

Procédures d’asile et pluralité de 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 présentée à la Faculté de droit de l’Université de Neuchâtel

Pour l’obtention du titre de docteur en droit

Par

Fanny Matthey

Acceptée sur proposition du jury :

Pascal Mahon (directeur de thèse), Université de Neuchâtel, Suisse

Minh Son Nguyen (rapporteur interne), Université de Neuchâtel, Suisse

Alberto Achermann (rapporteur externe), Université de Berne, Suisse

Soutenue le 21 décembre 2011

IMPRIMATUR POUR LA THESE

Procédures d'asile et pluralité de 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

Fanny MATTHEY

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

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

- M. André Kuhn (président)
- M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
- M. Minh Son Nguyen (rapporteur interne)
- M. Alberto Achermann (professeur, Université de Berne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 21 décembre 2011

Florence Guillaume

Doyenne de la Faculté de droit

REMERCIEMENTS

Ma plus profonde gratitude va :

A Pascal Mahon qui a cru en moi et m'a toujours encouragée et soutenue dans ce travail et qui, en plus d'avoir dirigé ma thèse, m'a surtout permis de découvrir d'autres mondes en m'intégrant dans ses avis de droit, dans ses cours ou encore dans les séminaires ou autres commissions. Je lui suis très reconnaissante d'avoir été un « chef » autant complet, pour ne pas dire parfait ! Je le remercie enfin de m'avoir très aimablement autorisé à utiliser nos articles dans le cadre de ce travail.

Aux membres du jury. A Minh Son Nguyen pour son engagement permanent pour cette matière et pour sa capacité à transmettre ses convictions. A Alberto Achermann pour son regard pointu sur mon travail et ses conseils avisés qui ont largement permis d'enrichir cette thèse après la soutenance.

A Mélanie Müller, juriste au Centre social protestant, qui par son regard éclairé et sa grande expérience m'a fait prendre le recul nécessaire et m'a bien souvent fourni des conseils essentiels pour la compréhension de ce droit. Sa relecture patiente de mon texte et ses nombreux apports de la pratique ont grandement enrichis les parties plus concrètes de mon travail.

A Jean Perrenoud pour sa relecture attentive et pointue de mon texte, ainsi que pour ses précieux conseils qui ont permis de rendre ce travail plus clair ; à Christine Guy-Ecabert qui m'a chaleureusement éclairée sur les derniers mystères de la rédaction juridique ; à Sylvia Staehli et Julien Dubois qui, grâce à leurs formidables compétences en informatique, m'ont évité de perdre des dizaines d'heures supplémentaires pour les dernières touches de mise en forme.

A l'ODAE et en particulier à Aldo Brina, Mariana Duarte et aux différent-e-s stagiaires qui, grâce à leur minutieux travail de collecte d'informations, d'analyse et de rédaction, m'ont très grandement facilité la tâche dans la recension de certains cas.

Au « Betreuungszentrum » de Nussdorf à Gampelen et à son directeur, ainsi qu'à Olivier Bigler qui m'a permis de découvrir le Centre et qui a très aimablement répondu à toutes mes questions ; aux requérants présents ce jour-là et qui m'ont également patiemment raconté leurs parcours.

Aux (ancien-ne-s) assistant-e-s de l'Université de Neuchâtel qui ont contribué à ce que le long (et parfois austère) chemin de la thèse soit agrémenté de nombreux moments de rire ! Une pensée particulière va à Olivier Gonin (pour avoir été un formidable collègue), aux « filles du

106 » : Sabrina Burgat et Mélanie Mader (pour les innombrables dîners, soupers, week-ends et autres bons moments, mais aussi pour les passionnantes discussions, pour votre engagement et pour votre soutien sans faille. Sans vous, ces années n'auraient pas été les mêmes), à Camille Dubois (parce qu'« on aime » !), à Marie Viro-Moser (pour son dynamisme contagieux), à Soon (pour avoir été « toujours là ») et à Anne-Romaine Favre-Zuppinger (pour son soutien moral et ses précieux conseils de français). Des remerciements particuliers s'adressent encore à « l'équipe du droit constitutionnel », Marlène Collette et Eloi Jeannerat, qui m'ont tous deux souvent bien aimablement prêtés leurs places de travail, ainsi qu'à Manon Simeoni pour l'hébergement chaleureux dans son bureau durant plusieurs mois de rédaction de la thèse. Enfin, toute l'équipe du CDM a contribué à ce que les derniers mois soient agrémentés de très bons moments. Qu'ils en soient remerciés ici.

Aux étudiant-e-s, sans qui mes années à l'Université de Neuchâtel n'auraient évidemment jamais été aussi riches. Je les remercie ici sincèrement pour l'accueil bienveillant qu'ils m'ont toujours réservé. J'adresse une pensée particulière à mes « pictéistes » et « cassinistes » : Tania Ferreira, Coralie Piccolis, Etienne Henry, Fanny Kunz, Laurence Maître, Jonathan Cuénoud, Frédéric Erard, Guillaume Jéquier et Jonathan Gretillat.

A mes parents et à ma famille pour leur éternelle confiance et leurs encouragements, ainsi que pour les nombreuses journées de « baby-sitting » sans lesquelles ce travail n'aurait pas pu aboutir. Sur ce dernier point, ma gratitude va aussi aux parents de Michiel pour leur énorme disponibilité.

Et last but not least,

A Michiel pour son aide précieuse dans la « finition » des schémas, son soutien et ses encouragements tout au long de ces années, mais surtout, et ainsi qu'à Hannah, pour leur amour et leur patience infinis. Merci 1000 fois mes amours.

*A mon grand-père.
Pour son goût de la culture et ses justes indignations.*

*A Tristan.
Pour sa confiance et sa « foi » en 36 IV !*

... parce que nous ne sommes pas tous nés sous la même étoile ...*

*« De toutes les conséquences de l'action politique de l'Etat,
celles que peut produire la politique migratoire
sont parmi les plus dramatiques sur le plan humain »***

*« La bienfaisance publique n'est pas une vertu compatissante,
elle est un devoir, elle est la justice.
Là où existe une classe d'homme sans subsistance,
là existe une violation des droits de l'humanité »****

* Référence aux paroles d'I AM.

** PIGUET ETIENNE, *L'immigration en Suisse. 60 ans d'entrouverture*, 2^e éd., 2009, p. 131.

*** DE LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT FRANÇOIS-ALEXANDRE-FREDERIC, *Rapport fait au nom des Comités de rapports, de mendicité et de recherches, sur la situation de la mendicité de Paris*, 1790.

Etat des recherches :

La doctrine, la jurisprudence et les documents officiels ont été pris en compte jusqu'au 1^{er} mai 2012.

MOTS-CLES

Droit d'asile, procédure d'asile, procédure accélérée, non-entrée en matière, Etats tiers sûrs, Etats d'origine sûrs, requérant d'asile, réfugié, admission provisoire, protection subsidiaire, personnes à protéger, protection temporaire, migrant irrégulier, non-refoulement, droit international, droits de l'homme.

Asylum law, Asylum procedure, accelerated procedure, inadmissible applications (« non-entrée en matière »), safe third country, safe country of origin, asylum seeker, refugee, provisional admission, subsidiary protection, persons in need of protection, temporary protection, illegal migrant, non-refoulement, international law, human rights.

RESUME

A l'issue du périple qu'effectue le requérant d'asile pour quitter ou fuir son pays d'origine, le parcours juridique qui l'attend « à destination » représente encore un chemin sinueux et complexe. Parmi les différentes « étapes » qu'il devra parcourir, deux phases principales se dessinent : dans un premier temps, celle de la *procédure*, qui comprend notamment l'arrivée dans le pays « d'accueil » (ainsi qu'éventuellement le renvoi) et, dans un deuxième temps, celle des *différentes décisions* auxquelles la procédure d'asile peut aboutir.

Cette étude est donc construite sur deux axes principaux : celui de la procédure d'asile et celui des statuts qui en découlent.

Les différents types de procédure d'asile dans le pays « d'accueil » sont abordés sous l'angle du droit suisse, puis dans une perspective européenne. Un accent particulier est mis sur la procédure d'asile accélérée et, pour le droit suisse, sur le mécanisme de la « non-entrée en matière ». Ces différentes procédures et leurs effets sont analysés au regard du droit international public et plusieurs problématiques d'ordre général ou juridique sont mises en exergue.

L'issue de la procédure d'asile peut conduire à diverses figures juridiques. La personne concernée sera alors attribuée à une « catégorie » (dont la dénomination change selon l'ordre juridique dans lequel on se trouve). Une décision « négative » peut être rendue, sous la forme d'une non-entrée en matière ou d'un rejet de la demande d'asile. Une décision de renvoi devrait, dans ces circonstances, accompagner cette décision. Si le renvoi n'est pas exécuté, la personne restera dans le pays dans le cadre d'une situation d'irrégularité ou au bénéfice d'une admission provisoire. Si, en revanche, la procédure d'asile se conclut par une décision positive, la personne concernée sera considérée comme un réfugié et recevra l'asile ou, dans certains cas, une admission provisoire. Chacun de ces statuts véhicule ses propres règles et des droits différents en ce qui concerne notamment, le permis de séjour, l'hébergement et le lieu de résidence, le droit de travailler, le droit à la vie familiale, le droit à la scolarisation ou encore, le droit à l'assistance sociale et aux soins. Ces aspects sont analysés à l'aune du droit suisse, du droit européen et des instruments internationaux.

Une tendance à l'accélération constante des procédures d'asile et à une multiplicité des statuts peut être constatée, tant en droit suisse qu'en droit européen. Bien qu'un certain nombre de disparités perdurent, les concepts et les objectifs de ces deux ordres juridiques se rapprochent dans ce domaine. Mais encore faut-il que ces orientations respectent les standards internationaux.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	v
MOTS-CLES.....	xiii
RESUME.....	xv
TABLE DES MATIERES	xvii
I. INTRODUCTION.....	1
II. NOTIONS, DEFINITIONS ET METHODOLOGIE	5
1. Bref aperçu	5
1.1. L'exil, la migration et l'asile	5
1.2. D'un point de vue religieux.....	5
1.3. D'un point de vue politique.....	6
1.4. Du politique au juridique.....	6
1.5. La nature juridique de la notion d'asile.....	6
2. Définitions et distinctions.....	7
2.1. Remarques liminaires	7
2.2. L'étranger	8
2.3. L'immigré.....	8
2.4. Le migrant économique.....	9
2.5. Le migrant climatique	9
2.6. Le requérant d'asile	10
2.7. Le « NEM » ou l'« irrecevable ».....	11
2.8. Le sans-papier.....	12
2.9. Le réfugié	12
2.10. La personne déplacée ou le déplacé interne	15
3. Statistiques.....	15
3.1. Remarques liminaires	15
3.2. Les statistiques suisses	16
3.3. Les statistiques européennes	18
3.4. Les statistiques internationales.....	19

4. Sources générales	21
4.1. Les sources suisses	21
4.1.1. Remarques liminaires.....	21
4.1.2. La Constitution fédérale.....	21
4.1.3. La loi sur l’asile	21
4.1.4. Les ordonnances.....	26
4.1.5. Les directives et le manuel.....	27
4.1.6. Les sources internationales liant la Suisse	28
4.2. Les sources européennes	28
4.2.1. Remarques liminaires.....	28
4.2.2. Un survol historique de l’évolution législative.....	29
4.2.3. Les instruments contraignants.....	34
4.2.3.1. La directive 2001/55/CE.....	34
4.2.3.2. Le règlement de Dublin	34
4.2.3.3. La directive « accueil ».....	35
4.2.3.4. La directive « qualification »	35
4.2.3.5. La directive « procédure »	36
4.2.4. La Charte des droits fondamentaux	36
4.2.5. Les sources internationales liant l’Union européenne	38
4.3. Les sources internationales.....	38
4.3.1. Remarques liminaires.....	38
4.3.2. La Déclaration universelle des droits de l’homme	38
4.3.3. Les instruments liant la Suisse	39
4.3.3.1. La Convention de Genève et son Protocole.....	39
4.3.3.2. La Convention européenne des droits de l’homme	40
4.3.3.3. Les Pactes des Nations Unies	41
4.3.3.4. La Convention contre la torture.....	42
4.3.3.5. La Convention relative aux droits de l’enfant	42
4.3.4. Les instruments ne liant pas la Suisse.....	43
4.3.4.1. La Convention de l’OUA.....	43
4.3.4.2. La Déclaration de Carthagène.....	43
5. Analyse de la compatibilité des différentes normes : méthodologie.....	44
5.1. La compatibilité matérielle et la compatibilité formelle	44
5.2. L’articulation helvétique	45
5.3. L’articulation européenne.....	45

III. ARRIVEE DANS LE PAYS « D'ACCUEIL » : LES DIFFERENTES PROCEDURES D'ASILE APPLICABLES, EN PARTICULIER LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE	53
1. Remarques introductives et démarche.....	53
2. En droit suisse	54
2.1. Bref regard historique et articles topiques en matière de procédure	54
2.1.1. La loi sur l'asile du 5 octobre 1979 et ses principales modifications	54
2.1.2. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 et ses principales modifications : le droit applicable.....	56
2.1.3. Les propositions de modifications du 26 mai 2010 et du 23 septembre 2011	59
2.1.4. Les dispositions résultant du droit européen.....	60
2.2. Les différents types de procédure.....	61
2.2.1. La procédure normale vs la procédure spéciale	61
2.2.2. Le régime particulier de la procédure accélérée : la « non-entrée en matière ».....	64
2.3. Les cas de procédure normale	66
2.3.1. Remarques introductives : déroulement général de la procédure et démarche	66
2.3.2. Les différentes demandes d'asile	67
2.3.2.1. La demande d'asile présentée auprès d'une représentation suisse à l'étranger	67
2.3.2.2. La demande d'asile déposée à la frontière, après interception près de la frontière en cas d'entrée illégale ou en Suisse.....	71
2.3.2.3. La demande d'asile déposée par un étranger vivant déjà officiellement en Suisse	73
2.3.2.4. La demande d'asile déposée à un aéroport : renvoi.....	74
2.3.3. Les règles générales de procédure applicables à la procédure normale.....	74
2.3.3.1. Les sources et la systématique	74
2.3.3.2. Les règles « thématiques » ou « transversales »	75
i) La maxime inquisitoire et l'obligation de collaborer	75
ii) Le droit d'être entendu	81
iii) Le droit d'être représenté et/ou assisté.....	84
iv) La langue de la procédure	91
v) Les frais liés à la procédure.....	97
2.3.3.3. Les règles générales et « chronologiques » applicables à la procédure normale	103
i) Le début de la procédure : les délais applicables	103
ii) L'audition sur les données personnelles.....	104

iii) Le « pré-triage » et le « triage »	105
iv) L'audition sur les motifs d'asile.....	107
v) Les autres mesures d'instruction.....	108
vi) Les décisions	110
vii) Les délais de traitement des demandes par l'Office fédéral des migrations	115
viii) Les délais de recours	116
ix) Les délais de traitement des recours par le Tribunal administratif fédéral	119
2.4. Le cas de la procédure spéciale : la demande d'asile déposée à l'aéroport.....	122
2.4.1. La problématique et le déroulement général de la procédure	122
2.4.2. Les règles de procédure spécifiquement applicables à la procédure à l'aéroport	124
2.4.2.1. Le refus provisoire d'entrer en Suisse	124
2.4.2.2. Les décisions rendues à l'aéroport.....	125
2.4.2.3. Les délais de recours.....	126
2.4.2.4. La détention à l'aéroport.....	127
2.5. Les cas de procédure accélérée	132
2.5.1. Remarques introductives : précisions terminologiques et démarche.....	132
2.5.2. Les différents types de non-entrée en matière	133
2.5.2.1. Remarques liminaires	133
2.5.2.2. Les motifs de non-entrée en matière de l'art. 32 LAsi	133
2.5.2.3. Le cas de dépôt ultérieur abusif d'une demande d'asile (art. 33 LAsi).....	139
2.5.2.4. Le cas de l'absence de risque de persécution à l'étranger (art. 34 LAsi) : renvoi	140
2.5.2.5. La non-entrée en matière après la levée de la protection provisoire (art. 35 LAsi).....	140
2.5.2.6. Le classement de la demande et la non-entrée en matière après la réouverture de la procédure (art. 35a LAsi).....	141
2.5.2.7. L'admission dans un Etat tiers (art. 52 LAsi).....	142
2.5.2.8. Excursus : les propositions de modification de 2010 : le remplacement des procédures de non-entrée en matière par une procédure matérielle accélérée.....	142
2.5.3. L'absence de risques de persécution à l'étranger	145
2.5.3.1. Généralités et démarche.....	145
2.5.3.2. La notion d'Etats « sûrs »	146
2.5.3.3. Les pays tiers sûrs	152
2.5.3.4. Les pays d'origine sûrs	155
2.5.3.5. Les méthodes d'évaluation du caractère « sûr » de l'Etat	156

2.5.3.6. Les particularités et l'importance du système de Dublin.....	162
i) La forme de l'Accord, son but et son mécanisme	162
ii) Les impacts sur l'ordre juridique et la pratique suisses	163
iii) La clause de souveraineté.....	164
iv) La question de l'effet suspensif.....	167
2.5.4. Les règles de procédure spécifiquement applicables à la procédure accélérée.....	170
2.5.4.1. Remarques liminaires	170
2.5.4.2. La procédure précédant les décisions de non-entrée en matière : audition sur les motifs d'asile vs droit d'être entendu	171
2.5.4.3. Les délais applicables à la procédure de première instance : la problématique du délai relatif à la remise des pièces d'identité (art. 32 al. 2, let. a LAsi).....	177
2.5.4.4. Les délais de traitement des demandes par l'Office fédéral des migrations	178
2.5.4.5. Les délais de recours.....	179
2.5.4.6. Les délais de traitement des recours par le Tribunal administratif fédéral.....	181
2.6. La fin de la procédure d'asile	182
2.6.1. Remarques liminaires.....	182
2.6.2. Les sources particulières	182
2.6.3. La décision négative : les conditions d'exécution du renvoi	183
2.6.3.1. Remarques générales sur le déroulement du renvoi	183
2.6.3.2. Le caractère possible du renvoi	183
2.6.3.3. Le caractère licite du renvoi.....	184
2.6.3.4. Le caractère raisonnablement exigible du renvoi	185
2.6.4. L'exception au renvoi : l'admission provisoire	188
2.6.5. Les exceptions ou les réserves à l'admission provisoire : le renvoi	188
2.6.6. La concrétisation du renvoi : l'expulsion.....	188
2.6.6.1. Remarques liminaires	188
2.6.6.2. Les délais relatifs au départ	189
2.6.6.3. Les frais relatifs au départ.....	190
2.6.6.4. La détention en vue du renvoi et les mesures de contrainte	191
2.6.6.5. Le renvoi au sens strict	193
2.7. Synthèse de quelques « problèmes » liés à la procédure d'asile en droit suisse et en particulier de ceux découlant de l'accélération constante des procédures	194
2.7.1. Remarques introductives.....	194
2.7.2. Le droit à un entretien complet	195

2.7.3. Les délais	196
2.7.3.1. Les délais applicables aux requérants et les délais applicables aux autorités : un régime à deux vitesses.....	196
2.7.3.2. Les délais de recours : divergences entre le droit suisse et les normes internationales ?	198
2.7.4. Le droit de recours	201
3. En droit européen	202
3.1. Bref regard historique et articles topiques en matière de procédure	202
3.1.1. Remarques liminaires.....	202
3.1.2. De la Convention de Dublin au Traité d'Amsterdam	203
3.1.3. Excursus : la prise de position du Conseil de l'Europe (recommandation [97] 22 du 25 novembre 1997)	205
3.1.4. Du sommet de Tampere au développement d'instruments d'harmonisation contraignants.....	206
3.1.4.1. Le sommet de Tampere.....	206
3.1.4.2. Le règlement CE no 343/2003 du 18 février 2003 (« Dublin II »).....	206
3.1.4.3. La directive 2005/85/CE du 1 ^{er} décembre 2005 sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié.....	210
3.1.5. Excursus : la double prise de position du Conseil de l'Europe sur les procédures d'asile accélérées (recommandation 1727 [2005] et résolution 1471 [2005]).....	212
3.2. Les différents types de procédure.....	212
3.2.1. Remarques liminaires.....	212
3.2.2. La procédure normale vs la procédure spéciale	214
3.3. La procédure normale.....	216
3.3.1. Les différentes demandes d'asile	216
3.3.2. Les règles de procédure applicables à la procédure normale.....	216
3.3.2.1. La systématique	216
3.3.2.2. Les règles « thématiques » ou « transversales »	217
i) L'obligation de collaborer.....	217
ii) Le droit d'être entendu.....	218
iii) Le droit d'être représenté	219
3.3.2.3. Les règles générales et « chronologiques »	220
i) L'entretien personnel	220
ii) Le traitement des demandes par les autorités.....	222
iii) Les décisions.....	223
iv) Les délais.....	223
3.4. Les cas de procédure accélérée	225

3.4.1. Les différents cas	225
3.4.2. Le concept de « premier pays d’asile ».....	228
3.4.3. Le concept de « pays tiers sûr »	229
3.4.4. Le concept de « pays d’origine sûr »	233
3.4.4.1. La notion	233
3.4.4.2. La désignation des pays d’origine sûrs : la liste commune (art. 29 de la dir. 2005/85/CE)	234
3.4.4.3. La désignation des pays d’origine sûrs par les Etats membres (listes nationales, art. 30 de la dir. 2005/85/CE).....	236
3.4.4.4. Les conditions d’application du concept de pays d’origine sûr (art. 31 de la dir. 2005/85/CE)	239
3.4.5. Le contenu et les effets de la procédure accélérée.....	240
3.4.5.1. Remarques liminaires	240
3.4.5.2. Les demandes irrecevables (art. 25 de la dir. 2005/85/CE)	242
3.4.5.3. Les demandes infondées (art. 28 de la dir. 2005/85/CE).....	243
3.4.5.4. L’interprétation de la directive	244
3.5. Les cas de procédure spéciale	247
3.5.1. Les différents cas et la problématique	247
3.5.2. Le cas des « demandes ultérieures »	248
3.5.2.1. Le traitement des demandes ultérieures : l’examen préliminaire (art. 32 de la dir. 2005/85/CE)	248
3.5.2.2. Le défaut de comparaître (art. 33 de la dir. 2005/85/CE)	250
3.5.2.3. Les règles de procédure pour les demandes ultérieures (art. 34 de la dir. 2005/85/CE)	251
3.5.3. Le cas des « procédures à la frontière » ou en zone de transit (art. 35 de la dir. 2005/85/CE)	252
3.5.3.1. Les règles de procédure applicables	252
3.5.3.2. La détention à la frontière	253
3.5.4. Le cas des « pays tiers européens sûrs » (art. 36 de la dir. 2005/85/CE)...	253
3.5.4.1. Les conditions d’application	253
3.5.4.2. Les règles de procédure applicables	254
3.6. La fin de la procédure d’asile	256
3.6.1. Les sources particulières	256
3.6.2. Les conditions d’exécution de la mesure d’éloignement	257
3.6.3. La concrétisation du renvoi : l’éloignement	258
3.6.3.1. Remarques liminaires	258
3.6.3.2. La rétention en vue de l’éloignement	258
3.6.3.3. L’éloignement au sens strict	259

3.7. Synthèse de quelques « problèmes » liés à la procédure d’asile en droit européen et en particulier de ceux découlant de l’accélération constante des procédures	261
3.7.1. Remarques introductives.....	261
3.7.2. Le droit à un entretien personnel	261
3.7.3. Les délais	262
3.7.4. Le droit de recours	262
4. Les limites du droit supérieur : le principe de non-refoulement, ultime garde-fou contre les procédures (trop) accélérées ?	264
4.1. Remarques introductives	264
4.2. Au niveau suisse.....	265
4.2.1. La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999	265
4.2.2. La loi sur l’asile du 28 juin 1998	266
4.3. Au niveau européen : la Charte des droits fondamentaux.....	267
4.4. Au niveau international	268
4.4.1. La Convention de Genève du 28 juillet 1951	268
4.4.2. La Convention européenne des droits de l’homme du 4 novembre 1950.....	268
4.4.3. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II) et la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	269
5. La procédure accélérée (ou procédure de non-entrée en matière) : bilan et perspectives	270
5.1. Remarques introductives et démarche.....	270
5.2. Comparaison des conditions de la procédure accélérée en droit suisse et en droit européen et compatibilité avec le droit international	271
5.2.1. Comparaison du droit suisse et européen.....	271
5.2.2. Comparaison des droits suisse et européen au regard du droit international.....	272
5.3. Mise en évidence de quelques problèmes particuliers liés à la procédure accélérée	274
5.3.1. Naissance de nouveaux concepts	274
5.3.1.1. En droit suisse.....	274
5.3.1.2. En droit européen.....	275
5.3.1.3. Synthèse.....	277

5.3.2. Violation du principe de non-refoulement, déportations en chaîne et réfugiés en orbite.....	279
5.3.2.1. En droit suisse.....	279
5.3.2.2. En droit européen.....	280
5.3.2.3. Synthèse.....	280
5.3.3. Elargissement de l'Union européenne : déplacement des responsabilités et nouveaux Etats automatiquement considérés comme sûrs.....	282
5.3.3.1. En droit suisse.....	282
5.3.3.2. En droit européen.....	283
5.3.3.3. Synthèse.....	284
5.3.4. Fardeau de la preuve.....	287
5.3.4.1. En droit suisse.....	287
5.3.4.2. En droit européen.....	288
5.3.4.3. Synthèse.....	288
5.3.5. Interdiction des discriminations.....	289
5.3.5.1. En droit suisse.....	289
5.3.5.2. En droit européen.....	289
5.3.5.3. Synthèse.....	291
5.4. Conclusions intermédiaires.....	291
IV. SEJOUR DANS LE PAYS « D'ACCUEIL » : LES DIFFERENTS STATUTS, EN PARTICULIER CELUI DES NEMs ET DES IRRECEVABLES.....	295
1. Remarques introductives : précisions et démarche.....	295
2. Bref aperçu historique et sources.....	296
2.1. En droit suisse.....	296
2.1.1. La loi sur l'asile du 5 octobre 1979.....	296
2.1.2. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 telle que révisée par le programme d'allègement budgétaire de 2003.....	296
2.1.3. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 et ses modifications du 16 décembre 2005 : le droit applicable.....	298
2.2. En droit européen.....	299
2.2.1. Remarques liminaires et démarche.....	299
2.2.2. La directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres.....	300
2.2.3. La directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, concernant la qualification au statut de réfugié.....	302

2.2.4. La directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées	304
2.3. En droit international.....	306
2.3.1. Remarques liminaires.....	306
2.3.2. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.....	307
2.3.3. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966	307
2.3.4. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.....	308
2.3.5. La Convention de l'ONU sur les travailleurs migrants du 18 décembre 1990.....	308
2.3.6. La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.....	309
2.3.7. La Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996.....	310
2.3.8. La Convention de Genève du 28 juillet 1951	311
3. Les différents aspects du séjour : statuts et droits	312
3.1. Généralités.....	312
3.1.1. En droit suisse.....	312
3.1.2. En droit européen.....	314
3.1.3. En droit international	317
3.2. Statut, séjour et papiers d'identité	319
3.2.1. En droit suisse.....	319
3.2.2. En droit européen.....	321
3.2.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	323
3.2.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	323
3.2.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	324
3.2.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	325
3.3. Hébergement et lieu de résidence.....	326
3.3.1. En droit suisse.....	326
3.3.2. En droit européen.....	333
3.3.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	336
3.3.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	336
3.3.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	337
3.3.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	339
3.4. Droit de travailler	340

3.4.1. En droit suisse	340
3.4.2. En droit européen.....	342
3.4.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	345
3.4.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	345
3.4.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	346
3.4.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	348
3.5. Droit à la vie familiale.....	349
3.5.1. En droit suisse	349
3.5.2. En droit européen.....	356
3.5.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	361
3.5.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	361
3.5.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	362
3.5.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	367
3.6. Droit à la scolarisation.....	368
3.6.1. En droit suisse	368
3.6.2. En droit européen.....	370
3.6.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	372
3.6.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	372
3.6.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	373
3.6.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	375
3.7. Droit à l'assistance, à la sécurité sociale et aux soins	376
3.7.1. En droit suisse	376
3.7.1.1. En général	376
3.7.1.2. Assurances sociales. En particulier la question de l'assurance-maladie.....	379
3.7.1.3. Allocations familiales	383
3.7.1.4. Particularités de l'aide d'urgence	384
i) Remarques introductives.....	384
ii) Aide d'urgence au niveau constitutionnel	385
iii) Aide d'urgence au niveau légal.....	386
iv) Aide d'urgence au niveau jurisprudentiel	388
3.7.2. En droit européen.....	393
3.7.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur.....	397
3.7.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen.....	397
3.7.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur.....	397
3.7.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »....	402
4. Les différents statuts : bilan et perspectives	404
4.1. Remarques liminaires et démarche.....	404

4.2. Tableaux comparatifs des conditions de séjour des différents statuts en droit suisse et en droit européen	405
4.3. Synthèse relative au « statut » des NEMs en droit suisse	407
4.3.1. En pratique	407
4.3.2. Pas de statut légal... mais des droits fondamentaux	408
4.3.3. Dignité humaine : droit fondamental des droits fondamentaux	411
4.4. Synthèse relative au « statut » des « irrecevables » en droit européen	416
4.5. Conclusions intermédiaires	416
V. QUELQUES REFLEXIONS EN GUISE DE CONCLUSION	419
1. Remarques liminaires	419
2. Les principaux enseignements de la thèse	419
2.1. Au niveau de la procédure d’asile	420
2.2. Au niveau des statuts qui découlent de la procédure d’asile	422
2.3. Au niveau de la compatibilité entre les différents ordres juridiques étudiés : oui et non ? un moteur et un (petit) frein ?	425
3. Les principaux problèmes	428
3.1. La catégorisation des personnes concernées par l’asile et l’usage intensif de notions juridiques indéterminées : des mesures dilutives pour mieux dissiper la réalité ?	428
3.2. La déshumanisation de la procédure et du statut	430
4. Des solutions durables ?	432
4.1. Remarques liminaires	432
4.2. Au niveau international	433
4.2.1. Une politique universelle et cohérente	433
4.2.2. Des mesures concrètes, mais pas limitées à l’échelle sectorielle	434
4.2.3. L’intervention et la collaboration des migrants	435
4.3. Au niveau national	436
4.3.1. Une politique interne cohérente	436
4.3.2. Une attitude positive à l’égard des migrants en général et à l’égard des personnes nécessitant une protection en particulier	436
4.3.3. Une responsabilité uniquement étatique	438
4.3.4. Une meilleure protection des personnes liées à l’asile	438

BIBLIOGRAPHIE	441
LISTE DES ABREVIATIONS	485
Annexe A : Articles topiques du droit suisse (LAsi)	491
Annexe B : Articles topiques du droit européen (Directive 2005/85/CE)	493
Annexe C : Articles topiques du droit international (Convention de Genève)	495

I. INTRODUCTION

Le droit d’asile représente un domaine extrêmement vaste. Pour illustrer cette affirmation, il suffit de constater que le *droit suisse* de l’asile contient à lui seul et au seul niveau fédéral une loi et cinq ordonnances¹, pour un total d’environ 320 articles, auxquels s’ajoutent huit directives, huit circulaires et 17 annexes et ce, sans compter les accords bilatéraux d’association à l’Espace Schengen et Dublin, ni les dispositions du droit ordinaire des étrangers applicables au droit d’asile. Le *droit européen*, plus modeste dans le nombre de ses instruments, n’est toutefois pas en reste. Actuellement, le droit européen compte, comme textes principaux, quatre directives et deux règlements, pour un total d’environ 200 articles.

Ce droit est en outre en constante évolution. Il est régulièrement discuté au sein des différents organes politiques en Suisse comme au sein de l’Union européenne et est, d’une manière générale, un grand sujet d’actualité, de débats et de polémiques.

Vouloir traiter du droit d’asile en général aurait été un projet quelque peu ambitieux quoique passionnant au demeurant. Ainsi, au vu de l’actualité politique, législative et jurisprudentielle notamment, certains aspects spécifiques de ce droit m’ont semblé particulièrement intéressants, discutables, voire problématiques. A première vue, certains choix politiques suisses et européens me donnaient l’impression de faire « fausse route » et de ne pas répondre aux vraies questions. A cela venait s’ajouter le sentiment que, dans ce droit, l’être humain disparaît au profit d’une procédure toujours plus complexe et de mesures toujours plus drastiques.

En examinant les *différentes étapes* que devaient parcourir les demandeurs d’asile, deux phases principales se sont dessinées : dans un premier temps, celle, générale, de la *procédure*, comprenant l’arrivée dans le pays « d’accueil », ou en tout cas dans le pays dans lequel ces requérants déposent leur demande d’asile, ainsi que – dans l’optique d’une issue négative de la procédure – le départ, et en particulier le renvoi². Cette première étape est traitée dans le chapitre III.

La procédure d’asile peut aboutir à *différentes décisions* qui auront chacune leurs propres conséquences sur *le statut et les droits* des personnes concernées. Pour illustrer ce propos de manière plus pragmatique, il est possible de comparer la procédure d’asile à un couloir qui distribue sur plusieurs chambres. Ces différentes « pièces » ont toutes un décor différent, impliquant pour les personnes concernées des statuts qui changent selon la catégorie à

¹ Si l’on considère également celle relative à l’exécution du renvoi et de l’expulsion d’étrangers (OERE, RS 142.281), qui touche aussi les requérants d’asile déboutés.

² Cette dernière phase ne fait toutefois pas l’objet d’une analyse détaillée dans cette étude.

laquelle elles ont été attribuées. Ces statuts impliquent en outre des droits différents. C'est cette problématique qui est discutée dans le chapitre IV.

Dans ce contexte, il est parfois difficile de garder une vue d'ensemble cohérente de toutes ces catégories de personnes. Force est de constater que cette multitude de statuts (impliquant des droits différents) a un effet « dilutif » qui a pour conséquence que les personnes nécessitant une protection internationale se « perdent » dans une sorte d'imbroglio juridico-technique, alors que d'autres personnes se retrouvent sans statut, voguant dans un vide juridique. La situation mériterait à mon sens d'être quelque peu « simplifiée », ou du moins rendue moins complexe, en revenant à deux options principales : une première consistant à offrir un statut clair à toutes les personnes qui ont besoin d'être protégées (impliquant une vision élargie de la « protection ») et une seconde tendant à refuser d'octroyer un tel statut et à mettre en œuvre le renvoi au terme d'une procédure complète et effective.

Toutefois, en l'état, l'étude des différentes procédures existant en matière d'asile ainsi que des statuts auxquelles elles aboutissent actuellement ou, en d'autres termes, la mise en perspective de *toutes les personnes relevant du droit d'asile* est nécessaire pour avoir une vision la plus complète possible du système.

Cela permet aussi de mieux comprendre le parcours et le statut des « *NEMs* » ou des « *irrecevables* » et de mieux cerner les particularités qui s'y rapportent, parce que c'est avant tout cette catégorie de personnes qui a attiré mon attention. Mais que signifie le terme « NEM » ? Ou plutôt, *qui* est-ce qui se trouve derrière cet acronyme ? Les « non-entrées en matière » sont des femmes et des hommes en quête d'un refuge et d'un asile, mais dont l'accès à une procédure d'asile est limité, voire refusé pour diverses raisons. Si leur cas est particulièrement intéressant, c'est principalement parce que, contrairement aux autres « déboutés » de l'asile, les « NEMs » sont exclus plus rapidement de la procédure et ceci pour des raisons qui sont *a priori* d'ordre formel.

En outre, au cours des dernières années, le nombre de motifs conduisant les autorités à rendre des décisions de non-entrée en matière n'a cessé d'augmenter. Présentées comme un instrument de gestion de la migration liée à l'asile, ces mesures ne semblent cependant pas être en totale adéquation avec leur but. On pourrait se demander si l'hypothèse, selon laquelle un système « rapide », strict et formel dissuaderait les requérants d'asile à déposer une demande et à rejoindre la Suisse ou l'Union européenne, ne relève pas d'une illusion³. Il est également légitime de s'interroger sur l'effectivité d'une telle stratégie et de voir si celle-ci

³ Dans ce sens, mais sur les politiques d'asile communes, KATABUKA affirme : « [l]e fait que l'asile et l'immigration soient traités de manière commune par les Etats membres de l'UE rend certes difficile l'immigration illégale et les abus de la procédure d'asile, mais cela n'enlève pas la détermination des populations pauvres en quête d'une vie meilleure de braver toutes les restrictions au péril même de leur vie pour entrer en Europe occidentale ». KATABUKA, p. 60.

peut vraiment résoudre les problèmes relatifs aux flux migratoires, comme les autorités ont tendance à l'affirmer en présentant régulièrement de nouvelles propositions législatives qui s'attachent, bien souvent, à régler des détails plutôt que de considérer l'ensemble de la problématique relative à l'asile.

Ainsi, résultats de l'empressement des Etats à traiter rapidement le cas des requérants d'asile, ces personnes me sont apparues comme une catégorie « spéciale » de requérants dont le statut précaire était mal défini, flou et dont les droits fondamentaux n'étaient pas toujours bien pris en compte et respectés. Convaincue que personne – quel que soit son statut – ne peut se voir totalement nier ses droits fondamentaux, il m'a paru essentiel de mieux connaître et de mieux définir la place de ces requérants d'asile « refusés » et perdus dans une sorte de « no man's land⁴ juridique ». Toujours dans la même optique, il convenait de déterminer si nos « NEMs » avaient des « cousins européens », c'est-à-dire, si les Etats membres de l'Union européenne connaissaient un système semblable pour cette catégorie de personnes. Au niveau européen, ces « refoulés » ou ces « indésirables » peuvent être considérés – procéduralement – comme des « irrecevables », mais en ce qui concerne leurs statuts, ils ne sont plus que des « personnes en séjour irrégulier ».

C'est ainsi que j'ai décidé de consacrer un travail de recherche scientifique et juridique aux requérants d'asile en général et plus particulièrement à ceux subissant une décision de non-entrée en matière, afin de pouvoir définir et établir si ces décisions correspondaient à celles prises au sein de l'Union européenne, ou autrement dit, afin de voir si la Suisse marchait – comme c'est souvent le cas – dans les traces du continent ou si elle avait emprunté un chemin propre. Enfin, il m'a paru essentiel d'élargir mon étude au droit supérieur – le droit international public – pour savoir si les tendances actuelles (suisses et européennes) en matière d'asile correspondaient à ce qui est prévu, parfois de longue date déjà, par les instruments internationaux.

Mon propos est donc aussi d'établir s'il existe une compatibilité ou une incompatibilité entre les droits de ces différents ordres juridiques.

En outre, le droit d'asile est un domaine passablement complexe et technique dans lequel on pourrait vite avoir tendance à se perdre, ce qui est même épisodiquement le cas du législateur. Dans ce sens, et en parlant avec des praticiens du droit d'asile, il est possible de constater que la pratique et la théorie de ce droit ne réussissent pas toujours à trouver une ligne commune et que des divergences semblent être régulièrement d'actualité. D'où mon intention de produire d'une part, un ouvrage présentant à plusieurs reprises des cas pratiques tirés de la réalité et illustrant parfois la distance qui se crée entre la loi et son application dans un cas concret et

⁴ Ou « nomad's land », pour faire référence au titre du film de Gaël Métroz qui part sur les traces de Nicolas Bouvier lors de son voyage au Sri Lanka.

d'autre part, un texte qui tente de dresser un panorama le plus clair possible de l'état actuel du droit d'asile. Pour mettre en valeur et faire ressortir la pratique, ainsi que pour ancrer le droit dans la réalité, des sources autres que celles à caractère purement juridique (articles de presse, d'organisations non gouvernementales, par exemple) ont été utilisées. J'ai en outre pu bénéficier du regard éclairé et connaisseur d'une praticienne qui m'a généreusement mis ses dossiers à disposition et m'a fait part de plusieurs observations critiques⁵.

Par ailleurs, le chapitre III de ce travail se fonde ou reprend certains éléments présentés dans d'autres articles de l'auteure ou écrits en collaboration avec le Professeur Pascal Mahon⁶.

Il convient encore d'ajouter que je me suis efforcée, tout au long de ce texte, de procéder à une analyse scientifique et rigoureuse du droit d'asile et de son application. Il n'en reste pas moins que ce sont des convictions profondes et constantes, penchant en faveur d'un droit d'asile plus humain et plus digne, qui m'ont poussée à faire ce travail et qui m'ont guidée lors de cette étude.

Enfin, avant d'entrer dans le vif du sujet, il sied de présenter certains éléments utiles à la compréhension du texte, en commençant par quelques notions fondamentales relatives au droit d'asile (II.1), qu'il s'agisse de définitions (II.2), de statistiques (II.3) ou de sources (II.4), pour terminer par une précision méthodologique sur la manière d'analyser les différentes normes juridiques (II.5). Dans la mesure du possible, ces informations sont à chaque fois scindées en trois parties, la première relative à la situation helvétique, la deuxième concernant l'Union européenne et la troisième ayant trait au droit international.

⁵ Il s'agit de Madame Mélanie Müller, juriste au Centre social protestant de Neuchâtel. La plupart des informations qu'elle a eu l'amabilité de me fournir se trouvent dans des paragraphes commençant par « en pratique ». Cependant, lorsque ses remarques allaient plus loin qu'un commentaire pratique, une note de bas de page a été introduite dans le texte avec une référence à son nom.

⁶ Cela concerne les contributions suivantes : MATTHEY, MAHON, p. 301-383, MAHON, MATTHEY, p. 55-100, MATTHEY, *Concepts juridiques indéterminés*, p. 195-219, MATTHEY, *Asile et risques*, p. 321-340, et MATTHEY, *Commentaire*, p. 3-9.

II. NOTIONS, DEFINITIONS ET METHODOLOGIE

1. BREF APERÇU

1.1. L'exil, la migration et l'asile

Exil, migration et asile : trois étapes qui s'imbriquent logiquement et qui se suivent... être condamné à partir, quitter son pays, sa vie et parfois sa famille, émigrer, arriver dans une nouvelle région, un nouvel Etat, y demander l'asile⁷.

Depuis toujours, des êtres humains ont dû quitter leur pays, leur foyer, pour fuir la guerre, les persécutions et la violence et pour trouver un refuge, une sécurité et une vie meilleure ailleurs. Aucune région n'a été épargnée, mais les mouvements migratoires ont changé au fil du temps en fonction des conflits, des catastrophes naturelles, de l'économie, etc. Le développement des moyens de transport et de communication a certainement aussi eu une influence considérable sur ces déplacements de population.

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. Encore faut-il que la persécution ou la menace s'exerce sur certains biens fondamentaux de la personne et qu'elle ait un motif particulier lié à l'étranger qu'elle affecte »⁸.

1.2. D'un point de vue religieux

L'origine du mot « asile » trouve sa source dans les termes latins et grecs *asylum* et respectivement *asylon* dont le sens était historiquement un « [l]ieu inviolable (temple, etc.) où se réfugie une personne poursuivie »⁹. Cette notion a évolué et a permis, dans la tradition chrétienne du moins, aux représentants de l'autorité ecclésiastique d'intervenir en faveur des personnes réfugiées dans une église¹⁰. Actuellement, cette réalité est toujours présente dans certains cas¹¹.

⁷ « [E]xiles do not cease to be men... [By] nature the right belongs to them to dwell in any place in the word which is subject to some other nation ». Goodwin-Gill, McAdam, p. 355 qui se réfèrent à Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1764.

⁸ BERSIER, p. 26.

⁹ Le Petit Robert, 1996. Voir aussi KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*, p. 6-7.

¹⁰ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 403-404. Pour plus de détails sur l'histoire de l'asile religieux, voir l'ouvrage de TRAULSEN entièrement consacré à cette question, ainsi que BOUTEILLET-PAQUET, p. 38-42.

¹¹ L'Eglise de Zurich a par exemple servi de refuge à cent cinquante sans-papiers en 2009. Voir ARMANIOS, 2009.

1.3. D'un point de vue politique

La notion moderne de l'asile s'accorde à traiter l'asile au sens politique du terme, alors qu'à l'origine il s'agissait en principe plutôt d'un asile séculier offrant protection aux criminels de droit commun ou aux personnes bannies. La politisation de l'asile n'a commencé qu'avec l'apparition des Etats modernes. Désormais c'est une toute autre catégorie de personnes qui peut bénéficier de l'asile : les personnes persécutées politiquement qui luttent contre un régime d'oppression alors que les criminels de droit commun en sont, au contraire, exclus¹².

1.4. Du politique au juridique

L'asile politique fait réellement son apparition avec la Révolution française qui a « sans doute rendu le crime politique plus banal et anobli le combat pour la liberté »¹³. BOUTEILLET-PAQUET mentionne l'article 120 de la Constitution française de 1793 qui consacrait expressément cette notion : « le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans »¹⁴. C'est ensuite au XIX^e siècle que les premiers textes normatifs ont introduit non seulement le principe de la non-extradition des criminels politiques, mais également le principe de la neutralité politique qui impliquait que lorsqu'un Etat octroyait l'asile, il ne commettait pas un acte hostile¹⁵.

1.5. La nature juridique de la notion d'asile

La notion d'asile est désormais présente dans nombre de textes de droit international ou national, mais n'est que très rarement reconnue comme un droit. En principe, il est admis que l'asile résulte d'une faculté dont l'Etat dispose librement¹⁶.

La Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁷, instrument à caractère juridiquement non contraignant, fait partie des rares textes qui semblent donner un droit aux individus. L'article 14 par. 1 est formulé de la manière suivante : « [d]evant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». CARLIER estime toutefois que cet instrument n'octroie pas un droit d'asile au particulier, notamment parce que le terme

¹² NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 404-405 et BOUTEILLET-PAQUET, p. 44 ss.

¹³ ALLAND, TEITGEN-COLLY, p. 41.

¹⁴ Cette Constitution n'a toutefois jamais été appliquée. BOUTEILLET-PAQUET, p. 43 ss, spéc. 45.

¹⁵ ALLAND, TEITGEN-COLLY, p. 41-42 et BOUTEILLET-PAQUET, p. 45.

¹⁶ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 405. « Compassion ought to be shown to those in flight, but admission might be refused for good reasons ». GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 355.

¹⁷ Ce texte a été adopté le 10 décembre 1948 par les 58 Etats Membres qui constituaient alors l'Assemblée générale des Nations Unies. Pour un résumé des différentes positions prévalant lors de l'adoption de cet acte, voir GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 358 ss.

« bénéficiaire » a, selon lui, été utilisé précisément dans le but de montrer qu'il s'agit d'une « faveur que l'Etat accorde ou refuse »¹⁸.

Plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹ dont le caractère est obligatoire pour les Etats membres de l'UE, prévoit que « le droit d'asile est garanti dans le respect de la convention de Genève [...] »²⁰. Mais, il faut l'admettre, la disposition en question reste floue et ne paraît en fin de compte que reconnaître ce droit de manière « abstraite »²¹. Il semble en tous les cas difficile d'en déduire un véritable droit à l'asile.

Le droit international se plaît à distinguer habituellement le droit d'asile du droit des réfugiés. Comme mentionné ici, le premier est reconnu comme étant un droit de l'Etat, alors que le second appartient aux individus. Ce droit-ci est explicitement consacré par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés, ainsi que par son Protocole de 1967. C'est donc un droit subjectif, mais qui doit trouver application lorsque les conditions objectives sont réunies²².

Enfin, le principe du non-refoulement²³ constitue la clé de voûte ou le « point de rencontre » entre ces deux notions (droit d'asile et droit des réfugiés) : un 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 provisoire²⁴.

2. DEFINITIONS ET DISTINCTIONS

2.1. Remarques liminaires

A l'heure actuelle, les mouvements migratoires sont d'une extrême complexité et réunissent des millions de personnes de « catégories » distinctes : migrants économiques, réfugiés, personnes déplacées, etc. Déterminer quelle catégorie de personnes peut bénéficier de quel(s) droit(s) est un problème considérable auquel les Etats sont confrontés. Il est toutefois important de pouvoir établir des distinctions, afin que les personnes qui ont droit à une protection en vertu du droit international ou national puissent effectivement en bénéficier. Plusieurs « catégories » de personnes « migrantes » sont donc présentées ici dans un but de

¹⁸ CARLIER, *La condition des personnes*, p. 154.

¹⁹ JO C 303/01, du 14 décembre 2007.

²⁰ Art. 18.

²¹ « [T]he Charter seeks only to consolidate existing fundamental EU rights rather than elaborate or amend them ». GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 367. Plus généralement, sur le compromis dont résulte l'article 18 de la Charte, ainsi que sur ses difficultés d'interprétation, voir BRAIBANT, p. 144 ss.

²² CARLIER, *La condition des personnes*, p. 154. ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Handbuch*, p. 39.

²³ Pour plus de détails, voir ci-dessous le chiffre III.4 consacré à ce principe.

²⁴ CARLIER, *La condition des personnes*, p. 154.

clarification, mais en aucun cas dans une optique de hiérarchisation en fonction d'un « mérite migratoire »²⁵.

2.2. L'étranger

Tel qu'il est défini par le « Petit Robert », l'étranger est toute personne qui est d'une autre nation, c'est-à-dire une personne qui se trouve, séjourne ou réside par exemple dans un Etat qui n'est pas le sien. Sur le plan juridique, le critère déterminant est celui de la nationalité. L'étranger est donc défini de manière négative, comme celui qui n'est pas citoyen du pays en question²⁶.

Chaque Etat possède ses propres règles concernant le statut et le séjour des étrangers sur son territoire. En Suisse, ce domaine est principalement régi par la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005²⁷.

En 2010, le pourcentage de personnes étrangères s'élevait à 22,4 % en Suisse²⁸. Pour rappel, la Suisse connaît le système du *ius sanguinis*, ce qui implique que – en comparaison avec d'autres pays comme les Etats-Unis qui appliquent le droit du sol (*ius soli*) ou d'autres Etats européens dont la politique de naturalisation est nettement facilitée par rapport à la Suisse – les chiffres semblent plus importants²⁹.

2.3. L'immigré

L'immigré est une personne venue de l'étranger, généralement pour s'établir et travailler dans un nouvel Etat. L'immigré, perçu depuis le pays d'accueil, est celui qui a migré et, perçu depuis le pays de départ, celui qui a émigré.

Dans la définition de la personne immigrée, se trouve inévitablement la notion de la migration, du voyage, qui implique que la personne se soit déplacée.

²⁵ Expression empruntée à LANTERO, p. 82.

²⁶ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 19.

²⁷ RS 142.20.

²⁸ OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, 2010. En 2009, il s'élevait à 22 %, Idem, 2009.

²⁹ « La Suisse fait partie des pays européens qui comptent le plus d'étrangers par rapport à leur population totale. En 2010, ils représentent 23,1% de la population résidente permanente et non permanente. Si l'on ne considère que les étrangers dans la population résidente permanente, cette proportion descend à 22,4%. En Europe, seuls le Luxembourg et le Liechtenstein affichent des pourcentages plus élevés ». OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/07/blank/dos/la_population_etrangere.html (consultation : 1^{er} mai 2012). A titre de comparaison, les chiffres de 2008 indiquaient 21,1 % pour la Suisse ; 11,6 % pour l'Espagne ; 10,3 % pour l'Autriche ; 9,1 % pour la Belgique ; 8,8 % pour l'Allemagne ; 6,6 % pour le Royaume-Uni ; 5,8 % pour la France et l'Italie et 4,2 % pour les Pays-Bas. Stat@las Europe, disponible à la page http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/international/02/statatlas_europa.html (consultation : 15 août 2011).

L'organisation internationale pour les migrations estime à 214 millions le nombre de migrants internationaux dans le monde en 2010, ce qui correspond environ à 3 % de la population mondiale³⁰.

2.4. Le migrant économique

Alors que le terme général de « migrant » désigne la personne qui se déplace, l'expression « migrant économique » est communément utilisée pour décrire celui ou celle qui quitte son pays en principe de « plein gré », en quête de conditions économiques ou de conditions de vie meilleures. Le motif de départ du migrant économique n'est donc pas lié à des persécutions, contrairement au réfugié et à la personne déplacée. S'il choisit de retourner dans son pays, il peut à nouveau bénéficier de la protection de son Etat d'origine.

La question qui se pose est de savoir si un migrant économique est réellement toujours un migrant « volontaire » ou si, dans certaines circonstances (par exemple pour des questions de survie, à cause d'un avenir impossible ou encore en raison d'un encouragement familial intense), il peut être admis que le migrant économique soit un migrant « forcé », comme l'est un migrant climatique ou – mais dans une mesure et des conditions différentes tout de même – un requérant d'asile.

2.5. Le migrant climatique

Le migrant climatique, qui risque d'être une catégorie en augmentation dans les années à venir, est poussé à quitter sa région en raison d'événements climatiques importants ne lui permettant pas de continuer à vivre normalement. Ces personnes peuvent ne pas toujours bien se distinguer des migrants économiques, lorsque par exemple, elles quittent leur pays parce qu'elles ne peuvent plus cultiver leurs terres et n'ont donc plus les moyens de subvenir à leurs besoins, mais que la cause est liée à une catastrophe naturelle telle que la sécheresse ou d'importantes inondations³¹.

Le migrant climatique est donc un migrant « forcé », mais pour l'heure, il n'existe pas de réelle volonté politique de le protéger et aucune convention internationale n'a pu être mise en place. Comme pour d'autres catégories de migrants, il existe donc un vide juridique autour de ces personnes.

³⁰ Voir la page « Faits et chiffres » de l'ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/lang/fr> (consultation : 1^{er} mai 2012).

³¹ Sur cette catégorie de personnes, voir PIGUET, PECOUD, DE GUCHTENEIRE, 2011.

2.6. Le requérant d'asile

Toute personne qui demande l'asile à un autre Etat que le sien est un requérant d'asile. Il dépose une telle demande dans le but d'obtenir une protection octroyée par le statut de réfugié.

Chaque Etat est libre de déterminer quels sont les droits et les obligations des requérants d'asile séjournant sur son sol. En Suisse, l'instrument principal du droit d'asile est la loi fédérale sur l'asile (LAsi) du 26 juin 1998³².

Comme nous le verrons encore plus en détail par la suite, en Suisse, le sort réservé au requérant d'asile dépendra de sa situation personnelle. Dans les grandes lignes, soit il sera admis à séjourner sur le sol helvétique au titre de réfugié ou de personne admise provisoirement, soit il devra quitter le territoire, parce que sa demande est rejetée (après un examen approfondi de son cas) ou parce qu'il a reçu une décision de non-entrée en matière, ce qui revient à dire que sa demande est également rejetée, mais à un stade antérieur à celui de l'examen matériel de la demande. Le requérant d'asile deviendra alors dans ce dernier cas, ce que l'on appelle désormais couramment en Suisse : un NEM, puis éventuellement un « sans-papier ».

Selon les estimations du HCR, le nombre total, dans le monde, de demandes d'asile en attente d'une décision s'élevait à 983'000 à fin 2009 (ce chiffre comprend les demandes non encore traitées des années précédentes). En 2011, le nombre de demandes d'asile déposé est estimé à plus de 876'100. La plupart de ces demandes provenaient alors de personnes originaires du Zimbabwe, de l'Afghanistan, de Somalie, de la Côte d'Ivoire, de la République démocratique du Congo, du Myanmar et de l'Iraq³³. Pour la quatrième année consécutive, l'Afrique du Sud a été, dans le monde entier, le principal pays de destination des demandeurs d'asile, en comptant environ 10 % des demandes d'asile déposées dans le monde³⁴. En règle générale, les personnes qui fuient leur pays se réfugient dans les pays limitrophes au leur.

Pour la même année (soit 2011), la Suisse comptait un total de 22'551 demandes d'asile déposées, ce qui correspond à environ 2,57 % du total des demandes déposées dans le monde³⁵. Pour les demandes déposées en Suisse, les principaux pays de provenance sont, dans

³² RS 142.31.

³³ A titre de comparaison, en 2009, les principaux pays d'origine des demandeurs d'asile étaient le Zimbabwe, le Myanmar, l'Erythrée, l'Ethiopie, la Colombie, l'Afghanistan et la Somalie. HCR, *2009 Global Trends*, p. 16 ss.

³⁴ HCR, *Global Trends 2011*, p. 24-28. En 2009, on comptait que 39 % de toutes les demandes avaient été déposées en Europe, contre 37 % en Afrique, HCR, *2009 Global Trends*, p. 16 ss.

³⁵ Il faut encore nuancer ce genre de comparaison, puisqu'en Suisse les statistiques sont établies sur une base individuelle, alors qu'ailleurs une demande concerne en principe tout le foyer.

l'ordre d'importance, l'Erythrée, la Tunisie, le Nigéria, la Serbie, l'Afghanistan, la Macédoine, la Syrie, la Chine, la Somalie et le Kosovo³⁶.

2.7. Le « NEM » ou l'« irrecevable »

Au vu de ce qui vient d'être dit, on aura compris qu'un « NEM » est un requérant d'asile qui s'est vu refuser le statut de réfugié pour des motifs formels ; il a reçu une décision de non-entrée en matière. Son cas n'a ainsi pas été étudié de manière approfondie, parce qu'il ne remplissait pas certaines conditions formelles tels que la remise de papiers d'identité. Il n'y a donc pas eu d'examen matériel, mais un simple examen préalable ou préjudiciel.

Le « statut » de NEM est un statut propre à la Suisse en tout cas en ce qui concerne sa dénomination³⁷. L'Union européenne connaît aussi un système de traitement des demandes d'asile qui est accéléré et pour lesquelles l'Etat peut décider de se prononcer déjà au stade de la recevabilité. C'est un concept qui revient donc presque au même que dans le système suisse, mais pour lequel il n'existe pas de dénomination courante particulière. Dans ce travail, je ferai cependant souvent référence aux « irrecevables » pour parler de ces personnes.

En Suisse, durant l'année 2011, il y a eu 9688 décisions de non-entrée en matière rendues – dont 7099 étaient des « cas Dublin »³⁸ – pour un total de 19'467 demandes d'asile traitées en première instance pendant la même période³⁹.

Les personnes qui font l'objet d'une décision de non-entrée en matière ont un statut tout-à-fait précaire : elles ne sont pas admises à rester sur le sol suisse (elles n'ont un statut ni de requérant, ni de réfugié, ni de personne admise provisoirement), mais ne peuvent (ou ne veulent) le plus souvent pas non plus rentrer dans leur pays d'origine, parce qu'elles n'ont pas de papiers d'identité par exemple. Elles sont donc « en attente » en Suisse et peuvent uniquement toucher une aide d'urgence pour survivre⁴⁰.

³⁶ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2011*, p. 3. En 2009, les principaux pays de provenance étaient le Nigéria, l'Erythrée, le Sri Lanka, l'Irak, la Somalie, l'Afghanistan et le Kosovo. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 10.

³⁷ Cette dénomination courante en Suisse romande l'est aussi au Tessin où le terme légal « non entrata nel merito » est également abrégé par « NEM ». Il en va de même en Suisse alémanique, où l'on parle de « Nichteintretensentscheid », NEE, sans toutefois que cette expression soit aussi « usuelle » que celle employée en Suisse romande ou au Tessin.

³⁸ Pour plus de détails sur cette procédure particulière, voir ci-dessous le ch. III.2.5.3.6.

³⁹ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2011*, p. 6.

⁴⁰ Ce problème ne se pose toutefois pas pour tous les « NEMs », puisqu'à présent près de la moitié des décisions de non-entrée en matière sont des décisions « Dublin » (sur ce point, voir ci-dessous le ch. III.2.5.3.6) et que, dans ces cas, les personnes ne restent en principe pas en Suisse.

LANTERO, en parlant du réfugié, disait : « [p]rivé de toute protection étatique, il est probablement juridiquement l'individu le plus faible au monde »⁴¹. Il ne semble pas exagéré de dire que les NEMs battent encore ce triste « record ».

2.8. Le sans-papier

Les « sans-papiers » sont des personnes qui séjournent (de manière passagère ou durable) illégalement ou irrégulièrement⁴² dans un pays qui n'est pas le leur : ils n'ont pas les papiers nécessaires qui leur permettraient de séjourner en toute légalité dans cet Etat. Le terme « sans-papiers » est une expression principalement helvétique. Au niveau européen, il est plus fréquemment fait mention d'« étrangers en situation irrégulière »⁴³.

L'Association suisse de défense des sans-papiers estime que leur nombre s'élève à au moins 100'000 personnes. La plupart d'entre eux ont un travail, toutefois sans statut légal⁴⁴. En outre, parmi les « sans-papiers », on trouve en Suisse de nombreux ex-requérants d'asile, c'est-à-dire des NEMs ou des personnes déboutées, puisque le régime de l'asile ne permet pas qu'un étranger ouvre une procédure en droit des étrangers entre le moment où il dépose une demande d'asile et celui où il quitte la Suisse (à l'exception toutefois des hypothèses dans lesquelles il a droit à une autorisation de séjour, en cas de mariage avec une personne autorisée à résider en Suisse ou dans le cadre des permis « humanitaires » de l'art. 14 al. 2 LAsi, par exemple)⁴⁵. Cela implique donc que les étrangers désirant malgré tout rester en Suisse doivent « passer dans la clandestinité » pour pouvoir le faire⁴⁶.

Le nombre de migrants en situation irrégulière en Europe est estimé à 10 millions et 500'000 personnes supplémentaires y entreraient illégalement chaque année⁴⁷.

2.9. Le réfugié

Le réfugié est certainement la catégorie de la « liste » présentée ici qui est la mieux définie, juridiquement du moins. Au niveau international, l'article 1 A de la Convention de Genève de 1951 décrit le réfugié comme « toute personne qui [...] craignant avec raison d'être

⁴¹ LANTERO, p. 82.

⁴² Pour une explication concernant la préférence à donner au terme « irrégularité » par rapport à celui d'« illégalité », voir ZEUGIN qui met notamment en avant le fait que « la notion d'illégalité [...] présente souvent une connotation de pratiques criminelles », ZEUGIN, p. 12.

⁴³ ZEUGIN, p. 12.

⁴⁴ <http://www.sans-papiers.ch/site/index.php?id=13&L=4> (consultation : 15 août 2011). Une étude réalisée par l'Institut GFS.BERN évalue à environ 90'000 personnes le nombre de sans-papiers. GFS.BERN, p. 57. Voir aussi PIGUET, p. 125.

⁴⁵ Sur ce dernier point, voir OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive I.5*.

⁴⁶ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 415. Pour une étude récente et détaillée sur cette catégorie de personnes, voir COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS DE MIGRATION, 2010.

⁴⁷ Voir pour ces chiffres, CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1742 (2010)*, par. 1.

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 nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner »⁴⁸.

Le droit suisse définit le réfugié presque de la même manière à l'art. 3 LAsi : « [s]ont 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 »⁴⁹.

L'élément de l'extranéité, à savoir le fait de devoir se trouver hors de son pays n'est pas précisé par la loi suisse. En outre, à son deuxième alinéa, l'article précise qu'il doit être tenu compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes. Mis à part ces différences liées à la définition même du terme de réfugié, le droit suisse s'écarte du droit international sur un autre point fondamental : celui du statut de la personne réfugiée. En droit suisse, il n'y a pas un seul statut de réfugié, mais deux⁵⁰ statuts différents : l'asile et l'admission provisoire, sachant que dans les deux cas les personnes ont la *qualité de réfugié*, mais que les seconds ne se voient pas accorder ce *statut* en raison de motifs d'exclusion⁵¹. Le droit international, et plus particulièrement la Convention de Genève, offrent à tous les réfugiés les mêmes droits

⁴⁸ Pour l'article complet, voir ci-dessous l'annexe C. Pour une définition et description du terme « réfugié », voir par exemple GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 15 ss et 35 ss pour l'analyse de la définition au sens de la Convention de Genève.

⁴⁹ Art. 3 al. 1 LAsi. Le second alinéa vient compléter la définition par des exemples de sérieux préjudices : « [s]ont 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. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes ». Un troisième alinéa a été proposé dans le cadre de la révision de la loi initiée en 2009 (voir ci-dessous le ch. III.2.1.3). Cet alinéa supplémentaire a la teneur suivante : « [n]e sont pas des réfugiés les personnes qui sont exposées à de sérieux préjudices ou qui craignent à juste titre de l'être au seul motif qu'elles ont refusé de servir ou déserté » (FF 2010 4035, 4047 et FF 2010 4109). Il a été présenté notamment en raison des demandes émanant de personnes originaires d'Erythrée. En pratique, si ces personnes étaient exclues du statut de réfugié, elles obtiendraient tout de même très probablement une admission provisoire. Enfin, si cet article devait être admis, il constituerait un important écart par rapport à la définition prévalant au sens de la Convention de Genève et pourrait ne pas être compatible avec cet instrument. Dans ce sens, voir KÄLIN, *Flüchtlingsbegriff*, p. 29, ainsi que HCR, *Position sur le message complémentaire*, p. 4.

⁵⁰ On pourrait même aller jusqu'à considérer qu'il en existe un troisième si l'on se place du point de vue du droit international, dans la mesure où les requérants d'asile sont jusqu'à preuve du contraire des « réfugiés » au sens de la Convention de Genève.

⁵¹ Art. 49 LAsi. L'art. 59 LAsi précisant encore que « [q]uiconque a obtenu l'asile en Suisse ou y a été admis provisoirement au titre de réfugié est considéré, à l'égard de toutes les autorités fédérales et cantonales, comme un réfugié au sens de la présente loi et de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ».

minimaux, tels que le droit de séjourner dans le pays d'accueil, le droit de ne pas être refoulé, le droit à l'éducation, au logement, à l'assistance publique, etc.⁵². En Suisse, en revanche, les conditions des personnes varient sur certains points selon que le réfugié est au bénéfice de l'un ou de l'autre de ces régimes et d'une manière générale les réfugiés qui ont reçu l'asile ont un meilleur statut que ceux qui ont obtenu une admission provisoire, notamment en ce qui concerne les conditions de résidence⁵³.

Outre ces définitions internationale et suisse du *réfugié au sens matériel*, il faut préciser encore la notion des « réfugiés de la violence »⁵⁴ ou des « réfugiés *de facto* » qui sont des personnes qui fuient leur pays notamment pour des raisons de violences généralisées, guerres, violations des droits humains ou autres troubles, mais qui ne sont pas *personnellement* et *individuellement* persécutés⁵⁵. Ces personnes-là ne sont pas des réfugiés au sens de la loi sur l'asile ou de la Convention de Genève, mais pourront néanmoins recevoir une protection subsidiaire pour des motifs humanitaires, que l'on appelle *admission provisoire* en droit Suisse et *protection subsidiaire* dans le cadre de l'Union européenne⁵⁶.

Une catégorie supplémentaire doit encore être mentionnée : il s'agit des *réfugiés au sens formel*. Ce sont les proches parents de réfugiés reconnus qui, sans être eux-mêmes individuellement persécutés, se voient reconnaître le statut de réfugié « par leur famille »⁵⁷.

Enfin, LANTERO propose une définition plus « humaniste » du terme réfugié qu'il est intéressant de retenir pour donner une image plus complète du contexte : « [I]es réfugiés sont des personnes particulièrement vulnérables, porteuses du double traumatisme de l'exil : celui de ses causes (persécutions, souffrances), et celui de ses conséquences (rupture avec le pays d'origine, pénibilité du voyage, difficultés d'être accueilli ailleurs) »⁵⁸.

⁵² Sur ces différents droits découlant de la Convention de Genève, voir le ch. IV.3 ci-dessous.

⁵³ Pour les conditions différentes de résidence, voir les articles 60 (pour les personnes ayant le statut de réfugié) et 74 (pour celles ayant obtenu une admission provisoire) de la loi sur l'asile. Plus généralement sur ce paragraphe, voir GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 112.

⁵⁴ Pour une définition jurisprudentielle suisse des réfugiés de la violence, voir JICRA 1999/8, consid. 7, d) : « "réfugiés de la violence", soit [les] étrangers qui ne remplissent pas les conditions de la qualité de réfugié parce qu'ils ne sont pas personnellement persécutés, mais qui fuient des situations de guerre, de guerre civile ou de violences généralisées ».

⁵⁵ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 406.

⁵⁶ Article 2, lettre f de la directive 2011/95/UE, JO L 337/9, du 20 décembre 2011. Pour plus de détails sur cette directive, voir ci-dessous le ch. IV.2.2.3.

⁵⁷ En droit suisse, c'est l'art. 51 LAsi sur l'« asile accordé aux familles » qui traite de cette catégorie. Voir pour plus de détails sur les éléments relatifs au regroupement familial, ci-dessous, le ch. IV.3.4.2. Plus généralement, sur les différentes catégories de réfugiés (au sens matériel, formel, de la violence, etc.), voir OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §1*, p. 2.

⁵⁸ LANTERO, p. 81-82.

Selon le HCR, le nombre de réfugiés (au sens de la Convention de Genève) dans le monde en 2011 atteignait 15,2 millions de personnes⁵⁹. Environ 80 % des réfugiés vivent dans des pays en développement et entre 75 % et 93 % des personnes sont réfugiées dans les pays voisins ou dans leur région d'origine⁶⁰. Ces chiffres signifient que dans le monde environ deux personnes sur mille sont des réfugiés.

2.10. La personne déplacée ou le déplacé interne

Même si les raisons de fuite peuvent être les mêmes pour les personnes déplacées que pour les réfugiés, la différence principale entre ces deux catégories de personnes réside dans le fait que les personnes déplacées, contrairement aux réfugiés, n'ont pas traversé de frontière. Elles ont également dû fuir de chez elles, mais ont pu trouver refuge dans une autre région de leur propre pays. En conséquence, elles ne bénéficient pas de la protection internationale consacrée aux réfugiés, et ne sont notamment pas protégées par la Convention de Genève de 1951, ni par son Protocole de 1967⁶¹. Par contre, et même si cela ne relève pas de son mandat initial, le HCR offre à ces personnes protection et assistance lorsqu'une telle demande est faite par le Secrétaire général ou l'Assemblée générale des Nations Unies⁶².

L'augmentation du nombre de conflits internes par rapport aux conflits interétatiques provoque toujours plus de déplacés internes. Fin 2011, le HCR comptait environ 26,4 millions de déplacés internes dans le monde⁶³, ce qui fait presque deux fois plus que de réfugiés.

3. STATISTIQUES

3.1. Remarques liminaires

Parler d'asile sans parler de chiffres et sans donner un contexte aux différentes statistiques serait un faux débat⁶⁴. Si certains partis populistes ne se privent pas d'utiliser les données officielles et de les adapter en fonction des intérêts en présence, il convient de rappeler dans les grandes lignes quels sont les chiffres clés dans le domaine de l'asile.

⁵⁹ Dont 10,4 millions tombaient sous la responsabilité du HCR, alors que 4,8 millions sont des réfugiés palestiniens sous mandat de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés dans le Proche-Orient (UNRWA). HCR, *Global Trends 2011*, p. 1.

⁶⁰ HCR, *Global Trends 2011*, p. 2 et 11.

⁶¹ Voir l'art. 1 A al. 2 de la Convention qui dispose que « le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne qui (...) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ». Ces personnes déplacées ne bénéficient donc que de la protection offerte à la population civile par le droit international humanitaire en cas de conflits armés. En outre, dans le cas spécifique des conflits armés non internationaux, seuls l'art. 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ainsi que le Protocole additionnel II du 8 juin 1977 s'appliquent.

⁶² GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 32-35.

⁶³ HCR, *Global Trends 2011*, p. 21.

⁶⁴ Sur le « mythe de la pression migratoire » utilisé comme un « argument clé » par les Etats occidentaux, voir LANTERO, p. 84.

Il s'agit en particulier de mentionner le nombre de demandes d'asile déposées chaque année, mais aussi le pourcentage de demandes admises, rejetées ou pour lesquelles une décision de non-entrée en matière ou d'irrecevabilité est prononcée.

En matière de chiffres et de statistiques, une mise en garde s'impose au moment d'établir des comparaisons, notamment internationales. Il n'est pas possible de confronter sans autre des chiffres qui donnent l'impression, de par leur intitulé, de traiter de la même chose. Il faut savoir par exemple qu'en Suisse les demandes d'asile sont individuelles, alors qu'en Allemagne, en France et en Grande-Bretagne par exemple, les femmes et les enfants sont comptés dans le même dossier que celui du requérant, ce qui peut amener à des différences parfois importantes⁶⁵.

3.2. Les statistiques suisses

Les données présentées ici sont un récapitulatif des dernières années. Rétrospectivement, il s'arrête cependant à 2008, parce qu'en matière de statistiques, un nouvel instrument a été mis en place depuis l'introduction, le 1^{er} mars 2008, du système d'information central sur la migration (SYMIC). Cette nouveauté a pour conséquence que les chiffres publiés après cette date ne peuvent être directement comparés aux données antérieures⁶⁶.

	2008	2009	2010	2011
Nombre total de demandes d'asile déposées	16'606	16'005	15'567	22'551
Nombre de cas réglés (1^{ère} instance)	11'062⁶⁷	17'326	20'690	19'467
Décisions positives	2261	2622	3449	3711
Décisions négatives	4483	5750	6541	4281
NEM (total)	3073	7678	9466	9688
<i>NEM Dublin</i>	<i>0</i>	<i>3486</i>	<i>6393</i>	<i>7099</i>

⁶⁵ Pour une petite comparaison internationale, voir OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 12.

⁶⁶ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Remaniement des statistiques*.

⁶⁷ Pour montrer que les comparaisons sont délicates, il suffit par exemple de mentionner ici que le chiffre cité par Eurostat concernant le nombre de décisions rendues en première instance en Suisse en 2008 s'élèverait à 7550. Les données présentées dans cette partie n'ont donc d'autres buts que de donner un ordre d'idée général.

Radiations	1245	1276	1234	1787
Admissions provisoires	4327	4053	4796	3070
LAsi et LEtr	3506	3385	3711	2159
Réfugié	821	668	1085	911
Départs	7570	9576	10'522	12'298
Départs volontaires contrôlés	1296	1739	2030	2136
Renvois pays d'origine	3277	3322	2830	3019
Renvois pays tiers	221	307	260	133
Départs non-contrôlés et autres sorties	2776	4208	5402	7010

Sources : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 6-7 ; Idem, *Statistique 2010*, p. 3-7, Idem, *Statistique 2011*, p. 3-7.

Quelques remarques peuvent être formulées au regard de ces chiffres. Tout d'abord, le nombre de demandes d'asile est resté stable entre 2008 et 2010, mais a passablement augmenté en 2011, en raison notamment de la crise qui a touché l'Afrique du nord.

Le nombre de cas traités a fortement augmenté, principalement entre 2008 et 2009, en partie en raison du nombre important de décisions rendues dans le cadre de la procédure dite de « Dublin ». En effet, ces décisions ont presque fait doubler le nombre total de non-entrée en matière entre 2008 et 2009⁶⁸ et les NEMs Dublin continuent à augmenter de manière importante en 2010⁶⁹. En revanche, le taux de décisions négatives a diminué pour passer de 40 % en 2008 à environ 33 % en 2009, 32 % en 2010 et 22 % en 2011. Le taux de décisions positives a aussi baissé entre 2008 et en 2009 : il était d'environ 20 % en 2008, contre 15 % l'année suivante, mais est remonté à près de 17 % en 2010 et 19 % en 2011.

En ce qui concerne les départs, une précision s'impose quant à la rubrique « départs non-contrôlés et autres sorties ». Les premiers concernent les personnes qui ont quitté la Suisse

⁶⁸ BRINA commente cette hausse de la manière suivante : « Aujourd'hui, Dublin permet à la Suisse de se débarrasser environ du tiers des demandes d'asile qui lui sont adressées », BRINA, 2010.

⁶⁹ Les statistiques en matières d'asile 2010 indiquaient que pour cette année-là, la Suisse a demandé à d'autres Etats Dublin de prendre en charge 5994 requérants. Dans 5095 cas, la demande des autorités helvétiques a été acceptée, alors que durant la même période, la Suisse s'est vue adresser 1327 demandes de prise en charge et elle en a accepté 797. OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2010*, p. 4. Pour plus de détails sur cette procédure, voir ci-dessous le ch. III.2.5.3.6.

sans annoncer leur départ, que ce soit pour le pays d'origine ou dans un Etat tiers, mais ils touchent également les « sans-papiers », passés dans la clandestinité. Quant à la seconde catégorie, elle s'applique notamment aux radiations administratives en cas de doublon par exemple, ainsi qu'aux personnes décédées⁷⁰.

3.3. Les statistiques européennes

Les données présentées ici concernent les 27 Etats membres de l'Union européenne et consistent en la somme des données disponibles de ces Etats.

	2008	2009	2010
Nombre total de demandes d'asile déposées	238'365⁷¹	260'730⁷²	257'815⁷³
Nombre de cas réglés (1^{ère} instance)	209'230⁷⁴	215'175⁷⁵	222'105
Décisions positives	59'305	61'630	55'095
<i>Réfugié</i>	27'255	26'865	27'045
<i>Protection subsidiaire</i>	21'760	25'715	20'400
<i>Raisons humanitaires</i>	10'285	9050	7645
Décisions négatives	149'935	153'545	167'010
Décisions négatives irrecevables (total)	non disponible	non disponible	non disponible
<i>Déc. nég. irrec. Dublin</i>	<i>non disponible</i>	<i>non disponible</i>	<i>non disponible</i>
Radiations	non disponible	non disponible	non disponible

⁷⁰ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 17.

⁷¹ EUROSTAT, 2009.

⁷² ALBERTINELLI, *Around 261,000 asylum applicants*, p. 2.

⁷³ ALBERTINELLI, *Asylum applicants and first instance decisions*, p. 2 et 10. Source utilisée pour toutes les autres données de la colonne.

⁷⁴ Les données européennes contiennent en sus le nombre de toutes les décisions rendues en dernière instance, à savoir 71'890, soit un total de décisions pour 2008 s'élevant à 281'120. Pour les données relatives à la dernière instance, voir JUCHNO, p. 3. Source utilisée pour toutes les autres données de la colonne.

⁷⁵ Aucune publication générale relative à l'année 2009 n'étant disponible, les données de cette colonne sont la somme des données publiées chaque trimestre, à savoir : ALBERTINELLI, JUCHNO, *Q1 2009*, p. 7 ; Idem, *Q2 2009*, p. 7 ; Idem, *Q3 2009*, p. 7 et Idem, *Q4 2009*, p. 7.

Sources : http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum
(consultation : 1^{er} juillet 2012⁷⁶).

Le nombre de demandeurs d'asile en Europe est aussi resté relativement stable entre 2008 et 2010, bien que des différences notables aient eu lieu parmi les Etats membres. En 2009 par exemple, l'Italie et la Grèce ont vu le nombre de demandes d'asile chuter de respectivement 12'700 et 4000 requêtes, alors que l'Allemagne, la France et la Belgique ont de leur côté supporté des augmentations de respectivement 4900, 5800 et 6500 demandes⁷⁷.

En 2008 et 2009, le taux de décisions positives se situait à environ 28 % contre 72 % de décisions négatives. En 2010, la situation s'est quelque peu durcie, puisque le taux de décisions positives est passé à près de 25 % contre près de 75 % de décisions négatives.

En comparaison avec les chiffres présentés pour la Suisse, la tendance générale est à peu près la même, bien que la Suisse semble encore plus stricte, puisque son taux de décisions négatives (matérielles et NEMs) si situe pour les trois années consultées aux alentours de 83 %, alors que l'Union européenne est aux environs de 73 %.

3.4. Les statistiques internationales

	2008	2009	2010	2011
Nombre total de demandes d'asile déposées	875'300⁷⁸	948'400⁷⁹	850'300⁸⁰	876'100⁸¹
Nombre de cas réglés (1^{ère} instance)	663'900⁸²	743'800⁸³	732'100⁸⁴	769'700
Décisions positives	210'900	274'500	222'900	216'500
<i>Réfugié</i>	148'200	225'100	175'100	172'500

⁷⁶ A cette date, les statistiques 2011 n'étaient pas encore disponibles.

⁷⁷ ALBERTINELLI, *Around 261,000 asylum applicants*, p. 2.

⁷⁸ HCR, *2009 Global Trends*, p. 16.

⁷⁹ HCR, *Global Trends 2010*, p. 25.

⁸⁰ HCR, *Global Trends 2011*, p. 25.

⁸¹ Ces chiffres (ainsi que tous ceux qui suivent dans cette colonne) sont indicatifs et doivent d'une manière générale être revus à la hausse, du fait que toutes les données des Etats européens ne sont pas mises à jour au moment de la publication du rapport. HCR, *Global Trends 2011*, p. 25

⁸² Idem. HCR, *Tendances mondiales en 2008*, p. 14 ss.

⁸³ Idem. HCR, *2009 Global Trends*, p. 16 ss.

⁸⁴ Idem. HCR, *Global Trends 2010*, p. 25 ss.

<i>Protection complémentaire</i>	62'700	49'400	47'800	44'000
Décisions négatives	305'000	311'000	355'900	360'700
Décisions négatives irrecevables (y compris Dublin) et radiations	148'000	158'300	153'300	192'500

Sources : HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Tendances mondiales en 2008 ; 2009 Global Trends ; Global Trends 2010 et Global Trends 2011*.

Le nombre de demandeurs d'asile a augmenté d'environ 8 % entre 2008 et 2009, puis a diminué d'environ 10 % entre 2009 et 2010 avant d'augmenter à nouveau, d'environ 3 % cette fois, entre 2010 et 2011. L'augmentation « 2008-2009 » est expliquée par le HCR principalement en raison du nombre important de demandes déposées en Afrique du Sud et de certaines populations spécialement touchées cherchant une protection internationale. En 2009, il s'agissait particulièrement de personnes provenant d'Afghanistan, de Colombie, d'Éthiopie, du Myanmar et du Zimbabwe⁸⁵. Le HCR constate que « le nombre des décisions positives rendues aux demandeurs d'asile a augmenté en 2008 dans toutes les grandes régions, à l'exception de l'Europe, où la mise en place de politiques de l'asile plus strictes dans quelques pays pourrait avoir entraîné un recul des taux de reconnaissance, malgré le nombre élevé des demandes »⁸⁶.

La diminution observée en 2010 suit la tendance européenne qui s'explique notamment par le fait que l'Afrique subsaharienne est devenue une destination d'importance majeure⁸⁷. La dernière augmentation suit également l'évolution des demandes d'asile présentées en Europe, mais à une moindre échelle. Elle s'explique en partie par la crise en Afrique du nord⁸⁸.

En outre, si l'augmentation des demandes d'asile correspond certainement à une croissance des violences et des persécutions dans le monde, elle coïncide peut-être aussi avec un durcissement du contrôle de l'immigration économique. Cela ne veut pas forcément dire qu'un certain nombre de personnes tente sa chance par le canal de l'asile parce que l'immigration économique est plus strictement régulée. Il est en revanche possible que, lorsque l'entrée en Europe était moins rigoureusement contrôlée, des personnes relevant du

⁸⁵ HCR, *2009 Global Trends*, p. 16.

⁸⁶ HCR, *Tendances mondiales en 2008*, p. 17.

⁸⁷ HCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010*, p. 5.

⁸⁸ HCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011*, p. 7 ss.

droit de l'asile utilisaient le canal de l'immigration économique, soit par méconnaissance, soit parce que cela leur permettait de ne pas totalement se couper de leur pays d'origine⁸⁹.

4. SOURCES GENERALES

4.1. Les sources suisses

4.1.1. Remarques liminaires

Les sources nationales relatives au droit d'asile se déclinent dans différents types d'instruments. Ils sont présentés ci-dessous de manière à respecter la hiérarchie des normes et en commençant par le fondement de l'ordre juridique helvétique : la Constitution. Suivent les lois au sens formel, les ordonnances et les directives (ch. 4.1.2 à 4.1.5). En dernier lieu, le droit international public liant la Suisse est brièvement mentionné (ch. 4.1.6) et sera traité plus en détail ci-dessous, au ch. 4.3.3.

4.1.2. La Constitution fédérale

La Constitution fédérale ne connaît que deux dispositions relatives à l'asile ou aux réfugiés⁹⁰. Il s'agit des articles 25 et 121 qui traitent respectivement de l'interdiction de refoulement⁹¹ et du partage des compétences en matière de droit des étrangers.

4.1.3. La loi sur l'asile

Le droit d'asile, et plus particulièrement son octroi, est ainsi régi par le droit fédéral⁹². Plusieurs instruments ont trait à ce domaine, mais la source principale est la *loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)*⁹³. Subsidiairement, la *loi fédérale sur les étrangers*⁹⁴ apporte des compléments là où la loi sur l'asile ne se prononce pas. Il en va ainsi par exemple du statut des personnes admises provisoirement, de certains aspects du droit au regroupement familial ou encore des mesures de contrainte relatives au renvoi⁹⁵.

⁸⁹ Dans ce sens, LANTERO, p. 86.

⁹⁰ Alors même que le message de la première loi sur l'asile encourageait de manière étonnante à ce qu'une disposition constitutionnelle spéciale sur l'asile soit introduite ultérieurement et qui, sans octroyer un droit subjectif au requérant, aurait pu avoir la teneur suivante : « [l']asile est accordé aux réfugiés conformément à la loi ». FF 1977 III 115, 122.

⁹¹ Ce principe (y compris ses diverses sources) est développé de manière détaillée ci-dessous, au chiffre III.4.

⁹² Art. 121 al. 1 Cst.

⁹³ RS 142.31.

⁹⁴ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

⁹⁵ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 30.

La toute première loi sur l’asile en Suisse date de 1979⁹⁶ et est entrée en vigueur en 1981⁹⁷. Avant cette « codification » du droit d’asile, qui se voulait libérale et respectueuse du droit international, il existait diverses ordonnances et directives organisées autour de la loi sur le séjour et l’établissement des étrangers⁹⁸.

La loi sur l’asile de 1979 a été révisée à maintes reprises⁹⁹, avant d’être totalement refondue en 1998. Entre 1983 et 1988, les principales modifications ont consisté à exclure le recours au Conseil fédéral et réunir la procédure d’asile et de renvoi¹⁰⁰, nommer un Délégué aux réfugiés, prendre des décisions sur dossier¹⁰¹ et accélérer le traitement d’une partie des demandes, notamment celles déposées après une entrée illégale sur le territoire helvétique¹⁰².

La notion de « non-entrée en matière » survient officiellement pour la première fois à l’article 21a consacré au renvoi¹⁰³ de la loi sur l’asile suite aux modifications du 20 juin 1986. Cette apparition est toutefois quelque peu curieuse, puisque la question de l’introduction de ce concept a été discutée lors de l’élaboration du projet de modification de la loi, mais n’a finalement pas été retenue¹⁰⁴. La mention du terme se retrouve tout de même à l’article 21a comme s’il y avait été oublié par inattention. Cela ne change toutefois rien au fait que l’idée est placée et qu’elle s’imposera dans les années qui suivent.

Une des révisions les plus importantes de la loi de 1979 est certainement celle introduite par l’entrée en vigueur de l’*arrêté fédéral urgent du 22 juin 1990 sur la procédure d’asile* (APA)¹⁰⁵, d’abord limité à cinq ans, mais prolongé ensuite deux fois, une première en 1995 pour deux ans, puis une seconde en 1997 pour trois ans¹⁰⁶. Avec l’APA, l’idée libérale du droit d’asile qui avait accompagné la loi de 1979 disparaît¹⁰⁷, au profit d’une accélération de

⁹⁶ FF 1977 III 113, RO 1980 II 1718.

⁹⁷ ORGANISATION SUISSE D’AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 31, BERSIER, p. 17.

⁹⁸ FF 1977 III 115, 118 ss, NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 408, MAILLARD, TAFELMACHER, p. 105, PIGUET, p. 77.

⁹⁹ On compte six révisions partielles importantes. ORGANISATION SUISSE D’AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 31 ss, GATTIKER, *La procédure d’asile et de renvoi*, p. 14, BERSIER, p. 36-38.

¹⁰⁰ RO 1984 I 532.

¹⁰¹ RO 1987 II 1674, 1676.

¹⁰² Révision appelée « procédure 88 » qui a permis de rendre des décisions dans un délai de quatre à six mois. Message du Conseil fédéral à l’appui d’un arrêté fédéral sur la procédure d’asile (APA) et d’une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537, 543-545.

¹⁰³ L’alinéa 1^{er} a la teneur suivante : « [e]n même temps qu’il refuse d’entrer en matière ou qu’il rejette la demande d’asile, l’office fédéral prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse ». RO 1987 II 1674, 1677.

¹⁰⁴ Message du Conseil fédéral sur la révision de la loi sur l’asile, de la loi fédérale sur le séjour et l’établissement des étrangers et de la loi fédérale instituant des mesures destinées à améliorer les finances fédérales, du 2 décembre 1985, FF 1986 I 1, 16 s.

¹⁰⁵ RO 1990 I 938.

¹⁰⁶ ORGANISATION SUISSE D’AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 32.

¹⁰⁷ « Le droit d’asile ne doit pas avoir plus longtemps le caractère d’un droit des requérants d’asile ». FF 1990 II 537, 550.

la procédure de première instance et d'une simplification de la procédure de recours¹⁰⁸. Un système de « tri » est mis sur pied dans le but d'« écarter de la procédure d'asile les étrangers qui n'ont pas besoin de protection »¹⁰⁹ et les décisions de « non-entrée en matière » voient cette fois clairement le jour avec un article qui leur est désormais spécialement consacré¹¹⁰.

En outre, une instance de recours indépendante de l'administration est introduite : la Commission de recours en matière d'asile (ci-après CRA) est entrée en fonction le 1^{er} janvier 1993¹¹¹ (et sera remplacée par le Tribunal administratif fédéral dès le 1^{er} janvier 2007¹¹², suite à la réforme de l'organisation judiciaire). Enfin, le message de l'APA suggère également de créer un Office fédéral des réfugiés pour remplacer le Délégué aux réfugiés¹¹³.

En 1995, le Conseil fédéral propose une révision totale de la loi sur l'asile afin notamment d'intégrer les mesures urgentes de l'APA dans le régime ordinaire¹¹⁴. La révision a en outre également pour but de régler la situation des réfugiés de la violence, de traiter la question de l'aide sociale et celle de la protection des données¹¹⁵.

Le 26 juin 1998, en même temps que la nouvelle loi sur l'asile¹¹⁶, le Parlement fédéral adopte un *arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers* (AMU)¹¹⁷ qui a pour objectif de permettre l'entrée en vigueur anticipée de certaines mesures de la nouvelle loi. De nouveaux motifs de non-entrée en matière sont notamment introduits, d'une part pour les demandes d'asile sans remise des documents de voyage et d'autre part pour celles dont le but serait de prolonger une présence irrégulière en Suisse¹¹⁸.

La « nouvelle » loi a également vécu plusieurs modifications depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 1999. Elle est en particulier modifiée en 2003 par la *loi fédérale sur le programme d'allègement budgétaire*¹¹⁹, « révélant[rice] de l'approche budgétaire ou financière suivie pour

¹⁰⁸ FF 1990 II 537, 553-555.

¹⁰⁹ FF 1990 II 537, 554.

¹¹⁰ L'article 16 prévoit cinq motifs de non-entrée en matière, RO 1990 I 938, 944.

¹¹¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 32.

¹¹² Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32.

¹¹³ FF 1990 II 537, 571 s. La loi fédérale portant création d'un Office fédéral des réfugiés (RO 1990 II 1587) abroge l'arrêté fédéral du 20 décembre 1985 concernant le Délégué aux réfugiés (RO 1986 I 2).

¹¹⁴ 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, 25 ss. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 32.

¹¹⁵ FF 1996 II 1, 11 ss, 22 ss et 32 s.

¹¹⁶ RO 1999 II 2262.

¹¹⁷ RO 1998 II 1582.

¹¹⁸ Message du Conseil fédéral relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers, du 13 mai 1998 (AMU), FF 1998 2829, 2832.

¹¹⁹ Loi du 19 décembre 2003, RO 2004 1633.

traiter de la question des demandeurs d'asile »¹²⁰, qui introduit une nouvelle cause de non-entrée en matière¹²¹, accélère le traitement des procédures de non-entrée en matière en instaurant un délai de traitement des décisions de 10 jours et en réduisant le délai de recours pour ce type de décisions de 30 à 5 jours¹²². Autre modification d'importance, la suppression de l'aide sociale, remplacée par la seule aide d'urgence au sens de l'article 12 de la Constitution fédérale pour les personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière exécutoire¹²³.

L'*arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin* du 17 décembre 2004¹²⁴ introduit principalement des modifications relatives au système Eurodac et à tout ce qui relève de la protection des données. Il autorise en outre la suppression de l'effet suspensif aux recours contre les décisions de non-entrée en matière « Dublin », suppression qui a été depuis lors sensiblement nuancée dans la pratique¹²⁵. Ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 12 décembre 2008.

Entre-temps, la loi sur l'asile a subi d'importantes modifications entrées en vigueur pour certaines au début 2007 et pour d'autres au début 2008¹²⁶. Cette révision a, à nouveau, été un net durcissement du droit d'asile. Elle accélère notamment la procédure d'asile pour les requérants ne présentant pas de papiers d'identité et la suppression de l'aide sociale est étendue à toutes les personnes déboutées de l'asile. Cet objet a été soumis au vote du peuple en même temps que la nouvelle loi sur les étrangers et a suscité de vives critiques notamment parmi les organisations des droits humains¹²⁷. Depuis lors, un Observatoire du droit d'asile et des étrangers a vu le jour dont le but est de suivre les conséquences de ces durcissements législatifs¹²⁸.

¹²⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, par. 33.

¹²¹ L'art. 32 al. 2, let. f relatif aux demandes d'asile qui ont déjà fait l'objet d'une procédure dans un Etat de l'UE ou de l'EEE, RO 1994 II 1633, 1635.

¹²² Art. 37 et 108a, RO 1994 II 1633, 1635 et 1636. Décivant cette révision qui a considérablement réduit la possibilité de demander l'asile, WEILL-LEVY ET AL. ajoutent : « [L]a loi sur l'asile (LAsi) offre un statut légal à des personnes que la LSEE et l'"Überfremdungspolitik" refusent. Les révisions successives de la LAsi apporteront la solution à cette contradiction ». WEILL-LEVY, GRÜNBERG, ISLER GLAUS, p. 85.

¹²³ RO 2004 1633, spéc. 1634 et 1635. Art. 44a LAsi qui renvoie à l'art. 14f/LSEE, FF 2003 5091, 5166.

¹²⁴ RO 2008 447.

¹²⁵ Voir l'ATAF 2010/1.

¹²⁶ Modification du 16 décembre 2005, RO 2006 4745. Voir aussi l'ordonnance concernant la mise en vigueur totale de la modification du 16 décembre 2005 de la loi sur l'asile, du 24 octobre 2007, RO 2007 5573.

¹²⁷ Voir par exemple les premières analyses de l'OSAR sur l'application de ces nouvelles normes. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Mise en œuvre de la nouvelle loi sur l'asile*.

¹²⁸ www.odae-romand.ch.

Une dernière révision a encore eu lieu en 2008. Elle apporte principalement des modifications aux demandes d'asile présentées à la frontière, ainsi que dans les aéroports¹²⁹.

Actuellement, la loi sur l'asile est divisée en onze chapitres. Outre le premier consacré aux principes, les trois suivants s'articulent respectivement autour des notions de requérants d'asile, de réfugiés et de personnes à protéger. Le cinquième traite de l'aide sociale et de l'aide d'urgence. Suit un chapitre relatif aux subventions fédérales, puis un autre consacré au traitement des données personnelles. Enfin les derniers chapitres concernent les voies de droit, la collaboration internationale, ainsi que les dispositions pénales et finales.

En mai 2010, un nouveau projet a été présenté par le Conseil fédéral¹³⁰. Il a pour objectif de simplifier et d'accélérer l'ensemble des procédures. Ainsi un certain nombre de motifs conduisant actuellement à des décisions de non-entrée en matière seraient désormais traités dans une procédure matérielle, mais rapide. Seuls certains cas spécifiques resteraient des procédures de non-entrée en matière. Les demandes d'asile ne pourraient plus être déposées dans une ambassade et l'objection de conscience, ainsi que la désertion ne devraient plus être reconnues comme des motifs de persécution valables.

Avant même que ce projet du Conseil fédéral ne soit examiné et débattu par les Chambres, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats a demandé au Département de justice et police de soumettre de nouvelles mesures d'accélération de la procédure. Dans un rapport publié en mars 2011, le DFJP a présenté trois options. La première option consiste à restructurer, à long terme, le domaine de l'asile en créant notamment d'importants centres de procédure dans lesquels devraient être hébergées les requérants durant l'entier de la procédure. La deuxième option va dans le même sens que la première en la complétant par un transfert des compétences des cantons vers la Confédération. Enfin, la troisième et dernière option propose des améliorations ponctuelles afin d'accélérer la procédure et pourrait, selon le DFJP, être mise en œuvre à court terme¹³¹.

Six mois après la publication de ce rapport, le Conseil fédéral a publié un nouveau message (complémentaire à celui présenté en mai 2010) proposant un certain nombre de mesures applicables à court terme. Il s'agirait notamment d'introduire une phase préparatoire, ainsi qu'une investigation médicale au centre d'enregistrement et de procédure ; de modifier la définition du réfugié afin d'en exclure les déserteurs et objecteurs de conscience et de supprimer la possibilité de demander l'asile dans une ambassade¹³².

¹²⁹ Compléments apportés dans le cadre de la mise en œuvre des accords d'association à Schengen et à Dublin. Modification du 13 juin 2008, RO 2008 5407.

¹³⁰ FF 2010 4035 et 4109 pour le projet de loi modifié.

¹³¹ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011.

¹³² FF 2011 6735 et 6761 pour le projet de loi modifié.

D'une manière générale, les changements dans ce domaine sont extrêmement nombreux et rapides et les propositions de modifications sont souvent faites avant même qu'un bilan des mesures introduites précédemment ne soit tiré¹³³. Les motifs invoqués sont en principe un « afflux » de demandeurs d'asile¹³⁴ et la réponse traditionnelle se reflète dans un durcissement du droit d'asile concrétisé par une simplification et une accélération des procédures, ainsi qu'en conséquence, une détérioration de la situation pour les demandeurs d'asile¹³⁵. Outre les fluctuations importantes dans les demandes, le domaine de l'asile est aussi en constante modification en raison des pressions politiques qui s'exercent sans cesse sur le sujet¹³⁶.

4.1.4. Les ordonnances

Sans entrer ici dans les détails, il s'agit néanmoins de présenter les cinq ordonnances qui abordent le domaine de l'asile. Trois d'entre elles sont numérotées et touchent respectivement à la *procédure d'asile* (OA 1)¹³⁷, au *financement* (OA 2)¹³⁸ et au *traitement des données personnelles* (OA 3)¹³⁹.

Une quatrième ordonnance édictée par le Département fédéral de justice et police traite de l'exploitation des *logements de la Confédération* dans le domaine, c'est-à-dire principalement

¹³³ Dans ce sens et pour une critique détaillée de l'évolution du droit d'asile en Suisse, voir MAILLARD, TAFELMACHER, p. 103 ss. PIGUET parle quant à lui de « frénésie législative ». PIGUET, p. 84.

¹³⁴ Sur l'évolution des demandes d'asile en comparaison notamment des principales régions de conflit, voir PIGUET, p. 77 ss. Les données statistiques montrent les chiffres suivants : 1979 : moins de 1000 demandes d'asile ; 1987 : plus de 10'000 (conséquence des conflits ayant lieu notamment au Sri Lanka et en Turquie [minorité kurde], ainsi que pour les années préalables [1981-1983], la dictature chilienne et la situation du Zaïre) ; 1988 : 16'726 ; 1989 : 24'425 (dès 1989, s'ajoute la situation libanaise) ; 1990 : 35'836 ; 1991 : 41'629 (année « record », somme de ces différentes crises) ; 1992 : environ 18'000 (conséquence de l'entrée en vigueur de l'APA qui aurait eu, selon les autorités, un effet dissuasif, FF 1996 II 1, 7, PIGUET, p. 79 et 80) ; 1993 : 24'739 ; 1994 : 16'134 ; 1997 : environ 24'000 ; 1998 : 41'302 et 1999 : environ 46'000 (nouvelle année « record », conséquence du conflit au Kosovo : environ les deux tiers des demandes proviennent de l'Ex-Yougoslavie. Introduction de mesures d'urgence et de l'admission provisoire, PIGUET, p. 81). Pour ces différents chiffres, voir : Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537, 542 ; 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, 7 ; ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 31, NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 408.

¹³⁵ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 14.

¹³⁶ Le peuple a été amené à voter sept fois sur des questions relatives à l'asile depuis 1994, sans compter la dernière votation de novembre 2010 sur le renvoi des criminels étrangers, PIGUET, p. 85 et 138-139.

¹³⁷ Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1), RS 142.311.

¹³⁸ Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement (Ordonnance 2 sur l'asile, OA 2), RS 142.312.

¹³⁹ Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (Ordonnance 3 sur l'asile, OA 3), RS 142.314.

des Centres d'enregistrement et de procédure (CEP) et des logements dans les aéroports de Genève et Zurich¹⁴⁰.

Enfin, une dernière ordonnance relative à *l'exécution du renvoi et à l'expulsion* des étrangers touche les NEMs et les requérants d'asile déboutés¹⁴¹.

4.1.5. Les directives et le manuel

Sans être directement des sources officielles du droit, les directives et le manuel de procédure édictés par l'Office fédéral des migrations doivent toutefois être mentionnés. Ils servent en effet parfois de référence pour mieux cerner et comprendre certaines notions peu claires de la loi ou des ordonnances.

Huit directives sont publiées sur le site internet de l'Office fédéral des migrations¹⁴². Elles ont pour objet la procédure d'asile, le renvoi et l'exécution des décisions de renvoi, l'admission provisoire, l'aide au retour et à la réintégration, les procédures extraordinaires et la suspension de l'exécution du renvoi, les différents statuts juridiques des personnes concernées par l'asile, l'aide sociale et l'aide d'urgence et la taxe spéciale. Un certain nombre d'annexes et de circulaires viennent encore compléter ces directives.

En outre, un « Manuel de procédure d'asile »¹⁴³ publié par l'Office fédéral des migrations donne de nombreuses précisions relatives au droit d'asile. Il a été conçu comme « un ouvrage de référence et un outil de travail pour les collaboratrices et collaborateurs du Domaine de direction Procédure d'asile de l'Office fédéral des migrations [et] doit [les] aider à répondre aux exigences élevées de leur tâche qui consiste à mener les procédures d'asile loyalement, rapidement et sans préjugés et à prendre une décision juridiquement irréprochable ». Ce texte, divisé en une trentaine de chapitres, condense l'information législative, doctrinale et jurisprudentielle. Cet outil n'étant pas une base légale au sens strict, il ne reste qu'à espérer que son usage ne dispense pas la consultation des bases juridiques pertinentes, comme le constatait d'ailleurs Philippe Bois expliquant « sa surprise de découvrir, dans les bureaux d'une administration cantonale des étrangers, l'absence du texte de la Constitution et d'un

¹⁴⁰ Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile, RS 142.311.23.

¹⁴¹ Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), RS 142.281.

¹⁴² Elles sont disponibles à l'adresse suivante : http://www.ejpd.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/asylgesetz.html (consultation : 15 août 2011).

¹⁴³ Disponible à l'adresse : http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/migration/ref_asyl/ref_asylverfahren/ref_handbuch_asylverfahren.html (consultation : 15 août 2011).

certain nombre de lois importantes : les fonctionnaires ne disposaient que des directives administratives pour unique instrument de travail »¹⁴⁴.

4.1.6. Les sources internationales liant la Suisse

En matière d'asile, la Suisse est liée par un certain nombre d'instruments du droit international. Il s'agit en particulier de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (aussi souvent appelée Convention de Genève) et de son Protocole du 31 janvier 1967¹⁴⁵, de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁴⁶, de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant¹⁴⁷, des Pactes internationaux du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux droits civils et politiques¹⁴⁸, et de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹⁴⁹.

Pour des raisons de simplification, ces textes seront toutefois traités ci-dessous, au chiffre 4.3 consacré aux sources de droit international.

4.2. Les sources européennes

4.2.1. Remarques liminaires

Les sources européennes ne sont pas traitées selon la même logique que les sources suisses. Un premier survol historique de l'évolution semblait nécessaire afin de mieux comprendre l'état législatif actuel (ch. 4.2.2). En conséquence, les différents instruments sont ici présentés dans leur ordre d'apparition, à savoir les premières directives (à caractère contraignant donc ; ch. 4.2.3), puis la Charte des droits fondamentaux (ch. 4.2.4). En tant que texte désormais essentiel de l'Union, elle aurait dû figurer en premier lieu, mais puisqu'elle est récente et issue d'un long processus de négociation, il a semblé préférable de la présenter après les instruments contraignants. Enfin, les sources du droit international qui lient l'Union européenne en son nom propre sont rapidement signalées (ch. 4.2.5).

¹⁴⁴ MAILLARD, TAFELMACHER, p. 104.

¹⁴⁵ RS 0.142.30 et 0.142.301.

¹⁴⁶ RS 0.105.

¹⁴⁷ RS 0.107.

¹⁴⁸ RS 0.103.1 et 0.103.2.

¹⁴⁹ RS 0.101.

4.2.2. Un survol historique de l'évolution législative

Afin de mieux comprendre l'articulation des différents instruments régissant le domaine de l'asile au sein de l'Union européenne, les principales étapes de son développement sont brièvement décrites ici¹⁵⁰.

La création d'une politique commune en matière d'asile au sein de l'Union européenne est notamment étroitement liée au développement de sa politique de libre circulation. En effet, plus les frontières internes sont supprimées, plus il est important de réguler de manière collective et analogue l'entrée sur le territoire commun¹⁵¹. Il s'agit aussi par des politiques communes de partager entre les différents Etats membres les charges inégales qui pèsent sur eux en matière de demandes d'asile, ce que certains appellent le « *burden sharing* ». A titre d'exemple, en 1992, l'Allemagne comptait environ 400'000 requêtes contre environ 30'000 pour la France¹⁵². On le verra encore par la suite, cette politique n'a – sur ce point précis de la charge – fait que déplacer le problème sur d'autres Etats.

A cette fin, l'*Accord Schengen* de 1985, conclu entre la France, la République fédérale d'Allemagne et le Bénélux, est une étape importante. Il a notamment pour but de lutter contre la criminalité, et plus particulièrement contre les trafics de stupéfiants et d'armes, la contrebande et les fraudes fiscales et douanières, ainsi que contre l'immigration illégale (entrée et séjour)¹⁵³. L'idéologie de ce texte est reprise en tant que Convention d'application de l'acquis de Schengen en 1990¹⁵⁴ et introduit désormais aux côtés de la notion d'immigration, celle de l'asile, ainsi que plus spécifiquement la question de la responsabilité du traitement des demandes d'asile¹⁵⁵, réaffirmant ainsi les principes de la *Convention de*

¹⁵⁰ Pour un résumé très complet et une analyse (très) critique du développement des sources européennes en matière d'asile et d'immigration, voir l'article de LANTERO, p. 81-124 et spécialement les pages 91 ss. Voir aussi notamment AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 60 ss ; ALLAND, TEITGEN-COLLY, p. 127 ss ; BOUTILLET-PAQUET, p. 131 ss ; JEANNIN, MENEGHINI, PAUTI, POUPET, p. 57 ss.

¹⁵¹ CARLIER, *Le développement d'une politique commune*, p. 2. Dans le même sens LANTERO, qui ajoute que les premières consultations informelles entre gouvernements ont débuté dans les années 80 et ont fortement contribué à l'assimilation des politiques d'immigration et d'asile. LANTERO, p. 92.

¹⁵² Dans le partage de la charge, il existe deux objets : le partage des « frais » (pris en compte par le Fonds européen pour les réfugiés) et le partage des « hommes » (ce que le système de Dublin a tenté de mettre sur pied). CARLIER, *Le développement d'une politique commune*, p. 8.

¹⁵³ Voir notamment l'article 9 de l'Accord, disponible à la page suivante : <http://www.cvce.eu/viewer/-/content/7543db22-53d1-428b-8b21-ad0a3fb59ed6/fr> (consultation : 15 août 2011).

¹⁵⁴ Ce texte n'a toutefois été publié au Journal officiel qu'en 2000 suite à la décision 1999/435/CE du Conseil du 20 mai 1999. La Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 est donc disponible dans le JO L 239/19, du 22 septembre 2000.

¹⁵⁵ Voir en particulier les articles 29 et 30 de la Convention d'application du 19 juin 1990.

Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile du 15 juin de la même année¹⁵⁶.

Ce texte a notamment pour objectif de prévenir l'« *asylum shopping* » ou, en d'autres termes, le fait de déposer, pour un même requérant, plusieurs demandes simultanées dans différents Etats membres. Il a ainsi pour conséquence de réduire nettement le libre choix du pays d'asile. Pour LANTERO, cette « Convention a marqué une profonde rupture avec la Convention de Genève de 1951 et annoncé une nouvelle normativité en matière d'asile. Un filtre a été créé de toutes pièces entre le réfugié et la Convention qui le protège. Il peut désormais être disqualifié au nom de la Convention de Dublin, avant même d'être potentiellement reconnu selon les termes de la Convention de Genève »¹⁵⁷. Mentionnons encore que cette Convention n'est entrée en vigueur que le 1^{er} septembre 1997 dans les 12 Etats membres signataires originaux et qu'elle a par la suite été remplacée par le Règlement de Dublin en 2003¹⁵⁸.

En 1992, les Ministres responsables de l'immigration adoptent deux *résolutions*, la première *sur les demandes d'asile manifestement infondées*¹⁵⁹ et la seconde *sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil*¹⁶⁰. C'est dans ces textes, appelés aussi les « résolutions de Londres », qu'apparaît pour la première fois de manière explicite l'idée de la procédure accélérée. Lors de cette réunion, les Etats membres ont également formulé des *conclusions sur les pays dans lesquels il n'existe généralement aucun risque de persécution*¹⁶¹.

JULIEN-LAFERRIERE estime que ces trois textes, jamais officiellement publiés et dont la valeur juridique n'est pas contraignante, ont pourtant eu « une influence importante sur l'orientation future de la politique d'asile de l'Union européenne »¹⁶². LANTERO va plus loin en affirmant que ces instruments ont opéré en quelque sorte une disqualification des requérants d'asile, ne leur laissant plus le bénéfice du doute et tentant de les renvoyer au plus près de leur pays d'origine. Ces conclusions viennent compléter un nouveau discours politique sur les « abus » dans le domaine de l'asile : « [c]'est à ce moment précis que les mythes de la fraude, du faux réfugié et de la sécurité prennent le pas sur la protection des réfugiés, pour ne jamais plus lui

¹⁵⁶ Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes. JO C 254/1, du 19 août 1997.

¹⁵⁷ LANTERO, p. 93.

¹⁵⁸ Voir le ch. III.3.1.4.2 ci-dessous.

¹⁵⁹ Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum, adoptée à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. Cette résolution n'est pas publiée au Journal officiel. On peut toutefois la trouver à la page 180 de l'ouvrage de VAN KRIEKEN.

¹⁶⁰ Resolution on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries, adoptée à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. VAN KRIEKEN, p. 183.

¹⁶¹ Conclusions of 30 November 1992 on countries in which there is generally no serious risk of persecution, adoptées à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. VAN KRIEKEN, p. 185.

¹⁶² JULIEN-LAFERRIERE, p. 260.

céder la place. Ces trois constructions *politiques*, mues par des objectifs *politiques*, vont créer pour les réfugiés une réalité qui, à terme, deviendra *juridique* »¹⁶³.

Quelques mois plus tôt, le 7 février 1992, le *Traité de Maastricht* est signé¹⁶⁴. Il entre en vigueur le 1^{er} novembre 1993 et introduit le concept des trois piliers définissant l'architecture institutionnelle de l'Union européenne. Le premier pilier s'attache aux domaines pour lesquels la Communauté européenne est compétente, le deuxième traite de la politique étrangère et de sécurité commune et le troisième s'occupe de la coopération policière et judiciaire, ainsi que de la justice et des affaires intérieures¹⁶⁵. Le domaine de l'asile est principalement régi par le troisième pilier et est ainsi soumis à une collaboration intergouvernementale¹⁶⁶. Les instruments qui en découlent sont alors généralement juridiquement non contraignants ou relèvent de ce que l'on appelle aussi parfois la « *soft law* ».

Le *Traité d'Amsterdam*, signé le 2 octobre 1997, et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999¹⁶⁷, marque une étape importante dans l'harmonisation des législations en matière d'asile. Son art. 63 (ex-art. 73K) transfère le droit d'asile dans le premier pilier et prévoit la mise en place d'un régime commun d'asile : désormais cette matière se communautarise. Ainsi, l'Union européenne s'engage à définir des « normes minimales » communes concernant notamment les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande, les conditions d'accueil des requérants, les conditions à remplir pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, ainsi que les procédures nationales d'octroi et de retrait du statut de réfugié. Ces règles communes ont pour objectif d'établir, à plus long terme, un système européen commun d'asile, mais ce ne sont à ce stade que des « normes minimales » ne reflétant que le plus petit dénominateur commun à tous les Etats membres. Cette manière de faire est critiquée à juste titre par PIÇARRA qui estime qu'il ne s'agit pas « d'adopter des normes "minimales", "maximales" ou "moyennes" mais des normes matériellement conformes aux valeurs, principes et engagements auxquels l'Union et ses Etats membres sont liés, à commencer par la Convention de Genève et son protocole, ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁶⁸.

En même temps, dans un *Protocole* sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, annexé au *Traité d'Amsterdam*, les Etats membres déclarent, dans un article unique, que « vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les Etats membres de l'Union européenne, ceux-ci sont

¹⁶³ LANTERO, p. 95.

¹⁶⁴ JO C 191/1, du 29 juillet 1992.

¹⁶⁵ RIDEAU, p. 40 ainsi que 63 ss.

¹⁶⁶ Pour un développement détaillé de la répartition des matières, voir LANTERO, p. 96-99.

¹⁶⁷ JO C 340/1, du 10 novembre 1997.

¹⁶⁸ PIÇARRA, p. 17.

considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile ». Ainsi, les demandes d'asile présentées par un ressortissant européen ne peuvent être prises en compte ou déclarées admissibles pour instruction par un autre État membre que dans des cas exceptionnels prévus par le Protocole, notamment si un Etat se trouve dans une situation de guerre ou de danger public pour la nation¹⁶⁹. Ce protocole, appelé aussi parfois « *Protocole Aznar* », est adopté sur proposition des autorités espagnoles dont le but était « d'empêcher les militants indépendantistes basques de se voir reconnaître la qualité de réfugiés dans d'autres pays de l'Union »¹⁷⁰. La Belgique a toutefois déclaré qu'elle effectuerait un examen individuel de toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un autre État membre, et ce conformément à ses obligations envers la Convention de Genève et le Protocole de New York¹⁷¹. Le protocole Aznar a par ailleurs été largement critiqué par les organisations non gouvernementales qui estimaient qu'il ne respectait pas la Convention de Genève de 1951, malgré son préambule mentionnant le respect de la finalité et des objectifs de ladite Convention¹⁷². En fait, ce protocole plante une nouvelle idée, à savoir qu'il existe des pays dont on ne peut pas « être réfugié »¹⁷³ et instaure ainsi une discrimination fondée sur l'origine

¹⁶⁹ Les trois exceptions prévues par ce Protocole sont : premièrement, dans le cas où l'Etat membre mis en cause invoque l'art. 15 de la CEDH et prend des mesures, sur son territoire, qui dérogent aux obligations qui lui sont imposées par la CEDH ; deuxièmement, si la procédure prévue à l'art. 7, al. 1 du Traité sur l'Union européenne est déclenchée et jusqu'à ce que le Conseil prenne une décision à ce sujet (art. 7 al. 1 TUE [modifié par le Traité de Nice] : « Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après avis conforme du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, et lui adresser des recommandations appropriées. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut, statuant selon la même procédure, demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'État membre en question. Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables ») ; troisièmement, si le Conseil, statuant sur la base de l'art. 7 al. 1, constate l'existence d'une violation grave et persistante des principes énoncés à l'art. 6 al. 1 (art. 6 al. 1 TUE : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres »). Enfin, si un Etat membre devait procéder ainsi à la demande d'un ressortissant d'un autre Etat membre, le Conseil en serait immédiatement informé. En outre, et sans que le pouvoir de décision de l'Etat membre (à qui la demande d'asile est adressée) ne soit affecté d'aucune manière, il doit toutefois être présumé que la demande est manifestement non fondée.

¹⁷⁰ BENBEKHTI, p. 6.

¹⁷¹ JULIEN-LAFERRIÈRE estime d'ailleurs qu'entre la position de l'UE et celle de la Belgique, c'est la seconde qui est « la plus conforme à la Convention de Genève ». JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 264.

¹⁷² BENBEKHTI mentionne les communiqués de presse d'Amnesty International du 11 juin 1997, de Human Rights Watch du 12 juin 1997 et du Conseil Européen sur les Réfugiés et les Exilés (ECRE) du 10 juin 1997. BENBEKHTI, p. 6.

¹⁷³ Il est ainsi présumé qu'une demande déposée par un requérant européen ne peut qu'être « manifestement non fondée ». JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 263.

entre les ressortissants des Etats tiers et ceux de l'Union européenne qui sont, dès lors (et pour une fois) défavorisés¹⁷⁴.

Lors du *sommet européen de Tampere* d'octobre 1999¹⁷⁵, consacré « à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne », le Conseil européen s'engage à mettre en place un régime d'asile européen commun, fondé sur la Convention de Genève de 1951 et respectant le principe de non-refoulement. Ce régime devait notamment, à court terme, prévoir « une méthode claire et opérationnelle pour déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile », ainsi que « des normes communes pour une procédure d'asile équitable et efficace, des conditions communes minimales d'accueil des demandeurs d'asile, et le rapprochement des règles sur la reconnaissance et le contenu du statut de réfugié ». A plus long terme, il était également prévu d'arriver à une procédure d'asile commune et à un statut uniforme¹⁷⁶.

Sur la base de ces diverses prises de positions et notamment suite aux engagements pris lors de la signature du Traité d'Amsterdam, les Etats membres adoptent quatre instruments importants dans la perspective d'un régime d'asile communautaire. Ces textes, tous à caractère désormais contraignant, entrent dans le plan d'action prévu par le Conseil européen de Tampere mais sans reprendre l'approche solidaire de ses conclusions¹⁷⁷.

Ces quatre instruments mettent en œuvre les lettres a à d du premier alinéa de l'art. 63 du Traité d'Amsterdam et sont présentés ci-dessous dans l'ordre des lettres de cet article. Le « *Règlement de Dublin* », qui met en œuvre la lettre a, intègre les principes de la Convention de Dublin de 1990 dans le cadre communautaire (ch. 4.2.3.2). La lettre b, concernant l'accueil des demandeurs d'asile, est concrétisée par la *directive 2003/9/CE* (ch. 4.2.3.3), la lettre c, qui traite de la qualification, est reprise par la *directive 2011/95/UE, qui est une refonte de l'ancienne directive 2004/83/CE* (ch. 4.2.3.4). Enfin, c'est la *directive 2005/85/CE* qui

¹⁷⁴ Sur ce dernier point, voir MAZERON, p. 31.

¹⁷⁵ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence disponibles à l'adresse suivante : http://europa.eu/european_council/conclusions/index_fr.htm, en particulier : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f9.htm (consultation : 15 août 2011).

¹⁷⁶ Voir à ce sujet notamment COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme*, COM(2000) 755 final. Cette communication avait pour but d'initier un débat communautaire sur la perspective d'une procédure d'asile commune et d'un statut uniforme à long terme. Elle proposait dans un premier temps de définir des règles minimales d'harmonisation et, dans une deuxième étape, de restreindre « la flexibilité donnée aux Etats membres » (p. 8) dans certains domaines, notamment en ce qui concerne les procédures, dont la procédure accélérée faisait également partie. La communication traite également des concepts tels que celui de l'Etat d'origine ou tiers sûr, mais elle se borne à mentionner que l'avenir de ces concepts doit encore être tranché. Elle entrevoit la possibilité d'adopter des listes communes ou de simplement éliminer ces concepts, tout en précisant qu'il est nécessaire de garder à l'esprit l'élargissement de l'Union européenne.

¹⁷⁷ LANTERO, p. 102.

consacre la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié prévue à la lettre d (ch. 4.2.3.5). Avant la concrétisation de l'article 63 du Traité par ces quatre normes, une première directive, 2001/55/CE, a été édictée en 2001 pour répondre aux événements survenus en Ex-Yougoslavie (ch. 4.2.3.1).

4.2.3. Les instruments contraignants

4.2.3.1. La directive 2001/55/CE

La directive 2001/55/CE du Conseil est consacrée à des « normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil »¹⁷⁸.

Cette directive, introduite suite au conflit ravageant l'ancienne Yougoslavie, permet d'octroyer une protection rapide, mais temporaire, à un groupe de personnes, en cas d'afflux massifs, sans devoir procéder à une analyse personnelle pour chaque requérant¹⁷⁹. Elle prévoit une durée de protection qui ne peut dépasser trois ans¹⁸⁰. Pendant la durée de la protection temporaire, les bénéficiaires reçoivent un titre de séjour de l'Etat membre auquel ils sont attachés. Ce statut ne les empêche cependant pas de déposer une demande d'asile à tout moment¹⁸¹.

4.2.3.2. Le règlement de Dublin

Le 18 février 2003, les Etats membres se sont mis d'accord sur le règlement CE no 343/2003¹⁸², souvent appelé « règlement de Dublin » ou « Dublin II », parce qu'il remplace la Convention de Dublin. Ce règlement établit les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers. D'une manière générale, ce sont les mêmes critères que ceux prévus par ladite Convention. Ils sont énumérés dans l'ordre suivant : un membre de la famille du demandeur a été reconnu comme réfugié ou est en cours de procédure d'asile dans un Etat membre ; le demandeur est titulaire d'un titre de séjour valable dans un Etat membre ; le demandeur est entré illégalement dans un Etat membre ; le demandeur est entré dans un Etat membre pour lequel il ne nécessitait pas de visa et, enfin, le

¹⁷⁸ JO L 212/12, du 7 août 2001.

¹⁷⁹ MAZERON, p. 14.

¹⁸⁰ Art. 4 par. 1 et 2 de la directive.

¹⁸¹ Art. 8 et 17.

¹⁸² JO L 50/1, du 25 février 2003. Ce règlement est présenté et discuté de manière plus approfondie dans le cadre du chapitre II consacré à la procédure applicable lors de l'arrivée dans le « pays d'accueil » et en particulier à la procédure accélérée puisqu'il en est un « outil » essentiel. Voir ci-dessous, ch. III.3.1.4.2.

demandeur dépose sa requête dans la zone de transit international d'un aéroport. Une clause subsidiaire est énoncée dans l'hypothèse où ces premiers critères ne sauraient suffire à la détermination de l'Etat responsable : il s'agit du premier pays dans lequel la demande a été présentée¹⁸³.

4.2.3.3. *La directive « accueil »*

Le 27 janvier de la même année, la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales d'accueil¹⁸⁴, qui a pour but de garantir à tous les demandeurs d'asile des conditions de vie dignes, est venue concrétiser la lettre b de l'article 63 du Traité d'Amsterdam. Il était nécessaire d'établir une telle norme afin que les requérants d'asile qui, en raison du règlement de Dublin, ne peuvent pas choisir l'Etat qui sera responsable de traiter leur demande, soient finalement traités dans des conditions plus ou moins similaires. Ainsi, cette directive avait en partie pour but de diminuer le nombre de déplacements des demandeurs d'un Etat à l'autre en vue d'obtenir de meilleures conditions d'accueil. Ces conditions sont toutefois des mesures minimales¹⁸⁵ et les Etats restent libres de fixer des normes plus favorables s'ils le souhaitent.

4.2.3.4. *La directive « qualification »*

La directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 sur la qualification¹⁸⁶ (ancienne directive 2004/83/CE du 29 avril 2004¹⁸⁷) a pour but de fixer des critères communs pour l'identification des personnes qui ont réellement un besoin de protection internationale. Elle a pour champ d'application personnel les ressortissants des pays tiers ou les apatrides et elle mentionne clairement au paragraphe 20 (ancien paragraphe 13) de son préambule que « la présente directive s'entend sans préjudice du protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Elle confirme ainsi le principe selon lequel les Etats membres de l'Union européenne sont considérés comme des Etats d'origine sûrs. Elle introduit par contre un nouveau statut, de protection subsidiaire, accordé à « tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves [...] »¹⁸⁸.

¹⁸³ Cette clause s'avère en pratique être la principale. Voir les art. 6 à 13 du règlement de Dublin.

¹⁸⁴ JO L 31/18, du 6 février 2003.

¹⁸⁵ Ou « minimal(ist)es » pour emprunter une expression à LANTERO, p. 110.

¹⁸⁶ Dont le titre complet est :

¹⁸⁷ JO L 304/12, du 30 septembre 2004.

¹⁸⁸ Art. 2 let. f.

4.2.3.5. La directive « procédure »

Enfin, la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié¹⁸⁹ a pour objet de fixer les règles minimales de procédure pour le traitement des demandes (information sur le déroulement de la procédure, droit d'être entendu, accès à une assistance juridique), afin de garantir un processus décisionnel établi sur une base individuelle, de manière objective et impartiale, et reposant sur du personnel spécialisé (chapitre II). En outre, elle vise à « fixer » ou à matérialiser la procédure accélérée par la définition, de manière commune, de certains concepts et de certaines pratiques, tels que les demandes irrecevables, les demandes infondées, les pays tiers sûrs et les pays d'origine sûrs (chapitre III). Enfin, elle harmonise les procédures de retrait du statut de réfugié et elle garantit le droit à un recours effectif devant une cour ou un tribunal en cas de décision négative (chapitres IV et V). Présentée ainsi, elle semble être un instrument parfaitement utile et efficace en vue d'une politique d'asile commune aux Etats européens, mais elle comporte un nombre prodigieux de lacunes et de défauts qui seront présentés ci-dessous et pour lesquels cette directive s'est vue qualifier de « catalogue des pires pratiques nationales »¹⁹⁰.

Aux termes de la présentation de l'évolution du droit d'asile européen et de ses principaux instruments, il convient de relever que ce processus est fortement lié au droit de l'immigration. La Convention de Genève, qui guidait le législateur européen à ses débuts en matière de construction du droit d'asile, s'est vue petit à petit écartée au profit de concepts plus « actuels et terre à terre », comme les questions de migration économique, de criminalité et de terrorisme. Pour LANTERO, « [i]l s'agit en effet, pour l'Europe communautaire, de faire du droit d'asile, un droit soumis à des considérations économiques, politiques et sociologiques propres au droit de l'immigration. Plus qu'un amalgame, un véritable transfert s'opère du droit des réfugiés, vers le (non-)droit des immigrants »¹⁹¹.

4.2.4. La Charte des droits fondamentaux

L'actuelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne date du 12 décembre 2007¹⁹², mais reprend celle proclamée le 7 décembre 2000¹⁹³. Elle n'est donc entrée en vigueur que près de dix ans plus tard, le premier décembre 2009, avec le Traité de Lisbonne.

¹⁸⁹ JO L 326/13, du 13 décembre 2005.

¹⁹⁰ Voir une note de la COORDINATION FRANÇAISE POUR LE DROIT D'ASILE, 2006.

¹⁹¹ LANTERO, p. 104. AMARELLE va dans le même sens : « Placées très tôt sous la responsabilité des ministres de l'Intérieur, de la Justice et des Transports, les questions relatives à l'immigration et l'asile ont donné lieu au même traitement commun – aux mêmes méthodes et aux mêmes mécanismes – que les questions liées au terrorisme, à la drogue et à la police ». AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 24.

¹⁹² JO C 303/1, du 14 décembre 2007, texte adapté : JO C 83/389, du 30 mars 2010.

¹⁹³ JO C 364/1, du 18 décembre 2000.

Deux dispositions traitent de l'asile. L'article 18 est directement consacré au « droit d'asile » et a la teneur suivante : « [l]e droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », alors que l'article 19 s'attache à la « protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition » et dispose que « 1. Les expulsions collectives sont interdites ; 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants »¹⁹⁴.

On notera qu'il s'agit du seul texte, avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui consacre formellement un « droit à l'asile », puisque même la Convention de Genève sur les réfugiés ne le fait pas. Mais, il faut l'admettre, la disposition en question reste floue et ne paraît en fin de compte que reconnaître ce droit de manière « abstraite »¹⁹⁵. Il semble en tous les cas difficile de pouvoir en déduire un véritable droit à l'asile.

Autre constatation d'importance, la Charte ne parle pas de normes minimales comme le font les instruments européens contraignants présentés ci-dessus. Cette différence est à accueillir favorablement dans la mesure où elle incitera peut-être les États à ne plus chercher à l'avenir uniquement le plus petit dénominateur commun de leurs pratiques dans la conception de la politique d'asile européenne¹⁹⁶.

En revanche, la formulation de l'article 18 qui précise que « le droit d'asile est garanti [...] conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » implique le respect du Protocole Aznar et revient au même que le projet d'article de la Charte (ancien art. 21) qui prévoyait que « les ressortissants *des pays tiers* ont un droit d'asile dans l'Union européenne »¹⁹⁷. Le terme « ressortissants de pays tiers » a été supprimé pour une expression peut-être plus neutre mais qui garde la même finalité. Une interprétation stricte et littérale du texte ne peut que conduire à la conclusion suivante : les citoyens européens ne peuvent pas demander l'asile en Europe¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Cet article est aussi intéressant en ce qu'il interdit expressément le renvoi dans un État connaissant la peine de mort. Sans que cela ne ressorte autant clairement de l'art. 2 ou 3 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a tout de même désormais estimé que l'éventualité de la peine de mort peut causer à la personne concernée une souffrance psychique telle qu'elle peut être assimilée à un traitement inhumain et dégradant contraire à l'art. 3 CEDH. Arrêt CEDH *Al-Saadoon & Mufdhi c. Royaume-Uni*, du 4 octobre 2010, requête no 61498/08, § 120-145.

¹⁹⁵ Voir, sur le compromis dont résulte l'article 18 de la Charte, ainsi que sur ses difficultés d'interprétation, BRAIBANT, p. 144 ss.

¹⁹⁶ PIÇARRA, p. 17. Dans ce sens, il convient de noter que la nouvelle directive « qualification » (2011/95/UE) ne contient plus cet adjectif « minimal » pour qualifier les normes communes requises.

¹⁹⁷ CARLIER, *Le développement d'une politique commune*, p. 7, spéc. note 15.

¹⁹⁸ Pour une interprétation *a contrario*, voir PIÇARRA, p. 20-21.

4.2.5. Les sources internationales liant l'Union européenne

L'Union européenne n'est en tant que telle pas directement partie aux instruments de droit international. Ses Etats membres le sont en revanche à titre individuel et lorsque l'Union légifère, elle est ainsi tenue de respecter les règles du droit supérieur. Il arrive cependant que ce ne soit pas le cas et les Etats membres sont alors pris dans un conflit ou des contradictions potentielles entre le droit européen et le droit international¹⁹⁹.

La seule Convention à laquelle l'Union devrait en principe être « prochainement » membre, en raison de l'adoption du Traité de Lisbonne, est la *Convention européenne des droits de l'homme*²⁰⁰.

4.3. Les sources internationales

4.3.1. Remarques liminaires

Les sources internationales qui traitent de l'asile ou touchent indirectement à ce domaine, notamment par le principe du non-refoulement²⁰¹, sont abondantes. Elles sont exposées ci-dessous de la manière suivante : en premier lieu, la Déclaration universelle des droits de l'homme en tant que texte fondateur des droits humains (ch. 4.3.2), puis, dans le but de distinguer les instruments à caractère contraignant des autres, ceux qui lient la Suisse (ch. 4.3.3) et enfin ceux qui ne la concernent pas (ch. 4.3.4)²⁰². Bien d'autres textes qui ne sont pas traités ici existent encore, mais il a semblé suffisant de se limiter, de manière subjective, aux principaux²⁰³.

4.3.2. La Déclaration universelle des droits de l'homme

En tant que premier instrument et fondement des droits humains, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 se doit d'être mentionnée en préambule.

¹⁹⁹ Sur ce point particulier, voir ci-dessous le ch. II.5.3.

²⁰⁰ Art. 6 par. 2 du Traité de Lisbonne. Pour une analyse détaillée de cette question, voir GROUSSOT, LOCK, PECH, 2011.

²⁰¹ Pour plus de détails sur ce point, voir ci-dessous le chapitre qui lui est consacré en tant que limite supérieure à la procédure accélérée, ch. III.4.

²⁰² Sur la question de savoir à quelles conditions un individu peut se plaindre de la violation d'un traité de droit international particulier et sur les conséquences de cette violation selon l'instance internationale responsable de trancher l'affaire, voir GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 298 ss.

²⁰³ Pourraient encore par exemple être mentionnés : les Conventions de Genève relatives au droit humanitaire en temps de guerre du 12 août 1949, ainsi que leurs deux protocoles additionnels du 8 juin 1977 (RS 0.518). Pour d'autres sources historiques ou actuelles, voir notamment ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Handbuch*, p. 39 ss, BERSIER, p. 28 ss et pour un plus long développement ALLAND, TEITGEN-COLLY, p. 58 ss.

Elle a en outre ceci d'intéressant qu'elle consacre un droit à l'asile à son article 14 par. 1 : « [d]evant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays »²⁰⁴.

Sur ce point, elle se distingue largement des autres normes relatives à l'asile. Cette affirmation positive du droit d'asile n'a en effet été reprise explicitement que par un instrument, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne semble cependant pas attribuer d'effet concret à ce droit²⁰⁵. Il en va de même pour la portée de l'article 14 de cette Déclaration : 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 contraignant²⁰⁶. Toutefois, selon GAMMELTOFT-HANSEN, une divergence majeure entre l'art. 14 DUDH et les pratiques nationales (ou européenne) en matière d'asile constituerait néanmoins un sérieux problème moral et politique qui pourrait avoir des conséquences au niveau juridique²⁰⁷.

4.3.3. Les instruments liant la Suisse

4.3.3.1. *La Convention de Genève et son Protocole*

La *Convention du 28 juillet 1951* relative au statut des réfugiés, aussi souvent appelée « Convention de Genève », est née des suites de la Seconde Guerre mondiale. Elle est un instrument complet et même le seul « qui régit le statut des réfugiés de manière exhaustive », puisqu'elle définit non seulement le réfugié²⁰⁸, mais également son statut juridique et elle l'assimile en principe aux nationaux et non aux ressortissants d'Etats tiers²⁰⁹. Elle consacre en outre, comme d'autres instruments du droit international, un article au principe de non-refoulement.

Le *protocole du 31 janvier 1967* relatif au statut des réfugiés a permis de supprimer les limites temporelles et territoriales de la Convention de Genève. Désormais les textes s'appliquent à

²⁰⁴ Pour un commentaire détaillé de cet article, voir KJÆRUM, p. 279-295.

²⁰⁵ Voir ci-dessus le ch. II.4.2.4.

²⁰⁶ Dans ce sens, BERSIER, p. 28-29, ainsi que SAMNØY, p. 10.

²⁰⁷ GAMMELTOFT-HANSEN, GAMMELTOFT-HANSEN, p. 442. Dans cet article, les auteurs discutent du droit effectif de chercher l'asile en général, puis en particulier dans le cadre des politiques migratoires européennes. Ils tendent à conclure que les règles et mécanismes de ces politiques, notamment en raison des contrôles migratoires et de la collaboration avec les Etats tiers, impliquent toute une série de barrières et de freins à l'accès aux territoires européens, mais également aux procédures d'asile. Cette conception de la politique migratoire peut aboutir à ne pas accorder de protection aux personnes qui la nécessiteraient et implique que les Etats ne respectent ainsi pas leur obligations internationales. Dans le même sens, O'NIONS est d'avis que « non-entrée measures are increasingly used to prevent asylum seekers from accessing this legal right ». O'NIONS, p. 150.

²⁰⁸ Pour l'article relatif à la définition du réfugié, voir ci-dessous l'annexe C.

²⁰⁹ BOUTILLET-PAQUET, p. 59.

toute personne qui craint d'être persécutée pour l'un des motifs invoqués par la Convention sans restriction liée à des régions ou à des événements prédéterminés. C'est ce protocole qui a « donné au droit des réfugiés sa dimension contemporaine »²¹⁰.

Au 1^{er} juillet 2011, 145 Etats ont ratifié cette Convention et 146 l'ont fait pour le protocole de 1967²¹¹. Ces deux textes jouent donc un rôle primordial pour les réfugiés et sont dotés d'une influence universelle. Ils représentent la base sur laquelle se fonde le droit suisse de l'asile²¹².

De par son caractère très général et son absence de mécanisme de contrôle, cette Convention – instrument classique du droit international des réfugiés – a, au fil des ans, été interprétée assez librement et souvent restrictivement²¹³ par les autorités nationales et en particulier par les Etats membres de l'Union européenne lors de la concrétisation de certaines notions dans le cadre des récentes directives européennes, avec pour conséquence que certaines personnes se trouvent excluent de toute protection formelle²¹⁴. A l'inverse, ce caractère général peut aussi devenir un avantage. Souplesse et flexibilité permettent à la Convention de s'adapter aux changements afin de pouvoir continuer à répondre aux besoins de protection nouveaux. C'est en outre ainsi que les instruments des droits humains devraient être interprétés si l'esprit même de ces textes veut être sauvegardé : « tout comme les lois pénales doivent être interprétées restrictivement de manière à garantir la présomption d'innocence, de même les instruments protégeant les droits de la personne doivent être interprétés largement de manière à assurer à chacun une protection pleine et entière de ses droits face à tous les abus potentiels, publics ou privés »²¹⁵.

4.3.3.2. *La Convention européenne des droits de l'homme*

De la même génération, la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et plus connue sous le nom de « Convention européenne des droits de l'homme » ou de CEDH, comprend quelques dispositions protégeant les réfugiés. En premier lieu, l'article 3 prévoit que « [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». D'importantes décisions jurisprudentielles sont venues concrétiser ce principe et lui adjoindre

²¹⁰ ALLAND, TEITGEN-COLLY, p. 79.

²¹¹ Le Cap-Vert n'a ratifié que le Protocole additionnel. Pour l'état des ratifications, voir, pour la Convention : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=fr et pour le protocole : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&lang=fr (consultation : 11 juillet 2011).

²¹² BERSIER, p. 31.

²¹³ JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 261 ss.

²¹⁴ BYRNE, *Changing Paradigms*, p. 164.

²¹⁵ CREPEAU, NAKACHE, p. 364.

notamment le principe de non-refoulement²¹⁶. Outre cet article fondamental, deux autres dispositions peuvent être mentionnées dans le cadre du droit des réfugiés. L'art. 8 CEDH concernant le droit au respect de la vie privée et familiale peut être invoqué à double titre : soit dans le cadre d'une demande d'asile suivie d'une demande de regroupement familial, soit dans un cas de renvoi d'un requérant causant ainsi une séparation familiale²¹⁷. Enfin, l'art. 13 CEDH sur le droit à un recours effectif est également un élément essentiel de toute procédure d'asile.

4.3.3.3. *Les Pactes des Nations Unies*

Comme la CEDH, le *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques* protège (à son art. 7) toute personne contre la torture, ainsi que contre toutes peines ou tous traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette disposition, sans mentionner explicitement l'interdiction du refoulement, a été interprétée par le Comité des droits de l'homme comme ne permettant pas à un Etat de déplacer une personne sur un territoire où elle risquerait réellement de subir un tel traitement. Le champ d'application de cet article est plus large que celui de l'art. 3 de la Convention contre la torture puisqu'il mentionne également les peines et traitement cruels, inhumains ou dégradants. Il rejoint en revanche le champ d'application de l'art. 3 CEDH. L'impact des « constatations » du Comité des droits de l'homme est cependant nettement moins important que celui résultant des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁸. Par ailleurs, le Protocole facultatif qui se rapporte au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui permet au Comité des droits de l'homme de recevoir et d'examiner des communications de particuliers est, comme son nom l'indique, facultatif (contrairement à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme) et la Suisse ne l'a pas ratifié.

Le *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* contient un certain nombre de droits fondamentaux nécessaires au développement personnel tels que le droit au travail, à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à l'éducation, etc. Un Comité est chargé de rendre des observations à l'égard des Etats concernant le respect des droits consacrés dans ce texte. Un protocole permettant de lui adresser des requêtes individuelles est prévu, mais n'est pas encore entré en vigueur.

²¹⁶ Parmi les plus marquants, voir notamment les arrêts *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, *T.I. c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête no 43844/98 ou encore *A. c. Pays-Bas*, du 20 juillet 2010, requête no 4900/06. Pour une casuistique détaillée sur cette question, voir NGUYEN, AMARELLE, p. 155 ss.

²¹⁷ ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Handbuch*, p. 46-48. GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 319.

²¹⁸ GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 305 ss.

4.3.3.4. *La Convention contre la torture*

Près de 20 ans après le Pacte relatif aux droits civils et politiques, les Nations Unies ont réaffirmé leur attachement à l'interdiction de la torture dans le cadre d'une convention spécialement consacrée à cette question. La *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*²¹⁹ conclue le 10 décembre 1984 prévoit, comme pour les Pactes, que les Etats parties fournissent régulièrement des rapports sur l'état de la situation dans leur juridiction. Un Comité contre la torture examine ces rapports et rend ses observations et recommandations à chaque Etat. En outre, la Convention a introduit un mécanisme de requête individuelle à disposition des individus qui s'estiment victimes de torture, mécanisme que la Suisse a expressément reconnu.

Parmi les dispositions clés de la Convention, l'article 3 prescrit qu'« [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 ». Bien que cette disposition n'ait pas été conçue à l'origine dans le but d'introduire un nouveau mécanisme de protection des réfugiés, le Comité contre la torture a, de jurisprudence constante, affirmé que l'article 3 protégeait les individus contre tout type de refoulement qui conduirait à un acte de torture et ce, sans exception²²⁰.

4.3.3.5. *La Convention relative aux droits de l'enfant*

Enfin, la *Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*²²¹ instaure le principe général de « l'intérêt supérieur » de l'enfant²²². Selon le Comité des droits de l'enfant, ce principe doit être pris en compte à tous les stades de la procédure d'asile²²³. Il devrait aussi l'être dans toutes les demandes d'asile où un enfant est concerné qu'il le soit

²¹⁹ La Suisse a également ratifié le protocole facultatif du 18 décembre 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105.1.

²²⁰ GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 301.

²²¹ Il s'agit de la Convention ratifiée par le plus d'Etats. Seuls les Etats-Unis et la Somalie ne l'ont pas fait. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr (consultation : 15 août 2011).

²²² Art. 3 par. 1 de la Convention : « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Pour une brève analyse de la disposition, ainsi que sur la question de son applicabilité directe, voir MARGUERAT, NGUYEN, ZERMATTEN, p. 12-14 et 15-17.

²²³ « Dans le cas d'un enfant déplacé, le principe doit être respecté à tous les stades du cycle du déplacement. À chacun de ces stades, il convient de constituer un dossier permettant de déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant pour servir de support à toute décision aux conséquences cruciales pour la vie de l'enfant non accompagné ou séparé ». COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/GC/2005/6, par. 19.

directement en tant que requérant (mineur non accompagné) ou qu'il le soit en tant que membre d'une famille déposant une demande d'asile²²⁴.

4.3.4. Les instruments ne liant pas la Suisse

De nombreuses autres sources traitent de l'asile ou des réfugiés dans le monde. A titre d'exemple, deux Conventions d'importance applicables pour l'une sur le continent africain et pour l'autre sur le sol latino-américain sont brièvement présentées ici.

4.3.4.1. La Convention de l'OUA

Presque 20 ans après la Convention de Genève et dans un contexte de guerres de décolonisation, l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) a élaboré une *Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*²²⁵. Sa principale contribution au droit des réfugiés a été d'élargir la définition même du réfugié en y ajoutant « toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité »²²⁶.

4.3.4.2. La Déclaration de Carthage

Le 22 novembre 1984, à l'époque où les révolutions et les guerres civiles faisaient rage en Amérique centrale, les représentants des Etats de cette partie du continent, ainsi que de certains autres Etats latino-américains, se sont réunis à Carthage pour un colloque consacré à la protection internationale des réfugiés. Il en a résulté une *Déclaration sur les réfugiés* qui, s'inspirant de la Convention de l'OUA, élargit à son tour la définition du réfugié pour y inclure notamment les personnes menacées par des actes de violence généralisée, des agressions étrangères, des conflits internes ou des violations massives des droits humains²²⁷. En raison du contexte politique agité, cette Déclaration n'a pas réussi à gagner un statut

²²⁴ GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 324.

²²⁵ Cette Convention a été signée à Addis-Abeba le 10 septembre 1969.

²²⁶ Art. 1 par. 2 de la Convention de l'OUA.

²²⁷ « La definición o concepto de refugiado [...] considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público ». Troisième conclusion de la « Declaración de Cartagena sobre refugiados ».

contraignant. Elle est cependant appliquée, voire intégrée à la législation nationale, dans la plupart des pays d'Amérique latine²²⁸.

Ces deux instruments relatifs à l'asile ont, malgré leur caractère géographiquement limité, eu pour conséquence d'apporter un nouveau regard dans le débat international et européen sur la définition du réfugié, sans pour autant régler le problème des personnes déplacées (à l'intérieur de leur propre pays) ou des réfugiés climatiques par exemple²²⁹.

5. ANALYSE DE LA COMPATIBILITE DES DIFFERENTES NORMES : METHODOLOGIE

Dans le but de cette étude, à savoir de dépeindre dans un premier temps quelques aspects du droit d'asile au niveau suisse, européen et international et d'en tirer, dans un deuxième temps, des parallèles ou des dissemblances, il convient de présenter brièvement l'articulation de ces différents droits et la manière dont ils seront comparés.

5.1. La compatibilité matérielle et la compatibilité formelle

La compatibilité des normes des différents droits d'asile étudiés ici – le droit suisse, le droit européen et le droit international – peut s'analyser de plusieurs manières. Il y a d'une part, ce que j'appellerai la compatibilité *matérielle*, c'est-à-dire l'analyse permettant d'établir si une disposition provenant d'un ordre juridique règle de manière similaire ou différente une certaine problématique (il convient pour cela de comparer des *matières*) et, d'autre part, la compatibilité *formelle*, qui consiste à déterminer si, et comment, une norme peut être évaluée ou jugée par rapport à une autre ; il s'agit ici principalement du respect du principe de la hiérarchie des normes²³⁰.

En d'autres termes et pour donner un exemple, la compatibilité du droit suisse avec le droit communautaire peut se faire de manière matérielle, mais pas de manière formelle, parce que le droit suisse n'a pas formellement à suivre les dispositions européennes (à l'exception toutefois des accords d'association à Schengen et à Dublin, désormais contraignants pour la Suisse).

²²⁸ HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, UNION INTERPARLEMENTAIRE, p. 15.

²²⁹ BOUTILLET-PAQUET, p. 78.

²³⁰ Si une certaine hiérarchie peut être établie sans trop de difficulté parmi les normes fondant l'ordre juridique suisse, avec en sus une forme de primauté du droit international, il n'en va pas tout à fait de même pour les règles prévalant en droit international où il est assurément bien plus compliqué d'aménager un classement formel, à l'exception peut-être des quelques dispositions communément admises comme formant une sorte de « noyau dur » du droit, à savoir le *jus cogens*. Dans ce sens, voir MAZERON qui parle à ce titre de « production décentralisée, donc plurielle, de normes non hiérarchisées », MAZERON, p. 33.

5.2. L'articulation helvétique

En Suisse, le droit d'asile relève presque exclusivement du droit fédéral, à l'exception de quelques normes cantonales relatives par exemple à l'aide d'urgence.

Il en découle donc, pour le régime helvétique, que le droit fédéral – et en particulier la LAsi – doit être formellement²³¹ et matériellement compatible avec la Constitution fédérale et avec les instruments du droit international public auxquels la Suisse est liée²³².

La compatibilité du système suisse avec les normes communautaires n'est formellement exigée qu'en ce qui concerne les accords d'association à Schengen et à Dublin, désormais intégralement fondus à l'ordre juridique suisse²³³. Pour le reste, il existe un phénomène d'« eurocompatibilité matérielle » presque naturel ou latent, mais non contraignant juridiquement. Il est induit principalement par deux facteurs. D'une part, en raison de l'art. 113 LAsi, la Suisse s'est engagée à participer « à l'harmonisation de la politique européenne à l'égard des réfugiés au niveau international et aux efforts entrepris à l'étranger pour résoudre les problèmes relatifs aux réfugiés » et, d'autre part, en s'associant au régime Schengen/Dublin, la Suisse doit respecter l'aspect procédural du droit d'asile européen. Celui-ci ne saurait toutefois être individualisé du droit d'asile européen dans son ensemble. Ainsi, par souci de cohérence et pour que le système puisse fonctionner, il est inévitable que les différents Etats concernés disposent de normes harmonisées²³⁴.

5.3. L'articulation européenne

Le droit communautaire est lié par les instruments généraux du droit international touchant aux droits humains. En effet, bien que la Communauté européenne ne soit pas directement partie à tous les instruments de droit international public, le Traité d'Amsterdam prévoit au moins que les normes communautaires du droit d'asile doivent être conformes à la Convention de Genève de 1951 et à son Protocole de 1967²³⁵.

Dans une décision intéressante du 27 juin 2006²³⁶, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé l'importance des instruments internationaux des droits humains pour

²³¹ Sur la question de l'immunité des lois fédérales, voir toutefois par exemple AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *L'Etat*, p. 653 ss, MAHON, *Ad art. 190*, p. 1453-1464, ou encore HANGARTNER, p. 2795-2811.

²³² Sur la primauté et l'effet direct des arrêts de la Cour EDH, ainsi que sur leur réception en droit suisse, voir d'une manière générale RUEDIN, ainsi que BESSON, p. 125-199.

²³³ Voir la modification du 13 juin 2008, RO 2008 5407.

²³⁴ Dans ce sens, voir par exemple l'affaire *Cimade et Gisti c. France*, C-179/11, non encore jugée. La Cour de justice de l'Union européenne devra se prononcer sur le lien existant entre le droit de fond – en l'occurrence la directive « accueil » – et le règlement de Dublin.

²³⁵ Art. 63 ch. 1 du Traité d'Amsterdam.

²³⁶ Arrêt CJCE *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 27 juin 2006, affaire C-540/03.

l'Union européenne. Elle a ainsi admis que la légalité des directives européennes pouvait être contrôlée et que « [l]es droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »²³⁷. Dans cet arrêt, la Cour a en outre rappelé quels sont les instruments des droits humains qui ont une signification particulière et dont elle tient compte lors des interprétations qu'elle a à faire du droit communautaire. Il s'agit avant tout de la Convention européenne des droits de l'homme²³⁸, mais aussi du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²³⁹ et de la Convention relative aux droits de l'enfant²⁴⁰. Dans une autre affaire encore, la Cour s'est appuyée sur la Convention de Genève de 1951 pour étayer son jugement²⁴¹.

Dans cet arrêt du 27 juin 2006, la Cour se bornait à mentionner la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, sans toutefois entrer en matière, puisqu'au moment de rendre son jugement, cet instrument n'était pas encore en vigueur et ne déployait dès lors pas d'effet juridiquement contraignant. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne²⁴², le 1^{er} décembre 2009, la Charte est désormais intégrée à l'ordre juridique communautaire et devra donc être prise en compte dans l'interprétation des autres textes législatifs de l'Union européenne, attendu qu'elle a « la même valeur juridique que les traités »²⁴³. Depuis lors, il est également prévu que l'Union européenne adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH)²⁴⁴ et qu'ainsi les droits fondamentaux garantis par cette Convention fassent « partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »²⁴⁵.

Par conséquent, le législateur européen est désormais (ou le sera prochainement) *formellement* lié par la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

²³⁷ Idem, § 35.

²³⁸ A cet égard, le Cour européenne de justice mentionne notamment les arrêts *ERT*, du 18 juin 1991, affaire C-260/89, § 41, *Connolly c. Commission des Communautés européennes*, du 6 mars 2001, affaire C-274/99 P, § 37 et *Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, du 14 octobre 2004, affaire C-36/02, § 33.

²³⁹ Sur ce point la CJCE renvoie aux arrêts *Orkem c. Commission des Communautés européennes*, du 18 octobre 1989, affaire 374/87, § 31, *Massam Dzodzi c. Etat belge*, du 18 octobre 1990, affaire C-297/88 et C-197/89, § 68 et *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*, du 17 février 1998, C-249/96, § 44.

²⁴⁰ Arrêt CJCE *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 27 juin 2006, affaire C-540/03, § 35 et 37.

²⁴¹ Arrêt CJCE *Mervett Khalil et autres*, du 11 octobre 2001, affaire C-95/99.

²⁴² JO C 306/01 du 17 décembre 2007. Pour une analyse générale de l'impact du Traité de Lisbonne sur le domaine de l'asile, voir PEERS, p. 219-247, spéc. p. 232 ss.

²⁴³ Art. 6 § 1 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité de Lisbonne.

²⁴⁴ L'accord d'adhésion en est encore au stade de projet. Voir le communiqué de presse d'EUROPA, 2010, ainsi que GROUSSOT, LOCK, PECH, 2011.

²⁴⁵ Art. 6 § 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité de Lisbonne.

En outre, cet arrêt présente tout de même un intérêt supplémentaire du point de vue de la compatibilité *matérielle*, puisqu'il mentionne d'autres instruments internationaux que la Cour prend en compte dans son analyse de la conformité du droit européen avec le droit « supérieur »²⁴⁶. En effet la Cour de justice « s'efforce ainsi de limiter la marge de manœuvre laissée aux Etats par un texte de piètre qualité normative [la Directive 2003/86/CE], en édifiant un plancher en deçà duquel le durcissement des législations nationales ne pourrait plus se poursuivre »²⁴⁷.

Outre la question de savoir par quel acte ou par quel texte de droit international la Communauté européenne est effectivement liée (formellement ou matériellement), il convient encore de se demander si le contrôle du droit communautaire ne peut qu'exclusivement être exercé par la Cour de justice de l'Union européenne ou si la Cour EDH peut également jouer un rôle substantiel.

La réponse semble positivement évidente dès lors que la Communauté européenne sera partie à la Convention européenne des droits de l'homme, mais la Cour EDH s'était déjà prononcée dans ce sens à plusieurs reprises.

Dans un arrêt de 1999, elle avait spécifié que : « les actes de la Communauté européenne ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour [EDH], car la Communauté en tant que telle n'est pas Partie contractante. La Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être "reconnus". Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres »²⁴⁸.

La Cour EDH s'est également prononcée de manière plus détaillée sur d'éventuelles contradictions entre le droit de l'Union européenne et le droit de la CEDH, dans son arrêt *Bosphorus c. Irlande*²⁴⁹. Les juges de Strasbourg arrivent à la conclusion qu'une mesure étatique prise afin d'exécuter une règle de droit (relevant en l'occurrence du droit communautaire) est justifiée dès lors que « l'organisation [ici : l'Union européenne] accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à

²⁴⁶ La CJCE avait déjà exprimé cette opinion une dizaine d'années plus tôt en affirmant que le respect des droits humains « constitue une condition de la légalité des actes communautaires ». CJCE, *Avis 2/94. Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 6 du traité CE. « Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »*, in Recueil de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance, 1996, p. I-1759, 1762.

²⁴⁷ MAZERON, p. 33.

²⁴⁸ Arrêt CEDH *Matthews c. Royaume-Uni*, du 18 février 1999, requête no 24833/94, § 32.

²⁴⁹ Arrêt CEDH *Bosphorus c. Irlande*, du 30 juin 2005, requête no 45036/98. La Cour EDH y a notamment rappelé l'évolution de la jurisprudence de la CJCE et son rôle en matière de protection des droits humains au § 73.

celle assurée par la Convention »²⁵⁰. Dans de telles circonstances, la Cour admet donc une présomption de respect de la Convention, présomption qui peut toutefois être renversée dans un cas concret « d'insuffisance manifeste »²⁵¹. Dans une opinion concordante, certains juges vont même plus loin en affirmant que « [s]i la Cour devait abandonner au système juridictionnel communautaire le soin d'assurer une "protection équivalente", sans se réserver le moyen de vérifier au cas par cas si cette protection est effectivement "équivalente", elle consentirait tacitement au remplacement, dans le domaine du droit communautaire, du standard conventionnel par un standard communautaire, lequel pourrait, certes, s'inspirer du standard conventionnel mais son équivalence avec celui-ci ne ferait alors plus l'objet d'un contrôle autorisé »²⁵².

Cette présomption d'« équivalence » de respect des droits humains par le droit communautaire, bien qu'elle soit nuancée par la possibilité de la renverser, démontre tout de même que la Cour EDH est passablement complaisante avec le droit communautaire. Difficile de dire si cette position a uniquement pour vocation de renforcer la bonne coopération entre les deux Cours et de diminuer d'éventuelles divergences ou si elle permet également de protéger les droits des ressortissants de manière adéquate. MAZERON estime en tous les cas qu'une jurisprudence de la Cour de justice sur les mêmes thèmes que ceux traités par la Cour EDH ne peut être utile que si la Cour de justice, agissant « dans la communauté restreinte d'Etats que forme l'Union européenne par rapport au Conseil de l'Europe », promeut « une protection renforcée des droits fondamentaux »²⁵³. Plus optimiste, LABAYLE estime que le juge de Luxembourg « engage l'Union européenne dans la voie de l'autonomie et de l'approfondissement de la protection des droits fondamentaux »²⁵⁴.

En rendant son arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, relatif au règlement de Dublin, la Cour EDH a renforcé les exigences imposables aux Etats membres de l'Union européenne. Elle a en l'occurrence estimé que, dans le cadre d'une procédure de Dublin, la clause de souveraineté prévue à l'art. 3 par. 2 du règlement était primordiale en ce sens que l'Etat membre peut examiner une demande même s'il n'y est pas tenu par les critères usuels du règlement. Dans ce cas précis, la Belgique aurait donc pu décider de traiter elle-même la demande d'asile si elle avait jugé que les conditions prévalant dans le pays de destination, à savoir la Grèce, ne respectaient pas la CEDH. Ainsi, la Cour estime que la Belgique n'a pas agi uniquement en fonction de ses obligations juridiques internationales, mais bien de son

²⁵⁰ Idem, § 155.

²⁵¹ Idem, § 156.

²⁵² Arrêt CEDH *Bosphorus c. Irlande*, du 30 juin 2005, requête no 45036/98, opinion concordante commune aux juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki, § 3 *in fine*.

²⁵³ MAZERON, p. 34 et 61.

²⁵⁴ LABAYLE, p. 119.

plein gré ou, autrement dit, avec un certain pouvoir d'appréciation « et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce »²⁵⁵.

Deux différences d'importance dans les rôles que peuvent jouer la Cour de justice et la Cour EDH doivent en tous les cas être soulignées : il s'agit d'une part de la question de l'objet de la requête et d'autre part de la qualité pour agir.

En ce qui concerne tout d'abord l'objet de la requête, la CEDH ne connaît en principe que des contrôles concrets des normes (lors d'un cas d'application)²⁵⁶, alors que la Cour de justice connaît des contrôles abstraits (par le Parlement par exemple) en sus des contrôles concrets ; le recours en annulation n'étant accessible aux individus que s'ils sont « "directement et individuellement" concernés par un acte communautaire »²⁵⁷.

Cette dernière affirmation conduit à la seconde distinction mentionnée, à savoir l'accès des particuliers à ces deux instances internationales. Pour faire bref, les ressortissants de l'Union européenne peuvent faire valoir leurs griefs auprès de la Cour de justice de différentes manières (outre celle mentionnée ci-dessus du recours en annulation), mais le plus souvent qu'indirectement au travers de leurs juridictions nationales (qui peuvent notamment faire usage du recours préjudiciel), ou encore plus indirectement par les institutions européennes et les Etats membres qui participent aussi au contrôle de la législation communautaire, en général au profit des particuliers²⁵⁸.

Au terme de ces capacités d'action, la Cour EDH a jugé dans cet arrêt *Bosphorus* que la protection des droits fondamentaux émanant du droit communautaire était dès lors « équivalente » à celle garantie par la CEDH, ce que certains juges ont tout de même nuancé dans une opinion concordante : « [c]ertes, en droit communautaire, la protection juridictionnelle repose sur une pluralité de recours, parmi lesquels le recours préjudiciel à la Cour de justice joue un rôle important. Il reste cependant que, malgré toute sa valeur, le recours préjudiciel comme contrôle interne et a priori n'est pas de même nature et ne

²⁵⁵ Arrêt CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, § 340.

²⁵⁶ Cela découle de l'art. 34 CEDH qui prévoit que la Cour peut être saisie par toute « victime d'une violation » de la Convention. La jurisprudence précise que pour être victime, il faut avoir été « effectivement lésé ». Voir notamment l'arrêt CEDH *Klass et autres c. Allemagne*, du 6 septembre 1978, requête no 5029/71, § 33, ainsi que la décision CEDH (sur la recevabilité) *Segi et autres c. Allemagne et autres*, du 23 mai 2002, requêtes nos 6422/02 et 9916/02. Dans cette dernière décision, la Cour rappelle en outre dans quelles circonstances la notion de « victime potentielle » a été admise et mentionne ainsi notamment le cas des étrangers soumis à une décision de renvoi (non encore exécutée) qui les exposerait à subir des traitements contraires à l'art. 3 CEDH dans le pays de destination. A cet égard, la Cour renvoie à son arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête no 14038/88.

²⁵⁷ MAZERON, p. 58.

²⁵⁸ Pour un résumé des possibilités d'action des particuliers, voir les § 162 et ss de l'arrêt CEDH *Bosphorus c. Irlande*, du 30 juin 2005, requête no 45036/98.

remplace pas le contrôle externe et a posteriori de la Cour européenne des Droits de l'Homme, exercé sur recours individuel. Le droit de recours individuel fait partie des obligations de base auxquelles ont souscrit les Etats en ratifiant la Convention. Il paraît dès lors difficilement admissible qu'ils aient pu réduire l'efficacité de ce droit pour les personnes relevant de leur juridiction au motif qu'ils ont transféré certaines de leurs compétences aux Communautés européennes »²⁵⁹.

Dans l'analyse du domaine du droit qui nous occupe, à savoir l'asile, il convient de rejoindre l'avis des juges exprimé ci-dessus quant à l'importance de la requête individuelle auprès de la Cour strasbourgeoise. En ce qui concerne la possibilité d'action des particuliers devant les deux « grandes Cours », il faut souligner « l'impuissance » de la Cour de justice face à des situations purement internes. La Cour de justice n'est en effet compétente que pour traiter d'affaires concernant des ressortissants de l'Union et qui ne relèvent pas uniquement du droit interne d'un Etat membre (il faut que l'individu se prévale d'une liberté de circulation des personnes ou des services par exemple)²⁶⁰. Ainsi, dans toute autre hypothèse, seule la Cour EDH est habilitée à intervenir et à ce titre, les deux Cours sont donc complémentaires²⁶¹.

Enfin, et pour revenir à la question de la compatibilité matérielle du droit communautaire avec le droit international, la question sera étudiée plus en détail tout au long de ce travail, mais il est déjà possible d'affirmer d'une manière générale que les (in)compatibilités sont difficiles à établir en raison notamment du « caractère faiblement normatif des textes communautaires et [du] caractère généralement assez vague des normes internationales pertinentes »²⁶². Toutefois, plus les juges nationaux et le juge européen²⁶³ viendront apporter de nouvelles interprétations et précisions au droit de l'Union européenne, plus il sera facile d'établir sa conformité ou son opposition avec les principes du droit international, et en particulier des droits humains.

²⁵⁹ Idem, opinion concordante commune aux juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki, § 3 *in fine*. SCHEECK exprime également un certain scepticisme sur la question : « un système complet n'équivaut cependant pas à un système accessible. L'accès direct à la justice européenne reste particulièrement restreint ». SCHEECK, p. 75.

²⁶⁰ La Cour de justice s'est toutefois exprimée notamment sur la notion de « situation purement interne » et a, dans ce sens, quelque peu assoupli sa position. Voir en particulier les arrêts *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, du 8 mars 2011, C-34/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, du 5 mai 2011, C-434/09 et *Murat Dereci et al. c. Bundesministerium für Inneres*, du 15 novembre 2011, affaire C-256/11.

²⁶¹ Pour un exemple, voir tout d'abord l'arrêt de la Cour de justice rendu en 1992, Arrêt CJCE *Ettien Koua Poirrez c. Caisse d'allocations familiales*, du 16 décembre 1992, affaire C-206/91, puis, dans la même cause, l'arrêt de la Cour EDH rendu en 2003, Arrêt CEDH *Koua Poirrez c. France*, du 30 septembre 2003, requête no 40892/98. Voir aussi SCHEECK, p. 71 s.

²⁶² MAZERON, p. 25.

²⁶³ Malgré le fait que la compétence de la Cour de justice soit quelque peu restreinte en matière d'asile, en raison notamment de l'art. 68 du Traité d'Amsterdam.

Des « conflits potentiels », comme MAZERON en présente trois exemples, peuvent facilement surgir notamment si l'on pense aux objectifs de « verrouillage » du droit communautaire de l'immigration et à ceux, plus humanistes, de protection de la personne du droit international de l'asile²⁶⁴.

²⁶⁴ MAZERON, p. 30.

III. ARRIVEE DANS LE PAYS « D'ACCUEIL » : LES DIFFERENTES PROCEDURES D'ASILE APPLICABLES, EN PARTICULIER LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE

1. REMARQUES INTRODUCTIVES ET DEMARCHE

L'arrivée dans le pays d'accueil, destination d'asile espérée par le requérant, a lieu après une fuite qui se sera peut-être révélée difficile, un voyage possiblement long et dans un contexte probablement inquiétant. Si l'arrivée dans le pays visé peut ainsi de prime abord sembler être l'aboutissement d'un processus pénible, la suite du parcours pourra encore être longue et ardue.

Il n'est en effet pas évident d'aborder un nouveau pays, une nouvelle culture, souvent une nouvelle langue et une nouvelle manière de fonctionner. Comprendre le déroulement et la marche à suivre, savoir comment s'y prendre et que faire au bon moment peut être une tâche complexe, voire labyrinthique.

Il existe en général une procédure précise à suivre, spécifique à chaque Etat pour l'entrée dans le pays d'accueil et le dépôt de la demande d'asile. Le traitement de la demande varie ensuite selon les cas ; il existe des procédures d'asile normale, spéciale et accélérée, chaque requérant étant dirigé dans la « section » qui lui correspond en fonction de son cas particulier²⁶⁵. C'est en particulier sur la procédure accélérée que l'accent sera mis tout au long de ce chapitre.

Enfin, quelle que soit la procédure « attribuée », que la demande d'asile du requérant soit traitée dans le cadre d'une procédure normale, spéciale ou accélérée, que le résultat de la procédure soit l'admission du requérant ou son renvoi dans un Etat tiers ou dans son Etat d'origine, l'Etat responsable de la demande d'asile ne peut en aucun cas, lors de la décision, violer le principe le plus fondamental du droit des réfugiés, à savoir l'interdiction du refoulement²⁶⁶. Ce principe de base est ancré dans un grand nombre d'instruments nationaux, régionaux et internationaux. Il reste aussi la seule « certitude » – si l'on peut dire – pour les requérants d'asile, un garde-fou qui devrait garantir à toute personne persécutée de ne pas être renvoyée dans un Etat où elle court un danger pour sa vie ou son intégrité.

²⁶⁵ Voir à ce sujet, pour ce qui concerne le droit suisse, OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 4-5, qui parle du « pré-triage » effectué par les centres d'hébergement et de procédure et qui consiste à classer les demandes d'asile des requérants dans différentes catégories allant de 1 à 4 et A à C.

²⁶⁶ Le problème qui se pose en pratique (en Suisse du moins) réside dans le fait que les autorités rejettent automatiquement une éventuelle violation du principe de non-refoulement dès qu'elles décident de refuser l'asile. La question est généralement traitée dans le même paragraphe de la décision à l'aide d'une phrase-type : « le requérant n'ayant pas la qualité de réfugié, le principe de non-refoulement au sens de l'art. 5 LAsi n'est pas applicable ».

Ce chapitre traitera des différentes procédures d'asile en droit suisse (ch. III.2) et plus particulièrement des articles topiques applicables (ch. III.2.1), des différents types de procédure existant (ch. III.2.2), de la procédure normale (ch. III.2.1), de la procédure spéciale (ch. III.2.4), de la procédure accélérée (ch. III.2.5) et de la fin de la procédure (ch. III.2.6), pour terminer par une synthèse (ch. III.2.7).

Cette partie s'intéressera ensuite aux procédures prévalant au sein de l'Union européenne (ch. III.3) en examinant à nouveau plus spécifiquement les articles caractéristiques des directives et règlements (ch. III.3.1), les différents types de procédure (ch. III.3.2), la procédure normale (ch. III.3.3), les cas de procédure accélérée (ch. III.3.4), ceux relevant d'une procédure spéciale (ch. III.3.5) et la fin de la procédure (ch. III.3.6), avant de conclure par une synthèse (ch. III.3.7).

Les limites imposées par le droit supérieur et en particulier par le principe de non-refoulement seront alors analysées (ch. III.4), tant en droit suisse (ch. III.4.2), en droit européen (ch. III.4.3), qu'au niveau du droit international (ch. III.4.4).

Enfin, un bilan de la procédure accélérée sera dressé (ch. III.5). Il présentera une brève comparaison des différentes procédures au sens du droit suisse et du droit européen (ch. III.5.2), avant de mettre en évidence quelques problèmes particuliers de cette procédure (ch. III.5.3) et de présenter des conclusions intermédiaires (ch. III.5.4).

2. EN DROIT SUISSE

2.1. Bref regard historique et articles topiques en matière de procédure

2.1.1. La loi sur l'asile du 5 octobre 1979 et ses principales modifications

En matière de procédure, la première loi sur l'asile, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981, était plutôt claire et succincte. Neuf articles réglaient la question²⁶⁷ et pour résumer brièvement, la procédure se déroulait de la manière suivante : le requérant déposait sa demande auprès d'une autorité cantonale, celle-ci procédait à une audition et remettait ensuite le dossier à l'Office fédéral (de la police, à l'époque) qui décidait de l'octroi de l'asile, après avoir entendu « en personne » le demandeur²⁶⁸. Le requérant devait quant à lui prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il était un réfugié²⁶⁹.

La procédure accélérée et ses concepts dérivés, tels que les pays tiers sûrs, n'existaient donc pas encore. En revanche, une sorte d'embryon de ces notions était présente avec l'article 6 qui

²⁶⁷ Les dispositions 10 à 18. RO 1980 II 1718, 1720-1721.

²⁶⁸ Art. 14-16. RO 1980 II 1718, 1720-1721.

²⁶⁹ Art. 12. RO 1980 II 1718, 1720.

traitait de l'« admission dans un pays tiers »²⁷⁰. Une demande d'asile pouvait être rejetée (il n'était alors pas encore question de non-entrée en matière) si le demandeur pouvait retourner dans un pays tiers dans lequel il avait séjourné quelques temps²⁷¹ avant d'entrer en Suisse (ce qui implique donc un certain niveau de sécurité de l'Etat en question, s'il peut y retourner) ou si le demandeur pouvait se rendre dans un pays tiers dans lequel il a des proches parents et des personnes avec qui il a d'étroites attaches²⁷². Dans le cas où le demandeur se trouvait à l'étranger au moment de déposer sa demande, celle-ci pouvait être rejetée si « l'on est en droit d'attendre du requérant qu'il s'efforce d'être admis dans un autre pays »²⁷³.

Mais la véritable « accélération » de la procédure a eu lieu lors de l'importante révision de la loi sur l'asile introduite en 1990 avec l'*arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile (APA)* qui avait notamment pour but de faire face à une augmentation des demandes d'asile présentées à cette époque principalement en raison de la guerre en Ex-Yougoslavie. Les demandes devaient alors être traitées de manière rapide et efficace, dans un délai de trois mois, et en respectant les garanties constitutionnelles et du droit international public²⁷⁴. Dans cette optique, trois axes principaux ont été définis : premièrement, l'obligation de collaborer du demandeur a été accrue ; deuxièmement, les règles découlant de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) ont été écartées et d'autres délais ont été mis en place ; enfin, un certain nombre de mesures particulières ont été introduites pour accélérer notablement la procédure. Il s'agissait principalement d'entendre désormais le demandeur sur ses motifs d'asile le plus tôt possible, de procéder à un tri des demandes, de pouvoir prendre des décisions déjà au centre d'enregistrement et d'instaurer des délais de traitement de la demande²⁷⁵.

En outre, avec l'APA, un article spécifique a été consacré aux décisions de non-entrée en matière²⁷⁶. L'autorité n'entrait pas en matière « lorsque le requérant :

- n'a pas déposé de demande d'asile au sens de l'article 13 ;

²⁷⁰ RO 1980 II 1718, 1719.

²⁷¹ Cette notion était précisée par l'article 2 de l'ordonnance du 12 novembre 1980 qui prévoyait une durée de 20 jours. Des exceptions étaient possibles si des circonstances particulières pouvaient justifier un séjour plus long. RO 1980 II 1730.

²⁷² Le terme « étroites attaches » sera remplacé par la suite par des « liens étroits », voir par exemple l'art. 34 al. 2, let. e LAsi.

²⁷³ Art. 6 al. 2, RO 1980 II 1718, 1719.

²⁷⁴ Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537.

²⁷⁵ Voir notamment les articles 12b, 14 et 15, RO 1990 I 938, 939, 942-943. En pratique, cette dernière mesure, l'instauration de délais de traitement des demandes par les autorités, n'a en rien amélioré la durée des procédures d'asile, parce que les autorités ne respectent que très rarement ces « délais d'ordre ». Pour plus de détails, voir ci-dessous les ch. III.2.3.3.3.vii) et ss.

²⁷⁶ Art. 16, RO 1990 I 938, 944.

- a dissimulé son identité, ce fait ayant été établi lors de son identification, notamment par l'examen dactyloscopique ;
- peut se rendre dans un pays dans lequel une procédure d'asile est encore pendante ou qui est compétent pour mener la procédure d'asile et de renvoi en vertu d'une convention et qui ne le contraindrait pas à se rendre dans un pays dans lequel il serait exposé à des persécutions ou à des traitements inhumains ;
- a déjà fait l'objet d'une procédure d'asile qui s'est terminée par une décision de renvoi, a retiré sa demande ou est rentré, durant la procédure d'asile, dans son pays d'origine ou de provenance sans rendre vraisemblable que des faits déterminants pour la qualité de réfugié se sont produits dans l'intervalle ;
- enfreint intentionnellement et de manière grossière son devoir de collaborer ».

L'alinéa 2 relevait que « le Conseil fédéral peut désigner, sur la base de ses constatations, les Etats dans lesquels il n'y a pas de persécutions ». Cet alinéa prévoyait au surplus une présomption de sécurité pour ces Etats, présomption qui ne pouvait être renversée que si « des indices de persécution [...] apparaissent en cours d'audition ».

Enfin, selon l'alinéa 3, les décisions de non-entrée en matière devaient en principe être rendues dans un délai de six semaines après le dépôt de la demande d'asile.

Le concept de « l'Etat exempt de persécution », ancêtre des « Etats sûrs », a donc fait son apparition en 1990 déjà, en même temps que – et avec pour conséquence – des décisions accélérées de non-entrée en matière.

2.1.2. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 et ses principales modifications : le droit applicable

Sous le régime « originel » de la loi sur l'asile du 26 juin 1998, certaines dispositions sont venues encore concrétiser l'accélération de la procédure. Les articles 23 et 42 parlaient par exemple de *renvoi préventif* d'un requérant si la poursuite de son voyage dans un Etat tiers était possible et licite et qu'elle pouvait raisonnablement être exigée de lui. Les conditions mentionnées à cet égard étaient la compétence de cet Etat, en vertu d'une convention, pour traiter de la demande, la possession d'un visa pour cet Etat tiers (condition uniquement mentionnée à l'art. 23), un séjour préalable du requérant d'un certain temps ou encore la présence de proches parents ou d'autres personnes avec qui le demandeur a des liens étroits sur le sol de cet Etat²⁷⁷.

²⁷⁷ D'autres articles, les art. 1^{er} (objet de la loi), 52 (admission dans un Etat tiers) et 78 (révocation), traitaient aussi du retour dans un Etat tiers, sans toutefois utiliser expressément la notion d'Etat tiers « sûr ».

En ce qui concerne le concept d'Etat d'origine sûr, la notion de « sûreté » ou de « sécurité » n'était toujours pas explicitement mentionnée, mais l'art. 34 de cette première version de la LAsi traitait néanmoins de la question de la non-entrée en matière sur une demande déposée par un requérant provenant d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté²⁷⁸. Selon l'al. 1, c'était le Conseil fédéral qui désignait les « Etats dans lesquels il n'y a, selon ses constatations, pas de persécutions ». La règle générale voulait donc qu'il ne soit pas entré en matière sur les demandes provenant de tels pays, « à moins qu'il n'existe des indices de persécution »²⁷⁹.

Avant que la « nouvelle » loi de 1998 ne soit adoptée par le Parlement, le Conseil fédéral lui soumettait déjà un projet d'*arrêté fédéral (urgent) portant sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers (AMU)*²⁸⁰. Le Conseil fédéral estimait que la situation du nombre de requêtes d'asile était « délicate » (notamment en raison du conflit en Ex-Yougoslavie²⁸¹) et que celles-ci allaient continuer à augmenter. En outre, l'exécutif supposait que la nouvelle loi allait tarder à entrer en vigueur en raison d'un probable référendum et qu'il fallait en conséquence prendre des mesures rapides pour prévenir une éventuelle future hausse des demandes d'asile. Cet arrêté fédéral a ainsi permis d'introduire de nouveaux motifs de non-entrée en matière, notamment à l'intention des requérants ne présentant pas de papiers d'identité ou de documents de voyage²⁸². Il s'agissait là des premières prémisses du postulat des autorités, à mon sens erroné, selon lequel l'ajout de nouveaux motifs de non-entrée en matière devrait conduire à moins de demandes et à plus de renvois.

Deuxième modification d'importance en ce qui concerne l'accélération de la procédure, l'entrée en vigueur de la *loi fédérale du 19 décembre 2003 sur le programme d'allègement budgétaire*²⁸³. Outre l'introduction d'un nouveau motif de non-entrée en matière, cette loi a également imposé un délai de traitement des demandes d'asile (fixé à 10 jours, mais qui n'est en pratique presque jamais respecté) et a réduit le délai pour recourir contre une décision de non-entrée en matière de 30 à 5 jours (délai qui lui se doit d'être scrupuleusement respecté, sous peine que le recours soit déclaré irrecevable).

²⁷⁸ Il reprend en cela l'article 16 al. 2 introduit par l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile du 22 juin 1990, RO 1990 I 938, 944.

²⁷⁹ Art. 34 al. 2 en sa première version. Voir aussi le 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, 57.

²⁸⁰ RO 1998 II 1582.

²⁸¹ Pour rappel, les différents conflits ont marqué cette région tout d'abord en Croatie (1991-1995), puis parallèlement en Bosnie (1992-1995), ensuite au Kosovo (1996-1999) et enfin en Macédoine et au sud de la Serbie (2001). Pour plus de détails, voir par exemple DERENS, SAMARY, notamment p. 20 ss.

²⁸² Message du Conseil fédéral relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers, du 13 mai 1998, FF 1998 2829, notamment 2832-2833.

²⁸³ RO 2004 1633.

Enfin, les *modifications du 16 décembre 2005* ont constitué la troisième intervention législative capitale dans ce processus de procédure accélérée. Avec cette nouvelle révision, le concept de « procédure accélérée » n'apparaît pas non plus formellement, mais sont introduits les termes d'Etat tiers ou d'Etat d'origine « sûrs » qui matérialisent l'idée de cette procédure accélérée, idée selon laquelle il peut ne pas être entré en matière sur une demande lorsque certaines conditions sont remplies.

Le nouvel art. 6a donne une définition des notions d'Etats d'origine ou de provenance sûrs, « à savoir ceux dans lesquels [le Conseil fédéral] estime que le requérant est à l'abri de toute persécution » et d'Etats tiers sûrs, « à savoir ceux dans lesquels [le Conseil fédéral] estime qu'il y a effectivement respect du principe de non-refoulement au sens de l'art. 5, al. 1 ». La désignation de ces Etats reste de la compétence du Conseil fédéral.

Le message du Conseil fédéral de 2002 rappelle que « le principe de l'Etat tiers sûr a pour objet le renvoi, dans le cadre d'une procédure accélérée, de requérants d'asile pouvant trouver protection dans un pays tiers sûr »²⁸⁴. Il ressort également du message que le Conseil fédéral avait la volonté d'élaborer une réglementation qui soit « pratique, efficace et axée sur l'exécution des renvois »²⁸⁵ et que c'est sur cette base qu'il a décidé de « repenser [...] le principe de l'Etat tiers sûr »²⁸⁶. Le Conseil fédéral énumère un certain nombre de conditions qui doivent être remplies afin que les demandeurs puissent être renvoyés dans ces Etats. Ces conditions rejoignent en partie celles déjà existantes sous le régime de la loi de 1998. Sont mentionnés : le séjour préalable de l'intéressé dans le pays en question, étant précisé que le requérant doit « pouvoir y trouver protection » ; une obtention préalable de l'asile ou une protection effective comparable ainsi qu'une garantie de réadmission de l'Etat tiers en question.

L'art. 42 LAsi (en sa version originelle de 1998) est intégré, suite à la modification de 2005, à l'art. 34 et la notion de renvoi préventif²⁸⁷ est ainsi remplacée par la notion de non-entrée en matière (par ailleurs déjà existante dans le texte de 1998, mais les conditions de non-entrée en matière sont désormais spécifiées et reprennent pour l'essentiel les conditions mentionnées dans les art. 42 et 23 de la LAsi de 1998). Seule « nouveauté » : s'il était possible dans la loi de 1998 de renvoyer quelqu'un dans un Etat tiers dans lequel il avait « séjourné un certain temps auparavant », cette condition est désormais divisée en deux lettres : il n'est pas entré en matière lorsque a) le requérant peut retourner dans un « Etat tiers sûr au sens de l'art. 6a, al. 2,

²⁸⁴ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6363.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ Contrairement à la décision de non-entrée en matière, le renvoi préventif « était conçu comme une décision incidente ». ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 137.

let. b, dans lequel il a séjourné auparavant » ; et b) le requérant peut retourner dans un « Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant et qui respecte dans le cas d'espèce le principe de non-refoulement visé à l'art. 5, al 1 ». Cette distinction sera discutée ci-dessous (ch. 2.5) dans la partie consacrée aux conditions d'application du principe de la procédure accélérée en droit suisse.

2.1.3. Les propositions de modifications du 26 mai 2010 et du 23 septembre 2011

En 2009, sous l'égide de la Conseillère fédérale Evelyne Widmer-Schlumpf, plusieurs propositions de modification de la loi sur l'asile ont été mises en consultation²⁸⁸. Une *première série présentée le 14 janvier 2009* avait pour but principal de rendre la procédure d'asile encore plus efficace, de l'accélérer et de lutter contre les abus ou, en d'autres termes, de rendre la Suisse moins attractive. Pour ce faire, il était proposé de ne plus reconnaître la désertion ou l'objection de conscience comme motif de persécution, de sanctionner les personnes menant en Suisse des activités politiques dans le but d'obtenir la qualité de réfugié, ainsi que les personnes qui assistent les requérants dans ces activités ; de supprimer la possibilité de demander l'asile dans une ambassade et de traiter les demandes de réexamen et les demandes multiples uniquement par écrit (ce qui est déjà la cas en pratique en ce qui concerne le dernier point)²⁸⁹.

Suite aux propositions faites début 2009 et notamment aux critiques reçues lors de la consultation, une *deuxième série de modifications* a ensuite été exposée. Ces propositions tendent principalement à revoir intégralement le système des non-entrées en matière au profit de nouvelles procédures matérielles, mais accélérées²⁹⁰.

Enfin, en mars 2011, à la demande de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E), le Département fédéral de justice et police – désormais dirigé par la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga – a publié un rapport présentant de *nouvelles mesures d'accélération dans le domaine de l'asile*. Trois options sont proposées : la première consiste à restructurer de manière approfondie le domaine de l'asile (selon le DFJP cette option ne devrait être considérée qu'à long terme) ; la deuxième option va dans le même sens que la première, mais la compétence en matière d'asile reviendrait désormais uniquement à la Confédération et la troisième option (celle recommandée par le DFJP à plus court terme) propose des améliorations dans certains domaines ponctuels tout en maintenant les structures

²⁸⁸ Pour simplifier la lecture du texte, les dernières propositions de modification de la LAsi sont présentées à la fin de chaque thème pour lesquels un éventuel changement pourrait se produire, en petits caractères.

²⁸⁹ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Modification des lois sur l'asile et sur les étrangers*, 2009.

²⁹⁰ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035. Pour une discussion détaillée de ces propositions, voir le ch. III.2.5.2.8 ci-dessous.

et procédures actuelles²⁹¹. Le 9 mai 2011, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats s'est prononcée en faveur de la première option. Ces propositions nécessitant une préparation approfondie, la révision de la loi sur l'asile doit se faire en deux étapes²⁹². D'une part, le Conseil fédéral devra présenter un nouveau projet concernant notamment la question des délais de traitement et la protection juridique des requérants. Ce projet devra être présenté par le DFJP à la fin de l'année 2012 et le Conseil fédéral estime que cette réforme totale du domaine de l'asile pourra être réalisée d'ici cinq à six ans. D'autre part et entre-temps, le DFJP a préparé un nouveau message venant compléter celui de 2010 et reprenant en plus les mesures applicables à plus court terme de la troisième proposition²⁹³. Ce projet apporte notamment trois éléments novateurs substantiels. Il s'agit en premier lieu d'introduire une phase préparatoire à la procédure d'asile. Cette phase devrait avoir lieu dans les centres d'enregistrement et de procédure et devrait durer trois semaines au maximum. Elle devrait permettre de mieux organiser l'audition sur les motifs d'asile et d'adresser les demandes de prise en charge au sens du règlement de Dublin²⁹⁴. Deuxième innovation présentée, une investigation médicale pour toutes les personnes atteintes dans leur santé. Le projet veut que ces personnes soient tenues d'annoncer immédiatement tout élément d'ordre médical qui pourrait être déterminant pour la procédure d'asile ou de renvoi. Les faits invoqués ultérieurement ou constatés par un professionnel de la santé qui n'aurait pas été désigné par l'ODM ne pourraient être pris en compte que s'ils sont prouvés par le requérant. Cette disposition introduirait donc un autre mécanisme en matière de preuve que celui prévalant habituellement en procédure d'asile, à savoir celui de la vraisemblance²⁹⁵. Enfin, le troisième point à mentionner est celui de l'introduction d'un nouvel article concernant l'assistance judiciaire. Un mandataire d'office devrait pouvoir être désigné sur demande dans certains cas de recours et cette fonction ne devrait plus être laissée aux seuls avocats. Les recours contre les décisions « Dublin », ainsi ceux déposés à la suite de demandes multiples ou de demandes de réexamen sont exclus de cette disposition²⁹⁶.

2.1.4. Les dispositions résultant du droit européen

La procédure d'asile suisse est bien sûr principalement réglée par la LAsi, mais pas uniquement. Depuis que les *Accords bilatéraux II entre la Suisse et l'Union européenne* sont

²⁹¹ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011.

²⁹² COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL DES ETATS, 2011.

²⁹³ Message complémentaire du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile (Mesures à court terme), du 23 septembre 2011, FF 2011 6735.

²⁹⁴ Proposition de modification de l'art. 26 LAsi, FF 2011 6735, 6741-6742 et FF 2011 6761.

²⁹⁵ Proposition de nouvel art. 26a LAsi, FF 2011 6735, 6742 et FF 2011 6761, 6762.

²⁹⁶ Proposition de nouvel art. 110a LAsi, FF 2011 6735, 6742-6743 et FF 2011 6761, 6762-6763. Sur ce point, voir aussi le ch. III.2.3.3.2.iii) ci-dessous.

entrés en vigueur²⁹⁷, la Suisse, tout comme les Etats membres, est tenue d'appliquer les dispositions du Règlement de Dublin²⁹⁸ qui prévoient notamment quel Etat est compétent pour traiter de la demande d'asile déposée par un requérant en Europe. A cette fin, plusieurs critères sont définis, dont notamment le pays dans lequel résident des membres de la famille, celui qui a délivré un visa ou celui qui est le premier pays d'asile du demandeur.

Ces dispositions de « Dublin » sont également fondamentales en ce qu'elles constituent désormais une des causes principales de procédure accélérée et de renvoi dans des pays sûrs.

2.2. Les différents types de procédure

2.2.1. La procédure normale vs la procédure spéciale

Il existe en droit d'asile suisse plusieurs types de procédures. La loi fédérale ne fait toutefois pas de distinction systématique entre ces différentes procédures²⁹⁹. Pour le présent chapitre, ces procédures ont donc été classées en deux catégories : celle des procédures dites « normales » et celle de la procédure dite « spéciale ». Cette distinction se fonde principalement sur le critère du *lieu* dans lequel la demande d'asile a été *déposée* et *a fortiori* sur le critère du *lieu* dans lequel elle est *traitée*.

De cette manière, la procédure *normale* (ch. 2.3) regroupe les demandes d'asile déposées à l'étranger (auprès d'une représentation suisse), celles déposées à la frontière après interception suite à une entrée illégale en Suisse et celles provenant des personnes résidant déjà en Suisse. Ce sont donc les demandes qui sont principalement traitées, dans un premier temps, par un centre d'enregistrement et procédure (CEP) qui sont concernées par cette catégorie³⁰⁰.

Quant à la procédure *spéciale* (ch. 2.4), elle concerne la procédure prévue pour les demandes déposées à l'aéroport, qui sont directement – et en principe intégralement, pour ce qui est des décisions négatives du moins – traitées à l'aéroport³⁰¹.

Enfin, il existe encore une autre sorte de procédure, mais qui sera traitée ici comme un cas particulier de la procédure normale. Il s'agit de la procédure accélérée (ch. 2.5). C'est en

²⁹⁷ L'Accord d'association aux espaces Schengen et Dublin est entré en vigueur le 12 décembre 2008. RS 362.

²⁹⁸ Règlement CE no 343/2003 du 18 février 2003. Pour plus de détails sur ce Règlement, voir la partie qui lui est consacrée dans le chapitre relatif au droit communautaire (ci-dessous, ch. III.3.1.4.2).

²⁹⁹ Contrairement à la Directive européenne (voir ch. III.3.1.4.3 ci-dessous), la LAsi est divisée de la manière suivante : la section 3 du chapitre 2 traite de la procédure de première instance et le chapitre 8 s'occupe des voies de droit et de la procédure de recours. Par ailleurs, un article (22) de la section 2 du chapitre 2 vise la procédure à l'aéroport.

³⁰⁰ Art. 19, 20 et 21 LAsi.

³⁰¹ Art. 22 et 23 LAsi.

particulier sur cette procédure – et notamment sur les différents cas de non-entrée en matière – que nous nous arrêterons plus longuement dans le cadre de la première partie de cette étude. C'est en effet cette procédure-là qui est spécifiquement appliquée à la catégorie des requérants d'asile désormais communément désignés comme des « NEMs ».

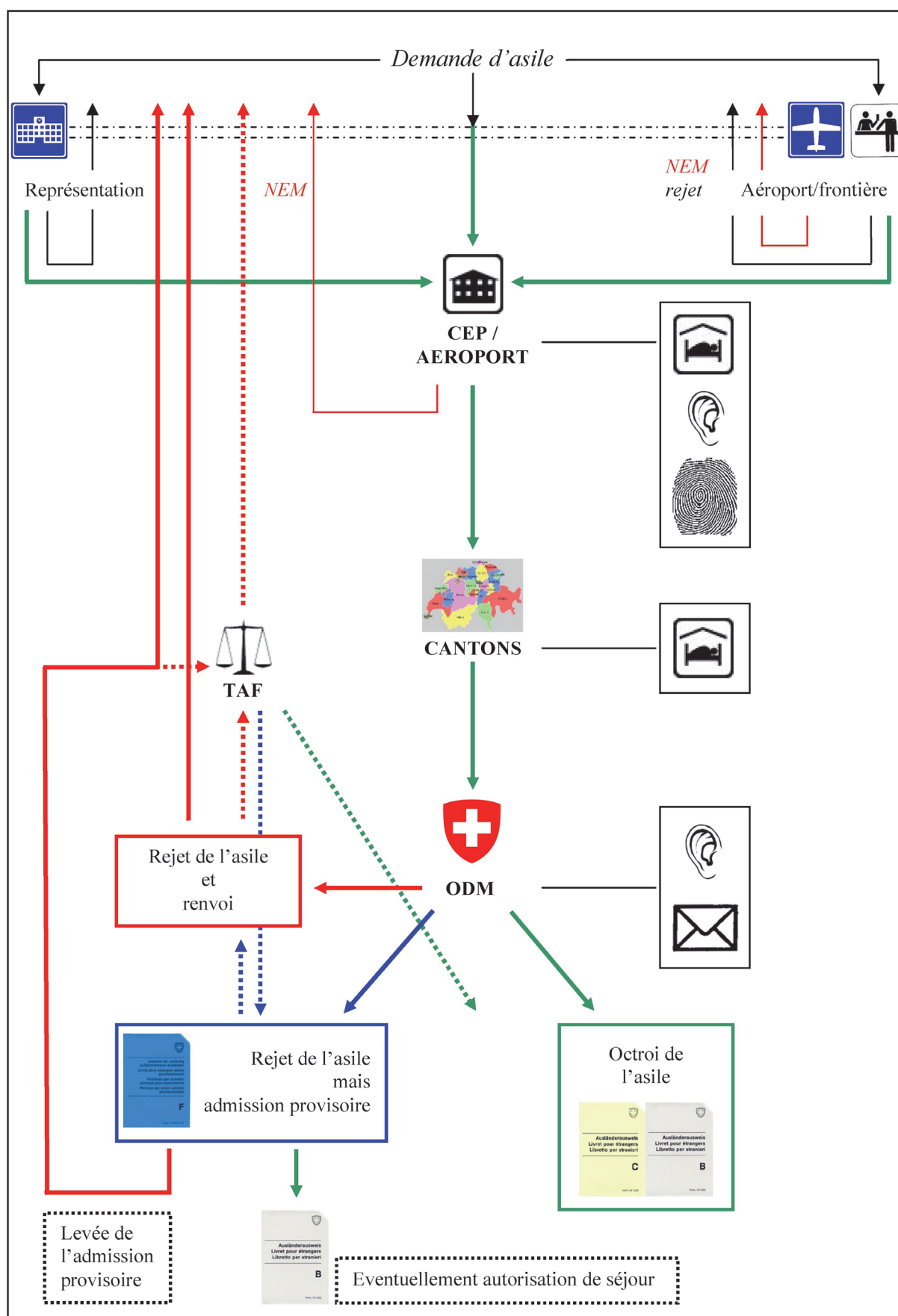


Schéma A : Vue d'ensemble de la procédure d'asile en Suisse

2.2.2. Le régime particulier de la procédure accélérée : la « non-entrée en matière »

La procédure d'examen accélérée est principalement concrétisée en droit suisse par le concept de non-entrée en matière ; concept qui est en quelque sorte le résultat « négatif » de la procédure accélérée. Cette notion de non-entrée en matière couvre un certain nombre de situations différentes, mais ne concerne que les procédures accélérées au stade de la *recevabilité*³⁰². Une décision de non-entrée en matière signifie que l'autorité ne traite pas la demande au fond et que la question de la qualité de réfugié n'est donc pas examinée (celle du renvoi ne l'est en principe pas non plus). Les décisions rendues dans le cadre de l'Accord de Dublin entrent parfaitement dans ce critère et sont également des décisions de non-entrée en matière³⁰³.

Une procédure « accélérée » au moment de l'examen matériel de la demande d'asile ne semble être explicitement prévue que dans trois cas : lorsque, suite à l'audition et sans autre mesure d'instruction, le demandeur a manifestement la qualité de réfugié (art. 38 LAsi) ou qu'il fait manifestement partie d'un groupe de personnes à protéger (art. 39 LAsi) ou au contraire qu'il n'a manifestement pas la qualité de réfugié et que rien n'empêche son renvoi de Suisse. Dans ce dernier cas, la décision doit au moins être motivée sommairement (art. 40 LAsi). Les deux premiers cas mentionnés ici sont, contrairement à la non-entrée en matière, ce qu'on pourrait considérer comme le résultat « positif » de la procédure accélérée. Ces trois figures sont en réalité des procédures « normales », mais en quelque sorte plus « rapides » dans la mesure où une troisième audition n'est pas possible au regard de la loi.

En outre, il est possible qu'une procédure accélérée s'applique dans d'autres cas, proches de l'examen au fond d'une demande ou du moins au début de la procédure matérielle. Pensons par exemple aux cas des articles 23, 32 et 34 LAsi, lorsque, dans le cadre des décisions à l'aéroport, l'art. 23 al. 1, let. a prévoit la possibilité de « rejeter la demande » ; ou dans l'hypothèse de l'art. 32, lorsque l'autorité compétente doit se prononcer sur le bien-fondé des motifs apportés par le demandeur pour expliquer par exemple un retard dans la présentation de ses papiers d'identité ; enfin, dans le cas de l'art. 34, lorsque l'autorité compétente doit

³⁰² Pour l'anecdote, il faut tout de même souligner que l'administration fédérale sait faire preuve de poésie même en pleine « barbarie » technique de la procédure d'asile, puisqu'elle cite Goethe dans son Manuel de procédure d'asile pour illustrer la problématique et l'importance de la recevabilité dans le cadre d'une procédure. Ainsi Goethe aurait dit, mais certainement dans un cadre tout autre que celui qui nous occupe ici, que « si vous sautez la première boutonnière, vous aurez des problèmes avec la dernière » (« Wer das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande »), OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. C § 4, p. 1, note 2.

³⁰³ En raison de l'art. 34 al. 2, let. d LAsi. En outre, le nouvel art. 107a LAsi (tel qu'il a été introduit par l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin du 17 décembre 2004) le formule aussi clairement : « [l]es recours déposés contre les décisions de non-entrée en matière sur des demandes d'asile de requérants qui peuvent se rendre dans un pays compétent pour mener la procédure d'asile et de renvoi en vertu d'un traité international n'ont pas d'effet suspensif ».

vérifier la véracité des éventuels indices de persécution présentés par le demandeur et doit de ce fait examiner au fond la situation de celui-ci. Il y a alors dans ces cas-ci une sorte d'examen préjudiciel de certains faits ou de certains indices.

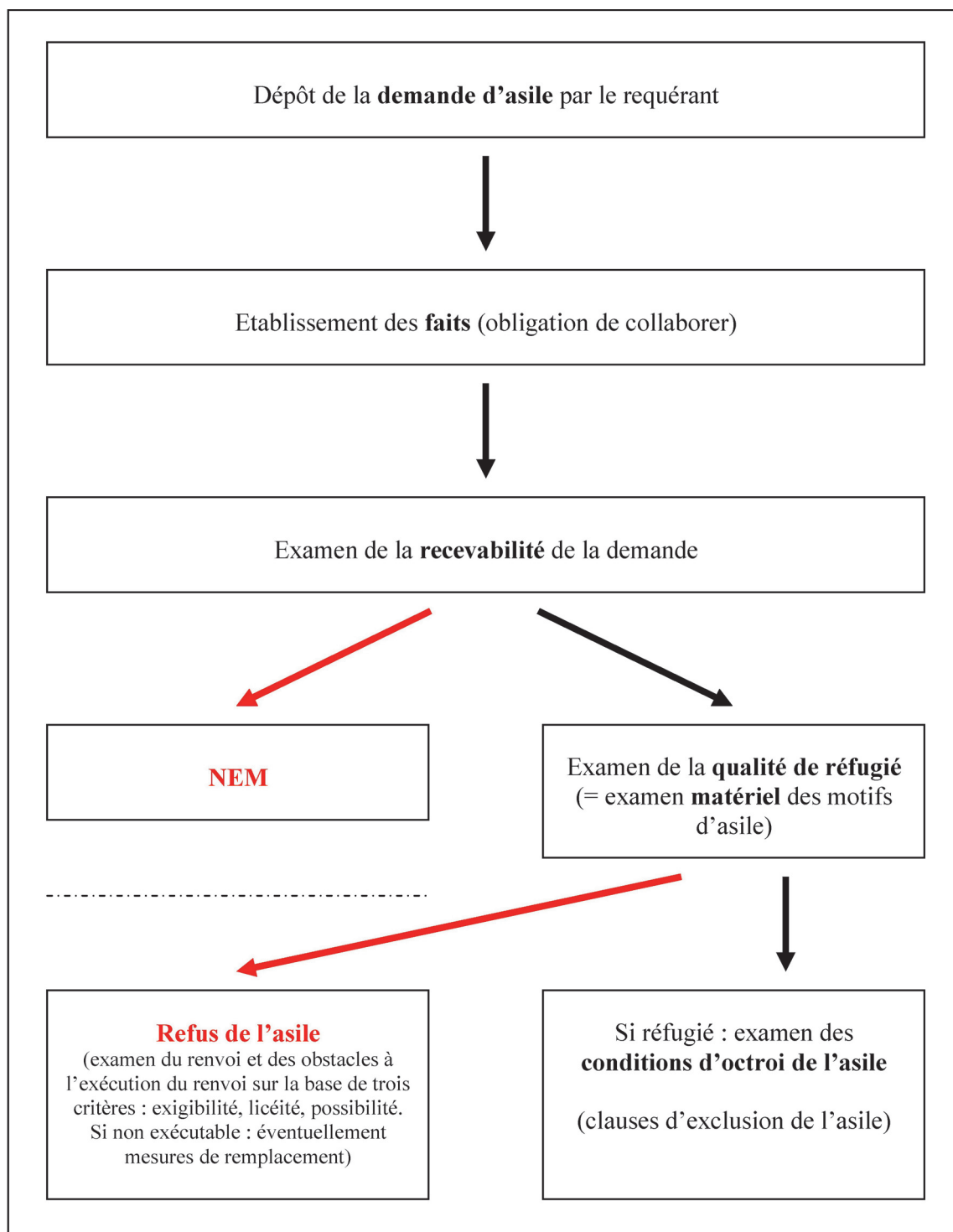


Schéma B : Etapes de la procédure d'asile en Suisse

2.3. Les cas de procédure normale

2.3.1. Remarques introductives : déroulement général de la procédure et démarche

Comme expliqué ci-dessus, il a délibérément été choisi de séparer les procédures dites « normales » de celle dite « spéciale », principalement en fonction du lieu où la demande d'asile a été déposée et du lieu dans lequel elle est traitée. Il est cependant évident que toutes les procédures concernées par la catégorie dite normale ont en réalité chacune leurs propres spécificités, qui seront développées dans les chapitres qui suivent.

Toutefois, d'une manière tout à fait générale et dans les grandes lignes, la procédure normale est la suivante : le requérant présente sa demande d'asile auprès d'une représentation suisse, à un poste frontière ou directement dans un centre d'enregistrement et de procédure (CEP)³⁰⁴. Dès la demande déposée, l'autorité concernée (fédérale ou cantonale) relève l'identité du demandeur et lui délivre un laissez-passer pour qu'il se rende, dans le courant du jour ouvré qui suit, dans un CEP³⁰⁵. Une fois dans un CEP, il est interrogé sommairement sur les motifs de sa demande d'asile et ses données personnelles sont recueillies. Le demandeur d'asile est également logé au centre pendant le début de la procédure, voire pendant toute la procédure. En règle générale, le requérant y est entendu une deuxième fois dans le cadre d'une audition sur sa situation personnelle et sur ses motifs d'asile. Il peut ensuite soit recevoir directement une décision sur sa demande, soit être attribué à un canton et être transféré dans un centre pour requérant. Il est aussi possible, dans le cadre de cette deuxième hypothèse, que la deuxième audition de l'ODM, sur sa situation personnelle et sur ses motifs d'asile, se fasse à ce moment-là et pas au CEP, ce qui est toutefois plus rare. A cela peut s'ajouter une éventuelle troisième « audition »³⁰⁶ lorsque d'autres mesures d'instruction sont nécessaires. L'ODM rendra ensuite sa décision sur la demande d'asile. Il décidera d'octroyer l'asile ou une admission provisoire ou de refuser l'asile. Le demandeur d'asile pourra ensuite recourir auprès du TAF contre cette décision.

Quel que soit le lieu dans lequel le requérant dépose sa demande, il devra être informé de ses droits et de ses devoirs durant la procédure d'asile³⁰⁷. Cette disposition commune et préliminaire aux différents types de demandes d'asile est primordiale. La procédure d'asile étant fortement axée sur l'obligation de collaborer³⁰⁸ et une violation de ce devoir pouvant

³⁰⁴ Il existe quatre centres d'enregistrement et de procédure qui sont situés à Bâle, Chiasso, Kreuzlingen et Vallorbe. En plus, un centre de transit (CT), situé à Altstätten et dont la première fonction est de décharger les CEP, peut également recevoir des demandes d'asile. Depuis le 1^{er} juillet 2011, le centre de transit a toutefois été converti en centre d'enregistrement et de procédure.

³⁰⁵ Art. 8 OA 1.

³⁰⁶ Comme l'appelle MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

³⁰⁷ Art. 19 al. 3 LAsi.

³⁰⁸ Voir ci-dessous le ch. III.2.3.3.2.i).

avoir des conséquences graves (décision de non-entrée en matière), il est nécessaire que le demandeur soit clairement informé de ce qui l'attend³⁰⁹.

Les procédures seront maintenant analysées plus en détail en fonction du lieu où la demande a été déposée (ch. 2.3.2), puis ce seront les règles de procédure applicables qui seront présentées (ch. 2.3.3), en commençant par les questions « thématiques » ou les principes de base de la procédure (ch. 2.3.3.2), avant de terminer par les étapes et les événements « chronologiques » de la procédure (ch. 2.3.3.3).

2.3.2. Les différentes demandes d'asile

2.3.2.1. La demande d'asile présentée auprès d'une représentation suisse à l'étranger

L'art. 19 al. 1 LAsi prévoit qu'une demande d'asile peut être déposée auprès d'une représentation suisse de l'étranger et l'art. 20 LAsi, complété par des dispositions de l'OA 1, règle sommairement la procédure.

Une fois la demande déposée, la représentation procède en général à une audition du requérant d'asile³¹⁰ et prend ses empreintes digitales³¹¹. Elle transmet ensuite la demande d'asile à l'ODM, ainsi que le procès-verbal de l'audition et un rapport complet dans lequel elle se prononce sur la demande (appréciation des motifs d'asile et de la vraisemblance)³¹². Toutefois, s'il n'est pas possible de procéder à une audition³¹³, le demandeur d'asile est alors invité à exposer ses motifs par écrit³¹⁴. La représentation suisse transmet ensuite à l'ODM le dossier complet (demande d'asile écrite et appréciation de la représentation). Dans son rapport, la représentation suisse peut indiquer si elle estime que la demande doit être traitée

³⁰⁹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 60.

³¹⁰ Art. 10 al. 1 OA 1.

³¹¹ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.1.2.4, p. 6.

³¹² Art. 10 al. 3 OA 1.

³¹³ Le Tribunal administratif fédéral a précisé la question de la procédure à l'étranger et notamment de l'audition dans un arrêt 2007/30. Il discute assez conséquemment du caractère « impossible » de l'audition. Il affirme notamment que cette notion ne peut être comprise comme une simple impossibilité factuelle (« Gestützt auf die gesetzgeberischen Unterlagen kann festgestellt werden, dass darunter nicht eine bloss faktische Unmöglichkeit verstanden werden kann », consid. 5.2). Elle peut en revanche découler par exemple de problèmes organisationnels ou de manque de personnel à la représentation ou encore du demandeur lui-même (consid. 5.2.3 et 5.3). Il ressort également de cet arrêt que si l'audition s'avère impossible, le requérant doit être invité à se prononcer par écrit sur ses motifs d'asile. Toutefois, une audition ou une déclaration écrite peuvent s'avérer superflues si les faits sont déjà suffisamment établis avec la demande d'asile pour pouvoir rendre une décision. En revanche, si l'ODM renonce à faire passer une audition au requérant, cette décision doit être motivée (consid. 5.6 et 5.7).

³¹⁴ Art. 10 al. 2 OA 1. Le message du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile donnait un autre motif justifiant la solution écrite : « si une personne remet une demande écrite suffisamment motivée pour servir de base à une prise de décision, il ne sera pas nécessaire de l'entendre individuellement au préalable ». FF 1996 II 1, 51.

prioritairement. En outre, si le demandeur rend vraisemblable qu'il est menacé, il est possible de renoncer à l'audition et de transmettre le dossier à l'ODM pour une décision plus rapide³¹⁵.

Une fois saisi d'une demande d'asile, l'ODM a trois possibilités : soit il renvoie le requérant auprès de l'ambassade pour d'autres mesures d'instructions, soit il décide de refuser l'entrée en Suisse³¹⁶, auquel cas il doit rendre en même temps une décision sur la demande³¹⁷, soit il autorise l'entrée en Suisse dans le but d'établir les faits³¹⁸.

Dans ce dernier cas, la décision ne porte que sur l'autorisation d'entrer et non pas sur le contenu de la demande, même si les conditions semblent *a priori* remplies pour que la personne concernée puisse, dans un second temps, bénéficier de la qualité de réfugié. L'entrée en Suisse est donc une condition préalable à la reconnaissance de la qualité de réfugié ou à l'octroi de l'asile³¹⁹. L'Office n'accordera une permission d'entrer en Suisse que s'il ne peut raisonnablement être exigé du demandeur qu'il reste dans son pays de domicile ou de séjour, ou qu'il se rende dans un Etat tiers. Par ailleurs, le requérant devra rendre vraisemblable que sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté sont exposées à une menace imminente en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques³²⁰.

En pratique, les autorisations d'entrer en Suisse sont données de manière restrictive et l'autorité bénéficie d'une marge d'appréciation étendue. Outre les dangers et menaces prévus par l'art. 20 al. 3 LAsi, l'ODM retient d'autres éléments tels que les liens que la personne entretient avec la Suisse ou avec un autre Etat tiers dans lequel le requérant pourrait se rendre (au sens de l'art. 52 al. 2 LAsi)³²¹.

³¹⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.1.2.4, p. 7.

³¹⁶ L'autorisation d'entrée en Suisse peut être refusée pour motif d'indignité. Le TAF a estimé qu'une personne indigne, au sens de l'art. 53 LAsi (voir ci-dessous, note 1302), ne pouvait pas entrer en Suisse, car elle n'y obtiendrait pas l'asile mais, au mieux, une admission provisoire et que dans la mesure où l'admission provisoire n'exclut pas un renvoi, il serait illogique d'autoriser l'entrée en Suisse dans ces conditions. ATAF 2011/10, spéc. consid. 7.

³¹⁷ Sur le cas particulier d'une demande d'asile présentée à l'étranger et rejetée, mais soumise à un recours et, parallèlement, d'une nouvelle demande d'asile présentée en Suisse, voir l'arrêt du TAF D-3620/2011.

³¹⁸ Arrêt TAF D-6225/2010, p. 4.

³¹⁹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 64 et JICRA 1997/15, consid. 2b).

³²⁰ Art. 20 al. 2 et 3 LAsi.

³²¹ Pour qu'on puisse exiger d'un demandeur qu'il se rende dans un Etat tiers, encore faut-il que celui-ci lui assure une procédure d'asile et/ou reconnaisse les demandes d'asile présentées à l'étranger, ce qui, pour la seconde clause et comme nous le verrons ci-dessous, n'est pas le cas des Etats européens. JICRA 2005/19, consid. 4. Voir aussi JICRA 1997/15, consid. 2d) à 2g) et ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 64-65.

D'une manière générale, pour que le requérant puisse ensuite entrer en Suisse, un visa doit lui être délivré³²². L'ODM est si possible informé par la représentation du lieu, du jour et de l'heure d'arrivée du requérant. Financièrement, le demandeur doit en principe payer lui-même son voyage ou se faire aider par sa famille, notamment si celle-ci réside en Suisse. Toutefois, s'il en fait la demande et qu'il est considéré comme indigent, l'ODM se chargera normalement de régler « les frais d'entrée », à savoir en général le billet d'avion³²³.

Une fois muni d'une autorisation d'entrer en Suisse, le requérant doit se rendre dans un CEP et suivre la procédure normale³²⁴.

Un régime spécial s'applique pour les demandes déposées depuis le territoire d'un Etat lié par les accords d'association de Dublin, mais par un ressortissant d'un pays non lié par ces accords. Dans ce cas, la représentation suisse en informe l'ODM (au moyen d'un formulaire) et l'ODM transmet ensuite sans tarder cette demande à l'Etat dans lequel séjourne le demandeur. Il informe également le demandeur de cette transmission³²⁵. Toutefois, l'ODM peut, exceptionnellement, traiter la demande et autoriser le requérant à entrer sur le territoire suisse si des motifs humanitaires le justifient³²⁶.

La directive de l'ODM se prononce également sur l'hypothèse d'une demande déposée dans une représentation sise dans un « Etat Dublin » et provenant d'un « ressortissant Dublin ». Elle en conclut que le « règlement Dublin ne s'applique pas [et qu']une procédure d'asile doit être menée »³²⁷. Cette affirmation, qui semble *a priori* ouvrir l'asile à un ressortissant européen est ainsi humainement intéressante, mais totalement vaine en pratique. En effet, cela restera une procédure de non-entrée en matière, certes pas selon la procédure de Dublin, mais au sens de l'art. 34 al. 1 LAsi, puisque le requérant provient d'un Etat d'origine sûr (ou

³²² S'il ne possède pas de documents de voyage, le visa est délivré sous forme de laissez-passer dans un document séparé. OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.1.2.5, p. 7.

³²³ Art. 92 al. 1 LAsi et 53 let. d OA 2 et OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.1.2.6, p. 7.

³²⁴ Cette étape n'est pas clairement inscrite dans la loi, mais peut se déduire d'une part, de l'art. 8 al. 1 et 2 OA 1 et d'autre part, par analogie, de la procédure prévue pour les demandes présentées à la frontière (au sens de l'art. 21 LAsi) et de la procédure applicable aux demandes déposées par un étranger résidant déjà en Suisse (en vertu de l'art. 19 al. 2 LAsi).

³²⁵ Art. 10 al. 4 OA 1. Cette disposition relève de l'art. 4 par. 4 du Règlement (CE) no 343/2003 : « Lorsqu'une demande d'asile est introduite auprès des autorités compétentes d'un Etat membre par un demandeur qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat membre, la détermination de l'Etat membre responsable incombe à l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le demandeur d'asile. Cet Etat membre est informé sans délai par l'Etat membre saisi de la demande d'asile et est alors, aux fins du présent règlement, considéré comme l'Etat membre auprès duquel la demande a été introduite. Le demandeur est informé par écrit de cette transmission et de la date à laquelle elle a eu lieu ». Pour plus de détails sur ce règlement, voir ci-dessous, le ch. III.3.1.4.2.

³²⁶ Dans cette hypothèse, il peut alors informer l'Etat sur lequel séjourne le demandeur et ce, notamment si celui-ci y a déjà déposé une demande d'asile. Art. 10 al. 5 OA 1.

³²⁷ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.1.2.4, p. 6.

exempt de persécution) ; les Etats de l'Union européenne étant tous considérés comme sûrs par le Conseil fédéral. Ainsi, dans cette hypothèse (à moins éventuellement que le demandeur arrive à prouver qu'il existe des indices de persécution dans son cas), il est certain que le demandeur ne recevra pas d'autorisation d'entrer en Suisse³²⁸.

Propositions de modification 2010 :

Les propositions de modification de la LAsi présentées en janvier 2009 lors de l'ouverture de la consultation par le Département fédéral de justice et police prévoient de supprimer la possibilité de déposer une demande d'asile dans une représentation suisse à l'étranger³²⁹. Ce moyen avait été introduit dans l'ancienne loi sur l'asile, alors que, en pleine guerre froide et à l'époque des dictatures latino-américaines, notamment chilienne et argentine, il était particulièrement difficile de quitter le pays³³⁰. Il est désormais proposé de supprimer cette possibilité de demander l'asile dans une ambassade dans le but de « diminuer l'attrait de la Suisse auprès des requérants d'asile »³³¹ et de rendre les procédures d'asile plus efficaces et plus rapides. Dans son message, le Conseil fédéral invoque le fait que la Suisse est désormais le seul Etat d'Europe³³² à connaître encore cette pratique et que « cette situation provoque un déséquilibre dans la répartition des demandes d'asile au détriment de la Suisse »³³³. La question qui se posait initialement était de savoir si une personne qui avait déposé une demande d'asile auprès d'une ambassade suisse à l'étranger et qui entrait ensuite en Europe serait « attribuée » à la Suisse en vertu du système de Dublin. Le Conseil fédéral a toutefois reconnu que la Suisse ne serait pas automatiquement responsable de ces demandes³³⁴.

Si la plupart des opposants³³⁵ à cette modification estiment qu'une telle mesure ne fera qu'encourager des voyages illégaux et dangereux pour les requérants d'asile, le Conseil fédéral estime en revanche que la possibilité existant actuellement de déposer sa demande auprès d'une représentation suisse n'a en rien diminué l'attrait de la Suisse pour les demandeurs voyageant illégalement³³⁶. LANTERO juge cependant que la criminalité relative à l'immigration clandestine « ne serait pas

³²⁸ Il ne remplirait pas les conditions posées par l'art. 20 al. 2 ou 3 LAsi.

³²⁹ Cette proposition implique une modification de l'art. 19 ainsi que l'abrogation de l'art. 20 LAsi. FF 2010 4109, 4110.

³³⁰ FF 2010 4035, 4048.

³³¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers*, 2008, p. 6.

³³² En 2002, six Etats européens connaissaient cette possibilité : l'Autriche, le Danemark, les Pays-Bas, la France, la Grande-Bretagne et l'Espagne. Dès 2003, les trois premiers avaient supprimé cette pratique. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies*, p. 542. Les autres pays auraient suivi depuis lors et l'Espagne aurait été le dernier Etat européen à appliquer encore l'asile par « voie diplomatique ». Toutefois, un projet de loi proposait, comme en Suisse, de supprimer cette possibilité. Voir le dossier de presse de la COMMISSION ESPAGNOLE D'AIDE AU REFUGIE (CEAR), p. 15.

³³³ FF 2010 4035, 4048.

³³⁴ FF 2010 4035, 4052. Cette appréciation a été confirmée ultérieurement par le Tribunal administratif fédéral dans son ATAF 2011/26, consid. 3 et 4.

³³⁵ Dans ce sens, on peut mentionner notamment l'OSAR, Amnesty international et l'ODAE, Communiqué de presse commun aux trois organisations, du 14 janvier 2009, ainsi que notamment le Parti libéral-radical, le Parti socialiste et Les Verts, FF 2010 4035, 4052.

³³⁶ FF 2010 4035, 4048.

aussi prospère si les réfugiés pouvaient véritablement exercer leur droit à demander l'asile »³³⁷.

En outre, il faut savoir que le nombre de demandes d'asile présentées dans des ambassades n'est pas extraordinaire et que seule une très faible minorité (environ 10 %) des demandes présentées entraîne une autorisation d'entrer en Suisse³³⁸.

2.3.2.2. *La demande d'asile déposée à la frontière, après interception près de la frontière en cas d'entrée illégale ou en Suisse*

Lorsqu'une personne présente une demande d'asile en Suisse, à la frontière ou qu'elle a été interceptée près de la frontière après être entrée illégalement en Suisse³³⁹, les autorités compétentes l'assignent en règle générale à un CEP et l'ODM examine si, en vertu des accords de Dublin, il est compétent pour traiter de la demande et mener la procédure d'asile³⁴⁰.

Avant de se pencher sur la requête, l'Office commencera donc en tout premier lieu par se déterminer sur son éventuelle responsabilité de traiter la demande en fonction des critères établis par le règlement de Dublin. Pour ce faire, il devra notamment procéder à l'analyse des empreintes digitales avec Eurodac, ce qui peut parfois prendre un certain temps et justifie le séjour du requérant au sein d'un centre d'enregistrement et de procédure³⁴¹.

S'il s'avère que la Suisse est responsable de traiter cette demande, le requérant – déjà présent dans un CEP – suivra ensuite la procédure habituelle (c'est-à-dire « normale » ou « accélérée »). En revanche, si la Suisse n'est pas compétente, le demandeur d'asile se verra alors notifier une décision de non-entrée en matière, au sens de l'art. 34 al. 2, let. d LAsi, ainsi qu'une décision de renvoi, contre laquelle un éventuel recours n'a, selon la loi, en principe pas d'effet suspensif³⁴². En pratique toutefois, depuis l'arrêt du TAF 2010/1, il n'y a plus de transfert tant que le TAF ne s'est pas prononcé sur l'effet suspensif. Dans un premier temps,

³³⁷ LANTERO, p. 89. Voir dans le même sens, L'OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS qui se demande à juste titre si « [s]upprimer la possibilité d'entrer légalement en Suisse après une demande à l'ambassade jugée sérieuse ne revient-il pas à encourager les arrivées illégales ? », ODAE-ROMAND, cas 056.

³³⁸ Entre 2003 et 2007, ce sont 7703 demandes qui ont été déposées. Seuls 770 des demandeurs ont reçu l'autorisation d'entrer en Suisse, dont 427 ont abouti à un octroi de l'asile et 74 à une admission provisoire. Voir la réponse du Conseil fédéral à la question d'UELI LEUENBERGER, *Keine Asylgesuche mehr auf Schweizer Botschaften ?*, du 22 septembre 2008, question no 08.5300.

³³⁹ Un article du journal *Le Temps* indique que les « gardes-frontière arrêtent en moyenne 10 clandestins chaque jour, entre 70 et 80 à la semaine, avec des pics les week-ends. Pour l'année 2010, le nombre d'immigrants entrés illégalement par Chiasso devrait largement dépasser 2000 ; ils étaient un peu plus de 1600 en 2009, ce qui représente presque la moitié de tous les clandestins arrêtés par les gardes-frontière en Suisse l'an passé ». KNOPF, 2010.

³⁴⁰ Art. 21 LAsi.

³⁴¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 66.

³⁴² Art. 64a al. 1 et 2 LEtr. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 66.

par le biais des mesures provisionnelles de l'art. 56 PA, le TAF suspend systématiquement le transfert. Il se penche ensuite, dans un deuxième temps, sur la question de la restitution de l'effet suspensif, qu'il octroie relativement facilement³⁴³.

L'attitude adoptée par le Tribunal administratif fédéral sur cette question est à saluer. Si l'absence d'effet suspensif « automatique » d'un éventuel recours n'était pas appliquée avec retenue par les autorités, elle serait discutable au regard du droit international et en particulier de la CEDH. En effet, si le requérant venait à invoquer dans son recours une violation de l'art. 3 CEDH en soutenant que son expulsion dans un Etat Dublin pourrait constituer un risque de renvoi en chaîne aboutissant finalement à le livrer à l'Etat persécuteur, alors le fait que la décision de transfert puisse être immédiatement exécutoire et qu'elle puisse ne pas être assortie de l'effet suspensif implique que le requérant ne bénéficierait pas d'une protection juridique effective au sens de l'art. 13 CEDH³⁴⁴.

Les modifications introduites avec la mise en œuvre des accords d'association à Dublin ont ainsi remplacé l'ancien article 21 LAsi qui prévoyait que la Suisse autorise le requérant à entrer dans le pays à condition qu'aucun autre Etat ne soit tenu de traiter cette demande et que le demandeur possède une pièce de légitimation (ou un visa valable) pour entrer en Suisse, ou semble être exposé à un danger en raison des motifs énoncés à l'art. 3 al. 1 de la LAsi ou menacé de traitements inhumains dans le pays d'où il était directement arrivé³⁴⁵. D'autres conditions offraient encore la possibilité au demandeur d'asile d'entrer en Suisse, notamment s'il rendait vraisemblable que le pays d'où il était arrivé directement l'obligerait, en violation

³⁴³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

³⁴⁴ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 66.

³⁴⁵ « Par pays d'où le requérant d'asile est arrivé directement en Suisse », il fallait entendre, selon l'ancien art. 11 al. 1 OA 1, un « Etat limitrophe ». Cette précision pouvait paraître *a priori* quelque peu incohérente, puisque si seuls les Etats limitrophes étaient vraiment concernés (c'est-à-dire des Etats membres de l'Union européenne), il aurait été difficile de comprendre comment ces Etats pouvaient d'une part, tolérer que le requérant soit exposé à un danger ou menacé de traitement inhumain ou pouvaient, en violant le principe de non-refoulement, obliger le requérant à se rendre dans un pays où il aurait été exposé à un danger, et d'autre part, être considérés comme des Etats tiers sûrs par le Conseil fédéral au sens de l'art. 6a LAsi. Toutefois l'ancien art. 11a al. 1 venait préciser que, dans les cas où le requérant était arrivé en Suisse par avion, le pays d'où l'avion était parti était « assimilé au pays d'entrée directe en Suisse ».

de l'interdiction de refoulement, à se rendre dans un pays où il serait exposé à un danger³⁴⁶, ou enfin si la Suisse était tenue, en vertu d'une convention, de traiter sa demande d'asile³⁴⁷.

Ainsi, il peut de prime abord sembler que la nouvelle législation soit plus souple, puisqu'elle prévoit en principe que le requérant soit assigné à un CEP et implique qu'il obtienne ainsi le droit d'entrer en Suisse. En réalité, il n'en est rien, puisque dans une grande majorité des cas, le requérant risque d'être renvoyé sur la base des accords d'association à Dublin et que la clause la plus favorable de l'ancien droit (celle de l'ancien art. 11 OA 1³⁴⁸) ne trouve évidemment plus application.

2.3.2.3. *La demande d'asile déposée par un étranger vivant déjà officiellement en Suisse*

Dans le cas où un requérant a déjà obtenu une autorisation de résidence préalable dans un canton, il doit adresser sa demande directement aux autorités de ce canton³⁴⁹. Cette procédure est en pratique plutôt rare³⁵⁰.

L'autorité cantonale relèvera alors l'identité complète du demandeur d'asile et l'enverra dans un centre d'enregistrement pour la suite habituelle de la procédure. Il ne pourra pas continuer à résider à son lieu de domicile habituel, le Tribunal fédéral estimant que les mesures d'identification et d'investigation auxquelles il doit se soumettre nécessitent une présence continue dans le Centre³⁵¹.

³⁴⁶ A cet égard, la CRA avait jugé, le 28 mars 2000, que cette disposition avait « pour but de protéger la personne contre le renvoi dans un Etat persécuteur par l'Etat de provenance directe, c'est-à-dire celui sous la juridiction duquel elle se trouve, et non pas contre un renvoi en chaîne par des Etats qui, au moment où la Suisse doit trancher la question de l'autorisation d'entrée sur son territoire n'ont aucun pouvoir de fait sur la personne visée ». JICRA 2000/12, consid. 3, d). Cette affirmation allait pourtant à l'encontre d'une décision rendue quelques jours plus tôt par la Cour EDH dans la cause *T.I. c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête no 43844/98 (voir ci-dessous pour plus de détails le ch. III.5.3.1.2).

³⁴⁷ Ancien art. 21 al. 1 et 2 LAsi. En outre, en vertu de l'ancien alinéa 3 (renvoyant à l'OA 1 et en particulier à son art. 11), l'Office pouvait aussi autoriser le requérant à entrer en Suisse si celui-ci avait des liens étroits avec des personnes vivant en Suisse ou s'il rendait vraisemblable qu'il avait quitté son Etat d'origine pour des motifs de l'art. 3 al. 1 LAsi dans le but d'atteindre sans tarder la Suisse (même s'il n'avait pu s'y rendre directement).

³⁴⁸ Voir note 347 ci-dessus.

³⁴⁹ Art. 19 al. 2 LAsi. En outre, son autorisation d'établissement ou de séjour doit encore être valable au moment du dépôt de sa demande d'asile (art. 9 OA 1).

³⁵⁰ Elle impliquerait que la personne soit entrée en Suisse avec un visa touristique (par exemple) puis se soit mariée avec quelqu'un séjournant légalement en Suisse (ce qui est le cas dans l'arrêt du TF 2A.282/2003) ou alors éventuellement dans l'hypothèse où une personne perdrait son permis de séjour et d'établissement, mais dans ce cas, elle aurait certainement de la peine à prouver l'actualité de la persécution.

³⁵¹ Arrêt TF 2A.282/2003, consid. 2.2. Voir aussi l'art. 16 OA 1 qui prescrit que le requérant doit se tenir à la disposition des autorités, pendant tout son séjour au CEP, séjour qui peut désormais atteindre 90 jours. Voir ci-dessous, le ch. III.2.3.3.2.i).

En principe, une procédure selon les règles de Dublin ne devrait pas avoir lieu, puisqu'en raison de son autorisation de séjour, le requérant serait soumis au critère de l'art. 9 du règlement de Dublin désignant la Suisse responsable de traiter la demande³⁵².

Propositions de modification 2010 :

L'art. 19 al. 2 LAsi serait abrogé si les modifications proposées en 2010 étaient acceptées³⁵³. Le Conseil fédéral justifie la suppression de cette disposition par le « fait que, lors de la dernière révision de la LAsi, l'ODM s'est vu conférer la compétence d'entendre le requérant sur ses motifs d'asile »³⁵⁴. Il s'agit ainsi de « mettre à jour » les procédures, en supprimant au canton une compétence pour la laisser à l'ODM et ainsi « unifier » en quelque sorte les procédures. La possibilité de déposer une demande d'asile pour un étranger vivant déjà en Suisse n'est toutefois pas supprimée, puisque le Conseil fédéral propose d'introduire un nouvel al. 1bis dont la teneur est la suivante : « [q]uiconque dépose une demande d'asile doit être présent à la frontière suisse ou sur le territoire suisse ».

2.3.2.4. La demande d'asile déposée à un aéroport : renvoi

Le requérant peut aussi déposer sa demande à l'aéroport. Toutefois, cette situation ayant des caractéristiques bien particulières, cette procédure est traitée dans le cadre du chapitre consacré à cette procédure « spéciale », ci-dessous au ch. 2.4.

2.3.3. Les règles générales de procédure applicables à la procédure normale

2.3.3.1. Les sources et la systématique

En ce qui concerne la procédure dans le domaine de l'asile, plusieurs distinctions peuvent être opérées.

Dans un premier temps, il s'agit de savoir quelles sont les *bases légales* qui s'appliquent. L'article 6 LAsi opère un renvoi général à d'autres lois (de procédure), et notamment à la loi fédérale sur la procédure administrative³⁵⁵, tout en réservant les dispositions spéciales de la loi sur l'asile. La loi sur la procédure administrative s'applique donc en tant que *lex generalis*, alors que la LAsi est une *lex specialis*. En d'autres termes, cela signifie que, en matière d'asile, les règles générales de la loi sur la procédure administrative s'appliquent tant et aussi longtemps que la loi sur l'asile ne prévoit pas de règles de procédures différentes ou plus spécifiques.

³⁵² ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 71.

³⁵³ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4109, 4110.

³⁵⁴ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035, 4070.

³⁵⁵ Les deux autres lois mentionnées par l'art. 6 LAsi sont les lois du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).

Dans un second temps, il convient de présenter les différentes circonstances ou situations factuelles particulières liées à une procédure d'asile « normale ».

A cette fin, les principes de procédure qui s'appliquent d'une manière générale à tous les stades de la procédure seront examinés [ch. 2.3.3.2]. Il s'agit d'éléments que l'on pourrait qualifier de « *trans-étapes* » ou de « *thématiques* » en ce sens qu'ils ne sont pas directement liés à une étape particulière du déroulement de la procédure, mais se rapportent à la procédure dans son ensemble et à des questions particulières. Font par exemple partie de ces questions la maxime applicable, la collaboration du demandeur et les preuves [ch. 2.3.3.2.i)], le droit d'être entendu et assisté [ch. 2.3.3.2.ii) et 2.3.3.2.iii)], la langue et les frais de procédure [ch. 2.3.3.2.iv) et 2.3.3.2.v)].

En plus des règles générales applicables « transversalement » à toutes les étapes de la procédure d'asile normale, il existe également un certain nombre de règles « *chronologiques* » qui se rattachent à chaque niveau ou à chaque phase particulière de la procédure [ch. 2.3.3.3]. Cette troisième partie a pour objectif de brosser le déroulement de la procédure d'asile et ses moments « clés » comme les délais [ch. 2.3.3.3.i), 2.3.3.3.vii), 2.3.3.3.viii) et 2.3.3.3.ix)], les différentes auditions [ch. 2.3.3.3.ii), 2.3.3.3.iii), 2.3.3.3.iv) et 2.3.3.3.v)] et les décisions [ch. 2.3.3.3.vi)].

2.3.3.2. Les règles « *thématiques* » ou « *transversales* »

i) La maxime inquisitoire et l'obligation de collaborer

En procédure administrative, c'est en principe la maxime inquisitoire qui prévaut concernant la *constatation des faits* et l'*administration des preuves*. Cela revient à dire que c'est en principe à l'autorité qu'il incombe – elle en a la responsabilité – d'établir les faits d'office et d'administrer les preuves³⁵⁶ ; le corollaire de cette maxime étant que les administrés, les parties ou les requérants sont tenus de collaborer³⁵⁷.

Cette maxime est précisée, en matière d'asile, par une règle spéciale de la LAsi³⁵⁸ qui veut que ce soit au requérant d'asile de prouver – ou du moins de rendre vraisemblable – qu'il est

³⁵⁶ Voir l'art. 12 PA.

³⁵⁷ Art. 13 PA. Le concept de l'obligation de collaborer vient contrebalancer les droits et garanties de procédure de l'administré en lui imposant certaines obligations. C'est donc un correctif ou le corollaire du devoir d'instruction de l'autorité. Sur cette question, voir GRISEL, *L'obligation de collaborer*, et plus spécialement, les pages 12-13 et 49.

³⁵⁸ L'art. 13 al. 1, let. c PA réserve précisément les cas où une autre loi fédérale « impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler ».

réfugié³⁵⁹. Par cette première disposition générale, la loi sur l'asile s'écarte assez fortement de la maxime inquisitoriale, habituellement applicable en procédure administrative³⁶⁰.

En outre, l'*obligation de collaborer* de l'article 8 LAsi précise que le requérant doit en particulier « décliner son identité, remettre ses documents de voyage et ses pièces d'identité au centre d'enregistrement, exposer, lors de l'audition, les raisons qui l'ont incité à demander l'asile, désigner de façon complète les éventuels moyens de preuve 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, collaborer à la saisie de ses données biométriques »³⁶¹.

Dans un arrêt de 2011, le TAF a précisé que le devoir de collaborer à l'établissement de l'identité, en cours de procédure d'asile, ne permet cependant pas d'exiger du requérant qu'il prenne contact avec les autorités de son pays d'origine pour obtenir des papiers d'identité. Le cas échéant, cela pourrait être considéré comme une reprise d'une relation normale avec le pays d'origine et constituer un motif de révocation de l'asile au sens des art. 63 al. 1, let. b LAsi et 1 C al. 1 de la Convention de Genève³⁶². En revanche, les « personnes qui font l'objet d'une décision de renvoi exécutoire sont tenues de collaborer à l'obtention de documents de voyage valables »³⁶³.

Le requérant peut en outre se voir obligé de (faire) traduire dans une langue officielle les documents qu'il fournit³⁶⁴ et il doit se tenir à la disposition des autorités pendant la procédure³⁶⁵.

³⁵⁹ Art. 7 al. 1 LAsi: « Quiconque demande l'asile (requérant) doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié ».

³⁶⁰ D'autres dispositions de la LAsi vont dans le même sens. Voir par exemple l'art. 20 al. 3 qui veut que l'autorisation d'entrer en Suisse peut être accordée « aux requérants qui rendent vraisemblable que leur vie, leur intégrité corporelle ou leur liberté sont exposées à une menace imminente pour l'un des motifs mentionnés à l'art. 3, al. 1 » ou au requérant qui « 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 » (pour ce dernier exemple, voir l'art. 22 al. 1ter, let. b).

³⁶¹ Cet article est complété par l'art. 2 OA 1 qui veut que le requérant remette à l'autorité tous ses documents qui concernent (de près ou de loin) son identité, sa provenance et l'itinéraire suivi pour arriver en Suisse. Pour plus de détails sur les différents éléments compris à l'art. 8 LAsi, se référer à EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 245-247.

³⁶² « Daraus ergibt sich, dass es dem BFM aus dem verfassungsmässigen Grundsatz gemäss Art. 5 Abs. 3 BV und aus dem Vertrauensprinzip gemäss Art. 9 BV verwehrt ist, während des Asylverfahrens den Beschwerdeführer aufzufordern, sich seine Ausweispapiere bei seiner konsularischen Vertretung beziehungsweise seiner Botschaft zu beschaffen ; dieses Verhalten ist im Rahmen eines Asylverfahrens unzulässig ». ATAF 2011/28, consid. 3.3, spéc. consid. 3.3.4..

³⁶³ Art. 8 al. 4 LAsi. ATAF 2011/28, consid. 3.4 et 6.4.

³⁶⁴ Art. 8 al. 2 LAsi. Toutefois, « si requérant est assisté et ne peut par conséquent pas remplir son obligation, l'autorité doit, en vertu du principe de l'instruction d'office, faire traduire elle-même ces documents ». OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. E § 2*, p. 9.

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 faits³⁶⁶. 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, l'Office fédéral des migrations est tenu d'entreprendre d'autres mesures d'instruction au sens de l'art. 41 al. 1 LAsi³⁶⁷.

Quelques cas particulièrement délicats montrent à quel point la frontière est parfois subtile entre l'obligation de collaborer du demandeur et la responsabilité des autorités d'établir les faits.

Dans une première affaire concernant une femme kurde sourde-muette et analphabète, le Tribunal administratif fédéral a retenu que « malgré les mesures compensatoires prises pour pallier le handicap de la recourante [à savoir la présence de sa sœur lors des auditions], les déclarations inscrites aux procès-verbaux des auditions [...] relatives aux motifs, aux dates et à la fréquence des gardes à vue subies par la recourante sont peu circonstanciées, imprécises, voire divergentes »³⁶⁸. Bien que le TAF reconnaisse que ces lacunes peuvent être dues au handicap de communication de la requérante et que le choix des questions qui pouvaient lui être posées lors des auditions était limité, il estime néanmoins qu'« il aurait été loisible à la recourante, toujours par l'intermédiaire de sa sœur aînée, d'apporter tous allégués complémentaires de fait et toutes explications de nature à combler le déficit d'informations recueillies, cas échéant avec l'aide de ses proches demeurés en Turquie, ce qu'elle n'a pas fait »³⁶⁹ et que, dans ces circonstances, il n'incombe pas à l'autorité d'« engager d'autres mesures d'instruction en vue d'élucider l'état de faits, par exemple en demandant des renseignements supplémentaires à l'Ambassade de Suisse à Ankara »³⁷⁰. Dans une telle situation factuelle, l'ODM, puis le TAF, auraient pu faire preuve d'un peu plus de souplesse dans l'interprétation des droits et obligations des parties découlant de la maxime inquisitoire et du devoir de collaborer, car il n'est pas certain qu'en se montrant si rigoureux, la requérante n'ait pas, en fin de compte, été pénalisée par son handicap³⁷¹.

³⁶⁵ Art. 8 al. 3 LAsi. L'article 16 al. 1 OA 1 complète encore le principe de l'obligation de collaborer en précisant que « [p]endant son séjour au centre d'enregistrement, le requérant d'asile doit se tenir à la disposition des autorités ».

³⁶⁶ Dans ce sens, GRISEL, *L'obligation de collaborer*, p. 56 et 75, et EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 244, ainsi que, à propos de l'obligation de collaborer en droit des étrangers, UEBERSAX, § 7 *Einreise und Anwesenheit*, p. 221-309, spécialement n° 7.273-7.274, p. 291-292 (« Die Behörden können sich ihrer Abklärungspflicht aber nicht durch blossen Verweis auf die Mitwirkungspflicht entziehen »).

³⁶⁷ ATAF 2009/50, consid. 10.2.1.

³⁶⁸ Arrêt TAF E-6677/2006, consid. 3.3.

³⁶⁹ Idem, consid. 3.3.1 *in fine*.

³⁷⁰ Idem, consid. 3.3.3.

³⁷¹ Sur ce cas, voir ODAE-ROMAND, cas 084.

Une seconde affaire concerne un iranien membre d'une organisation opposée au régime de Téhéran. D'abord interpellé – pour avoir aidé son frère à transporter des documents compromettants –, puis mis en prison et torturé, il est ensuite condamné à mort. Il s'évade en mars 2003 et demande l'asile en Suisse un mois plus tard. L'Office refuse au motif que ses « allégations [...] ne répondaient pas aux exigences en matière de vraisemblance »³⁷² et parce que les réponses qu'il fournit lors des auditions sont « vagues et stéréotypées »³⁷³. Dans son recours à la CRA (déposé en octobre 2003), le requérant informe les autorités que son frère a obtenu l'asile en Grande-Bretagne. Il fait parvenir une copie de la décision ainsi qu'une lettre du frère autorisant les autorités à se renseigner auprès de leurs homologues britanniques. Le TAF n'entreprend pas ces démarches, mais demande au requérant d'obtenir ce dossier par une décision incidente datant de 2007. Il faudra des mois, et quatre prolongations de délai, pour que la mandataire réussisse à en obtenir tous les éléments. Une fois en possession des documents, le TAF annule, en 2009, la décision de l'Office et admet que le « récit est particulièrement détaillé et cohérent », que « l'intéressé a fourni beaucoup de détails » et que le dossier du frère « confirme dans l'ensemble les allégations du recourant sur ses motifs d'asile »³⁷⁴. Force est d'admettre que, dans ce dernier exemple, la CRA ou le TAF, en tant qu'autorités judiciaires, auraient pu obtenir le dossier des autorités britanniques sans peine (et bien des années plus tôt), alors que la mandataire a dû faire des démarches demandant un temps et une attention déraisonnables. Dans un tel cas, les efforts exigés du requérant (et de son mandataire) sont déséquilibrés par rapport à ceux qu'aurait eu à fournir l'autorité de recours et la charge de l'obligation de collaborer qui pèse sur le demandeur est ainsi disproportionnée³⁷⁵.

Ces affaires présentent clairement la difficulté et la complexité d'établir une limite claire entre les démarches que les autorités sont tenues d'entreprendre et les efforts que doit fournir un requérant afin d'établir les faits.

En outre, en ce qui concerne précisément le droit de participer à l'*administration des preuves*³⁷⁶, il existe, selon la loi sur la procédure administrative, différents aspects dont font partie le droit à la prise en compte des preuves, le droit de collaborer à une vision locale, à une audition de témoins, à une expertise et le droit de prendre position sur l'audition de la partie

³⁷² Arrêt TAF E-6818/2006, point C, p. 3.

³⁷³ Idem, point C, p. 3.

³⁷⁴ Idem, consid. 4.1 (pour les trois citations).

³⁷⁵ Sur ce cas, voir ODAE-ROMAND, cas 099.

³⁷⁶ Cette garantie appartient au droit d'être entendu au sens large, mais pour des raisons de cohérence du texte, je renonce à l'intégrer à la partie consacrée au droit d'être entendu ci-dessous.

adverse³⁷⁷. La loi précise par ailleurs que l'autorité doit admettre les moyens de preuve offerts par une partie s'ils paraissent propres à élucider les faits³⁷⁸.

La loi sur l'asile connaît cependant une règle particulière qui veut que durant la procédure d'administration des preuves, le requérant ne soit pas autorisé à donner un avis préalable sur cette administration des preuves³⁷⁹. Cette disposition est en outre quelque peu paradoxale, dans la mesure où la procédure d'asile est très fortement axée sur l'obligation de collaborer, mais que dans ce cas précis, le requérant n'est pas autorisé à participer en donnant son avis sur l'administration des preuves³⁸⁰. En ce sens, cette règle s'écarte alors passablement du droit d'être entendu tel qu'il est prescrit dans le cadre de la procédure administrative, ainsi que, dans une certaine mesure, du droit d'être entendu tel qu'il est garanti par la Constitution, puisqu'il est généralement admis que l'administré a en principe le droit de participer à l'administration des preuves importantes ou, au moins, de se prononcer sur le résultat si ces preuves peuvent influencer la décision. Ce dernier élément – le droit de se prononcer sur le *résultat* des preuves – est d'ailleurs également rappelé en ce qui concerne la LAsi par le message du Conseil fédéral et il est en principe admis en pratique que les requérants peuvent par exemple se prononcer sur le résultat d'une enquête d'ambassade. L'ODM rechigne en revanche parfois à donner suite aux demandes de précisions requises par le mandataire notamment en ce qui concerne la personne qui a effectué l'enquête (quel est son statut, son mandat, son rôle ou sa situation ?), ainsi que les conditions dans lesquelles l'enquête s'est déroulée³⁸¹.

Si le requérant manque à son devoir de collaborer (il doit, selon la loi, s'agir d'une violation *grave* du devoir de collaboration), les conséquences sont importantes puisque l'autorité rendra une décision de non-entrée en matière et ne traitera pas le cas du demandeur d'asile sur le fond³⁸².

³⁷⁷ Sur ces différents éléments, voir WALDMANN, BICKEL, *ad art. 29 PA*, n° 52, p. 633-635.

³⁷⁸ Art. 33 al. 1 PA.

³⁷⁹ Art. 11 LAsi.

³⁸⁰ L'introduction de cette disposition s'est faite lors d'une révision de la loi sur l'asile du 5 octobre 1979 et était alors justifiée de la manière suivante : « Les prescriptions de forme sur les moyens de preuve que comporte la procédure civile fédérale [notamment l'intervention d'experts], applicables également en matière d'asile par le biais de l'article 19 PA, nécessitent beaucoup de temps et n'ont manifestement pas leur place dans ladite procédure d'asile. [...]. Pour ces raisons, nous proposons que la loi exclue le fait que le requérant puisse donner son avis préalablement sur la décision de l'administration des preuves prise par les autorités. On éviterait ainsi une "procédure dans la procédure" et on accélérerait d'autant la procédure d'asile. Le droit de donner son avis sur les résultats de l'administration des preuves, qui découle du droit d'être entendu, ne s'en trouve pas restreint », Commentaire relatif à l'art. 12c. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537, 581-582.

³⁸¹ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

³⁸² Voir l'art. 32 al. 2 LAsi qui prévoit qu'une décision de non-entrée en matière doit être rendue si le requérant ne remet pas ses papiers (let. a), trompe les autorités sur son identité (let. b), ou se rend

La jurisprudence, rendue sous l'empire de la Commission de recours en matière d'asile et du Tribunal administratif fédéral, a fourni de nombreux exemples de violation du devoir de collaborer. Une décision de non-entrée en matière, en vertu de l'art. 32 al 2, let. c peut notamment être rendue lorsque la personne viole son obligation de collaborer (par un acte ou une omission) et que son comportement « ne peut raisonnablement s'expliquer au regard de l'âge, de la formation, du statut social et professionnel de l'intéressé »³⁸³. En l'occurrence, un requérant avait reçu une décision de non-entrée en matière parce qu'il ne s'était pas rendu à une audition et que les motifs d'excuse n'ont pas été estimés valables par la CRA. Celle-ci avait en outre jugé qu'assister à l'audition est un élément essentiel pour l'établissement des faits et qu'« il suffit que cette disposition soit transgressée pour considérer qu'il y a violation grave du devoir de collaborer »³⁸⁴. Dans une autre affaire, la CRA avait considéré qu'« en cachant le dépôt antérieur d'une demande d'asile et en empêchant par là même les autorités compétentes d'appliquer les dispositions conventionnelles et légales permettant un renvoi dans un pays tiers, [le requérant] a intentionnellement commis une violation grossière, et donc inexcusable, de l'obligation de collaborer [...]». Dans ces conditions, la commission conclut que c'est à juste titre que l'ODR n'est pas entré en matière sur la demande d'asile »³⁸⁵.

Plus récemment, le TAF a conclu à la non violation du devoir de collaborer d'un requérant d'asile dans une affaire concernant la saisie de données biométriques, au sens de l'art. 8 al. 1, let. e LAsi. La question était de savoir si des empreintes digitales de mauvaises qualité pouvaient ou devaient être imputées à faute au requérant et, le cas échéant, entraîner une décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 32 al. 2, let. c LAsi. Le TAF est arrivé à la conclusion que si le demandeur d'asile sabote sciemment ses empreintes, il viole son devoir de collaborer. Toutefois, s'il ne fait que fournir une explication peu convaincante pour justifier la destruction ou la mauvaise qualité de ses empreintes, l'ODM ne peut pas se satisfaire de cet élément pour conclure à une violation fautive. Il doit au contraire approfondir le dossier en confiant, si nécessaire, un mandat à un spécialiste externe³⁸⁶.

coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer (let. c). Pour plus de détails sur les conséquences négatives du défaut de collaboration du requérant, voir EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 245 ss, spéc. 247 ss, voir aussi une jurisprudence de la Commission de recours en matière d'asile qui précise que « [l]a lourde sanction de procédure que représente une décision formelle de non-entrée en matière 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 », JICRA 1995/18, chapeau d'arrêt du consid. 3c.

³⁸³ JICRA 2000/08, consid. 5a *in fine*.

³⁸⁴ Idem, consid. 7a. Cet arrêt confirme en outre une jurisprudence antérieure : JICRA 1997/3.

³⁸⁵ JICRA 1995/19, consid. 4c.

³⁸⁶ Cela découle notamment de la maxime inquisitoriale : « Selon la maxime inquisitoriale, si l'autorité définit les faits pertinents, elle ne peut les tenir pour existants que s'ils ont été dûment prouvés ». ATAF 2011/27, consid. 5.1.

En tous les cas, les autorités judiciaires s'appliquent à rappeler, dans leur jurisprudence, que la violation du devoir de collaborer doit être *grave*, pour qu'elle soit sanctionnée par une décision de non-entrée en matière.

Toutefois, même s'il existait une hypothèse dans laquelle un manque de collaboration du demandeur ne conduisait pas à une décision de non-entrée en matière et, donc, pour laquelle il n'y aurait pas de sanction procédurale (si la violation n'est pas suffisamment grave par exemple), il n'en demeurerait pas moins que ce défaut de collaboration affaiblirait « le degré de vraisemblance des déclarations du requérant »³⁸⁷ et aurait donc tout de même des conséquences sur l'appréciation de la demande d'asile par l'autorité³⁸⁸.

L'obligation de collaborer – notamment en apportant directement la preuve de certains faits – est donc particulièrement importante en matière d'asile³⁸⁹.

Or, les *propositions de modifications de la loi sur l'asile présentées officiellement en mai 2010*³⁹⁰ tendent à renforcer encore cette obligation, en l'étendant explicitement à d'autres éléments que ceux prévus par le droit actuel. En effet, si elle n'est actuellement prévue explicitement que dans certains cas, notamment s'agissant de la qualité de réfugié (art. 7 LAsi)³⁹¹, l'obligation, pour le requérant, d'apporter la preuve de ses allégations – ou au moins de les rendre vraisemblables – est appliquée aussi, dans la pratique de l'Office fédéral des migrations et des autorités de recours, aux allégations concernant les éventuels obstacles au renvoi³⁹². C'est précisément cette obligation que la modification proposée en 2010 entend ancrer explicitement dans la loi³⁹³.

ii) Le droit d'être entendu

S'agissant du droit d'être entendu, au sens large, et des autres droits qui en découlent, l'article 29 de la loi sur la procédure administrative rappelle le principe constitutionnel fondamental

³⁸⁷ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. E § 2*, p. 14.

³⁸⁸ Voir sur ce point le Manuel de procédure d'asile relatif aux langues officielles qui estime que « un tel comportement [omettre de faire traduire dans une langue officielle des documents ou des requêtes rédigés dans une langue autre] représente une violation de l'obligation de collaborer et peut être apprécié, dans la décision, comme un manque d'intérêt pour la procédure ». OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 2*, p. 5.

³⁸⁹ Il s'agit bien là d'une obligation pour le requérant, mais c'est aussi à son avantage et dans son intérêt de le faire pour justifier sa demande d'asile. GRISEL, *L'obligation de collaborer*, p. 74.

³⁹⁰ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035.

³⁹¹ Voir aussi les cas mentionnés à la note 360 ci-dessus.

³⁹² Voir STÖCKLI, n° 11.148, p. 567-568.

³⁹³ Pour un développement sur cette question, voir ci-dessous le ch. III.2.6.3.4 relatif à l'exigibilité du renvoi.

selon lequel : « [l]es parties ont le droit d'être entendues ». Cette règle générale est précisée et complétée par d'autres dispositions.

Tout d'abord, le *droit à l'information* dont doit bénéficier le requérant est souligné par la loi sur l'asile. L'article 19 al. 3 dispose en effet que « [l]ors du dépôt de sa demande, le requérant est informé de ses droits et de ses devoirs pendant la procédure d'asile ». En outre, l'ordonnance précise ce droit général à l'information en indiquant que les requérants qui déposent leur demande d'asile dans un aéroport ou dans un centre d'enregistrement sont informés, dans une langue qu'ils comprennent, de la possibilité de faire appel à un *conseiller juridique ou à un représentant légal*. L'ODM doit en plus leur donner les moyens de recourir à un tel conseiller ou représentant³⁹⁴, pour autant qu'ils puissent le financer.

Ensuite, la partie (ou son mandataire) a le *droit de consulter le dossier*, c'est-à-dire les mémoires des parties et les observations des autorités, tous les actes servant de moyens de preuve ainsi que les copies des décisions notifiées³⁹⁵. La consultation de ces pièces peut toutefois être refusée par l'autorité si des intérêts publics ou privés prépondérants demandent le maintien du secret ou si une enquête officielle n'est pas encore close. Ce refus de consultation ne peut s'appliquer qu'aux pièces qui doivent être tenues secrètes, mais pas à tout le dossier. En outre, la consultation par une partie de ses propres pièces (mémoires, documents, moyens de preuve, décisions notifiées) ne peut jamais être refusée³⁹⁶. De plus, les pièces dont la consultation a été refusée ne peuvent être utilisées à l'encontre de la personne concernée que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves³⁹⁷.

En matière d'asile, la pratique veut que le requérant ne reçoive jamais son dossier, à moins qu'il n'en fasse expressément la demande. Une exception prévaut cependant pour les NEMs qui reçoivent automatiquement le procès-verbal de l'audition. Il ne s'agit en général – notamment pour les NEMs « Dublin » – que de l'audition sur les données personnelles, donc concrètement pas grand-chose. Ensuite, dans les cas où la décision sera négative, le dossier est envoyé environ une semaine avant la décision au requérant (ou à son mandataire). La personne est ainsi informée, mais n'est pas formellement invitée à s'exprimer ou prendre position³⁹⁸. Concrètement, elle ne peut donc que repérer les « faiblesses » du dossier (d'éventuelles contradictions par exemple) et se préparer pour un hypothétique recours³⁹⁹.

³⁹⁴ Art. 7a OA 1.

³⁹⁵ Art. 26 al. 1 PA.

³⁹⁶ Art. 27 PA.

³⁹⁷ Art. 28 PA.

³⁹⁸ Au vu de la récente jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme, elle peut cependant le faire sans y avoir expressément été invitée. Si la personne émet une observation, le

En ce qui concerne le droit d'être entendu au sens étroit, c'est-à-dire le *droit de s'exprimer* sur l'affaire, la loi sur la procédure administrative prévoit qu'en principe, l'autorité doit entendre les parties *avant* de prendre une décision. Cette règle connaît cinq exceptions, qui sont précisées par l'article 30 al. 2 PA⁴⁰⁰.

Ce droit d'être entendu au sens étroit a une double fonction : d'une part, il sert à clarifier et établir les faits et d'autre part, il constitue un droit de collaboration des parties⁴⁰¹.

Le texte de la loi sur la procédure administrative ne définit pas – pas plus que la garantie constitutionnelle minimale⁴⁰² – si la partie a un droit d'être entendue oralement ou « simplement » par écrit. Toutefois, en règle générale, l'autorité « entend » les parties par écrit et un droit à prendre position oralement n'existe en principe pas⁴⁰³. La portée de ce droit dépend en revanche, notamment, de l'intensité de l'atteinte : plus l'atteinte à un intérêt protégé est grande, plus il est important que les garanties de procédure de la personne concernée soient assurées⁴⁰⁴. En conséquence, lorsqu'une décision porte sur la personnalité ou le mode de vie du destinataire, un droit d'être entendu oralement est en tous les cas requis : cela concerne donc en principe le cas des décisions en matière d'asile⁴⁰⁵, du moins dans le cadre des auditions, mais pas dans les autres démarches même lorsqu'elles sont essentielles comme dans le cas du résultat d'une enquête d'ambassade par exemple⁴⁰⁶.

Sur le droit de s'exprimer, la loi sur l'asile aménage un système relativement détaillé – par rapport à celui de la PA – et complexe, qui distingue, en fonction des différents stades de la procédure et de différentes hypothèses, plusieurs formes de « participation » de la personne concernée. Cette participation peut en effet prendre la forme soit d'une audition, soit de la

Tribunal doit alors en tenir compte, faute de quoi, il ne respecterait pas le droit d'être entendu de l'art. 6 par. 1 CEDH. Arrêt CEDH *Schaller-Bossert c. Suisse*, du 28 janvier 2011, requête no 41718/05, § 39-43.

399 Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

400 L'autorité n'est pas tenue d'entendre la partie concernée avant de prendre: a) une décision incidente qui n'est pas susceptible de recours séparément, b) une décision susceptible d'être frappée d'opposition, c) une décision qui donne entièrement raison aux conclusions de la partie, d) une mesure d'exécution ou e) une autre décision de première instance lorsqu'il y a péril en la demeure, qu'il existe une voie de recours et qu'aucune autre disposition du droit fédéral n'accorde le droit d'être entendu préalablement.

401 ATAF 2009/43, consid. 5.1.

402 Art. 29 al. 2 Cst. Pour plus de détails sur cette question, voir MAHON, MATTHEY, p. 64 et spécialement les notes 30 à 32.

403 WALDMANN, BICKEL, *ad art. 30 PA*, n° 37, p. 627.

404 WALDMANN, BICKEL, *ad art. 29 PA*, n° 52, p. 622.

405 Cette obligation d'entendre personnellement la personne concernée découle aussi dans de tels cas de la maxime inquisitoriale. WALDMANN, BICKEL, *ad art. 30 PA*, n° 38 et note 56, p. 627, qui renvoient notamment au Manuel de procédure d'asile, OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 6*, p. 5 s., et à EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 263.

406 Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

concession du (simple) « droit d'être entendu », comme l'appelle la loi⁴⁰⁷. Le TAF estime même que dans le cas particulier d'un demandeur qui dépose une seconde demande d'asile, ou une demande de réexamen, écrite (après une première tentative infructueuse), il n'est pas nécessaire de lui garantir explicitement un droit d'être entendu avant de rendre la décision, dès lors que c'est l'administré qui déclenche la procédure et qu'en vertu du principe de la bonne foi, il est attendu de lui qu'il présente tous les éléments essentiels afin que les faits puissent être suffisamment établis. Le droit d'être entendu serait ainsi respecté en même temps que le principe de l'économie de procédure⁴⁰⁸. En revanche, le TAF confirme que si la demande est lacunaire, il revient à l'autorité de prendre des mesures pour clarifier les faits en posant des questions par écrit et si nécessaire en convoquant le requérant à une audition⁴⁰⁹.

Enfin, pour les personnes pour lesquelles il existe des indices de persécution de nature sexuelle, l'ordonnance 1 sur l'asile prévoit qu'elles seront entendues par une personne du même sexe⁴¹⁰ et pour les mineurs, la personne en charge de l'audition devra tenir compte « des aspects particuliers de la minorité »⁴¹¹ et l'audition devra se faire au minimum en présence d'une personne de confiance si le mineur n'a pas de représentant légal⁴¹².

iii) Le droit d'être représenté et/ou assisté

La loi sur la procédure administrative prévoit que, à moins qu'elles ne doivent agir personnellement, les parties peuvent en principe se faire *représenter ou assister*, pour autant toutefois que l'urgence de l'enquête de l'exclue pas⁴¹³. Il est en outre prévu que, au stade du recours⁴¹⁴, une assistance judiciaire puisse être accordée à la personne qui en fait la demande, ne dispose pas de ressources suffisantes et dont les conclusions ne semblent pas d'emblée vouées à l'échec. Toutefois, si ces conditions sont remplies, l'assistance judiciaire est alors confiée à un avocat indépendant⁴¹⁵.

⁴⁰⁷ Voir l'art. 36 LAsi et les ch. III.2.3.3.3.ii) et III.2.3.3.3.iv) ci-dessous pour plus de détails.

⁴⁰⁸ ATAF 2009/53, consid. 5.5.

⁴⁰⁹ ATAF 2009/53, consid. 5.7.

⁴¹⁰ Art. 6 OA 1.

⁴¹¹ Art. 7 al. 4 OA 1.

⁴¹² Art. 17 al. 3 LAsi. Sur la question de la personne de confiance attribuée aux mineurs non accompagnés, voir aussi l'ATAF 2011/23.

⁴¹³ Art. 11 PA.

⁴¹⁴ Dans un arrêt de principe, la CRA a toutefois jugé que l'attribution d'un avocat d'office pouvait aussi avoir lieu dans le cadre d'une procédure d'asile de première instance. JICRA 2001/11, consid. 4 à 6. La doctrine est toutefois d'avis que, dans de tels cas, le droit à l'assistance judiciaire n'est reconnu qu'à des conditions très restrictives. KUHN, p. 7 et KIENER, KUHN, p. 435.

⁴¹⁵ Art. 65 al. 1 et 2 PA.

Un certain nombre de dispositions de la loi sur l'asile⁴¹⁶ parlent de mandataire et prévoient que le requérant a le droit de se faire assister et représenter dans les différentes étapes de la procédure d'asile. L'article 7a OA 1 vient compléter ces dispositions en précisant que l'ODM doit, d'une part, informer le requérant de la possibilité de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal et, d'autre part, lui donner les moyens de recourir à de telles personnes. En revanche, aucune disposition de la loi ou de l'ordonnance ne précise la question du représentant telle qu'elle est prévue à l'art. 65 al. 2 PA. Cela n'est pas sans conséquences, puisque dans le domaine particulier de l'asile, la défense des requérants est en réalité régulièrement assumée par des œuvres d'entraide ou des associations dont les collaborateurs ne sont que rarement titulaires du brevet d'avocat et qui dès lors, en raison de l'art. 65 PA, ne peuvent pas se voir attribuer les mandats d'office. Pour des questions de cohérence et de respect du droit à l'assistance judiciaire de l'art. 29 al. 3 Cst pour les requérants d'asile, il s'agirait de combler cette lacune en introduisant une disposition dans la loi sur l'asile permettant, tout en se fondant sur les critères de l'art. 65 al. 1 PA, d'élargir la notion d'avocat aux mandataires qualifiés⁴¹⁷. Ainsi, les mandataires qualifiés des œuvres d'entraide, qui se chargent de toute façon déjà d'un nombre important de dossiers, pourraient se voir attribuer les mandats d'office et être ainsi remboursés, dans le cadre de l'assistance judiciaire⁴¹⁸. Actuellement, ils ne peuvent percevoir que les dépens lorsqu'ils représentent un requérant dans une procédure d'asile⁴¹⁹.

Par ailleurs, les contacts entre le conseiller juridique ou le représentant légal et le requérant d'asile dans les centres d'enregistrement et de procédure sont autorisés et fixés dans une ordonnance du DFJP⁴²⁰: les requérants peuvent communiquer avec leur mandataire à l'aide de téléphones publics ou du fax si ce mode de communication est nécessaire. En outre, des listes de conseillers juridiques et de représentants légaux avec leurs coordonnées sont mises à

⁴¹⁶ L'art. 22 al. 4 LAsi mentionne par exemple, dans le cadre de la procédure à l'aéroport, qu'en cas de refus de l'entrée en Suisse et d'assignation d'un lieu de séjour, le requérant a la possibilité de se faire représenter ; l'art. 29 LAsi relatif aux auditions sur les motifs d'asile offre également au requérant la possibilité de recourir aux services d'un interprète, d'un mandataire et d'un représentant des œuvres d'entraide.

⁴¹⁷ Dans ce sens, voir la proposition, présentée par le Conseil fédéral en septembre 2011, d'introduire un nouvel art. 110a LAsi. FF 2011 6735, 6742-6743 et FF 2011 6761, 6762-6763. Voir également ci-dessous, à la fin de ce chapitre, les propositions de modification 2011.

⁴¹⁸ BRUTSCH YVES, *Quelques remarques sur la pratique du TAF en matière d'assistance judiciaire totale dans le domaine de l'asile*, 4 août 2010. Document à usage interne, non publié, dans lequel l'auteur a étudié systématiquement tous les arrêts des Cours IV et V du TAF rendus en français entre 2007 et juin 2010. Il a ainsi constaté que sur un total de 2925 arrêts, l'assistance judiciaire totale n'a été demandée que dans 156 cas et qu'au « final, seuls 16 cas ont obtenu l'[assistance judiciaire totale], soit 12 % des cas où elle était sollicitée, et seulement 0,5 % de l'ensemble des procédures ». Ces taux « extraordinairement bas » s'expliquent notamment par le fait que la majorité des demandeurs d'asile sont assistés par les œuvres d'entraide.

⁴¹⁹ Observation générale faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴²⁰ Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile.

disposition. Enfin, les communications et le courrier postal provenant des conseillers juridiques ou des représentants légaux sont transmis aux requérants⁴²¹ et les conseillers juridiques ainsi que les représentants légaux peuvent s'entretenir avec leurs mandants durant les heures de visite. Les représentants des Eglises peuvent aussi accéder aux centres pendant les heures d'ouverture⁴²². Dans les aéroports, les représentants des Eglises peuvent aussi accéder aux logements et les contacts avec un représentant légal sont possibles⁴²³.

La loi sur l'asile prévoit également qu'un *représentant des œuvres d'entraide* est présent lors de l'audition sur les motifs d'asile⁴²⁴. Cette institution est une particularité helvétique qui permet « que l'audition soit observée par des représentantes et représentants de la société civile »⁴²⁵. Les œuvres d'entraide autorisées (par le Conseil fédéral) sont celles qui sont affiliées à l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), ainsi que d'autres qui sont à même d'assumer durablement cette présence aux auditions⁴²⁶. En termes de financement, la Confédération verse une indemnité forfaitaire annuelle à l'OSAR pour son travail de coordination et de gestion des tâches déléguées aux œuvres d'entraide et celles-ci se voient allouer un montant de 305 francs par audition⁴²⁷.

L'utilité de la présence des représentants des œuvres d'entraide lors des auditions est particulièrement bien illustrée dans un arrêt de 2009⁴²⁸. Un requérant d'asile originaire de Guinée-Bissau a déposé une demande d'asile sans toutefois remettre de papiers d'identité ou des documents de voyage, mais en se déclarant mineur. À l'issue d'une audition sommaire, l'ODM a déclaré que le requérant n'avait pas rendu sa minorité vraisemblable et a décidé de ne pas entrer en matière en vertu de l'art. 32 al. 2, let. a (non-remise des pièces d'identité dans un délai de 48 heures sans motifs excusables). L'Office a en outre traité le requérant en tant que majeur durant la suite de la procédure et l'examen du renvoi. Présent lors de l'audition, le représentant d'une œuvre d'entraide « a émis de vives critiques quant aux motifs retenus par l'ODM pour conclure que le recourant était majeur, les considérant comme "flous et arbitraires" ». Il a par ailleurs insisté sur le fait « que l'apparence physique de l'intéressé amenait à penser qu'il était mineur »⁴²⁹. Suite aux déclarations du représentant, le TAF a rappelé que les autorités d'asile devaient faire preuve de diligence lors de l'instruction et qu'en cas de doute sur l'âge du demandeur, il leur revenait notamment « d'ordonner une

⁴²¹ Art. 7 Ordonnance DFJP.

⁴²² Art. 9 Ordonnance DFJP.

⁴²³ Art. 16 Ordonnance DFJP.

⁴²⁴ Art. 30 al. 1 LAsi. Voir également les art. 24 à 26 OA 1.

⁴²⁵ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 78. Pour plus de précisions sur le rôle du représentant des œuvres d'entraide, voir ci-dessous le ch III.2.3.3.3.iv), consacré à l'audition sur les motifs d'asile.

⁴²⁶ Art. 24 OA 1.

⁴²⁷ Taux en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009. Art. 94 LAsi et 80 OA 2.

⁴²⁸ Arrêt TAF E-7476/2009.

⁴²⁹ Pour les deux dernières citations, idem, p. 3 *in fine* et 4.

analyse osseuse et de mener une audition complémentaire consacrée spécialement à l'âge de l'intéressé, tout en nommant, le cas échéant, une personne de confiance pour l'assister en cours de procédure »⁴³⁰. Le Tribunal a en outre conclu « que les observations du ROE compromettent largement la motivation déjà peu étayée de l'ODM à ce propos »⁴³¹. Cette affaire montre l'importance de la présence, lors des auditions, d'une personne externe et indépendante de l'Etat qui agisse en outre dans un esprit de protection des demandeurs d'asile⁴³².

Propositions de modification 2010 :

Avec les propositions de modification du droit qui veulent que les procédures matérielles ou de non-entrée en matière soient considérablement raccourcies (notamment dans le cas du passage de 30 à 15 jours pour le délai de recours dans le cadre d'une procédure matérielle)⁴³³, un nouveau concept est proposé en guise de mesure d'accompagnement. Il est question de supprimer l'institution du représentant des œuvres d'entraide, généralement présent lors des auditions, au profit d'une « prestation de la Confédération [...] portant sur un conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances par des tiers »⁴³⁴. Cette nouveauté est introduite par les articles 17 al. 4 et 94 ainsi que par la proposition de modifier l'art. 29 al. 3 et d'abroger l'art. 30 LAsi.

Le DFJP justifie ces propositions de modification du système d'une part, en invoquant que les auditions sont conduites de manière de plus en plus professionnelles⁴³⁵ et que la présence d'un représentant des œuvres d'entraide ne serait dès lors plus nécessaire et d'autre part, en estimant que cette mesure améliorerait, d'une manière générale, la protection juridique des requérants et augmenterait en même temps « la légitimité de la procédure d'asile sous l'angle de l'Etat de droit »⁴³⁶. Le rapport précise encore que les requérants garderaient la possibilité de se faire accompagner aux auditions par un mandataire, comme le prévoit actuellement l'art. 29 al. 2 LAsi. Les coûts de cette présence devant toutefois être assumés à titre privé, il semble peu probable que la situation se réalise fréquemment.

Plus concrètement, ce « conseil gratuit, objectif et équitable »⁴³⁷ devrait porter à la fois sur la procédure et sur l'évaluation des chances de succès et serait assumé par des « tiers » rétribués par la Confédération au travers de contrats de prestation de droit public.

⁴³⁰ Idem, p. 3.

⁴³¹ Idem, p. 4.

⁴³² Sur ce cas, voir aussi ODAE-ROMAND, cas 103.

⁴³³ Voir ci-dessous notamment le ch. III.2.3.3.3.viii).

⁴³⁴ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 10. Voir aussi FF 2010 4035, 4061.

⁴³⁵ FF 2010 4035, 4046.

⁴³⁶ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 8.

⁴³⁷ Ibidem.

Cette opération devant rester neutre sur le plan financier, la rémunération des tiers pour cette prestation de services devrait correspondre au maximum aux montants attribués jusqu'à présent aux œuvres d'entraide pour les auditions⁴³⁸. Pour le reste, le projet de loi laisserait désormais au Conseil fédéral non seulement la compétence de fixer le montant des contributions, mais aussi les conditions de leur octroi. L'engagement des autorités, tel qu'il est fixé au niveau légal (« [l]a Confédération verse des contributions à des tiers [...] »), ne permet pas de définir clairement dans quel cadre ou à quelles conditions ces contributions seraient versées, contrairement à l'actuel article 94 LAsi qui prévoit que le Conseil fédéral fixe le montant de l'indemnité forfaitaire due aux œuvres d'entraide pour leur participation à l'audition. En d'autres termes, le projet de loi ne dit pas ce que cette prestation de service ou ce que ce « conseil de procédure et d'évaluation des chances » comprend. Il laisse ainsi toute latitude au Conseil fédéral pour préciser le contour de cette notion pour le moins floue⁴³⁹.

Cette nouvelle institution du « conseil » est décrite de manière totalement vague et les termes utilisés en allemand et en italien n'apportent malheureusement aucune précision utile⁴⁴⁰. Il est ainsi difficile de comprendre en quoi consisterait concrètement ce conseil, à quel stade de la procédure il interviendrait et par qui il serait effectué.

En ce qui concerne le *contenu* de ce conseil, le rapport explicatif indique qu'il s'agit d'une « prestation [...] portant sur un conseil [...] qui] devrait [...] permettre [aux requérants] de bénéficier sans tarder de conseils ayant trait à leurs perspectives de succès et sur les possibilités qui s'offrent à eux sur le plan juridique »⁴⁴¹. Une première lecture de cet extrait du rapport permet d'imaginer que ce « conseil » pourrait se limiter à une simple brochure informative. Cette hypothèse doit toutefois être rejetée, puisque qu'il est précisé que ce conseil devra être assuré par des « prestataires de service »⁴⁴².

L'art. 17 al. 4 donne en revanche deux indications relatives au contenu de cet instrument : il devra porter d'une part sur les questions de procédure et d'autre part sur les perspectives de succès. Il s'agira 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 »⁴⁴³. En revanche, les « prestations de conseil ne comprennent ni l'accompagnement aux auditions, ni la rédaction d'un mémoire de recours »⁴⁴⁴. Le droit d'avoir un mandataire légal à titre privé et de se faire accompagner par un tiers à une audition est préservé, bien

⁴³⁸ À savoir les 305 francs prévus par l'art. 80 al. 2 OA 2. Le message ajoute encore : « Les tiers chargés du conseil auront intérêt à utiliser les contributions forfaitaires de la Confédération de manière économique et efficace, aux conditions fixées dans le contrat de prestations. Des recours voués à l'échec seront ainsi évités ». FF 2010 4035, 4046.

⁴³⁹ Voir la proposition de modification de l'art. 94 LAsi, FF 2010 4109, 4115.

⁴⁴⁰ Il s'agit des expressions suivantes : « Verfahrens- und Chancenberatung » et « consulenza in materia di procedura e di valutazione delle opportunità ».

⁴⁴¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 7.

⁴⁴² Art. 94 al. 3 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115 et FF 2010 4035, 4068. Voir encore DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 16.

⁴⁴³ FF 2010 4035, 4068. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 10.

⁴⁴⁴ FF 2010 4035, 4069.

qu'en pratique il ne soit pas certain que les requérants auront les moyens (notamment financiers) de se faire assister.

Quant à l'accès à ce conseil et *au stade de la procédure* auquel il serait assuré, l'art. 17 al. 4 n'est pas très limpide. Il est simplement formulé que « la Confédération veille à ce que les requérants puissent accéder à un conseil »⁴⁴⁵. Le rapport explicatif ne vient pas spécialement préciser la situation en ajoutant que cette mesure n'impliquerait « aucun droit général à un conseil juridique gratuit en faveur des requérants d'asile. La Confédération veille simplement à ce que le requérant ait accès à ce conseil et verse à cette fin des contributions aux tiers qui offrent ces prestations »⁴⁴⁶. Cette dernière remarque semble en effet apporter plus de confusion que d'explication : d'un côté le requérant doit pouvoir avoir accès à ce conseil, mais d'un autre côté, il n'y aurait pas de droit général à un conseil juridique gratuit. A ce stade, le système ne semble donc pas encore clairement établi et tend à manquer de cohérence. Il est pourtant essentiel que la base légale indique avec précision que ce conseil est garanti à tous les stades de la procédure (ce qui n'est évidemment pas l'objectif de la Confédération).

Actuellement, le droit suisse prévoit théoriquement que l'assistance judiciaire est accordée dès la première instance⁴⁴⁷ si le requérant ne dispose pas de moyens financiers suffisants et si sa cause ne semble pas d'emblée vouée à l'échec⁴⁴⁸. En pratique toutefois, cette aide s'applique de manière très restrictive⁴⁴⁹.

Reste encore à savoir *qui prodiguerait ces conseils*. Le projet de loi parle de « tiers »⁴⁵⁰ et le message complète cette notion en évoquant des « prestataires de service » qui pourraient être des « œuvres d'entraide ou d'autres organisations ou personnes connaissant bien le domaine de l'asile »⁴⁵¹. Le rapport explicatif mentionnait des « œuvres d'entraide reconnues ou des personnes disposant de connaissances juridiques »⁴⁵².

Ce dernier aspect soulève un point important : celui de l'indépendance de ces « personnes ». Avec cette possibilité que l'assistance soit réalisée par des individus choisis et payés directement par l'Etat – qui est lui-même partie à la procédure –, il existe un risque certain de manque d'indépendance vis-à-vis de l'Etat. Il semble tout à fait délicat qu'une personne rémunérée directement par l'Etat puisse donner des conseils en matière d'opportunité de recours. À l'heure actuelle, les œuvres d'entraide ne sont payées par l'Etat que pour assister aux auditions et agissent de surcroît dans un esprit de protection du requérant.

⁴⁴⁵ FF 2010 4109, 4110.

⁴⁴⁶ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 10.

⁴⁴⁷ Voir dans ce sens la décision de principe de la Commission de recours en matière d'asile, JICRA 2001/11.

⁴⁴⁸ Art. 29 al. 3 Cst et 65 PA.

⁴⁴⁹ Dans ce sens, JICRA 2004/9. Ce sont en outre les œuvres d'entraide qui fournissent cette assistance et leurs services ne sont remboursés par l'Etat que dans le cas où l'assistance judiciaire est accordée au requérant et qu'un membre de l'organisation est désigné comme représentant.

⁴⁵⁰ Art. 94 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115.

⁴⁵¹ FF 2010 4035, 4068.

⁴⁵² DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 8 et 16.

Enfin, à titre de comparaison et en termes d'« eurocompatibilité », spécialement dans le cadre des propositions de modification de la Directive 2005/85/CE, mentionnons que les articles concernant le droit à l'assistance judiciaire et à la représentation tendent à améliorer nettement la situation des requérants d'asile⁴⁵³.

En résumé, le système actuel d'assistance assuré par les œuvres d'entraide ne devrait être remplacé que si le nouveau projet offre effectivement un conseil et une assistance systématiques et gratuits à tous les requérants. Une représentation doit être clairement prévue, à tout le moins pour un certain nombre de situations particulières. C'est aussi dans ce sens que le Comité des droits de l'homme s'est prononcé en exhortant la Suisse à revoir sa loi sur l'asile afin d'accorder aux requérants d'asile une assistance judiciaire gratuite à tous les stades de la procédure, que ce soit une procédure formelle, matérielle, accélérée ou normale⁴⁵⁴.

Enfin, si le but de ce conseil est bien de compenser les sérieux inconvénients liés au raccourcissement des délais (notamment de recours), il importe que la loi contienne des directives fixes et contraignantes ne laissant pas de place pour une trop grande marge d'appréciation du Conseil fédéral.

Propositions de modification 2011 :

Dans le cadre de la première option présentée par le Département fédéral dans son rapport de 2011, les requérants d'asile auraient droit à une « protection juridique complète et gratuite [...] pendant toute la durée de la procédure d'asile en première instance et de la procédure de recours ». Dans cette optique, il existerait un « groupe de représentants juridiques dotés de solides connaissances du droit d'asile » qui serait à disposition. Ces représentants pourraient dépendre du DFJP ou éventuellement du Département fédéral de l'intérieur. Cette procédure juridique complète viendrait compenser en quelque sorte une procédure très brève et devrait permettre de respecter les garanties de procédure. Des conseils et une aide au retour « fournis de manière intensive » font aussi partir de cette première option⁴⁵⁵. La deuxième option reprend les mêmes propositions que la première.

La troisième option renoncerait à un conseil et à une représentation juridique complets dans la mesure où la DFJP les estime superflus si la procédure globale n'est pas « considérablement raccourcie ». Toutefois, indépendamment du conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances soumis par les propositions Widmer-Schlumpf de 2010, la protection juridique pourrait, dans cette troisième option, être ponctuellement renforcée notamment dans le cadre de la procédure de recours si la personne est « démunie et que le recours n'est pas dénué de perspective ». La condition de « nécessité » de l'art. 65 al. 2 PA pourrait être présumée et donc être supprimée. Il pourrait également être renoncé au monopole des avocats et les actes du dossier pourraient être remis d'office au requérant avec la décision⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Sur ce point, voir le ch. III.3.3.2.2.iii) ci-dessous.

⁴⁵⁴ UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CCPR/C/CHE/CO/3, § 18.

⁴⁵⁵ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 54 et 57.

⁴⁵⁶ Idem, p. 61

Le message du Conseil fédéral de septembre 2011 a retenu cette dernière option en présentant un projet de nouvel art. 110a LAsi qui reprend tous les points mentionnés juste ci-dessus. Cette assistance devrait donc pouvoir être accordée sur demande pour les recours qui ne sont pas voués à l'échec. La condition de nécessité a effectivement été abandonnée, sauf pour les cas « Dublin », les demandes de réexamen et les demandes multiples. Ces cas ne sont donc pas concernés par ce nouvel article. En outre, le projet confirme que l'assistance pourrait désormais être élargie aux « titulaires d'un diplôme universitaire en droit qui conseillent et représentent des requérants d'asile à titre professionnel »⁴⁵⁷.

iv) La langue de la procédure

La langue de l'instruction de la procédure, ainsi que la langue de la décision (en relation avec les délais de recours notamment) jouent un rôle essentiel pour que le requérant puisse effectivement bénéficier de ses garanties et droits procéduraux (droit d'être entendu, de s'exprimer, de participer à l'administration des preuves, etc.), ainsi que préparer correctement sa défense. La Commission de recours en matière d'asile a d'ailleurs jugé que ce sont là des éléments importants pour déterminer l'existence concrète d'un recours effectif et d'un procès équitable⁴⁵⁸.

Pour ce qui est de la *langue de la procédure*, la loi sur la procédure administrative prévoit que celle-ci est conduite dans une des quatre langues officielles de la Confédération⁴⁵⁹ et, en règle générale, celle dans laquelle les parties ont déposé leurs conclusions (ou les déposeraient). Dans une procédure de recours, la langue est celle de la décision attaquée ; une autre langue officielle peut cependant être adoptée si elle est utilisée par les parties⁴⁶⁰.

La loi précise en outre que lorsqu'une partie produit des pièces qui ne sont pas rédigées dans une langue officielle, l'autorité peut, avec l'accord des autres parties, renoncer à en exiger la traduction⁴⁶¹. Mais, « si nécessaire, l'autorité ordonne une traduction »⁴⁶². En matière d'asile,

⁴⁵⁷ FF 2011 6735, 6742-6743.

⁴⁵⁸ « In procedura d'asilo, la lingua in cui è redatta la decisione dell'UFR nonché il tempo e le condizioni per preparare la propria difesa sono elementi importanti per determinare dell'esistenza, concreta, di un ricorso effettivo (art. 13 CEDU) e dell'equo processo. Basti qui rilevare che allorché l'UFR redige eccezionalmente la decisione in una lingua ignota al richiedente e diversa da quella del Cantone d'attribuzione effettivo – ossia secondo l'art. 4 lett. b o c OAsi 1 – mette a repentaglio l'esercizio efficace del diritto di difesa, e dunque il diritto ad un ricorso effettivo ed all'equo processo ». JICRA 2004/29, consid. 11.1.

⁴⁵⁹ Aux termes de l'article 70 de la Constitution, sont considérées comme telles l'allemand, le français et l'italien. On précisera encore que, comme le dit la seconde phrase de l'art. 70 al. 1 de la Constitution fédérale, « [l]e romanche est aussi une langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche », ce qui ne devrait pas avoir beaucoup d'incidence en matière d'asile. Ces langues officielles sont celles dans lesquelles l'administré peut communiquer avec l'administration fédérale, avec le droit de recevoir une réponse dans la langue utilisée.

⁴⁶⁰ Art. 33a al. 1 et 2 PA.

⁴⁶¹ Art. 33a al. 3 PA.

⁴⁶² Art. 33a al. 4 PA.

l'obtention de la traduction d'un dossier *in extenso* se révèle pratiquement impossible. Tout au plus la décision (ou certains considérants de la décision) est-elle traduite, mais les procès-verbaux d'audition ne le sont jamais⁴⁶³. En revanche, en raison de l'intégration de la directive retour à l'ordre juridique suisse, la décision de renvoi doit, sur demande, être « traduite par écrit ou par oral dans une langue comprise par la personne concernée ou dont on peut supposer qu'elle la comprend »⁴⁶⁴. Cette clause n'est toutefois pas applicable aux décisions de renvoi notifiées, à l'aide d'un formulaire type, aux personnes entrées illégalement en Suisse. A la place, la « personne concernée reçoit une feuille d'information contenant des explications sur la décision de renvoi »⁴⁶⁵.

Sur la langue de la procédure, la loi sur l'asile diffère quelque peu de la loi sur la procédure administrative. En effet, si n'importe quelle *langue officielle* peut être utilisée pour la rédaction de la requête, la LAsi prévoit que la langue utilisée pour la procédure devant l'Office fédéral des migrations sera, en principe, celle dans laquelle l'audition – « cantonale » aux termes de l'article 16 LAsi⁴⁶⁶ – a eu lieu ou celle du lieu de résidence du requérant⁴⁶⁷.

L'ordonnance permet toutefois un certain nombre d'exceptions à cette règle, en autorisant l'Office à utiliser une autre langue officielle, dans trois hypothèses, notamment, lorsque a) le requérant (ou son mandataire) maîtrise cette autre langue officielle ; b) cette mesure s'avère provisoirement nécessaire pour traiter les demandes d'asile de façon particulièrement efficace et rapide en raison du nombre de requêtes ou de la situation sur le plan du personnel (administratif) ; c) le requérant est directement entendu sur ses motifs au centre d'enregistrement et attribué à un canton dans lequel une autre langue officielle est parlée⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴⁶⁴ Art. 64f al. 1 LEtr.

⁴⁶⁵ Art. 64f al. 2 LEtr qui renvoie à l'art. 64b LEtr. Sur la question des traductions dans les différentes procédures administratives, et plus particulièrement sur le point évoqué ici, voir ACHERMANN, KÜNZLI, p. 229 ss, et spéc. p. 240-242.

⁴⁶⁶ Le texte de l'art. 16 LAsi, qui prévoit cette prescription, est toutefois étrange, puisque, sous l'empire du nouveau droit, il n'y a en principe plus aucune audition menée par les cantons (ce n'est toutefois pas la seule disposition de la loi qui fait encore explicitement référence à l'audition « cantonale »). Il faut donc entendre ici l'audition sur les motifs d'asile (au sens de l'art. 29 LAsi), et non l'audition sur les données personnelles (au sens de l'art. 26 LAsi). En outre, les propositions de nouveau droit régleraient cette question, puisque les décisions ne seraient dès lors plus que rendues dans « la langue officielle du lieu de résidence du requérant ». Proposition de modification de l'art. 16 al. 2 LAsi, FF 2010 4109, 4110.

⁴⁶⁷ Art. 16 LAsi. La règle posée par l'art. 16 correspond au principe de l'unité de la langue de la procédure. En outre, le terme de résidence est compris au sens large : il englobe en principe le lieu de domicile du requérant, voire son « lieu de séjour effectif [...] pendant la durée de la procédure » dans les cas où le requérant n'est attribué que fictivement à un canton, mais reste en réalité dans le centre d'enregistrement et de procédure (lors de procédures se terminant par une décision de non-entrée en matière avec délai de recours de cinq jours, par exemple). Dans ce cas, c'est alors la langue officielle du lieu dans lequel est situé le centre d'enregistrement qui prévaut. Voir OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 2*, p. 4.

⁴⁶⁸ Art. 4 OA 1.

Outre ces exceptions infralégales, le Manuel de procédure d'asile cite une autre exception qui ne se retrouve ni dans la loi, ni dans l'ordonnance. Il s'agit des mesures d'instruction complémentaires au sens de l'art. 41 LAsi : « [o]n ne saurait exiger non plus que toutes les mesures d'instruction ordonnées par l'ODM en application de l'art. 41 LAsi le soient dans la langue du lieu de résidence du requérant. En effet, l'autorité est également limitée par les contingences linguistiques de ses partenaires (représentations suisses à l'étranger, experts...), qui ne maîtrisent pas tous nos trois langues officielles. Le cas échéant, le respect de la langue officielle du lieu de résidence du requérant peut être pris en compte dans le cadre du droit d'être entendu sur les mesures d'instructions ordonnées »⁴⁶⁹.

En pratique, enfin, les autorités estiment d'une part que dans toutes les œuvres d'entraide, il est censé y avoir du personnel qui puisse comprendre toutes les langues officielles et d'autre part que selon les experts de l'ODM à disposition, n'importe laquelle des langues officielles peut se justifier⁴⁷⁰. Cette conception constitue toutefois une interprétation extrêmement large, voire particulièrement douteuse des lettres a et b de l'art. 4 OA 1.

Propositions de modification 2010 :

Le projet de révision de la loi sur l'asile présenté officiellement en mai 2010 propose de modifier l'alinéa 2 de l'article 16 et d'ajouter un troisième alinéa, qui reprendrait les exceptions actuellement réglées par l'ordonnance. Les nouveaux alinéas de l'article 16 LAsi auraient ainsi la teneur suivante :

² *L'office notifie en règle générale ses décisions ou ses décisions incidentes dans la langue officielle du lieu de résidence du requérant.*

³ *Il peut exceptionnellement déroger à la règle fixée à l'al. 2 :*

- a. si le requérant ou son mandataire maîtrise une autre langue officielle ;*
- b. si une telle mesure s'avère provisoirement nécessaire pour traiter les demandes d'asile de façon efficace et dans les délais en raison du nombre des requêtes ou de la situation sur le plan du personnel ;*
- c. si le requérant est directement entendu sur ses motifs au centre d'enregistrement et de procédure et attribué à un canton où une autre langue officielle est parlée*⁴⁷¹.

La proposition de modification de l'alinéa 2 de l'article 16 repose sur le fait que, désormais, les auditions ne sont en principe plus menées par les cantons⁴⁷², de sorte qu'il n'y a plus lieu de garder dans la loi la règle selon laquelle la procédure doit être menée dans la langue officielle de l'audition cantonale ; il suffit de maintenir comme règle générale celle qui prévoit que la langue de la procédure est celle du lieu de résidence du requérant.

⁴⁶⁹ Le Manuel de procédure d'asile se réfère à cet égard à un ATF 127 V 219 relatif aux assurances sociales, OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. C § 2, p. 7.

⁴⁷⁰ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴⁷¹ FF 2010 4109, 4110.

⁴⁷² Voir l'art. 29 al. 1 LAsi.

Pour le reste, la modification ne change rien sur le fond par rapport au droit actuel, puisqu'elle ne fait que transférer dans la loi (nouvel alinéa 3 de l'article 16) la réglementation des exceptions à cette règle générale qui figurait jusqu'ici au niveau de l'ordonnance.

Or, d'un côté, on peut considérer que le transfert, de l'ordonnance à la loi, des dérogations à la règle générale est une bonne chose du point de vue purement juridique, puisque cela renforce – ou assure de manière plus forte – la sécurité du droit et le respect du principe de la base légale. Toutefois, cette modification à première vue purement formelle a aussi pour effet, d'un autre côté, d'ancrer dans la loi – et, donc, de mieux cimenter – des exceptions à la règle générale de l'usage des langues officielles dont certaines sont tout de même assez problématiques. C'est le cas en particulier des exceptions prévues par les lettres b et c du nouvel alinéa 3 proposé (ou de l'actuel article 4 OA 1).

Les requérants d'asile s'adressent en effet, logiquement, aux centres de conseils juridiques ou organisations d'entraide du lieu dans lequel ils résident pour être assistés dans leur procédure et le travail de ces institutions ne peut être que considérablement ralenti et compliqué si les dossiers sont traités et les décisions rendues dans une langue officielle autre que la leur⁴⁷³.

Ces clauses d'exception sont discutables à d'autres égards encore. Celle de la lettre b de l'alinéa 3 proposé, relative d'une part « au nombre de requêtes » et d'autre part « à la situation sur le plan du personnel », semble assez délicate sous l'angle des garanties de procédure. Elle tend en effet à considérer que des exceptions ou des entorses aux garanties de procédure peuvent être admises dans le but de décharger, voire d'arranger⁴⁷⁴, l'administration – ou en tous les cas de faire face à une surcharge momentanée de celle-ci – et de permettre des économies sur le plan du personnel⁴⁷⁵. En d'autres termes, on limite ainsi une garantie de procédure – le droit d'un requérant d'asile à pouvoir être informé, entendu et défendu dans une langue qu'il comprend (ou, pour le moins, que son mandataire maîtrise) – au nom du principe de l'économicité ou de l'organisation de l'administration.

Or, il ressort de la jurisprudence, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷⁶, relative aux garanties de procédure en général que la surcharge des tribunaux ne constitue pas un motif qui permet de justifier la lenteur des procédures⁴⁷⁷, c'est-à-dire de justifier une

⁴⁷³ Dans ce sens, voir ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Révision*, p. 8.

⁴⁷⁴ En pratique, si par exemple le spécialiste ODM de la Colombie est germanophone, toute la procédure aura alors lieu en allemand et ce au détriment du requérant d'asile, dans l'hypothèse où celui-ci serait représenté par un mandataire francophone. Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴⁷⁵ Le manuel de procédure d'asile parle d'exception qui « vise à favoriser l'organisation de l'administration ». OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. C § 2, p. 8.

⁴⁷⁶ Voir en particulier les arrêts *Buchholz c. Allemagne*, du 6 mai 1981, § 49 ; *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, du 13 juillet 1983, § 28-29 ; *H. c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 1987, § 71 et *Di Vuono c. Italie*, du 4 octobre 2002, § 19.

⁴⁷⁷ Voir à ce propos AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, n° 1278, p. 591-592.

entorse au « droit d'être traité équitablement et dans un délai raisonnable ». On ne voit donc pas pourquoi un tel motif devrait permettre de limiter une autre garantie de procédure, fondamentale en matière d'asile, le droit à être traité dans une langue que l'intéressé (ou au moins son mandataire) comprend.

La Commission de recours en matière d'asile a certes atténué, sous l'empire de l'ancien droit, la portée de cette exception, en précisant que ces mesures ne sauraient être prises à long terme, mais qu'elles doivent au contraire demeurer provisoires⁴⁷⁸. Ce caractère « provisoire » est du reste prévu également par la réglementation proposée.

Il n'en demeure pas moins que l'ancrage de telles exceptions dans la loi paraît problématique sous l'angle des garanties générales de procédure, d'autant plus que la notion de « provisoire » reste largement indéfinie.

La situation dans laquelle les requérants sont placés en raison de ces exceptions revient en fin de compte à leur nier leur droit au respect des garanties de procédure : les requérants (et leurs mandataires) sont amenés à se prononcer sur un dossier ou une décision dans une langue officielle certes, mais qui n'est pas la leur et ce, dans un délai extrêmement bref (5 jours ouvrables pour recourir contre une décision de non-entrée en matière par exemple⁴⁷⁹).

Enfin, l'exception de la lettre c du nouvel alinéa 3 – qui correspond donc à l'actuelle lettre c de l'art. 4 OA 1 – proposé est aussi critiquable puisqu'elle mène à la même situation que celle décrite ci-dessus, à savoir des dossiers qui doivent être traités, dans des délais courts et dans une langue officielle qui n'est pas celle du lieu de résidence du requérant (et donc pas celle non plus, dans la plupart des cas, de son mandataire). En effet, si un requérant d'asile est entendu sur ses motifs d'asile dans un centre d'enregistrement (à Vallorbe par exemple et donc en français), alors qu'il est ensuite attribué au canton de Zurich, où en raison de la règle générale de l'alinéa 1 de l'article 16 LAsi la procédure devrait se dérouler en principe en allemand, cela paraît insensé que la suite de la procédure continue en français, alors que le requérant séjournerait désormais dans le canton de Zurich et serait certainement assisté par des conseillers germanophones⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ JICRA 2004/29, consid. 12.

⁴⁷⁹ Art. 108 al. 2 LAsi. Voir ci-dessous, le ch. III.2.5.4.5.

⁴⁸⁰ En outre, il ressort du Manuel de procédure d'asile que « [l]a notification d'une décision matérielle dans la langue du lieu du centre d'enregistrement et de procédure où est hébergé le requérant ne respecte pas la règle de l'art. 16 al. 2 LAsi lorsque l'intéressé est ensuite attribué à un canton où une autre langue est parlée, et où il résidera pendant la majorité du délai de 30 jours à disposition pour former recours. Une telle pratique complique l'accès à un recours effectif, en particulier parce qu'elle nécessite souvent la traduction de la décision rendue dans une langue différente de celle du canton d'attribution. Aussi devrait-elle être évitée, à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances particulières et que des mesures correctives ne soient ordonnées ». OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 2*, p. 9.

En réalité, ces exceptions permettent à l'administration – dans des circonstances subjectives et aléatoires – de déroger à la règle générale qui voudrait que la procédure se déroule soit dans la langue dans laquelle les parties ont déposé leurs conclusions, voire une autre langue officielle si elle est utilisée par les parties (règles découlant de la loi sur la procédure administrative), soit dans la langue officielle du lieu de résidence du requérant (règle de la loi sur l'asile), pour permettre justement que sa défense puisse être assurée correctement. Les exceptions prévues ici donnent ainsi à l'administration presque toujours une possibilité de trouver une exception l'autorisant à traiter le dossier dans la langue qui lui convient. Ces particularités sont autant d'éléments hasardeux et risqués pour la prévisibilité du droit.

Dans une jurisprudence bienvenue, la CRA, confirmée ensuite par le TAF, a cependant précisé que les exceptions des lettres b et c (de l'actuel art. 4 OA 1 ou de l'éventuel futur art. 16 al. 3 LAsi) ne sont applicables que si le requérant est représenté par un mandataire légal. Dans le cas contraire, une dérogation à la loi ne peut être justifiée que si des mesures correctives sont mises en place afin de garantir le droit à un recours effectif et à un procès équitable. Un des correctifs possibles pourrait être que l'ODM traduise la décision dans une langue comprise par le requérant. En outre, l'Office est de surcroît obligé de motiver sa décision de déroger à la règle de base⁴⁸¹.

Enfin, dans son commentaire relatif aux propositions de modification de la LAsi, le Département fédéral de justice et police précise toutefois que dans les cas de l'article 16 alinéa 3, lettre b (afflux des demandes d'asile et situation du personnel administratif) et si « la décision est notifiée dans une autre langue officielle, l'ODM garantit, comme jusqu'à présent, la traduction de la décision en matière d'asile dans la langue officielle parlée au lieu de résidence du requérant »⁴⁸². Si cette intention et cette pratique de l'ODM sont louables et prescrites par la jurisprudence⁴⁸³, il n'en reste pas moins qu'on est en droit de se demander

⁴⁸¹ ATAF 2009/56, consid. 3.2 qui renvoie aux arrêts pertinents de la CRA en la matière, JICRA 2004/29 et 2005/22.

⁴⁸² DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers*, 2008, p. 13-14. Le message de 2010 va dans le même sens en précisant tout de même que cette traduction se fait à la demande de l'intéressé, FF 2010 4035, 4067.

⁴⁸³ Voir notamment JICRA 2004/29, consid. 11.2 : « Ne discende che, nel caso in cui l'autorità inferiore volesse eccezionalmente redigere la sua decisione conformemente all'art. 4 lett. b e c OAsi 1, essa dovrà indicare in modo facilmente comprensibile perché si è avvalsa di una delle menzionate eccezioni, in ossequio all'obbligo di motivazione di cui all'art. 35 PA. Essa dovrà, inoltre, esaminare la necessità dell'adozione di misure correttive, il cui scopo è quello di garantire la tutela effettiva, e non solo nominale, delle garanzie procedurali previste dalla Costituzione, segnatamente il rispetto del nucleo intangibile del diritto all'equo processo (art. 36 cpv. 4 Cost.; DTF 121 I 196). Dovrà, infine, indicare la ragione dell'eventuale mancata adozione di misure correttive. Giova peraltro rilevare che, qualora adottate tempestivamente ed opportunamente in prima istanza, le misure correttive favoriranno anche uno svolgimento più celere ed efficiente delle procedure. [...] al momento della notificazione della decisione, un interprete per la traduzione orale in una lingua a lui comprensibile dei considerandi in fatto ed in diritto nonché del dispositivo della decisione, con particolare riferimento ai rimedi giuridici.

alors pourquoi une exception à la règle générale est-elle prévue si, en pratique, une traduction doit de toute façon être effectuée. En outre, si une telle pratique devait se révéler effective, pourquoi ne pas, alors, l'introduire dans la loi sur l'asile en lui donnant une véritable base légale claire et prévisible, plutôt que de la garder comme « coutume » ou pratique administrative⁴⁸⁴.

v) Les frais liés à la procédure

En ce qui concerne les frais liés à la procédure, la loi sur la procédure administrative ne prévoit pas de frais, ni de dépens pour la *procédure de première instance*.

La loi sur l'asile en fait de même, à l'exception des cas de demande de réexamen et de nouvelle demande. Dans ces cas particuliers, l'art. 17b LAsi prévoit qu'un *émolument* (ou *frais de procédure*) peut être perçu lorsque l'Office n'entre pas en matière ou rejette la demande. Cet émolument s'élève à 1200 francs⁴⁸⁵ et peut être augmenté de 600 francs maximum en cas de procédure extrêmement longue ou difficile⁴⁸⁶. Le requérant peut en être dispensé s'il en fait la demande⁴⁸⁷, est indigent et que sa requête n'est pas d'emblée vouée à l'échec. En outre, l'ODM peut exiger que les frais de procédure soient payés en avance⁴⁸⁸ (sauf si le requérant est indigent et pour autant que sa demande ne soit pas d'emblée vouée à l'échec ; pour les mineurs non accompagnés, seule la condition que le recours ne soit pas voué à l'échec doit être retenue, mais pas celle de l'indigence)⁴⁸⁹.

Siffatta traduzione orale delle decisioni [...], costituisce in linea di principio una misura correttiva atta a garantire una partecipazione personale attiva e consapevole alla procedura da parte del richiedente l'asilo ».

⁴⁸⁴ C'est d'ailleurs ce que préconise l'OSAR en proposant d'introduire un 4^e alinéa qui s'appliquerait aux exceptions des lettres b et c et qui voudrait qu'il soit « remis au requérant d'asile une traduction écrite de la décision dans la langue officielle du lieu où il réside ou dans celle du canton où il a été attribué ». ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Révision*, p. 9.

⁴⁸⁵ Concernant le montant de l'émolument, le TAF a jugé, dans un arrêt de principe, que les 1200 francs exigés respectent pleinement le principe de la couverture des frais (consid. 3.3), mais pas celui de l'équivalence, qui veut que la contribution soit plus ou moins équivalente à la prestation concrète. En l'occurrence, le TAF a estimé que le montant minimal fixe de 1200 francs imposé est trop rigide et exagéré, dans la mesure où aucune mesure d'instruction complémentaire n'est nécessaire et où ce montant minimal est le même que l'autorité n'entre pas en matière ou rejette la demande. Le Tribunal conclut ainsi : « [i]l appartiendra dès lors au CF de revoir cette disposition de l'ordonnance et d'adopter soit un barème schématique, fixant des émoluments à un montant modéré, soit un système plus souple qui permet une adaptation des émoluments aux circonstances particulières » (consid. 3.4.2). ATAF 2008/3.

⁴⁸⁶ Art. 7c al. 1 et 2 OA 1.

⁴⁸⁷ Dans la même décision de principe, le TAF confirme que l'ODM n'a pas à examiner d'office si les frais de procédure peuvent être remis, mais que cette remise est subordonnée à une requête de l'intéressé, comme le prévoit explicitement la loi sur l'asile. ATAF 2008/3, consid. 2.2-2.6.

⁴⁸⁸ Si le requérant entend contester la décision incidente de l'ODM concernant l'avance de frais, il ne peut le faire que dans le cadre de la contestation de la décision finale. ATAF 2007/18, consid. 4.5.

⁴⁸⁹ Art. 17b al. 2 et 3.

Pour ce qui est de la *procédure de deuxième instance*, il est prévu, par l'art. 63 PA, que les frais de procédure sont à la charge de la partie qui succombe, mais cela ne concerne pas les autorités fédérales inférieures. Sauf exceptions, le recourant est en principe tenu d'avancer les frais : à défaut, l'autorité n'entre pas en matière sur le recours⁴⁹⁰. Le montant de l'émolument lors d'un recours au TAF varie, pour les contestations non pécuniaires, entre 200 et 3000 francs pour les affaires tranchées à juge unique et entre 200 et 5000 francs pour les autres. En outre, l'« émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière »⁴⁹¹. La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais causés par le litige, mais cette règle ne s'applique pas aux autorités fédérales⁴⁹². Dans le cadre des décisions de révision, les frais peuvent être revus à la baisse, puisque ces décisions nécessitent en principe moins de travail. Toutefois, les montants minimaux mentionnés ci-dessus doivent être respectés⁴⁹³.

La question de l'*avance des frais* est le point le plus délicat dans le cas d'une procédure d'asile. La possibilité de prévoir des exceptions découle de la loi et elles sont précisées par la jurisprudence.

L'art. 63 al. 4 PA parle de « motifs particuliers » et, selon l'art. 65 al. 1 PA, il faut encore que le requérant en fasse la demande, ne dispose pas de ressources suffisantes⁴⁹⁴ et que ses conclusions ne soient pas vouées à l'échec. D'autres exceptions ont été introduites par la jurisprudence, notamment lorsque les conditions de l'assistance judiciaire gratuite sont remplies, pour les procédures concernant des mineurs non accompagnés, ainsi que pour les procédures qui se déroulent dans les aéroports ou à l'étranger⁴⁹⁵, pour autant toutefois, dans ces deux cas (mineurs et procédure à l'aéroport) que leurs recours ne soient pas voués à l'échec⁴⁹⁶. L'appréciation, par l'autorité, du succès ou de l'échec de la demande est parfois délicate et lorsqu'une avance de frais est demandée dans une procédure concernant un mineur non accompagné, ce sont aux œuvres d'entraide, chargées de s'occuper de la procédure – à titre gracieux –, qu'il revient en plus d'avancer les frais, ce que la plupart d'entre elles ne

⁴⁹⁰ Voir, pour un exemple, une décision de la CRA allant dans ce sens, JICRA 2004/13, consid. 4b.

⁴⁹¹ Art. 2 et 3 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF), du 21 février 2008, RS 173.320.2.

⁴⁹² Art. 7 FITAF.

⁴⁹³ Art. 2 al. 3 FITAF.

⁴⁹⁴ En pratique, l'indigence doit être attestée par une autorité sociale compétente. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 91. Les œuvres d'entraide présentent systématiquement une demande de dispense de l'avance des frais, accompagnée de l'attestation d'indigence. Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴⁹⁵ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 91-92. Voir aussi sur la pratique de la CRA et du TAF en la matière, HERTIG-RANDALL, p. 5, spéc. note 32.

⁴⁹⁶ Voir la note d'information de la CRA 1/2003, du 10 décembre 2002.

peuvent pas faire⁴⁹⁷. Dans cette dernière hypothèse, cela a donc pour conséquence que le recours est alors déclaré irrecevable.

Pour illustrer la problématique de l'avance des frais, il convient de signaler deux cas de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers. Le premier connaît une issue positive, alors que le second met en avant les conséquences humaines dramatiques que peuvent engendrer de telles exigences formelles. Dans le premier cas, il s'agit d'un Togolais qui, au stade du recours, s'est vu imposer une avance de frais de 600 francs dans la mesure où le TAF estime son recours d'emblée voué à l'échec, malgré de nombreux documents venant attester ses affirmations. Le requérant n'est pas en mesure de s'acquitter de cette somme, la décision négative de l'ODM ne peut donc pas être contestée et le renvoi devient exécutoire. Ce requérant d'asile demande toutefois à l'ODM de réexaminer son dossier au vu des nouveaux moyens de preuve et quelques temps plus tard, il obtient l'asile. Sans cet obstacle formel de l'avance de frais, ce requérant aurait certainement vu son cas être traité positivement par le TAF⁴⁹⁸.

Le deuxième cas concerne une jeune érythréenne de 21 ans. Elle dépose une demande d'asile en Suisse, mais est rapidement renvoyée en Italie dans le cadre d'une procédure de Dublin. Sans moyen de subsistance dans ce pays, elle revient en Suisse et y dépose une seconde demande d'asile, également déclarée irrecevable. Très affectée psychologiquement, elle est hospitalisée. Une demande de réexamen est déposée, mais elle échoue, faute de pouvoir avancer les 600 francs de frais requis par l'ODM (la requérante reçoit 10 francs par jour au titre de l'aide d'urgence). Au moment où la police arrive dans le centre où la requérante séjourne en vue de son renvoi, celle-ci, désespérée, saute depuis le troisième étage en tentant d'échapper aux forces de l'ordre. Précisons que dans ce cas, cet acte tragique aurait pu être évité si la Suisse avait bien voulu appliquer la clause de souveraineté du règlement de Dublin, ce qui aurait été d'autant plus justifié sachant que la requérante souffrait de graves traumatismes psychiques⁴⁹⁹.

Une autre problématique, liée en partie à la question des frais, notamment de procédure, n'est pas dénuée d'intérêt en matière d'asile. D'une manière générale, les requérants d'asile sont tenus de *rembourser les frais occasionnés* par la procédure de recours, ainsi que les frais d'aide sociale et de départ⁵⁰⁰. Pour ce faire, les requérants d'asile (ainsi que les personnes à protéger, non titulaires d'une autorisation de séjour, et les personnes admises provisoirement⁵⁰¹) qui peuvent exercer une activité lucrative sont tenus de s'acquitter d'une

⁴⁹⁷ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁴⁹⁸ ODAE-ROMAND, cas 149. Arrêt du TAF D-2906/2010 (non publié).

⁴⁹⁹ ODAE-ROMAND, cas 157.

⁵⁰⁰ Art. 85 al. 1 LAsi.

⁵⁰¹ Art. 88 LEtr.

taxe spéciale. Cette taxe ne peut dépasser 10 % du revenu et un plafond est fixé à 15'000 francs⁵⁰². Elle prend en outre fin au plus tard 10 ans après le début de la première activité lucrative en Suisse⁵⁰³. La taxe ne peut toutefois pas servir à une avance de frais exigée lors d'une demande de réexamen⁵⁰⁴. Il s'agit en réalité d'une sorte « d'impôt déguisé » car aucun décompte n'est réalisé après une décision positive d'asile, alors que dans l'hypothèse où la personne aurait coûté moins que ce qu'elle a payé, elle devrait pouvoir être remboursée, ce qui n'est pas le cas en pratique. Un décompte n'est en général effectué que pour les personnes qui atteignent le montant maximal de 15'000 francs (ce qui est extrêmement rare, mais s'est vu dans le cas de médecins par exemple)⁵⁰⁵.

En outre, ces personnes doivent déclarer leurs valeurs patrimoniales (ne provenant pas de leur activité lucrative) et s'ils n'arrivent pas à en prouver l'origine, ou s'ils y arrivent, mais que le montant dépasse les 1000 francs fixés par le Conseil fédéral⁵⁰⁶, les autorités peuvent les saisir⁵⁰⁷. Sont notamment compris dans ces valeurs, des sommes d'argent, des objets de valeur et des avoirs bancaires⁵⁰⁸.

Dans une affaire concernant un requérant d'asile togolais, le Tribunal administratif fédéral a rappelé que les requérants d'asile et les personnes à protéger qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour sont tenus de fournir des sûretés pour garantir le remboursement des différents frais, en déclarant notamment leur valeurs patrimoniales. Dans ce cas, le requérant s'est fait interpellé par la police cantonale en gare de Lausanne en possession de 1603,55 francs. Il a expliqué qu'environ 600 francs provenaient de son commerce de cartes téléphoniques et de portables, que 758,20 francs lui avaient été transférés, via Western Union, par une cousine et qu'il avait emprunté les 300 francs restants à des amis. La police a confisqué 1500 francs et la saisie a été confirmée par l'ODM qui a en outre retenu que le requérant n'avait pas pu prouver l'origine de ces valeurs. Dans son recours auprès du TAF, l'intéressé a expliqué avoir fourni une quittance de Western Union pour les 758,20. En conséquence, l'ODM, appelé à se prononcer sur le recours, est partiellement revenu sur sa décision pour cette somme-là. Le Tribunal administratif fédéral a néanmoins jugé « que le fardeau de la preuve revient à la personne qui est tenue de fournir des sûretés, ce qui signifie que si elle n'arrive pas à apporter cette preuve, les autorités sont en droit de saisir les sommes litigieuses en leur totalité et de les verser sur le compte sûretés »⁵⁰⁹. Pour la somme empruntée, le requérant a fourni, au stade du recours, une attestation de son ami. Toutefois

⁵⁰² Art. 10 al. 2 OA 2.

⁵⁰³ Art. 86 LAsi.

⁵⁰⁴ Art. 7c al. 3 OA 1.

⁵⁰⁵ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁵⁰⁶ Art. 16 al. 4 OA 2.

⁵⁰⁷ Art. 87 LAsi, ainsi que 8 al. 2 et ss OA 2.

⁵⁰⁸ Art. 16 al. 1 OA 2.

⁵⁰⁹ Arrêt TAF C-1259/2006, p. 3-4.

l'attestation étant datée postérieurement au jour de l'interpellation et de la saisie, le TAF a estimé qu'elle « paraît avoir été délivrée pour les besoins de la cause »⁵¹⁰ et ne l'a pas considérée comme prouvant l'origine du montant discuté. Au vu de cette interprétation, l'autorité judiciaire a admis que l'ODM avait saisi ces valeurs patrimoniales à juste titre et a rejeté le recours. Cette décision a le mérite d'illustrer clairement le procédé utilisé par les autorités pour la saisie des valeurs patrimoniales. Elle met cependant aussi évidence la situation difficile dans laquelle se trouve un requérant d'asile lorsqu'il est amené à justifier la provenance de son argent⁵¹¹.

⁵¹⁰ Arrêt TAF C-1259/2006, p. 5.

⁵¹¹ Pour ce cas, voir aussi ODAE-ROMAND, cas 038.

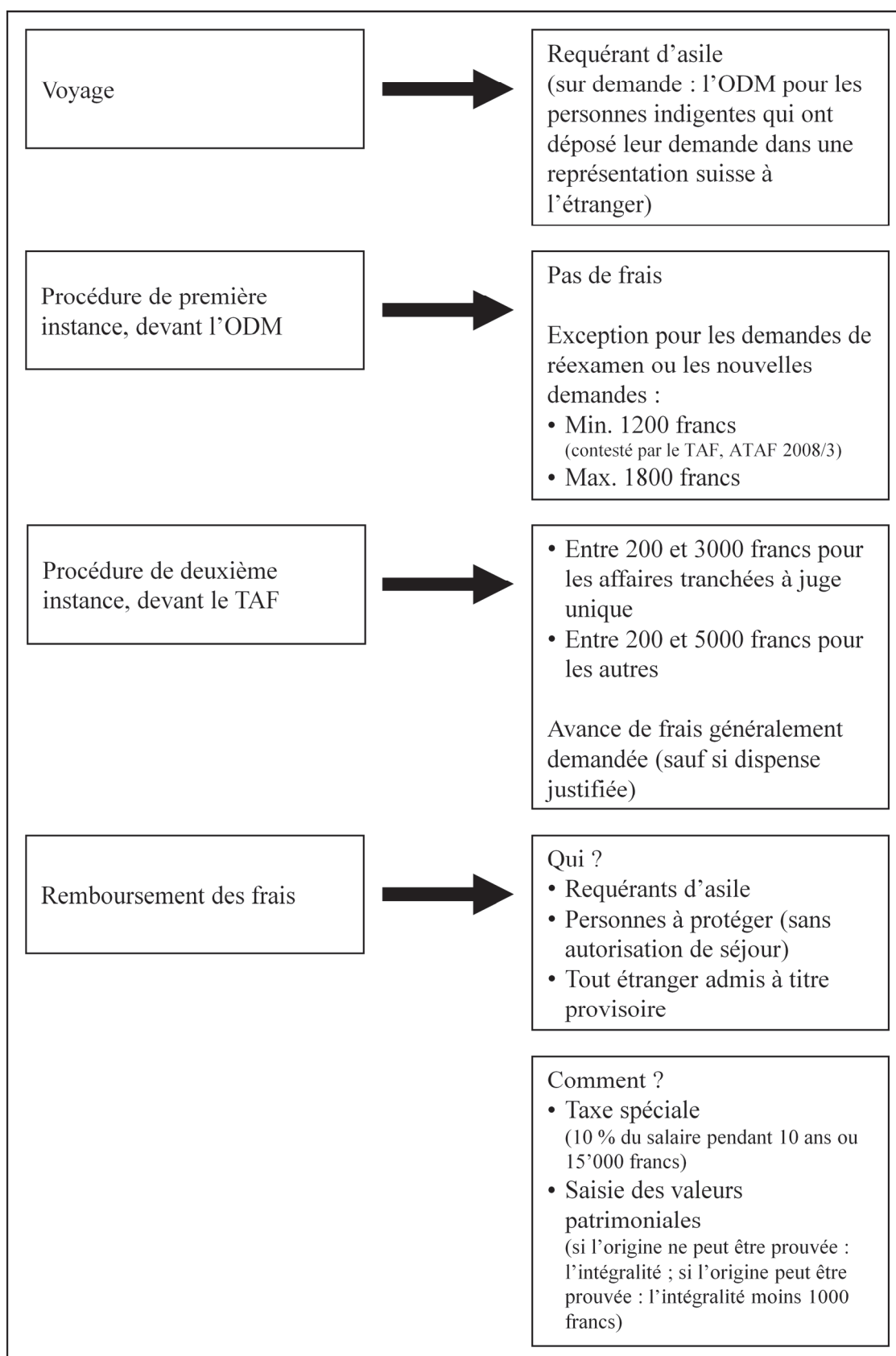


Schéma C : Frais et taxes liés à la procédure d'asile

2.3.3.3. Les règles générales et « chronologiques » applicables à la procédure normale

i) Le début de la procédure : les délais applicables

À la différence de la loi sur la procédure administrative qui ne connaît pas de délais réglant le déroulement d'une procédure (à l'exception du délai de recours), la loi sur l'asile institue différents délais de traitement, pour les diverses étapes de la procédure, dont le but principal est d'en raccourcir la durée.

Lors de la procédure de première instance, il existe donc plusieurs étapes qui, toutes, pour le demandeur d'asile comme pour les autorités, connaissent des délais à respecter, bien qu'en pratique ces délais ne soient réellement respectés et contraignants que pour les requérants. Au niveau des délais et d'une manière générale, la procédure de première instance se déroule de la manière suivante :

Le requérant dépose sa demande d'asile soit à l'étranger (auprès d'une représentation suisse), soit à l'aéroport, soit encore en Suisse (à un poste-frontière, directement dans un centre d'enregistrement ou éventuellement auprès d'une autorité cantonale s'il a une résidence préalable dans ce canton). Dans tous les cas compris dans la dernière situation (demande d'asile déposée « en Suisse »), ainsi que dans l'hypothèse de la demande déposée auprès d'une ambassade et de l'autorisation d'entrer en Suisse, le requérant a alors un délai de *24 heures* pour se rendre dans le centre d'enregistrement le plus proche ou dans celui qui lui sera indiqué par les autorités compétentes⁵¹².

Il devra en principe y séjourner au maximum pendant *90 jours*⁵¹³. Si le requérant est retenu à l'aéroport, la durée maximale est de *60 jours*⁵¹⁴. L'ODM attribue ensuite les requérants aux cantons (sauf dans certains cas particuliers de non-entrée en matière⁵¹⁵) et ceux-ci disposent ensuite d'un délai de *24 heures*, à partir du moment où ils quittent le centre d'enregistrement ou l'aéroport, pour se présenter auprès de l'autorité cantonale compétente⁵¹⁶.

Les délais de traitement des demandes par les autorités, ainsi que les délais de recours sont traités ci-dessous, aux chiffres vii) et suivant.

⁵¹² Voir l'art. 8 al. 2 OA 1 pour ce qui concerne les demandes présentées auprès d'une autorité cantonale ou fédérale : « Le requérant d'asile doit se présenter au centre d'enregistrement au plus tard dans le courant du jour ouvré qui suit ». Pour les demandes déposées auprès d'une ambassade, suivies d'une autorisation d'entrer, cette étape n'est pas clairement prescrite par la loi, mais peut se déduire d'une part, de l'art. 8 al. 1 et 2 OA 1 et d'autre part, par analogie, de la procédure prévue pour les demandes présentées à la frontière (au sens de l'art. 21 LAsi) et de la procédure applicable aux demandes déposées par un étranger résidant déjà en Suisse (en vertu de l'art. 19 al. 2 LAsi).

⁵¹³ Pour plus de détails sur ce séjour, voir le ch. IV.3.2.2 ci-dessous.

⁵¹⁴ Art. 22 al. 5 LAsi.

⁵¹⁵ Art. 27 al. 3 et 4 LAsi.

⁵¹⁶ Art. 23 OA 1.

ii) L'audition sur les données personnelles

Une fois dans le centre d'enregistrement, le requérant est soumis à une première *audition sur les données personnelles*⁵¹⁷ lors de laquelle il est procédé à un examen approfondi de ses données personnelles (identité, le cas échéant raisons de l'absence de documents d'identité ; empreintes digitales, photographie, éventuellement autres données biométriques) et à un examen sommaire de ses motifs de départ ou de fuite de son pays d'origine, ainsi que sur son itinéraire. Cette première audition dure entre une et trois heures avec, si nécessaire, un interprète, mais sans représentant des œuvres d'entraide⁵¹⁸. Le procès-verbal de l'audition est retraduit au requérant et est signé par toutes les parties à l'audition.

Suite à cette première audition, le dossier d'asile est ouvert et l'autorité compétente contrôle qu'un même dossier n'ait pas déjà été ouvert au préalable ; les données sont enregistrées dans les différentes bases de données, dont le SYMIC (Système d'information central sur la migration)⁵¹⁹.

Cette audition est décisive. C'est sur cette base qu'il est décidé si le requérant sera soumis à une procédure de réadmission dans un Etat tiers ou de renvoi dans un Etat membre de l'Union européenne (en raison notamment de l'accord de Dublin) ou s'il sera soumis à une procédure « normale » ou « accélérée » en Suisse⁵²⁰. Dans le cadre des décisions « Dublin », le droit d'être entendu est cependant extrêmement mince. Il s'agit en réalité, lors de l'audition, d'une seule question qui consiste à demander au requérant s'il y a des raisons qui s'opposent à son renvoi dans un autre pays⁵²¹.

⁵¹⁷ Cette première audition est principalement réglée par les art. 26 al. 2 LAsi et 19 OA 1. Sur cette première audition sommaire, voir STÖCKLI, p. 521-588, spécialement n° 11.101, p. 558, NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 501 et OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 3.

⁵¹⁸ Le Manuel de procédure d'asile précise toutefois que « [l']accent est mis sur un déroulement fair-play de l'audition, afin de respecter au mieux la personnalité du requérant », OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 3. Il n'est pas aisé de comprendre concrètement ce que cela signifie, puisqu'il est par exemple impossible de savoir si les employés de l'ODM responsables de la conduite de ces auditions reçoivent une formation spécialisée et que, après en avoir rencontrés certains lors des portes-ouvertes du CEP de Vallorbe le 14 juin 2008, il n'a pas été non plus possible d'en apprendre plus sur la question.

⁵¹⁹ Voir sur cette question la LDEA (Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile, RS 142.51) et l'Ordonnance SYMIC (Ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration, RS 142.513).

⁵²⁰ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 3, ainsi que GRISEL qui affirme, dans le même sens, que malgré son caractère « sommaire », cette audition « ne doit pas être sous-estimée. En effet, les informations recueillies au centre d'enregistrement permettent de décider de la suite qui sera donnée à la procédure, autrement dit de déterminer s'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond de la requête ou au contraire de prendre une décision de non-entrée en matière ». GRISEL, *L'obligation de collaborer*, 2008, p. 254.

⁵²¹ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

C'est aussi lors de cette première audition qu'il sera décidé si la procédure pourra se terminer au sein du CEP ou si le requérant devra être affecté à un canton⁵²².

iii) Le « pré-triage » et le « triage »

Le CEP opère ensuite un « *pré-triage* » lors duquel il classe les requêtes dans des catégories allant de 1 à 4. Le Manuel de procédure d'asile de l'ODM ne donne toutefois aucune information sur les critères servant à classer les demandes dans l'une ou l'autre de ces quatre catégories. Par contre, ces catégories serviront ensuite pour savoir qui, du CEP ou de la centrale à Berne, traitera de la deuxième audition (sur les motifs d'asile). Il est encore précisé « que cette répartition n'aura aucune influence sur l'issue positive ou négative de la procédure d'asile »⁵²³.

- La catégorie 1 comprend les demandes qui seront entièrement traitées par le CEP (y compris la décision) pendant le séjour du demandeur dans le Centre. Les (futurs) décisions de non-entrée en matière sont donc « rangées » dans cette première catégorie.
- La catégorie 2 inclut les demandes pour lesquelles l'audition sur les motifs d'asile (c'est-à-dire la deuxième audition) est conduite au sein du Centre, par « le pool du CEP »⁵²⁴ durant le séjour du demandeur. L'OSAR précise que ces cas « sont ensuite tranchés par l'ODM à Berne »⁵²⁵.
- La troisième catégorie englobe les demandes pour lesquelles tant l'audition sur les motifs d'asile que la décision relève « d'une section de la centrale »⁵²⁶.
- Enfin, la quatrième et dernière catégorie regroupe « toutes les autres demandes pour lesquelles une audition sur les motifs d'asile doit être menée par le pool de la centrale »⁵²⁷.

Quant à savoir qui – concrètement – fait partie de ces « organes » ou « autorités » et ce que cela implique comme différences en pratique, ce n'est pas limpide. Il est en effet assez peu aisé de saisir les distinctions qu'il y a (ou aurait) entre la « section centrale » et le « pool de la centrale » ; le « pool du CEP » pouvant plus facilement être identifié comme les employés de l'ODM travaillant dans un centre d'enregistrement et de procédure. En tous les cas, la catégorie retenue est ensuite mentionnée sur la première page du procès-verbal de l'audition.

⁵²² ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 74.

⁵²³ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 4.

⁵²⁴ Ibidem.

⁵²⁵ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 75.

⁵²⁶ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 4.

⁵²⁷ Ibidem.

En plus de cette première classification, il est encore procédé à un *deuxième* « tri » des dossiers en fonction des « catégories d'identité NINA »⁵²⁸. Cette seconde sélection classe donc les demandeurs d'asile selon le « degré de certitude » de leur identité et a surtout pour but de déterminer si l'exécution du renvoi sera possible à l'issue de la procédure⁵²⁹.

Il existe trois catégories qui se distinguent par les lettres A, B et C et qui se présentent comme suit :

- la première (A) comprend les demandes des requérants qui ont produit des papiers d'identité ou qui sont susceptibles d'être présentés rapidement ;
- la deuxième (B) englobe les demandes pour lesquelles aucune pièce d'identité n'a été produite, mais où la nationalité du requérant ne fait aucun doute ;
- enfin la dernière catégorie (C) traite les demandes pour lesquelles il y a un doute quant à la nationalité signalée. Dans le but de vérifier l'identité et la nationalité du requérant, des analyses de provenance *Lingua* peuvent être effectuées au centre. Dans bien des cas toutefois, les autorités ne prennent pas cette peine et déclarent qu'il y a tromperie sur l'identité⁵³⁰.

En pratique, les principales procédures réellement menées à terme au sein des centres d'enregistrement et de procédure sont celles qui⁵³¹ :

- sont manifestement abusives ou infondées (procédure accélérée « négative ») ;
- sont manifestement bien fondées, lorsque la qualité de réfugié est indiscutable, en cas de regroupement familial par exemple (procédure accélérée « positive ») ;
- sont 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 derniers développements et de pouvoir déclarer les demandes infondées dès la toute première phase.

Cette dernière hypothèse est doublement regrettable. D'une part, sa formulation (surtout dans la version française) est totalement confuse, ce qui fait qu'il est difficile de réellement saisir ce que cela peut bien impliquer concrètement, et d'autre part, de telles déclarations laissent entendre que l'augmentation du nombre de demandes provenant d'un même pays signifierait que la plupart (voir la majorité) de ces demandes seraient infondées. De telles conceptions sont étonnantes. Il semblerait au contraire logique que si un pays connaît une crise importante

⁵²⁸ Sur ces trois catégories, OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 4-5.

⁵²⁹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 75.

⁵³⁰ Les questions qui peuvent être posées pour lever un doute peuvent avoir trait par exemple au plat traditionnel du dimanche. Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁵³¹ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 6. Voir aussi ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 75-76.

ayant des répercussions sur les droits humains de ses citoyens, ceux-ci soient plus nombreux à fuir leur Etat et à demander l'asile à l'étranger, leurs demandes pouvant ainsi être totalement fondées. Partir de la présomption inverse va à l'encontre des principes même du droit d'asile.

iv) L'audition sur les motifs d'asile

Il est ensuite procédé à l'*audition sur les motifs d'asile* (aussi appelée *audition fédérale directe*), au sens de l'art. 29 LAsi⁵³². Elle 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 90 jours⁵³³ suivant l'arrivée du demandeur. Si ce n'est pas le cas, elle doit alors se dérouler dans les 20 jours suivant la décision d'attribution à un canton, mais en principe à l'Office fédéral des migrations, à Berne. Depuis 2005, le but est que deux tiers des demandes soient entièrement traitées au sein des CEP⁵³⁴.

Cette deuxième audition sur les motifs d'asile n'a pas lieu pour tous les requérants. En particulier, certaines hypothèses de non-entrée en matière ne donnent droit qu'à un simple « droit d'être entendu »⁵³⁵.

Lors de cette deuxième audition, le requérant peut se faire accompagner d'un mandataire et de l'interprète de son choix, pour autant toutefois que ni l'un ni l'autre ne soit un requérant d'asile⁵³⁶. A moins que le demandeur ne s'y oppose, les œuvres d'entraide⁵³⁷ envoient un représentant à l'audition, qui y participera en tant qu'observateur (et non en tant que partie). L'OSAR est en règle générale informée des dates d'audition au moins cinq jours ouvrés à l'avance⁵³⁸ et le représentant pourra en principe prendre connaissance des procès-verbaux déjà existants deux heures avant l'audition. Il peut prendre des notes manuscrites durant l'audition, mais ne peut les transmettre au requérant (ou à un éventuel mandataire) qu'à la fin de la procédure de première instance. Il peut en outre demander des précisions sur l'état de faits, des éclaircissements et formuler des objections à l'égard du procès-verbal⁵³⁹. Cette audition

⁵³² Sur cette audition sur les motifs d'asile, voir STÖCKLI, n° 1.104 et 11.105, p. 558-559.

⁵³³ Jusqu'au 1^{er} janvier 2011, la durée de séjour au CEP était de 60 jours selon l'art. 16 al. 2 OA 1.

⁵³⁴ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 6. Ce but semble atteint, puisqu'en 2008, l'ODM affirmait qu'il traitait « les deux tiers des demandes d'asile en l'espace de deux mois ». OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *L'office en bref*, p. 7.

⁵³⁵ C'est l'art. 36 LAsi qui précise quelles circonstances mènent à une audition sur les motifs d'asile. Pour plus de détails sur cette question, voir le ch. III.2.5.4.2 ci-dessous.

⁵³⁶ Art. 29 al. 2 LAsi.

⁵³⁷ Les œuvres d'entraide autorisées sont celles qui sont affiliées à l'OSAR. D'autres œuvres d'entraide suisses peuvent toutefois aussi être autorisées pour autant qu'elles remplissent durablement les conditions de l'art. 30 LAsi. Voir sur ce point, l'art. 24 OA 1. Les œuvres d'entraide sont indemnisées forfaitairement à hauteur de 305 francs par audition. Sur ce dernier point, voir ci-dessus, la note 427.

⁵³⁸ Art. 30 al. 3 LAsi et 25 OA 1.

⁵³⁹ Art. 30 LAsi et 26 OA 1. Pour un exemple du rôle primordial que peut jouer le représentant des œuvres d'entraide lors de l'audition, voir l'arrêt du TAF E-7476/2009 discuté ci-dessus, au ch. III.2.3.3.2.iii).

fait l'objet d'un procès-verbal qui doit être signé par les personnes présentes à l'audition, à l'exception toutefois du représentant des œuvres d'entraide⁵⁴⁰.

Le rôle (éventuel) des cantons dans cette deuxième audition n'est pas totalement clair. Alors que dans la LAsi de 1998 (c'est-à-dire avant les modifications de 2005), les cantons étaient principalement compétents pour mener l'audition sur les motifs d'asile et l'Office n'entendait le requérant qu'exceptionnellement⁵⁴¹, c'est exactement l'inverse qui est prévu actuellement⁵⁴² : l'Office fédéral est généralement compétent, mais peut charger les cantons de procéder à l'audition. Le législateur fédéral a donc eu l'intention de retirer ces compétences aux cantons, tout en leur laissant tout de même (théoriquement du moins) une petite partie de ces (anciennes) compétences⁵⁴³. En pratique toutefois, il apparaît que, depuis le 1^{er} janvier 2008, les cantons ne mènent plus d'audition⁵⁴⁴.

v) Les autres mesures d'instruction

Au terme de la procédure habituelle, c'est-à-dire après l'audition sur les motifs d'asile, soit l'ODM a suffisamment d'éléments en sa possession et il est à même de rendre une décision (d'asile, de protection provisoire ou de rejet, au sens des art. 38 à 40 LAsi), soit il n'est pas en mesure de le faire et doit alors prendre d'autres dispositions pour établir les faits de manière convaincante ou pour répondre à des questions juridiques non tranchées⁵⁴⁵.

Selon la pratique, il est nécessaire d'engager 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 de l'Office⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰ Art. 29 LAsi.

⁵⁴¹ Ancien art. 29 al. 1 et 4 LAsi : « L'autorité cantonale entend le requérant sur ses motifs [...] » ; « L'office peut entendre directement le requérant s'il en résulte une accélération sensible de la procédure ».

⁵⁴² Art. 29 al. 1 et 4 LAsi : « L'office entend le requérant sur ses motifs d'asile [...] » ; « L'office peut charger l'autorité cantonale d'entendre elle-même certains requérants si cette mesure permet d'accélérer sensiblement la procédure ».

⁵⁴³ Voir également dans ce sens l'art. 23a OA 1, introduit lors de la révision de 2005, qui précise que « l'ODM peut s'entendre avec les cantons sur le déroulement des auditions sur les motifs des demandes d'asile, notamment : a. sur le moment où les autorités cantonales mènent les auditions, et b. sur la formation par l'ODM des collaborateurs cantonaux chargés des auditions ».

⁵⁴⁴ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*, p. 5.

⁵⁴⁵ Art. 41 LAsi.

⁵⁴⁶ ATAF 2009/50, consid. 10.2.1 qui renvoie à la jurisprudence de la CRA, JICRA 1995/23, consid. 5a.

Ainsi, si des vérifications complémentaires sont nécessaires – qu'elles concernent des questions de fait ou des questions de droit – la procédure ordinaire doit être suivie et il n'est plus possible ensuite de rendre une décision de non-entrée en matière⁵⁴⁷.

Comme « autres mesures d'instruction », l'Office peut notamment demander des renseignements supplémentaires aux représentations suisses, il peut décider d'entendre à nouveau le requérant ou demander à l'autorité cantonale de lui poser des questions complémentaires. S'il décide de procéder à un nouvel interrogatoire, une troisième audition en fait, l'ODM devra alors respecter les conditions des art. 29 et 30 LAsi relatifs à l'audition sur les motifs d'asile⁵⁴⁸. Cette troisième audition peut effectivement porter sur les motifs d'asile mais souvent, elle sert à confronter le requérant avec d'éventuelles contradictions ou est en réalité une analyse lingua « déguisée » pour dissiper les doutes de l'autorité sur la nationalité par exemple⁵⁴⁹.

L'Office peut également demander l'avis du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés⁵⁵⁰.

En outre, dans le but de faciliter l'établissement des faits, l'alinéa 3 de l'article 41 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.

Ce dernier alinéa est surtout utile dans les cas où la Suisse n'a pas de représentation dans un Etat en particulier, de sorte qu'il lui est difficile d'être au courant avec précision de la situation et des événements qui s'y passent. La Suisse peut donc conclure des accords de coopération avec des Etats partenaires et profiter de leurs renseignements. Pour des raisons de protection des données, cette collaboration devrait toutefois se limiter à des échanges d'informations d'ordre général, mais elle peut également s'étendre à des renseignements individuels, pour autant que cela respecte les dispositions visant le traitement des données personnelles des articles 96 et suivants de la loi⁵⁵¹.

L'ordonnance 1 sur l'asile prévoit par ailleurs un certain nombre de mesures « exceptionnelles » qui ne sont pas considérées comme des mesures d'instruction

⁵⁴⁷ Voir l'arrêt de principe ATAF 2007/8, consid. 5.6.6. Voir également à titre d'illustration l'arrêt TAF E-314/2008, consid. 5.1, ainsi que pour une jurisprudence plus ancienne, JICRA 2005/20, consid. 5.2.2.

⁵⁴⁸ Art. 41 al. 1 LAsi.

⁵⁴⁹ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁵⁵⁰ Art. 28 OA 1.

⁵⁵¹ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6402 et art. 28b OA 1.

complémentaires au sens de l'art. 41 LAsi et qui permettent donc à l'Office fédéral des migrations de procéder à des recherches, sans pour autant devoir ouvrir une procédure ordinaire ; une décision de non-entrée en matière peut donc être rendue dans ces cas particuliers.

Les « investigations » admises par l'ordonnance comprennent les mesures qui servent à établir l'identité, « notamment les analyses linguistiques, les tests de connaissances du pays, les analyses de l'âge osseux, les examens d'authenticité de documents et les analyses dactyloscopiques ; les recherches effectuées en interne, notamment sur Internet ou dans des systèmes d'information et de documentation aux termes de l'art. 102 LAsi ; les examens de documents réalisés en interne »⁵⁵².

Cet article 28a OA 1 a notamment été introduit afin de préciser la procédure particulière applicable à l'art. 32 al. 2, let. a et al. 3, let. c LAsi⁵⁵³. Cet article prévoit qu'il n'est pas entré en matière sur une demande d'asile, lorsque le requérant ne présente pas de papiers d'identité dans les 48 heures après le dépôt de sa demande. Si, dans le cadre de cette procédure, l'ODM ne prend que des mesures relatives à l'établissement de l'identité du requérant – telle qu'une analyse Lingua –, il pourra toujours, au terme de ces investigations, rendre une décision de non-entrée en matière.

Outre le fait que leur contenu varie, la différence fondamentale entre ces deux sortes de mesures complémentaires réside donc dans leurs conséquences : les premières (celles de l'art. 28a OA 1) permettent encore de rendre une décision de non-entrée en matière, tandis que les secondes (celles de l'art. 41 LAsi) obligent l'ODM à rendre ensuite une décision matérielle.

vi) Les décisions

Toutes ces étapes procédurales ont pour but, pour les autorités, de définir la situation du demandeur d'asile afin d'être en mesure de rendre une décision. Au cours de ce processus, les autorités ont entendu l'intéressé et tenté d'établir les faits en cherchant des informations relatives à l'affaire (en se fondant sur des rapports d'organisations internationales ou non gouvernementales ou encore en écoutant des témoins par exemple⁵⁵⁴).

Cela revient en fin de compte à essayer d'objectiver des faits et à définir si une situation aux contours différents pour chaque personne entre dans les « cases » définies par la loi. Pour ce

⁵⁵² Art. 28a OA 1.

⁵⁵³ Pour une illustration jurisprudentielle de cette question, voir l'arrêt du TAF E-1334/2010.

⁵⁵⁴ En pratique, les témoins proposés par le requérant ou le mandataire ne sont jamais entendus, l'autorité considérant systématiquement qu'il s'agit de témoignages de complaisance. Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

faire, la personne amenée à rendre la décision doit trancher et dire si elle est convaincue par les éléments du dossier et si elle estime qu'il est vraisemblable que le requérant remplisse les conditions du réfugié. Malgré toutes les tentatives possibles pour rendre cette tâche objective, elle comprendra toujours une part de subjectivité, liée à la personne même du décideur, qui ne peut être ignorée. C'est ce que LANTERO a appelé le « mythe de l'expertise », à savoir « [l]e mythe de la faculté qu'ont les décideurs de détecter le vrai du faux »⁵⁵⁵.

Les décisions en matière d'asile⁵⁵⁶ relèvent en principe de la *compétence* de l'ODM. Toutefois, le Département fédéral de justice et police peut conclure un contrat avec les autorités cantonales pour que des fonctionnaires cantonaux préparent – sous la direction de l'ODM et à son intention – ces décisions⁵⁵⁷. De cette manière, les cantons – sans en avoir la compétence formelle – pourraient participer à la préparation des décisions.

En ce qui concerne leur rôle dans ce processus, la situation est donc plus simple que celle prévalant en matière d'audition sur les motifs d'asile ; elle n'a en tout cas pas subi de modification lors de la révision de 2005. Toutefois, cette position plus claire des cantons quant à la préparation des décisions n'est cohérente et explicable que dans l'hypothèse de l'art. 29 al. 4 LAsi selon laquelle les cantons pourraient être habilités à procéder aux auditions (dans le cas où cette mesure accélère la procédure). Il paraîtrait en effet assez contradictoire que les cantons n'auditionnent pas les personnes concernées (et n'obtiennent donc pas les informations de « première source »), mais préparent ensuite malgré tout les décisions qui seront rendues à leur encontre.

Selon le Conseil fédéral, de tels contrats écrits avec les cantons n'ont toutefois encore jamais été conclus en ce qui concerne les décisions matérielles. En conséquence, les cantons ne semblent donc actuellement pas participer activement à la préparation des décisions⁵⁵⁸.

Propositions de modification 2010 :

Il a tout de même été proposé dans le projet de modification 2010 que ces contrats puissent également s'étendre aux décisions matérielles nécessitant d'autres mesures

⁵⁵⁵ L'auteure expose ce concept dans le cadre d'une discussion sur un autre mythe, celui du « faux réfugié » ou du « réfugié menteur » et conclut en disant que « la construction des réfugiés comme menteurs permet de rester fidèle à la Convention de Genève. Les Etats s'exonèrent. Ils ne la violent pas. Ils l'appliquent au contraire ». LANTERO, p. 88 et qui renvoie pour le mythe du réfugié menteur à d'autres auteurs.

⁵⁵⁶ Ce sont les décisions au sens des articles 32 à 40 LAsi, c'est-à-dire toutes les décisions de non entrée en matière, ainsi que les décisions (matérielles) d'octroi ou de rejet de l'asile ou de l'admission provisoire, sans autres mesures d'instruction. Voir les art. 31 LAsi et 27 OA 1.

⁵⁵⁷ Art. 46 OA 2.

⁵⁵⁸ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035, 4074, ainsi que DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 12.

d'instruction. Le Conseil fédéral justifie cette modification par d'éventuelles « périodes de fort afflux de demandes d'asile »⁵⁵⁹.

Bien que l'on comprenne où le Conseil fédéral veut en venir, cet argument semble tout de même quelque peu étrange dans la mesure où jusqu'à présent les possibilités existantes n'ont pas été concrétisées. Faut-il en déduire – contrairement à ce qui est régulièrement invoqué pour légitimer l'accélération des procédures – que l'afflux des demandes d'asile n'est pas si important ?

Pour ce qui est de la forme de la décision, à savoir la *notification* et la *motivation*, la loi sur la procédure administrative prévoit que la décision doit en principe être notifiée par écrit aux parties. La notification orale ne peut se faire que pour les décisions incidentes et, si une des parties le demande, elle devra lui être confirmée par écrit⁵⁶⁰. En outre, la décision doit être motivée et elle doit indiquer les voies de droit. L'autorité ne peut renoncer à cette exigence que si elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et qu'aucune de celles-ci ne réclame une motivation⁵⁶¹.

Contrairement à ce que prévoit la PA, l'article 13 LAsi dispose que « [l]es décisions peuvent, si la situation le justifie, être notifiées oralement et motivées sommairement ». Cette notification orale doit toutefois être consignée dans un procès-verbal, le requérant doit en recevoir un extrait⁵⁶² et elle doit en outre être communiquée sans retard au mandataire, au besoin par fax⁵⁶³.

Cette dérogation aux prescriptions de la PA a été introduite en 1990, avec l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile. Elle était notamment destinée aux demandes présentées à la frontière, aux cas de non-entrée en matière et aux demandes d'asile manifestement infondées. « La notification orale devait permettre de prendre des décisions rapidement, sous une forme simplifiée, dans les cas où il n'y avait aucune difficulté à les motiver, notamment lorsqu'il manquait à la demande d'asile un élément essentiel de la qualité de réfugié ou que les motifs invoqués par le requérant étaient manifestement contradictoires »⁵⁶⁴.

En revanche, dans un arrêt de principe sur la forme et la notification des décisions, le TAF a rappelé que si les décisions pouvaient bien être rendues oralement, elles devaient cependant être accompagnées de certaines garanties de procédure : la notification orale et la motivation

⁵⁵⁹ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035, 4074.

⁵⁶⁰ Art. 34 PA.

⁵⁶¹ Art. 35 PA.

⁵⁶² Art. 13 al. 1 et 2 LAsi.

⁵⁶³ Art. 3 OA 1. Dans la même sens, un nouvel al. 5 a été introduit à l'art. 13 LAsi pour les décisions Dublin qui peuvent être notifiées au requérant représenté, mais doivent alors être immédiatement communiquées au mandataire.

⁵⁶⁴ ATAF 2010/3, consid. 3.2.

doivent être consignées dans un procès-verbal qui doit être conforme aux exigences de l'art. 35 PA (il doit donc notamment préciser les voies de droit) et un extrait doit être communiqué au requérant. La loi sur l'asile ne donnant pas d'autres précisions quant à la forme de cet acte, le TAF admet que « [l]e procédé qui consiste à ne pas séparer les deux procès-verbaux [celui de l'audition et celui de la décision] peut se justifier pour des motifs tirés de la sécurité du droit ». Cette manière de procéder rejoint en outre l'objectif de cette disposition, à savoir accélérer les procédures⁵⁶⁵.

Cette notification orale ne doit cependant pas minimiser l'importance de la motivation. Cette exigence répond à deux fondements différents : d'une part, celui de permettre à l'intéressé de comprendre la décision qui lui est adressée et, si nécessaire, de faire recours ; d'autre part, de rendre possible le contrôle de l'autorité de recours⁵⁶⁶.

Ces conditions n'empêchent pas « l'utilisation d'éléments de composition lors de la rédaction de décisions en matière d'asile [...]. Eu égard au grand nombre de décisions prononcées par l'ODM, l'utilisation d'éléments de composition est nécessaire et admissible, mais il ne faut pas qu'elle aboutisse à une réduction de l'argumentation propre au cas d'espèce. L'utilisation d'éléments de composition ne doit servir que le but de l'économie de la procédure »⁵⁶⁷.

Le Manuel de procédure de l'ODM souligne encore l'importance de rendre des décisions rédigées correctement, dans « une langue et un style adéquats », rappelant que ce sont « des décisions individuelles qui influent souvent profondément, de manière irréversible même, sur le sort d'êtres humains »⁵⁶⁸.

Pour ce qui est de la dernière condition qui veut que la décision soit communiquée sans retard au mandataire, elle a été gravement violée par l'ODM dans une affaire D-6170/2009 (décision incidente non publiée). Dans ce cas, l'autorité de première instance a rendu une décision « Dublin » et a procédé au renvoi du requérant sans en informer sa mandataire. Celle-ci a appris le renvoi de son client fortuitement par son cousin et n'a reçu la copie de la décision que 57 jours après que son mandant ait été renvoyé⁵⁶⁹.

Enfin, concernant l'issue de la procédure d'asile, les demandes peuvent aboutir à *quatre éventualités* : deux types de décisions que l'on décrira comme « positives » et menant le requérant à recevoir l'asile ou une admission provisoire et donc dans les deux cas, un droit

⁵⁶⁵ Idem, consid. 3.3.

⁵⁶⁶ Idem, consid. 5. Pour d'autres décisions jurisprudentielles relayant l'importance de la motivation, rendues toutefois sous la Commission de recours en matière d'asile, voir notamment JICRA 2004/38, consid. 6, JICRA 1995/12, consid. 12c et JICRA 1995/5, consid. 7.

⁵⁶⁷ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. C §3, p. 6.

⁵⁶⁸ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. C §3, p. 3.

⁵⁶⁹ Voir sur ce cas, ODAE-ROMAND, cas 093.

(durable ou temporaire) de séjourner en Suisse ; et deux types de décisions « négatives », la non-entrée en matière ou le rejet, qui toutes deux conduisent en principe le demandeur à devoir quitter la Suisse⁵⁷⁰.

En effet, lorsque la demande d'asile est rejetée ainsi que lorsqu'il n'y a pas d'entrée en matière⁵⁷¹, la règle générale prévoit que le requérant quitte la Suisse. Le principe de l'unité de la famille doit toutefois être pris en compte⁵⁷². Pourtant, il est concevable que l'exécution du renvoi ne soit pas possible, soit illicite ou ne puisse être raisonnablement exigée. Dans ces cas-là, une admission provisoire pourra être accordée.

Le renvoi serait illicite s'il violait le principe de non-refoulement et il est possible qu'une décision de non-entrée en matière soit prononcée pour des motifs formels (par exemple défaut de présentation des papiers ou manquement au devoir de collaborer), alors que la personne serait mise en danger si elle était contrainte de retourner dans son pays d'origine⁵⁷³.

Une décision négative impliquant un renvoi doit contenir les éléments suivants : l'annonce de l'obligation de quitter la Suisse, la date à laquelle le départ devra avoir eu lieu, les moyens de contrainte applicables en cas de non-respect de l'obligation, le cas échéant, les Etats dans lesquels le requérant ne devra pas être renvoyé, si nécessaire la mesure remplaçant l'exécution du renvoi et le canton compétent pour exécuter le renvoi ou la mesure qui le remplace⁵⁷⁴.

La principale particularité de cette disposition réside dans le fait que la décision doit mentionner, le cas échéant, les Etats dans lesquels le requérant ne doit pas être renvoyé. Ainsi, les autorités compétentes doivent, lors de la décision de renvoi, examiner et s'assurer que l'exécution de la décision n'a pas pour conséquence un renvoi dans un Etat persécuteur. En vertu de la jurisprudence de la Cour EDH et de l'interdiction de refoulement indirect, l'Etat qui décide du renvoi doit également vérifier qu'il n'y aura pas par la suite une chaîne de renvois qui aboutirait pour le demandeur à se retrouver finalement de retour dans l'Etat persécuteur.

En pratique, une décision négative « classique » de l'ODM contient cinq points et a la teneur suivante : « 1. Le requérant n'a pas la qualité de réfugié. 2. La demande d'asile est rejetée. 3. Le requérant est renvoyé de Suisse. 4. Le requérant doit quitter la Suisse d'ici au (date) faute de quoi il s'expose à des moyens de contrainte. 5. Le canton de (...) est chargé de l'exécution du renvoi ». Lorsque c'est le TAF qui se prononce, il rend une décision de renvoi et une seconde décision, de l'ODM, viendra compléter celle du TAF pour la date de renvoi.

⁵⁷⁰ Pour plus de détails sur la fin de la procédure d'asile et le renvoi, voir ci-dessous III.2.6.

⁵⁷¹ Voir ci-dessous ch. III.2.5.

⁵⁷² Art. 44 al. 1 LAsi.

⁵⁷³ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 47.

⁵⁷⁴ Art. 45 LAsi.

vii) Les délais de traitement des demandes par l'Office fédéral des migrations

L'autorité doit rendre sa décision concernant la demande d'asile dans un *délai* qui diffère en fonction de la procédure et de la décision en question : une décision de non-entrée en matière doit être prise dans un délai de *10 jours* ouvrables suivant le dépôt de la demande ; les décisions d'octroi de l'asile (ou de la protection provisoire) et de rejet (art. 38, 39 et 40 LAsi), sans que d'autres mesures d'instruction ne soient nécessaires, ainsi que les décisions rendues à l'aéroport⁵⁷⁵ doivent généralement être prises dans un délai de *20 jours* ouvrables après le dépôt de la demande⁵⁷⁶ ; enfin, lorsque d'autres mesures d'instruction sont nécessaires, la décision devrait être rendue dans un délai de *3 mois*⁵⁷⁷. Ces délais d'ordre sont presque purement théoriques et ne sont quasiment jamais respectés par les autorités.

Propositions de modification 2010 :

Avec les propositions de modification de la LAsi présentées en 2010, les délais de traitement des demandes par l'ODM passeraient de 10 à 5 jours ouvrables pour rendre une décision de non-entrée en matière et de 20 à 10 jours ouvrables pour les autres décisions⁵⁷⁸. Les trois mois nécessaires dans le cas des « autres mesures d'instruction » prévu à l'art. 41 LAsi seraient supprimés, puisque cet article – et cette procédure – le seraient aussi.

Le rapport explicatif précise toutefois que « ces délais d'ordre peuvent être dépassés, d'où l'utilisation du terme "en règle générale" » notamment lorsqu'il est tout de même nécessaire de procéder à des mesures d'instructions complémentaires pour l'établissement des faits ou lorsque, dans le cadre d'une procédure de Dublin, il faut attendre de recevoir la confirmation de prise en charge du requérant par l'Etat compétent⁵⁷⁹.

L'éventuelle réduction des délais d'ordre applicables tant à l'ODM qu'au TAF soulève un problème d'un autre genre : celui de sa concrétisation. En effet, la précision apportée dans le rapport du DFJP concernant les délais d'ordre et la possibilité de les dépasser en cas de nécessité laisse penser qu'il est peu probable que ces délais soient effectivement respectés en pratique. En outre, aujourd'hui déjà, ces délais ne sont pas respectés et sont peu efficaces. Il est ainsi difficile de croire que les raccourcir rendra la procédure plus courte. Cela amène à la conclusion que cette proposition de modification ne devrait pas avoir une influence fondamentale sur la durée de traitement des demandes d'asile.

⁵⁷⁵ Art. 23 al. 2 LAsi.

⁵⁷⁶ Pour un exemple de décision négative et de renvoi rendue – à mauvais escient – dans un délai de 20 jours, voir l'affaire D-4753/2006 dans laquelle l'ODM n'a pas jugé nécessaire de procéder à des mesures d'instruction supplémentaires pour l'établissement des faits. Alors qu'au moment du dépôt du recours, la CRA le présentait « voué à l'échec » et demandait une avance de frais pour entrer en matière, il s'est par la suite révélé, au vu des faits, que le renvoi ne pouvait être raisonnablement exigé et que l'admission provisoire devait être accordée. Ce cas est commenté par l'ODAE-ROMAND, cas 024.

⁵⁷⁷ Pour les délais de 10, 20 jours et 3 mois, voir l'art. 37 al. 1 à 3 LAsi.

⁵⁷⁸ Art. 37 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4112-4113.

⁵⁷⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 15. Dans le même sens, FF 2010 4035, 4077.

Propositions de modification 2011 :

Dans son débat d'entrée en matière sur le projet, la CIP-E a constaté « qu'au cours des trois années précédentes, le traitement des demandes d'asile avait duré en moyenne 413 jours entre le moment où une demande avait été déposée et celui où une décision était entrée en force. Si l'on ne considère que les cas dans lesquels un recours a été interjeté, cette durée moyenne passe à 756 jours ». Le DFJP a donc présenté dans son rapport de mars 2011 des mesures devant servir à accélérer les procédures. Parmi les trois options de base que contient ce rapport, seule la première apporterait des nouveautés substantielles. Une phase préparatoire, qui pourrait durer entre 6 jours et 3 semaines, précéderait la procédure d'asile à proprement parler. Celle-ci débiterait ensuite et pourrait prendre deux « voies » : celle de la *procédure ordinaire* (qui ne devrait durer que quelques jours ouvrés, au maximum 30 en comptant la phase préparatoire) et celle de la *procédure élargie* (de 120 jours maximum)⁵⁸⁰.

viii) Les délais de recours

Comme déjà indiqué, la loi sur la procédure administrative ne prévoit pas, de manière générale, de délai(s) dans lequel (ou dans lesquels) la procédure ou ses diverses étapes doivent impérativement se dérouler. Seul le délai de recours contre les décisions est fixé par la loi, et il l'est de manière générale à 30 jours⁵⁸¹.

Au contraire, même, la loi institue des fêtes, c'est-à-dire des périodes durant lesquelles la procédure est en quelque sorte suspendue, en ce sens que les délais fixés (en jours) par la loi ou par une autorité ne courent en principe pas⁵⁸². Cette prescription n'est pas retenue en matière d'asile, puisque la LAsi prévoit à son article 17 que les fêtes instaurées par la loi sur la procédure administrative ne s'appliquent pas à la procédure d'asile. Cela signifie que les délais fixés (en jours) par la loi ou par une autorité ne sont pas suspendus durant certaines périodes.

Les délais prescrits par l'article 108 LAsi prévoient que le requérant dispose de *5 jours (ouvrables)*⁵⁸³ pour recourir contre une décision de non-entrée en matière⁵⁸⁴ et les décisions à

⁵⁸⁰ Le « choix » de la procédure ordinaire ou élargie se fonde sur la nécessité d'obtenir des informations complémentaires ou sur la question des capacités en matière de personnel, mais toutes les décisions (non-entrée en matière, Dublin, rejet ou octroi de l'asile) peuvent être rendues dans le cadre d'une procédure ordinaire ou élargie. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 7 et 52-54.

⁵⁸¹ Art. 50 PA.

⁵⁸² Voir l'art. 22a PA. Les fêtes concernent approximativement Pâques, mi-juillet à mi-août et Noël, Nouvel-An.

⁵⁸³ Art. 108 al. 2 LAsi. Bien que, comme on l'a vu, les fêtes prescrites par la PA ne s'appliquent en principe pas en procédure d'asile (art. 17 al. 1 LAsi), l'art. 53 OA 1 prévoit toutefois ici une exception, en ce sens que les samedis, les dimanches et les jours fériés de la Confédération, ainsi que ceux reconnus par le droit cantonal du domicile de la partie ou de sa représentation ne sont pas considérés comme des jours ouvrables pour le calcul du délai de recours de l'art. 108 al. 2 LAsi.

l'aéroport, de *10 jours* pour recourir contre une décision incidente et de *30 jours* – délai de recours habituel prévu par la PA – pour recourir contre une décision matérielle « normale ».

L'article 110 LAsi, qui traite aussi en partie des délais relatifs à la demande d'asile⁵⁸⁵, vient encore préciser certains délais de procédure pour régulariser un recours : le requérant dispose en principe de 7 jours, mais trois seulement pour un recours déposé contre une décision de non-entrée en matière ou contre une décision rendue à l'aéroport.

Les délais pour fournir des moyens de preuve sont réglés par l'alinéa 2 : sept jours si ces moyens sont en Suisse et trente jours s'ils se trouvent à l'étranger⁵⁸⁶ ; les expertises doivent être fournies dans un délai de trente jours également. En pratique, la situation est un peu différente. Tant qu'aucune décision n'est rendue (tant en première qu'en deuxième instance), le requérant, ou son mandataire, peut compléter la demande au gré des besoins et des modifications de la situation. Si un requérant est gravement malade (de manière à ce que cela puisse influencer sur la décision), mais qu'il ne dispose pas encore de rapports médicaux, son mandataire écrira à l'autorité pour prévenir de la situation et celle-ci impartira alors un délai au requérant pour présenter les certificats nécessaires. En outre, lorsqu'une procédure dure extrêmement longtemps, l'œuvre d'entraide représentant le requérant envoie régulièrement un état des lieux de la situation⁵⁸⁷.

Si le recourant ou son mandataire ont été empêchés d'agir dans le délai imparti, notamment pour cause de maladie ou d'accident, l'alinéa 3 précise qu'un délai supplémentaire peut alors être accordé. Lorsqu'il s'agit d'un délai de recours, le recourant ou son mandataire doit adresser une demande en restitution du délai de recours dès la fin de l'empêchement ou dès la connaissance de la décision, mais avec, simultanément, le recours au fond.

Propositions de modification 2010 :

C'est concernant les délais de recours au Tribunal administratif fédéral qu'interviendrait la modification la plus importante proposée en 2010 : ils passeraient de 30 à 15 jours pour les décisions « normales »⁵⁸⁸, introduisant ainsi une nouvelle dérogation au délai usuel de l'art. 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative, applicable en principe aux décisions administratives⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Concernant ce délai de recours de 5 jours contre les décisions de non-entrée en matière, voir le point III.2.5.4.5 ci-dessous.

⁵⁸⁵ Malgré son emplacement dans la LAsi (au sein de la section consacrée à la procédure de recours au niveau fédéral), l'art. 110 al. 2 à 4 est également applicable à la procédure de première instance. Voir à ce sujet OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 5*, p. 3.

⁵⁸⁶ Pour la question de la remise des papiers d'identité, voir ci-dessous le point III.2.5.4.3 qui traite de cette problématique particulière.

⁵⁸⁷ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁵⁸⁸ Art. 108 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115.

⁵⁸⁹ Pour une analyse critique et détaillée de cette mesure, voir KUHN, p. 3 à 8.

Le délai de recours resterait toutefois de dix jours pour les décisions incidentes et de cinq jours ouvrables pour les décisions de non-entrée en matière⁵⁹⁰, ainsi que pour les décisions (à l'aéroport) de refus d'entrée en Suisse (par une décision de non-entrée en matière ou de rejet).

Ces propositions de modifications peuvent-elles être avantageuses, d'une manière ou d'une autre, pour les requérants d'asile ? Si à première vue la réponse ne peut sembler que négative, il est tout de même possible de soulever un élément positif.

Le seul argument positif à l'appui de ces changements réside dans le fait que certains cas (actuels) de non-entrée en matière – dont le délai de recours est fixé à cinq jours ouvrables – bénéficieraient désormais d'un délai de recours de 15 jours, puisqu'ils deviendraient des motifs soumis à une procédure matérielle⁵⁹¹.

En revanche, les raisons s'opposant au raccourcissement de la procédure sont, du point de vue du requérant d'asile du moins, plus nombreuses et plus importantes.

En premier lieu, – et contrairement à ce qu'avance le DFJP – considérer que le requérant, et *a fortiori* le réfugié, ont intérêt à ce que leur cas soit traité au plus vite et qu'ils soient rapidement fixés sur leur situation (que ce soit dans le sens d'un renvoi dans leur pays ou de leur intégration en Suisse) n'est pas pertinent au regard de ces propositions. Il est évident que ces personnes ont un réel intérêt à être rapidement fixées sur le sort. Or, le raccourcissement des délais de recours n'aura aucune influence sur la durée de la procédure compte tenu des délais (effectifs et non tels qu'ils sont prescrits par la loi) de traitement des demandes par les autorités. Raccourcir le délai de recours n'a donc d'autre conséquence que d'empêcher le requérant de trouver un mandataire.

Il faut en outre mentionner que ce nouveau délai de 15 jours constituerait une exception supplémentaire au délai habituel de recours de 30 jours prévu par la loi fédérale sur la procédure administrative. Cette nouvelle dérogation, propre au droit d'asile, est d'autant plus problématique que c'est précisément un domaine qui nécessite souvent de faire parvenir des preuves ou d'obtenir des explications de l'étranger, ce qui peut, selon les circonstances, prendre un temps certain.

En pratique, il est quelquefois déjà difficile actuellement de réunir tous les éléments nécessaires dans un délai de 30 jours. Il suffit de penser à différentes circonstances telles que l'exigence de se procurer certains documents, de les faire traduire, de trouver un interprète et un bureau de conseils juridiques (tous les cantons ne disposant d'ailleurs pas toujours de tels services) ou un mandataire. La situation est d'autant plus complexe que parfois, dans ce même délai, le requérant peut être déplacé dans un autre centre ou détenu administrativement⁵⁹².

En outre, si d'autres bases légales administratives connaissent des délais (de recours ou d'opposition par exemple) inférieurs aux 30 jours habituels, ils sont dans la plupart des cas fixés à 20 jours au minimum⁵⁹³. C'est d'ailleurs dans cette

⁵⁹⁰ Art. 108 al. 1 et 2 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115-4116.

⁵⁹¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 20.

⁵⁹² Pour un exemple de cas concret, voir ODAE-ROMAND, cas 105.

⁵⁹³ En matière de procédure administrative cantonale, Neuchâtel (art. 34 LPJA, RSN 152.130), Vaud (art.

perspective que le Tribunal fédéral a jugé en 2009 que des délais de recours excessivement brefs (il s'agissait alors de délais inférieurs à 20 jours) risquent de ne pas garantir l'exercice effectif du droit de recours⁵⁹⁴. De plus, au niveau cantonal, une instance supérieure de recours existe, ce qui n'est pas le cas dans la procédure d'asile qui ne connaît qu'une seule instance de recours.

L'art. 110 LAsi serait aussi modifié par la proposition 2010 afin de rallonger quelque peu le délai de sept jours prévu pour régulariser un recours (qui serait insuffisamment motivé par exemple) en le faisant passer désormais à dix jours⁵⁹⁵. Cette proposition constitue une sorte de mesure « compensatoire »⁵⁹⁶, eu égard à la proposition de raccourcissement de la procédure en général.

Propositions de modification 2011 :

La première option présentée dans le rapport de mars 2011 prévoit que les délais de recours soient de 7 jours ouvrés (sans effet suspensif) dans le cadre de la procédure ordinaire et de 15 jours dans la procédure élargie⁵⁹⁷.

Le délai actuel de recours de 5 jours contre une décision de non-entrée en matière ne devrait ainsi plus être retenu, ce qui, en soi, présente déjà une petite amélioration. En revanche le projet 2011 conserve le délai de 15 jours proposé en 2010, confirmant ainsi l'exception à la PA.

ix) Les délais de traitement des recours par le Tribunal administratif fédéral

Le Tribunal administratif fédéral, autorité de recours en matière d'asile, doit en règle générale statuer dans un délai de *2 mois* sur les recours concernant les décisions matérielles nécessitant d'autres mesures d'instruction et dans un délai de *6 semaines* sur les recours concernant les décisions de non-entrée en matière et les décisions de rejet sans autre mesure d'instruction⁵⁹⁸.

En outre, le TAF devrait se prononcer dans un délai de *5 jours* sur les recours déposés contre les décisions de rejet (avec ou sans autres mesures d'instruction) ou de non-entrée en matière des demandes déposées à l'aéroport, ainsi que sur les recours déposés contre les décisions de

68, 77 et 95 LPA-VD, RS 173.36), Genève (art. 30, 51, 63 LPA, RSG E 5 10) et Berne (art. 54, 67, 81 LPJA, RSB 155.21) connaissent des délais de 30 jours, alors que la procédure administrative lucernoise prévoit par exemple un délai d'opposition de 20 jours et un délai de recours de 30 jours (art. 119 et 130 VRG, SRL 40).

⁵⁹⁴ ATF 135 II 78, 82-84.

⁵⁹⁵ Art. 110 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

⁵⁹⁶ Jugée insuffisante par KUHN, p. 6.

⁵⁹⁷ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 54.

⁵⁹⁸ Art. 109 al. 1 et 4 LAsi. Tous ces délais sont mentionnés au conditionnel, parce qu'en réalité, ils ne sont pratiquement jamais respectés. Il s'agit là en effet de délais d'ordre qui peuvent être dépassés si des circonstances telles que la complexité de l'affaire le justifient. Les décisions des autorités doivent cependant être rendues dans des délais raisonnables sous peine de violer les art. 29 al. 1 Cst et 6 par. 1 CEDH. Le TF a dénoncé à quelques reprises des procédures d'asile excessivement longues devant la CRA, respectivement le TAF. Voir par exemple les arrêts du TF 12T_1/2007 et 12T_2/2007, où la procédure de recours n'était toujours pas prête à être jugée après plus de 45 et 41 mois.

non-entrée en matière des art. 32 à 35a LAsi, lorsqu'il est renoncé à un échange d'écritures et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres actes de procédure⁵⁹⁹.

Enfin, le TAF devrait statuer *sans délai* sur les recours contre les décisions prises en vertu de l'art. 22 al. 2 à 4, c'est-à-dire dans le cas où, à l'aéroport, l'entrée en Suisse est provisoirement refusée, parce que les mesures prises ne suffisent pas pour déterminer si les conditions d'obtention d'une autorisation d'entrée sont remplies. Un autre cas dans lequel le TAF devrait se prononcer sans délai est celui, relevant de la LEtr (art. 76 al. 1, let. b, ch. 5), du recours contre une décision de mise en détention du requérant lorsqu'une décision de non-entrée en matière lui est notifiée dans un centre d'enregistrement et que l'exécution du renvoi est imminente⁶⁰⁰.

Propositions de modification 2010 :

Avec les propositions de modification, le traitement des recours déposés dans le cadre d'une procédure matérielle devrait se faire dans un délai de 20 jours, alors qu'il est actuellement de deux mois⁶⁰¹. Le message du Conseil fédéral précise que ces délais d'ordre peuvent être dépassés si cela s'avère nécessaire, l'expression « en règle générale » étant également mentionnée dans cet article⁶⁰².

Propositions de modification 2011 :

Les dernières propositions prévoient – toujours dans le cadre de la première option – que le TAF statue sur 80 % des recours dans un délai de 30 jours et de 120 jours pour les 20 % restant. Le projet ne précise pas quel type de décision ou de procédure doit être traité dans quel délai, mais ne fixe que des objectifs « quantitatifs ». En outre, ces délais ne devraient plus être des délais d'ordre, mais des délais contraignants qui impliquent pour le TAF que s'il ne se prononce pas dans les délais, il ne puisse plus retourner le dossier à l'ODM pour une nouvelle décision, mais qu'il doive rendre lui-même une décision matérielle⁶⁰³. Cette « solution » semble mener à deux conséquences inévitables si le TAF n'est alors pas doté de forces nouvelles (juges et greffiers supplémentaires) : soit le TAF accumulera encore plus de retard dans les décisions matérielles qu'il devra rendre, soit il ne pourra rendre que des décisions peu soignées ou peu approfondies.

Pour conclure et d'une manière générale, il convient de faire les constats suivants :

- la loi fixe des délais de recours pour les requérants ; ces délais sont de plus en plus réduits au fil des révisions législatives ;

⁵⁹⁹ Art. 109 al. 2 LAsi.

⁶⁰⁰ Art. 109 al. 3 LAsi.

⁶⁰¹ Art. 109 al. 4 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

⁶⁰² FF 2010 4035, 4084.

⁶⁰³ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 54-55.

- la loi fixe également des délais de traitement des dossiers aux autorités ; ces délais sont aussi toujours plus courts, ce qui permet de « justifier » des délais de recours plus brefs pour les requérants.
- De cette manière, une sorte de « parallélisme » est invoquée, alors qu'en pratique, cette « concordance » n'est pas effective, puisque les délais imposés aux requérants sont contraignants, alors que ceux prescrits aux autorités ne le sont pas.

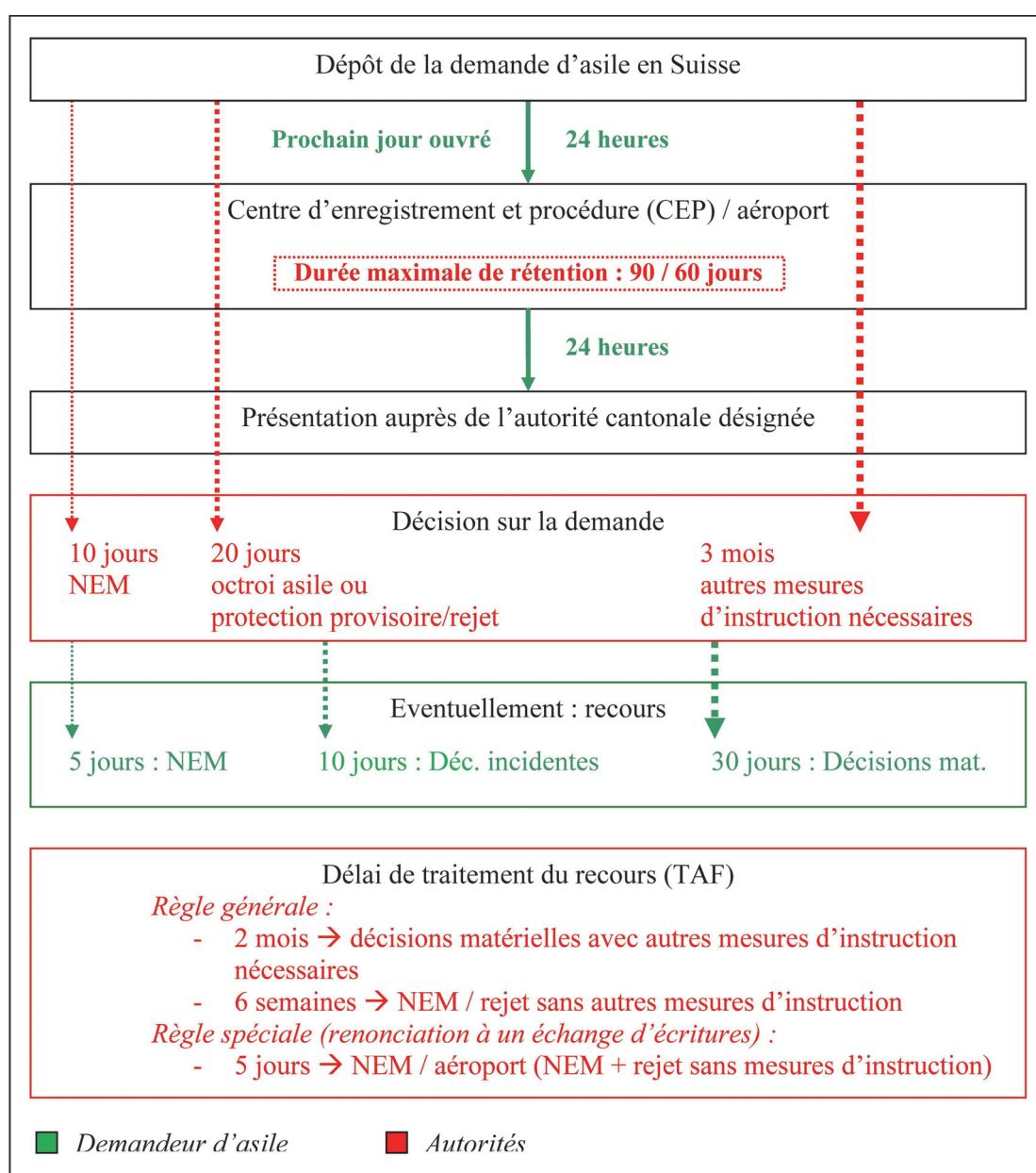


Schéma D: Synthèse des délais applicables en procédure d'asile suisse

2.4. Le cas de la procédure spéciale : la demande d'asile déposée à l'aéroport

2.4.1. La problématique et le déroulement général de la procédure

Comme mentionné ci-dessus, il existe un cas dans lequel la demande, en raison du lieu où elle est déposée, est traitée de manière spécifique. C'est le cas des demandes d'asile présentées à l'aéroport⁶⁰⁴. En réalité, c'est la partie « négative » de la procédure d'asile qui est traitée à l'aéroport, à savoir le cas dans lequel les autorités décident (au moins provisoirement) de refuser l'entrée en Suisse. Dans le cas contraire, si le demandeur est autorisé à entrer immédiatement sur le territoire helvétique, sa demande d'asile sera ensuite traitée dans le cadre d'une procédure « normale » ou « accélérée » par l'ODM, mais passant par un centre d'enregistrement et de procédure.

Lorsqu'un requérant d'asile arrive à un aéroport suisse (Genève ou Zurich)⁶⁰⁵, sa demande est donc traitée de la manière suivante : l'autorité compétente pour le contrôle à la frontière (autorité genevoise ou zurichoise donc) recueille les données personnelles du requérant et en général prend ses empreintes digitales et le photographie. Elle peut aussi relever d'autres données biométriques et l'interroger sommairement sur les motifs qui l'ont poussé à fuir son pays et sur l'itinéraire emprunté⁶⁰⁶. L'autorité doit communiquer sans délai à l'ODM les demandes déposées à l'aéroport ainsi que toutes les informations déjà recueillies⁶⁰⁷.

L'art. 7a al. 1 et 2 de l'OA 1 prévoit que l'ODM informe ensuite le requérant, dans une langue qui lui est compréhensible, de la possibilité de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal. L'Office doit en outre lui donner les moyens de recourir à ce type d'assistance. Cette prescription légale n'est toutefois concrétisée que de la manière suivante : « la police de l'aéroport remet au requérant d'asile un aide-mémoire l'informant de ses droits et obligations durant son séjour à l'aéroport »⁶⁰⁸.

Sur la base de ces premières informations, l'ODM vérifie s'il est compétent pour traiter la demande d'asile en vertu du Règlement de Dublin⁶⁰⁹. S'il ne l'est pas, il rend une décision de

⁶⁰⁴ Sur la procédure d'asile à l'aéroport en général, voir LANG, p. 3-17, ainsi que OTTET, p. 31-38.

⁶⁰⁵ Si le requérant arrive dans un autre aéroport, par exemple à celui de Bâle, Berne ou autre, il recevra une autorisation d'entrer en Suisse et sera conduit par les gardes-frontières au centre d'enregistrement et de procédure le plus proche. Sa demande sera ensuite traitée au regard de la procédure de Dublin, puis suivra le déroulement habituel. OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.1.

⁶⁰⁶ Art. 22 al. 1 LAsi.

⁶⁰⁷ Art. 12 al. 1 OA 1. L'autorité transmet notamment à l'ODM, en plus des données personnelles du demandeur, les copies des billets d'avion (avec si possible l'itinéraire du vol) et des pièces de légitimation (y compris les comptes-rendus des examens en laboratoire de ces papiers s'ils sont déjà disponibles). OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.1.

⁶⁰⁸ Ibidem. Voir aussi plus généralement l'art. 19 al. 3 LAsi sur le droit du requérant à être informé.

⁶⁰⁹ Art. 22 al. 1bis LAsi.

non-entrée en matière au sens de l'art. 34 al. 2, let. d LAsi⁶¹⁰ et prend les mesures nécessaires pour renvoyer le demandeur d'asile à l'Etat qui est responsable de traiter la demande.

S'il est compétent, en revanche, l'ODM doit, toujours au vu des informations recueillies, décider s'il autorise le requérant à entrer en Suisse. La loi prévoit deux hypothèses permettant l'entrée en Suisse :

- si le requérant « semble être exposé à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'art. 3, al. 1, ou menacé de traitements inhumains dans le pays d'où il est directement arrivé » ; ou
- si le requérant « 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 »⁶¹¹.

L'ordonnance connaît trois autres situations dans lesquelles le demandeur peut également être autorisé à entrer en Suisse :

- lorsqu'il a des liens étroits avec des personnes vivant en Suisse ;
- pour des motifs humanitaires ; ou
- lorsque la Suisse est compétente pour mener la procédure d'asile selon Dublin 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'art. 3, al. 1, LAsi et qu'il a cherché à atteindre la frontière suisse sans tarder »⁶¹².

Ainsi, si le requérant est autorisé à entrer immédiatement en Suisse, il est attribué à un CEP et la police de l'aéroport lui remet un laissez-passer et, en cas de ressources insuffisantes, un bon de transport aux frais de la Confédération⁶¹³. Le requérant a ensuite 24 heures pour se rendre dans le centre⁶¹⁴ où il sera soumis à la procédure normale ou accélérée.

⁶¹⁰ L'ODM doit rendre cette décision dans un délai de 20 jours. À défaut, il devra permettre au requérant d'entrer en Suisse et l'attribuer à un canton. Art. 23 al. 2 LAsi, voir également ci-dessous, le ch. III.2.4.2.2.

⁶¹¹ Art. 22 al. 1^{ter} LAsi. En outre, l'art. 11a OA 1 précise que « [d]ans le cas d'une personne arrivée en Suisse par avion, le pays d'où l'avion est parti pour venir en Suisse est assimilé au pays d'entrée directe en Suisse ».

⁶¹² Art. 11a al. 2, let. a et b et al. 3 OA 1.

⁶¹³ Pour plus de détails sur le laissez-passer notamment, voir OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.2.

⁶¹⁴ C'est ce qu'énonce l'ODM dans sa directive, en renvoyant cependant à une disposition légale incorrecte. OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.2. Cette affirmation peut

En revanche, si les mesures définies à l'art. 22 al. 1 et *1bis* LAsi ne suffisent pas pour déterminer si les conditions de l'art. 22 al. *1ter* LAsi sont remplies, l'Office refusera alors (provisoirement du moins) l'entrée en Suisse. Dans ce cas-ci, la procédure continuera alors de se dérouler à l'aéroport selon des modalités spécifiques⁶¹⁵.

2.4.2. Les règles de procédure spécifiquement applicables à la procédure à l'aéroport

2.4.2.1. *Le refus provisoire d'entrer en Suisse*

Lorsque, suite à cette première audition sommaire, l'autorisation d'entrer en Suisse est refusée au requérant, un lieu de séjour⁶¹⁶ lui est assigné et un logement adéquat doit lui être fourni au sein de l'aéroport⁶¹⁷.

Tant la décision de refuser l'entrée en Suisse que l'assignation du lieu de séjour doivent être notifiées au requérant dans les *2 jours* suivant le dépôt de sa demande ; les voies de droit doivent lui être indiquées simultanément. En outre, le droit d'être entendu doit lui être préalablement octroyé et il doit avoir la possibilité de se faire représenter⁶¹⁸. Ces différents éléments ne font que reprendre (et compléter) les éléments généraux de la loi sur la procédure administrative (mention des voies de recours, droit d'être entendu, possibilité de se faire représenter), avec tout de même une exception notable. L'art. 13 al. 3 LAsi prévoit expressément que l'art. 11 al. 3 PA ne s'applique pas, ce qui signifie que les décisions prises à l'aéroport sont directement notifiées auprès du requérant et ne sont que communiquées au mandataire⁶¹⁹.

La durée du séjour à l'aéroport est limitée à 60 jours au maximum⁶²⁰. Le demandeur a la possibilité de faire recours, d'une part, contre la décision de refus d'entrée en Suisse tant qu'une décision de rejet ou de non-entrée en matière de sa demande ne lui a pas été notifiée,

toutefois être soutenue d'une part, en raison de l'art. 8 al. 1 et 2 OA 1 et d'autre part, par analogie, avec la procédure prévue pour les demandes présentées à la frontière (au sens de l'art. 21 LAsi) et de la procédure applicable aux demandes déposées par un étranger résidant déjà en Suisse (en vertu de l'art. 19 al. 2 LAsi).

⁶¹⁵ Art. 22 al. 2 LAsi.

⁶¹⁶ L'art. 12 al. 2 OA 1 prévoit que c'est « [l']ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile [qui] régit l'exploitation des logements situés dans les aéroports, notamment l'utilisation des locaux dans lesquels les requérants d'asile séjournent, l'hébergement, l'occupation des chambres, la possibilité de se promener à l'air libre et la garde des objets appartenant aux requérants ».

⁶¹⁷ Art. 22 al. 3 LAsi.

⁶¹⁸ Art. 22 al. 4 LAsi.

⁶¹⁹ D'une manière générale, sur les déficits des garanties de procédure dans le cadre de la procédure à l'aéroport, voir NIDERÖST, *Rechtsschutzdefizite*, p. 18-30.

⁶²⁰ Art. 22 al. 5 LAsi. Pour plus de détails et pour une discussion des problèmes posés par ce point particulier, voir ci-dessous, le ch. III.2.4.2.4.

c'est-à-dire au maximum dans les 20 jours suivant le dépôt de sa demande⁶²¹ et, d'autre part, contre l'attribution du lieu de séjour à l'aéroport, ceci en tout temps⁶²². Cette dernière possibilité est nécessaire pour remplir l'exigence posée par l'art. 5 par. 4 CEDH⁶²³, puisque l'assignation à l'aéroport correspond à une privation de liberté au sens de l'art. 5 par. 1, let. f CEDH ainsi qu'une restriction importante de la liberté de mouvement au sens de l'art. 10 al. 2 Cst⁶²⁴.

Le Tribunal administratif doit statuer *sans délai* sur les recours contre les décisions prises en vertu de l'art. 22 al. 2 à 4, c'est-à-dire sur le refus de l'entrée en Suisse et l'assignation d'un lieu de séjour⁶²⁵.

Parallèlement à l'attribution d'un lieu de séjour, l'ODM ordonne une audition, qui sera généralement menée par la police de l'aéroport⁶²⁶. Un procès-verbal de l'audition est transmis sans délai à l'ODM qui peut encore imposer d'autres mesures d'instruction si les faits établis sont toujours insuffisants.

2.4.2.2. Les décisions rendues à l'aéroport

Sur la base de cette seconde audition (et des éventuelles mesures d'instruction complémentaires), l'ODM a trois possibilités. Les deux premières, « négatives », consistent à

- soit rendre une décision matérielle de rejet (conformément aux articles 40 et 41 LAsi),
- soit rendre une décision de non-entrée en matière (au sens des art. 32 à 35a LAsi)⁶²⁷.

En tous les cas, la décision doit être notifiée dans les 20 jours⁶²⁸ après que le requérant ait déposé sa demande.

Si la procédure prend plus de temps, l'Office doit :

⁶²¹ Art. 108 al. 3 LAsi en combinaison avec 23 al. 2 LAsi.

⁶²² Art. 108 al. 4 LAsi.

⁶²³ La Cour a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que l'art. 5 par. 4 CEDH est une *lex specialis* par rapport aux prescriptions plus générales de l'art. 13 CEDH relatif au droit à un recours effectif. Arrêt CEDH *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, § 126.

⁶²⁴ Le droit à un recours dans de telles circonstances a en premier lieu été affirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt 123 II 193 de 1997. La LAsi a ensuite été adaptée afin de répondre à cette exigence.

⁶²⁵ Art. 109 al. 3 LAsi.

⁶²⁶ L'audition a pour but d'éclaircir la situation du requérant, tant au niveau de son identité et de ses données personnelles, de sa fuite et des motifs qui l'y ont poussé, que sur les liens éventuels qu'il entretient avec une personne en Suisse ou dans un Etat tiers. Un interprète est présent si nécessaire. OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.3.

⁶²⁷ Art. 23 al. 1, let. a et b LAsi.

⁶²⁸ Avant la révision de la LAsi de 2005, la durée maximale de séjour à l'aéroport durant la procédure était de 15 jours. Ancien art. 22 al. 2 LAsi.

- autoriser l'entrée en Suisse du requérant et l'attribuer à un canton⁶²⁹.

Dans ces conditions, l'Office peut rendre les mêmes décisions à l'aéroport que sur le territoire suisse. Ainsi, ce ne sont pas que des décisions d'entrée en matière qui sont touchées ici, mais également des décisions au fond et ce même dans les cas où des mesures d'instruction supplémentaires sont nécessaires. 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 centre d'enregistrement et de procédure ; en vertu du renvoi fait par l'art. 22 al. 6 LAsi, les mêmes garanties de procédure s'appliquent.

Afin de mieux protéger les droits fondamentaux des requérants (notamment la liberté personnelle⁶³⁰ et l'interdiction du 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. Cette procédure ne devrait en tous les cas jamais être appliquée à des mineurs et encore moins à des mineurs non accompagnés.

Dans l'ensemble, les demandes d'asile présentées à l'aéroport correspondent à 3-4 % du nombre total de demandes déposées en Suisse et, en 2008, près de la moitié des demandes à l'aéroport (48 %) ont reçu une décision négative ou une décision de non-entrée en matière⁶³¹.

2.4.2.3. Les délais de recours

Le requérant doit recourir contre une décision rendue à l'aéroport (non-entrée en matière ou rejet de la demande) dans un délai de 5 jours⁶³².

Propositions de modification 2010 :

Avec les propositions de modification, ce délai de recours resterait de cinq jours ouvrables pour les décisions (à l'aéroport) de refus d'entrée en Suisse (par une décision de non-entrée en matière ou de rejet)⁶³³.

L'art. 110 al. 1 et 4 LAsi concernant les délais complémentaires accordés pour régulariser le recours prévoit 3 jours pour les recours contre une décision de rejet ou de non-entrée en matière et de 2 jours ouvrables au plus pour le recours contre une décision de refus d'entrée en Suisse et d'assignation du lieu de séjour.

Le Tribunal administratif doit statuer dans les 2 mois pour les décisions matérielles comprenant d'autres mesures d'instruction et dans un délai de 5 jours ouvrables seulement

⁶²⁹ Art. 23 al. 2 LAsi. Voir aussi ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 67.

⁶³⁰ Voir ci-dessous, le ch. III.2.4.2.4 consacré à la question de la rétention dans les zones de transit.

⁶³¹ DE GRAFFENRIED, 2009.

⁶³² Art. 108 al. 2 LAsi.

⁶³³ Art. 108 al. 2 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

s'il est renoncé à un échange d'écritures et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres actes⁶³⁴.

Pour ce qui est des recours contre les décisions de non-entrée en matière, le TAF a en principe *6 semaines* pour statuer et seulement *5 jours* ouvrables s'il est renoncé à un échange d'écritures et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres actes⁶³⁵.

Enfin, si le TAF admet un recours contre une décision de refus de l'entrée en Suisse (22 al. 2 LAsi) ou contre une décision de rejet de la demande ou de non-entrée en matière (23 al. 1 LAsi), l'ODM doit alors accorder l'autorisation d'entrer en Suisse et doit attribuer le requérant à un canton⁶³⁶.

2.4.2.4. La détention à l'aéroport

Avant de discuter de la durée et des conditions de la détention à l'aéroport, il convient de rappeler que le HCR a affirmé, en tant que principe directeur, que les requérants d'asile ne devraient pas être détenus, qualifiant cette détention d'« indésirable en soi »⁶³⁷.

Outre l'importance de ce principe général, il y a lieu ici de se préoccuper de la *durée de rétention* possible à l'aéroport. Alors que la durée précédemment établie dans le cadre de la loi de 1998 (c'est-à-dire avant la révision de 2005) était de 15 jours⁶³⁸, la rétention peut désormais aller jusqu'à 60 jours⁶³⁹, ce qui paraît excessivement long⁶⁴⁰.

Il faut toutefois préciser que l'art. 23 al. 2 LAsi prévoit qu'une décision prise à l'aéroport doit être notifiée dans les 20 jours suivant le dépôt de la demande d'asile. A défaut, si la procédure prend plus de temps, l'ODM doit alors attribuer le requérant à un canton et l'autoriser par là même à entrer sur le territoire suisse⁶⁴¹. Ainsi, la rétention à l'aéroport durant 60 jours ne peut

⁶³⁴ Art. 109 al. 2 et 4 LAsi.

⁶³⁵ Art. 109 al. 1 et 2 LAsi.

⁶³⁶ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.4.4.

⁶³⁷ HCR, *Principes directeurs*, p. 2 et 4.

⁶³⁸ Ancien art. 22 al. 2 LAsi. Au terme de ces quinze jours, si l'Office décidait de renvoyer le requérant, celui ne pouvait être détenu à l'aéroport que jusqu'au prochain vol régulier à destination de son Etat de provenance ou d'un Etat tiers, mais au plus sept jours, soit au total 22 jours maximum, ce qui représente à peine plus du tiers de la durée actuelle possible. En outre, dans cette ancienne procédure, il fallait l'approbation du HCR pour que l'ordre d'exécuter le renvoi puisse être donné, ancien art. 22 al. 3 LAsi. Sur la portée de la prise de position du HCR dans cette procédure, voir notamment JICRA 1999/15, consid. 3.

⁶³⁹ Art. 22 al. 5 LAsi, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2008.

⁶⁴⁰ A titre de comparaison, et comme nous le verrons encore par la suite, la durée de rétention à la frontière, prévue par le droit européen, est de quatre semaines, à savoir la moitié de ce qui est consacré en droit suisse.

⁶⁴¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 67.

s'appliquer que dans le cas où une décision négative d'asile a été rendue dans le délai de 20 jours.

Lorsque le requérant se voit refuser l'entrée en Suisse, un lieu de séjour lui est donc assigné dans la zone de transit de l'aéroport. Un autre lieu peut lui être attribué, par exemple un hôpital si la personne est malade, mais cette mesure ne l'autorise toutefois pas formellement à entrer sur le territoire suisse. En cas de décision de renvoi exécutoire, la détention peut aussi se faire dans une prison⁶⁴².

Cette mesure privative de liberté doit être proportionnée au sens de l'art. 36 de la Constitution fédérale. Le message de 2002 la motive de la manière suivante : « [l]a nécessité du maintien de la détention se justifie par le fait qu'une mesure moins sévère que la détention à l'aéroport suite à une décision de renvoi exécutoire mènerait à une situation grotesque, la personne concernée devant être autorisée à entrer sur le territoire aux fins de l'exécution de la décision de renvoi. De même, seul le maintien de la détention à l'aéroport ou dans une prison en vue du refoulement peut permettre d'exécuter de manière efficace les décisions de refus d'entrer en Suisse et de renvoi »⁶⁴³.

Une telle mesure doit aussi respecter les conditions de l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour EDH s'est prononcée à plusieurs reprises sur des cas de détentions dans les zones de transit des aéroports.

Il faut principalement retenir de cette jurisprudence que les placements de requérants dans des zones de transit constituent bien une détention au sens de l'art. 5 CEDH⁶⁴⁴. La Cour a précisé cette affirmation de la manière suivante : « le maintien d'étrangers dans la zone internationale [de transit] comporte une restriction à la liberté. [...] Un tel maintien n'est acceptable que s'il est assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet et ne se prolonge pas de manière excessive. Dans le cas contraire, la simple restriction à la liberté se transforme en privation de liberté »⁶⁴⁵.

Au fil de sa jurisprudence, la Cour a également apporté des précisions aux conditions que doivent remplir ces détentions pour être conformes à l'art. 5 CEDH. Elle a ainsi rappelé que « seul le déroulement de la procédure d'expulsion justifie la privation de liberté fondée sur cette disposition [art. 5 par. 1, let. f]. Si la procédure n'est pas menée avec la diligence

⁶⁴² Art. 22 al. 5 LAsi.

⁶⁴³ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6396.

⁶⁴⁴ Arrêt CEDH *Riad et Idiab c Belgique*, du 24 avril 2008, requêtes nos 29787/03 et 29810/03, § 98.

⁶⁴⁵ Idem, § 68.

requis, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 par. 1 f)⁶⁴⁶. La détention doit en outre être « régulière ». Cela signifie que les autorités qui décident de prononcer cette mesure doivent non seulement respecter les bases légales réglant la détention à l'aéroport, mais aussi les prescriptions générales de procédure. Ainsi toute privation de liberté doit être conforme au but de l'art. 5 CEDH, à savoir protéger le requérant contre l'arbitraire. Une durée de détention particulièrement longue est un indice qui doit être observé lors de l'analyse du caractère « régulier » de la détention⁶⁴⁷. En outre, « un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention »⁶⁴⁸. Enfin, il faut encore « tenir compte [...] du fait qu'une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays »⁶⁴⁹.

Dans son arrêt « Chahal », la Cour a en l'occurrence estimé que « [l]a zone de transit n'était pas un lieu approprié pour la détention que les requérants ont dû y subir. De par sa nature même, il s'agit d'un lieu destiné à accueillir des personnes pour de très courtes durées. Présentant des caractéristiques pouvant faire naître chez le détenu un sentiment de solitude, sans accès à l'extérieur pour se promener ou faire de l'exercice physique, ni structure interne de restauration, ni contact avec le monde extérieur, la zone de transit n'est en rien adaptée aux besoins d'un séjour de plus de dix jours »⁶⁵⁰. Une zone de transit n'est pas adaptée pour la détention notamment encore en raison du « caractère limité des possibilités de visite et [de] l'absence d'aménagements permettant aux personnes maintenues au centre de se rendre à l'air frais »⁶⁵¹.

Dans cette optique, dans le cas d'une décision négative et d'une rétention « prolongée », le TAF a aussi admis que, dans certaines circonstances, la rétention dans la zone de transit de l'aéroport devait être levée⁶⁵². Il s'agissait en l'occurrence d'un cas où une mère et sa fille de sept ans ont été retenues durant 47 jours dans la zone de transit de l'aéroport, alors que la décision finale (confirmée par le TAF) avait été rendue après 29 jours et qu'il avait été précisé dans la décision de l'ODM que les intéressées devaient être assignées dans la zone de transit

⁶⁴⁶ Arrêt CEDH *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, § 113. Le Conseil de l'Europe avait d'ailleurs émis une recommandation deux ans avant dans laquelle il exhortait les Etats à examiner les demandes d'asile présentées à l'aéroport « avec toute la diligence requise pour ne pas prolonger le maintien du requérant à l'aéroport au-delà du temps strictement nécessaire au traitement d'une telle demande ». CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (94) 5*, par. 5.

⁶⁴⁷ Arrêt CEDH *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, § 118 et 119.

⁶⁴⁸ Arrêt CEDH *Riad et Idiab c Belgique*, du 24 avril 2008, requêtes nos 29787/03 et 29810/03, § 77. Sur ce point en particulier, le message du Conseil fédéral de 2002, qui justifie la nécessité de la détention en aéroport, va clairement dans le même sens. Voir la note 643 ci-dessus.

⁶⁴⁹ Arrêt CEDH *Amuur c. France*, du 25 juin 1996, requête no 19776/92, § 43. Cet arrêt a été décisif pour la pratique suisse.

⁶⁵⁰ Arrêt CEDH *Riad et Idiab c Belgique*, du 24 avril 2008, requêtes nos 29787/03 et 29810/03, § 104.

⁶⁵¹ Idem, § 105.

⁶⁵² ODAE-ROMAND, cas 046.

« pour une durée maximale de 60 jours "pendant la procédure d'asile" ». Dans ces conditions, le TAF a estimé « qu'en l'occurrence, [la procédure] a été close par décision sur recours du Tribunal [...], qu'en conséquence, et en l'absence de nouvelle décision d'assignation (art. 22 al. 3 et 4 LAsi) postérieure à cette date, la rétention des recourantes à l'aéroport de Genève-Cointrin s'avère [...] dénuée de justification »⁶⁵³. Les conditions de détention des recourantes durant ces 47 jours ont été décrites par l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers : les deux femmes dormaient dans un dortoir sans fenêtre, ont reçu à manger des pâtes et des sandwichs et n'ont eu le droit de sortir que deux fois à l'air libre, contrairement à l'art. 15 de l'ordonnance du DFJP qui prévoit une promenade quotidienne.

C'est en effet l'ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile⁶⁵⁴ qui réglemente notamment le séjour des requérants à l'aéroport⁶⁵⁵. Outre l'hébergement, les contacts avec l'extérieur et les objets saisis, elle prévoit encore par exemple que les requérants peuvent se déplacer librement, mais uniquement dans la zone de transit et qu'ils ont droit à une promenade quotidienne en plein air. Les représentants des Eglises peuvent accéder aux logements et les représentants légaux peuvent avoir des entretiens avec les requérants d'asile⁶⁵⁶.

Cette ordonnance rejoint sur la plupart des points la recommandation du Conseil de l'Europe relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats Membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens⁶⁵⁷. Celle-ci prévoit en effet que « lorsqu'il doit rester à la frontière dans l'attente d'une décision, le demandeur d'asile doit être accueilli et hébergé dans un lieu approprié, dans la mesure du possible prévu à cet effet »⁶⁵⁸. Cet accueil à la frontière doit en outre être garanti dans les meilleures conditions possibles et « l'autorité responsable doit fournir l'hébergement et la nourriture

⁶⁵³ Arrêt TAF E-3054/2008, p. 3. Une situation similaire a été décrite récemment par la presse quotidienne. Une famille avec trois enfants a été retenue 49 jours à l'aéroport de Zurich. La presse précise que la famille n'a pas eu la possibilité de sortir prendre l'air durant toute la durée de rétention. Voir notamment : 20 MINUTES, *Une famille de réfugiés bloquée 49 jours à Kloten*, 2 août 2011.

⁶⁵⁴ RS 142.311.23.

⁶⁵⁵ Art. 12 al. 2 OA 1. En ce qui concerne les frais, l'ODM rembourse pendant maximum 60 jours les frais d'hébergement, d'encadrement, de repas et d'assistance médicale et dentaire de base ou d'urgence. Art. 53a OA 2.

⁶⁵⁶ Une description détaillée des conditions de vie des requérants dans les nouveaux locaux de la zone de transit de Genève peut être lue dans les articles des journaux Le Courrier et Le Temps, les médias ayant été invités à une « visite guidée » en septembre 2009. Ayant également tenté d'obtenir une autorisation pour participer à cette journée, la réponse suivante m'a été rendue par l'ODM : « [I]eider können an dieser Besichtigung nur Medienschaffende teilnehmen. Erfahrungsgemäss haben Journalisten an solchen Führungen andere Erwartungen und Interessen als Fachpersonen ». Aucune suite n'a été donnée à mes demandes écrites répétées de pouvoir bénéficier d'une visite personnelle, comme cela m'avait pourtant été assuré par téléphone. Pour les comptes-rendus de la presse, voir CHAVAZ, 2009 et DE GRAFFENRIED, 2009.

⁶⁵⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (94) 5*.

⁶⁵⁸ Idem, par. 9.

correspondant à des conditions suffisantes et, autant que possible, en cas d'hébergement prolongé, un équipement de type récréatif»⁶⁵⁹. Enfin, « après la première audition par les autorités compétentes, le demandeur doit pouvoir contacter un conseiller juridique ou un avocat » et « une assistance médicale et sociale doit être assurée »⁶⁶⁰.

Au vu de ce qui précède, la détention à l'aéroport doit donc respecter strictement un certain nombre de conditions mentionnées ci-dessus pour être conforme aux droits fondamentaux. En particulier, la durée de la détention doit être proportionnée – ou autrement dit, doit se trouver dans un rapport raisonnable – avec le but de cette privation de liberté pour ne pas devenir arbitraire⁶⁶¹.

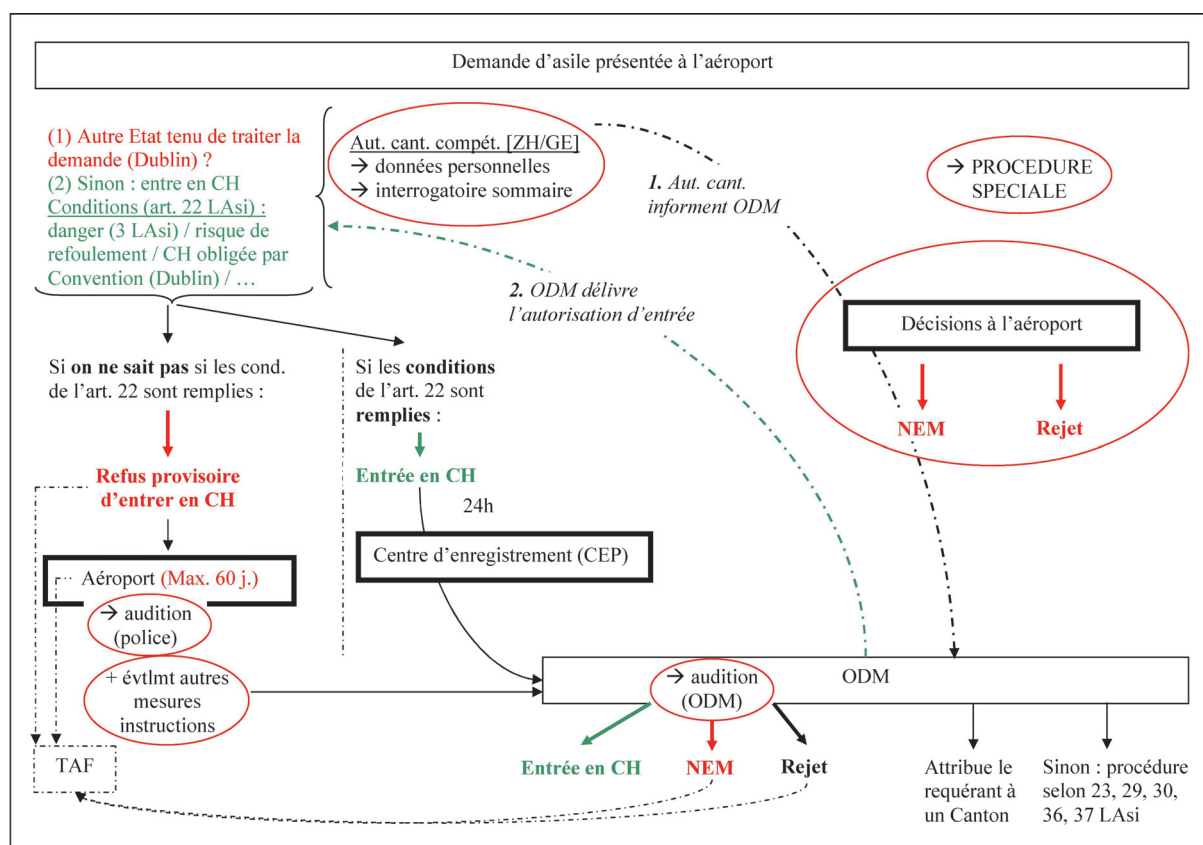


Schéma E : Vue d'ensemble de la procédure d'asile à l'aéroport

⁶⁵⁹ Idem, par. 16 et 17.

⁶⁶⁰ Idem, par. 15 et 18.

⁶⁶¹ HAILBRONNER, *Detention*, p. 169.

2.5. Les cas de procédure accélérée

2.5.1. Remarques introductives : précisions terminologiques et démarche

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 »⁶⁶² 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 ».

Ainsi résumée, cette notion paraît simple et claire. En se penchant plus avant sur ce concept, tel qu'il est défini en Suisse ou dans l'Union européenne, on réalise cependant qu'il n'en est rien. Apparaissent alors de nombreuses notions qui parfois semblent se recouper et parfois se distancer : procédure accélérée, procédure prioritaire, procédure spéciale ; non-entrée en matière, irrecevabilité, demandes manifestement infondées ; concepts du « premier pays d'asile », de l'« Etat tiers sûr », de l'« Etat d'origine sûr » ou encore de l'« Etat tiers européen sûr » : autant d'expressions utilisées pour parler d'une même idée générale, mais qui comportent toutes leurs nuances, parfois subtiles et souvent difficiles à distinguer. 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.

Ce chapitre abordera dans un premier temps les différents types de procédures accélérées ou, en d'autres termes, les différentes non-entrées en matière actuelles (ch. 2.5.2), puis approfondira le cas de la non-entrée en matière lorsqu'il n'y a pas de risque de persécution (ch. 2.5.3), avant de terminer par les règles de procédure applicables à ces procédures accélérées (ch. 2.5.4).

⁶⁶² Notion qui était notamment en vigueur dans la loi sur l'asile de 1998 en sa version initiale.

2.5.2. Les différents types de non-entrée en matière

2.5.2.1. Remarques liminaires

La loi sur l'asile prévoit un certain nombre de cas pour lesquels il est possible de rendre une décision de non-entrée en matière et pour lesquels la procédure est donc « accélérée ». En particulier, c'est l'article 32 (al. 1 et 2) qui définit quels sont les motifs de non-entrée en matière. Il est complété par les art. 33 à 35a qui présentent d'autres cas de non-entrée en matière.

Les différentes dispositions relatives à la non-entrée en matière n'ont pas d'alternatives, ce qui implique que les autorités n'ont aucune marge de manœuvre : lorsque les conditions des art. 32 à 35 sont remplies, une décision de non-entrée en matière doit obligatoirement être rendue⁶⁶³.

2.5.2.2. Les motifs de non-entrée en matière de l'art. 32 LAsi

L'article 32 contient une longue liste – exhaustive⁶⁶⁴ – de cas de non-entrée en matière. Selon l'ODM, ces situations reposent presque toutes « sur le principe que le requérant d'asile fait valoir sa demande dans des circonstances d'abus de droit »⁶⁶⁵, bien que la jurisprudence ait expressément précisé que l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 CC ne peut pas constituer en soi un motif de non-entrée en matière⁶⁶⁶. L'abus de droit tel qu'il est présenté ici implique qu'il est présumé que l'étranger dépose une demande d'asile pour pouvoir entrer en Suisse et y travailler, et non pas dans le but d'échapper à des persécutions. Cette présomption est douteuse, dans un certain nombre d'hypothèses en tout cas, parce qu'il est difficile d'affirmer que le demandeur ne présente pas de papiers d'identité (par exemple) uniquement dans un but d'abus de droit. A l'inverse, il n'est pas non plus possible d'affirmer qu'une telle situation n'est jamais abusive, mais il existe certainement un nombre important de raisons objectives qui peuvent justifier l'absence de documents officiels. En outre, l'art. 32 al. 2, let. b semble spécifiquement prévu pour les situations réellement abusives. Ainsi, dans la perspective d'abus de droit présentée par l'ODM, « [l]e demandeur d'asile prend alors la

⁶⁶³ « Diese Bestimmungen sind nicht als "Kann-Bestimmung" formuliert und räumen folglich dem BF[M] kein Rechtsfolgeermessen ein. Vielmehr muss das BF[M] einen Nichteintretensentscheid dann fällen, wenn es feststellt, dass ein Tatbestand der Art. 32 bis 34 AsylG erfüllt ist », JICRA 2002/15, consid. 5c.

⁶⁶⁴ Voir le 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, 56 ainsi qu'une décision de la CRA allant dans ce sens, JICRA 1998/32, consid. 3.

⁶⁶⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. F § 2*, p. 4.

⁶⁶⁶ JICRA 1998/32, consid. 3 e).

figure d'un menteur. L'incrédulité, la suspicion, le manque de fondement sont désormais prééminents dans l'approche qu'ont les Etats d'accueil des demandeurs d'asile »⁶⁶⁷.

Les cas de non-entrée en matière de l'art. 32 sont les suivants. Il n'est pas entré en matière :

- lorsqu'il n'y a pas de demande d'asile au sens de l'article 18 (art. 32 al. 1),
- lorsque le demandeur ne remet pas ses papiers d'identité ou ses documents de voyage, dans un délai de 48 heures après avoir déposé sa demande (art. 32 al. 2, let. a),
- lorsque le requérant a trompé les autorités sur son identité (art. 32 al. 2, let. b),
- lorsqu'il a gravement failli à son obligation de collaborer (art. 32 al. 2, let. c),
- lorsqu'il a déjà reçu préalablement une décision négative en Suisse ou qu'il est rentré dans son Etat d'origine alors que la procédure était en suspens et ce, pour autant qu'il n'y ait pas de faits nouveaux qui seraient déterminants pour l'octroi de la qualité de réfugié ou de la protection provisoire (art. 32 al. 2, let. e),
- et lorsqu'il a déjà reçu préalablement une décision négative, mais qui a été rendue dans un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et qu'aucun fait nouveau ne s'est produit dans l'intervalle (art. 32 al. 2, let. f).

Dans le cadre d'une décision de non-entrée en matière, la procédure est alors accélérée puisque la demande d'asile n'est en principe pas examinée au fond. Toutefois, comme déjà indiqué, il est possible qu'un début d'examen matériel doive parfois avoir lieu, par exemple lorsque l'autorité doit apprécier le bien-fondé des motifs invoqués pour excuser le retard dans la remise des papiers d'identité ou des documents de voyage, ainsi que, comme on le verra encore plus loin, lorsque l'autorité compétente doit se déterminer sur des éventuels indices de persécution dans les cas des pays tiers sûrs⁶⁶⁸.

La décision de non-entrée en matière rendue pour le motif de la *lettre a* (*non remise des documents d'identité dans un délai de 48 heures*) se base sur une condition formelle stricte et

⁶⁶⁷ LANTERO, p. 87.

⁶⁶⁸ Dans ce sens, ATAF 2007/8, consid. 5.2 : « In den meisten übrigen Fällen (Zweitasyllgesuch, vorgängiger ablehnender Asylentscheid in einem Staat der Europäischen Union [EU], missbräuchliche Nachreichung eines Gesuchs, Herkunft aus verfolgungssicherem Staat, nach Aufhebung des vorübergehenden Schutzes) ist ein Nichteintretensentscheid nur zulässig, wenn keine Hinweise auf Verfolgung vorliegen. Eine entsprechende Feststellung bedingt jedoch eine zumindest summarische materielle Prüfung, aus der sich das offensichtliche Fehlen von Hinweisen auf Verfolgung ergibt. Damit wird der Grundsatz des rein formellen Nichteintretensentscheides nach bisherigem Recht bereits durchbrochen : Eine – wenn auch nur summarische – materielle Prüfung der Vorbringen führt zurück zum Nichteintreten auf das Asylgesuch ».

qui pourrait avoir pour conséquence de ne pas accorder de protection à un requérant, alors que fondamentalement il se peut qu'il remplisse les conditions de l'asile⁶⁶⁹.

Le Tribunal administratif fédéral a précisé, dans un arrêt de principe, ce que la formule « documents de voyage » ou « pièces d'identité » comprend : seuls sont admis les documents et pièces qui ont été délivrés par les autorités nationales dans le but d'établir l'identité (y compris la nationalité), qui garantissent l'absence de falsification et permettent le renvoi. En d'autres termes ne sont admis que les passeports ou cartes d'identité⁶⁷⁰.

Pour atténuer en quelque sorte cette règle sévère, un troisième alinéa, ajouté suite aux modifications de 2005, prévoit, dans le cas des papiers d'identité ou des documents de voyages, que l'art. 32 al. 2, let. a, ne sera pas appliqué :

- lorsque le requérant peut expliquer l'absence de papiers, c'est-à-dire lorsqu'il rend vraisemblable que, pour des motifs excusables, il ne peut pas remettre aux autorités ses documents de voyage ou ses pièces d'identité dans un délai de 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile (let. a)⁶⁷¹ ;
- lorsque la qualité de réfugié est établie au terme de l'audition, conformément aux art. 3 et 7 (let. b)⁶⁷² ; ou
- lorsque l'audition fait apparaître la nécessité d'introduire d'autres mesures d'instruction pour établir la qualité de réfugié ou pour constater l'existence d'un empêchement à l'exécution du renvoi (let. c)⁶⁷³.

La non-remise des pièces d'identité ou des documents de voyage est donc susceptible d'aboutir à une décision de non-entrée en matière. Bien que le but de cette disposition fût d'éviter que des personnes détruisent ou cachent leurs papiers avec pour dessein de prolonger

⁶⁶⁹ Cette disposition concerne un nombre important de personnes, puisqu'en 2009, sur les 16'005 personnes ayant déposé une demande d'asile en Suisse, 4558 ont présenté un passeport ou une carte d'identité, ce qui correspond à 28,5 %. 11,5 % des requérants ont présenté d'autres documents qui ne sont pas considérés comme valables et 60 % n'ont pas remis de documents. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 11.

⁶⁷⁰ Ainsi, les permis de conduire, les cartes professionnelles, les certificats scolaires et les actes de naissance ne sont pas reconnus comme tels. ATAF 2007/7, consid. 4-6. Voir aussi l'art. 1 let. b et c de l'OA 1 qui définit ce qui est entendu par « document de voyage », « pièce d'identité » ou « papier d'identité ».

⁶⁷¹ En pratique, cette clause est surtout reconnue pour les mineurs non accompagnés, mais l'est bien moins pour les autres requérants. Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁶⁷² Cette situation est plutôt rare. Idem.

⁶⁷³ C'est avant tout ce dernier motif qui est le plus souvent invoqué en pratique, notamment s'il y a un début d'argumentation matérielle dans la décision de non-entrée en matière. Plus généralement, concernant ces « mesures de précaution » et les risques qui demeurent malgré tout, voir KÄLIN, *Nichteintreten auf Asylgesuche*, p. 25-28.

leur séjour en Suisse⁶⁷⁴, l'introduction de ce motif de non-entrée en matière n'a toutefois pas remporté le succès escompté⁶⁷⁵.

Ainsi l'ODM, dans son Manuel de procédure, décrit de quelle manière les autorités doivent se conduire pour apprécier le caractère excusable des motifs avancés par le demandeur d'asile. Il s'agit de procéder à un examen de la vraisemblance (au sens de l'art. 7 LAsi) : si les raisons présentées par le requérant sont invraisemblables, contradictoires, « sans rapport avec les faits et la réalité du contexte propre à son pays d'origine », ou encore si le demandeur « recourt à des arguments stéréotypés ou dénués de tout fondement », l'absence de papiers sera difficilement justifiable et les exigences relatives aux motifs d'asile et à l'itinéraire emprunté seront plus élevées. En outre, si le demandeur ne fournit « manifestement aucun effort pour se procurer des papiers », l'ODM va encore plus loin et estime que cela « constitue une preuve flagrante que l'absence de papiers n'est en aucun cas excusable »⁶⁷⁶.

Il peut toutefois exister une multitude de raisons pour lesquelles les demandeurs se trouvent sans papier et parfois cette absence de documents est même directement liée aux motifs de fuite et aux persécutions dans l'Etat d'origine. Il est donc tout à fait regrettable qu'une décision de non-entrée en matière puisse être prise sur de simples motifs d'ordre formel, bien que le requérant remplisse peut-être tous les critères nécessaires à la qualité de réfugié. GATTIKER relève que les motifs excusables sont ceux liés à la fuite, par exemple des structures étatiques inexistantes au moment du départ précipité, la confiscation des documents par les autorités ou par les passeurs, mais aussi ceux liés à des circonstances d'ordre pénal, lors d'un vol des papiers par exemple. La destruction ou la dissimulation ne sont par contre pas admis comme motifs excusables⁶⁷⁷. Les « motifs excusables » présentés à titre d'exemple par le TAF dans son arrêt 2010/2 vont dans le même sens : il s'agit notamment des cas où le requérant, à la suite de l'effondrement du pouvoir de l'Etat, ne peut plus obtenir de documents

⁶⁷⁴ ATAF 2010/2, consid. 5.3. GRISEL estime en outre que le délai de 48 heures s'apparente plutôt à un « délai d'ordre », parce qu'en pratique il est assez difficilement réalisable : le requérant qui n'a vraiment pas de papiers d'identité sera presque assurément dans l'impossibilité de s'en procurer dans un délai si court. Ce délai serait donc plus une « menace » pour le requérant qui refuserait de produire ses documents. GRISEL, *L'obligation de collaborer*, p. 258.

⁶⁷⁵ Si en 2006 (donc avant l'entrée en vigueur de ce nouveau motif de non-entrée en matière) seuls 24,7 % des demandeurs d'asile déposaient leurs papiers, en 2008 et en 2009, ce pourcentage n'avait pas fondamentalement changé, puisqu'il s'élevait respectivement à 27,6 % et 28,8 %. Sur ces chiffres, voir DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 3.

⁶⁷⁶ Sont cités comme exemples d'arguments stéréotypés : « Je n'ai jamais possédé de papiers d'identité » ; « Je n'ai jamais été contrôlé durant tout mon voyage » ; « C'est le passeur qui s'est occupé de tout pour moi », « Je ne peux pas me procurer de papiers, car je ne connais plus personne dans mon pays d'origine ». Une précision – bienvenue – vient tout de même relativiser cette démarche en rappelant que les décisions doivent cependant toujours être prises au cas par cas, « certaines déclarations récurrentes pouvant parfois être justes ». OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. F § 2, p. 12.

⁶⁷⁷ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 44, GRISEL, *L'obligation de collaborer*, p. 258. Voir aussi NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 498.

d'identité valables, ou lorsqu'il résulte d'une histoire vraisemblable de persécution qu'il aurait été effectivement impossible pour un requérant de se procurer des papiers, ou encore lorsque le requérant n'est plus en possession de ses documents pour des motifs dont il n'est pas responsable, notamment lorsqu'il est victime d'un vol⁶⁷⁸.

En outre, lorsque le requérant dispose de papiers d'identité ou de voyage, mais qu'il ne peut pas les présenter dans le délai de 48 heures, parce qu'il les a laissés dans son pays d'origine, l'art. 32 al. 2, let. a ne peut pas lui être appliqué, s'il s'efforce immédiatement et sérieusement de se les procurer dans un délai convenable⁶⁷⁹. En l'occurrence, dans cette affaire, le demandeur d'asile a pu rendre vraisemblable le fait d'avoir laissé ses papiers dans son pays et il a au surplus été en mesure de les produire par la suite. Cette reconnaissance de « motifs excusables » par le Tribunal administratif fédéral est la bienvenue et contraste avec ses premiers mois de jurisprudence lors desquels le TAF n'avait retenu aucun motif excusant l'absence de pièces d'identité, sauf pour les requérants provenant de pays comme la Somalie où il était clair que l'Etat n'établissait plus de pièces d'identité⁶⁸⁰.

Dans le cas où un requérant n'a pas présenté d'excuses valables justifiant de ne pas produire ses pièces d'identité en première instance, le TAF estime qu'« il n'y a pas de raison d'annuler la décision de non-entrée en matière pour ce motif, quand bien même il en produirait au stade du recours »⁶⁸¹.

Enfin, avant les modifications introduites en 2005, la loi sur l'asile de 1998 prévoyait comme autre dérogation le cas où il y avait des indices de persécution « pas manifestement sans fondement », ce qui signifiait que lorsque de tels indices étaient apportés, les autorités devaient alors entrer en matière. Cette exception a été malheureusement supprimée. Il est désormais prévu (par la let. c de l'al. 3) que l'entrée en matière n'est obligatoire que si, au terme de l'audition, des mesures d'instruction supplémentaires pour pouvoir établir la qualité

⁶⁷⁸ ATAF 2010/2, consid. 5.6.

⁶⁷⁹ Idem, consid. 6.3.

⁶⁸⁰ C'est en tout cas ce que relève l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers à l'issue des neuf premiers mois d'activité du TAF. ODAE-ROMAND, note thématique 001. A titre d'illustration, un arrêt non publié du 2 mars 2007 confirmait une non-entrée en matière motivée par l'absence de papiers d'identité dans un cas où un requérant guinéen, emprisonné et torturé pour avoir manifesté contre le gouvernement, s'était évadé suite à une mutinerie. Alléguant qu'il n'a jamais eu de document d'identité et qu'il ne dispose pas d'un réseau familial lui permettant de lui en procurer, ce requérant ne verra pas son cas traité sur le fond, le TAF confirmant la décision de l'ODM. ODAE-ROMAND, cas 007. Voir également un autre cas, du 25 février 2008, confirmant le fait qu'un Etat (en l'occurrence l'Ouganda) ne délivre pas de carte d'identité et qu'un passeport soit très difficile à obtenir (informations confirmées par les autorités canadiennes d'immigration) n'est pas une excuse suffisante, au regard notamment du caractère peu convaincant du récit de voyage fait par le requérant. Arrêt TAF E-7056/2007, consid. 3.1, ODAE-ROMAND, cas 031.

⁶⁸¹ Arrêt TAF D-7676/2008, p. 5 qui renvoie pour ce point à la jurisprudence de la CRA, JICRA 1999/16, consid. 5c/aa.

de réfugié se révèlent nécessaires. Le Tribunal administratif fédéral a estimé, dans un arrêt de principe du 11 juillet 2007, que des doutes sur le droit d'un requérant à obtenir l'asile ne suffisent pas pour que l'autorité doive entrer en matière ; il faut en plus que ces doutes ne puissent être éclaircis par un examen sommaire du cas⁶⁸². Ne laissant planer aucun doute sur l'intention de cette disposition, le TAF a clairement rappelé, dans un autre arrêt, qu'« [a]vec la nouvelle réglementation prévue à l'art. 32 al. 2 let. a et à l'art. 32 al. 3 LAsi, le législateur n'a pas seulement souhaité introduire une formulation plus restrictive s'agissant de la qualité des papiers d'identité à produire. Il a également voulu instaurer une procédure d'examen matériel sommaire et définitif de l'existence ou non de la qualité de réfugié »⁶⁸³.

Cette nouvelle formulation et son interprétation ont pour conséquence de restreindre encore l'accès à la procédure d'examen pour les demandeurs et risquent d'aboutir à des violations du droit international des réfugiés si des cas réels de réfugiés ne sont simplement pas pris en compte pour des motifs formels et que ces personnes sont contraintes de retourner dans leur pays d'origine (formellement du moins ; en pratique, l'exécution du renvoi présentera d'importantes difficultés)⁶⁸⁴.

En ce qui concerne *la tromperie sur l'identité*, mentionnée à l'alinéa 2, *lettre b*, la preuve du dol doit se baser sur des moyens objectifs (par exemple examen dactyloscopique). Le message de 1998 précisait déjà que « l'intention subjective du requérant d'induire en erreur les autorités n'a pas à être prouvée. La seule constatation de l'identité multiple suffit pour

⁶⁸² ATAF 2007/8. En résumé, la situation est donc la suivante : si, sur la base d'un examen sommaire, le requérant a manifestement la qualité de réfugié, il y a aura entrée en matière. En revanche, si, sur cette même base, le requérant n'a manifestement *pas* la qualité de réfugié, il ne sera pas entré en matière (consid. 5.6.5). Enfin, lorsque – sur la base d'une procédure matérielle sommaire – il n'est pas possible de déterminer d'une manière décisive si le requérant d'asile a (ou n'a pas) manifestement la qualité de réfugié, il y a lieu d'entrer en matière sur la demande d'asile et d'entreprendre, dans le cadre d'une procédure ordinaire, d'autres mesures d'instructions (consid. 5.6.6). En ce qui concerne les mesures d'instruction supplémentaires, voir l'art. 41 LAsi, ainsi que 28a de l'OA 1 qui, pour celui-ci, donne une liste de mesures qui ne sont justement *pas* considérées comme des mesures d'instruction supplémentaires. Sur cet arrêt, voir BECK, p. 3-11.

⁶⁸³ Arrêt TAF E-6460/2007, consid. 3.1.

⁶⁸⁴ Pour un exemple saisissant de décision de non-entrée en matière rendue par l'ODM pour absence de papiers d'identité, mais corrigée ensuite par le TAF, voir l'arrêt E-4864/2006, du 29 janvier 2008. Dans cette affaire, l'ODM a refusé pour ce motif d'entrer en matière sur une demande présentée par une jeune femme originaire du Libéria qui alléguait avoir été enlevée à l'âge de 10 ans par des rebelles et avoir ensuite été gardée comme esclave et régulièrement violée jusqu'à ce qu'elle réussisse à s'enfuir et à rejoindre la Suisse en 1998, alors âgée de 18 ans. Dans sa décision, l'ODM a, en plus de la non-entrée en matière, « prononcé le renvoi de Suisse [...], ordonné l'exécution immédiate de cette mesure et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours. Cette autorité a notamment considéré que l'intéressée n'avait pas produit de documents permettant de l'identifier et estimé qu'au vu de ses déclarations, elle ne provenait pas du Libéria, de sorte que les événements prétendument vécus dans ce pays étaient dépourvus de tout fondement » (Faits, B.b). Après neuf ans de procédure, trois recours et trois demandes de réexamen, sa qualité de réfugié sera admise par le TAF qui reconnaît la vraisemblance des faits présentés. ODAE-ROMAND, cas 026.

conclure à la tromperie »⁶⁸⁵. En outre, l'identité comprend les noms, prénoms et nationalités, l'ethnie, la date et le lieu de naissance ainsi que le sexe⁶⁸⁶. Si presque tous les éléments mentionnés peuvent être établis de manière objective, la détermination de l'ethnie semble être nettement plus problématique. GATTIKER relève de surcroît qu'il n'était pas nécessaire d'utiliser une définition différente de l'identité dans le cas de l'asile que celle existant déjà dans l'ordre juridique suisse⁶⁸⁷.

La *lettre e* comprend les cas où le demandeur a déjà fait l'objet d'une procédure d'asile en Suisse qui a abouti à une décision négative, ou l'hypothèse où le demandeur est rentré dans son pays d'origine alors que la procédure était en suspens en Suisse. Il est supposé qu'un nouvel examen au fond n'est pas nécessaire s'il y en a déjà eu un dans une procédure précédente, sauf si des faits nouveaux susceptibles de motiver désormais la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se sont produits dans l'intervalle.

La *lettre f* vise une décision à peu près analogue à celle de la première partie de la lettre e, mais au niveau européen : il n'est pas entré en matière lorsque le demandeur a déjà fait l'objet d'une décision négative dans un Etat membre de l'UE ou de l'EEE, à moins qu'il existe des indices de faits nouveaux permettant de penser que le requérant répondrait désormais à la qualité de réfugié ou aux conditions de la protection provisoire. La Commission de recours en matière d'asile a rendu à ce sujet un arrêt de principe dans lequel elle explique qu'il y a tout de même lieu d'entrer en matière dans un tel cas si le demandeur peut renverser la présomption selon laquelle il ne remplirait pas la qualité de réfugié, et ce même si aucun fait déterminant pour la qualité de réfugié ne s'est produit dans l'intervalle⁶⁸⁸.

2.5.2.3. Le cas de dépôt ultérieur abusif d'une demande d'asile (art. 33 LAsi)

Une demande d'asile est irrecevable lorsqu'un requérant qui séjourne irrégulièrement sur le territoire présente une demande dans le but manifeste de se soustraire à l'exécution imminente

⁶⁸⁵ 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, 56. Pour un exemple d'« identité multiple » considéré comme abusif, voir un cas (non public) dans lequel l'ODM a rendu une décision de non-entrée en matière au sens de la lettre b pour les raisons suivantes : la requérante d'asile d'origine africaine est arrivée en Suisse avec un faux passeport (elle est enregistrée sous cette « fausse » identité à son arrivée en Suisse). Simultanément, en déposant sa demande d'asile à l'aéroport, elle déclare avoir voyagé avec un faux passeport et présente divers (autres) documents pour prouver son identité. Parmi ces documents figurent : l'original d'un jugement tenant lieu d'acte de naissance, un certificat de mariage religieux, ainsi qu'une copie de l'intégralité de son livret scolaire (de la 1^{ère} à la 9^{ème} année, photos d'identité comprises). L'autorité n'entre pas en matière en invoquant une tromperie sur l'identité, alors que la requérante a spontanément et immédiatement annoncé avoir voyagé avec un faux passeport (« prêté » par le passeur qu'elle a payé) et a directement remis en parallèle divers autres documents d'identité, non reconnus par les autorités.

⁶⁸⁶ Art. 1, let. a OA 1.

⁶⁸⁷ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 41.

⁶⁸⁸ JICRA 2006/33.

d'une expulsion ou d'un renvoi. Cette intention d'abus manifeste est présumée si la demande d'asile suit ou précède de peu une arrestation, une procédure pénale ou l'exécution d'une peine ou encore une décision de renvoi. Toutefois ce principe de non-entrée en matière n'est pas applicable lorsque le demandeur n'a pas pu déposer sa demande plus tôt ou qu'il existe des indices de persécution⁶⁸⁹.

GATTIKER estime qu'il faut déterminer quel est le but de la demande d'asile et que ce n'est pas le moment auquel la demande est déposée qui est décisif. Il existe en effet des motifs qui peuvent expliquer le retard dans le dépôt de la demande (en cas de maladie par exemple)⁶⁹⁰. Le fait de présumer une intention d'abus manifeste dans certaines situations liées au moment du dépôt de la demande implique que c'est au demandeur de supporter le fardeau de la preuve du contraire. Il doit pour cela pouvoir justifier le retard dans le dépôt de sa demande, ou faire valoir qu'il existe des risques qu'il soit persécuté s'il est renvoyé dans son pays.

2.5.2.4. Le cas de l'absence de risque de persécution à l'étranger (art. 34 LAsi) : renvoi

L'article 34 LAsi porte aussi sur un cas de non-entrée en matière, à savoir l'hypothèse dans laquelle il n'existe pas de risque de persécution. Cependant, comme il traite en grande partie de l'application des notions d'Etats d'origine et d'Etats tiers sûrs, cet article sera examiné dans un chapitre particulier consacré à ces concepts spécifiques (cf. ci-dessous 2.5.3).

2.5.2.5. La non-entrée en matière après la levée de la protection provisoire (art. 35 LAsi)

L'article 35 concerne la fin de la protection provisoire et prévoit que s'il n'existe alors aucun indice de persécution, il n'est pas entré en matière sur une demande d'asile individuelle déposée par un requérant.

L'examen de la demande d'asile individuelle est interrompu lors de l'octroi de la protection provisoire à un groupe déterminé de personnes à protéger. Il est ensuite repris, individuellement, lorsque cette protection est levée. La règle générale veut que la procédure se termine alors par une décision de non-entrée en matière, sauf si le requérant, au moment d'être entendu, arrive à prouver qu'il risque d'être persécuté en cas de renvoi dans son pays d'origine, ce qui, dans une procédure accélérée, n'est pas évident. Toutefois, à la décision de non-entrée en matière sur la demande d'asile, doit être assorti l'examen du renvoi et, dans ce cadre, il est possible d'aboutir alors à une admission provisoire.

Cet article reprend, en ce qui concerne le mécanisme de preuve, la systématique générale établie pour le cas des Etats d'origine désignés comme sûrs par le Conseil fédéral. C'est en effet au demandeur d'apporter les indices de persécution qu'il pourrait y avoir dans son cas

⁶⁸⁹ Art. 33 al. 1 à 3 LAsi.

⁶⁹⁰ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 46.

particulier et de réfuter ainsi la présomption de sûreté. Dans ce cas, les autorités compétentes devront alors examiner le cas particulier du demandeur, mais garderont toutefois la possibilité de passer par une procédure accélérée⁶⁹¹.

2.5.2.6. Le classement de la demande et la non-entrée en matière après la réouverture de la procédure (art. 35a LAsi)

Le principe de l'article 35a veut qu'en cas de nouvelle demande déposée par le requérant (après que la précédente a été classée parce que le demandeur l'avait retirée par exemple ou qu'il avait disparu), la procédure soit à nouveau ouverte. Toutefois, et comme l'indique clairement le titre de l'article, l'exception à ce principe semble presque être en fait la règle générale. Il est en effet prévu qu'il n'est entré en matière sur cette demande que s'il y a des indices qui tendent à motiver la qualité de réfugié ou à octroyer la protection provisoire.

Ce cas de « réouverture » d'une demande doit se distinguer de l'hypothèse de l'art. 32 al. 2, let. e qui concerne une deuxième demande d'asile. Dans le cas de la « réouverture » au sens de l'art. 35a LAsi, l'ODM doit statuer sur tous les faits présentés, qu'ils soient invoqués lors de cette nouvelle demande ou qu'ils l'aient été lors de la demande initiale, c'est-à-dire avant le classement, parce que la qualité de réfugié n'a pas encore été examinée sur le fond⁶⁹². Ainsi, le but de la réouverture d'une demande d'asile classée est de pouvoir statuer au fond et il est particulièrement important, dans l'hypothèse du retrait de la demande, que tous les faits pertinents puissent être pris en compte et pas uniquement les éléments « nouveaux ».

Le fait de « rouvrir » une procédure, plutôt que d'en ouvrir une nouvelle, a pour conséquence d'éviter de repasser par toute la procédure au centre d'enregistrement et de reprendre l'ancienne procédure après que l'attribution au canton ait eu lieu. La décision de rouvrir une procédure fait l'objet d'une décision incidente⁶⁹³. Une audition sur les motifs d'asile n'a lieu que si le requérant n'en avait pas fait l'objet lors de la procédure interrompue ou s'il fait valoir de nouveaux motifs et qu'il existe des indices propres à motiver la qualité de réfugié ou d'admis provisoire⁶⁹⁴. « Pour apprécier s'il y a des indices de persécution, au sens de l'art. 35a LAsi, l'ODM doit donc se baser sur les déclarations faites par l'intéressé avant le classement de sa demande et sur celles faites lorsqu'il a été entendu à la suite de sa demande de réouverture de procédure »⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ 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, 58.

⁶⁹² ATAF 2008/57, consid. 3.1.

⁶⁹³ Art. 29 al. 1 et 2 OA 1.

⁶⁹⁴ Art. 36 al. 1, let. c LAsi.

⁶⁹⁵ ATAF 2008/57, consid. 3.4.

2.5.2.7. *L'admission dans un Etat tiers (art. 52 LAsi)*

Si une personne qui se trouve à l'étranger demande l'asile en Suisse, celui-ci peut lui être refusé s'il peut être attendu d'elle qu'elle s'efforce d'être admise dans un autre Etat.

Dans ce cas, la demande est alors irrecevable et il incombe au demandeur de « s'efforcer » d'être admis dans un autre Etat. Si l'on comprend bien l'intention du législateur de vouloir éviter de devoir répondre à des demandes qui pourraient être traitées ailleurs, cette formulation me paraît néanmoins regrettable, puisqu'elle semble signifier que le requérant doit essayer de se faire admettre dans un autre Etat, alors que, d'une part, il n'est pas sûr que cet Etat s'estimera compétent pour l'examen de la demande et d'autre part, le HCR a rappelé à plusieurs reprises que le droit international des réfugiés n'exige nullement qu'un requérant dépose sa requête dans un Etat plutôt qu'un autre.

2.5.2.8. *Excursus : les propositions de modification de 2010 : le remplacement des procédures de non-entrée en matière par une procédure matérielle accélérée*

Les dernières propositions de modifications de la LAsi, présentées et mises en consultation en 2009, ont été confirmées par le Conseil fédéral dans son message du 26 mai 2010⁶⁹⁶. Ce projet a pour dessein de supprimer de nombreux cas de non-entrée en matière et de les remplacer par des procédures matérielles accélérées.

Si le concept des « non-entrées en matière » avait pour but principal, lorsqu'il a été introduit, de diminuer la durée et le coût de traitement des demandes d'asile⁶⁹⁷, après avoir été appliqué durant une vingtaine d'années, il ne semble pas avoir fait ses preuves : souvent critiqué – notamment pour sa complexité et son manque de clarté et de cohérence –, le système des non-entrées en matière n'a statistiquement pas atteint son objectif majeur⁶⁹⁸.

La différence principale entre une décision rendue à l'issue d'une procédure formelle (non-entrée en matière) et une décision négative résultant d'une procédure matérielle (rejet de la demande d'asile) devait donc se fonder sur la durée de la procédure, plus brève pour la première que pour la seconde. Toutefois, une autre différence d'importance résidait initialement dans le fait que la première (NEM) excluait le destinataire de la décision de toute aide sociale (la personne ne pouvait dès lors bénéficier que de l'aide d'urgence)⁶⁹⁹, alors que la personne frappée d'une décision matérielle négative pouvait encore recevoir des prestations

⁶⁹⁶ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035 ss.

⁶⁹⁷ Voir notamment le Message relatif à l'APA, FF 1990 II 537, spéc. 548 et 553 s.

⁶⁹⁸ Par exemple, l'effet dissuasif escompté dans le cadre du motif de non-entrée en matière relatif à la non-remise des papiers d'identité ne s'est pas produit. Pour des chiffres, voir la note 675 ci-dessus.

⁶⁹⁹ Pour rappel, cette mesure a été introduite avec la loi fédérale sur le programme d'allègement budgétaire 2003 du 19 décembre 2003, RO 2004 1633 ss. Voir ci-dessus, le ch. II.4.1.3.

d'aide sociale. Depuis le 1^{er} janvier 2007 et l'entrée en vigueur (partielle) des modifications de la loi sur l'asile, cette différence n'a plus cours : toute personne dont la décision négative (formelle ou matérielle) est devenue exécutoire est désormais exclue de l'aide sociale.

Enfin, un élément supplémentaire complète les critiques adressées à ces deux procédures. En effet, dans bien des cas, il n'est pas possible pour l'autorité compétente (généralement l'Office fédéral des migrations, parfois le Tribunal administratif fédéral) de distinguer totalement et clairement les deux procédures. Plusieurs motifs de non-entrée en matière ne peuvent être appliqués « automatiquement » sans qu'un certain nombre d'éléments soient préalablement vérifiés quant au fond⁷⁰⁰.

Sur la base de ces constatations, une Commission d'experts a été chargée de présenter des propositions d'amélioration et de simplification de la procédure d'asile et en particulier de la procédure de non-entrée en matière. Suite à ces travaux, le Département fédéral de justice et police a présenté le 16 décembre 2009 un « Rapport explicatif relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière ». Le Conseil fédéral a rendu public son message le 26 mai 2010.

Les principales modifications proposées ont pour but de remplacer (partiellement du moins) un système généralisé et « global » de non-entrées en matière, c'est-à-dire de procédure formelle accélérée, par une « procédure matérielle rapide »⁷⁰¹.

Ces différents termes, aux sonorités techniques et aux abords peu avenants, peuvent légitimement amener à se demander s'il s'agit d'une modification fondamentale ou d'un simple changement de dénomination pour un résultat finalement identique.

Il convient donc d'étudier ce que ces propositions impliqueraient concrètement par rapport à la législation actuelle.

Avec ce nouveau projet, un certain nombre de situations factuelles conduiraient à une procédure de non-entrée en matière (ou, pour le dire autrement, resteraient des cas de non-entrée en matière). Tous les autres cas seraient traités par le biais de procédures matérielles impliquant donc un examen au fond des demandes d'asile. Ces procédures matérielles seraient toutefois plus rapides ou plus brèves que celles prévalant actuellement en raison notamment du raccourcissement d'un certain nombre de délais.

Resteraient donc des procédures de non-entrée en matière⁷⁰² :

⁷⁰⁰ Pour des exemples dans ce sens, voir MATTHEY, MAHON, p. 301, spéc. 345 s, et DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 4.

⁷⁰¹ C'est ainsi que cette procédure est expressément appelée. FF 2010 4035, 4060 ss.

⁷⁰² Voir le nouvel art. 31a de l'Avant-projet (cité ci-après AP), FF 2010 4109, 4112.

- les *cas « Dublin »* (cas dans lesquels un Etat tiers est compétent pour traiter la demande d'asile, en vertu de l'Accord de Dublin précisément),
- les *cas d'Etat tiers sûr* (qui comprennent: les Etats désignés comme tels par le Conseil fédéral qui respectent effectivement le principe de non-refoulement et dans lesquels le requérant a déjà séjourné; les autres Etats tiers dans lesquels le requérant a séjourné; les Etats tiers vers lesquels le requérant peut poursuivre son voyage, soit parce qu'il possède un visa, parce qu'il peut y demander protection ou parce que de proches parents y vivent), et enfin, dernière hypothèse,
- les *cas de demandes sans motifs d'asile* (au sens de l'art. 18 LAsi, lorsque la demande se fonde sur des motifs médicaux ou économiques par exemple).

Tous les autres cas (actuels) de non-entrée en matière seraient soumis à une procédure matérielle (rapide)⁷⁰³.

La brièveté de la procédure matérielle ainsi que de la procédure de non-entrée en matière est toujours justifiée par le DFJP pour les mêmes raisons : faciliter et accélérer le renvoi, garantir la possibilité du retour dans le pays, ainsi qu'intégrer rapidement en Suisse les requérants pouvant bénéficier d'une protection⁷⁰⁴. Il ne suffit cependant pas de fixer des délais toujours plus brefs pour accélérer les procédures, notamment quand seuls les délais applicables aux requérants sont contraignants. Si les procédures sont longues, c'est avant tout parce que les autorités ne respectent pas les délais d'ordre prévus par la loi. En instaurer formellement toujours des plus courts ne va pas modifier la situation.

Ces deux formes de procédures (partiellement nouvelles) ont donc des conséquences sur différents éléments parmi lesquels on peut notamment mentionner la durée, la question du droit d'être entendu et de l'audition, ainsi que l'institution du représentant des œuvres d'entraide et la nouvelle notion du « conseil ».

Ces différents éléments ont été examinés de manière plus détaillée ci-dessus (ou ci-dessous pour la question du droit d'être entendu), mais en résumé les points suivants peuvent être relevés :

En ce qui concerne le raccourcissement des délais, un revirement important se produirait, en particulier pour les procédures matérielles, et provoquerait une nette détérioration de la situation pour le requérant (ch. 2.3.3.3.ix) *in fine*, ci-dessus).

⁷⁰³ L'art. 31a al. 4 AP dispose que « [d]ans les autres cas, l'office rejette la 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 art. 52 à 54 ».

⁷⁰⁴ Pour ces arguments, DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 7.

Les modifications relatives au droit d'être entendu (ch. 2.5.4.2, ci-dessous) n'apporteraient pas de réelle simplification et ne correspondraient pas à l'évolution souhaitée actuellement en droit européen. Elles ne changeraient toutefois pas fondamentalement la situation des demandeurs d'asile par rapport au droit actuel.

Enfin, l'affaiblissement de la protection en matière de délais ne serait pas vraiment compensé par l'introduction du système de « conseil », dont il est par ailleurs encore difficile de saisir les conséquences concrètes (ch. 2.3.3.2.iii), ci-dessus). La question de l'indépendance de cette institution par rapport à l'Etat, son éventuelle incohérence avec le droit européen et la marge de manœuvre importante du Conseil fédéral laissent craindre un appauvrissement de la procédure d'asile.

Dans l'ensemble, les modifications proposées tendent donc à atteindre le même but que le concept initial des non-entrées en matière : raccourcir toujours plus les procédures d'asile et, partant, en diminuer les coûts. Il est toutefois peu probable que les mesures envisagées parviennent réellement à atteindre cet objectif. Une certitude s'impose cependant : en voulant remplacer un système de non-entrées en matière peu convaincant et qui n'est plus justifié à différents égards, cette refonte totale du système a pour conséquence principale de restreindre les garanties de procédure des requérants d'asile.

Se pose alors la question de savoir si l'on peut encore parler de « droit » d'asile dans de telles conditions ou si, à force de circonscrire toutes les conditions d'application de ce droit, il ne s'agit dès lors pas d'une coquille vidée de toute substance. On ne peut donc que déplorer, une fois de plus, un durcissement et une détérioration du droit d'asile suisse.

2.5.3. L'absence de risques de persécution à l'étranger

2.5.3.1. Généralités et démarche

L'art. 34 LAsi énonce un principe selon lequel il n'est pas entré en matière lorsque le demandeur vient d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté. Derrière cette présomption, se dissimulent deux concepts en particulier : les « pays tiers sûr » et les « pays d'origine sûrs ».

Ces deux notions sont traitées dans les mêmes dispositions, à savoir les articles 6a et 34 de la loi sur l'asile. La distinction entre ces concepts se fait uniquement sur la base de la provenance du requérant ou du pays dans lequel il a transité ou encore avec lequel il a des liens étroits. L'élément de la sécurité répond théoriquement à des exigences différentes mais concrètement les Etats (d'origine ou tiers) sûrs sont inscrits sur la même liste.

Cette partie s'attachera donc à définir en premier lieu la notion d'Etats « sûrs » (ch. 2.5.3.2), puis détaillera les concepts de pays tiers sûrs (ch. 2.5.3.3) et de pays d'origine sûrs (ch. 2.5.3.4), avant de discuter des méthodes utilisées par l'administration fédérale pour

évaluer le caractère « sûr » de l'Etat (ch. 2.5.3.5), pour terminer enfin par le cas particulier du système de Dublin (ch. 2.5.3.6).

2.5.3.2. *La notion d'Etats « sûrs »*

L'article 6a, qui prévoit que c'est l'Office fédéral des migrations qui est compétent pour décider de l'octroi ou du refus de l'asile ainsi que du renvoi des requérants, attribue au Conseil fédéral⁷⁰⁵ la responsabilité de désigner les Etats d'origine ou de provenance sûrs et les Etats tiers sûrs. Ces choix sont contrôlés périodiquement. La Suisse connaît donc un système de liste officielle de pays « sûrs »⁷⁰⁶, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays⁷⁰⁷.

La loi elle-même définit ces concepts de la manière suivante :

- les *Etats d'origine ou de provenance sûrs* sont ceux dans lesquels le Conseil fédéral « estime que le requérant est à l'abri de toute persécution »⁷⁰⁸ et
- les *Etats tiers sûrs* sont ceux dans lesquels le Conseil fédéral « estime qu'il y a effectivement respect du principe de non-refoulement »⁷⁰⁹.

Le concept de l'Etat d'origine sûr est formellement désigné comme tel depuis la modification de 2005, mais avait au fond déjà été introduit dès 1990⁷¹⁰ dans la loi, qui parlait alors d'« Etats exempts de persécution ». Le message du Conseil fédéral de 1996, concernant la LAsi du 26 juin 1998, indique que suite à l'introduction de ce concept en Suisse, d'autres Etats européens l'ont repris dans leur législation nationale (Allemagne, Pays-Bas, Autriche) ou l'appliquent de manière officieuse (Danemark, Espagne, Finlande, France, Norvège)⁷¹¹. Le message rappelle également les critères qui permettent de constater si un Etat est ou non

⁷⁰⁵ En pratique, c'est également l'ODM qui s'en charge. Sur les moyens concrets à disposition des autorités pour définir quel Etat peut être considéré comme sûr, voir ci-dessous le ch. III.2.5.3.5.

⁷⁰⁶ Pour la liste des Etats jugés comme « sûrs » par la Suisse, voir ci-dessous au même chiffre. Voir également les différents communiqués de presse du DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Asile : désignation de nouveaux « pays sûrs »*, 2003 ; *Désignation de nouveaux Etats sûrs*, 2006 ; *Le Burkina Faso*, 2009. Pour la dernière « mise à jour » des Etats sûrs, voir encore OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Liste des pays considérés comme sûrs*, 2009.

⁷⁰⁷ Certains Etats ne connaissent qu'une politique informelle en la matière. Un rapport européen mentionne par exemple le Danemark, la Hongrie ou les Pays-Bas. EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM (ELENA), EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), p. 4. Toutefois, tous les pays de l'Union européenne connaissent le concept de l'Etat sûr et la directive européenne 2005/85/CE relative à la procédure cristallise et définit cette notion. Pour plus de détails, voir ci-dessous, le ch. III.3.4.

⁷⁰⁸ Art. 6a al. 2, let. a LAsi.

⁷⁰⁹ Art. 6a al. 2, let. b LAsi. La distinction entre les let. a et b de cet article peut de prime abord sembler reposer sur la « caractéristique » de l'Etat (d'origine ou tiers). Toutefois, comme nous le verrons encore par la suite, ce n'est pas ce critère qui est pertinent, mais bien plutôt celui de la sécurité « présumée » ou, au contraire, « effective » de l'Etat.

⁷¹⁰ Arrêté fédéral sur la procédure d'asile du 22 juin 1990, art. 16 al. 2. RO 1990 I 938, 944.

⁷¹¹ 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, 57.

exempt de persécutions. Sont mentionnés 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 ainsi que du HCR⁷¹².

Il est en outre précisé que le fait qu'un Etat soit considéré comme exempt de persécution ne signifie pas forcément pour le requérant de ce pays qu'il ne pourra bénéficier du 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 procédure⁷¹³, mais également du recours ou d'autres documents remis aux autorités »⁷¹⁴.

La terminologie d'Etat tiers sûr est également une nouveauté introduite avec la modification de 2005. Le message de 2002 explique que les Etats tiers sûrs, et désignés comme tels par le Conseil fédéral, reposent sur – et fondent – la présomption légale qu'ils offrent une protection efficace contre le refoulement. Il y a aussi d'autres Etats, dans lesquels des renvois peuvent être effectués, mais qui ne sont pas désignés *a priori* comme Etats tiers « sûrs » par le Conseil fédéral. Ceux-ci doivent toutefois remplir les mêmes conditions quant au principe de non-refoulement et, puisqu'il n'existe pas de présomption légale de sécurité, un examen individuel doit avoir lieu afin de pouvoir vérifier s'il existe ou non une protection efficace dans le cas d'espèce.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le Conseil fédéral fait une distinction dans son message entre les Etats sûrs en général, pour lesquels les autorités compétentes doivent, pour tout renvoi, « prouver que le pays en question est sûr [et] qu'il respecte le principe du non-refoulement » et les « Etats que le Conseil fédéral *désigne comme étant sûrs* » (souligné dans le message), pour lesquels « il n'est plus nécessaire d'apporter la preuve de la sûreté, celle-ci

⁷¹² Ibidem.

⁷¹³ Cette condition semble avoir quelque peu perdu de son caractère impératif, dans une hypothèse du moins, puisque, comme nous le verrons ci-dessous (ch. III.2.5.4.2), l'audition (sur les motifs d'asile) n'a pas lieu dans le cadre d'une procédure « Dublin ».

⁷¹⁴ 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, 57. Pour un arrêt de principe du TAF sur les indices de persécution, voir l'ATAF 2011/8. Dans cet arrêt, l'autorité judiciaire a estimé que la notion de persécution devait être interprétée largement et qu'il convenait d'entrer en matière sur une demande d'asile s'il existe des indices de persécution qui ne sont pas invraisemblables déjà au premier abord (« Sobald sich aus den Akten Hinweise auf Verfolgung ergeben, deren Unglaubhaftigkeit nicht bereits auf den ersten Blick erkannt werden kann, muss auch bei Asylgesuchen aus verfolgungssicheren Staaten die Flüchtlingseigenschaft einlässlich geprüft werden », consid. 4.2 et « Sobald die Hinweise auf eine Verfolgung nicht auf den ersten Blick als unglaubhaft erkennbar sind, bleibt für einen Nichteintretensentscheid [...] kein Raum », consid. 6.2).

étant présumée ». Cette présomption peut toutefois être attaquée et renversée par le recourant, qui devra alors supporter le fardeau de la preuve du contraire⁷¹⁵.

Les Etats tiers devant impérativement respecter le principe de non-refoulement pour pouvoir être considérés comme sûrs, il est dès lors admis qu'ils doivent avoir ratifié et respecter la CEDH et la Convention de Genève de 1951, ou des normes juridiques équivalentes⁷¹⁶.

Par ailleurs, le message précise que le Conseil fédéral s'inspirera de la recommandation n° R (97) 22 du Conseil de l'Europe qui définit les conditions qui doivent être remplies pour qu'un Etat tiers puisse être considéré comme sûr et cite notamment le respect des normes internationales telles que le Pacte ONU II et la Convention contre la torture de 1984.

Le message donne encore deux précisions sur cette question. Pour pouvoir être considérés comme sûrs, les Etats devront au surplus bénéficier d'une stabilité politique qui garantisse le respect des droits des conventions mentionnées ci-dessus ainsi que les principes de l'Etat de droit et le Conseil fédéral « compte se limiter aux Etats membres de l'Union européenne, notamment aux pays qui sont nos voisins »⁷¹⁷. Cette affirmation est toutefois étonnante puisque la liste actuelle⁷¹⁸ des Etats considérés comme sûrs par le Conseil fédéral contient, en sus des Etats membres de l'UE et de l'AELE, l'Albanie, le Bénin, la Bosnie et Herzégovine, le Burkina Faso, la Croatie, le Ghana, l'Inde, le Kosovo, la Macédoine, le Mali, la Moldavie (Transnistrie non comprise), la Mongolie, le Monténégro, le Sénégal, la Serbie et l'Ukraine⁷¹⁹. Le Burkina Faso, le Kosovo et la Serbie n'ont été rajoutés à la liste qu'à partir du 1^{er} avril 2009⁷²⁰, mais GATTIKER mentionnait déjà en 1999 quelques pays autres qu'européens⁷²¹. Il faut cependant encore ajouter qu'en plus d'une « liste des pays considérés comme sûrs (safe countries) », le Conseil fédéral a désigné, à la fin 2007, les pays de l'UE et de l'AELE comme des « Etats tiers sûrs » au sens de l'art. 6a al. 2, let. b LAsi, expliquant

⁷¹⁵ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6364.

⁷¹⁶ Idem, 6392.

⁷¹⁷ Ibidem.

⁷¹⁸ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Liste des pays considérés comme sûrs*, 2009.

⁷¹⁹ Une décision de non-entrée en matière et de renvoi vers l'Ukraine avait marqué l'opinion publique en janvier 2008, lorsqu'une mère et ses cinq enfants avaient été secourus alors qu'ils tentaient de traverser les Alpes. Arrêt TAF D-4729/2008 relaté dans la Jusletter : Jurius, *L'odyssée de la famille ukrainienne ne s'achèvera pas en Suisse*, in Jusletter, 17 novembre 2008.

⁷²⁰ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Le Burkina Faso*, 2009. Le Bénin, la Croatie, le Mali, la Moldavie (sans la Transnistrie), le Monténégro et l'Ukraine ne font partie de la liste que depuis le 1^{er} janvier 2007. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Désignation de nouveaux Etats sûrs*, 2006, confirmé par l'ODM : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Liste des pays considérés comme sûrs*, 2009.

⁷²¹ Sont indiqués, suite à une information de l'ancien Office fédéral des réfugiés du 17 juin 1998, la Roumanie, la Bulgarie, l'Albanie, l'Inde, le Ghana, la Gambie, le Sénégal et la Lituanie. GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 46.

qu'en ayant ratifié la Convention de Genève et la CEDH, ces Etats respectent effectivement le principe de non-refoulement⁷²².

Le Conseil fédéral inscrit donc sur une (ou des) liste(s)⁷²³ les Etats qu'il qualifie de sûrs. L'Office fédéral des migrations étudie le statut de ces pays au moins une fois par an et fait une proposition de modification de la liste au Conseil fédéral si la situation évolue de façon durable dans un Etat ou un autre. En pratique, si la radiation d'un Etat de la liste intervient pendant le cours d'une procédure de recours, la décision de non-entrée en matière basée sur le caractère sûr de l'Etat devient caduque et l'Office est obligé de procéder à un nouvel examen de la demande⁷²⁴. Au contraire, si un Etat est considéré comme sûr au cours d'une procédure, il doit être prouvé que les indices de persécutions invoqués jusqu'alors persistent malgré les changements intervenus depuis dans ce pays⁷²⁵.

En outre, selon un communiqué de presse du 8 décembre 2006, le Conseil fédéral admet qu'au sein d'un Etat sûr, il peut y avoir une région qui ne soit pas considérée comme telle et dans laquelle ne s'applique pas la présomption d'absence de persécution décrétée pour le reste du pays⁷²⁶.

A l'inverse, un autre communiqué, du 3 mai 2007, informait que désormais seule une partie du territoire d'un Etat pouvait être considérée comme sûre⁷²⁷. Cette décision s'appliquait à trois provinces kurdes du nord de l'Irak dans lesquelles le Conseil fédéral estimait qu'il n'y

⁷²² DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pays de l'UE et de l'AELE désignés comme Etats tiers sûrs*, 2007. Ce classement quasi « automatique » des Etats membres de l'UE dans les pays « sûrs » commence à être contesté dans certains cas. Ce sont notamment, la Grèce, Malte et l'Italie qui créent la principale polémique, notamment dans le cadre des renvois « Dublin ». Pour un exemple de critique relatif à l'Italie, voir BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 60. Pour un clair « rappel à l'ordre » de la Grèce par la CEDH sur les conditions de détention des requérants d'asile et sur la procédure d'asile, voir notamment les arrêts CEDH *A.A. c. Grèce*, du 22 octobre 2010, requête no 12186/08 et *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09. La CJUE a elle aussi rappelé que cette présomption de sécurité devait pouvoir être réfragable : arrêt CJUE *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, du 21 décembre 2011, affaire C-411/10.

⁷²³ Depuis la publication, à la fin de l'année 2007, d'une liste – restreinte aux pays de l'UE et de l'AELE – des Etats considérés comme « Etats tiers sûrs », une certaine confusion pourrait apparaître. Cette nouvelle liste pourrait laisser penser que ces pays expressément désignés comme Etats *tiers* sûrs ne seraient pas forcément des Etats *d'origine* sûrs. Logiquement, toutefois, il devrait en aller de même : on verrait en effet mal la Suisse affirmer que ces Etats pourraient être des pays « persécuteurs ». Cela rejoint également l'idée du Protocole « Aznar » et la liste désignant les pays de l'UE et de l'AELE comme des Etats tiers sûrs doit certainement aussi les inclure comme des Etats d'origine sûrs. En outre, tous les pays de l'UE et de l'AELE sont déjà inscrits sur la liste des « safe countries » qui ne fait pas de distinction en fonction de la caractéristique de l'Etat (tiers ou d'origine).

⁷²⁴ JICRA 1994/23.

⁷²⁵ JICRA 1994/6.

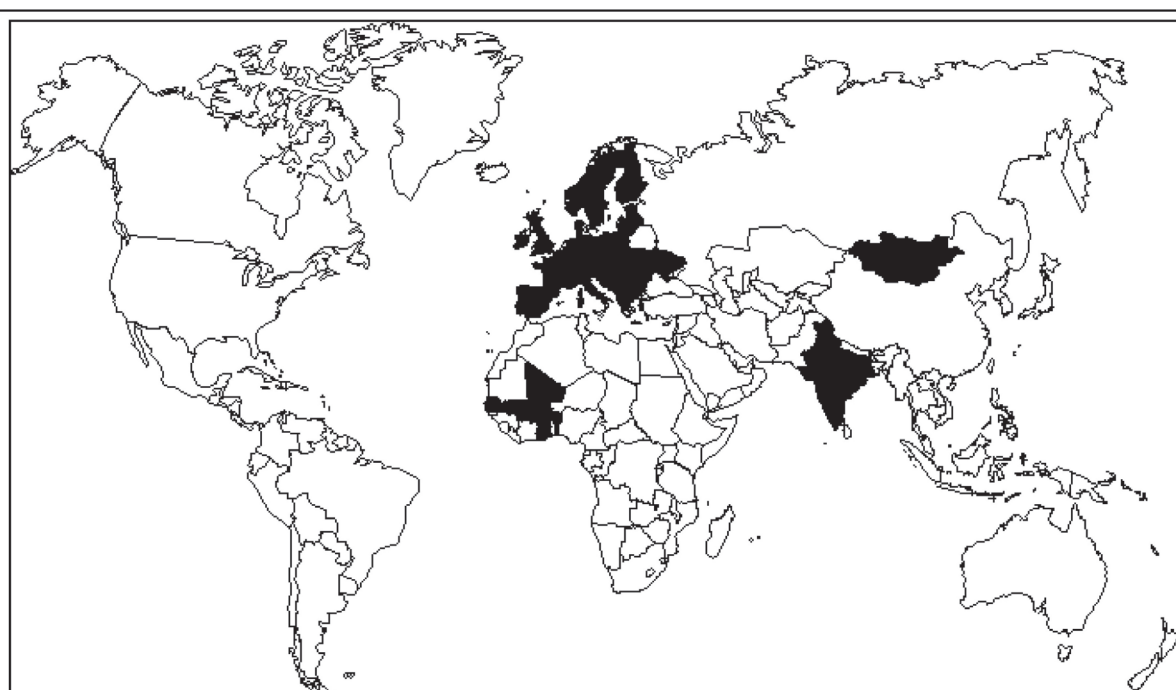
⁷²⁶ Le communiqué annonçait l'introduction de nouveaux Etats « sûrs » à la liste existante et notamment la Moldavie, en faisant expressément une réserve concernant la région de la Transnistrie. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Désignation de nouveaux Etats sûrs*, 2006.

⁷²⁷ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Renvois en Irak*, 2007.

avait pas de violences généralisées de sorte que le renvoi de ressortissants irakiens dans ces provinces était possible⁷²⁸.

Les deux cartes ci-après présentent d'une part, une vision d'ensemble des Etats considérés comme sûrs par la Suisse et, à titre de comparaison, les principaux pays d'origine des demandeurs d'asile. Il est intéressant de constater que certaines régions, notamment d'Afrique, considérées comme sûres par la Suisse génèrent tout de même un nombre important de requérants.

⁷²⁸ Les trois provinces concernées par le communiqué sont Dohouk, Erbil et Souleymanieh. Près d'un an plus tard, le TAF s'est également prononcé, dans deux arrêts de principe des 22 janvier et 14 mars 2008, sur la question de la sécurité dans ces trois provinces et a quelque peu nuancé la position du Conseil fédéral. Le Tribunal a estimé d'une part, qu'il existe, en principe, une capacité et une volonté de protection des habitants dans ces trois provinces, mais que pour certaines personnes, cette sécurité ne peut toutefois être garantie et rappelle qu'il faut donc examiner individuellement chaque cas. D'autre part, pour que le renvoi dans ces trois provinces puisse être exigible, il faut au moins que la personne concernée vienne de cette région ou qu'elle y ait vécu pendant longtemps, et qu'elle y dispose d'un réseau social (famille, parenté ou connaissances) ou de liens avec les partis régnants. ATAF 2008/4, consid. 6 et ATAF 2008/5, consid. 7.5.8.



■ Pays « sûrs » inscrits sur la liste du Conseil fédéral (en 2009)



● Principaux pays d'origine des demandeurs d'asile (en 2009)*

* HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, 2009 *Global Trends. Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 15 juin 2010, p. 18.

Schéma F : Comparaison des principaux pays considérés comme sûrs par la Suisse avec les principaux pays d'origine des demandeurs d'asile

2.5.3.3. *Les pays tiers sûrs*

L'article 34 alinéas 2 et 3 règle la question des effets de la notion d'Etats tiers sûrs, à savoir la non-entrée en matière sur les demandes d'asile déposées par des personnes qui peuvent être renvoyées vers de tels Etats.

L'alinéa 2 de l'article 34 mentionne cinq cas de non-entrée en matière qui doivent tous répondre à des conditions précises :

- la lettre a traite de l'hypothèse où le demandeur peut retourner dans un Etat tiers sûr au sens de l'art. 6a al. 2, let. b, c'est-à-dire un Etat tiers désigné par le Conseil fédéral qui respecte effectivement le principe de non-refoulement et dans lequel le demandeur a déjà séjourné auparavant ;
- la lettre b présente presque la même situation, à cela près que dans ce cas-ci, l'Etat tiers en question n'est pas désigné comme sûr par le Conseil fédéral, mais il est prouvé qu'il respecte le principe de non-refoulement « dans le cas d'espèce ». La condition du séjour préalable est également requise ;
- les lettres c, d et e prescrivent toutes trois le retour vers un Etat tiers respectivement en vertu :
 - d'un visa,
 - d'un accord international ou,
 - de proches parents ou de personnes avec lesquelles le requérant entretient des liens étroits et qui vivent dans cet Etat.

L'alinéa 3 prévoit des dérogations au principe du renvoi dans l'Etat tiers sûr. Ainsi, les dispositions de l'alinéa 2 ne s'appliquent pas lorsque :

- le demandeur a des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits qui vivent en Suisse (let. a) ;
- s'il a manifestement la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 (let. b) ; ou
- s'il existe des indices que l'Etat tiers n'offre pas de protection efficace au regard du principe de non-refoulement (let. c).

Dans ces cas-ci, l'autorité doit donc malgré tout entrer en matière. Exception – d'importance – à l'exception : ce troisième alinéa ne n'applique pas à la lettre d de l'al. 2 qui concerne notamment les cas Dublin.

Ce sont principalement les deux premières lettres de l'alinéa 2 qui sont d'intérêt ici. La lettre a exige que l'Etat tiers soit désigné comme sûr par le Conseil fédéral, qu'il respecte effectivement le principe de non-refoulement (et que le demandeur y ait séjourné

préalablement), alors que la lettre b prescrit uniquement que l'Etat tiers respecte le principe de non-refoulement dans le cas d'espèce (et qu'il y ait eu un séjour préalable du requérant dans cet Etat).

Le critère commun à ces deux lettres a et b est celui du séjour préalable dans l'Etat tiers, mais ni le lien particulier que pourrait avoir le requérant avec cet Etat, ni la durée du séjour ne sont des facteurs déterminants. Ce qui compte pour le renvoi dans l'Etat, c'est que celui-ci se soit engagé auprès de la Suisse à (ré)admettre le requérant.

En ce qui concerne le caractère de « sécurité » de l'Etat, et comme cela a déjà été mentionné, le message du Conseil fédéral indique que pour qu'un Etat remplisse cette condition, il doit avoir ratifié et respecter la CEDH, la Convention de Genève de 1951 ou d'autres normes juridiques équivalentes.

En l'occurrence, la let. b de l'al. 2 (Etat tiers respectant « dans le cas d'espèce » le principe de non-refoulement) vise simplement des Etats tiers – et non des Etats tiers qualifiés *a priori* de « sûrs ». Ainsi, on peut admettre que, bien qu'ils aient ratifié les instruments internationaux qui prévoient l'interdiction du refoulement, ils n'ont pas été *a priori* désignés comme « sûrs » et inscrits comme tels sur la liste. Toujours dans cette deuxième hypothèse (let. b), c'est donc aux autorités compétentes de vérifier qu'en l'espèce, l'Etat tiers en question respectera bien le principe de non-refoulement et, s'il est démontré qu'il existe un risque pour le requérant, le renvoi est alors illicite.

En revanche, dans le cas de la let. a, l'Etat tiers étant désigné comme sûr par le Conseil fédéral, les autorités se basent sur la présomption légale que cet Etat est sûr et c'est au requérant qu'il appartient de prouver le contraire.

Ainsi, dans l'hypothèse du respect « dans le cas d'espèce » du principe de non-refoulement, c'est aux autorités de prouver que l'Etat est sûr, alors que dans le cas où il y a « effectivement » respect du principe de non-refoulement, l'Etat tiers est présumé sûr et la charge de la preuve du contraire revient au requérant⁷²⁹.

La lettre d qui s'occupe du cas où un Etat tiers est compétent, en vertu d'un accord international, pour traiter la demande, garantit l'« eurocompatibilité » avec le régime de

⁷²⁹

Concernant les indices nécessaires pour prouver que l'Etat tiers ne répond pas aux exigences requises pour une protection efficace et ne respecte pas le principe de non-refoulement, le message du Conseil fédéral de 2002 concernant la modification de la loi sur l'asile donne quelques précisions : le fardeau de la preuve repose sur le demandeur et celui-ci peut réfuter cette présomption de « sécurité » en donnant « des indications selon lesquelles l'Etat tiers en question risque de ne pas respecter ce principe », FF 2002 6359, 6400. Comme mentionné ci-dessus (cf. *ad* art. 32 LAsi), l'autorité se voit, dans cette situation, obligée de procéder à un début d'examen matériel de la demande et en présence de tels indices, l'Etat tiers ne peut plus être qualifié de sûr et le renvoi dans cet Etat est ainsi exclu.

Dublin⁷³⁰. Toutefois, il ne devrait pas suffire aux autorités compétentes de vérifier qu'un Etat tiers est compétent en vertu du droit international, mais elles devraient s'assurer que l'Etat tiers en question est effectivement prêt et capable (notamment au niveau de ses structures administratives et d'accueil) de procéder à l'examen de la demande et, le cas échéant, d'octroyer une protection effective au demandeur. Les autorités suisses compétentes devraient également contrôler que le demandeur ne risquera aucun refoulement vers l'Etat persécuteur, que ce soit de manière directe ou indirecte. La situation très préoccupante prévalant dans des Etats comme Malte, la Grèce ou l'Italie montre bien à quel point il ne suffit pas de vérifier quel Etat est compétent pour que l'ensemble des prescriptions internationales soit *de facto* respecté.

En outre, GATTIKER relève que les lettres a, b et e de l'alinéa 2 développent l'idée qu'il doit y avoir un lien de connexion ou une « relation d'une certaine intensité » entre le demandeur et l'Etat tiers, tels qu'un séjour préalable ou la résidence dans cet Etat de parents proches par exemple. Cet auteur rappelle que cette conception existait déjà dans une circulaire du DFJP de 1969 ainsi que dans la loi sur l'asile de 1979 et que le législateur historique s'était fondé sur l'idée que si un demandeur avait eu un lien assez étroit avec un pays en particulier, il pourrait certainement y retourner à l'avenir⁷³¹.

L'alinéa 3, qui prévoit des exceptions à l'application du principe de non-entrée en matière, laisse penser que la lettre a reprend aussi cette notion de lien particulier qui doit exister entre le demandeur et le pays d'accueil, mais applicable cette fois-ci à la Suisse. Il convient tout de même de noter que seuls les cas des proches parents ou des personnes avec qui le requérant entretient des liens étroits sont mentionnés⁷³², la clause d'un séjour préalable n'étant pas prise en compte ici.

Les deux autres situations d'exceptions concernent le cas où le requérant a manifestement la qualité de réfugié au sens de l'article 3 de la loi et le cas où des indices existent que l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe de non-refoulement.

Dans le cas de la qualité manifeste de réfugié prévu à la lettre b, le message de 2002 justifie cette exception en expliquant qu'« une stricte interprétation de la réglementation relative aux Etats tiers permettrait de renvoyer dans un Etat tiers également des personnes qui

⁷³⁰ Sur cette question particulière, voir ci-dessous, le ch. III.2.5.3.6.

⁷³¹ GATTIKER, *Evolution et perspectives*, p. 134.

⁷³² Le TAF a précisé cette exception dans un arrêt de principe, ATAF 2009/8. La notion de « proches parents » rejoint celle de l'art. 51 LAsi et comprend ainsi notamment les conjoints, les enfants mineurs, les frères et sœurs et les grands-parents. Le TAF a en outre estimé qu'il ne suffisait pas que la personne concernée soit un « proche parent », encore faut-il qu'il existe un lien étroit entre cette personne et le requérant. L'existence de ce lien étroit est toutefois présumée pour les conjoints et les enfants ; dans les autres cas, des circonstances particulières (telles que des contacts réguliers ou un lien de dépendance dû à une maladie par exemple) devront être alléguées pour justifier ce lien.

manifestement remplissent les conditions requises pour obtenir la qualité de réfugié ». En effet, les décisions de non-entrée en matière peuvent se prendre pour des simples motifs d'ordre formels sans que le cas soit examiné au fond et « cette situation irait [...] à l'encontre de la tradition humanitaire de la Suisse »⁷³³. Dans un arrêt de principe, le Tribunal administratif a précisé la portée de cette exception prévue en cas de qualité manifeste de réfugié. Il est arrivé à la conclusion qu'une personne qui a déjà obtenu une protection (en l'occurrence un statut de réfugié) dans un Etat tiers sûr ne peut pas se prévaloir de cette clause exceptionnelle⁷³⁴.

Propositions de modification 2010 :

Dans son message de 2010, relatif aux propositions de modifications de la LAsi, le Conseil fédéral semble revenir sur sa position (pourtant sensée) de 2002. Il a en effet proposé de supprimer les exceptions prévues actuellement à l'article 34 al. 3, let. a et b LAsi⁷³⁵ qui exigent, dans les cas d'absence de risque de persécution à l'étranger, qu'il soit tout de même entré en matière sur la demande d'asile lorsque que le requérant a des proches parents en Suisse et lorsque la qualité de réfugié est manifeste. Cette suppression est justifiée dans message du Conseil fédéral pour le seul motif que le droit international n'oblige pas la Suisse à connaître de telles exceptions⁷³⁶. Cette prise de position n'échappe pas à la critique. Il serait en effet souhaitable qu'en vertu de son droit de souveraineté et de son indépendance, la Suisse ne limite pas sa responsabilité au strict minimum, mais fasse preuve d'un peu plus d'initiative en la matière. Le législateur helvétique ne juge pas judicieux de suivre les initiatives européennes lorsqu'elles tendent à améliorer les garanties de procédure des requérants⁷³⁷ et se sent en même temps libre de toute responsabilité lorsque le droit international ne pose pas d'exigence formelle. Cette position est regrettable et ne correspond pas à l'image humanitaire que notre Etat tient pourtant à avoir.

2.5.3.4. Les pays d'origine sûrs

Pour ce qui est des effets de la notion d'Etats d'origine sûrs, ils sont réglés à l'article 34 alinéa 1 LAsi.

⁷³³ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6400.

⁷³⁴ ATAF 2010/56, consid. 5, spéc. 5.4.

⁷³⁵ Selon le projet, il n'y aurait plus qu'un seul article concernant les décisions de non-entrée en matière et une seule exception perdurerait, celle de l'hypothèse où l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe du non-refoulement. En outre cette exception ne s'appliquerait désormais plus qu'aux cas où le requérant peut retourner dans un Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant, possède un visa, ou a des proches parents ou des personnes avec qui il entretient des liens étroits. Art. 31a al. 2 de la proposition. FF 2010 4109, 4112.

⁷³⁶ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035, 4075.

⁷³⁷ Sur ce point, voir notamment les ch. III.3.3.2.2.i) et III.3.3.2.2.iii) ci-dessous.

Le principe veut qu'il n'est pas entré en matière lorsque le requérant vient d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté, selon l'art. 6a al. 2, let. a, à savoir un Etat d'origine ou de provenance sûr désigné comme tel par le Conseil fédéral, à moins qu'il existe tout de même des indices de persécution.

Le fait qu'il n'y ait pas ici de règle équivalente à celle de l'art. 34 al. 2, let. b, valable pour les pays tiers sûrs (règle de l'Etat qui respecte le principe de non-refoulement dans le cas d'espèce), permet de se demander si, pour les pays d'origine, il peut aussi y avoir des Etats considérés comme sûrs en dehors de ceux désignés *a priori* comme tels par le Conseil fédéral conformément à l'art. 6 et inscrits sur la liste prévue à cet effet. La systématique de la loi penche en faveur d'une réponse négative à la question – puisqu'il n'y a précisément pas, à l'alinéa 1 de l'article 34, pour les pays d'origine, de règle analogue à celle que l'alinéa 2 (let. b) du même article 34 prévoit pour les pays tiers : il ne devrait donc pas exister, pour les pays d'origine, de pays considérés comme sûrs en dehors de la liste. Cette solution n'est pourtant pas logique. D'une part, en effet, si on admet qu'un pays tiers peut être sûr dans le cas d'espèce, on ne voit pas pourquoi, logiquement, tel ne pourrait pas être le cas d'un pays d'origine (un même pays pouvant d'ailleurs être Etat tiers pour un requérant et Etat d'origine pour un autre). D'autre part, et tout aussi logiquement, il n'y a jusqu'ici, comme on l'a vu, qu'une seule liste de pays sûrs (*safe countries*) qui ne distingue pas formellement les pays tiers des pays d'origine⁷³⁸.

2.5.3.5. Les méthodes d'évaluation du caractère « sûr » de l'Etat

Après cette analyse de la notion des Etats sûrs, de leur « désignation » (par le Conseil fédéral, en réalité l'Office fédéral des migrations) et des conséquences de ce concept pour les demandeurs d'asile (une décision de non-entrée en matière), il reste à comprendre comment l'ODM procède *concrètement* pour déterminer quel Etat est sûr et quel Etat ne l'est pas. Les méthodes pour y parvenir et les sources d'information à consulter, dont certaines sont présentées ici, peuvent être très diverses.

En premier lieu, la Suisse pourrait simplement, par pur souci « diplomatique », classer dans les pays « sûrs » ses principaux partenaires et/ou ses Etats voisins avec lesquels une certaine « dépendance » (diplomatique, économique, politique, etc.) peut être admise. Dans cette optique, force est de constater que l'Union européenne⁷³⁹, ainsi que les Etats membres de l'AELE⁷⁴⁰ sont en l'occurrence reconnus « d'office » comme sûrs par la Suisse⁷⁴¹. Dans le

⁷³⁸ Voir toutefois la question de cette liste concernant les Etats de l'UE et de l'AELE (note 723).

⁷³⁹ Rappelons que dans le domaine de l'asile, la Suisse connaît différents accords avec l'UE, en particulier les accords d'association Schengen/Dublin. Plus généralement, sur les relations entre la Suisse et l'UE, voir KRAUS, JAAG, UMBRIGHT, p. 129 ss.

⁷⁴⁰ Outre la Suisse, trois autres Etats sont membres de l'Association européenne de Libre-Echange : l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège. Pour la Convention instituant l'AELE, voir RS 0.632.31.

même ordre d'idée, par souci de conformité, la Suisse pourrait se référer aux décisions prises par les Etats de l'UE et suivre leurs décisions en la matière. Parfois, cependant, la Suisse a aussi joué un rôle précurseur dans la reconnaissance d'un Etat comme sûr. Cela a notamment été le cas avec la Bosnie et Herzégovine en 2003⁷⁴² et le Kosovo plus récemment en mars 2009⁷⁴³.

Dans cet ordre d'idée (à savoir inscrire un pays sur la liste pour des raisons diplomatiques), il est alors possible de se demander pourquoi des Etats comme les Etats-Unis, le Canada ou encore l'Australie n'ont pas été intégrés à la liste des pays « sûrs ». Cette question trouvera certainement une réponse purement pratique : il semble en effet assez logique que le choix des pays inscrits sur la liste se fasse aussi en fonction du nombre de demandes d'asile émanant de ces pays. Nul besoin donc d'y inscrire le Canada ou l'Australie, puisqu'il n'y a pas de requérants d'asile provenant de ces contrées. Le but de la liste établie par l'Office fédéral des migrations étant de permettre de rendre rapidement des décisions de non-entrée en matière et de limiter ainsi l'immigration sur ce plan-là, l'inscription de ces Etats ne servirait à rien.

Outre le critère « diplomatique », d'autres méthodes s'offrent à l'Office fédéral des migrations pour collecter des informations en vue d'établir une liste de pays sûrs. En premier lieu, l'ODM dispose d'un certain nombre de ressources propres parmi lesquelles il fallait mentionner, jusqu'au 1^{er} septembre 2010, sa « Section Analyses sur la Migration et les Pays », ou section « MILA »⁷⁴⁴. Sans toutefois pouvoir affirmer que cette section s'occupait directement d'établir la liste des pays sûrs, sa mission et ses tâches semblaient cependant confirmer cette hypothèse⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Voir notamment le communiqué de presse du DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pays de l'UE et de l'AELE désignés comme Etats tiers sûrs*, 2007. Ils sont notamment considérés ainsi parce qu'ils ont ratifié la Convention de Genève relative au statut des réfugiés et la CEDH. Ce communiqué spécifique à l'égard des pays de l'UE et de l'AELE n'apporte toutefois aucune modification substantielle à la situation, puisque ces Etats étaient déjà inscrits dans la liste des « *safe countries* » depuis 2003.

⁷⁴² ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 135.

⁷⁴³ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Le Burkina Faso*, 2009. A titre de comparaison, la France a reconnu le Kosovo comme pays sûr le 11 mars 2011, alors qu'en 2009, elle accordait encore sa protection à 427 personnes originaires de cette région. FORUM REFUGIES, 2011.

⁷⁴⁴ Cette section a été dissoute lors de la réorganisation de l'ODM dont la nouvelle structure est opérationnelle depuis le 1^{er} septembre 2010.

⁷⁴⁵ Le Manuel de procédure d'asile de l'ODM, à son chapitre A §2, donne diverses indications allant dans ce sens : « MILA est le lieu de service de l'ODM en matière de connaissance sur les pays de provenance, de transit et de destination » (p. 10) ; « MILA soutient l'Office fédéral et le Département dans leurs efforts afin de réagir rapidement, avec compétence et d'une façon adéquate, aux tendances et développements politiques, juridiques, économiques et socioculturels internationaux et aux mouvements de migration et d'évasion » (p. 1) et enfin, « MILA fournit les informations spécifiques aux pays de provenance nécessaires à la prise de décision (asile et exigibilité du renvoi) » (p. 6). OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. A § 2*.

Pour ce qui concerne les pays de provenance, MILA recherchait des informations dans des domaines aussi variés que la situation politique, économique, sécuritaire, la justice et les droits de l'homme, la police, l'armée, le gouvernement, l'opposition, les groupes religieux, les syndicats, les communications, les moyens médicaux ou scolaires, la migration, etc.⁷⁴⁶. Pour ces observations, différentes sources d'information étaient utilisées dont : « [r]enseignements donnés par les ambassades ; [a]nalyse des autorités partenaires en Suisse et à l'étranger ; [r]enseignements d'experts ; [j]ournaux, revues spécialisées ; [a]gences de presse ; [s]tations de radiodiffusion ; [b]anques de données externes ; [i]nternet ; [o]uvrages de référence et aide-mémoires ; [m]onographies, annuaires ; [r]apports d'associations de défense des droits de l'homme et de groupes politiques, ethniques ou religieux ; [i]nformations sur l'asile provenant d'autres services de documentation publics ou privés, suisses ou étrangers ; [r]enseignements émanant d'organisations gouvernementales ou non gouvernementales (ONG), d'instituts de recherche et de collaborateurs des médias ; [i]ndications fournies par des réfugiés reconnus »⁷⁴⁷.

Les analyses effectuées sur les pays étaient ensuite introduites dans une base de données appelée « Artis » (qui continue d'exister) ou sur les pages intranet ou internet de l'ODM. Cependant, seul un nombre restreint de ces documents est accessible au grand public⁷⁴⁸, alors qu'il semblerait que « chaque mois, près de 2'000 nouveaux documents, se rapportant aux quelque 70 principaux pays de provenance, de transit et de destination, sont mis à disposition [sur Artis] »⁷⁴⁹.

Les sources utilisées alors par la section « MILA » donnent néanmoins d'autres pistes susceptibles de servir à établir la liste des pays sûrs dont certaines hypothèses sont présentées ici.

Si le Département fédéral de justice et police (par l'intermédiaire de l'ODM) doit se prononcer sur le niveau « sécuritaire » d'autres Etats du monde, il pourrait s'adresser au Département compétent en matière de politique extérieure, à savoir le Département fédéral des affaires étrangères et à ses représentations. L'Office fédéral des migrations utilise d'ailleurs parfois cette méthode pour se prononcer dans des cas concrets de demande d'asile et vérifier ainsi les allégations des requérants. L'influence des ambassades et de leurs « personnes de confiance » dans ces dossiers n'est du reste pas sans importance à en juger par

⁷⁴⁶ Idem, p. 2.

⁷⁴⁷ Idem, p. 7-8.

⁷⁴⁸ Voir la page http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/migration_analysen/herkunfts_laenderinformationen.html (consultation : 15 août 2011).

⁷⁴⁹ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. A §2, p. 6. Dans une autre partie du chapitre, il est indiqué que les analyses touchent environ 120 pays de provenance et 40 pays de destination et de transit. Idem, p. 1.

certaines exemples de jurisprudence⁷⁵⁰ et le Tribunal administratif fédéral a parfois lui-même considéré que la fiabilité de ces informations était sujette à caution⁷⁵¹.

Plus généralement, il est intéressant de comparer la liste des pays sûrs (pays qui présentent donc un caractère sécuritaire pour les requérants d'asile) établie par le DFJP avec les recommandations émises par le DFAE à l'intention des voyageurs. Ainsi, le même pays est considéré comme « sûr » par le DFJP pour un requérant d'asile et est totalement déconseillé aux voyageurs⁷⁵². S'il est évident que des différences notoires et objectives existent entre le risque pour une personne indigène ou pour un touriste étranger⁷⁵³, il n'en demeure pas moins que l'on peut se demander si certains dangers ne sont pas « universels » et peuvent ainsi toucher autant le « local » que le visiteur.

⁷⁵⁰ Voir notamment l'arrêt du TAF D-1739/2009 qui mentionne à plusieurs reprises l'utilisation d'informations fournies par la représentation suisse ou une personne de confiance : « Vu [...] le concours de l'Ambassade de Suisse à Damas requis par l'ODM, le 22 octobre 2008, afin d'obtenir des renseignements au sujet des allégations du requérant, le rapport d'enquête du 10 décembre 2008 émanant de la personne de confiance de l'ambassade, où il est mentionné que le requérant ne possède pas la nationalité syrienne (Ajanib), qu'il n'est pas non plus titulaire d'un passeport, bien qu'il puisse demander un laissez-passer pour Ajanib, et qu'il n'est pas recherché par les autorités syriennes, [...] ». D'autres cas illustrent cette problématique des renseignements collectés par les ambassades ou par des « personnes de confiance ». Pour plus de détails sur cette question, voir notamment ODAE-ROMAND, *Rapport annuel*, 2009, p. 4-5, ainsi que les cas nos 004, 043 et 083 mentionnés dans le rapport et disponibles sur le site www.oda-romand.ch.

⁷⁵¹ Pour un exemple, voir l'arrêt du TAF D-7060/2006, consid. 6.6.3 *in fine* : « le Tribunal n'entend pas considérer, en l'état du dossier, les informations obtenues par le biais de l'Ambassade de Suisse à Kinshasa comme fiables » et consid. 6.6.4 : « le rapport d'ambassade conclut notamment que l'avenue Province, située dans la commune de Gombe à Kinshasa, où la recourante a prétendu être née et avoir vécu jusqu'au début des années 1990, n'existe pas. Or, les recherches menées sur Internet démontrent le contraire. Partant, le Tribunal est en droit de s'interroger sur la valeur des autres renseignements, de même nature, obtenus par voie diplomatique. N'étant pas en mesure de les vérifier, il estime par trop risqué de se reposer sur ces informations, dont la fiabilité apparaît contestable. Dès lors, il ne sera pas tenu compte des renseignements contenus dans le rapport d'ambassade du 20 décembre 2004, lequel doit être écarté du dossier ». Dans le même sens, mais pour les questions relatives à l'*expulsion* d'étrangers vers des pays à risque, le TAF a rappelé l'ODM à l'ordre à fin 2010 en lui signifiant qu'il avait ses propres experts « regroupés au sein d'une cellule comptant quatre à cinq collaborateurs, tous chargés d'évaluer en permanence les risques que comportent les renvois vers certaines zones de conflits » et que l'ODM ne pouvait exprimer des opinions divergentes face à ces analyses. *Jurius, ODM : le TAF lui rappelle son veto à l'expulsion vers certains pays*, in Jusletter, 10 janvier 2011. Il s'agit de l'arrêt de principe ATAF 2010/54, spéc. consid. 7.5.

⁷⁵² On peut citer à titre d'exemples le Sénégal, le Mali ou l'Inde (dont plusieurs zones ou subdivisions du pays sont totalement déconseillées par le DFAE). <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/travad/hidden/hidde2/senega.html> pour le Sénégal (consultation : 29 décembre 2010) ; <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/travad/hidden/hidde2/mali.html> pour le Mali (consultation : 29 décembre 2010) et <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/travad/hidden/hidde2/india.html> pour l'Inde (consultation : 29 décembre 2010).

⁷⁵³ Dans ce sens, voir GUILLARD qui fait notamment remarquer que « [t]irant profit de sa connaissance culturelle du "milieu" ambiant, conscient des risques liés à un séjour en des lieux inopportuns, le "local" est à la fois mieux armé (connaissance, culture, langue et attitudes) et mieux préparé qu'un individu de passage, étranger qui plus est ». GUILLARD, p. 41.

Enfin, il est encore intéressant de constater que le contenu des listes – qu'il s'agisse des listes de « pays sûrs » pour les demandeurs d'asile ou des « listes » des « pays déconseillés » aux voyageurs – diffère selon l'Etat qui les aménage⁷⁵⁴. Ces différences montrent bien à quel point les critères tentant de délimiter les risques encourus (que cela soit par les requérants d'asile ou par les voyageurs) peuvent varier et s'avérer peu objectifs selon l'Etat dont ils émanent. Concernant les divergences observées dans les destinations déconseillées par la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, GUILLARD conclut dans le même sens que « [l]es considérations politiques, l'étroitesse ou la volatilité des relations entre capitales, l'importance des intérêts économiques, diplomatiques, stratégiques, humains et commerciaux alimentent une certaine perception institutionnelle incapable de se soustraire à une certaine partialité »⁷⁵⁵.

Mis à part l'éventuelle coopération avec d'autres Départements, l'ODM doit, dans sa détermination des Etats sûrs, prendre en compte l'avis du HCR. Cet élément est expressément mentionné dans le message de la LAsi⁷⁵⁶. L'Office demande donc une évaluation à cette organisation avant de décider s'il est possible d'ajouter un pays à la liste des Etats sûrs.

A titre d'exemple, le HCR s'est prononcé au printemps 2009 sur l'introduction du Kosovo dans la nouvelle liste. Dans son analyse, le Haut Commissariat a soulevé plusieurs points relatifs notamment à la question des minorités et a demandé aux autorités de prendre soigneusement en compte ces préoccupations. Il a également rappelé que des décisions en matière d'asile concernant des ressortissants kosovars devaient en tous les cas être prises individuellement. Enfin, le HCR a conclu qu'en raison des problèmes présentés, il était encore trop tôt pour admettre qu'il n'existe plus de risque de persécution ou d'autres dangers pour la vie ou la liberté. Le HCR avait alors estimé que le Kosovo ne devrait pas être inscrit sur une liste d'Etats « sûrs »⁷⁵⁷. Cet avis n'a donc été retenu que très partiellement par les autorités fédérales, puisqu'elles ont décidé d'inscrire le Kosovo sur la liste de pays sûrs. La

⁷⁵⁴ Pour ce qui est des différentes listes de pays sûrs, voir notamment la note 707 ci-dessus. L'étude présentée notamment par le CONSEIL EUROPEEN DES REFUGIES ET EXILES fait en outre bien ressortir que les listes de pays sûrs varient fortement selon le pays qui les émet. EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM (ELENA), EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), 2005.

⁷⁵⁵ GUILLARD, p. 67.

⁷⁵⁶ 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, 57.

⁷⁵⁷ Sur le point de vue du HCR relatif à l'introduction du Kosovo dans une liste de pays sûrs, voir la position officielle du 10 mai 2009 rendue en Autriche, http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/5_Oesterreich/2_A-Stellungnahmen/UNHCR-Anmerkungen-Bundesregierung-Herkunftsstaaten.pdf?PHPSESSID=bfeecbf28d6f74aed4da469566cc5648 (consultation : 29 décembre 2010), et en particulier la conclusion : « Angesichts der ausgeführten Bedenken ist es nach Einschätzung von UNHCR derzeit noch verfrüht, im Falle Kosovos von einem lediglich unbedeutenden Risiko der Verfolgung oder von anderen Gefahren für Leben und Freiheit auszugehen. Folglich vertritt UNHCR die Auffassung, dass der Kosovo nicht auf eine Liste „sicherer“ Herkunftsstaaten aufgenommen werden sollte ». L'évaluation faite début 2009 à l'intention des autorités helvétiques n'a pas été publiée, mais son contenu était similaire.

recommandation relative à l'examen individuel des demandes d'asile n'a aussi été suivie que très indirectement : le demandeur d'asile a tout de même une (mince) possibilité de remettre en question la sécurité de l'Etat dans son cas, s'il arrive à démontrer qu'il existe des indices de persécution.

Comme le mentionne le chapitre du Manuel de procédure d'asile de l'ODM relatif à la section MILA, les rapports ou les renseignements provenant des associations de défense des droits humains ou d'organisations non gouvernementales peuvent aussi être des sources d'information utiles. Principale organisation œuvrant pour les réfugiés en Suisse, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés⁷⁵⁸ n'est pourtant pas consultée par l'ODM lors de l'établissement de la liste des pays sûrs. Cette organisation procède cependant aussi à des « analyses spécifiques sur la situation dans les pays d'origine des requérants d'asile »⁷⁵⁹ qu'elle met à disposition de tous les acteurs du droit d'asile, que ce soient des avocats, des bureaux de conseils ou les autorités.

Enfin, les requérants d'asile ou les réfugiés reconnus peuvent également être une source de renseignement sur le caractère sûr ou non d'un Etat. Les indications sont généralement données oralement et se situent à deux niveaux distincts, en fonction du statut juridique de la personne qui donne les informations. La situation est en effet différente si les renseignements proviennent d'un *réfugié reconnu* ou s'ils sont livrés par un *demandeur d'asile* dont la procédure est en cours.

Dans le premier cas, la source peut servir à établir plus « abstraitement » la situation générale du pays en donnant des informations sur les groupes ou mouvements religieux, ethniques ou politiques interdits ou recherchés par les autorités. La section MILA utilisait ces renseignements dans des situations particulières et, dans la mesure du possible, les vérifiait en les recoupant avec d'autres sources, mais elle estimait que de telles sources permettaient d'obtenir « des informations substantielles »⁷⁶⁰.

La seconde hypothèse offre des informations d'un tout autre ordre. Puisqu'il est admis que les pays que le Conseil fédéral *désigne comme étant sûrs* font l'objet d'une présomption réfragable, cela implique donc que le requérant a encore une possibilité de faire valoir qu'il est victime de persécutions et que, dans son cas, le pays en question ne présente pas les garanties de sécurité suffisantes. Dans ce cas, « le requérant qui fait valoir des indices de persécution qui n'apparaissent pas d'emblée sans fondement a droit à ce que sa demande

⁷⁵⁸ L'OSAR regroupe, en tant qu'organisation faîtière, les quatre œuvres d'entraide suisses reconnues s'occupant de réfugiés, à savoir Caritas Suisse, l'Entraide protestante suisse (EPER), l'Organisation suisse d'entraide ouvrière (OSEO) et l'Union suisse des comités d'entraide juive (USEJ), www.fluechtlingshilfe.ch.

⁷⁵⁹ <http://www.fluechtlingshilfe.ch/pays-d-origine/lanalyse-pays-de-l-osar> (consultation : 15 août 2011).

⁷⁶⁰ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. A §2*, p. 8.

d'asile soit examinée quant au fond dans une procédure ordinaire»⁷⁶¹. Cela a donc pour conséquence que dans certaines hypothèses, l'ODM doit, en cours d'une procédure d'asile, prendre en compte les renseignements donnés directement par le requérant concerné.

Quoi qu'il en soit, il s'agit là d'une source d'information directe sur le caractère sûr ou non d'un Etat, dans un cas d'espèce, source qui en soi – et à elle seule – ne remettra pas en cause l'inscription d'un tel Etat sur la liste des pays sûrs⁷⁶². Si la preuve fournie par un requérant dans un cas concret de persécution ne peut qu'apporter un indice de détérioration de la situation du pays – indice qui pourra peut-être être pris en compte lors de la prochaine évaluation faite par l'ODM – cette source d'information a cependant la faculté de mettre en évidence que le risque général de persécution varie selon qu'il est apprécié de manière globale ou dans un cas particulier.

2.5.3.6. *Les particularités et l'importance du système de Dublin*

i) La forme de l'Accord, son but et son mécanisme

Pour compléter son système d'« Etats sûrs » désignés – et inscrits sur une liste – par le Conseil fédéral, la Suisse a conclu le 26 octobre 2004 un accord avec l'Union européenne lui permettant de participer au système de Dublin⁷⁶³. Les Etats membres sont ainsi considérés par la Suisse comme des Etats exempts de persécution et compétents, en vertu d'un accord international, au sens de l'art. 34 al. 2, let. d LAsi pour traiter une demande d'asile.

Cet Accord de Dublin prévoit notamment à son article premier que « [l]es dispositions du règlement "Dublin"⁷⁶⁴, du règlement "Eurodac"⁷⁶⁵, du règlement "modalités d'application d'Eurodac"⁷⁶⁶ et du règlement "modalités d'application de Dublin"⁷⁶⁷ sont mises en œuvre par la [...] Suisse, et appliquées dans ses relations avec les Etats membres de l'Union européenne ».

⁷⁶¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 135.

⁷⁶² Cette décision d'inscription d'un Etat sur la liste étant une décision générale qui ne peut être contestée par un demandeur d'asile. Pour qu'il y ait une modification, il faut que l'Etat en question ne remplisse plus les critères de sécurité établis (tels que la situation générale politique, le respect des droits humains, etc.). ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 135.

⁷⁶³ Accord avec la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse. RS 0.142.392.68. Cet accord n'est toutefois entré en vigueur que le 1^{er} mars 2008.

⁷⁶⁴ JO L 50/1, du 25 février 2003.

⁷⁶⁵ JO L 316/1, du 15 décembre 2000.

⁷⁶⁶ JO L 62/1, du 5 mars 2002.

⁷⁶⁷ JO L 222/3, du 5 septembre 2003.

Comme on l'a vu⁷⁶⁸, le but du système de Dublin est d'établir des mécanismes de détermination de l'Etat membre de l'Union européenne qui sera responsable d'examiner une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, ceci afin d'éviter les demandes d'asile multiples par un même requérant.

En résumé, le mécanisme de Dublin prévoit que l'Etat responsable de traiter une demande est en principe le premier pays dans lequel le requérant est arrivé⁷⁶⁹ (sauf toutefois pour les cas où le demandeur a de la famille – réfugiée ou en cours de procédure dans un autre Etat –, critère du regroupement familial, ou s'il possède un visa ou permis, critère du titre de séjour). En effet, le critère de l'entrée illégale sur le territoire d'un Etat membre est presque le critère habituel prévalant actuellement dans le système de Dublin⁷⁷⁰.

ii) Les impacts sur l'ordre juridique et la pratique suisses

Le 13 juin 2008 des compléments ont été apportés dans le cadre de la mise en œuvre de ces accords d'association à Schengen et à Dublin⁷⁷¹. Ces compléments sont notamment venus modifier la LEtr et la LAsi et ont pris effet le 12 décembre 2008.

La mise en œuvre du régime de Dublin a donc d'une certaine manière concrétisé l'art. 34 al. 2, lettre d LAsi qui, pour rappel, prévoit qu'il n'est pas entré en matière lorsque le demandeur peut se rendre dans un Etats tiers « sûrs » compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile (et de renvoi).

Les décisions de non-entrée en matière prises sur la base de cet article (ainsi que, en conséquence, les décisions de transfert des requérants d'asile) ont dès lors pris une ampleur toute autre. Les autorités ont largement fait usage de cet accord et le nombre de ces décisions a drastiquement augmenté⁷⁷².

⁷⁶⁸ Voir ci-dessus, le ch. II.4.2.3.

⁷⁶⁹ Les critères sont détaillés aux art. 6 à 13 du règlement « Dublin » CE no 343/2003. Pour plus de détails sur ce règlement, voir ci-dessous le ch. III.3.1.4.2 qui lui est consacré.

⁷⁷⁰ KATABUKA faisait déjà cette constatation à propos de la Convention de Dublin de 1990. KATABUKA, p. 35. Quant à LANTERO, elle désigne l'Etat responsable comme celui « qui a laissé pénétrer le demandeur dans l'Union, soit par la délivrance d'un titre de séjour ou un visa, soit par "défaut de surveillance" ». LANTERO, p. 108.

⁷⁷¹ RO 2008 5407.

⁷⁷² « Durant la période comprise entre le 12 décembre 2008, début de la coopération instituée par l'accord de Dublin, et la fin de décembre 2009, les autorités suisses ont déposé des demandes de prise en charge pour 6041 personnes dont la procédure d'asile relevait, selon elles, de la compétence d'un autre Etat de l'espace Dublin. [...] Le nombre de requérants transférés dans l'Etat Dublin compétent se monte à 1904 au total. [...] De son côté, la Suisse a reçu 605 demandes de prise en charge d'autres Etats Dublin pendant la même période », OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*, p. 4. POVLAKIC annonce des chiffres à peu près similaires : « Avec 10'102 cas de renvois vers un Etat européen depuis le début 2009, l'application des Accords de Dublin est devenu le principal mécanisme d'exécution des renvois de Suisse dans le domaine de l'asile ». POVLAKIC, *Le piège des Accords de Dublin*, p. 42-43. Au

A mon sens, deux facteurs expliquent cette recrudescence de décisions « Dublin ». En premier lieu, le contenu ou la valeur de la base légale a changé : avant d'intégrer le régime de Dublin à l'ordre juridique suisse, seul l'art. 34 al. 2, let. d permettait de renvoyer un demandeur dans un Etat avec lequel la Suisse avait conclu un accord. Il fallait se fonder sur des accords particuliers et en principe bilatéraux avec certains Etats. Il existait donc la possibilité théorique de prendre de telles décisions, mais cela avait peu d'incidence pratique. En second lieu, il me semble possible de constater qu'avec l'introduction officielle de ce mécanisme, une sorte de « déplacement du sentiment de responsabilité » s'est installée parmi les autorités. Autrement dit, les décisions de transfert d'un dossier d'asile, et *a fortiori* d'un requérant, vers un Etat membre ne relèvent plus d'une responsabilité « personnelle » de la Suisse, mais d'une norme européenne (intégrée à l'ordre juridique suisse).

iii) La clause de souveraineté

Cette faculté de se décharger de l'examen d'une requête n'est pourtant pas la seule voie d'action d'un Etat. Le règlement de Dublin prévoit en effet que chaque pays membre est libre⁷⁷³ de faire usage d'une clause de souveraineté qui permet à un Etat, qui n'est pas compétent d'après les critères usuels, de décider souverainement de traiter lui-même la demande⁷⁷⁴. Cette idée est également reprise en droit suisse, puisque que l'art. 29a al. 3 OA 1 prévoit que « [l']ODM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent »⁷⁷⁵. Il existe toutefois une distinction importante, selon le TAF, entre la clause de souveraineté « européenne » et la clause humanitaire « suisse ». La première empêche le transfert si celui-ci viole le droit international public (par exemple l'art. 3 CEDH qui interdit notamment la torture), alors que la seconde peut être appliquée (il s'agit d'une disposition potestative) lorsqu'il y a d'autres motifs humanitaires, mais moins impératifs. L'art. 29a al. 3 OA 1 consisterait donc en une

stade du recours, le TAF a rendu entre fin 2009 et fin 2010 plus de 600 décisions « Dublin ». Résultat d'une recherche effectuée le 29 décembre 2010 sur le push-service de Weblaw. POVLAKIC estime que seuls trois arrêts du TAF ont effectivement empêché un renvoi. Toujours selon l'auteure, d'autres décisions « positives » du TAF auraient été rendues, mais une nouvelle décision de l'ODM pratiquement identique à la première et confirmée ensuite par le TAF, entérinerait la décision de renvoi. Idem, p. 43.

⁷⁷³ Selon l'interprétation qu'en a faite le Tribunal administratif fédéral, il ne s'agit pas seulement d'une « liberté » : au contraire, « la Suisse est tenue d'appliquer la clause de souveraineté (...) lorsque le transfert envisagé viole des obligations de droit international public ». ATAF 2010/45, consid. 7.2.

⁷⁷⁴ Art. 3 par. 2 du règlement (CE) no 343/2003.

⁷⁷⁵ Le règlement connaît également une clause, dite « humanitaire », mais dont le contenu diffère quelque peu, puisqu'il s'adresse uniquement aux familles : la clause humanitaire du Règlement permet en effet à un Etat qui n'est pas compétent en vertu des critères établis de traiter malgré tout de la demande d'un requérant afin de « rapprocher des membres d'une même famille, ainsi que d'autres parents à charge pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels ». Art. 15 par. 1 du règlement (CE) no 343/2003), alors que la clause de l'art. 29a al. 3 OA 1 ne vise pas une situation particulière.

sorte de mesure intermédiaire entre le principe général de transfert au sens du règlement de Dublin et l'obligation de ne pas transférer, dans certaines circonstances, imposé par la clause de souveraineté⁷⁷⁶.

Cependant, ni le règlement de Dublin, ni la législation suisse ne prévoient de critères qui permettraient dans des cas bien précis d'appliquer cette clause. La procédure n'est donc pas définie de manière transparente, et bien qu'elle commence à être précisée par la jurisprudence, il revient à l'ODM de déterminer dans chaque cas s'il faut en tenir compte. Son pouvoir d'appréciation est donc assez large et, faute de critères légaux, le requérant n'a pas la possibilité de faire contrôler le bien-fondé de cette évaluation⁷⁷⁷.

D'une manière générale, il est possible de constater que cette clause de souveraineté (ou « humanitaire » au sens du droit suisse⁷⁷⁸), nécessaire pour respecter l'esprit des droits humains, n'est pratiquement jamais appliquée par les autorités helvétiques⁷⁷⁹. Une mince exception est tout de même à relever : la Suisse ne pratique plus de renvois Dublin « automatiques » (du moins lorsque les requérants font recours contre la décision de l'ODM) en direction de la Grèce, puisque les conditions « humanitaires » ne sont pas remplies par cet Etat⁷⁸⁰. Pour les autres Etats, l'ODM déclarait, en août 2010, n'avoir fait usage de cette clause

⁷⁷⁶ « Entgegen der Auffassung des BFM gibt es nicht nur die Überstellung der Asyl-suchenden an den zuständigen Staat auf der einen Seite und die Aus-übung des Rechts auf Selbsteintritt in den Fällen, wo die Überstellung gegen übergeordnetes Recht verstossen würde, auf der anderen Seite. Abgesehen von diesem letztgenannten Fall, wo der Selbsteintritt zur Pflicht wird, ist die Schweiz sehr wohl berechtigt und je nach den Um-ständen sogar gehalten, auch aus anderen, weniger zwingenden huma-nitären Gründen ihr Ermessen zu Gunsten des Wohls des Asylsuchenden in Form eines Selbsteintritts auszuüben ». ATAF 2011/9, consid. 8.1.

⁷⁷⁷ POVLAKIC parle même de « pouvoirs d'exception » de l'ODM dans de telles circonstances. POVLAKIC, *Le piège des Accords de Dublin*, p. 44. Le TAF a en outre estimé que l'art. 3 par. 2 du règlement (clause de souveraineté) n'était pas une disposition directement applicable, ce qui implique qu'un requérant ne peut pas s'en prévaloir sans la combiner à une autre norme de droit fédéral. ATAF 2010/45, consid. 5.

⁷⁷⁸ Voir toutefois l'ATAF 2011/9, cité ci-dessus, pour un exemple d'application de la clause humanitaire au sens de l'art. 29a al. 3 OA 1.

⁷⁷⁹ Pour un exemple « médiatique », voir le cas de Fahad K., requérant d'asile irakien. Protagoniste dans le film « La forteresse » tourné au CEP de Vallorbe, il avait reçu le soutien de plusieurs personnalités. En vain. Les autorités n'ont pas voulu faire usage de la clause de souveraineté prévue par le règlement de Dublin et l'ont renvoyé en Suède, alors qu'il était probable que la Suède le transférerait à son tour vers la Grèce. De manière curieuse et paradoxale, le TAF précise cependant dans son arrêt qu'« on ne voit pas pourquoi, au cas où les conditions pour une réadmission par la Grèce demeurerait remplies à ce jour, le recourant ne pourrait pas faire valoir valablement devant les autorités suédoises [...] tous les éléments qui pourraient s'opposer à son renvoi en Grèce, et tenter d'obtenir que la Suède examine néanmoins sa demande d'asile, comme le "Règlement Dublin II" [...] lui en laisse la faculté ». Arrêt TAF E-1068/2008, spéc. consid. 4.2.5 *in fine*. Pour deux autres exemples frappants, voir ODAE-ROMAND, cas 122 et cas 120.

⁷⁸⁰ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *adaptations de pratique*, 2011. Pour d'autre prises de position sur la situation prévalant en Grèce, voir : EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Stop sending asylum seekers to Greece* ; HCR, *Information Note*, p. 15, ch. 39. Pour une analyse plus générale des conditions de procédure et d'accueil en Grèce, voir HCR, *Position sur le retour des demandeurs d'asile*

qu'à 11 reprises depuis 2008⁷⁸¹. Jusqu'à présent, la clause humanitaire de l'art. 29a al. 3 OA 1, ainsi que l'art. 3 par. 2 du Règlement de Dublin n'ont que très peu été utilisés et il convient de se demander si, en l'état, ces textes ainsi que ceux plus généraux relevant du droit international (et *a fortiori* leur esprit) est bien respecté par la pratique⁷⁸².

Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif semble toutefois donner une nouvelle impulsion à la pratique, puisqu'il renvoie un cas à l'ODM pour que celui-ci se prononce à nouveau en tenant compte de la clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 du Règlement Dublin et au regard de la clause humanitaire de l'art. 29a al. 3 LAsi invoquée par le requérant⁷⁸³.

Il ne reste qu'à espérer que cette position du Tribunal administratif fédéral donne un nouvel élan à la pratique de l'ODM en matière de cas « Dublin » et qu'ainsi la Suisse prenne ses responsabilités et assume le règlement de Dublin dans son ensemble (et y compris son article 3), notamment lorsqu'il s'agit de renvoyer un requérant dans un Etat fortement touché par le mécanisme de Dublin (comme l'Italie, Malte ou la Pologne)⁷⁸⁴ et qui n'a pas la capacité

en Grèce. Enfin, la Cour EDH a rendu, début 2011, un arrêt capital en ce qui concerne la responsabilité des Etats membres de renvoyer un requérant vers la Grèce. Dans cette affaire, elle a condamné tant la Belgique qui a procédé au renvoi vers la Grèce, que la Grèce elle-même pour, notamment, violation de l'art. 3 CEDH, à savoir l'exposition à des traitements inhumains et dégradants. C'est d'ailleurs cet arrêt qui a poussé l'ODM à publier le communiqué de presse mentionné ci-dessus. Le TAF a également repris ce jugement dans un arrêt de principe, D-2076/2011, du 16 août 2011. Voir l'arrêt CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09. La Cour EDH a par ailleurs indiqué qu'en janvier 2011, pas moins de 960 affaires étaient pendantes concernant Dublin. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, p. 2. Enfin, la CJUE s'est aussi prononcée plus récemment sur les transferts Dublin à destination de la Grèce : arrêt CJUE *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, du 21 décembre 2011, affaire C-411/10.

⁷⁸¹ BRINA, 2010.

⁷⁸² Sur la pratique suisse en matière de décisions « Dublin », voir ODAE-ROMAND, note thématique 007.

⁷⁸³ « [C]ompte tenu de l'évolution notable alléguée de sa situation de fait, le Tribunal ne saurait exclure, sur la base de cet examen sommaire, la possibilité que le requérant soit valablement fondé à invoquer des raisons humanitaires au sens de l'art. 29a al. 3 OA 1 ou l'illicéité de son transfert pour violation des garanties de l'art. 8 CEDH, voire de l'art. 3 CEDH, pour s'opposer à sa séparation d'avec sa fiancée enceinte et affectée de troubles psychiques de nature à mettre, à court ou moyen terme, en danger la santé de l'enfant à naître. [...] qu'ainsi ce nouvel ensemble de faits pourrait justifier l'application par l'ODM de la clause de souveraineté de l'art. 3 § 2 du règlement (CE) no 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers ». Arrêt TAF E-5989/2010.

⁷⁸⁴ POVLAKIC, *Le piège des Accords de Dublin*, p. 43-44. Pour un exemple de condamnation de l'Italie, par la Cour EDH, voir l'arrêt CEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, du 23 février 2012, requête no 27765/09. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'est par ailleurs prononcé sur la situation prévalant en Italie soulignant ainsi le non-respect de la CEDH par cet Etat qui, à plusieurs reprises, a expulsé des requérants vers la Tunisie en dépit de mesures provisoires indiquées par la Cour. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, CM/ResDH(2010)83. Cinq ans plus tôt l'Italie était déjà critiquée notamment pour ses renvois collectifs depuis Lampedusa vers la Lybie, voir dans ce sens, PARLEMENT EUROPEEN, P6_TA(2005)0138.

logistique, matérielle et/ou procédurale de traiter tous les demandeurs d'asile qui lui parviennent⁷⁸⁵.

Outre l'usage de la clause de souveraineté, il existe un autre moyen pour un Etat de traiter une demande d'asile alors qu'il n'est *a priori* pas compétent en raison de critères mentionnés ci-dessus. L'article 19 par. 4 du règlement prévoit en effet que la demande d'asile d'un requérant dont le transfert n'a pas été exécuté dans un délai de six mois⁷⁸⁶ (à partir de l'acceptation de la demande de prise en charge ou de la décision sur recours en cas d'effet suspensif⁷⁸⁷) devra dès lors être traitée par l'Etat qui aurait dû effectuer le transfert et où la demande a donc été déposée⁷⁸⁸. Cette solution présente l'avantage de permettre le traitement de certaines requêtes au détriment d'un autre Etat sans pour autant faire preuve de manque de diplomatie ou d'accusation indirecte du non-respect des droits humains par cet Etat⁷⁸⁹.

iv) La question de l'effet suspensif

Une fois qu'une décision de ne pas examiner la demande d'asile est prise, il faut – pour que le transfert ne soit pas effectué – que cette décision et par conséquent aussi celle de renvoyer le demandeur dans un autre Etat membre puisse faire l'objet d'un recours assorti d'un effet suspensif. En l'occurrence, le règlement Dublin prévoit que ce recours n'a pas d'effet suspensif, sauf si la législation nationale le permet et que les tribunaux le décident au cas par

⁷⁸⁵ Toutefois, en matière de preuve, il revient au requérant de prouver que l'Etat dans lequel il serait transféré présente des risques à son égard. Dans le cadre d'un transfert Dublin, il existe en effet une présomption de respect (par l'Etat de destination) des obligations découlant des directives « accueil » et « procédure » (ainsi que des obligations ressortant du droit international, telles que l'interdiction du refoulement). Dans ce sens, voir l'ATAF 2010/45, consid. 7.4.1 et 7.4.2.

⁷⁸⁶ Le délai peut être prolongé à 12 mois si le transfert n'a pas pu être exécuté parce que le demandeur d'asile était emprisonné ou à 18 mois si celui-ci a pris la fuite. Art. 19 par. 4 du Règlement. Contrairement à ce qu'a affirmé l'ODM, le fait qu'une requérante d'asile soit enceinte de 9 mois le jour où le transfert devait avoir lieu (son terme était déjà atteint) ne peut être considéré comme un comportement faisant obstacle au transfert. Rappelant les risques d'un voyage dans de telles conditions et les pratiques des compagnies d'aviation, le TAF a heureusement contredit l'ODM en précisant qu'une « telle affirmation de la part de l'autorité inférieure est aussi incongrue que choquante ». ATAF 2010/27, consid. 8.1.

⁷⁸⁷ ATAF 2010/27, consid. 7.2.1.

⁷⁸⁸ Pour une illustration très complète de cette disposition, voir l'arrêt de principe ATAF 2010/27, dans lequel le TAF conclut notamment (à l'issue d'une analyse très détaillée) que l'art. 19 par. 3 et 4 (ainsi que 20 par. 1, let. d et par. 2) du règlement de Dublin est directement applicable et peut donc être invoqué par un requérant d'asile dans la mesure où cette disposition a pour but de garantir aux demandeurs d'asile un accès effectif à la procédure et de les protéger contre le risque de se retrouver dans la catégorie des « réfugiés en orbite ». Voir le consid. 6.4, spéc. 6.4.6.5, 6.4.6.6 et 6.4.8. En l'occurrence toutefois, les requérants ayant déjà été transférés en Italie au moment du recours, le TAF estime qu'il existe « un changement notable de circonstances conduisant à une attraction de compétence », ce qui implique pour l'autorité judiciaire que l'Etat « transférant » (la Suisse) n'est plus compétent pour traiter de ce cas (consid. 7.3.2 et 8).

⁷⁸⁹ Le HCR mentionne d'ailleurs à cet égard que la Suisse utilise parfois cette méthode afin de ne délibérément pas transférer des personnes vulnérables. HCR, *Information Note*, p. 1, note 5.

cas⁷⁹⁰. Un nouvel article a donc été introduit dans la LAsi, avec effet au 12 décembre 2008, qui ne reconnaît pas d'effet suspensif aux recours déposés contre une décision de non-entrée en matière en vertu de l'art. 34 al. 2, let. d LAsi⁷⁹¹. Toutefois « [l]orsque des indices sérieux laissent présumer que les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 sont violés par le pays en question, l'effet suspensif peut être accordé »⁷⁹². Il revient donc à chaque fois à l'intéressé de démontrer, dans une demande de restitution de l'effet suspensif, qu'un retour dans un autre Etat membre porterait une atteinte grave à ses intérêts et lui causerait des dommages irréparables. Sur cette question d'accorder l'effet suspensif sur demande et au cas par cas, la Cour EDH s'est prononcée de manière tout à fait claire : elle a ainsi jugé que dans de telles circonstances, il n'était pas impossible que l'effet suspensif soit refusé à tort et que si cela devait être le cas, le caractère effectif du recours prévu par l'art. 13 CEDH ne serait pas respecté⁷⁹³.

Si le recours ne devait pas bénéficier d'un effet suspensif, le transfert serait exécuté avant la décision finale de l'instance supérieure. Le requérant ne pourrait alors pas valablement faire valoir ses droits dans la mesure où, lorsque le Tribunal administratif se prononcerait sur son recours, le principal intéressé serait déjà loin. En outre, si l'entrée en force de la décision de première instance était immédiate, le requérant n'aurait pas le temps de trouver une aide

⁷⁹⁰ Art. 19 par. 2 du règlement Dublin. La Cour de justice de l'Union européenne a en outre précisé la portée de cet effet suspensif en ce qui concerne l'exécution du transfert : « L'article 20, paragraphes 1, sous d), et 2, du règlement (...) doit être interprété en ce sens que, lorsque la législation de l'Etat membre requérant prévoit l'effet suspensif d'un recours, le délai d'exécution du transfert court, non pas déjà à compter de la décision juridictionnelle provisoire suspendant la mise en œuvre de la procédure de transfert, mais seulement à compter de la décision juridictionnelle qui statue sur le bien-fondé de la procédure et qui n'est plus susceptible de faire obstacle à cette mise en œuvre ». Arrêt CJCE *Migrationsverket c. Edgar Petrosian*, du 29 janvier 2009, affaire C-19/08.

⁷⁹¹ Rappelons encore qu'un recours contre une décision de non-entrée en matière doit être déposé dans un délai de cinq jours seulement et que le TAF est censé se prononcer en principe également en cinq jours, voir en six semaines si un échange d'écriture devait encore avoir lieu. Sur les délais relatifs à la procédure accélérée, voir ci-dessous les ch. III.2.5.4.5 et III.2.5.4.6.

⁷⁹² Art. 107a LAsi.

⁷⁹³ Arrêt CEDH *Conka c. Belgique*, du 5 mai 2002, requête no 51564/99, § 82 et 83 : « [82] D'abord, l'on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective. En pareil cas, le recours exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13. [83] Ensuite, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable en pratique – ce dont la Cour ne saurait juger en l'absence de données fiables – il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention ».

juridique appropriée. Dans ces circonstances, le principe du non-refoulement ou, en tous les cas, le principe de protection juridique effective risquerait de ne pas être respecté⁷⁹⁴.

Au fait de cette problématique, le TAF a rendu, en octobre 2009, une décision incidente peu anodine⁷⁹⁵ dans laquelle il a constaté que la restitution de l'effet suspensif à un recours contre une décision déjà exécutée (le requérant avait déjà été renvoyé en Italie) était bien sans incidence, mais qu'au regard des autres mesures provisionnelles de l'art. 56 PA, l'ODM était tenu « d'entreprendre les démarches nécessaires afin de permettre à l'intéressé un retour en Suisse où il pourra y attendre la fin de sa procédure en matière d'asile ».

Continuant sur cette lancée positive, l'instance de recours a livré, le 2 février 2010, un arrêt de principe sur cette question de l'effet suspensif dans les cas Dublin⁷⁹⁶. Il en ressort notamment que l'effet suspensif ne doit pas uniquement être octroyé lorsque l'Etat de destination risquerait de violer directement ses obligations découlant de la CEDH, mais également dans l'hypothèse où il renverrait à son tour le requérant plus loin. Le renvoi en chaîne et le risque qui lui est attaché de violation du principe de non-refoulement constituent donc des éléments qui doivent être pris en compte pour accorder l'effet suspensif au recours⁷⁹⁷. En outre, le TAF juge, assez logiquement, que le requérant doit encore être en Suisse au moment où la question de l'octroi de l'effet suspensif est examinée, sans quoi la demande de restitution serait sans objet. Un certain délai doit en outre exister d'une part, pour que le requérant (ou son mandataire) puisse motiver sa demande de restitution de l'effet suspensif et d'autre part, pour que l'instance supérieure, le TAF, ait le temps de se prononcer⁷⁹⁸.

Ainsi, le Tribunal estime que la pratique de l'ODM qui consiste à renvoyer le requérant dans un Etat Dublin immédiatement après la notification de la décision ne se fonde sur aucune base légale que ce soit au niveau de la loi sur l'asile, de la loi sur la procédure administrative ou du règlement européen de Dublin⁷⁹⁹. Dans ces conditions, le principe de la protection juridique

⁷⁹⁴ Dans ce sens, HERMANN, *Refoulement-Verbote*. Se sont prononcés dans le même sens (lors de la discussion sur les accords bilatéraux II), le Parti socialiste, l'OSAR et Caritas Suisse, invoquant qu'un recours sans effet suspensif contre une décision de renvoi « Dublin » pourrait violer les art. 3 CEDH (responsabilité de l'Etat qui renvoie un requérant : voir la décision CEDH *T.I. c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête no 43844/98, et ci-dessous le ch. III.5.3.1.2 et la note. 1183) et 13 CEDH (droit à un recours effectif). Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), du 1^{er} octobre 2004, FF 2004 5593, 5652.

⁷⁹⁵ Décision non publiée, dans la cause D-6170/2009.

⁷⁹⁶ ATAF 2010/1.

⁷⁹⁷ Idem, consid. 3.2.

⁷⁹⁸ Idem, consid. 3.5.

⁷⁹⁹ Idem, consid. 4.2.1 pour l'analyse au regard de l'art. 45 al. 1 LAsi ; consid. 4.2.2 pour l'analyse en vertu du règlement de Dublin, et consid. 4.2.3 et 4.2.4 pour l'analyse selon les art. 39 let. b et 41 al. 2 PA.

effective n'est donc pas respecté⁸⁰⁰. En conséquence, afin, d'éviter une telle violation à l'avenir, un délai approprié doit être accordé pour qu'une protection effective puisse effectivement exister⁸⁰¹.

Cette solution jurisprudentielle constitue un premier pas positif en direction du recours « effectif ». Mais pour que celui-ci soit intégralement respecté, l'unique option consisterait à octroyer un effet suspensif automatique, afin d'éviter toute éventualité d'erreur, puisque même si cela ne représente qu'un risque mineur, cela suffit pour que la protection de ce droit ne soit pas garantie⁸⁰². En pratique cependant, depuis l'arrêt du TAF de 2010, il n'y a plus de renvoi tant que le TAF ne s'est pas prononcé sur l'effet suspensif. Les mesures provisionnelles de l'art. 56 PA permettent de suspendre systématiquement le renvoi et la restitution de l'effet suspensif est ensuite relativement facilement accordée.

2.5.4. Les règles de procédure spécifiquement applicables à la procédure accélérée

2.5.4.1. Remarques liminaires

Dans le cadre de la procédure d'asile en général, et également dans le cadre de la procédure accélérée, c'est la maxime inquisitoire qui s'applique, ce qui a pour conséquence, selon l'ODM, que « seuls les éléments de l'état de faits susceptibles de justifier une décision d'irrecevabilité doivent être examinés »⁸⁰³. En plus de ces éléments, l'autorité compétente sera néanmoins obligée d'examiner si les conditions permettant le renvoi sont réunies⁸⁰⁴.

Par ailleurs, les procédures accélérées de non-entrée en matière font l'objet de règles de procédures spécifiques, notamment quant au droit d'être entendu (art. 36 LAsi et ch. 2.5.4.2, ci-dessous) et au délai (art. 32 al. 2, let. a et 37 LAsi. Voir les ch. 2.5.4.3, 2.5.4.4, 2.5.4.5 et 2.5.4.6, ci-dessous).

Pour le reste, les décisions de non-entrée en matière font ensuite l'objet des mêmes dispositions d'exécution que celles applicables aux décisions matérielles, notamment en ce qui concerne le renvoi ou l'admission provisoire⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Idem, consid. 5.1 à 5.5 sur les différentes bases légales (suisses et internationales) garantissant le droit à une protection juridique effective ; consid. 5.6 et 5.7 sur la violation effective de ce droit par la pratique de l'ODM.

⁸⁰¹ Idem, consid. 6.

⁸⁰² Arrêt CEDH *Conka c. Belgique*, du 5 mai 2002, requête no 51564/99, § 83.

⁸⁰³ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. F § 2*, p. 5.

⁸⁰⁴ Sur cette question, voir ci-dessous, le ch. III.2.6.3.

⁸⁰⁵ Au sens de l'art. 44 LAsi.

2.5.4.2. *La procédure précédant les décisions de non-entrée en matière : audition sur les motifs d'asile vs droit d'être entendu*

L'article 36 alinéa 1 LAsi prévoit que pour un certain nombre de cas, le requérant doit être entendu lors d'une *audition* et conformément aux articles 29 et 30 de la LAsi (c'est-à-dire notamment qu'il doit être entendu sur ses motifs, qu'il peut être accompagné d'un mandataire et d'un interprète de son choix et qu'un représentant des œuvres d'entraide peut être présent lors de l'audition) avant qu'une décision de non-entrée en matière ne soit rendue. Dans d'autres cas, seul un *droit d'être entendu* est octroyé au requérant.

Le message relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers (AMU), qui a introduit en 1998 de nouveaux motifs de non-entrée en matière⁸⁰⁶, précise d'ailleurs à cet égard que « [p]ar rapport à la réglementation de la loi sur l'asile en vigueur, qui limite les motifs de non-entrée en matière surtout aux cas où un rejet sans autres mesures d'instruction est justifié [...], les nouveaux motifs [...] représentent une autre catégorie sur le plan qualitatif, puisqu'il s'agit de reconnaître que des réfugiés peuvent fort bien se trouver parmi les intéressés »⁸⁰⁷. C'est ainsi que la distinction entre une audition formelle et le « simple droit d'être entendu » s'est justifiée : en raison de la différence « qualitative » qui existe entre les différents motifs de non-entrée en matière, puisqu'il n'est pas exclu que le cas de certains réfugiés soit englobé dans l'un ou l'autre de ces motifs de non-entrée en matière.

Les hypothèses mentionnées à l'article 36 alinéa 2, dans lesquelles seul un « droit d'être entendu » est octroyé, sont celles des articles 32 al. 2, let. b, c et e, 34 al. 2, let. d, et 35a al. 1 et 2 LAsi, à savoir :

- lorsque le requérant a trompé les autorités sur son identité (art. 32 al. 2, let. b) ;
- lorsqu'il s'est rendu coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer (art. 32 al. 2, let. c) ;
- lorsqu'il a déjà fait l'objet d'une procédure d'asile en Suisse qui s'est terminée par une décision négative, à moins que des faits propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se soient produits dans l'intervalle (art. 32 al. 2, let. e) ;

⁸⁰⁶ En cas de non-remise des documents de voyage ou des pièces d'identité, en cas de tromperie sur l'identité et en cas de dépôt ultérieur abusif d'une demande d'asile.

⁸⁰⁷ Message du Conseil fédéral relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers, du 13 mai 1998 (AMU), FF 1998 2829, 2837.

- lorsqu'il peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi (il s'agit ici en particulier des cas « Dublin », art. 34 al. 2, let. d) ;
- ou enfin lorsqu'une procédure d'asile est rouverte par une nouvelle demande (après qu'une première demande ait été classée) (art. 35a).

Dans (tous) les autres cas, une (seconde) audition sur les motifs d'asile a lieu, à savoir :

- lorsqu'il n'est pas entré en matière sur la demande d'asile qui ne satisfait pas aux conditions de l'article 18 LAsi (art. 32 al. 1) ;
- lorsque le requérant ne remet par ses documents de voyage ou pièces d'identité aux autorités dans les 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile (art. 32 al. 2, let. a) ;
- lorsque le requérant a déjà fait l'objet, dans un Etat membre de l'UE (ou de l'EEE), d'une procédure d'asile qui a débouché sur une décision négative (art. 32 al. 2, let. f) ;
- lorsque le requérant séjourne illégalement en Suisse et présente une demande d'asile dans l'intention manifeste de se soustraire à l'exécution imminente d'une expulsion ou d'un renvoi (art. 33) ;
- lorsque le requérant vient d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté, au sens de l'article 6a alinéa 2, lettre a (art. 34 al. 1) ;
- lorsque le requérant peut retourner dans un Etat tiers sûr au sens de l'article 6a alinéa 2, lettre b, dans lequel il a séjourné auparavant (art. 34 al. 2, let. a) ;
- lorsque le requérant peut retourner dans un Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant et qui respecte dans le cas d'espèce le principe du non-refoulement visé à l'article 5 alinéa 1 (art. 34 al. 2, let. b) ;
- lorsque le requérant peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers pour lequel il possède déjà un visa et dans lequel il peut demander protection (art. 34 al. 2, let. c) ;
- lorsque le requérant peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits (art. 34 al. 2, let. e) ;
- lorsque le requérant est revenu en Suisse après être retourné dans son Etat d'origine ou de provenance alors que la procédure était en suspens, à moins que des faits propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se soient produits dans l'intervalle (art. 32 al. 2, let. e, ainsi que les précisions de l'art. 36 al. 1, let. b) ;

- lorsque la procédure d'asile est rouverte⁸⁰⁸ et lorsqu'une telle audition n'a pas eu lieu dans le cadre de la procédure précédente ou que la personne concernée, usant de son droit d'être entendue, fait valoir de nouveaux motifs et qu'il existe des indices propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire (art. 35a al. 2, ainsi que les précisions de l'art. 36 al. 1, let. c).

Comme on l'a vu, le droit d'asile actuel concrétise le droit d'être entendu de différentes manières : dans certaines hypothèses, une audition est prévue, parfois même deux auditions, alors que dans d'autres cas, une première (et unique) audition, sommaire, est suivie d'un « simple » droit d'être entendu ; enfin, dans d'autres situations encore, le requérant peut n'être amené à s'exprimer que par écrit⁸⁰⁹.

Si le droit d'asile préfère dans bien des cas l'audition au simple droit d'être entendu (par écrit, par exemple), contrairement à d'autres domaines du droit administratif, c'est certainement parce que l'autorité n'a *a priori* aucune connaissance du dossier qui lui est soumis, qu'elle ignore les raisons qui ont poussé le requérant à déposer une demande et que le meilleur moyen pour elle d'établir les faits est sans aucun doute une audition orale lors de laquelle le demandeur peut exposer ses motifs et l'autorité en apprécier la vraisemblance, la pertinence et le bien-fondé⁸¹⁰. Le caractère hautement personnel du droit d'asile et de la reconnaissance de la qualité de réfugié – ou de son refus –, en ce sens que ceux-ci sont étroitement liés à la personne du requérant, rend donc le plus souvent une audition indispensable afin d'établir correctement les faits, comme le prévoit du reste la règle générale de l'article 29 LAsi⁸¹¹.

Dans le domaine du droit d'asile, le droit d'être entendu devrait donc, tendanciellement, être concrétisé par l'audition en tant que règle générale, le droit d'être entendu sous forme de

⁸⁰⁸ La procédure d'asile est rouverte lorsque le requérant, dont la demande d'asile a été classée, dépose une nouvelle demande. Art. 35a al. 1 LAsi.

⁸⁰⁹ C'est le cas de certaines demandes déposées auprès d'une ambassade suisse à l'étranger lorsqu'une audition n'est pas possible. Sur cette question, voir l'arrêt du Tribunal administratif, ATAF 2007/30, ainsi que la note 313 ci-dessus.

⁸¹⁰ Sur l'importance de l'audition et de la confrontation directe et personnelle, voir aussi KÄLIN, *Asylgewährung*, p. 170 et 176-177.

⁸¹¹ Le message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'asile de 1979 expliquait l'importance d'une audition dans la procédure d'asile de la manière suivante : « La réglementation spéciale établie en l'occurrence [audition], [...], participe de l'idée qu'en procédure d'asile, l'impression que le requérant fait sur les représentants de l'autorité revêt une importance considérable, surtout en ce qui concerne la vérification de la plausibilité et de la pertinence de ses allégations. Lorsqu'il s'agit de rendre vraisemblable une pression psychique insupportable, il y a généralement avantage à examiner la question au cours d'un entretien avec l'intéressé plutôt que sur la foi d'un procès-verbal d'audition. Cela démontre que l'audition personnelle est dans l'intérêt non seulement du requérant, mais aussi de l'autorité, qui est ainsi à même de mieux élucider la situation », Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi sur l'asile et d'un arrêté fédéral concernant une réserve à la convention relative au statut des réfugiés, du 31 août 1977, FF 1977 III 113, 132.

possibilité de s'exprimer uniquement par écrit devant en tous les cas demeurer l'exception⁸¹². Si l'on suit le principe général posé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir l'idée que « plus la décision repose sur une norme juridique indéterminée, plus les garanties de procédure et notamment le droit d'être entendu s'appliquent avec rigueur »⁸¹³, on devrait donc admettre que la règle de l'audition devrait rester applicable à chaque fois que la décision repose sur une norme juridique indéterminée, l'exception pouvant être admise lorsque la décision repose sur une norme juridique claire et précise.

On relèvera encore qu'une des différences entre le droit à une audition au sens de l'article 29 LAsi et le « simple » droit d'être entendu, sous forme uniquement écrite, tel qu'il est conféré selon les circonstances de l'article 36 LAsi, réside dans le fait qu'un représentant des œuvres d'entraide est présent dans le cadre d'une audition, alors que ce n'est pas le cas dans la seconde hypothèse⁸¹⁴. En outre, en pratique, le « simple droit d'être entendu » se concrétise actuellement presque toujours par une audition au CEP. La différence entre cette audition-ci et l'audition « formelle » sur les motifs d'asile porte sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une audition complète : elle n'est centrée que sur le motif de non-entrée en matière et aucun représentant des œuvres d'entraide n'y assiste.

Propositions de modification 2010 :

L'actuel article 36 de la loi sur l'asile concernant la procédure précédant les décisions de non-entrée en matière serait révisé de manière à s'appliquer également aux procédures matérielles.

Avec l'article 36 tel qu'il serait modifié par le projet, le « simple » droit d'être entendu (donc sans audition sur les motifs d'asile et avec le risque qu'il soit uniquement par écrit) ne concernerait plus que les cas de non-entrée en matière

⁸¹² C'est d'ailleurs ainsi que le définissait le message de 1979 : « Il ressort de ce qui précède que l'audition personnelle est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de déterminer si le requérant a la qualité de réfugié. C'est pourquoi on peut se dispenser d'y procéder lorsque le requérant n'a manifestement pas cette qualité [...] ou que ses allégations paraissent d'emblée insoutenables; pour illustrer ces situations, on peut songer par exemple à des ressortissants de la République démocratique allemande qui peuvent sans autre formalité se rendre en République fédérale d'Allemagne ou à des requérants qui ne jouissent pas de toutes leurs facultés mentales; mais, en pareil cas, il faut être circonspect dans cette appréciation. En outre, le droit d'être entendu est garanti par les articles 29 et suivants LPA, si bien qu'avant de statuer, il faut offrir au requérant la faculté de s'exprimer [...], ce qui peut donc aussi avoir lieu par écrit », Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi sur l'asile et d'un arrêté fédéral concernant une réserve à la convention relative au statut des réfugiés, du 31 août 1977, FF 1977 III 113, 132-133.

⁸¹³ GRISEL, *Egalité*, p. 251 qui reprend l'ATF 127 V 431, consid. 2 b) cc) : « Die Unbestimmtheit der anzuwendenden Norm ist durch verfahrensrechtliche Garantien gewissermassen zu kompensieren [...]. Je offener und unbestimmter die gesetzliche Grundlage ist, desto stärker sind die verfahrensrechtlichen Garantien als Schutz vor unrichtiger Anwendung des unbestimmten Rechtssatzes auszubauen ».

⁸¹⁴ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. F § 2*, p. 8. NGUYEN précise que la présence du représentant des œuvres d'entraide « est destinée à renforcer la confiance du requérant dans l'objectivité de l'audition et à donner plus de légitimité à la procédure », NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 501.

prévus par l'art. 31a al. 1 AP (à savoir les cas « Dublin » et d'Etat tiers sûr), les cas de tromperie sur l'identité, les cas dans lesquels la demande se fonde sur des moyens de preuve faux ou falsifiés, ainsi que les cas d'autres violations graves du devoir de collaborer⁸¹⁵.

Ces trois dernières hypothèses (qui relèvent d'un comportement abusif de l'intéressé) sont des cas qui devraient en principe être traités selon la procédure matérielle (puisqu'ils ne sont pas expressément mentionnés dans la liste des non-entrées en matière de l'art. 31a AP). Cependant, pour ces cas, la procédure – matérielle – serait tout de même simplifiée et raccourcie, puisque qu'une audition sur les motifs d'asile ne serait pas octroyée, laissant place uniquement au droit d'être entendu.

Les demandeurs d'asile relevant de toutes les (autres) hypothèses traitées dans le cadre d'une procédure matérielle auraient droit à une audition sur leurs motifs d'asile. Il en va de plus de même pour les requérants ne présentant pas de motifs d'asile (parce qu'ils n'invoquent par exemple que des motifs médicaux ou économiques) et dont la demande est pourtant traitée selon une procédure de non-entrée en matière, parce qu'il sera tout de même nécessaire d'examiner matériellement les éventuels obstacles au renvoi.

Le nouveau système n'a pas précisément pour avantage de simplifier la situation au niveau des hypothèses qui bénéficieraient de l'une ou de l'autre des deux formes du droit d'être entendu (simple ou audition). En effet, certains cas de NEM ont droit à une audition et d'autres ont seulement le droit d'être entendu. Il en va d'ailleurs de même pour les cas suivant une procédure matérielle : certains bénéficieraient d'une audition, d'autres du seul droit d'être entendu. Il n'y a donc pas de distinction logique entre les procédures formelles et les procédures matérielles sur ce point. Un des buts principaux de simplification voulu par cette réforme n'est donc pas atteint.

Cependant, en ne voulant concéder qu'un simple droit d'être entendu aux cas « Dublin », aux demandeurs provenant d'Etats sûrs et aux situations dites abusives, le projet de loi fait preuve, à première vue, d'une certaine cohérence matérielle. Pour les deux premiers cas, il s'agit d'hypothèses dans lesquelles le requérant ne risque *a priori* pas d'être persécuté. Cette situation correspond à celle prévalant actuellement dans le régime de la LAsi qui veut que lorsqu'il existe des indices de persécution, la procédure de non-entrée en matière ne s'applique pas dans certains cas de figure⁸¹⁶. Cela a donc pour conséquence que le requérant soit entendu, dans le cadre d'une procédure matérielle, lors d'une audition sur ses motifs d'asile⁸¹⁷. Toutefois, cette logique trouve sa limite dans les trois cas relevant du comportement abusif du demandeur (tromperie, faux moyens de preuve et autres violations graves du devoir de collaborer). Ces situations doivent tout de même être analysées au fond quant à un éventuel renvoi. Cela implique donc que les motifs d'asile soient étudiés et que, pour ce faire, une audition du requérant sera très probablement nécessaire. En pratique, il arrive en effet que les demandeurs

⁸¹⁵ Art. 36 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4112.

⁸¹⁶ Voir par exemple les articles 33 al. 3, let. b, 34 al. 3, let. c, 35 *a contrario* et 35a al. 2 LAsi.

⁸¹⁷ Dans ce sens, voir notamment les art. 76 al. 3 et 78 al. 4 LAsi.

présentent de faux documents parce qu'ils craignent que, sans moyen de preuve, ils n'arrivent pas à démontrer et justifier les persécutions subies.

Parmi toutes les hypothèses prévues (ou qui pourraient l'être) par le droit suisse, pour lesquelles seul un simple droit d'être entendu est accordé, aucune ne correspond à la situation envisagée par le droit européen. Elles ne seraient donc simplement pas « eurocompatibles »⁸¹⁸.

Outre la question de cohérence avec le droit de l'Union européenne, il s'agit de rappeler que, d'une manière générale, dans le droit d'asile où le caractère hautement personnel des situations prévaut, ce remplacement progressif et toujours plus important des auditions par la concession d'un simple droit d'être entendu dénote – ou risque de dénoter – une tendance générale vers un affaiblissement du droit d'être entendu.

On peut par ailleurs se demander si cette tendance ne va pas à l'encontre du principe évoqué ci-dessus, qui résulte de la jurisprudence relative aux garanties de procédure et, en particulier, au droit d'être entendu, selon lequel ces garanties devraient s'appliquer avec d'autant plus de rigueur que « la décision repose sur une norme juridique indéterminée ». Or, certaines des hypothèses dans lesquelles est proposé le remplacement de l'audition par un « simple » droit d'être entendu relèvent de la catégorie des décisions qui reposent sur des normes juridiques pour le moins relativement indéterminées⁸¹⁹.

Enfin, les propositions de modifications de la LAsi relatives au droit d'être entendu ont encore pour défaut de ne plus garantir la présence d'un représentant des œuvres d'entraide lors de l'audition sur les motifs d'asile. Cette mesure est partiellement – ou théoriquement du moins – compensée par l'introduction d'un système de « conseil ». Toutefois, comme on l'a vu, cette nouvelle institution risque de ne pas compenser complètement la suppression du représentant des œuvres d'entraide.

Propositions de modification 2011 :

Les options élaborées par le DFJP en mars 2011 ne traitent que partiellement de cette question du droit d'être entendu et de l'audition. La première option est particulièrement laconique sur ce point. Il n'est que précisé que les deux auditions (sur les données personnelles et sur les motifs d'asile) seraient conservées tout en devant être étroitement liées dans le temps⁸²⁰. L'option deux n'apporte pas d'autre élément. Quant à l'option trois, elle prévoit une seule audition complète au terme de la phase préparatoire, sans préciser toutefois si des différences perdureraient selon la catégorie de procédure (non-entrée en matière ou décision matérielle accélérée)⁸²¹. Sans indication contraire, on peut partir du principe que l'audition complète s'adresserait désormais à toutes les procédures d'asile.

⁸¹⁸ Dans ce sens, voir les propositions de modification de la directive 2005/85/CE, ci-dessous ch. III.3.3.2.3.i).

⁸¹⁹ Par exemple les notions d'« Etats tiers sûrs ». Sur ce concept, voir MATTHEY, *Concepts juridiques indéterminés*, p. 195 ss.

⁸²⁰ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 57.

⁸²¹ Idem, p. 61.

Dans sa séance du 12 décembre 2011, le Conseil des Etats a accepté que les demandes de réexamen et les demandes multiples soient traitées dans le cadre d'une procédure écrite accélérée⁸²².

2.5.4.3. Les délais applicables à la procédure de première instance : la problématique du délai relatif à la remise des pièces d'identité (art. 32 al. 2, let. a LAsi)

Comme déjà mentionné ci-dessus, l'art. 110 al. 2 LAsi prévoit que les différents moyens de preuve doivent être fournis dans un délai de 7 jours s'ils sont en Suisse et de 30 jours s'ils se trouvent à l'étranger⁸²³.

Il faut cependant relever une exception majeure à cette disposition. L'art. 32 al. 2, let. a prévoit en effet que le requérant dispose de 48 heures pour remettre aux autorités ses documents de voyage ou ses pièces d'identité, sans quoi il ne sera pas entré en matière sur sa demande.

Ces documents sont pourtant des moyens de preuve absolument nécessaires pour appuyer la requête. Pour un certain nombre de requérants, il est très peu réaliste qu'ils réussissent à faire parvenir ces documents depuis un pays (souvent) lointain, de surcroît sans que des moyens modernes de communication ne soient toujours disponibles. Il semble d'ailleurs que le législateur en était pleinement conscient lorsqu'il a rédigé l'art. 110 al. 2 LAsi, puisqu'il a prévu un délai d'un mois pour se procurer des documents provenant de l'étranger. Si l'on imagine bien l'intention du législateur⁸²⁴ de fixer un délai de 48 heures dans le cadre de l'art. 32 pour accélérer la procédure, il semble toutefois que la distinction faite entre les documents de voyages ou pièces d'identité et les *autres* moyens de preuves mentionnés à l'art. 110 al. 2 n'est pas soutenable, surtout dans l'hypothèse où ces deux types de documents doivent être recherchés à l'étranger.

Sous la jurisprudence de la CRA, l'autorité de recours avait estimé que si le demandeur d'asile ne pouvait pas justifier la non-remise de ses papiers lors de la procédure de première instance, la décision de non-entrée en matière ne serait pas annulée, même s'il parvenait à produire les documents nécessaires en procédure de recours⁸²⁵.

Durant ses premières années d'activité, il semble que le TAF – malgré cette position constante – s'est toutefois réservé la possibilité de considérer les cas dans lesquels les

⁸²² Jurius, *Asile : le Conseil des Etats accepte un premier tour de vis*, in Jusletter, 19 décembre 2011.

⁸²³ Voir le ch. III.2.3.3.3.ix). Il est en outre admis que l'art. 110 al. 2 à 4 s'applique également à la procédure de première instance. Voir à ce sujet OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel*, Chap. C § 5, p. 3.

⁸²⁴ Pour un résumé historique de l'introduction de cette disposition, voir BOLZ, p. 1-5.

⁸²⁵ JICRA 1999/16, consid. 5c/aa. Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée par le TAF. Pour un exemple plus récent, voir l'arrêt TAF E-6359/2010, du 14 septembre 2010, consid. 3.1 *in fine*.

documents originaux sont en vue, respectivement déposés tardivement, pour autant toutefois qu'ils se révèlent décisifs au sens de l'art. 32 al. 2 PA⁸²⁶. Dans un arrêt 2010/2, le Tribunal a jugé que si le requérant s'efforce immédiatement et sérieusement de se procurer ses papiers d'identité dans un délai convenable, l'art. 32 al. 2, let. a ne doit pas lui être appliqué⁸²⁷.

Désormais, cette règle spéciale, sévère et peu réaliste, des 48 heures pour la présentation des documents d'identité devrait donc être quelque peu atténuée par l'interprétation qu'en a fait le Tribunal.

Si cette interprétation est la bienvenue, elle ne résout cependant pas complètement le problème de l'incompatibilité de cette disposition avec la Convention de Genève. KÄLIN avait en effet déjà estimé, au moment où le Conseil fédéral présentait, en 2004, une nouvelle version de cet art. 32 al. 2, let. a, qu'une telle exigence était contraire à la Convention de Genève. Dans la mesure où cette norme exclut certaines personnes de la condition de réfugié, pour des motifs formels qui n'appartiennent pas à la clause d'exclusion de l'art. 1^{er} de la Convention, elle contrevient à cet instrument⁸²⁸.

2.5.4.4. Les délais de traitement des demandes par l'Office fédéral des migrations

Une décision de non-entrée en matière doit, selon la loi, être prise dans un délai de 10 jours ouvrables suivant le dépôt de la demande, ce qui n'est quasiment jamais le cas, et elle doit être motivée sommairement⁸²⁹.

En ce qui concerne les décisions de non-entrée en matière, la Commission de recours en matière d'asile a statué, dans une décision de principe, que l'Office doit rendre une décision de non-entrée en matière, c'est-à-dire d'irrecevabilité, si les conditions des art. 32 à 34 sont réunies et ce même si le délai légal prévu par l'art. 37 est dépassé. La CRA a toutefois estimé qu'une exécution immédiate du renvoi suite à cette décision était disproportionnée, puisqu'elle ne répondait plus au but de la procédure accélérée⁸³⁰.

KÄLIN ne partage pas l'avis de la Commission de recours en matière d'asile. Il estime que si une décision ne peut pas être rendue dans le délai légal, l'autorité devrait alors conclure que la

⁸²⁶ BOLZ, p. 14. Voir aussi à titre d'illustration, l'arrêt du TAF E-4864/2006.

⁸²⁷ ATAF 2010/2, consid. 6.3.

⁸²⁸ KÄLIN, *Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates*, p. 12-13. Cette opinion avait toutefois été contestée par HAILBRONNER, *Stellungnahme zu Art. 32*, dans un avis de droit établi à la demande de l'ODM, ce qui avait conduit la Conseillère nationale Ursula Wyss à adresser une question au Conseil fédéral. Voir WYSS URSULA, *Révision de la loi sur l'asile. Avis de droit du professeur Kay Hailbronner*, du 9 mai 2006, question 06.1047.

⁸²⁹ Art. 37 al. 1 LAsi.

⁸³⁰ JICRA 2002/15.

demande n'est pas manifestement infondée⁸³¹. L'Office fédéral des migrations juge cependant que cette interprétation n'est pas possible parce qu'« un manque de personnel ou d'autres priorités peuvent notamment être à l'origine d'un dépassement du délai de traitement prescrit »⁸³². Cette affirmation, en particulier celle invoquant « d'autres priorités », est toutefois difficilement compréhensible et justifiable pour déroger à une prescription légale.

Propositions de modification 2010 :

Avec les propositions de modification présentées officiellement en 2010, les délais de traitement des demandes par l'ODM passeraient de dix à cinq jours ouvrables pour rendre une décision de non-entrée en matière⁸³³. La concrétisation de cette proposition ne semble cependant pas encore être totalement à l'ordre du jour, puisqu'actuellement le délai d'ordre de dix jours n'est déjà presque jamais respecté, par faute notamment de manque de personnel.

Propositions de modification 2011 :

Pour les toutes dernières propositions de modification, voir ci-dessus, le ch. 2.3.3.3.vii) *in fine*. Ce dernier projet précisant que toutes les décisions (Dublin, non-entrée en matière « classique », décision matérielle) pourraient être traitées dans le cadre d'une procédure ordinaire ou élargie, il n'est pas possible de donner ici des indications spécifiques quant au délai de traitement des décisions de non-entrée en matière par l'ODM.

2.5.4.5. Les délais de recours

L'art. 108 LAsi prévoit que le demandeur d'asile dispose de cinq jours ouvrables pour recourir contre une décision de non-entrée en matière. En principe, le recours doit être assorti d'un effet suspensif⁸³⁴ qui empêcherait le renvoi de Suisse tant que le TAF ne se serait pas prononcé, mais en pratique l'effet suspensif à un éventuel recours est systématiquement retiré par l'ODM⁸³⁵. Les décisions de non-entrée en matière rendues dans le cadre d'une procédure de Dublin ne connaissent, de par la loi, en principe pas d'effet suspensif au recours, mais il est tout de même octroyé en pratique⁸³⁶. La situation est donc plutôt paradoxale sur ces deux points.

Le calcul du délai des cinq jours prévu par la LAsi est particulier, puisqu'il s'agit de jours « ouvrables », contrairement aux délais habituels prescrits par la loi sur la procédure administrative. Le TAF s'est donc prononcé de manière détaillée sur la computation des délais. Les jours considérés comme fériés par la loi sur l'asile et en particulier par son

⁸³¹ KÄLIN, *Grundriss des Asylverfahrens*, p. 265 *in fine*.

⁸³² OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel*. Chap. F § 2, p. 3, note 5.

⁸³³ Art. 37 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4112.

⁸³⁴ Selon l'art. 55 al. 1 PA.

⁸³⁵ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

⁸³⁶ Sur cette problématique particulière, voir ci-dessus, le ch. III.2.5.3.6 *in fine*.

ordonnance⁸³⁷ ne doivent pas être comptés dans le calcul du délai. Ils ne sont retenus ni pour la fixation du point de départ (le *dies a quo*), ni pour la détermination de l'expiration du délai (le *dies ad quem*). Cela signifie que, comme dans le cas de cet arrêt, si la décision est notifiée au requérant un samedi et qu'en outre le lundi qui suit est le lundi de Pentecôte, le délai ne commence à courir que le mardi. Il arrivera alors à échéance le lundi suivant (étant entendu que les samedi et dimanche intermédiaires suspendent le calcul du délai)⁸³⁸.

Malgré ces précisions qui pourraient sembler relativiser quelque peu le caractère rude de ce délai, plusieurs critiques se sont élevées. Il a notamment été estimé par la doctrine qu'un tel délai risquait de ne pas respecter le droit au juge garanti par l'art. 29a Cst ainsi que le droit à un recours effectif prescrit par l'art. 13 CEDH. KUHN a par ailleurs estimé que des délais inutilement courts vont à l'encontre des principes de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif⁸³⁹. La question a en outre été laissée ouverte concernant une éventuelle violation de la notion de « délai raisonnable » des art. 29 Cst et 6 § 1 CEDH⁸⁴⁰. Plus généralement, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans différents arrêts, désapprouvé des délais trop brefs et a rappelé l'importance de l'accessibilité au recours⁸⁴¹. Une critique détaillée de ce délai (trop) bref est présentée ci-dessous au ch. 2.7.3.

Propositions de modification 2010 :

Les propositions de modification ne touchent pas le délai de recours qui resterait de cinq jours ouvrables pour les décisions de non-entrée en matière⁸⁴², ainsi que pour les décisions (à l'aéroport) de refus d'entrée en Suisse (par une décision de non-entrée en matière ou de rejet).

⁸³⁷ L'art. 53 OA 1 inclut dans les jours fériés les samedis, les dimanches et les jours fériés de la Confédération, de même que ceux reconnus par le droit cantonal du domicile ou du siège de la partie ou de sa représentation.

⁸³⁸ ATAF 2009/55.

⁸³⁹ KUHN, p. 3 et 4.

⁸⁴⁰ Voir notamment HERTIG-RANDALL, p. 6, BECK, p. 3-11, MÜLLER, SCHEFER, p. 915, MAHON, MATTHEY, p. 96-99 et CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, § 51. Par ailleurs, la Cour EDH n'a jusqu'à présent pas reconnu que l'art. 6 § 1 CEDH s'applique dans le cadre d'une procédure d'asile. Voir notamment dans ce sens les arrêts CEDH *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, du 4 février 2005, requêtes nos 46827/99 et 46951/99, § 82, *Maaouia c. France*, du 5 octobre 2000, requête no 39652/98, § 33-40 et *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, § 113. Pour un plaidoyer en faveur de l'application de l'art. 6 CEDH aux situations relevant de l'immigration, voir BOELES, p. 290-298. En faveur d'une procédure « Dublin » qui ne soit pas trop longue, voir aussi la récente position de la CJUE : « [i]l importe [...] que l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile veille à ne pas aggraver une situation de violation des droits fondamentaux de ce demandeur par une procédure de détermination de l'État membre responsable qui serait d'une durée déraisonnable ». Arrêt CJUE *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, du 21 décembre 2011, affaire C-411/10, § 98, 108 et conclusions.

⁸⁴¹ Voir notamment les arrêts CEDH *I. M. c. France*, du 2 février 2012, requête no 9152/09, § 147 et 154, *Jabari c. Turquie*, du 11 octobre 2000, requête no 40035/98, § 40 et *Gurepka c. Ukraine*, du 6 décembre 2005, requête no 61406/00, § 59.

⁸⁴² Art. 108 al. 1 et 2 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4115-4116.

Il convient de souligner que si le délai de recours resterait bien le même pour les décisions de non-entrée en matière, le nombre de décisions de non-entrée en matière devrait passablement diminuer, puisque plusieurs cas de non-entrée en matière deviendraient des hypothèses de procédures matérielles normales (mais accélérées), pour lesquelles le délai de recours serait fixé à 15 jours (non ouvrables)⁸⁴³. Il s'agit donc là d'une conséquence positive qui serait induite par ces propositions. On peut mentionner en particulier les cas dans lesquels le requérant ne remet pas ses papiers d'identité (bien que dans ce cas, il n'est pas certain que cela change quelque chose, puisqu'actuellement le TAF n'admet pas que la remise tardive de documents d'identité puisse être un motif suffisant de cassation), n'a pas dûment informé les autorités sur son identité, ou encore s'il n'a pas rempli son devoir de collaborer, ce qui est tout de même un peu paradoxal – pour les deux dernières hypothèses du moins – puisque le délai de recours serait plus long pour des situations clairement abusives.

Propositions de modification 2011 :

Selon la proposition faite en 2011 par le DFJP, le délai de recours – dans le cadre d'une procédure ordinaire – serait de 7 jours ouvrés sans effet suspensif. L'autorité devrait toutefois fixer un délai de départ minimal durant lequel les renvois sous contrainte ne seraient pas possibles. En outre, le TAF pourrait restituer l'effet suspensif si des clarifications complémentaires sont nécessaires. Dans le cadre de la procédure élargie, le délai de recours serait de 15 jours (comme dans le projet 2010) avec effet suspensif⁸⁴⁴.

2.5.4.6. *Les délais de traitement des recours par le Tribunal administratif fédéral*

Selon l'art. 109 LAsi, le TAF doit en principe statuer sur les recours contre une décision de non-entrée en matière dans un délai de six semaines et de seulement cinq jours (ouvrables) s'il est renoncé à un échange d'écriture et que d'autres actes de procédure ne sont pas nécessaires. En pratique, ce n'est qu'exceptionnellement que ces délais sont respectés.

Propositions de modification 2010 :

Les délais de traitement des recours par le TAF passeraient de 6 semaines à cinq jours ouvrables pour toutes les procédures de non-entrée en matière, similairement au délai prévu pour les décisions rendues à l'aéroport⁸⁴⁵. Le message du Conseil fédéral précise que ces délais d'ordre peuvent être dépassés si cela s'avère nécessaire, l'expression « en règle générale » étant mentionnée dans cet article⁸⁴⁶. La précision est presque superflue : étant donné que les délais actuels ne sont déjà quasiment jamais respectés, il semble évident que des délais encore plus brefs le seront d'autant moins.

⁸⁴³ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009, p. 20.

⁸⁴⁴ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 54.

⁸⁴⁵ Art. 109 al. 1 Proposition de modification, FF 2010 4109, 4116.

⁸⁴⁶ FF 2010 4035, 4084.

Propositions de modification 2011 :

Pour les toutes dernières propositions de modification, voir ci-dessus, le ch. 2.3.3.3.ix) *in fine*.

2.6. La fin de la procédure d'asile

2.6.1. Remarques liminaires

Une demande d'asile peut aboutir à différentes issues qui sont brièvement rappelées ici. Soit la décision est positive et le requérant reçoit l'asile, ce qui lui donne un certain nombre de droits, dont celui de séjourner en Suisse ; soit la décision est négative et le requérant voit sa demande déclarée irrecevable (décision de non-entrée en matière) ou rejetée (éventuellement au profit d'une admission provisoire). Lorsque la décision est négative et qu'il n'existe pas d'obstacles au renvoi, le requérant doit alors quitter la Suisse.

Cette partie a pour but de traiter en particulier de « l'issue négative » de la procédure d'asile, à savoir le renvoi et les différentes mesures qui s'y rapportent, puisque c'est ce qui attend un « NEM ». Il convient toutefois de noter qu'une décision négative a parfois pour conséquence (indirecte ou informelle) que les personnes concernées « disparaissent » du système⁸⁴⁷, se fondant ainsi dans une zone grise qui n'est pas prévue par la loi et donc pas directement traitée ici⁸⁴⁸.

2.6.2. Les sources particulières

Le renvoi de Suisse est en principe la conséquence juridique du rejet de la demande d'asile ou de la non-entrée en matière. C'est la loi fédérale sur les étrangers qui prévoit, à son article 83, les conditions nécessaires au renvoi dans l'Etat d'origine⁸⁴⁹.

Les modalités du renvoi sont en outre précisées par l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE) du 11 août 1999.

Par ailleurs, depuis le premier janvier 2011, la Suisse doit appliquer les dispositions de la directive européenne « retour »⁸⁵⁰. La LAsi, la LEtr et l'OERE ont donc été modifiées en conséquence. Ce sont principalement l'aspect formel de la procédure de renvoi ainsi que la durée maximale de rétention qui ont été adaptés.

⁸⁴⁷ Selon DOLIVO, TAFELMACHER, « chaque année, on compte entre 50 % et 70 % de "départs non contrôlés", ou "départs non officiels" ». DOLIVO, TAFELMACHER, p. 489, ainsi que 501 ss.

⁸⁴⁸ Les conséquences de cette transition vers un statut irrégulier sont décrites en détail ci-dessous dans la partie relative au séjour dans le pays d'accueil, voir le ch. IV.

⁸⁴⁹ Pour un commentaire détaillé de l'art. 83 LEtr, voir BOLZLI, p. 191-201.

⁸⁵⁰ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

2.6.3. La décision négative : les conditions d'exécution du renvoi

2.6.3.1. Remarques générales sur le déroulement du renvoi

Une fois que la demande d'asile est rejetée, ou après qu'il ait été décidé de ne pas entrer en matière sur une telle demande, les autorités ordonnent en général le renvoi de Suisse⁸⁵¹. Pour ce faire, elles doivent examiner, premièrement, si l'étranger peut être renvoyé de Suisse et, deuxièmement – s'il doit quitter le pays –, elles doivent encore décider si l'étranger doit se rendre dans son Etat d'origine ou dans un Etat tiers.

L'art. 83 LEtr subordonne l'exécution du renvoi du requérant débouté à trois conditions. Le renvoi ne peut être exigé que si cette mesure est *possible* (ch. 2.6.3.2), *licite* (ch. 2.6.3.3), et *raisonnablement exigible* (ch. 2.6.3.4). Si ce n'est pas le cas, les autorités devront alors admettre provisoirement le requérant⁸⁵².

2.6.3.2. Le caractère possible du renvoi

Au sens de l'art. 83 al. 2 LEtr, « l'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats ». Le caractère impossible du renvoi se réfère donc à des raisons de fait⁸⁵³, par exemple l'absence de documents de voyage⁸⁵⁴ ou la fermeture de l'aéroport⁸⁵⁵.

Il faut en outre que cette impossibilité soit durable. Selon la pratique habituelle des autorités judiciaires, l'admission provisoire doit être prononcée lorsque le renvoi n'a pas été possible durant une année et que la personne ne pourra très probablement toujours pas être renvoyée dans l'année qui suit⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ Art. 44 al. 1 LAsi. Très souvent ces « deux » décisions (matérielles) sont simultanées et sont formulées dans la même décision (au sens formel). Pour plus de détails, voir ci-dessus le ch. III.2.3.3.vii) *in fine*.

⁸⁵² 44 al. 2 LAsi. « Cet examen est partie intégrante d'une procédure qui, au fond, comporte deux parties : *une procédure d'asile et une procédure de renvoi* ». GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 80. Plus généralement sur ces trois points (possibilité, licéité et exigibilité raisonnable), voir les p. 80-92 du même ouvrage.

⁸⁵³ Le renvoi est matériellement impossible pour des « raisons techniques ». Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537, 623.

⁸⁵⁴ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. A § I*, p. 5.

⁸⁵⁵ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 90.

⁸⁵⁶ ATAF 2008/34, consid. 12 *in fine*. Dans le même sens, voir les arrêts antérieurs de la CRA, JICRA 2006/15, consid. 3.3 (pour un exemple dans lequel toutes les démarches – en particulier de la part des autorités – n'ont pas été entreprises pour favoriser le renvoi), 2002/17, consid. 6 *in fine* (l'impossibilité du renvoi a duré plus de dix ans dans ce cas et risquait encore de se prolonger pour une durée indéterminée) et 1995/14, consid. 8d et 8e (qui donne les délais « clés » : l'admission doit être ordonnée si l'impossibilité du renvoi dure depuis plus d'une année et si elle risque de perdurer pour une durée indéterminée ou pour plus d'un an au moins).

2.6.3.3. *Le caractère licite du renvoi*

Un renvoi est licite lorsque qu'il n'est pas contraire aux engagements internationaux de la Suisse⁸⁵⁷. Ce sont en particulier les principes de l'interdiction du refoulement et de l'interdiction de la torture qui sont les plus importants « garde-fous » en la matière.

Les personnes à qui la qualité de réfugié a été reconnue sont protégées, au niveau international, par le principe de non-refoulement de l'art. 33 de la Convention de Genève, ainsi que par le principe de l'interdiction de la torture garanti à l'art. 3 CEDH.

Les personnes qui ne sont pas au bénéfice du statut de réfugié (et ne peuvent donc pas se prévaloir de la Convention de Genève) sont tout de même protégées, elles aussi, par l'art. 3 CEDH. En outre, l'application de l'art. 3 CEDH ne se limite pas aux seuls motifs de persécution de la Convention de Genève : au sens de l'art. 3 CEDH, le renvoi est interdit lorsque la personne concernée risque de subir notamment des actes de torture, des traitements inhumains ou dégradants, la peine capitale, une violation claire du droit à un procès équitable ou l'absence de traitement en cas de maladie grave et ces actes ne doivent pas nécessairement être imputables à l'Etat ou à ses organes, mais peuvent relever de personnes privées également⁸⁵⁸.

Le TAF, confirmant une jurisprudence de la CRA⁸⁵⁹, estime cependant que « [s]i l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains (ou dégradants) s'applique indépendamment de la reconnaissance de la qualité de réfugié, cela ne signifie pas encore qu'un renvoi ou une extradition serait prohibée par le seul fait que dans le pays concerné des violations de l'art. 3 CEDH devraient être constatées ; une simple possibilité de subir des mauvais traitements ne suffit pas. Il faut au contraire que la personne qui invoque cette disposition démontre à satisfaction qu'il existe pour elle un véritable risque concret et sérieux, au-delà de tout doute raisonnable, d'être victime de tortures, ou de traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi dans ce pays. Il en ressort qu'une situation de guerre, de guerre civile, de troubles intérieurs graves ou de tension grave accompagnée de violations des droits de l'homme ne suffit pas à justifier la mise en œuvre de la protection issue de l'art. 3 CEDH, tant que la personne concernée ne peut rendre hautement probable qu'elle serait visée

⁸⁵⁷ Art. 83 al. 3 LEtr. En outre, la licéité du renvoi ne devrait à mon sens être reconnue que si celui-ci respecte également les normes constitutionnelles et légales suisses, dans la mesure où il en existerait de plus favorables pour la personne déboutée. C'est-à-dire que si des normes suisses étaient plus protectrices que les normes internationales, elles devraient être prises en compte dans l'analyse de la « licéité » du renvoi. Les engagements internationaux interviendraient donc à titre subsidiaire. En l'occurrence, la Suisse connaît un régime similaire en matière de non-refoulement et d'interdiction de la torture à ceux reconnus par la Convention de Genève ou par la CEDH.

⁸⁵⁸ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 82-83, qui mentionne plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁵⁹ JICRA 1996/18, consid. 14, b), ee).

personnellement – et non pas simplement du fait d'un hasard malheureux – par des mesures incompatibles avec la disposition en question »⁸⁶⁰.

Selon la jurisprudence, il faut donc que le risque de mauvais traitements ait un caractère strictement individuel et personnel pour que l'article 3 CEDH puisse être invoqué. Le fardeau de la preuve repose en outre sur la personne concernée à qui il reviendra alors de démontrer « à satisfaction qu'il existe pour elle un véritable risque concret et sérieux d'être victime de tortures, ou de traitement inhumains ou dégradants en cas de renvoi dans son pays »⁸⁶¹.

Dans un arrêt de 2009, le TAF s'est prononcé sur la licéité et l'exigibilité raisonnable du renvoi des personnes atteintes du sida. Il a jugé que renvoyer quelqu'un malade du sida respectait l'art. 3 CEDH pour autant que cette personne ne se trouve pas en phase terminale de la maladie⁸⁶².

En outre, d'autres droits relevant des instruments internationaux peuvent également être invoqués pour contester la licéité d'un renvoi. Il s'agit notamment de l'art. 3 de la Convention contre la torture⁸⁶³, de l'art. 8 CEDH concernant le respect de la vie familiale et des dispositions de la Convention des droits de l'enfant, plus particulièrement l'art. 3 relatif au « bien de l'enfant », ainsi que l'art. 37 sur l'interdiction de la torture⁸⁶⁴.

2.6.3.4. *Le caractère raisonnablement exigible du renvoi*

Pour que le renvoi soit considéré comme raisonnablement exigible, il faut que le requérant débouté ne soit pas concrètement mis en danger. Le danger peut résulter de la situation générale du pays d'origine, en cas de guerre ou de violence généralisée par exemple, ou de la situation personnelle du requérant, notamment s'il nécessite une attention médicale qu'il ne pourrait trouver dans son pays d'origine⁸⁶⁵. Cette hypothèse se fonde donc sur des « motifs

⁸⁶⁰ Arrêt TAF E-1269/2009, consid. 11.4.1.

⁸⁶¹ JICRA 1996/18, consid. 14, b), ee).

⁸⁶² Pour établir son raisonnement, le Tribunal se fonde sur une classification de la maladie établie par un centre américain pour le contrôle et la prévention des maladies. Selon ce centre, la maladie connaît plusieurs stades et en principe, un renvoi n'est plus acceptable au troisième stade qui correspond à la phase terminale. ATAF 2009/2, consid. 9.1.4 et 9.3.4.

⁸⁶³ Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En comparaison avec l'art. 3 CEDH, cet article a un champ d'application matériel plus restreint : il ne concerne que l'interdiction de refoulement en cas de risque de torture, mais n'englobe pas les traitements inhumains ou dégradants. En outre, il ne protège que contre les actes de torture commis par « l'Etat », les tiers ne tombant pas sous le coup de cette Convention. Sur ce dernier élément, voir JICRA 1996/18, consid. 13. Plus généralement sur la Convention contre la torture et sur le champ d'application particulier de l'art. 3, voir NOWAK, MCARTHUR, p. 199-201.

⁸⁶⁴ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Sur la question de l'applicabilité directe des dispositions de cette Convention et en particulier de l'art. 3, voir MARGUERAT, NGUYEN, ZERMATTEN, p. 15 -17, ainsi que les nombreuses références citées.

⁸⁶⁵ Art. 83 al. 4 LEtr.

humanitaires » et a pour but de régler la situation de ceux que le Conseil fédéral avait alors appelés les « réfugiés de la violence » ou les « réfugiés de facto »⁸⁶⁶.

Parmi les trois conditions nécessaires au renvoi, l'exigibilité raisonnable est celle qui est la plus discutée par les autorités judiciaires. La jurisprudence est donc abondante sur ce point et quelques arrêts sont mentionnés ici à titre illustratif.

Le Tribunal administratif a par exemple déclaré inexigible le renvoi en Afghanistan (d'une manière générale, sauf éventuellement dans les grandes villes)⁸⁶⁷, de même le renvoi des ressortissants sri lankais dans certaines provinces du pays⁸⁶⁸; des ressortissants ivoiriens dans la région ouest du pays⁸⁶⁹, des Ashkalis en Serbie (en raison des problèmes concrets de réintégration)⁸⁷⁰; de certains « groupes vulnérables » (activistes, journalistes critiques, rebelles, insurgés, etc.) en Tchétchénie⁸⁷¹. Le TAF a également jugé inexigible le renvoi d'un malade du sida en phase terminale⁸⁷² et celui, en Iran, d'un enfant qui a vécu huit ans et demi en Suisse (le déracinement perturberait le développement de manière disproportionnée)⁸⁷³.

En revanche, les juges ont estimé que le renvoi vers Kaboul pouvait être exigible à certaines conditions strictes⁸⁷⁴ et que le renvoi au Kosovo était, en règle générale, raisonnablement exigible pour les Roms, les Ashkalis et les « Egyptiens » albanophones, pour autant toutefois qu'il soit établi, sur la base d'une enquête individuelle, que les critères de réintégration (en termes de formation professionnelle, de santé, d'âge, de moyens de subsistance et de réseau social) soient remplis⁸⁷⁵; il en va de même pour les renvois dans trois provinces kurdes au nord de l'Irak, pour autant toutefois que les personnes soient originaires de cette région ou qu'elles y aient vécu pendant une longue période. L'existence d'un réseau social (famille, parenté ou amis) ou des liens avec les partis dominants doivent en outre être de mise⁸⁷⁶. Les renvois dans le sud et l'est de la Côte d'Ivoire sont généralement admissibles⁸⁷⁷, tout comme

⁸⁶⁶ Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537, 625.

⁸⁶⁷ ATAF 2011/7.

⁸⁶⁸ ATAF 2008/2 et 2011/24. Avec ce dernier arrêt, le TAF estime que le renvoi n'est désormais inexigible de manière générale que dans une seule région du pays. Sur les renvois au Sri Lanka, voir également l'arrêt de la Cour EDH, *E.G. c. Royaume-Uni*, du 31 mai 2011, requête no 41178/08.

⁸⁶⁹ ATAF 2009/41.

⁸⁷⁰ ATAF 2009/51.

⁸⁷¹ ATAF 2009/52.

⁸⁷² ATAF 2009/2.

⁸⁷³ ATAF 2009/28.

⁸⁷⁴ ATAF 2011/7.

⁸⁷⁵ ATAF 2007/10. Le renvoi en Serbie de personnes d'ethnie serbe, mais venant du Kosovo a également été admis. Voir l'ATAF 2010/41, consid. 8.

⁸⁷⁶ ATAF 2008/5.

⁸⁷⁷ ATAF 2009/41. L'arrêt date toutefois du 24 novembre 2009. Les récents conflits habitant la région suite au litige survenu à l'issue de l'élection présidentielle viendraient peut-être modifier l'appréciation des juges.

ceux, en règle générale, des Tchétchènes en Russie⁸⁷⁸ et des Biharis au Bangladesh⁸⁷⁹. En ce qui concerne les « empêchements » de renvoyer liés à la maladie, comme mentionné préalablement, le TAF a considéré que les personnes malades du sida pouvaient être renvoyées pour autant qu'elles ne se trouvent pas au stade terminal de la maladie. La situation concrète dans le pays d'origine doit en outre également être prise en compte pour pouvoir décider d'un renvoi.

Propositions de modification 2010 :

La révision de la LAsi proposée en janvier 2009 et officiellement présentée en mai 2010⁸⁸⁰, modifierait le droit en vigueur et notamment l'article 83 LEtr, lequel serait complété par deux nouveaux alinéas, 5 et 5^{bis}, dont la teneur est la suivante :

« ⁵ Le Conseil fédéral peut désigner les Etats d'origine ou de provenance ou les régions de ces Etats dans lesquels le retour est raisonnablement exigible. Si l'étranger renvoyé ou expulsé vient de l'un de ces Etats, il est à supposer que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est raisonnablement exigible.
^{5bis} Le Conseil fédéral soumet à un contrôle périodique les décisions prises conformément à l'al. 5 ».

Contrairement à ce que pourrait laisser croire la systématique, le nouvel alinéa 5 proposé semble, de par sa teneur, se référer uniquement à l'hypothèse prévue à l'alinéa 4 de l'article 83 (renvoi non raisonnablement exigible), et ne pas viser les autres hypothèses d'obstacles au renvoi prévues par cette disposition (alinéas 2 et 3, renvois impossible et illicite)

Cette proposition apporte un élément nouveau, qui confirme que la procédure d'asile tend à s'écarter toujours plus du principe de la maxime inquisitoriale de la procédure administrative et à renforcer l'obligation de collaborer de l'intéressé, en faisant peser sur lui le fardeau de la preuve de ses allégations.

Une nouvelle présomption (réfragable) est en effet introduite dans cet article avec la mention des « pays d'origine sûrs ». Il reviendrait à nouveau au requérant de prouver que dans son cas particulier, cette condition de « sécurité » n'est pas remplie.

Ces modifications ont pour but de soulager l'Office fédéral des migrations de la tâche de déterminer si le renvoi est exigible ou non. En voulant éviter d'éventuels abus commis par un nombre restreint de demandeurs d'asile qui ne collaborent que de manière peu efficace, cette modification de la loi toucherait toutes les personnes auxquelles l'asile n'a pas été octroyé, mais qui nécessitent tout de même une protection subsidiaire en raison de l'inexigibilité de leur renvoi. De cette manière, des personnes à protéger ne le seraient plus – ou le seraient moins bien – parce que la procédure qui leur serait désormais appliquée ne respecterait plus un principe général de la procédure administrative : la maxime inquisitoriale.

⁸⁷⁸ ATAF 2009/52.

⁸⁷⁹ ATAF 2010/8.

⁸⁸⁰ FF 2010 4119, spéc. 4120.

Dans sa prise de position, l'OSAR va même plus loin en rappelant le principe « *negativa non sunt probanda* » selon lequel les éléments négatifs ne doivent pas être prouvés. Or dans le cadre de l'(in)exigibilité du renvoi d'un demandeur d'asile, plusieurs preuves négatives (comme l'absence d'un réseau social) peuvent jouer un rôle. Obliger une partie à une procédure à présenter des éléments inexistantes pour prouver, en l'occurrence, l'inexigibilité du renvoi est absurde et simplement « impossible à satisfaire »⁸⁸¹.

2.6.4. L'exception au renvoi : l'admission provisoire

Si le renvoi n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible, le requérant sera donc admis à titre provisoire⁸⁸². Dans ce cas, ce sont les art. 83 ss de la LEtr qui s'appliquent. Il est prévu que l'ODM vérifiera périodiquement si l'étranger remplit encore ces conditions et si tel n'est plus le cas, l'admission provisoire sera levée et l'exécution du renvoi ou l'expulsion sera alors ordonnée⁸⁸³.

2.6.5. Les exceptions ou les réserves à l'admission provisoire : le renvoi

Il arrive, dans certaines circonstances, que l'admission provisoire ne soit pas octroyée – et que le renvoi soit donc tout de même ordonné –, même si les conditions précitées nécessaires pour exécuter le renvoi ne sont pas réalisées. Cette exception concerne les alinéas 2 et 4 de l'art. 83 LEtr, à savoir le caractère *possible* et *raisonnablement exigible* du renvoi. En effet, dans certaines circonstances décrites à l'art. 83 al. 7 LEtr, l'admission provisoire n'est pas accordée. Il s'agit des cas où l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger, ou lorsqu'il a fait l'objet d'une mesure pénale (mesure thérapeutique ou internement)⁸⁸⁴ ; lorsqu'il attire de manière grave ou répétée la sécurité et à l'ordre public en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ; ou encore lorsque l'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion est due à son comportement⁸⁸⁵.

2.6.6. La concrétisation du renvoi : l'expulsion

2.6.6.1. Remarques liminaires

Lorsque le renvoi est exécutable, c'est-à-dire qu'il est possible, licite et raisonnablement exigible, les autorités fixent un délai au requérant pour son départ. Si le requérant n'a pas

⁸⁸¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Révision*, p. 28.

⁸⁸² Art. 44 al. 2 LAsi.

⁸⁸³ Art. 84 LEtr.

⁸⁸⁴ Au sens des art. 64 ou 61 du Code pénal, RS 311.0.

⁸⁸⁵ Pour un exemple de renvoi inexigible d'une part et de renvoi exigible (pour avoir compromis et porté atteinte à la sécurité et à l'ordre publics) d'autre part dans le cas de deux frères somaliens, voir JICRA 1996/18, consid. 16 c) et d).

quitté le territoire de la Suisse dans le délai qui lui était imparti⁸⁸⁶, les autorités cantonales sont chargées de procéder à son expulsion⁸⁸⁷.

2.6.6.2. Les délais relatifs au départ

C'est l'ODM qui fixe la date à laquelle le requérant doit avoir quitté la Suisse. Ce délai doit être indiqué dans la décision de renvoi ou, dans les cas d'admission provisoire, lorsque cette mesure est levée⁸⁸⁸. Initialement, aucune limite concernant le délai de départ n'était fixée dans la loi sur l'asile ou une ordonnance et l'Office « dispos[ait] d'un certain pouvoir d'appréciation pour fixer la durée du délai de départ »⁸⁸⁹.

Désormais, depuis l'intégration de la directive européenne « retour » à l'ordre juridique suisse, la LAsi prévoit que la décision de renvoi doit être assortie d'un délai de départ « raisonnable de sept à trente jours ». Le délai peut être plus long en cas de circonstances particulières telles que la situation familiale, des problèmes de santé ou en fonction de la durée du séjour⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Dans les cas où la personne quitte la Suisse de manière volontaire, elle peut bénéficier d'une aide au retour. Cette aide n'est versée qu'une seule fois et si la personne revient en Suisse, elle devra rembourser le montant qui lui avait été octroyé (art. 62 OA 2). Le montant est fixé au maximum à 1000 francs par personne et, pour les personnes qui ont séjourné plus de trois mois en Suisse, il peut être complété par une aide matérielle dans les domaines du travail, de la formation et du logement (art. 74 OA 2). Une aide médicale peut aussi être octroyée sous forme de médicaments et, à certaines conditions, sous forme de subventions (art. 75 OA 2). Le versement de l'aide s'effectue dans les aéroports ou à l'arrivée dans le pays de destination (art. 78 OA 2). L'aide au retour n'est pas octroyée en cas de départ vers un pays de l'UE, de l'AELE, aux Etats-Unis, au Canada et en Australie (art. 76 OA 2). Cela signifie qu'aucune aide au départ n'est fournie dans le cadre d'un renvoi Dublin. À l'avenir, les ressortissants de ces Etats ne devraient pas non plus pouvoir toucher d'aide au retour (même s'ils se rendent dans un autre Etat). Dans ce sens, voir la proposition de modification de l'art. 76 al. 2 OA 2, en consultation jusqu'au 8 août 2012, FF 2012 4347 qui renvoie notamment à http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/teilrev_asylv2-vinta-vvwa/entw-asylv2-f.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012).

⁸⁸⁷ Art. 46 LAsi. Elles doivent en outre communiquer « à l'ODM, dans les 14 jours, tous les renvois exécutés, les départs effectués sous contrôle, les passages à la clandestinité constatés et les cas dont les conditions de résidence sont réglementées ». Art. 34 al. 2 OA 1.

⁸⁸⁸ Art. 45 al. 1, let. b LAsi.

⁸⁸⁹ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 5*, p. 5.

⁸⁹⁰ Art. 45 al. 2 LAsi. Dans sa directive (évidemment plus détaillée) du 1^{er} janvier 2008 relative à l'exécution du renvoi, l'ODM avait prévu les délais suivants : huit semaines pour une décision matérielle de première instance et en cas de recours au TAF, un nouveau délai de départ devait être octroyé. Si la décision du TAF était envoyée moins de deux semaines avant le délai initialement indiqué dans la décision matérielle, deux délais différents étaient possibles : un nouveau délai de deux semaines était accordé si la durée totale de la procédure (y compris celle de recours) avait été inférieure à six mois ou si le TAF déclarait le recours irrecevable ; en revanche, si la procédure totale avait duré plus de six mois, le nouveau délai devait alors être de quatre semaines. En ce qui concerne les décisions de non-entrée en matière, elles étaient exécutables immédiatement, à savoir un jour après l'entrée en force de la décision, sauf pour les personnes dont la procédure avait duré plus de six mois, pour lesquelles un délai de départ de 14 jours était prévu. Enfin, et d'une manière générale, un délai plus court pouvait être fixé

Des délais spécifiques s'appliquent pour les transferts « Dublin » : « le renvoi peut être immédiatement exécutoire ou un délai de départ de moins de sept jours peut être fixé »⁸⁹¹. Ces délais peuvent toutefois être suspendus lors d'une procédure de recours dans laquelle l'effet suspensif a été demandé et accordé.

En principe, lors de la fixation du délai de départ, les autorités doivent tenir compte du principe de l'unité de la famille⁸⁹². Cela implique que le renvoi des différents membres de la famille doit être coordonné⁸⁹³.

2.6.6.3. *Les frais relatifs au départ*

Les frais de départ doivent être supportés par la personne renvoyée. Pour ce faire, sa situation financière est examinée par les autorités cantonales au moment du départ. Lorsque l'individu est indigent, les frais sont alors pris en charge par l'ODM⁸⁹⁴.

L'OA 2 donne une « liste » de tous les frais qui sont remboursés aux cantons par l'ODM ainsi que les montants octroyés. Il s'agit par exemple des frais d'établissement de l'identité ; des frais d'établissement des documents de voyage (ainsi que des frais de déplacement de l'étranger de son domicile à la représentation consulaire la plus proche) ; des frais d'accompagnement en cas d'escorte policière ou lorsqu'un accompagnement est nécessaire pour une famille ou un mineur (200 francs par accompagnant pour le trajet entre le domicile et la représentation consulaire ainsi que pour le trajet à l'aéroport ; 300 francs par jour et par accompagnant pour le voyage jusqu'à l'aéroport du pays de destination ; entre 800-1200 francs par jour et par accompagnant lorsqu'un suivi médical est requis) ; des frais d'expédition des bagages (200 francs par adulte, 50 francs par enfant, mais au maximum 500 francs par famille et seulement si aucune aide au retour n'a été octroyée) et des indemnités de voyage (destinées à satisfaire les besoins vitaux durant le voyage : 100 francs par adulte et 50 francs par enfant ; ces montants peuvent être augmentés en cas de problèmes de santé par exemple)⁸⁹⁵.

dans les cas où le « départ rapide de l'intéressé présent[ait] un intérêt public (p. ex. délinquance) ». OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Renvoi*, p. 2-5, spéc. 3.

⁸⁹¹ Art. 45 al. 3 LAsi. Sur cette question spécifique des délais applicables dans le cadre des procédures « Dublin », voir GHIEMINI, HRUSCHKA, p. 9-16.

⁸⁹² Art. 44 al. 1 LAsi.

⁸⁹³ JICRA 1999/1 consid. 4a et JICRA 1995/24, consid. 10.

⁸⁹⁴ Art. 54 et 55, ainsi que 74a al. 2 OA 2.

⁸⁹⁵ Pour la liste détaillée, voir les art. 57-59b OA 2. Pour les dernières propositions de modifications du Conseil fédéral, en consultation jusqu'au 8 août 2012, voir FF 2012 4347 qui renvoie notamment à DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif OA 2, OERE, OIE*, 2012, ainsi que http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/teilrev_asylv2-vinta-vvwa/entw-asylv2-f.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012), pour le projet de modification de l'ordonnance.

Selon la section suisse d'Amnesty international, le coût du renvoi d'une personne dans un vol spécialement affrété oscille entre 7000 et 9000 francs⁸⁹⁶.

2.6.6.4. La détention en vue du renvoi et les mesures de contrainte

Ce sont les art. 73 ss de la LEtr qui traitent des mesures de contrainte et des différentes formes de rétention, assignation à résidence et détention possibles. Toutes ces formes de « privation de liberté » varient dans les buts à atteindre et dans les durées autorisées, mais d'une manière générale, la détention (qu'elle ait lieu en phase préparatoire, en vue du refoulement ou pour insoumission) ne peut désormais pas dépasser 18 mois au total⁸⁹⁷. La détention relève de la compétence de chaque canton, ce qui a pour incidence, en pratique, que les durées de détention peuvent changer passablement d'un canton à l'autre. Ces différences de traitement sont en soi délicates, mais le deviennent encore plus lorsqu'elles varient en fonction de la nationalité des personnes détenues⁸⁹⁸.

En outre, il semblerait que des durées de détention (très) longues réduisent l'efficacité de cette mesure sur l'exécution du renvoi et n'augmentent pas nécessairement le nombre de départs⁸⁹⁹. Dans le même sens, SUBILIA est d'avis que « plus les détentions sont longues, moins il y a de départs spontanés », notamment parce que les lourdes et longues pressions administratives exercées sur des personnes (qui présentent en plus, souvent, un traumatisme) aggravent encore leur incapacité à prendre des décisions⁹⁰⁰.

Les conditions de détention en vue du renvoi sont régulièrement dénoncées par les organisations non gouvernementales, ainsi que par les organes du Conseil de l'Europe notamment⁹⁰¹. La Ligue suisse des droits de l'homme a notamment dénoncé, en octobre 2010⁹⁰², des conditions qui mènent « au désespoir ». Elle a ainsi affirmé que les détenus ne sont pas informés de l'évolution de leur procédure, ni de la durée de leur détention et ne voient « aucune issue digne dès lors que les conditions de renvoi, vivement dénoncées par de

⁸⁹⁶ Ce chiffre est confirmé par le porte-parole de l'ODM. AMNESTY INTERNATIONAL, 2008.

⁸⁹⁷ Avant le premier janvier 2011 et l'adaptation du droit suisse à la directive européenne « retour », la durée de détention maximale s'élevait à 24 mois (voir l'ancien art. 79 LEtr.). Cette nouvelle durée a donc été introduite dans un but d'eurocompatibilité.

⁸⁹⁸ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 107.

⁸⁹⁹ C'est la conclusion à laquelle avait abouti une étude faite en 2005 et rendue à l'intention la Commission de gestion du Parlement. Cela n'a pas empêché celui-ci de renforcer et de durcir encore ces mesures de contraintes lors de la révision de la loi sur l'asile de 2005. Idem, p. 107.

⁹⁰⁰ SUBILIA, p. 324.

⁹⁰¹ Pour un rapport détaillé sur les conditions de rétention dans différents centres suisses, voir par exemple celui du CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, CPT/Inf (2008) 33.

⁹⁰² A la suite d'une période particulièrement tendue au sein du centre de détention administratif de Frambois lors de laquelle il y a eu « plusieurs tentatives de suicide, une grève de la faim et de nombreuses altercations ». LIGUE SUISSE DES DROITS DE L'HOMME, 2010.

nombreuses associations, sont de nature dégradante ». L'état de santé (tant physique que psychologique) des détenus est ainsi préoccupant et doit être mieux pris en compte dans le cadre des décisions de détention en vue de renvoi. La dignité humaine de ces personnes ne peut en outre pas non plus être ignorée.

D'une manière générale, la question de la rétention administrative fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Deux arrêts du Tribunal fédéral ainsi qu'une décision de la Cour EDH concernant la Suisse sont mentionnés ici à titre d'exemples concernant la « justification » d'une détention⁹⁰³. Dans un arrêt de 2004, le Tribunal fédéral a par exemple estimé que, pour qu'une détention en vue d'expulsion soit conforme au droit international notamment, il faut que l'expulsion soit sérieusement possible. Si des circonstances particulières empêchent le renvoi, la détention n'est alors pas conforme⁹⁰⁴. En revanche, le Tribunal a jugé la même année qu'une détention n'était contraire ni à la CEDH ni à la Constitution lorsqu'un « non-entrée en matière » refuse de collaborer ou se comporte de manière abusive durant la procédure d'asile. Les juges ont en effet estimé qu'il existait, dans une telle situation, un risque objectif de passage à la clandestinité qui fait penser que la personne s'opposera aussi à son renvoi⁹⁰⁵.

En 2011, la Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme à verser 10'000 euros à un ex-requérant d'asile qui s'était opposé à son refoulement. La Cour a en effet jugé que la détention en vue du renvoi n'était pas « intervenue "selon les voies légales" »⁹⁰⁶. L'art. 13b de l'ancienne loi sur les étrangers (LSEE) – sur lequel se fondait la décision de détention – avait pour but d'éviter que la personne ne se soustraie à son renvoi. Les autorités helvétiques avaient alors estimé que le requérant, en manifestant son refus de quitter la Suisse, risquait de se soustraire l'exécution du renvoi. La Cour n'a pas partagé cette façon de voir. Elle a au contraire jugé que le requérant avait, dès son entrée en Suisse, décliné son identité, qu'il s'était toujours présenté auprès des autorités lorsqu'il y avait été convoqué, et qu'étant père de quatre enfants mineurs et marié à une femme souffrant d'une maladie psychique, il n'existait aucun indice concret permettant de penser que le requérant ait eu l'intention de se soustraire à son renvoi. La Cour a ainsi conclu à une violation de l'art. 5 par. 1 CEDH.

⁹⁰³ Sur les « conditions » de détention, voir ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*, p. 114-115, ainsi que NGUYEN, *Les renvois*, p. 183-184 et, notamment, l'ATF 122 I 222, spéc. consid. 4-8.

⁹⁰⁴ ATF 130 II 56, consid. 4.

⁹⁰⁵ ATF 130 II 377, consid. 3.2.2.

⁹⁰⁶ Arrêt CEDH *Jusic c. Suisse*, du 2 mars 2011, requête no 4691/06, § 82.

2.6.6.5. *Le renvoi au sens strict*

Si la personne ne part pas de son plein gré à l'issue du délai qui lui a été imparti pour quitter la Suisse⁹⁰⁷, l'exécution du renvoi peut se faire sous contrainte⁹⁰⁸. Cela consiste en règle générale à arrêter la personne, la conduire jusqu'à un avion et la faire rapatrier jusqu'à l'Etat de destination. Il n'existe pas de procédure spécifique à cette mesure. Il s'agit en effet d'« un acte matériel d'exécution forcée »⁹⁰⁹.

En pratique, des vols spéciaux sont parfois affrétés. Après la mort tragique, en mars 2010, d'un Nigérian qui faisait une grève de la faim, l'ODM avait décidé de suspendre pour un temps ces vols spéciaux⁹¹⁰. Cette décision avait notamment eu pour incidence par exemple de faire lever la détention d'un ex-requérant d'asile originaire du Bangladesh, pour qui le renvoi n'était dès lors plus envisageable dans un délai prévisible⁹¹¹.

La reprise progressive des vols spéciaux s'est faite depuis le 21 mai 2010⁹¹² et moins d'un an après la mort du ressortissant nigérian, la Suisse a repris ses vols sous contrainte à destination de ce pays⁹¹³.

Dans son rapport, GIL-ROBLES propose que les rapatriements forcés se fassent en présence d'un représentant d'une organisation reconnue. Il mentionne à cet égard la Croix-Rouge. Cette mesure aurait l'avantage d'empêcher d'éventuels actes de violences commis sur la personne renvoyée, ainsi que des accusations mensongères à l'encontre des forces de l'ordre⁹¹⁴. La Suisse a répondu – de manière très peu convaincante – à cette recommandation en affirmant que le « principe de proportionnalité est respecté » dans la mesure où ce principe

⁹⁰⁷ La très grande majorité des personnes part de manière volontaire. En 2004, les chiffres donnaient 2994 retours volontaires pour 280 renvois forcés. CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, § 77, spéc. note 49.

⁹⁰⁸ Il existe une législation spéciale qui régit l'usage de la contrainte. Il s'agit de la loi 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, LUSC, RS 364), ainsi que de l'ordonnance du même nom (OLUSC, RS 364.3). D'une manière générale sur cette question, voir NGUYEN, *Les renvois*, p. 193 ss.

⁹⁰⁹ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 651. Pour plus de précisions sur les rapatriements sous contrainte par voie aérienne, voir le rapport de la COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE du 30 novembre 2011.

⁹¹⁰ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Décès d'une personne détenue*, 2010.

⁹¹¹ Arrêt TF 2C_386/2010, spéc. consid. 6.

⁹¹² OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *vols spéciaux*, 2010.

⁹¹³ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Reprise des rapatriements*, 2011. La Suisse (par l'ODM) aurait en outre versé, à titre de geste humanitaire, 50'000 francs aux survivants du Nigérian décédé en 2010, comme l'avait d'ailleurs demandé le Comité onusien contre la torture. Sur ce point, voir MÜLLER PHILIPP, *Etrange marché de l'Office fédéral des migrations*, du 15 juin 2010, interpellation no 10.3438, ainsi que COMITÉ CONTRE LA TORTURE, CAT/C/CHE/CO/6, p. 6.

⁹¹⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, § 77, ainsi que le commentaire des autorités suisses *ad* § 77.

est expliqué aux agents d'escorte lors de cours et que la présence d'un représentant d'une organisation est « problématique, car toute action de police, quelle qu'elle soit, est susceptible de conduire à de telles critiques ».

Toutefois, cette mesure est désormais imposée par la directive « retour ». La LEtr et l'OERE ont donc été modifiées dans ce sens⁹¹⁵. Le contrôle de l'exécution du renvoi doit désormais être confié à des tiers indépendants. En pratique, l'ODM semblait avoir de la peine à recruter ces observateurs⁹¹⁶, mais a réussi à conclure un accord avec la Fédération des Églises protestantes de Suisse qui a été chargée du contrôle des renvois durant une phase pilote de six mois s'étendant sur le second semestre 2011⁹¹⁷. A l'issue de ce projet, un mandat a été confié à la Commission nationale de prévention de la torture qui assumera à l'avenir un monitoring sur l'ensemble des rapatriements sous contrainte⁹¹⁸.

2.7. Synthèse de quelques « problèmes » liés à la procédure d'asile en droit suisse et en particulier de ceux découlant de l'accélération constante des procédures

2.7.1. Remarques introductives

Plusieurs éléments sont problématiques dans le cadre de la procédure d'asile suisse au regard du droit supérieur. Mais l'accélération constante des procédures (jusqu'à présent par l'introduction du concept de « non-entrée en matière », de ses diverses facettes, puis, plus récemment, au travers de la proposition de mettre en place une procédure matérielle accélérée) pose en particulier de sérieuses questions quant à la conformité d'un tel mécanisme avec les droits fondamentaux.

Trois points spécifiques – ou, autrement dit, trois étapes cruciales dans le déroulement de la procédure – soulèvent d'importantes critiques et méritent ainsi d'être signalés. Il s'agit plus particulièrement de l'octroi (ou de la suppression) du droit à une audition sur les motifs d'asile (ch. 2.7.2), de la fixation des délais de procédure souvent très brefs (ch. 2.7.3) et de l'accès à un recours « effectif » (ch. 2.7.4).

⁹¹⁵ Art. 71a LEtr et 15^{ss} OERE.

⁹¹⁶ Voir un article relayé par la TRIBUNE DE GENEVE, 2010.

⁹¹⁷ Ce projet-pilote devait « permettre d'examiner et de définir les modalités pratiques de ce contrôle. Des personnalités, telles que par exemple d'anciens chefs de départements cantonaux de justice et police ou des professeurs de droit, sont appelées à jouer, durant cette période d'essai, le rôle d'observateurs dans le cadre des vols spéciaux ». OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *La Fédération des Églises protestantes*, 2011.

⁹¹⁸ Dans ce sens, voir le document établi pour la Conférence de presse du 22 mars 2012 par la FEPS, l'ODM et la CNPT, disponible à l'adresse suivante : http://www.nkvf.admin.ch/content/dam/data/nkvf/Medienmitteilungen/2012-03-22/120321_Pressemappe_fr.pdf. Ce changement de mandataire nécessitera notamment une modification de la loi fédérale sur la Commission de prévention de la torture (RS 150.1). Plus généralement, sur toute cette phase du renvoi, voir GÖTSCHMANN, PERLER, GUGGER BRUCKDORFER, p. 117-127.

2.7.2. Le droit à un entretien complet

La loi sur l'asile prévoit, dans la plupart des procédures de non-entrée en matière, que l'audition sur les données personnelles est suivie d'une audition sur les motifs d'asile comme dans le cadre d'une procédure normale, c'est-à-dire avec un mandataire, un interprète et un représentant des œuvres d'entraide. Bien que ce procédé (double audition) concerne un plus grand nombre d'hypothèses au sens de l'art. 36 LAsi, c'est-à-dire que le « catalogue » des hypothèses pour lesquelles une seconde audition est prévue soit plus long que le nombre d'hypothèses ne prévoyant qu'un droit d'être entendu, en pratique il en va certainement différemment. En d'autres termes, il y a probablement plus de procédures de non-entrée en matière qui ne connaissent qu'une seule audition, en raison notamment du fait que les procédures « Dublin » (qui représentent près de la moitié des décisions de non-entrée en matière) se déroulent sans la seconde audition.

Dans un nombre important de cas donc, seuls une audition sur les données personnelles et un « droit d'être entendu » sont garantis. En pratique, ce droit d'être entendu se concrétise cependant très souvent par une audition au CEP. La différence entre cette audition-ci et l'audition « formelle » sur les motifs d'asile porte principalement sur le fait qu'il ne s'agit pas ici d'une audition complète : elle n'est centrée que sur le motif de non-entrée en matière et aucun représentant des œuvres d'entraide n'y assiste.

Cette distinction entre une seconde audition formelle et le « droit d'être entendu » est justifiée par la différence « qualitative » qui existe entre les divers motifs de non-entrée en matière, puisqu'il n'est pas totalement exclu que, dans certains cas, des réfugiés soient englobés dans l'un ou l'autre de ces motifs de non-entrée en matière⁹¹⁹.

Dans le domaine de l'asile, contrairement peut-être à d'autres domaines du droit administratif, l'autorité ne dispose *a priori* d'aucune information sur le dossier qui lui est soumis : elle ne sait pas ce qui a incité le requérant à quitter son pays et à déposer une demande d'asile. Le meilleur moyen pour instruire le dossier et établir les faits est donc, sans aucun doute, d'entendre oralement le demandeur. C'est dans le cadre d'une audition formelle et complète que le requérant pourra le mieux exposer ses motifs d'asile et que l'autorité sera le plus à même d'apprécier le caractère vraisemblable des propos. L'audition orale complète présente ainsi un intérêt tant pour le demandeur que pour l'autorité qui pourra mieux se positionner.

En raison du caractère hautement personnel du droit d'asile et pour que le système d'asile soit cohérent, le « droit d'être entendu » dans ce domaine devrait en conséquence être tendanciellement concrétisé par l'audition formelle et complète en tant que règle générale. Le

⁹¹⁹ Voir dans ce sens le message du Conseil fédéral relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers, du 13 mai 1998 (AMU), FF 1998 2829, 2837.

droit d'être entendu (sous forme de possibilité de s'exprimer uniquement par écrit) doit en tous les cas rester une exception.

En ce sens, une des toutes dernières propositions de modification de la loi, présentées en 2011 par le DFJP, pourrait aller dans la bonne direction. La troisième option prévoit en effet qu'à l'issue d'une phase préparatoire, une seule audition complète et concernant tant les données personnelles que les motifs d'asile soit menée⁹²⁰. Cette solution est avantageuse pour les cas où il n'y a actuellement pas d'audition sur les motifs, puisqu'elle permettrait à tout demandeur de s'exprimer, et d'être entendu, sur ce point. Elle le serait moins dans l'hypothèse où il y a une audition sur les motifs en plus de la décision sur les données personnelles, en ce sens que pour pouvoir véritablement évaluer une demande d'asile, il est préférable de donner à la personne concernée l'opportunité de s'exprimer deux fois. Cette solution d'une audition unique ne pourrait en tous les cas être retenue qu'à la condition qu'un interprète et un représentant des œuvres d'entraide assistent intégralement à l'audition.

2.7.3. Les délais

2.7.3.1. *Les délais applicables aux requérants et les délais applicables aux autorités : un régime à deux vitesses*

La loi sur l'asile fixe, on l'a vu, toute une série de délais de traitement des dossiers, que ce soit s'agissant de la procédure de première instance, menant à la décision de l'Office fédéral, ou pour la procédure de recours. Ces délais de traitement, dont certains sont relativement brefs, pour ne pas dire très courts, ont pour objectif général de raccourcir au maximum la procédure, afin d'éclaircir au plus vite et de régler sans retard la situation des personnes qui ont requis l'asile. En soi, un tel objectif est parfaitement légitime et il entre pleinement dans le concept des garanties générales de procédure, notamment dans celui du droit à être traité dans un délai raisonnable, puisque cette garantie vise essentiellement à éviter ou réprimer le retard excessif des procédures, ou, pour l'exprimer en termes inverses, à encourager le traitement rapide et prompt de la procédure (« principe de célérité »).

La fixation de délais relativement brefs en matière d'asile et, plus généralement, l'idée de procédure accélérée, sont donc légitimes et elles s'inscrivent aussi bien dans l'intérêt des requérants d'asile – qui ont intérêt, s'ils sont effectivement des réfugiés, à ce que cette qualité leur soit reconnue au plus vite – que dans l'intérêt de l'Etat – qui a intérêt à ce que les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'octroi de l'asile voient leur demande rejetée et puissent être rapidement renvoyées, pour autant que le renvoi soit possible, licite et exigible.

⁹²⁰ DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 61.

Ces brefs délais ne sont toutefois légitimes que s'ils sont appliqués – et respectés – de la même manière par les requérants d'asile que par les autorités. En d'autres termes, la règle théorique d'une procédure courte (ou accélérée) n'est valable que si elle est concrètement mise en pratique par toutes les parties à la procédure. Mais légitimer des délais de recours toujours plus courts par le fait que les autorités sont elles aussi contraintes à statuer dans des délais relativement brefs n'est pas admissible dans la mesure où seuls les délais applicables aux requérants sont contraignants et ont des conséquences décisives. Invoquer une sorte de « parallélisme » des formes entre requérants et autorités pour justifier de telles mesures n'est en soi pas acceptable.

Dans cette optique, l'OSAR, dans son analyse relative au rapport du DFJP de 2011, propose par ailleurs de regarder les choses sous un autre angle. Au lieu de toujours partir du principe que le requérant d'asile dépose une demande dans un but de migration (et non pas de protection internationale) – ce qui a pour conséquence de lui imposer des « barrières » procédurales importantes avec pour dessein de le « démotiver » –, il s'agirait plutôt de mettre sur pied un système qui incite réellement les autorités à agir vite. Dans ce sens, il serait par exemple possible d'améliorer automatiquement le statut du requérant (en lui accordant une aide sociale plus importante) après une certaine durée de procédure, si la longueur de la procédure ne lui est pas imputable⁹²¹. A cet égard, l'art. 14 al. 2 LAsi – qui permet d'octroyer une autorisation de séjour dans certains cas de rigueur – pourrait être considéré comme une sorte de mesure sanctionnant le retard des autorités. Toutefois, la condition actuelle de la lettre c (qui exige une intégration poussée de la personne concernée) ne permet pas, en l'état, de rendre cette disposition effective pour les NEMs, dans la mesure où leur intégration ne pourra que très difficilement être « poussée » en raison des circonstances entourant leur « séjour ».

Pour pouvoir accélérer les procédures d'asile, et en particulier le traitement des demandes par les autorités, deux pistes doivent donc être explorées. Il s'agit, d'une part, de prévoir un mécanisme qui soit sérieusement incitatif pour les autorités, en octroyant des droits accrus aux personnes pour lesquelles la procédure tarde sans que cela lui soit imputable et, d'autre part, de renforcer les forces des autorités (en augmentant notamment le nombre d'employés) pour qu'elles soient concrètement à même de traiter plus de dossiers. La « sanction » proposée par le DFJP dans son rapport de 2011 d'imposer au TAF des délais contraignants qui auraient pour conséquence de l'obliger à statuer lui-même sur le fond des dossiers s'il ne se prononce pas dans les délais prescrits, ne semble en tous les cas pas être une mesure réaliste et solide⁹²².

⁹²¹ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Bericht des EJPD*, p. 3.

⁹²² Voir ci-dessus, note 603.

2.7.3.2. Les délais de recours : divergences entre le droit suisse et les normes internationales ?

Plus techniquement, pour revenir aux délais de recours, la question qui se pose, sous l'angle des garanties générales de procédure, est celle de savoir si les délais fixés par la loi sur l'asile, ou du moins certains d'entre eux, ceux qui sont très courts, en particulier les délais de recours de cinq jours, ne constituent tout de même pas des restrictions ou des limitations pour le moins problématiques.

Certes, ainsi que nous venons de le voir, le droit à être traité « dans un délai raisonnable » de l'art. 29 Cst⁹²³ vise apparemment exclusivement la longueur excessive des procédures et n'a jamais, jusqu'ici, été interprété dans un sens différent, qui tendrait à considérer qu'un « délai raisonnable » est non seulement un délai qui n'est pas trop long, mais que la notion implique aussi un délai qui n'est pas trop court, soit un délai qui permette au justiciable d'assurer sa défense et de bénéficier effectivement de ses autres droits de procédure, droit d'être entendu, de consulter le dossier, d'être assisté, etc. Or, un délai excessivement court pourrait dans ce sens être considéré comme « non raisonnable ».

Quoi qu'il en soit, il résulte d'une autre garantie générale de procédure – celle du droit au juge de l'article 29a Cst ainsi que celle du droit à un recours effectif devant une instance nationale de l'article 13 CEDH – que le justiciable devrait se voir garantis des délais qui lui permettent effectivement – et non seulement formellement – de recourir et de se défendre, de manière suffisante⁹²⁴. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

⁹²³ Voir ci-dessus, le ch. III.2.5.4.5.

⁹²⁴ Dans un arrêt rendu à l'égard de la France, la CEDH s'est assez clairement exprimée dans ce sens : « [s]i la Cour reconnaît l'importance de la rapidité des recours, elle considère que celle-ci ne devrait pas être privilégiée aux dépens de l'effectivité de garanties procédurales essentielles visant à protéger le requérant contre un refoulement arbitraire [...]. Ainsi, quant à l'effectivité du système de droit interne pris dans son ensemble, la Cour constate que si les recours exercés par le requérant étaient théoriquement disponibles, leur accessibilité en pratique a été limitée par plusieurs facteurs, liés pour l'essentiel au classement automatique de sa demande en procédure prioritaire, à la brièveté des délais de recours à sa disposition et aux difficultés matérielles et procédurales d'apporter des preuves alors que le requérant se trouvait en détention ou en rétention ». Arrêt CEDH *I. M. c. France*, du 2 février 2012, requête no 9152/09, § 147 et 154. La même Cour a aussi précisé dans une autre jurisprudence qu'un délai trop bref pour présenter une demande d'asile était incompatible avec l'art. 13 CEDH : « Pour la Cour, l'application automatique et mécanique d'un délai aussi bref [en l'occurrence 5 jours] pour soumettre une demande d'asile doit être jugée incompatible avec la protection de la valeur fondamentale consacrée par l'article 3 de la Convention ». Arrêt CEDH *Jabari c. Turquie*, du 11 octobre 2000, requête no 40035/98, § 40.

l'homme que, pour être effectif, un recours doit être accessible aux intéressés⁹²⁵, doit avoir un effet suspensif et doit permettre de réfuter la présomption de sécurité des Etats tiers⁹²⁶.

Ainsi, en doctrine, certains auteurs mettent en doute la compatibilité de délais de recours « raccourcis » avec cette garantie du droit à un recours *effectif*. Par exemple, dans une thèse sur les droits fondamentaux des personnes détenues, l'auteure s'interroge sur l'admissibilité de certains délais de recours particulièrement brefs imposés aux détenus : « Cumulé à la position précaire des détenus dont la liberté de communiquer avec un mandataire fait toujours l'objet de restrictions, précarité à laquelle vient s'ajouter le difficile accès, en prison, aux sources juridiques, cela a pour conséquence que l'exercice d'un recours, administratif, mais surtout judiciaire, s'avère particulièrement compromis dans ce cas. [...]. L'adoption d'un délai de recours aussi bref que deux ou trois jours en droit suisse ne permettra jamais aux recourants potentiels de se procurer toute l'information juridique dont ils ont besoin pour que leurs démarches soient couronnées de succès. Il s'agit dès lors de recours ineffectifs violant l'art. 13 CEDH »⁹²⁷. Or, la situation des requérants d'asile n'est à cet égard, notamment en ce qui concerne l'accès aux ressources et aux conseils juridiques, pas foncièrement différente de celle des personnes détenues, d'autant plus lorsqu'interviennent en outre des questions de langue.

Dans le même sens, HERTIG RANDALL s'interroge elle aussi sur la compatibilité de la brièveté de certains délais prévus en matière de droit d'asile – spécialement le délai de recours de cinq jours pour contester une décision de non-entrée en matière – avec la garantie du droit au juge de l'article 29a de la Constitution et celle du droit à un recours effectif de l'article 13 CEDH⁹²⁸. KUHN se montre également très sceptique à l'égard de la proposition de raccourcir le délai de recours « ordinaire » de 30 à 15 jours. Il invoque notamment les garanties découlant de l'art. 29a Cst, mais également le principe de l'interdiction du formalisme excessif de l'art. 29 Cst et, d'une manière générale, le principe de la bonne foi⁹²⁹.

KÄLIN propose en outre une autre perspective intéressante. Il rappelle que le Comité des droits de l'homme a rendu une jurisprudence dans laquelle il juge qu'en raison de la première phrase de l'art. 14 par. 1 du Pacte ONU II (« Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice »), les principes d'indépendance, d'impartialité, de bonne foi et d'égalité des armes

⁹²⁵ Voir l'arrêt de la Cour en la cause *Gurepka c. Ukraine*, du 6 décembre 2005, requête no 61406/00 § 59 *in fine*.

⁹²⁶ KÄLIN, *Die Bedeutung der Menschenrechte*, p. 81-82, qui renvoie aux arrêts CEDH *Jabari c. Turquie*, du 11 octobre 2000, requête no 40035/98 et *T.I. c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête no 43844/98.

⁹²⁷ AKSOY, p. 356-357. Voir aussi, plus généralement, MÜLLER, SCHEFER, p. 915, qui considèrent que des délais de recours trop courts ne sont pas compatibles avec la garantie du droit au juge.

⁹²⁸ HERTIG-RANDALL, p. 6 : « des délais extrêmement courts : un requérant d'asile dispose d'un délai de cinq jours ouvrables pour contester une décision de non-entrée en matière, ce qui ne paraît guère compatible avec la garantie d'une protection effective découlant de l'art. 13 CEDH et 29a Cst ».

⁹²⁹ KUHN, p. 3 ss.

doivent être appliqués lorsqu'une autorité judiciaire est amenée à se prononcer dans le cadre de procédures administratives qui ne connaissent pas nécessairement un caractère civil ou pénal. Cette décision vient donc préciser que le champ d'application de l'art. 14 du Pacte ONU II est plus large que celui de l'art. 6 CEDH⁹³⁰. Il s'ensuit que la Suisse est obligée, au sens du droit international, de prendre en compte ces principes lors des procédures de recours devant le TAF⁹³¹.

Bien que, jusqu'à présent, la jurisprudence des autorités de recours en matière d'asile ait considéré que de tels délais restaient conformes à ces garanties⁹³², il n'en demeure pas moins que la question se pose d'autant plus fortement que la problématique des délais – ou de leur brièveté – ne saurait être considérée de manière isolée, mais doit l'être dans le contexte de l'ensemble des (autres) règles de procédure. Or, si l'on tient compte des exigences posées aux requérants en matière d'obligation de collaborer et de fardeau de la preuve – et spécialement des exigences nouvelles ou accrues que les propositions présentées dans le message de 2010 tendent à vouloir imposer en la matière – ainsi que des règles en matière d'usage des langues – et spécialement des exceptions au principe de la langue du lieu de résidence –, force est de constater que des délais de recours de cinq jours paraissent difficilement garantir un droit de recours effectif⁹³³.

⁹³⁰ Dont l'application dans le cadre d'une procédure d'asile a, jusqu'à ce jour, été niée par la Cour EDH. Voir note 840, ci-dessus.

⁹³¹ KÄLIN, *Die Bedeutung der Menschenrechte*, p. 82, qui fait référence à la décision du Comité des droits de l'homme *Perterer c. Autriche*, du 20 août 2004, communication 1015/2001, § 9.2.

⁹³² Voir sur ce point, JICRA 2004/25 où il a été estimé que la brièveté du délai est compatible avec les droits constitutionnel et conventionnel : « [z]usammenfassend ergibt sich mithin, dass der Beschwerdeführer in der Lage war, innerhalb der Frist von fünf Arbeitstagen (vgl. Art. 108a AsylG) Beschwerde zu erheben, diese mit dem vorliegenden Urteil materiell behandelt wird und entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift nicht ersichtlich ist, inwiefern ihm aufgrund der Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen konkret ein Rechtsnachteil erwachsen sein soll. Eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK kann demnach im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden », consid. 3c. Cet arrêt a encore été confirmé par le Tribunal administratif fédéral qui a jugé que « [s]chliesslich gilt es hinsichtlich der entsprechenden Kritik in der Beschwerdeschrift festzuhalten, dass die fünftägige Beschwerdefrist gemäss Art. 108a AsylG nach dem gesetzgeberischen Willen zwar kurz bemessen ist, als solche und abstrakt besehen aber nicht dem in Art. 13 EMRK geschützten Recht auf eine wirksame Beschwerde entgegensteht, da sie nach Arbeitstagen berechnet wird und die sich prima vista präsentierende Kürze der Frist durch verschieden andere, einer rekursführenden Person entgegenkommende Umstände relativiert wird », ATAF 2007/7, consid. 7.3 (de la version non publiée : D-2279/2007).

⁹³³ Voir aussi, dans le même sens, c'est-à-dire pour une critique de la brièveté des délais de recours prévus par le droit suisse de l'asile, BECK, p. 3-11, qui s'exprime ainsi : « Der einzige verbleibende Unterschied der Beschwerdefrist von 5 gegenüber 30 Tagen [...] ist im Übrigen vor dem Hintergrund des effektiven Beschwerderechts nach Art. 29a BV bzw. 13 EMRK höchst problematisch », p. 11, et CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, § 51, qui formulait la remarque suivante : « Il convient de se rendre compte des difficultés rencontrées par un requérant informé du refus dans les conditions qui viennent d'être décrites [délai de cinq jours, détention dans un CEP, notification orale de la décision dans une langue que le requérant comprend] ; ce dernier n'a souvent aucune connaissance en droit et encore moins en droit suisse et, de surcroît, ne manie souvent

Vouloir encore raccourcir de manière drastique les différents délais applicables en procédure (notamment en procédure « normale ») comme le propose le Conseil fédéral dans son message de 2010, ne peut donc être éventuellement acceptable qu'à condition que des mesures d'accompagnement sérieuses, et clairement prévues par la loi, soient établies afin de parer à cette lourde carence procédurale. Il faudrait notamment qu'un accès effectif et gratuit aux bureaux de conseils et de représentation soit concrètement mis à disposition par l'Etat pour que les différentes garanties de procédures soient respectées, et en particulier le droit à un recours effectif (art. 29a et 30 Cst, 13 CEDH, 2 par. 3, mais aussi plus généralement 14, du Pacte ONU II) ainsi que le droit d'être assisté (art. 29 al. 3 Cst)⁹³⁴.

2.7.4. Le droit de recours

Le droit de recourir contre une décision de non-entrée en matière est défini par la LAsi. La question qui se pose n'est donc pas de savoir si le requérant a un droit de recours, puisque la réponse est ici clairement positive, mais bien de déterminer si le droit au recours est véritablement garanti – ou en d'autres termes : effectif – en raison des conditions imposées par la loi.

Deux aspects en particulier retiennent l'attention. Le premier vient d'être discuté au chapitre précédent, à savoir, est-ce qu'un délai pour recourir aussi bref que les cinq jours ouvrables prévus par la LAsi rend le recours réellement effectif ? au vu de ce qui a été dit, cela semble difficilement défendable.

Le second aspect a trait à l'effet suspensif « aléatoire » du recours dans le cadre des procédures de non-entrée en matière. Comme on l'a vu, le recours n'est en pratique pas toujours assorti d'un effet suspensif automatique. Les requérants doivent le demander explicitement et justifier qu'ils risquent cas échéant de voir leurs droits garantis par la CEDH violés s'ils sont renvoyés dans l'Etat responsable de traiter leur demande⁹³⁵. Les autorités doivent donc se prononcer sur l'octroi ou le refus de l'effet suspensif au cas par cas, ce qui crée des risques importants de violation de l'art. 13 CEDH. La Cour s'est positionnée très

pas l'une des langues officielles du pays. Confiné dans l'un des centres d'enregistrement dont il n'a le droit de sortir qu'entre 9h et 17h dans le meilleur des cas, souvent dépourvu de moyens financiers, il n'aura pas la possibilité de se faire assister autrement que par l'assistance juridique bénévole disponible dans le [centre]. Or, à Vallorbe, par exemple, une petite localité de 3200 habitants, l'antenne juridique des œuvres d'entraide auprès du centre repose sur un seul poste professionnel à mi-temps entouré de quelques bénévoles, alors qu'il découle des statistiques officielles pour 2004 que 20 à 25 requérants se présentaient chaque jour ouvrable pour l'enregistrement et que le centre prend quotidiennement 6 à 10 décisions de NEM. Dans ces conditions, je ne suis pas certain que le droit de tout individu à une procédure équitable avec un recours effectif soit respecté ».

⁹³⁴ Sur les mesures compensatoires nécessaires, voir KUHN, p. 5 ss.

⁹³⁵ Art. 107a LAsi.

clairement en ce sens dans son arrêt *Conka c. Belgique*⁹³⁶. Plusieurs auteurs de doctrine expriment les mêmes craintes et estiment que si l'entrée en force de la décision de première instance devait être immédiate, le requérant n'aurait d'une part pas le temps de trouver une aide juridique appropriée et, d'autre part, serait déjà hors du pays au moment où le TAF rendrait sa décision, ce qui aurait pour conséquence de laisser celle-ci sans effet. Ainsi, le principe du non-refoulement ou, en tous les cas, le principe de protection juridique effective risquerait de ne pas être respecté.

Actuellement la base légale – la LAsi – ne donne aucune garantie contre ces risques puisque la décision d'octroyer l'effet suspensif doit se prendre au cas par cas. En revanche, la jurisprudence a apporté une première interprétation positive à cette disposition. Le TAF a en effet estimé dans son arrêt 2010/1 que le requérant doit encore être en Suisse au moment où la question de l'octroi de l'effet suspensif est examinée pour que la demande de restitution ne soit pas sans objet. Il a en outre imposé qu'un délai approprié soit observé avant le renvoi, ceci pour que le requérant (ou son mandataire) puisse motiver sa demande de restitution de l'effet suspensif et également pour que l'instance supérieure ait le temps de se prononcer. Le TAF a ainsi jugé que si ces conditions ne sont pas strictement respectées, le principe de la protection juridique effective ne le sera pas non plus.

Cette solution jurisprudentielle ne constitue toutefois qu'un premier pas positif en direction du recours « effectif ». Pour que celui-ci soit intégralement respecté, la seule option valable consiste à octroyer un effet suspensif automatique, afin d'éviter toute éventualité d'erreur, puisque même si cela ne représente qu'un risque mineur, cela suffit pour que la protection de ce droit ne soit pas garantie.

3. EN DROIT EUROPEEN

3.1. Bref regard historique et articles topiques en matière de procédure

3.1.1. Remarques liminaires

La procédure d'asile⁹³⁷ et en particulier la procédure accélérée a été discutée à de maintes reprises et se retrouve dans de nombreux instruments européens, mais en particulier dans la directive 2005/85/CE. L'accélération des procédures a conduit à créer de nouveaux concepts tels que tous les « types » d'Etats sûrs, la notion des demandes d'asile « manifestement infondées » ou le partage des responsabilités en matière d'examen des demandes d'asile. L'apparition et l'évolution de ces aspects sont brièvement présentées ici de manière chronologique. Historiquement, il est possible de découper cette évolution en deux parties,

⁹³⁶ Arrêt CEDH *Conka c. Belgique*, du 5 mai 2002, requête no 51564/99, § 82 et 83. Voir ci-dessus, note 793.

⁹³⁷ Pour un résumé du développement de la procédure d'asile en général, voir ci-dessus le ch. II.4.2.2.

celle du début des années 1990, de la Convention de Dublin au Traité d'Amsterdam, période lors de laquelle la plupart des instruments étaient non contraignants (ch. 3.1.2), et celle de la dernière décennie, qui a donné naissance, depuis le Sommet de Tampere, à des textes à caractère obligatoire (ch. 3.1.4). Parallèlement, le Conseil de l'Europe s'est également prononcé à deux reprises sur le concept de la procédure accélérée (ch. 3.1.3 et 3.1.5).

3.1.2. De la Convention de Dublin au Traité d'Amsterdam

La « Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes » du 15 juin 1990, aussi appelé « *Convention de Dublin* », sans encore faire mention des concepts de pays tiers sûrs ou pays d'origine sûrs, fait du moins déjà allusion à une forme de procédure accélérée, puisqu'elle met sur pied un mécanisme désignant l'Etat responsable du traitement des demandes d'asile. Un seul Etat est donc désormais responsable d'examiner une demande, ceci afin « d'éviter que les demandeurs d'asile ne soient renvoyés successivement d'un Etat membre à un autre sans qu'aucun ne se reconnaisse compétent pour l'examen de la demande »⁹³⁸.

C'est certainement l'art. 3 paragraphe 5 de la Convention qui évoque le plus clairement le concept de l'Etat tiers sûr, puisqu'il est prévu à cet article que les Etats membres conservent « la possibilité [...] d'envoyer un demandeur d'asile vers un Etat tiers dans le respect des dispositions de la Convention de Genève, modifiée par le protocole de New York ». Cette disposition affaiblit fortement un des buts principaux de la Convention de Dublin qui était d'éviter les « réfugiés en orbite »⁹³⁹.

D'une manière générale, les critères établis pour déterminer la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile par un Etat membre sont les suivants et ils s'appliquent dans l'ordre dans lequel ils sont présentés : est responsable l'Etat membre dans lequel le requérant a un membre de sa famille (conjoint, enfant mineur et célibataire, père ou mère, pour autant que le requérant soit mineur ou célibataire) (art. 4) ; l'Etat membre qui a délivré un titre de séjour ou un visa au demandeur d'asile (sauf exceptions mentionnées à l'art. 5) ; l'Etat membre dans lequel le requérant est entré de manière irrégulière (art. 6) ; l'Etat membre responsable du contrôle de l'entrée de l'étranger sur le territoire des Etats membres (art. 7) ; enfin,

⁹³⁸ Préambule de la Convention, JO C 254/1, du 19 août 1997.

⁹³⁹ Voir le quatrième paragraphe du préambule de la Convention qui se termine ainsi : « éviter que les demandeurs d'asile ne soient renvoyés successivement d'un Etat membre à un autre sans qu'aucun de ces Etats ne se reconnaisse compétent pour l'examen de la demande d'asile ». L'expression de « réfugiés en orbite » a été utilisée pour la première fois par le HCR dans un aide-mémoire. Ce phénomène a toutefois pris une ampleur particulière depuis que les réfugiés n'ont plus le choix de leur pays d'asile, mais voient leur demande traitée par le premier Etat compétent. Plus généralement sur la notion des « réfugiés en orbite » et son histoire, voir HURWITZ, p. 20.

subsidiairement, le premier Etat membre auprès duquel la demande d'asile a été présentée (art. 8). La Convention précise toutefois que tout Etat membre peut, pour des raisons humanitaires, examiner une demande d'asile, à condition cependant que le demandeur d'asile y consente.

Deux ans plus tard, en 1992, les « *résolutions de Londres* », adoptées par les Ministres responsables de l'immigration, sur les demandes d'asile manifestement infondées⁹⁴⁰ et sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil⁹⁴¹ ont explicitement mis en avant l'idée d'accélérer la procédure : si une demande est manifestement infondée ou s'il existe un pays tiers d'accueil, la demande d'asile ne doit pas être examinée et le requérant peut être renvoyé dans l'Etat en question. La deuxième résolution parle de « pays tiers d'accueil » et non de « pays tiers sûr ». Cependant, les critères qu'elle mentionne pour définir ces Etats indiquent clairement le caractère « sûr » des Etats en question. On peut donc supposer qu'à ce moment, la notion de « pays tiers d'accueil » est un synonyme du concept ultérieur de « pays tiers sûr ». Les exigences invoquées sont les suivantes : la vie ou la liberté du demandeur ne sont pas menacées au sens de l'art. 33 de la Convention de Genève ; le demandeur n'est pas soumis à la torture ou à tout autre traitement inhumain ou dégradant ; le requérant a déjà obtenu une protection dans l'Etat tiers, a eu une opportunité d'établir un contact avec les autorités de cet Etat dans le but d'y chercher une protection, ou peut manifestement y être admis ; et il y bénéficie d'une protection efficace contre le refoulement. Cette résolution fixe également des principes de procédure de base. Elle estime que la question de l'identification formelle du pays tiers d'accueil doit précéder l'examen de la demande au fond et que le principe du pays tiers d'accueil doit s'appliquer à tous les demandeurs d'asile. Si, toutefois, cette solution se révèle impraticable, ce sont les dispositions de la Convention de Dublin qui s'appliqueront.

Lors de cette réunion, les Etats membres se sont également mis d'accord sur les pays dans lesquels il n'existe généralement aucun risque de persécution⁹⁴². Les Conclusions précisent ce concept de la manière suivante : ce doit être un pays qui, de manière objective et vérifiable, ne génère normalement pas de réfugiés ou dont on peut prouver clairement que les circonstances susceptibles d'avoir justifié, dans le passé, un recours à la Convention de 1951 ont cessé d'exister. Quatre éléments sont en outre mentionnés pour évaluer le risque général de persécution d'un Etat : le nombre de réfugiés originaires de ce pays au cours des dernières

⁹⁴⁰ Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum, adoptée à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. Voir VAN KRIEKEN, p. 180.

⁹⁴¹ Resolution on a Harmonized Approach to Questions concerning Host Third Countries, adoptée à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. Idem, p. 183.

⁹⁴² Conclusions of 30 November 1992 on countries in which there is generally no serious risk of persecution, adoptées à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992. Idem, p. 185.

années ; le respect des droits de l'homme, de manière formelle et pratique ; la présence d'institutions démocratiques ; et la stabilité.

Le point 3 de ces Conclusions précise que la désignation d'un tel pays par un Etat membre ne doit pas automatiquement conduire au refus de toutes les demandes d'asile présentées par les ressortissants de cet Etat ni exclure ceux-là d'une procédure individuelle, mais devrait plutôt permettre aux Etats membres de traiter ces demandes dans le cadre d'une procédure accélérée.

On retrouve une référence à la procédure « accélérée » dans la « *résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile* »⁹⁴³ qui prévoit que le renvoi dans un pays tiers d'accueil est possible à certaines conditions. Le principe général, traité au paragraphe 17, veut qu'aucune mesure d'éloignement ne soit prise avant qu'intervienne une décision sur la demande d'asile. Toutefois, le paragraphe 22 prévoit une dérogation à ce principe, si la notion de pays tiers d'accueil, telle qu'elle est définie dans la résolution de 1992, est applicable. En outre, les autorités du pays tiers doivent être, au besoin, informées que la demande d'asile n'a pas fait l'objet d'un examen sur le fond.

Enfin, le *Traité d'Amsterdam*⁹⁴⁴, en transférant le droit d'asile dans le premier pilier, concrétise l'établissement d'un régime commun d'asile et pose la première pierre pour la création d'instruments juridiquement contraignants dans ce domaine. En matière de procédure, le *protocole « Aznar »* sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, annexé au Traité marque un tournant important : il prévoit que désormais les Etats de l'Union sont tous des Etats d'origine sûrs et implique de ce fait que les demandes d'asile de ressortissants européens ne peuvent être admises qu'exceptionnellement⁹⁴⁵.

3.1.3. Excursus : la prise de position du Conseil de l'Europe (recommandation [97] 22 du 25 novembre 1997)

Le concept de la procédure accélérée prenant en pratique de plus en plus d'importance, notamment dans le droit de l'Union européenne, le Conseil de l'Europe a décidé lui aussi de se prononcer, la même année, sur la notion de pays tiers sûrs, en publiant une recommandation du Comité des Ministres énonçant des lignes directrices sur l'application de cette notion.

⁹⁴³ JO C 274/13, du 19 septembre 1996.

⁹⁴⁴ JO C 340/1, du 10 novembre 1997.

⁹⁴⁵ Pour les exceptions et pour plus de détails, voir ci-dessus le ch. II.4.2.2.

Les quatre conditions cumulatives que le Conseil de l'Europe a définies afin de déterminer si un Etat est un « pays tiers sûr » rejoignent, dans les grandes lignes, celles énoncées dans les résolutions de Londres de 1992⁹⁴⁶.

3.1.4. Du sommet de Tampere au développement d'instruments d'harmonisation contraignants

3.1.4.1. *Le sommet de Tampere*

Le *sommet européen de Tampere* d'octobre 1999, consacré « à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne », a proposé une politique européenne d'asile fondée sur une approche plus solidaire que sécuritaire, et conforme aux principes de la Convention de Genève. Un plan d'action a également été défini. Les directives et règlements de l'Union l'ont formellement suivi, notamment en ce qui concerne le calendrier, mais en tenant parfois plus compte des appréhensions des Etats que d'un véritable programme de droit d'asile⁹⁴⁷.

Les deux instruments pertinents en matière de procédure et plus particulièrement de procédure accélérée sont le règlement de Dublin et la directive sur la procédure.

3.1.4.2. *Le règlement CE no 343/2003 du 18 février 2003 (« Dublin II »)*

Ce règlement définit les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Les quatre conditions posées par le Conseil de l'Europe sont : a) le pays tiers doit respecter les normes internationales des droits de l'homme relatives à l'asile, y compris l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, b) ainsi que les principes internationaux régissant la protection des réfugiés, tels qu'ils sont énoncés dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967, en particulier le principe de non-refoulement ; c) le pays tiers doit assurer une protection effective contre le refoulement et la possibilité de demander l'asile et d'en bénéficier ; d) une telle protection a déjà été accordée au demandeur d'asile dans le pays tiers, ou il a eu la possibilité d'entrer en contact avec les autorités de ce pays pour y solliciter une protection avant de se rendre dans l'Etat membre où il a demandé asile, ou le demandeur peut être admis dans le pays tiers sur la base d'une preuve manifeste en raison de sa situation personnelle (notamment de ses relations antérieures avec le pays tiers).

⁹⁴⁷ LANTERO, p. 101-104.

⁹⁴⁸ Pour un résumé critique du régime de Dublin, voir notamment HURWITZ, p. 89-125. Pour un commentaire article par article du règlement, voir HERMANN, *Council Regulation (EC) No 343/2003*, p. 1351-1487.

Les *critères de détermination* de l'Etat responsable sont les suivants :

- l'Etat où réside, en tant que réfugié, un membre de la famille ou un membre de la famille dont la demande n'a pas encore fait l'objet d'une décision sur le fond (art. 6, 7 et 8)⁹⁴⁹ ;
- l'Etat qui a délivré un titre de séjour ou un visa au requérant (art. 9)⁹⁵⁰ ;
- l'Etat dont le requérant a franchi irrégulièrement la frontière (art. 10) ;
- l'Etat dans lequel un requérant peut entrer sans obligation de visa (art. 11) ;
- lorsque la demande est formulée dans une zone de transit international d'un aéroport, c'est cet Etat qui est responsable (art. 12) ;
- à titre subsidiaire, si aucune des précédentes conditions n'est remplie, ce sera le premier Etat membre auprès duquel la demande aura été présentée qui sera responsable de l'examen (art. 13).

Une disposition particulière traite du cas où plusieurs demandes simultanées proviennent d'une même famille : dans cette situation, c'est l'Etat membre que les critères désignent comme responsable de la plus grande partie des demandes des divers membres de la famille qui devra traiter de manière conjointe toutes les demandes, à défaut ce sera l'Etat responsable de l'examen de la demande du plus vieux d'entre eux⁹⁵¹.

Ces règles de détermination de l'Etat responsable de traiter une demande d'asile n'ont pas force obligatoire en ce sens que le règlement prévoit, à son article 3 par. 2, une « *clause de souveraineté* » qui permet à tout Etat membre de décider souverainement de traiter une demande d'asile, même si la responsabilité ne lui en incombe pas en vertu des critères de la logique du règlement. Il n'est pas nécessaire que l'Etat invoque un motif particulier pour appliquer cette disposition. Cependant, dès l'instant où il en fait usage, cet Etat sera responsable vis-à-vis du requérant d'asile et devra en informer le précédent Etat responsable.

Au surplus, l'art. 15 du règlement introduit une « *clause humanitaire* » qui dispose que tout Etat membre peut « rapprocher des membres d'une même famille [...] pour des raisons humanitaires [...] ». Cette disposition diffère de l'art. 3 par. 2 au moins pour deux raisons. D'une part, il doit s'agir d'un motif « humanitaire » qui doit avoir pour conséquence de réunir ou de rapprocher les membres d'une famille et d'autre part, cet acte devrait en principe se fonder sur la requête d'un autre Etat membre.

⁹⁴⁹ La notion de « membres de la famille » est la même que celle de la Convention de Dublin ; un article concernant les mineurs non accompagnés a été rajouté.

⁹⁵⁰ Art. 9. Le paragraphe 3 donne des précisions pour le cas où le demandeur serait titulaire de plusieurs visas.

⁹⁵¹ Sur la question plus particulière des familles dans le régime de Dublin, voir MAIANI, 2006.

Enfin, une autre disposition réaffirme la souveraineté des Etats, mais dans un sens cette fois bien différent de celui qui vient d'être mentionné. Il s'agit de l'art. 3 par. 3 qui laisse la possibilité à tout Etat membre « d'envoyer un demandeur d'asile vers un Etat tiers, dans le respect des dispositions de la Convention de Genève ». Ce principe, qui reprend presque littéralement la disposition de la Convention de Dublin sur l'idée de l'Etat tiers sûr (art. 3 par. 5), ménage ainsi les concepts de la procédure accélérée et des Etats tiers sûrs et permet à tout Etat de continuer à renvoyer des requérants directement à des pays qui ne sont pas parties au règlement de Dublin.

Le règlement CE n° 1560/2003 présente en détail les modalités d'application du règlement « Dublin II » et prévoit des formulaires uniformes destinés notamment à déterminer l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. Il établit également des listes des « éléments de preuve » et des « indices » nécessaires pour confirmer les critères qui servent à déterminer l'Etat responsable (par exemple, pour la présence d'un membre de la famille reconnu comme réfugié, sont admises les preuves suivantes : confirmation écrite des informations par l'autre Etat membre, extrait des registres, etc. ; pour cette même question, les indices sont, par exemple, les indications vérifiables du demandeur d'asile).

Pour que le système de Dublin fonctionne, il a fallu mettre sur pied un autre instrument pouvant déterminer si concrètement un requérant avait déjà ou non déposé une demande d'asile dans un autre Etat membre : il s'agit de la base de données « Eurodac »⁹⁵². Elle contient les empreintes digitales (tous les doigts) de toutes les personnes âgées de 14 ans et plus qui ont à un moment ou à un autre déposé une demande d'asile dans un Etat de l'Union ou été appréhendées après avoir franchi illégalement une frontière extérieure. Pour chaque personne concernée, d'autres données sont également enregistrées, à savoir le sexe, l'Etat membre d'origine (c'est-à-dire celui qui transmet les données à l'unité centrale), le lieu et la date de la demande, ainsi que d'autres données purement administratives comme le numéro du dossier par exemple. Ces données sont conservées pendant dix ans à compter du jour où les empreintes ont été relevées pour les demandeurs d'asile et pendant deux ans pour les étrangers appréhendés à l'occasion du franchissement illégal d'une frontière externe. Ces données peuvent toutefois être effacées plus vite si la personne se voit délivrer une autorisation de séjour ou acquiert la nationalité par exemple.

⁹⁵² Règlement CE no 2725/2000 du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JO L 316/1, du 15 décembre 2000.

Si ce « fichage » européen est une conséquence logique de la mise en œuvre du règlement de Dublin, il a cependant entraîné de tragiques réactions chez certains requérants qui pratiquent une automutilation sur leurs doigts afin d'effacer toute empreinte digitale⁹⁵³.

Enfin, un premier *rapport d'évaluation*, établi par la Commission européenne pour la période allant de l'entrée en vigueur du Règlement « Dublin » en 2003, à fin 2005, démontre que l'efficacité du système de Dublin n'est pas totalement convaincante. Il apparaît que sur les 589'499 demandes d'asile déposées dans l'ensemble des États membres durant cette période, plus de 55'300 demandes de transfert ont été envoyées (soit 11,5 % du nombre total de demandes d'asile) et que 72 % de ces requêtes ont été acceptées (soit 40'180 cas dans lesquels un autre État membre a accepté d'examiner la demande d'asile). Sur ce dernier point, il faut encore préciser que l'Etat requis a deux mois (voire un seul dans certain cas) pour se prononcer sur la demande de transfert émise par l'Etat requérant. A défaut, l'absence de réponse équivaut à une acceptation tacite⁹⁵⁴, ce qui explique le taux important d'acceptation. Cependant, et c'est là que le système de Dublin semble présenter une lacune, seuls 16'842 transferts de demandeurs ont formellement été effectués⁹⁵⁵.

Par ailleurs, en 2005, la comparaison des données avec le système d'Eurodac a permis de conclure que des demandes multiples avaient été déposées dans 16 % des cas⁹⁵⁶.

Il convient encore de mentionner que le système de Dublin ne tient pas compte des différentes réalités prévalant dans les pays membres de l'UE. Tous les Etats ne connaissent pas le même seuil de protection. Des statistiques indiquent par exemple que le nombre de décisions positives (impliquant soit une reconnaissance du statut de réfugié, soit une protection subsidiaire, soit encore une protection humanitaire) est inférieur à 2 % en Grèce ou en Slovaquie, alors qu'il est supérieur à 50 % au Portugal, en Pologne, au Danemark ou aux Pays-Bas. Quant à la Suisse, ces statistiques lui attribuent un taux de décisions positives s'élevant à environ 40 %. Par ailleurs, ces chiffres ne sont pas représentatifs du nombre de demandes traitées par les Etats, puisque ce sont la France (avec plus de 50'000 décisions rendues), ainsi que le Royaume-Uni, la Suède, la Grèce et l'Allemagne (tous avec environ 30'000 décisions) qui sont en tête de liste⁹⁵⁷. Ces statistiques ne donnent en outre pas d'indication quant au nombre de demandes d'asile déposées. Il n'existe pas d'estimation qui pourrait déterminer si

⁹⁵³ MANACH, 2009. Selon cet article, à Calais, un tiers des requérants reçus aux permanences de la sous-préfecture avaient les doigts mutilés. Les techniques utilisées sont notamment un fer chauffé à blanc, de l'acide sulfurique, du papier de verre ou encore des lames de rasoir. Sur ce dernier point, voir aussi ATAF 2011/27, consid. 2.3.1.

⁹⁵⁴ Art. 18 par. 7 du règlement (CE) no 343/2003.

⁹⁵⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'évaluation du système de Dublin*, COM(2007) 299 final, p. 4.

⁹⁵⁶ Idem, p. 5.

⁹⁵⁷ Pour tous ces différents chiffres, voir JUCHNO, p. 3.

certaines Etats ne rendent pas efficacement les décisions et connaîtraient ainsi un décalage important entre le nombre de demandes d'asile déposées et le nombre de demandes d'asile traitées.

Cette réalité montre toute l'ambiguïté qui réside dans ce règlement et le mécanisme qu'il induit : il se veut d'une part un instrument de protection des réfugiés (en voulant accélérer les procédures pour que les intéressés voient leur situation rapidement clarifiée), mais il sert clairement, d'autre part, à gérer les flux migratoires. Une tension inévitable résulte donc de ces deux paradigmes.

Propositions de modification 2008 :

Au regard des carences soulevées dans son rapport du 6 juin 2007, la Commission européenne a émis des propositions de modification du règlement Dublin qui devraient améliorer l'efficacité du système et devraient mener à ce qui serait désormais « Dublin III ».

Outre une plus grande efficacité, cette refonte devrait aboutir à une meilleure protection des personnes concernées par la procédure de Dublin. Elle garderait les mêmes principes de base, à savoir que la demande d'asile est traitée par « l'Etat membre qui a joué le rôle principal dans l'entrée ou le séjour du demandeur sur le territoire des Etats membres, sauf exceptions destinées à protéger l'unité familiale »⁹⁵⁸.

Afin d'uniformiser la pratique des différents Etats membres, les conditions d'application des clauses de souveraineté et humanitaire sont clarifiées et, entre autres propositions destinées à assurer une meilleure protection au demandeur, un entretien avec lui serait désormais obligatoire. Enfin, une nouvelle procédure permettrait de suspendre les transferts Dublin vers un Etat membre s'il est à craindre que la protection accordée au requérant n'est pas suffisante que cela soit en matière d'accès à la procédure ou en matière de conditions d'accueil⁹⁵⁹.

3.1.4.3. La directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 sur la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié

D'une manière générale, la directive tend à introduire des règles minimales lors des procédures d'octroi (et de retrait) du statut de réfugié.

⁹⁵⁸ COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte)*, COM(2008) 820 final, du 3 décembre 2008 (cité ci-après : COM(2008) 820 final), p. 6.

⁹⁵⁹ COM(2008) 820 final, p. 7 et 10. Pour un commentaire de ces propositions de révisions, voir notamment EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Comments on the Proposal to recast the Dublin Regulation*.

Elle définit un certain nombre de principes de base et de garanties fondamentales qui ont trait à l'accès à la procédure, aux droits et obligations des requérants durant la procédure (droit d'être informé, droit d'être entendu, assistance juridique, entretien personnel, placement en rétention, etc.), et aux décisions rendues par les autorités (chapitre II).

Elle présente la procédure de première instance (procédure normale et procédure spéciale) et définit un certain nombre de concepts qui viennent concrétiser la procédure accélérée (demandes irrecevables ou infondées, premiers pays d'asile, pays tiers sûrs, pays d'origine sûrs, pays tiers européens sûrs ; chapitre III).

La directive règle également les conditions de retrait du statut de réfugié (chapitre IV) et elle traite de la procédure de recours contre une décision négative (chapitre V).

Ainsi résumé, ce texte semble clair, utile et efficace pour uniformiser les différentes pratiques des Etats membres. En réalité, cette directive contient énormément d'imperfections et de défauts qui seront examinés ci-dessous. Elle a été critiquée par de nombreux auteurs et organisations pour sa complexité d'une part, et d'autre part, pour le fait qu'elle privilégie nettement les intérêts des Etats au détriment de ceux des demandeurs d'asile⁹⁶⁰.

C'est en tous les cas cette directive qui cristallise les concepts de la procédure accélérée et, en particulier, les notions de « pays tiers sûrs » et « pays d'origine sûrs ». La directive connaît différents cas de procédures accélérées ainsi que différentes situations dans lesquelles la procédure est dite « spéciale ».

Les hypothèses de *procédures accélérées* sont décrites principalement à l'art. 23 al. 4, let. a à o, mais également aux art. 25 al. 2 let. b et 26 (premier pays d'asile), 23 al. 4, let. c, ch. i et 29 à 31 (pays d'origine sûr), 23 al. 4, let. c, ch. ii, 25 al. 2, let. c et 27 (pays tiers sûr).

La *procédure spéciale* est réglée à l'art. 24, mais englobe également les art. 32 à 34 (demandes ultérieures), 35 (procédures à la frontière) ainsi que 36 (pays tiers européens sûrs).

⁹⁶⁰ « [T]he most contentious provisions of the Directive are all intended to deny asylum seekers access to asylum procedures and to facilitate their transfer to countries outside the EU ». HAILBRONNER qui synthétise les critiques formulées par le HCR et l'ECRE et qui juge lui-même que « [t]he general system of the Directive is very complicated ». HAILBRONNER, *The directive on minimum standards on procedures*, p. 279 et 280. Plus généralement sur cette directive, voir SPIJKERBOER, ARBAOUI, p. 1227-1350.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Cette directive est en passe d'être modifiée. Les propositions concrètes de changement seront indiquées tout au long des chapitres qui suivent⁹⁶¹.

3.1.5. Excursus : la double prise de position du Conseil de l'Europe sur les procédures d'asile accélérées (recommandation 1727 [2005] et résolution 1471 [2005])

Considérant que les Etats membres du Conseil de l'Europe sont de plus en plus soumis à des pressions les incitant à traiter de manière rapide et efficace les demandes d'asile et jugeant que les normes minimales de la directive 2005/85/CE n'étaient pas suffisantes, le Conseil de l'Europe a estimé important et urgent de développer des lignes directrices de « bonnes pratiques » pour les procédures accélérées.

Les textes de la recommandation 1727 (2005)⁹⁶² et de la résolution 1471 (2005)⁹⁶³ se penchent en particulier sur certains aspects problématiques des procédures accélérées. Ce sont notamment les concepts de pays d'origine et pays tiers (y compris les pays européens) sûrs, les demandes déposées aux frontières ainsi que les droits de recours et l'effet suspensif qui sont mis en avant.

Le Conseil de l'Europe exprime également un certain nombre de craintes liées à ces aspects et mentionne notamment le risque de refoulement, la situation des groupes vulnérables et le refus d'accès à certaines garanties minimales de procédure. Dans la résolution 1471, il invite les Etats membres à prendre des mesures afin de diminuer les risques liés aux procédures accélérées.

3.2. Les différents types de procédure

3.2.1. Remarques liminaires

Comme indiqué, la procédure d'asile (ainsi que le concept de procédure accélérée) et les conditions de son application résultent, en droit de l'Union européenne, de la directive

⁹⁶¹ COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les Etats membres (Refonte)*, COM(2009) 554 final, du 21 octobre 2009 (cité ci-après : COM(2009) 554 final), ainsi que COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (Refonte)*, COM(2011) 319 final, du 1^{er} juin 2011 (cité ci-après : COM(2011) 319 final).

⁹⁶² CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, *Recommandation 1727 (2005). Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* du 7 octobre 2005 (cité ci-après : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation 1727 [2005]*).

⁹⁶³ CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, *Résolution 1471 (2005). Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, du 7 octobre 2005 (cité ci-après : CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 [2005]*).

2005/85/CE⁹⁶⁴, laquelle s'inscrit dans le contexte de l'harmonisation européenne de l'asile voulue par le Conseil européen de Tampere. Toutefois, il s'agit de relativiser quelque peu cette harmonisation, puisque la directive prévoit des normes minimales et laisse ainsi une marge de manœuvre aux Etats membres qui peuvent prévoir dans leur droit national notamment des dispositions plus favorables⁹⁶⁵, mais aussi et surtout un nombre impressionnant de dérogations. Plusieurs articles offrent en effet la possibilité aux Etats membres de garder et parfois même d'instaurer une législation qui s'écarte des normes prescrites⁹⁶⁶.

Le problème de ce défaut d'harmonisation⁹⁶⁷ provient peut-être en partie du fait que les nouveaux instruments rédigés suite à l'adoption de l'art. 63 du Traité d'Amsterdam ont désormais un effet contraignant. Ils remplacent les dispositifs antérieurs qui relevaient de ce qu'on appelle la « *soft law* ». Le fait que ces instruments soient dès lors à caractère obligatoire implique pour les Etats qu'ils acceptent ces dispositions et qu'ils les appliquent, au risque sinon de se voir remettre à l'ordre par la Cour de Justice⁹⁶⁸. Cette situation semble avoir pour effet que les Etats n'arrivent à trouver des consensus que sur des standards minimaux (et par conséquent peu humanitaires), seul le plus petit dénominateur commun trouvant une place au sein de ces normes. On ne peut que regretter cette tendance qui va à l'encontre des buts

⁹⁶⁴ Pour une critique des articles de la directive (ou de son projet), voir d'une manière générale la position du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) et du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE), positions auxquelles il sera fait référence tout au long de ce chapitre. HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »* et EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*.

⁹⁶⁵ Art. 5 de la directive 2005/85/CE. Sur la question générale du caractère minimal des standards imposés par les différentes directives européennes, voir HAILBRONNER, *Introduction*, p. 24-27.

⁹⁶⁶ Plusieurs Etats membres ont amendé leur droit d'asile durant la période de négociation de la directive dans le but précisément de pouvoir bénéficier de ces exceptions. Dans ce sens, voir notamment COSTELLO, p. 53, MAZERON, p. 23-25 et AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 191 s.

⁹⁶⁷ AMARELLE en parle de la manière suivante : « les garanties minimales pour les procédures d'asile constitue[nt] sans aucun doute le domaine le plus délicat du processus d'harmonisation ». AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 186.

⁹⁶⁸ VEDSTED-HANSEN va aussi dans ce sens et explique que la directive 2005/85/CE sur la procédure est quelque peu différente des autres directives (et notamment de celle relative à la qualification) qui découlent de l'art. 63 du Traité d'Amsterdam dans la mesure où elle est mieux « contrôlable » : « This Directive governs administrative and procedural matters for which it will be more controllable whether the minimum requirements have been implemented. Bluntly speaking, Member States will simply not have the same possibilities to ignore or evade these common standards, because any administrative or procedural arrangement at variance with the Directive will be readily discovered both by the affected individuals and by those bodies controlling the implementation of EU law. This might explain why Member States utilized their right of veto inherent in the unanimity requirement to insist on a vast amount of exceptions or derogations in order to ensure the possibility of maintaining domestic peculiarities. This is no surprise given that there have traditionally been few international obligations concerning asylum procedures, due to different administrative and judicial traditions of States parties to the Refugee Convention ». VEDSTED-HANSEN, p. 374.

humanitaires fondamentaux de la protection des réfugiés, dont se prévalent pourtant tous les préambules de ces nouveaux instruments⁹⁶⁹.

Le chapitre III de la directive, traitant de la procédure accélérée, illustre bien cette question du plus petit dénominateur commun et du manque d'harmonisation⁹⁷⁰. Plusieurs dispositions présentent des exceptions aux principes de base et garanties fondamentales prévus par le chapitre II et laissent une marge de manœuvre considérable aux Etats pour agir différemment dans leur législation nationale.

Le chapitre III, qui nous intéresse ici, commence par traiter de la procédure d'examen et en particulier de la procédure accélérée ou prioritaire (art. 23), en la distinguant ou en l'opposant aux « procédures spéciales » (art. 24) ; il définit ensuite les différents « concepts » importants dans le cadre de ces procédures accélérée ou spéciale, aux art. 26 pour celui de premier pays d'asile, 27 pour celui de pays tiers sûr, 31 ainsi que 29 et 30 pour celui de pays d'origine sûr et 36 pour celui de pays tiers européen sûr ou d'Etats tiers « super sûr ».

3.2.2. La procédure normale vs la procédure spéciale

La *procédure normale* n'est pas spécifiquement définie par la directive. En d'autres termes, il n'existe pas d'article particulier qui décrirait le déroulement d'une procédure « classique ». Toutefois, l'art. 23 al. 1⁹⁷¹ mentionne tout de même que la procédure doit se dérouler conformément aux principes de base et garanties fondamentales du chapitre II. L'alinéa précise encore que ladite procédure doit être « menée à terme dans les meilleurs délais, sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif ». Un délai de six mois est indiqué. Si aucune décision n'a pu être rendue dans ce laps de temps, le demandeur doit être informé du retard ou, s'il en fait la demande, il doit être informé du délai dans lequel sa demande est susceptible d'être traitée, étant précisé que ces « informations n'entraînent pour l'Etat membre aucune obligation⁹⁷², envers le demandeur, de statuer dans le délai indiqué »⁹⁷³.

⁹⁶⁹ Sur cette question du consensus minimal, voir notamment DE JONG, p. 21-36 et MAZERON, p. 23-25.

⁹⁷⁰ BYRNE relaie l'opinion de certains observateurs qui, en plus d'affirmer que la directive est le résultat du plus petit dénominateur commun d'un processus de négociation intergouvernemental, la qualifie de manifestation du triomphe des politiques de restriction sur le principe de protection. BYRNE, *Remedies of Limited Effect*, p. 71.

⁹⁷¹ Pour le texte complet de l'article, voir ci-dessous l'annexe B.

⁹⁷² Ni aucune sanction. SPIJKERBOER, ARBAOUI, p 1286.

⁹⁷³ Art. 23 par. 2, let. b de la directive 2005/85/CE. La proposition de modification de la directive supprimerait cette dernière phrase sur la non-obligation de l'Etat de statuer dans le délai indiqué pour la remplacer par le principe selon lequel « les conséquences de la non-adaptation d'une décision dans les délais visés au paragraphe 3 sont déterminées conformément au droit national ». Ce genre de précision n'apporte en tous les cas ni plus de clarté, ni une meilleure harmonisation des procédures entre les différents Etats européens, juste éventuellement un léger « plus » pour les demandeurs qui – selon les Etats – auront peut-être le droit de voir le dossier traité dans un délai convenable.

Pour le reste, le chapitre III de la directive traite de la procédure d'examen dite « accélérée » ou « prioritaire », qu'il oppose aux procédures dites « spéciales ».

La *procédure accélérée ou prioritaire* fait l'objet des paragraphes 3 et 4 de l'art. 23. Aux termes du paragraphe 3 de cette disposition, les Etats membres peuvent donner la priorité ou accélérer l'examen des demandes bien fondées et de celles provenant des personnes particulièrement vulnérables, ceci tout en respectant les principes et garanties du chapitre II. Ils peuvent aussi, selon le paragraphe 4, accélérer le traitement des demandes dans toute une série d'autres hypothèses ou situations (pas moins de quinze ; let. a à o du paragraphe 4) plutôt « négatives », c'est-à-dire dans lesquelles la demande a peu de chances d'aboutir, par exemple parce que le demandeur ne remplit manifestement pas les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié, qu'il provient d'un pays d'origine sûr, que le pays qui n'est pas un Etat membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur, que celui-ci a induit les autorités en erreur, qu'il a introduit une autre demande avec d'autres données personnelles ou encore qu'aucune information ne permet de déterminer son identité ou sa nationalité, etc.

La procédure accélérée ou prioritaire se caractérise, en tous les cas, par le fait qu'elle se déroule, comme le précisent les paragraphes 4 et 3 de l'article 23, « dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II » de la directive. Il faut toutefois nuancer cette affirmation en tenant compte de l'art. 12 de la directive concernant l'entretien personnel. Cet article prévoit en effet (à son paragraphe 2, let. c) que ledit entretien peut ne pas avoir lieu lorsque « l'autorité responsable de la détermination, sur la base d'un examen exhaustif des informations fournies par le demandeur, considère la demande comme infondée dans les cas où les circonstances prévues à l'art. 23, paragraphe 4, points a), c), g), h) et j), s'appliquent ». Cet article laissant aux Etats membres la possibilité de supprimer l'entretien personnel dans certaines hypothèses de procédure accélérée, toutes les garanties du chapitre II ne s'appliquent donc pas forcément.

L'article 24 de la directive, qui traite comme l'indique son intitulé des *procédures spéciales*, permet aux Etats membres de prévoir, dans quelques hypothèses, des procédures « spéciales », qui « dérogent aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II ». Tel est le cas pour les « demandes ultérieures » (art. 24 par 1, let. a et art. 32 à 34), pour les « demandes déposées à la frontière ou en zones de transit » (art. 24 par. 1, let. b et art. 35), ainsi que dans le cas des « pays tiers européens sûrs » (art. 24 al. 2 et art. 36).

En d'autres termes, la directive distingue donc, et oppose, les procédures « accélérées », certes, mais normalement conformes aux exigences de procédure posées dans son chapitre II, et les procédures « spéciales » qui dérogent ou peuvent déroger à ces mêmes exigences. On reprendra cette distinction comme ligne directrice de ce chapitre. Ajoutons encore que, n'ayant pas nécessairement l'obligation de respecter les garanties fondamentales du chapitre II, les procédures « spéciales » sont certainement *de facto* également plus « rapides » que les procédures normales et que, sur ce point, elles rejoignent ainsi les procédures accélérées.

3.3. La procédure normale

3.3.1. Les différentes demandes d'asile

La directive 2005/85/CE ne précise pas quelles sont les possibilités qui s'offrent à un demandeur pour déposer une demande d'asile⁹⁷⁴. Le texte reste assez général et ne donne que quelques indications « cadre » que les Etats seront ensuite plus ou moins libres d'interpréter lors de la transposition de la directive dans leur droit national.

Par la directive, les Etats membres sont tout de même tenus de faire en sorte que toute personne majeure et juridiquement capable ait le droit de déposer une demande d'asile en son nom et que les autorités auxquelles s'adressent le demandeur lui indiquent où et comment procéder ou, cas échéant, transmettent la demande à l'autorité compétente⁹⁷⁵. Les Etats peuvent ainsi définir, dans leur droit national, des exigences particulières quant au lieu où la demande doit être déposée⁹⁷⁶.

En principe et sauf exceptions, le requérant d'asile a le droit de rester dans l'Etat membre tant que l'autorité ne s'est pas prononcée sur sa demande en premier ressort⁹⁷⁷.

3.3.2. Les règles de procédure applicables à la procédure normale

3.3.2.1. La systématique

Si peu de précisions ont trait aux conditions que doivent respecter les requérants lorsqu'ils déposent une demande d'asile, plus d'informations sont fournies quant au « comportement » que doivent adopter les autorités chargées d'examiner la demande. Ces exigences relatives au déroulement concret de la procédure d'asile sont présentées ci-dessous de manière « chronologique » [ch. 3.3.2.3], en commençant par l'entretien personnel [ch. 3.3.2.3.i)], puis le traitement des demandes par les autorités [ch. 3.3.2.3.ii)], les décisions [ch. 3.3.2.3.iii)] et, enfin, les différents délais applicables [ch. 3.3.2.3.iv)].

Avant cela, les garanties générales – et transversales – de procédure du chapitre II de la directive sont encore développées ici [ch. 3.3.2.2]. Il s'agit en particulier du devoir de collaborer [ch. 3.3.2.2.i)], du droit d'être entendu [ch. 3.3.2.2.ii)] et du droit d'être représenté [ch. 3.3.2.2.iii)].

⁹⁷⁴ AMARELLE constate « l'absence de formalité préalable spéciale lors du dépôt de la demande ». AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 188.

⁹⁷⁵ Cela devrait implicitement signifier que les Etats membres doivent s'assurer que les autorités auprès desquelles les requérants déposent une demande d'asile disposent des connaissances suffisantes pour pouvoir identifier comme telle une demande d'asile. EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 212.

⁹⁷⁶ Art. 6 de la directive 2005/85/CE.

⁹⁷⁷ Art. 7 de la directive 2005/85/CE.

3.3.2.2. Les règles « thématiques » ou « transversales »

i) L'obligation de collaborer

L'art. 11 de la directive liste un certain nombre d'obligations que les Etats membres peuvent imposer aux demandeurs d'asile. Ces exigences doivent être nécessaires au traitement de la demande.

En vertu de cette disposition, les Etats ont donc la possibilité d'exiger du demandeur qu'il se présente immédiatement, ou à une date précise, auprès d'une autorité ; qu'il remette ses documents d'identité et qu'il informe les autorités de son lieu de résidence.

Vient s'ajouter à ces prescriptions l'art. 4 de la directive 2011/95/UE (directive « qualification »⁹⁷⁸) sur l'évaluation des faits et des circonstances. Cet article prévoit que l'Etat peut « considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires⁹⁷⁹ pour étayer sa demande de protection internationale ». En d'autres termes, l'Etat a la possibilité de décider qu'il revient au demandeur de motiver sa demande et d'apporter les preuves nécessaires. L'art. 4 par. 1 précise toutefois qu'il « appartient à l'Etat membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande »⁹⁸⁰. L'art. 8 de la directive 2005/85/CE va en outre dans le même sens, puisque les Etats sont tenus d'examiner la demande de manière appropriée et d'obtenir pour ce faire des informations sur le pays d'origine du demandeur.

Dans la mesure où les Etats décident de faire usage de cette possibilité et que, au vu de leur législation nationale, il revient au demandeur d'étayer sa demande, mais que certains aspects ne sont pas prouvés par des documents ou autres, ces aspects ne doivent pas être confirmés si : « a) le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande ; b) tous les éléments pertinents à la disposition du demandeur ont été présentés et une explication satisfaisante a été fournie quant à l'absence d'autres éléments probants ; c) les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles et elles ne sont pas contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande ; d) le demandeur a présenté sa

⁹⁷⁸ 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 subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JO L 337/9, du 20 décembre 2011.

⁹⁷⁹ Sont considérés comme « éléments nécessaires », « tous les documents dont le demandeur dispose concernant son âge, son passé, y compris celui des parents à prendre en compte, son identité, sa ou ses nationalités, le ou les pays ainsi que le ou les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire, ses titres de voyage, ainsi que les raisons justifiant la demande de protection internationale », art. 4 par. 2 de la directive 2011/95/UE.

⁹⁸⁰ Sur cet article en particulier (ou plutôt son « prédécesseur » de la directive 2004/83/CE), voir EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Die Anerkennung als Flüchtling*, p. 14 ss.

demande de protection internationale dès que possible, à moins qu'il puisse avancer de bonnes raisons pour ne pas l'avoir fait, et e) la crédibilité générale du demandeur a pu être établie ».

En outre, toujours dans l'optique de l'obligation de collaborer du demandeur, l'art. 11 de la directive 2005/85/CE, prévoit que les autorités peuvent fouiller le demandeur, ainsi que les biens qu'il a avec lui ; elles peuvent le photographier et enregistrer ses déclarations orales pour autant que le requérant en ait été préalablement informé.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de nouveau droit ajoute une précision sur l'obligation générale de collaborer du demandeur qui doit notamment coopérer avec les autorités compétentes dans le but d'établir son identité, ainsi que « sa ou ses nationalité(s), le ou les pays ainsi que le ou les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire, ses pièces d'identité et ses titres de voyage, ainsi que les raisons justifiant la demande de protection internationale »⁹⁸¹.

L'autre point sur lequel cet article serait modifié consiste à préciser que le requérant ne peut être fouillé que par une personne du même sexe⁹⁸².

ii) Le droit d'être entendu

L'art. 10 de la directive garantit le droit d'être entendu au sens large. Ainsi, le demandeur doit être informé (dans une langue dont il peut être supposé qu'il la comprend) de la procédure à suivre, de ses droits et obligations, ainsi que des conséquences en cas de non-respect de ces obligations ou d'un refus de coopérer avec les autorités. Les autorités doivent aussi informer le demandeur du « calendrier »⁹⁸³.

Si nécessaire, le demandeur peut en principe bénéficier d'un interprète pour présenter ses arguments. Il doit en outre avoir la possibilité de communiquer avec le HCR⁹⁸⁴. Il est ensuite averti, dans un délai raisonnable et dans une langue dont il peut être supposé qu'il la comprend, de la décision prise et des possibilités de recours⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ La proposition opère un renvoi à l'art. 4 par. 2 de la directive qualification.

⁹⁸² COM(2009) 554 final, p. 35. La proposition 2011 reprend les mêmes éléments : COM(2011) 319 final, p. 35-36.

⁹⁸³ Art. 10 par. 1, let. a de la directive 2005/85/CE.

⁹⁸⁴ En vertu de l'art. 21 de la directive 2005/85/CE, le HCR est autorisé à avoir accès à tous les demandeurs d'asile, y compris à ceux qui sont détenus ou placés en zone de transit dans les aéroports ; il a en outre accès à toutes les informations (avancement de la procédure, décisions, etc.) pour autant que le demandeur soit d'accord.

⁹⁸⁵ Art. 10 par. 1, let. b, c, d et e de la directive 2005/85/CE.

iii) Le droit d'être représenté

Le droit et la portée de la représentation, ainsi que de l'assistance judiciaire gratuite sont définis aux art. 15 et 16 de la directive. Il en ressort principalement que les Etats membres doivent accorder la possibilité aux demandeurs d'asile de faire appel à un conseiller juridique, mais ceci à leur frais. Toutefois s'il s'agit de recourir contre une décision négative, l'assistance judiciaire et/ou la représentation doivent en principe être gratuites⁹⁸⁶.

La directive ajoute cependant quatre conditions (cumulatives ou alternatives, selon la volonté de l'Etat membre) à la gratuité : le recours doit avoir lieu devant une cour ou un tribunal (au sens du chapitre V de la directive ; cela ne comprend donc pas les demandes de réexamen par exemple) ; le requérant ne doit pas disposer de ressources suffisantes ; la représentation doit se faire par un conseiller juridique ou un conseiller désigné par le droit national ; et/ou le recours doit avoir des chances d'aboutir⁹⁸⁷.

Les Etats ont encore la possibilité d'instaurer des limites monétaires ou des délais à l'assistance judiciaire et à la représentation gratuites⁹⁸⁸. Enfin, pour ce qui est des frais liés à cette assistance, les Etats peuvent prévoir que le demandeur rembourse totalement ou partiellement les dépenses effectives, si la situation financière du requérant s'est considérablement améliorée ou s'il avait fourni de fausses informations pour obtenir ces prestations⁹⁸⁹.

L'art.16 de la directive prévoit que le conseiller ait accès aux informations relatives au dossier du demandeur, ainsi qu'aux zones de transit et aux lieux de rétention. Cependant, plusieurs exceptions sont d'ores et déjà réservées notamment lorsque des motifs de sécurité nationale sont invoqués⁹⁹⁰.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Les propositions de modification de la directive 2005/85/CE tendent à améliorer nettement la situation des requérants d'asile en matière de droit à l'assistance judiciaire et à la représentation⁹⁹¹.

Les propositions de modifications de la directive précitée auraient en particulier pour conséquence que les requérants aient « la possibilité effective de consulter un

⁹⁸⁶ Art. 15 par. 1 et 2 de la directive 2005/85/CE.

⁹⁸⁷ Art. 15 par. 3 de la directive 2005/85/CE.

⁹⁸⁸ Art. 15 par. 5, let. a de la directive 2005/85/CE.

⁹⁸⁹ Art. 15 par. 6 de la directive 2005/85/CE.

⁹⁹⁰ Pour plus de détails sur ce droit à l'assistance, voir KIENER, KUHN, p. 406 ss.

⁹⁹¹ Ces propositions découlent notamment de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (désormais Cour de justice de l'Union européenne), ainsi que de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. COM(2009) 554 final, p. 6. Voir les propositions d'articles 18 et 19 remplaçant les articles 15 et 16 actuels, p. 41 ss.

conseil juridique ou un autre conseiller [...] à tous les stades de la procédure ». Dans ce but, les Etats membres devraient fournir une assistance judiciaire gratuite tant au niveau de la procédure de première instance que de celle de recours. Cette assistance impliquerait que les requérants soient notamment informés sur la procédure en fonction de leur situation personnelle et se voient expliquer les raisons d'une décision négative, tant en fait qu'en droit. De plus, cette assistance ne dépendrait plus des chances de succès, mais pourrait comme maintenant être limitée aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes⁹⁹². La proposition 2011 va globalement dans le même, mais laisse toutefois aux Etats membres la possibilité de maintenir la condition des « perspectives tangibles de succès »⁹⁹³.

Il est encore à noter qu'en termes d'assistance, plusieurs Etats européens connaissent un système passablement plus complet que celui de la Suisse. Ils garantissent notamment un droit à une assistance judiciaire, voire à une représentation, à tous les stades de la procédure. En outre, ce droit n'est dans bien des cas pas lié aux chances de succès de la demande, ni à la situation financière du requérant⁹⁹⁴.

3.3.2.3. Les règles générales et « chronologiques »

i) L'entretien personnel

Selon l'art. 12 par. 1 de la directive, le demandeur doit bénéficier d'un entretien personnel sur sa demande avec une personne compétente.

La directive permet toutefois de supprimer l'entretien personnel dans les cas suivants⁹⁹⁵ :

- lorsque l'autorité est en mesure de rendre une décision positive (par. 2, let. a) ;
- lorsqu'une « réunion » préalable a eu lieu avec le demandeur, dans le but de l'aider à remplir sa demande et à fournir les informations relatives à son identité ; il s'agit donc d'une réunion qui peut s'apparenter à l'audition sur les données personnelles prévue par le droit suisse, (par. 2, let. b) ;
- lorsque l'autorité rejette la demande d'asile au motif (par. 2, let. c) :
 - qu'elle se fonde sur des questions non pertinentes,
 - que le demandeur provient d'un Etat d'origine sûr ou d'un Etat tiers sûr,
 - que la demande est peu cohérente ou convaincante,

⁹⁹² COM(2009) 554 final, spéc. p. 41–42.

⁹⁹³ COM(2011) 319 final, p. 41–46, spéc. 42.

⁹⁹⁴ Selon des informations (provenant d'un rapport non publié) de l'ECRE (European Council on Refugees and Exiles), la Belgique, le Danemark, la Finlande et les Pays-Bas sont en particulier des Etats qui disposent d'un système d'assistance judiciaire très développé.

⁹⁹⁵ Art. 12 par. 2 et 3 de la directive 2005/85/CE.

- que c'est une nouvelle demande mais qui ne contient pas d'élément nouveau pertinent ou encore,
- que la demande est déposée dans le but de retarder l'expulsion,
- enfin, lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible d'effectuer l'entretien, parce que le demandeur n'est pas en état (physique ou psychique par exemple) d'être interrogé. Dans ce cas particulier, l'Etat devra alors déployer des « efforts raisonnables » pour que la personne concernée puisse fournir plus d'informations (par. 3).

Dans les hypothèses du par. 2, let. b et c, la directive part du principe que l'entretien ou la « réunion » préalable est suffisante. Néanmoins, certains auteurs jugent que pour pouvoir véritablement évaluer la crédibilité d'un demandeur, il est nécessaire de lui laisser une seconde chance de s'exprimer sur sa demande⁹⁹⁶.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Un des buts de la refonte de la directive consiste à essayer de réduire les nombreuses exceptions aux garanties et principes procéduraux établis par ce texte.

En particulier, un des remaniements proposés « supprime [...] la possibilité de ne pas prévoir d'entretien personnel en cas de procédure accélérée »⁹⁹⁷. Ainsi, au sens de la directive telle qu'elle pourrait être modifiée, une audition personnelle (correspondant en droit suisse à l'audition sur les motifs d'asile au sens de l'article 29 LAsi)⁹⁹⁸ peut être exclue dans deux situations : dans le cas où l'autorité est en mesure – sur la base des éléments disponibles – de rendre une décision positive et dans le cas où le requérant n'est pas en état d'être interrogé, pour des raisons médicales notamment⁹⁹⁹.

Tous les autres motifs admettant actuellement l'annulation de l'audition sur les motifs d'asile ne seraient dès lors plus retenus.

Les conditions auxquelles est soumis l'entretien sont définies par l'art. 13 de la directive. L'entretien personnel doit en principe se dérouler sans les membres de la famille du demandeur d'asile ; il doit être confidentiel et doit permettre au demandeur d'exposer l'ensemble de ses motifs d'asile. Pour ce faire, la personne chargée de l'audition doit être suffisamment compétente et un interprète doit assurer le dialogue entre les deux parties. Ces

⁹⁹⁶ EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 218 qui renvoient notamment à GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 540 s.

⁹⁹⁷ COM(2009) 554 final, p. 7. Plus généralement sur les questions relatives à l'entretien personnel, voir les propositions d'articles 13 à 16 remplaçant les articles 12 à 14 actuels, p. 36 ss, ainsi que, dans le cadre de la proposition 2011, COM(2011) 319 final, p. 36-40.

⁹⁹⁸ Pour une interprétation allant dans ce sens, voir l'art. 13 al. 3 actuel de la directive (qui deviendrait l'art. 14, respectivement 15 dans la nouvelle proposition 2009, puis 2011, mais garderait la même teneur sur ce point) et qui veut que « l'entretien personnel [est] mené dans des conditions qui permettent au demandeur d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande ».

⁹⁹⁹ Propositions de l'art. 13 (respectivement 14 dans le cadre de la proposition 2011) al. 2 let. a et b.

conditions s'appliquent également à la « réunion » décrite ci-dessus et qui correspond dans les grandes lignes à l'audition sur les données personnelles helvétique.

Enfin, chaque entretien est consigné dans un rapport écrit qui doit contenir au moins les informations recueillies lors de la première « réunion ». Le demandeur peut y avoir accès « en temps voulu », mais si cela devait être après que la décision de première instance ait été rendue, au moins suffisamment tôt pour que le requérant puisse encore préparer son recours. Le demandeur peut être amené à devoir approuver le contenu du rapport. S'il ne le fait pas, ses motivations sont inscrites au dossier, mais cela n'empêche pas l'autorité de rendre sa décision. En outre, ces prescriptions sont également applicables à la première « réunion »¹⁰⁰⁰.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de modification n'apporterait pas de changements significatifs à ces conditions. Elle introduirait cependant de nouvelles dispositions spécifiques au genre, préconisant ainsi, dans la mesure du possible, que l'entretien soit conduit par une personne du même sexe si le demandeur en fait la demande. Il en va de même pour l'interprète. En outre, l'« examinateur » ne devrait pas porter d'uniforme¹⁰⁰¹.

Un nouvel article spécifique au contenu de l'entretien serait en revanche introduit. Il impliquerait que « l'autorité responsable de la détermination veille à ce que le demandeur ait la possibilité concrète de présenter les éléments nécessaires pour étayer sa demande »¹⁰⁰².

ii) Le traitement des demandes par les autorités

En tant que corollaire à l'obligation des requérants de collaborer, les autorités sont aussi tenues de traiter les demandes d'asile de manière appropriée. Cela implique avant tout que l'examen d'une demande ne soit pas refusé au seul motif que la demande n'ait pas été présentée suffisamment rapidement¹⁰⁰³.

En vertu de l'art. 8 de la directive, les autorités doivent rendre des décisions individuelles, objectives et impartiales. Pour ce faire, elles doivent obtenir, auprès de différentes sources telles que le HCR, des informations précises et actualisées sur la situation du pays d'origine, voire du pays de transit du demandeur. Les personnes responsables d'examiner la demande doivent en outre avoir des connaissances appropriées des normes applicables.

¹⁰⁰⁰ Art. 14 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰⁰¹ COM(2009) 554 final, p. 38 et COM(2011) 319 final, p. 38.

¹⁰⁰² COM(2009) 554 final, p. 38-39 (proposition d'un nouvel art. 15), COM(2011) 319 final, p. 39 (art. 16).

¹⁰⁰³ Cette situation a toutefois pour conséquence que l'Etat peut décider de traiter une telle demande (tardive) dans le cadre d'une procédure accélérée. Art. 23 par. 4, point i) de la directive 2005/85/CE.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Deux compléments sont proposés à cet article. Il s'agirait en premier lieu de préciser que le demandeur et son conseiller ont accès aux informations prises sur le pays d'origine et utilisées dans le cadre de la décision rendue à son encontre¹⁰⁰⁴ et, en second lieu, d'ajouter que la personne responsable d'examiner la demande et de prendre la décision doit demander conseil à des experts, notamment lorsqu'il s'agit de questions médicales, culturelles ou de questions liées aux enfants ou aux spécificités hommes-femmes¹⁰⁰⁵.

iii) Les décisions

Les décisions rendues en matière d'asile doivent l'être sous forme écrite. Elles doivent en outre être motivées en fait comme en droit et indiquer les possibilités de recours contre une décision négative¹⁰⁰⁶.

Une dérogation à l'obligation de motiver peut avoir lieu lorsque le demandeur se voit accorder un statut analogue à celui de réfugié. Il doit alors avoir les mêmes droits et avantages. L'indication des moyens de recours peut exceptionnellement ne pas se faire par écrit si le requérant a été informé à un stade antérieur de la procédure et par écrit des possibilités de recours qui s'offrent à lui¹⁰⁰⁷.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La dérogation à l'obligation de motiver en cas d'octroi d'une protection analogue n'est pas retenue dans le cadre des propositions de modification¹⁰⁰⁸.

iv) Les délais

Comme on l'a vu, la directive ne prescrit pas de délai dans lequel le demandeur devrait déposer sa demande, toutefois s'il tarde trop à le faire, celle-ci peut être traitée dans le cadre d'une procédure accélérée¹⁰⁰⁹.

De l'art. 23 par. 2, il est possible de déduire qu'une procédure d'asile normale ou ordinaire doit se dérouler « dans les meilleurs délais », mais en principe au maximum dans un délai de six mois. Si ce n'est pas le cas, l'autorité doit au moins informer le demandeur du retard¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁴ La proposition 2011 n'a pas retenu cette possibilité. COM(2011) 319 final, p. 33.

¹⁰⁰⁵ COM(2009) 554 final, p. 32-33.

¹⁰⁰⁶ Art. 9 par. 1 et 2 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰⁰⁷ Art. 9 par. 2 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰⁰⁸ COM(2009) 554 final, p. 33 et COM(2011) 319 final, p. 33.

¹⁰⁰⁹ Art. 8 par. 1 en combinaison avec l'art. 23 par. 4, point i) de la directive 2005/85/CE.

¹⁰¹⁰ Un article du journal Le Monde a établi en 2010 un tableau comparatif des durées d'examen d'une demande d'asile entre les différents Etats « européens » (au sens « géographique » ; l'article ne précise en outre pas si ces durées comprennent un éventuel recours et son examen). Il en ressort les chiffres

Mis à part ce délai de six mois pour traiter une demande d'asile, aucun autre délai n'est indiqué. La procédure accélérée doit donc, par opposition, être effectuée dans un délai plus bref.

Suite à la décision de première instance, un droit de recours effectif doit être accordé au requérant. La directive ne prescrit en revanche aucun délai dans lequel le requérant doit exercer son droit de recours, ni non plus de délai dans lequel l'autorité de recours doit examiner le cas. Ces questions sont laissées à la libre appréciation des Etats membres¹⁰¹¹.

La directive ne prévoit pas non plus que le recours ait un effet suspensif obligatoire ; ce point sensible étant lui aussi laissé au libre choix des Etats¹⁰¹². La question du caractère « effectif » est donc discutable dans ces circonstances¹⁰¹³. Ruud Lubbers, ancien Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, estime que cette disposition risque de contribuer à ce qu'une majorité des demandeurs d'asile, ayant reçu une décision négative, ne soit pas autorisée à rester dans un Etat de l'Union européenne, malgré le fait que dans plusieurs pays européens, entre 30 et 60 % des décisions sont renversées au stade du recours¹⁰¹⁴.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

L'article 39 serait passablement modifié si les propositions venaient à être acceptées¹⁰¹⁵. Pas moins de sept nouveaux paragraphes seraient introduits pour compléter cette disposition. Parmi ceux-ci, quatre sont d'importance ici.

Le paragraphe 3 prescrit que le recours effectif doit contenir un examen complet des faits et du droit, dont un examen *ex nunc* des besoins de protection internationale.

Le paragraphe 4 veut que les Etats instaurent des délais « raisonnables » pour que le demandeur puisse exercer son droit de recours. Ces délais devront donc être concrétisés (plus ou moins) librement par les Etats membres. Ils ne devront toutefois pas rendre « impossible ou excessivement difficile » l'accès à ce recours.

suivants : République tchèque : de 1 jour à cinq ans ; Roumanie : de 1 jour à 9 mois ; Italie : 30 jours (mais en pratique 15 à 24 mois) ; Slovaquie : 3 à 8 mois ; Suède : 4 mois et demi ; France : 4 à 15 mois ; Danemark : 5 à 7 mois ; Pays-Bas : 6 mois (mais parfois 8 jours) ; Portugal : 6 mois ; Royaume-Uni : 6 mois (mais beaucoup de retard) ; Espagne : 6 mois (mais en pratique 18 mois) ; Finlande : 7 mois et demi ; Norvège : huit mois ; Belgique : 9 mois à un an ; Grèce : 9 mois à des années ; Suisse : 24 à 36 mois ; Autriche : 24 mois à plusieurs années ; les données pour l'Allemagne et la Pologne ne sont pas connues. VINCENT, 2010.

¹⁰¹¹ Art. 39 par. 2 et 4 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰¹² Art. 39 par. 3 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰¹³ Pour une discussion de la question, voir KIENER, KUHN, p. 405-406 qui citent d'autres sources.

¹⁰¹⁴ « UNHCR also said that draft Articles relating to appeals could also lead to violations of international law. As the text stands, "the vast majority" of rejected asylum seekers who lodge an appeal will not be permitted to remain in the EU until their appeals are decided – despite the fact that in several European countries 30-60 percent of initial negative decisions are subsequently overturned on appeal ». HCR, Lubbers, 2004.

¹⁰¹⁵ COM(2009) 554 final, p. 69-72 et COM(2011) 319 final, p. 74-76.

Selon le paragraphe 5, le recours effectif devrait permettre au demandeur de rester dans l'État membre concerné jusqu'à l'issue de son recours.

Toutefois, le paragraphe 6 précise que dans le cadre d'une procédure accélérée et lorsque le droit de rester dans l'État membre en attendant l'issue du recours n'est pas prévu par le droit national, une juridiction doit décider (sur requête du demandeur ou d'office), si le demandeur peut rester sur le territoire de l'État en question. Cette spécificité ne s'applique cependant pas aux procédures à la frontière.

3.4. Les cas de procédure accélérée

3.4.1. Les différents cas

L'article 23 par. 3 et 4 de la directive traite des différentes hypothèses qui permettent à un Etat membre d'appliquer la procédure accélérée. Le paragraphe 3 concerne les cas où la demande est susceptible d'être fondée et ceux dans lesquels le demandeur a des besoins particuliers (on peut penser ici aux personnes vulnérables).

Par ailleurs, le paragraphe 4 énumère en particulier, dans ses lettres a à o, les situations dans lesquelles la demande a peu de chances d'aboutir, et qui permettent d'accélérer la procédure¹⁰¹⁶.

Tel est ainsi le cas :

- lorsque le demandeur n'a soulevé que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante (let. a),
- lorsqu'il ne remplit manifestement pas les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié (let. b),
- lorsqu'il provient d'un pays d'origine sûr (demande infondée, let. c, point i),
- lorsqu'un pays qui n'est pas un Etat membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur (demande infondée, let. c, point ii),
- lorsque celui-ci a induit les autorités en erreur (let. d),
- lorsqu'il a introduit une autre demande avec d'autres données personnelles (let. e),
- lorsqu'aucune information ne permet de déterminer son identité ou sa nationalité (let. f),
- lorsque la demande est manifestement peu convaincante en raison de déclarations incohérentes (let. g),

¹⁰¹⁶ Cette liste n'est en outre pas exhaustive. SPIJKERBOER, ARBAOUI, p. 1286.

- lorsqu'une demande ultérieure est introduite sans nouveaux éléments pertinents (let. h),
- lorsque la demande n'a pas été introduite suffisamment tôt (let. i),
- lorsque le but de la demande est de retarder ou d'empêcher une décision antérieure entraînant l'expulsion (let. j),
- lorsque le demandeur n'a pas rempli les obligations qui lui incombent (let. k),
- lorsqu'il est entré ou a prolongé son séjour illégalement et ne s'est pas présenté aux autorités ou n'a pas introduit sa demande dans les délais (let. l),
- lorsqu'il représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat (let. m),
- lorsqu'il refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales (let. n),
- ou lorsque la demande a été introduite par un mineur non marié après qu'une demande déposée par le parent responsable ait été rejetée et qu'aucun élément nouveau pertinent n'ait été apporté (let. o).

Plusieurs formulations sont imprécises et risquent de mener à une interprétation très étendue dans l'application de ces procédures. Ainsi, par exemple, la lettre a, soit le cas où le demandeur n'a soulevé que des questions sans pertinence ou d'une pertinence « insignifiante » : il est difficile de concevoir quelle portée peut avoir ce terme. Ou encore, la lettre b semble inutile puisqu'elle rejoint au fond la lettre a. Quant à la formulation de la lettre c, elle est très délicate : en parlant de demande « infondée », elle amène un élément de fond dans un article s'occupant de « procédure accélérée » – et qui pourrait donc fortement se rapprocher, voire se confondre avec des questions de recevabilité – et risque ainsi d'apporter plus de confusions encore à une systématique qui n'est déjà pas des plus simples, ni des plus limpides.

D'une manière générale, le HCR et l'ECRE se disent opposés aux procédures accélérées. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe semble également être réticente à de telles procédures¹⁰¹⁷. L'ECRE estime qu'il serait préférable d'améliorer la qualité des procédures en première instance, évitant ainsi des recours inutiles et trop nombreux¹⁰¹⁸. Plutôt que de prévoir une procédure accélérée, applicable à d'innombrables situations, le HCR, l'ECRE et

¹⁰¹⁷ Dans sa résolution 1471 (2005), l'Assemblée parlementaire juge que quatre aspects de la procédure accélérée sont « particulièrement problématiques » : les notions de pays d'origine sûr, de pays tiers sûr (y compris de pays tiers particulièrement sûr), les procédures à la frontière et les questions liées au droit de recours. CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 (2005)*, par. 7.

¹⁰¹⁸ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 21.

le Conseil de l'Europe préféreraient que seuls les cas dont la demande est manifestement bien fondée soient traités de manière prioritaire. Ils ajoutent que si les Etats tiennent à faire usage de la procédure accélérée dans d'autres hypothèses, ils devraient alors se limiter à celles qui sont clairement abusives (par exemple les requêtes frauduleuses) et manifestement infondées, pour lesquelles il n'existe pas de protection internationale¹⁰¹⁹. Les cas dans lesquels les documents d'identité font défaut ne devraient pas être automatiquement assimilés à des demandes ne nécessitant pas d'examen. Il existe en effet de nombreuses raisons qui peuvent justifier la perte ou l'abandon des papiers d'identité. Le HCR rappelle également que les faits pertinents devraient être établis tant par le demandeur que par l'examineur, qui partagent cette responsabilité¹⁰²⁰.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Le « nouvel » article 23 (qui deviendrait 27 ou 31)¹⁰²¹ apporte une nuance d'importance. Il distingue cette fois clairement les deux notions des (actuels) paragraphes 3 et 4 qui, au vu de leur formulation peu claire, peuvent toutes deux laisser entendre qu'il s'agit de cas de procédure accélérée. Désormais, il y aurait d'une part, la notion de « donner la priorité » à certaines demandes et d'autre part, celle « d'accélérer la procédure » dans certaines situations.

Dans la première hypothèse, il s'agit de « mettre en avant » des demandes qui, parce qu'elles semblent bien fondées ou concernent des personnes ayant des besoins particuliers (d'autres situations sont possibles mais non précisées par le projet), doivent être traitées en priorité.

Dans la seconde hypothèse, des demandes peuvent être traitées de manière accélérée (mais pas forcément en priorité), parce qu'il ne semble pas nécessaire de « s'attarder » outre mesure sur ces cas. Il s'agit notamment des cas où le demandeur n'a soulevé que des questions sans pertinence pour la détermination du statut de réfugié ; provient d'un pays d'origine sûr ; a induit les autorités en erreur (sur son identité par exemple) en fournissant de faux documents ou en cachant des informations ; a détruit de mauvaise foi des pièces d'identité ou des titres de voyage ; ne dépose une demande que pour retarder ou empêcher un renvoi ; ou, dans le cas d'un mineur, si celui-ci dépose une demande après que la demande déposée par ses parents ait été rejetée et qu'aucun fait nouveau ne soit apparu (cette toute dernière condition n'est pas reprise par la proposition de 2011).

Le paragraphe suivant précise encore que si une demande d'asile est infondée au sens de l'art. 28 (parce que donc le demandeur ne remplit pas les critères du statut de réfugié), mais qu'en outre la demande correspond à l'une des situations décrites

¹⁰¹⁹ Ibidem et, sur la question des « demandes manifestement non fondées ou abusives », voir les Conclusions du Comité exécutif du HCR, qui parlent de « traiter avec célérité les demandes considérées si manifestement non fondées qu'elles ne méritent pas un examen approfondi à chaque stade de la procédure », HCR, *Conclusions du Comité*, let. d, voir également CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 (2005)*, par 8.1.3.

¹⁰²⁰ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 33.

¹⁰²¹ Selon la proposition 2009 ou 2011, COM(2009) 554 final, p. 51-54 et COM(2011) 319 final, p. 52-55.

ci-dessus de procédure accélérée, alors l'Etat peut rejeter la demande et la déclarer « manifestement infondée » après avoir, cependant, procédé à « un examen approprié et exhaustif ». Il est difficile de comprendre exactement ce qu'implique le fait de déclarer une demande « manifestement infondée » (et pas simplement infondée)¹⁰²² et il est aussi peu aisé d'imaginer à quoi correspond un « examen approprié et exhaustif » dans le cadre d'une procédure accélérée. Ce paragraphe n'est toutefois pas retenu dans le cadre de la proposition 2011.

Le nouvel article (à son par. 9, respectivement 8 pour la « version 2011 ») apporterait une autre modification notable : il précise qu'une demande présentée après une entrée irrégulière sur le territoire ou à la frontière (y compris dans les zones de transit), ainsi que l'absence de papiers ou l'utilisation de documents falsifiés n'entraîne pas en soi le recours automatique à une procédure d'examen accélérée. Ce paragraphe est le bienvenu, puisqu'il rappelle que les demandeurs se trouvant dans ces situations ne sont « coupables » de rien et ne doivent ainsi pas être pénalisés pour un acte dont ils ne sont pas responsables. Petit bémol tout de même à cette disposition, le fait qu'elle s'applique aussi à l'utilisation de documents falsifiés n'est pas tout à fait cohérent, d'une part, sur le fond même de la question et d'autre part, parce que cette hypothèse est explicitement introduite dans les cas pouvant mener à une procédure accélérée (voir juste ci-dessus), ce qui introduit donc une certaine contradiction à la logique de la disposition.

Enfin, le projet n'apporterait pas de précision concrète quant au délai dans lequel devraient être traitées les procédures accélérées. Il enjoint uniquement les Etats à fixer des « délais raisonnables », ce qui ne contribue de loin pas à une meilleure harmonisation des procédures au niveau européen.

3.4.2. Le concept de « premier pays d'asile »

Comme on le verra encore ci-dessous (ch. 3.4.5.2), l'une des hypothèses dans lesquelles une demande peut être déclarée irrecevable aux termes de l'article 25 (par. 2, let. b) de la directive est celle de l'existence d'un Etat non membre considéré comme premier pays d'asile du demandeur.

Cette hypothèse est précisée par l'article 26 de la directive qui prévoit qu'un pays peut être considéré comme le premier pays d'asile si le demandeur s'est soit vu reconnaître la qualité de réfugié dans ce pays (et peut encore se prévaloir de cette protection), soit s'il bénéficie, à un autre titre, d'une « protection suffisante » dans ce pays, y compris du bénéfice du principe de non-refoulement et à condition toutefois que le demandeur soit réadmis dans ce pays.

Cette notion de protection suffisante n'est pas définie par le droit international et ne semble dès lors pas présenter de garantie satisfaisante. Le droit international parle en général de « protection effective ». Ce concept a notamment été défini en 2003 dans une communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen qui dispose « qu'une protection peut être considérée comme "effective" dès lors que les conditions suivantes au moins sont

¹⁰²² Voir ci-dessous, le ch. III.3.4.5 pour une discussion de ce point.

réunies : sécurité physique, garantie contre le refoulement, accès aux procédures d'asile du HCR ou aux procédures nationales avec des garanties suffisantes lorsque cela est indispensable à un accès à une protection effective ou à des solutions durables, et bien-être social et économique supposant, au moins, l'accès aux soins de santé primaires, à l'enseignement primaire et au marché du travail ou à des moyens de subsistance suffisants pour assurer un niveau de vie digne »¹⁰²³.

Le HCR ajoute que la protection effective doit être disponible en pratique et qu'à cette fin, il est important de prendre en compte les Etats qui doivent accueillir un nombre important de réfugiés. Le HCR précise encore que « les pays dans lesquels [il] procède à la détermination du statut de réfugié en vertu de son mandat ne devraient en principe pas être considérés comme des premiers pays d'asile »¹⁰²⁴, parce que ces Etats n'ont en général pas la capacité de déterminer le statut ni d'assurer une protection effective.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Le concept de premier pays d'asile ne serait pas modifié par la proposition de 2009, mais celle de 2011 rajoute que « [l]e demandeur est autorisé à contester l'application du concept de premier pays d'asile à sa situation personnelle »¹⁰²⁵.

3.4.3. Le concept de « pays tiers sûr »

Une autre hypothèse dans laquelle une demande peut être déclarée irrecevable aux termes de l'article 25 (par. 2, let. b)¹⁰²⁶ de la directive est celle dans laquelle un Etat non membre peut être considéré comme « pays tiers sûr » pour le demandeur.

Cette hypothèse est précisée par l'article 27 de la directive qui définit le concept de pays tiers sûr selon quatre critères (par. 1), mentionne les règles du droit national auxquelles l'application de la notion de pays tiers sûr est subordonnée (par. 2) et indique la procédure prévue dans le cadre de l'exécution d'une décision fondée sur ce concept (par. 3) et celle dans le cas où l'Etat tiers ne permet pas au demandeur d'entrer sur son territoire (par. 4). Enfin, les États membres doivent informer régulièrement la Commission des pays tiers auxquels cette notion est appliquée (par. 5).

¹⁰²³ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Vers des régimes d'asile plus accessibles*, COM(2003) 315 final, p. 6-7.

¹⁰²⁴ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 39.

¹⁰²⁵ COM(2009) 554 final, p. 56-57 et COM(2011) 319 final, p. 58.

¹⁰²⁶ Voir toutefois ci-dessous le ch. III.3.4.5 *in fine*, sur la confusion régnant à ce sujet. L'art. 23 par. 4, let. c, ch ii prévoit en effet que la demande d'asile est considérée, dans le cas d'un pays tiers sûr, comme infondée. L'art. 27 par. 3, let. b semble cependant parler lui aussi, comme l'art. 25, en faveur de l'hypothèse de l'irrecevabilité (« [...] que la demande n'a pas été examinée quant au fond »).

Tant le HCR que l'ECRE s'opposent d'une manière générale à cette notion de pays tiers sûrs qui se base actuellement sur une décision unilatérale. C'est en effet un Etat membre qui désigne, de manière unilatérale, un Etat tiers comme responsable de l'examen de la demande d'asile. Cette méthode se trouve en contradiction avec la protection internationale des réfugiés qui, par définition, doit se fonder avant tout sur la coopération internationale. En outre, le règlement de Dublin II, qui établit les critères de détermination de l'Etat responsable, s'applique au sein de l'Union européenne ainsi qu'à d'autres Etats avec qui un accord a été conclu. C'est le cas notamment de la Suisse. Ainsi, le concept de pays tiers sûr ne sera pas non plus appliqué à ces Etats inclus dans la « zone Dublin » et le HCR estime qu'« au-delà de ces frontières, aucun des pays qui se trouvent désormais à la périphérie de l'Union ne pourrait légitimement être considéré comme sûr »¹⁰²⁷.

Les quatre critères établis au paragraphe 1 pour déterminer si un Etat tiers est sûr sont les suivants :

- les demandeurs d'asile n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques (let. a) ;
- le principe de non-refoulement est respecté conformément à la convention de Genève (let. b) ;
- l'interdiction de prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, y est respectée (let. c) ; et
- la possibilité existe de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié et, si ce statut est accordé, de bénéficier d'une protection conformément à la convention de Genève (let. d).

L'ECRE estime que ces critères sont inadéquats en ce qu'ils ne constituent que des conditions minimales. Il aurait souhaité que la ratification ainsi que la mise en œuvre effective de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 soient des exigences explicites, soulignant ainsi la nécessité de tenir compte de la capacité réelle des Etats tiers à (ré)admettre des requérants, traiter leur demande et leur octroyer une protection. En outre, si le concept de l'Etat tiers sûr devait être utilisé, il devrait en tous les cas y avoir un examen individuel comprenant des garanties minimales¹⁰²⁸. Le HCR ajoute que les législations nationales devraient prévoir des exceptions à l'application du principe de l'Etat tiers sûr dans les cas où celui-ci n'aurait soit pas la capacité, soit pas la volonté de garantir une telle protection¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 39.

¹⁰²⁸ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 23-24.

¹⁰²⁹ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 40.

D'une manière générale le HCR propose de retenir les critères suivants pour définir un Etat tiers sûr¹⁰³⁰ :

- une protection contre le refoulement doit être assurée au demandeur, ainsi qu'un traitement conforme aux normes admises au plan international (notamment la Convention de 1951). Ainsi, l'Etat tiers devrait être « sûr » pour le demandeur en question et la « sécurité » devrait être établie selon la pratique du pays et pas uniquement en fonction des obligations formelles auxquelles celui-ci a souscrit ;
- une relation véritable ou des liens étroits doivent exister entre le demandeur et le pays tiers. Ce lien doit être plus fort que celui que le demandeur a avec l'Etat dans lequel il demande l'asile. Le demandeur d'asile doit avoir transité par l'Etat concerné, bien qu'un simple transit ne constitue pas en soi une relation ou un lien étroit. Les intentions du demandeur devraient, dans la mesure du possible, être prises en compte ;
- un accord express doit être fourni par le pays tiers, admettant ainsi le demandeur sur son territoire et s'engageant à examiner le bien-fondé de la demande d'asile dans le cadre d'une procédure équitable. Une solution durable doit aussi être accordée aux personnes reconnues comme ayant besoin d'une protection internationale ;
- des exceptions, notamment pour les enfants séparés et les autres personnes vulnérables, devraient être possibles.

Le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés considère quant à lui que si le concept de l'Etat tiers sûr devait être utilisé, il devrait en tous les cas y avoir un examen individuel comprenant des garanties minimales et des critères devraient être clairement définis et comprendre les standards minimaux suivants¹⁰³¹ :

- une ratification (sans limitation géographique) et une mise en œuvre de la Convention de Genève de 1951 et des autres traités internationaux des droits de l'homme ;
- l'existence d'une procédure d'asile tendant à la reconnaissance du statut de réfugié ;
- le consentement explicite de l'Etat tiers pour (ré)admettre le demandeur d'asile et pour lui fournir un accès total à une procédure de détermination équitable et juste avant qu'un transfert n'ait lieu ;
- un lien étroit entre le demandeur et l'Etat tiers, par exemple un lien familial, un simple transit à travers un pays ne constituant pas un lien significatif ;
- la réfutation possible de la présomption de sécurité et un recours effectif contre toute décision d'envoyer le demandeur vers un Etat tiers.

¹⁰³⁰ Idem, p. 39-40.

¹⁰³¹ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 25.

Enfin, pour l'ECRE, la lettre d, combinée à la lettre c de cet article 27, devrait être interprétée par les Etats membres de telle sorte qu'un transfert dans un Etat tiers ne soit pas possible sans qu'un accès individuel à une procédure d'asile et à une procédure de protection subsidiaire ne soit garanti au demandeur¹⁰³².

L'article 27 par. 2 traite des règles fixées dans le droit national et mentionne, à la lettre a, le « lien de connexion » qui doit exister entre le demandeur d'asile et le pays tiers concerné. Ce lien doit être défini par le droit national¹⁰³³, mais devrait en tous les cas, selon le HCR et l'ECRE, représenter plus que le simple transit qui résulte souvent de circonstances fortuites. Des liens particuliers sont nécessaires. Le HCR mentionne par exemple les liens familiaux, un séjour antérieur pour des visites ou des études ou des liens linguistiques ou culturels avec le pays tiers. Par ailleurs, la motivation du requérant de déposer sa demande dans un Etat particulier devrait être prise en compte dans la mesure du possible¹⁰³⁴.

La lettre b, relative aux méthodes que doivent appliquer les autorités, prévoit qu'il y ait un examen au cas par cas de la sécurité du pays tiers pour un demandeur particulier et/ou la désignation par l'Etat membre des pays considérés comme étant généralement sûrs. La rédaction de cette disposition laisse entendre que l'Etat est libre de privilégier la désignation générale des Etats sûrs ou l'examen particulier, ou de faire les deux. En tous les cas, le fait qu'il puisse choisir la première solution, c'est-à-dire préférer la désignation générale des Etats sûrs à l'examen individuel, laisse craindre des risques importants. D'une part, cette désignation consacrerait une présomption (difficilement) réfutable de la sécurité dudit pays, et d'autre part, dans le cas où l'Etat n'examinerait pas la demande de manière individuelle, le risque de refoulement en chaîne serait alors important.

Toutefois, la lettre c de ce paragraphe relativise quelque peu la portée de la lettre précédente, puisqu'elle réintroduit un examen individuel de certains aspects de la sécurité du pays et permet ainsi au demandeur de réfuter la présomption de « sécurité » du pays en question dans son cas personnel et notamment d'indiquer qu'il encourrait la torture, des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette disposition est cependant jugée insuffisante par le HCR qui estime que d'autres risques que ceux mentionnés par cet article devraient être pris en compte, « en particulier la crainte de persécution pour des motifs liés à la Convention de 1951 »¹⁰³⁵.

Le paragraphe 3 traite de la procédure à suivre en cas de décision prise sur la base de ce concept et prévoit que le demandeur doit en être informé et qu'un document indiquant aux

¹⁰³² Ibidem.

¹⁰³³ Voir aussi le paragraphe 23 du préambule de la directive.

¹⁰³⁴ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 41.

¹⁰³⁵ Idem, p. 42.

autorités de l'Etat tiers que sa demande n'a pas été traitée au fond doit lui être fourni. Le HCR estime que cette disposition « limite le risque que les demandeurs éloignés vers un pays tiers sûr soient immédiatement renvoyés plus loin, sans avoir la possibilité effective de solliciter l'asile »¹⁰³⁶, mais cela ne constitue toutefois pas une garantie que la demande sera examinée au fond par l'Etat tiers.

Enfin, le quatrième paragraphe garantit au demandeur qui s'est vu refuser l'accès au territoire de l'Etat tiers une procédure conforme aux principes de base et garanties fondamentales du chapitre II. Cette procédure devra donc avoir lieu dans l'Etat membre. L'ECRE regrette toutefois que seule une référence soit faite à l'accès au « territoire » de l'Etat tiers et pas à l'accès à la procédure d'asile. En effet, rien ne garantit qu'une fois sur le territoire, une procédure d'asile juste et équitable soit octroyée au demandeur¹⁰³⁷. Plus généralement, l'ECRE et le HCR rappellent que le consentement explicite de l'Etat tiers est indispensable à la (ré)admission de requérants sur son territoire.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de révision apporterait des modifications sur trois points¹⁰³⁸.

Premièrement, un nouveau motif d'application du concept serait introduit lorsqu'il n'existe aucun risque d'atteintes graves au sens de la directive qualification.

Deuxièmement, le « lien de connexion » entre le demandeur et le pays tiers sûr ne deviendrait plus qu'un « lien » qui, par le paragraphe 31 du préambule, tel qu'il serait modifié, serait qualifié de « suffisant ». Bien que la formulation ne soit pas beaucoup plus explicite que dans la version actuelle, on peut espérer que le simple transit ne soit pas considéré comme « suffisant »¹⁰³⁹.

Enfin et troisièmement, le demandeur pourrait – dans les cas où un examen individuel est prévu afin de déterminer si l'Etat est sûr pour lui – contester l'application de cette notion à son cas. Il pourrait aussi contester l'existence-même d'un lien entre lui et ce pays tiers.

3.4.4. Le concept de « pays d'origine sûr »

3.4.4.1. *La notion*

Comme le prévoit l'art. 23 par. 4, let. c, ch. i de la directive, la procédure accélérée peut s'appliquer « lorsque [...] la demande d'asile est considérée comme infondée [...] parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sûr », les articles 29 à 31 précisant ce concept. En d'autres termes, ainsi que le précise l'art. 31 par. 2, les Etats membres peuvent considérer

¹⁰³⁶ Idem, p. 42.

¹⁰³⁷ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 25.

¹⁰³⁸ COM(2009) 554 final, p. 57-58 et COM(2011) 319 final, p. 63-65.

¹⁰³⁹ Cette formulation n'a toutefois pas été reprise par la proposition 2011. COM(2011) 319 final, p. 64.

comme infondée la demande d'asile déposée par une personne issue d'un pays d'origine qualifié de sûr.

3.4.4.2. La désignation des pays d'origine sûrs : la liste commune (art. 29 de la dir. 2005/85/CE)

L'article 29 traite de la manière dont une liste commune minimale de pays tiers que les États membres considèrent comme des pays d'origine sûrs (conformément à l'annexe II) peut être adoptée ou modifiée. Il est prévu que ce soit le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, qui puisse en décider. Le paragraphe 3 prévoit que la Commission s'appuie sur ses informations, celles des États membres et, au besoin, sur celles provenant du HCR, du Conseil de l'Europe ou d'autres organisations internationales compétentes.

Alors que le Conseil n'avait pas encore adopté une telle liste d'États sûrs, le Parlement européen a introduit, le 8 mars 2006, un recours¹⁰⁴⁰ contre le Conseil de l'UE, demandant l'annulation des paragraphes 1 et 2 de cet article (ainsi que du troisième paragraphe de l'art. 36) et subsidiairement, l'annulation de la directive dans son ensemble¹⁰⁴¹. La Cour de Justice des Communautés européennes s'est prononcée le 6 mai 2008 et a décidé d'annuler les art. 29 par. 1 et 2 ainsi que l'art. 36 par. 3 de la directive¹⁰⁴². De ce fait, pour qu'une liste commune des États considérés comme « d'origine sûrs » puisse voir le jour, le Conseil devra respecter les procédures prévues par le traité.

Si elle existe un jour, ou lorsqu'elle existera, cette liste minimale des États d'origine sûrs sera imposée aux États membres par le renvoi de l'art. 31 par. 2 qui dispose que les États membres doivent considérer la demande d'asile comme infondée lorsque le pays tiers est désigné comme sûr en vertu de l'article 29. Cette obligation s'adresse donc également aux États qui, jusqu'à présent, ne connaissaient pas le principe de l'État d'origine sûr, ou n'en faisaient pas usage, et elle implique que certains États devront appliquer des standards minimaux inférieurs à leur norme initiale.

¹⁰⁴⁰ Affaire C-133/06, JO C 108/19, du 6 mai 2006, p. 12.

¹⁰⁴¹ Le Parlement a fondé son recours sur quatre moyens (la violation du traité CE, l'incompétence du Conseil à établir les dispositions en question, la violation d'une forme substantielle et plus précisément le manque de motivation des dispositions attaquées et le non-respect de l'obligation de coopération loyale) et a en particulier estimé qu'en « se réservant l'adoption et la modification de la liste commune minimale de pays considérés comme pays d'origine sûrs et de la liste de pays tiers européens sûrs par la procédure de consultation, le Conseil a violé le premier tiret du paragraphe 5 de l'article 67 CE prévoyant le passage à la procédure de codécision ». JO C 108/19, du 6 mai 2006, p. 12.

¹⁰⁴² Elle a jugé « que le Conseil, en insérant dans la directive 2005/85 les bases juridiques dérivées constituées par les dispositions attaquées, a violé l'art. 67 CE, excédant ainsi les compétences qui lui sont conférées par le traité ». Arrêt CJCE (Grande chambre) *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 6 mai 2008, affaire C-133/06, par. 61.

Ce « nivellement par le bas » est un affaiblissement de la protection internationale des réfugiés et va à l'encontre du principe même d'une directive ayant pour but d'instaurer des normes « minimales ». En ce sens, le paragraphe 7 du préambule rappelle d'ailleurs « qu'il est dans la nature même des normes minimales que les États membres devraient pouvoir prévoir ou maintenir des conditions plus favorables [...] ». En outre, l'ECRE estime que la directive ne devrait jamais être interprétée de manière à empêcher les États membres d'appliquer des normes plus favorables. C'est pourquoi cette disposition doit être interprétée en ce sens que les États ont tout de même la possibilité d'accorder une protection plus favorable aux requérants, mais uniquement au sein de leur propre État et pas au détriment d'un autre État européen. L'État qui prend cette décision doit ensuite l'assumer et prendre le demandeur en charge¹⁰⁴³. En outre, la Résolution 1471 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁰⁴⁴ invite les États membres à prendre garde, lors de l'adoption de cette liste, « de ne pas affaiblir les normes de protection des demandeurs d'asile venant des pays concernés et de ne pas remettre en cause le principe de la protection des réfugiés qui est fondé sur la situation individuelle du demandeur d'asile plutôt que sur une analyse générale et une évaluation du pays »¹⁰⁴⁵.

L'annexe II, mentionnée par les art. 29 par. 1 et 30 par. 1, traite des critères déterminants pour la désignation des pays d'origine sûrs. Ainsi, « un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que,

¹⁰⁴³ Admettons par exemple qu'un ressortissant originaire du Mali (pays d'origine qui serait considéré de manière hypothétique comme sûr et inscrit sur la liste encore non existante de l'art. 29) demande l'asile à la France. Celle-ci pourrait malgré tout décider de considérer le Mali comme n'étant pas sûr, mais ne pourrait toutefois pas, pour cette raison, renvoyer le requérant dans un État tiers responsable en vertu de Dublin (l'Italie par exemple). La France n'aurait à mon avis que deux possibilités : soit admettre que le Mali est un État d'origine sûr en vertu de la liste et renvoyer le demandeur dans cet État, soit refuser de considérer cet État comme sûr et examiner elle-même la demande d'asile ainsi que, le cas échéant, octroyer la protection nécessaire.

¹⁰⁴⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 (2005)*, par. 8.2.3.

¹⁰⁴⁵ Avant d'être supprimé par la décision de la Cour de justice, l'art. 29 par 1 et 2 posait déjà problème quant à la marche à suivre pour l'adoption, mais surtout pour la modification (par l'ajout ou le retrait d'un pays tiers) de la liste. Le processus prévu était passablement lent et présentait ainsi des risques pour les réfugiés, notamment au vu des changements très rapides qui peuvent avoir lieu au niveau des droits humains ou de la situation humanitaire. En effet, la disposition prévoyait que lorsqu'un État ferait une demande de retrait d'un pays tiers de la liste commune minimale, l'obligation imposée de reconnaître l'État tiers comme sûr par l'art. 31 par. 2 serait suspendue à partir du jour suivant la notification adressée au Conseil. Cette obligation n'était toutefois suspendue que pour l'État membre qui en avait fait la demande, les autres États continuant à considérer le pays tiers comme sûr tant et aussi longtemps que le Conseil n'aurait pas modifié la liste en ce sens. Cette suspension devait être valable pour trois mois, à moins que dans l'intervalle la Commission n'adresse une proposition d'amendement de la liste au Conseil. Le Conseil devait ensuite statuer à la majorité qualifiée. Pendant toute cette période « procédurale », le risque de refoulement aurait été important pour les requérants ayant déposé leur demande dans un autre État membre que celui qui a exigé le retrait du pays tiers de la liste.

d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2004/83/CE, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne »¹⁰⁴⁶.

L'ECRE considère que cette définition présente un défaut fondamental inhérent à la notion de pays d'origine sûr. Il juge en effet que les termes « d'une manière générale et uniformément » n'ont pas leur place dans le droit des réfugiés qui, par définition, s'occupe des besoins de protection des individus et rappelle que, dans tous les cas, il devrait y avoir un examen des circonstances individuelles d'une demande¹⁰⁴⁷.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

L'art. 29 serait simplement supprimé par le projet de modification et seules des listes nationales d'Etats d'origine sûrs devraient exister. Cependant ces listes nationales devraient se fonder sur des normes matérielles communes¹⁰⁴⁸.

3.4.4.3. *La désignation des pays d'origine sûrs par les Etats membres (listes nationales, art. 30 de la dir. 2005/85/CE)*

L'article 30 par. 1 prévoit que les Etats membres peuvent, au niveau national, désigner d'autres pays d'origine sûrs que ceux de la liste minimale initialement prévue à l'art. 29 pour autant que les conditions de l'annexe II soient respectées¹⁰⁴⁹. Les Etats membres peuvent

¹⁰⁴⁶ Pour évaluer si un Etat tiers remplit les critères requis, l'Annexe II mentionne une liste non exhaustive d'indices :

« Pour réaliser cette évaluation, il est tenu compte, entre autres, de la mesure dans laquelle le pays offre une protection contre la persécution et les mauvais traitements, grâce aux éléments suivants :

a) les dispositions législatives et réglementaires adoptées en la matière et la manière dont elles sont appliquées ;
b) la manière dont sont respectés les droits et libertés définis dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et/ou dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques et/ou la convention contre la torture, en particulier les droits pour lesquels aucune dérogation ne peut être autorisée conformément à l'article 15, paragraphe 2, de ladite convention européenne ;
c) la manière dont est respecté le principe de non-refoulement au sens de la convention de Genève ;
d) le fait qu'il dispose d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits et libertés ».

¹⁰⁴⁷ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 27.

¹⁰⁴⁸ COM(2009) 554 final, p. 8 et 59 et COM(2011) 319 final, p. 60.

¹⁰⁴⁹ A titre d'exemple, la France compte, depuis décembre 2011, vingt Etats sur sa liste de pays d'origine sûrs. Il s'agit des pays suivants : Albanie, Arménie, Bangladesh, Bénin, Bosnie-Herzégovine, Cap-Vert, Croatie, Ghana, Ile Maurice, Inde, Kosovo, Macédoine, Mali (pour les personnes de sexe masculin), Moldavie, Mongolie, Monténégro, Sénégal, Serbie, Tanzanie et Ukraine. L'Albanie, le Kosovo, puis l'Arménie, le Bangladesh, le Monténégro et la Moldavie sont les derniers Etats à y avoir été inscrits en 2011. Dans la mesure où « le Bangladesh est le premier pays d'origine des demandeurs d'asile en 2011, le Kosovo l'était en 2010, et la demande arménienne a doublé cette année, [l'ONG Forum réfugiés] estime que cette] notion est ainsi clairement utilisée comme outil de régulation des flux migratoires ».

aussi désigner comme sûre une portion du territoire d'un pays, à condition, à nouveau, que cette partie du territoire remplisse les exigences de l'annexe II.

En dérogation au premier paragraphe, le paragraphe 2 prévoit que les Etats membres peuvent également maintenir les dispositions législatives qui étaient en vigueur le 1^{er} décembre 2005 et qui leur permettent de désigner comme pays d'origine sûrs, au niveau national, des pays tiers autres que ceux qui figureraient sur la liste commune minimale. Ces listes nationales « maintenues » peuvent donc déroger aux critères prescrits par l'annexe II, mais les Etats membres doivent cependant s'assurer que les personnes dans les pays tiers concernés ne sont généralement soumises ni à des persécutions au sens de l'art. 9 de la directive 2004/83/CE (remplacée désormais par la directive 2011/95/UE), ni à la torture ou à des traitements ou des peines inhumains ou dégradants. En outre, et si les mêmes conditions sont remplies, les Etats membres peuvent également maintenir les dispositions législatives qui leur permettent de désigner comme « sûrs » une portion du territoire d'un pays, ou un pays (ou une portion du territoire d'un pays) pour un groupe particulier de personnes dans ce pays (par. 3).

Dans leur détermination, les Etats membres doivent en outre tenir compte de la situation sur le plan juridique, de l'application de la législation et de la situation politique générale dans le pays tiers concerné (par. 4). Ainsi que le prévoit l'art. 29 par. 3, les Etats se fondent sur un éventail de sources d'information, notamment des autres Etats membres, du HCR, du Conseil de l'Europe ainsi que d'autres organisations internationales compétentes (par. 5). Enfin, les Etats membres sont tenus de notifier à la Commission les Etats qu'ils désignent comme pays d'origine sûrs (par. 6).

Le fait que chaque Etat soit libre d'adopter des listes qui lui sont propres soulève le problème, qui revient à plusieurs reprises dans cette directive, de savoir si de telles normes ne remettent pas en question l'objectif même de l'harmonisation¹⁰⁵⁰ et d'une procédure d'asile commune défini en 1999 déjà lors du Sommet de Tampere.

Le HCR et l'ECRE regrettent la possibilité qui est donnée aux Etats membres de désigner comme sûre une portion du territoire ou une portion du territoire d'un pays pour un groupe particulier de personnes dans ce pays. Si seule une partie du territoire est sûre, le pays dans son ensemble ne devrait pas être désigné comme tel. En outre, le fait qu'une fraction du territoire soit sûre ne signifie pas encore qu'il existe une volonté ou une capacité d'offrir, dans ce pays, une protection adéquate au demandeur. Cette hypothèse devrait être vérifiée avec d'autant plus de sérieux que les possibilités de refuges internes sont complexes et elle ne

FORUM RÉFUGIÉS, Communiqué de presse, 9 décembre 2011. A titre de comparaison, voir la liste des pays sûrs pour la Suisse au ch. 2.5.3.2 ci-dessus.

¹⁰⁵⁰ Dans ce sens, voir JOHN-HOPKINS qui expose notamment la pratique du Royaume-Uni dans ce domaine. JOHN-HOPKINS, p. 231 ss.

devrait ainsi jamais être traitée dans le cadre d'une procédure accélérée¹⁰⁵¹. Au surplus, cette disposition ne respecte pas le principe général de non-discrimination, puisqu'un demandeur pourrait se voir appliquer un traitement différent en fonction du groupe (ethnique par exemple) auquel il appartiendrait¹⁰⁵².

Il convient cependant de préciser que l'art. 8 de la directive 2011/95/UE¹⁰⁵³ prévoit qu'au moment d'évaluer une demande d'asile, l'Etat membre concerné peut décider que le demandeur n'a pas besoin de protection parce que, dans une partie de son Etat d'origine, il n'a pas de « crainte fondée d'être persécuté ou ne risque pas réellement de subir des atteintes graves ; ou il a accès à une protection contre les persécutions ou les atteintes graves [...], et [...] il peut, en toute sécurité et en toute légalité, effectuer le voyage vers cette partie du pays et obtenir l'autorisation d'y pénétrer et [...] l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'y établisse ». L'article précise encore que lors de l'examen de la demande, l'Etat devra tenir compte de la situation générale dans cette partie du pays, mais aussi de la situation personnelle du demandeur. Pour ce faire, les Etats membres doivent veiller « à obtenir des informations précises et actualisées auprès de sources pertinentes, telles que le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés et le Bureau européen d'appui en matière d'asile ». En outre, il semble indispensable qu'un entretien ait lieu avec le demandeur et que la procédure ne soit pas accélérée.

Enfin, le paragraphe 2 de l'art. 30 de la directive 2005/85/CE, qui permet aux Etats de déroger aux prescriptions de l'annexe II s'ils s'assurent que les personnes dans les pays tiers ne sont « généralement pas soumises » à des persécutions, tortures ou autres traitements ou peines inhumains ou dégradants, est doublement regrettable. D'une part, sa formulation vague laisse la porte ouverte à des interprétations dangereuses et d'autre part, comme déjà mentionné au sujet de l'annexe II, ces formulations génériques ne sont pas adaptées au droit des réfugiés qui doit tenir compte du besoin de protection individuelle.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Avec les propositions de modification, les États membres pourraient toujours « maintenir ou adopter des dispositions législatives qui leur permettent, conformément à l'annexe II, de désigner des pays d'origine sûrs, au niveau national ». En revanche, toutes les autres possibilités de désigner des portions de territoire sûres ou des groupes de personnes pour lesquelles il n'y aurait pas de risque dans certaines régions sont heureusement supprimées.

¹⁰⁵¹ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 45 et EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 28.

¹⁰⁵² Prenons l'exemple du Kosovo qui pourrait être considéré comme sûr pour les Albanais, mais pas pour les Serbes.

¹⁰⁵³ Directive « qualification » du 13 décembre 2011, JO L 337/9, du 20 décembre 2011.

Une nouvelle disposition imposant aux Etats membres un examen « régulier » (sans autre précision sur la fréquence de cet examen) de la situation dans les pays désignés comme sûrs serait en outre introduite¹⁰⁵⁴.

3.4.4.4. Les conditions d'application du concept de pays d'origine sûr (art. 31 de la dir. 2005/85/CE)

L'article 31 prévoit que le concept de pays d'origine sûrs, défini conformément à l'art. 29 ou à l'art. 30, ne peut être considéré comme tel pour un demandeur d'asile déterminé qu'après un examen individuel de la demande introduite par cette personne et uniquement si le demandeur est ressortissant dudit pays ou, s'il est apatride, s'il s'agit de son ancien pays de résidence habituelle. De plus, il faut que le demandeur d'asile n'ait pas fait valoir de raisons sérieuses permettant de penser qu'il ne s'agit pas d'un pays d'origine sûr en raison de sa situation personnelle (par. 1).

Lorsque le pays tiers est considéré comme sûr, conformément à l'art. 31 par. 1 et à l'art. 29, la demande est alors infondée (par. 2).

Cet article, comme l'article 27 par. 2, let. c (relatif au pays tiers sûr), mentionne de manière formelle le fardeau de la preuve. Il reprend l'idée introduite et développée au paragraphe 21 du préambule. Ce paragraphe s'insère d'ailleurs juste après deux autres (17 et 19) traitant chacun de la présomption (réfutable) de la sécurité des pays tiers désignés comme « sûrs » par les Etats membres. Au vu de l'art. 31, la charge de la preuve semble reposer uniquement sur le demandeur qui doit, dans le cadre d'une procédure accélérée¹⁰⁵⁵, réussir à convaincre et à apporter des « raisons sérieuses » qui permettront de penser que le pays tiers n'est pas sûr « dans son cas particulier ». Le HCR souligne que « chaque demandeur devrait se voir accorder une possibilité effective de réfuter cette présomption, sans alourdir la charge de la preuve qui repose sur lui »¹⁰⁵⁶ et rappelle que « la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents devrait être considérée comme une responsabilité commune au demandeur et à l'examineur »¹⁰⁵⁷. Il n'est pas inutile de rajouter que l'art. 12 de la directive prévoit en outre que l'entretien personnel peut ne pas avoir lieu si l'autorité responsable de la détermination considère la demande comme infondée, sur la base d'un examen exhaustif des informations fournies par le demandeur. Dans de telles circonstances, il est encore plus ardu pour le requérant de pouvoir apporter la preuve que le pays en question n'est pas sûr pour lui.

¹⁰⁵⁴ COM(2009) 554 final, p. 60 et COM(2011) 319 final, p. 62-63.

¹⁰⁵⁵ La procédure accélérée dans ce cas est prévue par l'art. 23 par. 4, let. c, de la directive.

¹⁰⁵⁶ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 47.

¹⁰⁵⁷ Idem, p. 33.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de modification supprimerait la mention actuelle qui veut que les demandes présentées par une personne provenant d'un Etat d'origine sûr soient considérées comme infondées¹⁰⁵⁸. Cette modification serait la bienvenue : ces demandes pourraient être traitées dans le cadre d'une procédure accélérée, mais il ne serait pas préjugé de l'issue de la procédure.

3.4.5. Le contenu et les effets de la procédure accélérée

3.4.5.1. *Remarques liminaires*

Pour ce qui est de la procédure accélérée et, surtout, de ses effets, la directive n'est pas des plus claire.

Tout d'abord, elle ne définit ou ne précise pas en quoi consiste concrètement la procédure « accélérée », ni en quoi celle-ci se distingue de la procédure ordinaire. Logiquement et sémantiquement, il résulte de l'expression même que la procédure « accélérée » devrait se caractériser par le fait qu'elle est censée se dérouler dans des délais plus courts que la procédure ordinaire. Or, si l'article 23 paragraphe 2 pose le principe d'un délai de six mois pour la procédure ordinaire, la directive ne prévoit aucun délai (plus court) pour la procédure accélérée¹⁰⁵⁹.

Une autre manière de raccourcir la procédure d'asile serait de ne pas garantir un entretien personnel à chaque requérant, mais de l'accorder seulement dans certaines circonstances. Cette manière de procéder permet certes de gagner du temps (et de l'argent), mais elle ne garantit pas le respect du fondement du droit des réfugiés, qui veut que les demandeurs d'asile bénéficient de décisions individuelles. Et, comme indiqué, les Etats peuvent, dans certaines circonstances, décider de ne pas accorder d'entretien personnel. La situation pourra donc varier d'un Etat à l'autre.

Une autre manière encore d'accélérer la procédure serait de ne pas octroyer de droit de recours en cas de décision négative. La directive prévoit à cet égard que les demandeurs d'asile disposent d'un recours effectif contre différentes décisions et notamment celles concernant leur demande d'asile¹⁰⁶⁰. En ce qui concerne l'hypothèse des « décisions

¹⁰⁵⁸ COM(2009) 554 final, p. 61 et COM(2011) 319 final, p. 62.

¹⁰⁵⁹ Comparer à cet égard la résolution de Londres de 1992 sur les demandes d'asile manifestement infondées qui prévoit que les décisions prises sur cette base doivent être rendues aussi vite que possible et, au plus tard, dans un délai d'un mois, ainsi que le droit suisse, *ad* art. 37 LAsi, qui prévoit un délai de trois mois en principe pour la procédure ordinaire et des délais plus courts pour la procédure accélérée, par exemple dix jours pour les décisions de non-entrée en matière.

¹⁰⁶⁰ Voir l'art. 39 de la directive, sur le droit à un recours effectif. Les autres décisions concernées sont : le refus de rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen a été clos en vertu des articles 19 et 20, le refus de poursuivre l'examen de la demande ultérieure en vertu des articles 32 et 34, le refus de

concernant leur demande d'asile », la directive précise ou plutôt ajoute : « y compris : i) les décisions d'irrecevabilité de la demande en application de l'article 25, paragraphe 2 ; ii) les décisions prises à la frontière ou dans les zones de transit d'un État membre en application de l'article 35, paragraphe 1 ; iii) les décisions de ne pas procéder à un examen en application de l'article 36 ». Cette précision soulève cependant la question de savoir s'il doit y avoir un recours effectif pour *toute* décision prise sur une demande d'asile – auquel cas les trois points expressément mentionnés ne sont alors que des exemples parmi d'autres hypothèses – ou si, au contraire, ce sont là les seuls cas dans lesquels un recours effectif doit au moins être garanti au sens de la directive¹⁰⁶¹. Si la clarté de la directive laisse également à désirer sur ce point, son texte doit cependant être interprété à la lumière des – et conformément aux – autres textes internationaux qui garantissent un droit de recours effectif, notamment l'article 13 CEDH, que tous les États membres de l'Union européenne sont tenus de respecter et qui consacre le droit à un recours effectif pour toutes les violations des « droits et libertés reconnus dans la présente Convention » ; or, l'art. 3 CEDH interdisant le refoulement, il doit y avoir une possibilité de recours effectif dès qu'il existe un risque de refoulement, ce qui est potentiellement le cas de toute décision négative sur une demande d'asile¹⁰⁶².

Enfin, et surtout, la directive ne paraît pas claire en ce qui concerne les conséquences de la procédure accélérée. En effet, la notion de procédure accélérée semble couvrir deux hypothèses différentes, à savoir les cas dans lesquels la demande d'asile peut être déclarée irrecevable comme les cas dans lesquels cette demande peut être déclarée infondée ou manifestement infondée. En d'autres termes, le concept de procédure accélérée semble permettre aux États membres soit de déclarer les demandes d'asile en question comme irrecevables, soit de les écarter comme infondées ou manifestement infondées, cela en fonction de la législation nationale. Ni le texte de la directive, ni sa systématique ne sont à cet égard limpides.

l'entrée dans le cadre des procédures prévues à l'article 35 paragraphe 2, et le retrait du statut de réfugié, en application de l'article 38.

¹⁰⁶¹ Voir sur la question du droit à un recours effectif, KIENER, KUHN, p. 385-438.

¹⁰⁶² Voir KIENER, KUHN qui semblent implicitement admettre la même chose, ou du moins ne se posent pas la question : « Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass Asylbewerber gegen die in Art. 39 Abs. 1 Bst. a-e aufgeführten Entscheidungen der Asylbehörden ein wirksamer Rechtsbehelf vor einem Gericht oder Tribunal offen steht. Ein abschlägiger Asylentscheid muss also *zumindest einmal bei einer richterlichen Instanz* angefochten werden können. Ausgehend vom Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz muss das Gericht befugt sein, sowohl Rechts- als auch Sachverhaltsfragen zu prüfen. Die Kommission hatte einen Rechtsweg über drei Instanzen angeregt (Asylbehörde, erste Überprüfungsinstanz, gerichtliche Überprüfung); dieser Vorschlag wurde vom Rat jedoch nicht übernommen ». KIENER, KUHN, p. 404-405.

3.4.5.2. Les demandes irrecevables (art. 25 de la dir. 2005/85/CE)

La section II du chapitre III de la directive contient, à l'article 25, sous l'intitulé « Demandes irrecevables », une liste de cas dans lesquels les demandes peuvent être considérées comme irrecevables par les Etats membres. Cette disposition prévoit notamment les situations suivantes :

- le cas de transfert selon le règlement de Dublin II,
- le cas où un autre Etat membre a déjà octroyé le statut de réfugié ou un statut équivalent,
- le cas où un autre Etat membre est en train d'examiner la demande de protection,
- le cas où le demandeur introduit une demande identique, après une décision finale, ainsi que
- les cas dans lesquels un Etat non membre est considéré, pour le demandeur, comme « premier pays d'asile » ou « pays tiers sûr ».

Comme la lettre a de l'art. 23 par. 4, cet article sur les demandes irrecevables suscite des doutes, puisqu'il intègre à nouveau, dans un article sur la recevabilité, des dispositions relatives à l'examen au fond d'une demande. En effet, le paragraphe 2, let. c de cet article prévoit que la demande peut être considérée comme irrecevable lorsque le statut de réfugié a été accordé par un pays tiers sûr « pour le demandeur » ; or, pour savoir si un Etat est effectivement sûr pour le requérant en question, il faudrait qu'il y ait un examen et une décision sur le fond. Autre preuve de cette confusion, l'article 23 par. 4, let. c, ch. ii prévoit que la demande d'asile soit considérée comme infondée dans le cas d'un pays tiers sûr, alors même que l'article 25 par. 2, let. c fait de cette hypothèse un cas d'irrecevabilité. Cela démontre que la distinction entre demandes irrecevables et demandes infondées n'est pas évidente.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de modification supprimerait deux cas d'irrecevabilité : celui dans lequel un autre Etat membre a garanti au demandeur un statut équivalent à celui de réfugié et celui dans lequel un autre Etat membre est en train d'examiner la protection¹⁰⁶³.

En outre, une disposition spéciale consacrée à l'entretien sur la recevabilité serait introduite. Avant de rendre une décision d'irrecevabilité, les Etats membres devraient donc autoriser le demandeur à « exposer son point de vue concernant l'application des motifs » qui permettent d'aboutir à une telle décision, tout en faisant référence à sa situation particulière. Il y aurait donc un entretien personnel

¹⁰⁶³ COM(2009) 554 final, p. 55-56 et COM(2011) 319 final, p. 56-57.

sur la recevabilité de la demande. La seule dérogation possible serait pour les cas de demande ultérieure. En outre cette nouvelle disposition devrait être sans préjudice de l'art. 5 du règlement de Dublin¹⁰⁶⁴.

Du reste et d'un point de vue formel, ces dispositions relatives à la recevabilité viendraient désormais après l'article consacré aux demandes infondées.

3.4.5.3. *Les demandes infondées (art. 28 de la dir. 2005/85/CE)*

L'article 28, qui ouvre la section III du chapitre III, traite comme l'indique son intitulé des « demandes infondées ». Le paragraphe 1 fixe, comme principe général, qu'une demande est infondée lorsqu'il est établi, par l'autorité responsable de la détermination, que le demandeur ne remplit pas les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE (désormais remplacée par la directive 2011/95/UE).

Le paragraphe 2 précise cependant – ce qui n'enlève rien à la confusion – que les Etats membres peuvent, si tel est prévu par leur législation nationale, considérer comme « manifestement infondée » toute demande d'asile correspondant aux situations énumérées à l'article 23 par. 4, let. a à o, de la directive. Cela signifie donc – si l'on comprend bien la disposition – que tous les cas susceptibles de faire l'objet d'une procédure accélérée peuvent être définis, dans le droit national, comme des cas de demandes manifestement infondées. Ainsi, la directive réintroduit, au stade de l'examen sur le fond, tous les motifs formels conduisant à une procédure accélérée et les considère comme des motifs pertinents pour rejeter la demande au fond.

Le HCR se dit préoccupé par le fait que des motifs purement formels puissent être utilisés pour décider du non-fondement d'une demande, signifiant ainsi implicitement que le demandeur ne requiert pas de protection internationale. Les motifs de la Convention de Genève de 1951 ne semblent donc pas être pris en compte¹⁰⁶⁵.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Sur ce point, la proposition de modification 2009 aurait l'avantage de nettement simplifier la situation, puisque l'art. 28 ne contiendrait que la mention suivante : « Sans préjudice de l'article 23, les États membres ne considèrent une demande de protection internationale comme infondée que si l'autorité responsable de la détermination a établi que le demandeur ne remplit pas les conditions requises pour prétendre à une protection internationale en vertu de la directive [...] [...] qualification] »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ COM(2009) 554 final, p. 56 et COM(2011) 319 final, p. 57. La proposition 2011 prévoit en outre que la personne qui mène l'entretien ne porte pas d'uniforme militaire ou des forces de l'ordre.

¹⁰⁶⁵ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 43.

¹⁰⁶⁶ COM(2009) 554 final, p. 54.

L'article 23 auquel il est fait référence ne vient en revanche pas simplifier les choses, puisqu'il prévoit, dans sa teneur « modifiée », que « [d]ans le cas de demandes infondées, telles que visées à l'article 28, correspondant à l'une quelconque des situations énoncées au paragraphe 6 [situations dans lesquelles il est possible d'accélérer la procédure, voir ci-dessus le ch. 3.4.1], les États membres peuvent, après un examen approprié et exhaustif, rejeter la demande comme étant manifestement infondée »¹⁰⁶⁷. Le maintien de cette mention de « manifestement infondé » n'est pas clair et ne dit en rien s'il diverge ou non du « simplement » infondé et si oui, s'il se rapproche alors de « l'irrecevable ». La proposition 2011 formule la question un tout petit peu différemment, mais maintient ce concept en ajoutant un second paragraphe à l'art. 28¹⁰⁶⁸.

3.4.5.4. *L'interprétation de la directive*

Il n'est donc pas aisé de comprendre le système mis sur pied par la directive. Une manière de lui donner un sens consiste à définir la procédure accélérée comme une procédure plus rapide que la procédure ordinaire, mais dans laquelle, néanmoins, les garanties de procédures « ordinaires » du chapitre II (à l'exception de l'art. 12 par. 2, let. c) sont applicables – ce que dit explicitement la directive¹⁰⁶⁹ – et le bien-fondé ou l'absence de fondement de la demande d'asile doit être examiné – ce que la directive ne dit pas expressément.

En d'autres termes, cela signifie que, comme le prévoit l'art. 28 par. 1 de la directive, les États membres ne peuvent déclarer une demande infondée qu'après avoir examiné la demande d'asile au fond et vérifié l'existence ou l'inexistence de motifs d'asile. Seule exception, la possibilité offerte aux États membres, par l'art. 25, de déclarer la demande irrecevable – c'est-à-dire de ne pas entrer en matière du tout – dans les hypothèses exhaustivement énumérées par cette disposition¹⁰⁷⁰.

Cette interprétation permet effectivement de donner un sens à la directive, mais laisse néanmoins deux questions ouvertes. D'une part, celle de savoir si le paragraphe 2 de l'article 28 n'institue pas, précisément, une « exception » à la règle du premier paragraphe, en permettant aux États, pour autant qu'ils le prévoient dans leur législation, de déclarer « manifestement infondée » toute demande d'asile dans les hypothèses de l'art. 23 par. 4, c'est-à-dire toutes les hypothèses de procédure accélérée. D'autre part, la question, étroitement liée à la précédente, de savoir si, et le cas échéant en quoi, une demande « manifestement infondée » se distingue – ou est très éloignée – d'une demande « irrecevable ». On ne voit guère quelle serait en pratique la différence entre ces deux applications.

¹⁰⁶⁷ Ibidem.

¹⁰⁶⁸ COM(2011) 319 final, p. 56.

¹⁰⁶⁹ Art. 23 par. 3 et 4 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰⁷⁰ Voir pour cette interprétation, EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*, p. 227 s.

Ou, pour exprimer la question autrement, cela revient à se demander ce que signifie, par rapport à l'irrecevabilité, l'expression « manifestement infondée ». Faut-il comprendre par là que les Etats doivent procéder, certes, à un examen de fond, mais à un examen « réduit » ou faut-il comprendre que l'art. 28 par. 2 permet de créer une présomption (réfutable ou non ?) de non-fondement de la demande.

Pour tenter de mieux saisir ce que sous-entend la formule « manifestement infondée », il est possible de se référer aux conclusions du Comité exécutif du HCR de 1983 concernant « le problème des demandes manifestement non fondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile », ainsi qu'à la résolution de Londres de 1992 sur les demandes d'asile manifestement infondées.

Le premier de ces deux textes estime qu'il est possible de traiter plus rapidement les demandes qualifiées de « clairement abusives » ou « manifestement non fondées », c'est-à-dire les « demandes qui sont clairement frauduleuses ou ne se rattachent ni aux critères prévus par la Convention des Nations Unies de 1951 relative au Statut des réfugiés pour l'octroi du statut de réfugié ni à d'autres critères justifiant l'octroi de l'asile ». Le HCR recommande toutefois que le traitement de ces demandes se fasse par un « fonctionnaire pleinement qualifié », que celui-ci ait un « entretien personnel complet » avec le demandeur et qu'en cas de refus, le demandeur ait la « possibilité de faire revoir la décision négative avant d'être rejeté à la frontière ou expulsé du territoire ». Il est cependant encore précisé que cette procédure de recours peut-être « plus simple » que celle appliquée dans les autres cas de rejet¹⁰⁷¹.

Presque dix ans plus tard, la résolution de Londres prévoit que sont « manifestement infondées » les demandes d'asile qui ne remplissent clairement pas les critères définis par la Convention de Genève, soit parce que la crainte d'être persécuté dans son propre pays est dénuée de fondement, soit parce que la demande constitue une fraude délibérée ou est abusive. Concernant la première raison, la résolution mentionne trois hypothèses : premièrement, les raisons de la demande ne font pas partie du champ d'application de la Convention de Genève : le requérant n'invoque pas une crainte de persécution fondée sur son appartenance à une race, une religion, une nationalité, un groupe social ou ses convictions politiques, mais plutôt des motifs économiques par exemple. Deuxièmement, la demande manque de substance : elle ne fournit aucune indication au sujet de la crainte de persécution ou l'histoire du demandeur ne contient pas de détails personnels ou circonstanciés. Enfin et troisièmement, la demande manque manifestement de crédibilité : l'histoire est aberrante, contradictoire ou fondamentalement improbable.

¹⁰⁷¹ Voir sur ce point HCR, *Conclusions du Comité*.

La résolution mentionne en outre un certain nombre de cas dans lesquels la demande constitue une fraude délibérée ou est abusive : fausse identité, destruction ou endommagement volontaire des documents d'identité, manquement délibéré d'annoncer qu'une demande d'asile similaire a été déposée dans un autre Etat, opportunité de présenter plus rapidement la demande, manquement flagrant de remplir les obligations imposées par le droit national ou encore le fait d'avoir déjà obtenu une réponse négative pour la même demande dans un autre Etat sont autant d'éléments évoqués pour illustrer les demandes « abusives »¹⁰⁷². Les hypothèses de demandes « manifestement infondées » mentionnées dans cette résolution sont très proches des celles citées dans la liste concernant la procédure accélérée de la directive 2005/85/CE et se recoupent de cette manière avec le renvoi opéré par l'art. 28 par. 2 de la directive.

La même résolution veut aussi que toutes ces demandes manifestement infondées puissent être traitées dans le cadre d'une procédure accélérée¹⁰⁷³, ce qui implique qu'il n'y ait pas un examen complet à chaque stade de la procédure. Quant à la procédure de recours, elle doit également se dérouler aussi vite que possible et peut être simplifiée par rapport aux autres procédures de rejet. Enfin, la résolution précise tout de même que le demandeur doit se voir donner l'opportunité d'un entretien personnel avec un fonctionnaire qualifié avant qu'une décision finale ne soit rendue¹⁰⁷⁴.

Parallèlement, la résolution indique que les Etats peuvent également utiliser des « procédures de recevabilité » à travers lesquelles la demande peut être rejetée très rapidement sur la base de motifs objectifs¹⁰⁷⁵. Ce dernier complément ne vient en rien clarifier la situation puisqu'il semble réintroduire la possibilité de déclarer de telles demandes « irrecevables », alors que les conditions rappelées ci-dessus conduisaient à les déclarer « infondées » ou « manifestement infondées ».

On retombe ainsi dans le même dilemme que celui que propose la directive 2005/85/CE, laquelle ne définit pas clairement les deux types de décisions – et leurs significations – différentes (demandes « irrecevables » et demandes « manifestement infondées ») auxquelles la procédure « accélérée » permet d'aboutir.

¹⁰⁷² Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum (note 940). Voir en particulier les par. 1, 6 et 9.

¹⁰⁷³ Il en va encore de même lorsque le demandeur peut trouver une protection effective dans une autre partie de son pays. Idem, par. 7.

¹⁰⁷⁴ Idem, par. 2-4.

¹⁰⁷⁵ « Member States may also operate *admissibility procedures* under which applications may be rejected very quickly on objective grounds » (nous soulignons). Resolution on Manifestly Unfounded Applications for Asylum (note 940), par. 2.

La directive ne précise d'ailleurs pas non plus si – et dans quelle mesure – ces deux types de décisions sont susceptibles d'avoir des effets différents sur un éventuel examen futur d'une demande d'asile déposée par le même requérant dans un pays tiers : doit-on admettre, par exemple, que lorsque la demande est déclarée « irrecevable », cela signifie qu'aucun examen au fond de la qualité de réfugié n'a eu lieu, auquel cas un tel examen peut encore et doit avoir lieu dans un autre Etat, ce qui ne serait pas le cas dans l'hypothèse d'une demande qui aurait été déclarée « manifestement infondée » dans le premier Etat (puisque, dans cette hypothèse, un examen au fond, même sommaire, aurait déjà eu lieu) ?

A voir la légèreté avec laquelle la directive utilise – et permet aux Etats membres d'utiliser – ces deux notions ou types de décisions, il n'est pas certain qu'une telle conséquence puisse en être déduite. Toutefois, force est de reconnaître, encore une fois, que la directive est tout sauf claire à ce sujet.

3.5. Les cas de procédure spéciale

3.5.1. Les différents cas et la problématique

Comme nous l'avons vu, l'article 24 prévoit que les Etats membres peuvent opter pour des procédures spéciales qui dérogent aux principes de base et aux garanties fondamentales du chapitre II dans certaines hypothèses, notamment dans les cas des demandes ultérieures (art. 24 par. 1, let. a, et art. 32 à 34), des procédures à la frontière ou en zones de transit (art. 24 par. 1, let. b, et art. 35), ou encore dans le cas des pays tiers européens sûrs (art. 24 par. 2 et art. 36).

L'ECRE et le HCR sont très critiques envers cette possibilité de dérogation. Ils considèrent qu'il ne devrait y avoir qu'une seule procédure pour tous les demandeurs et s'opposent au fait que les garanties appliquées aux personnes qui se trouvent à l'aéroport ou dans une zone de transit ou à celles qui tombent sous le coup de la disposition relative au concept de pays tiers européens sûrs par exemple soient inférieures à celles octroyées aux personnes déposant leur demande sur le territoire même de l'Etat membre¹⁰⁷⁶.

Il faut ajouter que cette disposition instaure un traitement distinct entre les différents demandeurs d'asile alors que le paragraphe 9 du préambule de la directive rappelle le principe de l'interdiction de la discrimination.

L'ECRE estime en outre que sans les garanties fondamentales prévues au chapitre II, les demandeurs n'ont pas l'opportunité de réfuter la présomption du caractère « sûr » de l'Etat, tel qu'appliqué à leur cas particulier. Le HCR soulève encore que « cette approche n'est pas

¹⁰⁷⁶ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 21, HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 36.

propice à l'objectif d'harmonisation des normes procédurales et augmente le risque de refoulement »¹⁰⁷⁷.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

L'article 24 serait supprimé par le projet de modification¹⁰⁷⁸. Une procédure spéciale ne devrait donc plus exister du tout (selon la proposition 2011), ou uniquement dans le cas des demandes ultérieures (au sens de la proposition 2008). Dans les deux cas, cela devrait amener une meilleure harmonisation des procédures et plus de sécurité juridique pour les requérants.

3.5.2. Le cas des « demandes ultérieures »

3.5.2.1. *Le traitement des demandes ultérieures : l'examen préliminaire (art. 32 de la dir. 2005/85/CE)*

Le paragraphe 1 de l'article 32 prévoit que si une personne fait de nouvelles déclarations ou présente une demande ultérieure, l'Etat membre les examinera (dans le cadre de l'examen de la demande antérieure ou de l'examen de la décision faisant l'objet d'un recours juridictionnel ou administratif). Cela dit, l'Etat membre peut appliquer une procédure spéciale dans deux cas précis¹⁰⁷⁹ : premièrement si la demande ultérieure est déposée après le retrait de la demande antérieure ou la renonciation à celle-ci en vertu des articles 19 ou 20 et deuxièmement si une décision a été prise sur la demande antérieure.

Cette procédure spéciale consiste tout d'abord en un examen préliminaire visant à déterminer si de nouveaux éléments ou de nouvelles données sont apparus ou ont été présentés par le demandeur. Ensuite, si c'est le cas, il est procédé à l'examen de la demande au fond et ce, conformément aux principes de base et garanties fondamentales du chapitre II (par. 3 et 4).

L'ECRE et le HCR admettent que les demandes ultérieures soient soumises à un examen préliminaire, comme une procédure de recevabilité, définissant si des faits nouveaux nécessitent un examen au fond. Ils considèrent toutefois que les deux situations mentionnées aux lettres a et b du paragraphe 2 ne sont pas adéquates. Pour le premier cas (après retrait de la demande antérieure ou renonciation), ils estiment que la procédure devrait être considérée comme interrompue et qu'il devrait ainsi exister une possibilité de réouverture de la procédure. Ils jugent qu'il devrait en être de même dans le deuxième cas (lorsqu'une décision a été prise sur la demande antérieure) et en particulier si la décision a été prise sur la base du

¹⁰⁷⁷ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 36.

¹⁰⁷⁸ COM(2009) 554 final, p. 55 et COM(2011) 319 final, p. 55.

¹⁰⁷⁹ Art. 32 par. 2, let. a et b.

concept de l'Etat tiers sûr ou du règlement de Dublin, car, dans ces circonstances, la décision antérieure ne s'est pas basée sur un examen au fond¹⁰⁸⁰.

L'ECRE rappelle qu'il est important de faire preuve de flexibilité dans les cas où des faits sont soumis avec retard et qu'il est parfois difficile pour les demandeurs ayant subi des traumatismes ou des actes de torture de communiquer ces informations dans un premier temps. Il est donc possible que ce ne soit pas toujours des éléments nouvellement apparus¹⁰⁸¹.

Enfin, l'examen préliminaire fait l'objet de garanties limitées en raison de l'art. 34 ainsi que de l'art. 23 par. 4, let. h, qui laissent entendre que les demandes ultérieures peuvent faire l'objet d'une procédure accélérée si le demandeur n'invoque aucun élément nouveau « pertinent ». Cette situation, pour le moins floue, est regrettable et il est à espérer que les Etats font usage de la possibilité, prévue par le paragraphe 5 de l'art. 34, de poursuivre l'examen d'une demande ultérieure, à condition qu'il existe d'autres raisons motivant la réouverture d'une procédure, en particulier dans l'hypothèse où des circonstances spéciales ont empêché ou retardé la soumission d'éléments lors de la première demande.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La proposition de modification 2009 de cette disposition viendrait préciser que la procédure spéciale – qui peut être appliquée dans certains cas – permet aux autorités de se prononcer sur la recevabilité de la demande¹⁰⁸². Cette procédure spéciale ne pourrait plus que s'appliquer dans les cas où le demandeur a retiré sa demande ou si une décision finale a été prise sur sa demande antérieure. (Cette décision finale doit avoir établi si la personne se voit accorder le statut de réfugié ou la protection subsidiaire)¹⁰⁸³.

La proposition 2011 ne retient pas cette dernière possibilité puisqu'elle supprime la procédure spéciale, y compris dans cette hypothèse, mais elle précise que « [l]orsque l'examen d'une demande ultérieure n'est pas poursuivi [...], elle est considérée comme irrecevable [...] »¹⁰⁸⁴.

La proposition 2008 introduirait en outre deux nouveaux paragraphes (8 et 9) à la teneur suivante¹⁰⁸⁵ :

« Si, après l'adoption d'une décision finale déclarant une demande ultérieure irrecevable en vertu de l'article 29, paragraphe 2, point d), ou d'une décision finale rejetant une demande ultérieure comme infondée, la personne concernée dépose

¹⁰⁸⁰ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 29-30, HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 48-49.

¹⁰⁸¹ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 29.

¹⁰⁸² COM(2009) 554 final, p. 61-62.

¹⁰⁸³ Pour la définition de la décision finale, voir le projet d'article 2, let. e. Idem, p. 24.

¹⁰⁸⁴ COM(2011) 319 final, p. 66-67.

¹⁰⁸⁵ COM(2009) 554 final, p. 63.

une nouvelle demande de protection internationale dans le même État membre avant l'exécution d'une décision de retour, cet État membre peut :

- a) faire une exception au droit du demandeur de rester sur le territoire, à condition que l'autorité responsable de la détermination se soit assurée qu'une décision de retour n'entraînera pas de refoulement direct ou indirect en violation des obligations internationales et communautaires de cet État membre, et/ou
- b) prévoir que la demande doit être soumise à la procédure d'examen de la recevabilité conformément au présent article et à l'article 29, et/ou
- c) prévoir que la procédure d'examen doit être accélérée conformément à l'article 27, paragraphe 6, point f).

Dans les cas visés aux points b) et c), les États membres peuvent déroger aux délais normalement applicables dans les procédures d'examen de la recevabilité et/ou accélérées, conformément à leur législation nationale ».

« Lorsqu'une personne à l'égard de laquelle une décision de transfert doit être exécutée en vertu du règlement [... de Dublin] fait de nouvelles déclarations ou présente une demande ultérieure dans l'État membre procédant au transfert, ces déclarations ou demandes ultérieures sont examinées par l'État membre responsable au sens du règlement [... de Dublin], conformément à la présente directive ».

La proposition 2011 ne retient que le second paragraphe relatif à l'application du règlement de Dublin¹⁰⁸⁶.

3.5.2.2. *Le défaut de comparaître (art. 33 de la dir. 2005/85/CE)*

L'article 33 traite d'un cas particulier de « demande ultérieure ». Les personnes qui omettent de se rendre dans un centre d'accueil ou de comparaître devant les autorités compétentes à une date déterminée et introduisent ainsi une demande d'asile à une date ultérieure, que ce soit de manière délibérée ou par négligence grave, peuvent se voir appliquer la procédure prévue pour les demandes ultérieures de l'article 32.

Cet article ferme la porte à un examen de la demande au fond parce que des questions formelles n'auraient pas été respectées. Ainsi, et comme le prévoit la procédure de l'art. 32, seuls les éléments « nouveaux » ou survenus depuis le moment où le demandeur aurait dû comparaître pourraient être pris en compte. Cette approche est décrite comme injuste et inutile par l'ECRE qui considère que le défaut de comparaître peut être sans rapport avec les fondements de la demande d'asile et que l'hypothèse décrite ici est déjà contenue dans l'art. 20 qui traite du retrait implicite¹⁰⁸⁷ et permet à l'État membre de clore l'examen de la demande ou de rejeter celle-ci¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ COM(2011) 319 final, p. 68.

¹⁰⁸⁷ Selon l'art. 20 de la directive, le retrait peut être considéré comme implicite lorsqu'il est notamment établi que le demandeur ne s'est pas présenté à un entretien personnel, sauf s'il apporte la preuve, dans un délai raisonnable, que cette absence était indépendante de sa volonté.

¹⁰⁸⁸ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 30.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

L'article relatif au défaut de comparaître serait supprimé par le projet¹⁰⁸⁹.

3.5.2.3. Les règles de procédure pour les demandes ultérieures (art. 34 de la dir. 2005/85/CE)

Les règles de procédure prévues à l'article 34 s'appliquent aux demandes ultérieures. Elles mentionnent en premier lieu les garanties que doivent avoir les demandeurs dont la requête fait l'objet d'un examen préliminaire, à savoir le droit d'être entendu au sens large de l'art. 10 par. 1. Par ailleurs, les Etats peuvent prévoir d'autres règles sur cet examen et notamment exiger du demandeur qu'il indique les faits et produise les éléments de preuve justifiant une nouvelle procédure (par. 2, let. a) et qu'il présente les informations nouvelles dans un délai déterminé, à compter du moment où il a obtenu ces informations (par. 2, let. b). La lettre c permet de limiter l'examen préliminaire aux seules observations écrites présentées hors du cadre d'un entretien personnel. Ce même paragraphe précise cependant que ces règles ne doivent pas mettre le demandeur d'asile dans l'impossibilité d'engager une nouvelle procédure ni lui en interdire, *de facto*, l'accès ou dresser des obstacles importants sur cette voie (par. 2). Une information motivée du résultat de la demande doit être donnée au demandeur, indiquant également les possibilités de recours (par. 3).

Si la dernière partie du paragraphe 2, qui précise que ces règles de procédure ne doivent pas constituer un obstacle pour le demandeur de présenter sa requête, est la bienvenue, il n'en demeure pas moins que d'autres points sont plus délicats. En effet, et comme déjà mentionné dans l'analyse de l'art. 32, cette disposition n'offre que des garanties limitées, celles de l'art. 10 par. 1, et ne donne ainsi pas entière satisfaction. Le HCR estime en outre que l'obligation prescrite par la lettre a du paragraphe 2 d'apporter les preuves ne devrait pas être à la seule charge du demandeur, mais également de l'examineur¹⁰⁹⁰. Les lettres b et c sont critiquées par l'ECRE qui considère que le « délai déterminé » pour présenter les nouveaux éléments et le fait qu'un entretien personnel ne soit pas garanti risque, en pratique, de restreindre l'accès à la procédure, voire de rendre celle-ci totalement inaccessible¹⁰⁹¹.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Seule l'exigence pour le demandeur de présenter les nouvelles informations dans un certain délai après qu'il les ait obtenues serait supprimée par le projet de nouvelle directive¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ COM(2009) 554 final, p. 64 et COM(2011) 319 final, p. 69.

¹⁰⁹⁰ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 50.

¹⁰⁹¹ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 30.

¹⁰⁹² COM(2009) 554 final, p. 64 et COM(2011) 319 final, p. 69.

3.5.3. Le cas des « procédures à la frontière » ou en zone de transit (art. 35 de la dir. 2005/85/CE)

3.5.3.1. *Les règles de procédure applicables*

Sous l'intitulé « procédures à la frontière », l'article 35 traite des demandes d'asile déposées à la frontière ou dans les zones de transit. Le principe, établi au premier paragraphe, veut que ces procédures à la frontière ou en zone de transit respectent les principes de base et les garanties fondamentales du chapitre II. Toutefois, le paragraphe 2 ouvre la porte à toutes sortes d'exceptions, puisqu'il permet aux Etats membres de maintenir des procédures qui dérogent à ces principes.

Les procédures autorisées dans la législation nationale doivent cependant contenir les éléments suivants, qui pour quelques-uns reprennent les principes du chapitre II : les personnes concernées doivent être autorisées à rester à la frontière ou dans les zones de transit, elles doivent être informées de leurs droits et obligations et pouvoir bénéficier d'un interprète, elles doivent être entendues par une personne possédant des connaissances suffisantes en la matière, elles peuvent consulter un conseiller juridique et se voir désigner un représentant si elles sont mineures. Si l'autorisation d'entrer sur le territoire est refusée, la décision doit être motivée, en fait et en droit (par. 3). En outre, la décision doit être rendue dans un délai raisonnable et si aucune décision n'est prise dans une limite de quatre semaines, le demandeur aura le droit d'entrer sur le territoire de l'Etat membre (par. 4). Enfin, le paragraphe 5 traite de l'hypothèse d'un afflux massif de demandes et dispose qu'en pareil cas, les procédures des paragraphes 2 et 3 peuvent également être appliquées tant et aussi longtemps que ces ressortissants de pays tiers ou personnes apatrides sont hébergés normalement dans des endroits situés à proximité de la frontière ou de la zone de transit.

L'exception prévue au par. 2 soulève à nouveau le problème de l'harmonisation des législations nationales. Il est regrettable que les Etats puissent décider de ne pas respecter les principes fondamentaux prévus au chapitre II, introduisant par là même un traitement inégal des différents requérants d'asile, qui semble peu justifiable. Le HCR et l'ECRE craignent d'ailleurs qu'un traitement différent incite les demandeurs à entrer illégalement sur le territoire des Etats membres afin de bénéficier par la suite de meilleures conditions¹⁰⁹³.

¹⁰⁹³ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 52 et EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 31. La résolution 1471 (2005) précise même que les Etats devraient, conformément au principe de non-discrimination, « faire en sorte que tous les demandeurs d'asile, que ce soit à la frontière ou à l'intérieur du pays, bénéficient des mêmes principes et garanties pour leur demande d'octroi du statut de réfugié », CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 (2005)*, par 8.4.2.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

Le premier paragraphe de la disposition serait modifié de manière à ce que ces procédures ne s'appliquent pas hypothétiquement à toutes les demandes présentées dans un tel lieu, mais servent à se prononcer soit sur la recevabilité d'une telle demande, soit sur le fond d'une demande dans le cadre d'une procédure accélérée.

En outre, les Etats membres ne devraient plus pouvoir maintenir des procédures dérogeant aux garanties fondamentales du chapitre II. Cela aurait donc pour conséquence de supprimer la liste de garanties réintroduites au par. 3¹⁰⁹⁴.

3.5.3.2. *La détention à la frontière*

La possibilité de rétention des requérants durant *quatre semaines* à la frontière est préoccupante. La directive prévoit pourtant que les Etats membres ne peuvent pas placer en rétention des personnes au seul motif qu'elles demandent l'asile. Le texte ajoute que dans l'hypothèse où la personne serait retenue, un contrôle juridictionnel rapide doit être prévu¹⁰⁹⁵.

Le HCR rappelle en outre que, selon la jurisprudence de la Cour EDH, le confinement à la frontière constitue une détention, et qu'en principe les demandeurs d'asile ne devraient pas être détenus¹⁰⁹⁶.

Le HCR recommande également de prendre en compte les besoins spécifiques des femmes, des enfants et des personnes vulnérables notamment. Il préconise aussi de traiter d'abord les demandes « manifestement infondées ou fondées »¹⁰⁹⁷.

3.5.4. Le cas des « pays tiers européens sûrs » (art. 36 de la dir. 2005/85/CE)

3.5.4.1. *Les conditions d'application*

Le principe de l'article 36 veut qu'il n'y ait aucun examen ou aucun examen complet (tel que prévu au chapitre II) d'une demande présentée par un requérant qui cherche à entrer ou est entré illégalement sur le territoire d'un Etat membre depuis un pays tiers « européen » sûr (par. 1). On parle parfois à ce propos des « pays tiers super sûrs », notion qui consacre directement le principe déjà énoncé dans le Protocole Aznar.

¹⁰⁹⁴ COM(2009) 554 final, p. 65-66 et COM(2011) 319 final, p. 70-71.

¹⁰⁹⁵ Art. 18 de la directive 2005/85/CE.

¹⁰⁹⁶ HCR, *Principes directeurs*, p. 2 et 4. Pour les arrêts de la Cour EDH pertinents en la matière, voir ci-dessus, le ch. III.2.4.2.4III.2.4.2.4.

¹⁰⁹⁷ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 52.

Ces Etats doivent répondre à quatre critères pour pouvoir être considérés comme pays tiers sûrs¹⁰⁹⁸ :

- ils doivent avoir ratifié la Convention de Genève de 1951, sans limitation géographique, et en respecter les dispositions ;
- ils doivent également avoir ratifié la CEDH et en respecter les dispositions, en particulier celles relatives aux recours effectifs ;
- ils doivent disposer d'une procédure d'asile prévue par la loi ; et
- ils doivent avoir été inscrits comme sûrs par le Conseil sur une liste, suivant la même procédure que celle prévue à l'art. 29¹⁰⁹⁹.

Il est également prescrit que les Etats membres prévoient les modalités d'application dans le respect du principe de non-refoulement et cela notamment en introduisant des dérogations pour des raisons humanitaires ou politiques ou pour des motifs tenant au droit international public (par. 4).

Enfin, le paragraphe 7 laisse la possibilité aux Etats membres qui connaissaient déjà, dans leur droit national, avant le 1^{er} décembre 2005, des listes d'Etats tiers sûrs (répondant aux critères des lettres a à c du par. 2) d'appliquer le principe général de cet article jusqu'à ce que le Conseil adopte la liste commune.

D'une manière générale, le HCR et l'ECRE sont unanimes sur le fait qu'aucune catégorie de requérant ne doit se voir totalement refuser l'accès à une procédure d'asile¹¹⁰⁰.

Propositions de modification 2009 et 2011 :

La disposition relative aux pays tiers européens sûrs resterait fondamentalement la même à l'exception des paragraphes qui touchent à l'établissement d'une liste, puisqu'ils ont été annulés par la Cour de justice¹¹⁰¹.

3.5.4.2. *Les règles de procédure applicables*

La procédure à appliquer lorsqu'une décision est fondée sur cet article est la même que celle prévue par l'art. 27 par. 3 et 4 : le demandeur doit être informé qu'une telle décision est prise à son égard ; il reçoit un document, à l'attention du pays sûr de destination, attestant que sa

¹⁰⁹⁸ Art. 36 par. 2, let. a à d, et par. 3 de la directive.

¹⁰⁹⁹ L'art. 36 par. 3 a toutefois été annulé par la Cour de justice le 6 mai 2008, suite au recours déposé par le Parlement. La liste commune de pays tiers européens sûrs initialement prévue n'existe donc pas (voir ci-dessus, le ch. III.3.4.4.2 relatif à l'art. 29 de la directive).

¹¹⁰⁰ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 31-32, HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 53.

¹¹⁰¹ COM(2009) 554 final, p. 66-67 et COM(2011) 319 final, p. 65-66.

demande n'a pas été traitée au fond. Enfin, si le demandeur n'est pas réadmis dans le pays tiers européen sûr, l'Etat membre est obligé de garantir au demandeur une procédure d'asile conforme aux garanties du chapitre II¹¹⁰².

Mis à part cette dernière exception, en principe, aucune des garanties de procédure normalement prévues par le chapitre II, ne s'applique à cette procédure¹¹⁰³. Ainsi, si le demandeur remplit les conditions prévues (entrée illégale – ou même simple tentative – depuis un Etat tiers répondant aux exigences pour être considéré comme sûr), il se verra refuser tout accès à la procédure d'asile et au territoire et ce, quelle que soit sa situation personnelle. Il n'existe même pas d'examen de la recevabilité de la demande. Cette situation est d'autant plus délicate que la décision de refuser l'entrée en matière, prise à la frontière, le sera par des « gardes frontières qui ne possèdent pas nécessairement les qualifications requises pour évaluer les besoins de protection internationale »¹¹⁰⁴. Saluons tout de même l'existence d'un recours effectif garanti par l'art. 39 par. 1, let. a, ch iii, qui n'est toutefois pas accompagné d'un effet suspensif automatique.

L'exigence posée par le paragraphe 2, let. b qui demande qu'une procédure d'asile soit prévue par la loi, est, au sens du HCR et de l'ECRE, dénuée d'effet. Ces organisations jugent que cette condition ne garantira pas que le pays en question dispose des structures et ressources nécessaires pour pouvoir assurer au demandeur que sa requête soit traitée de manière juste et efficace. Le HCR considère même que « le fait d'exclure les personnes qui ont traversé ces pays de toute procédure individuelle de détermination du statut dans l'UE pourrait revenir à les priver effectivement du droit de demander l'asile en vertu du droit international »¹¹⁰⁵.

Enfin, la possibilité laissée aux Etats membres de faire usage de leurs propres listes tant et aussi longtemps que celle du Conseil n'a pas été adoptée n'est pas une mesure en faveur de l'harmonisation et laisse la porte ouverte à des risques importants. Toutefois, et comme mentionné ci-dessus (voir l'art. 29), suite au recours déposé par le Parlement et à la décision de la Cour de justice (affaire C-133/06), le projet de liste commune a été annulé et les Etats membres de l'Union européenne ne connaissent donc pas de liste uniforme des pays considérés comme « super » sûrs.

¹¹⁰² Art. 36 par. 5 et 6 de la directive.

¹¹⁰³ Art. 36 par. 1 de la directive.

¹¹⁰⁴ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 53.

¹¹⁰⁵ Idem, p. 54 et EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 32.

3.6. La fin de la procédure d'asile

La conséquence négative de l'issue d'une procédure d'asile se traduit en règle générale par le renvoi de la personne dans son pays d'origine ou dans un pays tiers, à moins cependant que la personne ne « disparaisse du système » avant qu'elle ne soit refoulée¹¹⁰⁶.

3.6.1. Les sources particulières

La principale source au niveau européen concernant le « départ » est la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹¹⁰⁷.

Cette directive « retour » s'applique aux ressortissants de pays tiers qui se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre. Elle fixe un certain nombre de normes et de procédures communes que les Etats membres doivent appliquer (sous réserve d'éventuelles dispositions plus favorables)¹¹⁰⁸.

D'autres instruments traitent de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Il s'agit en particulier des directives 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers¹¹⁰⁹ et 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne¹¹¹⁰.

La directive 2001/40/CE a pour but d'améliorer la coopération entre les Etats membres, en particulier lorsqu'un Etat membre (auteur) décide d'une mesure d'éloignement qu'un autre Etat membre (d'exécution) est tenu de concrétiser. Plus pointue, la directive 2003/110/CE se concentre uniquement sur les questions relatives aux renvois par avion.

¹¹⁰⁶ Les conséquences de cette transition vers un statut irrégulier sont décrites en détail ci-dessous dans la partie relative au séjour dans le pays d'accueil, voir le ch. IV.

¹¹⁰⁷ Sur les prémices de cette directive, voir JULIEN-LAFERRIERE, JOUANT, p. 217 ss. Pour un commentaire article par article de cet instrument, voir SCHIEFFER, p. 1489-1552.

¹¹⁰⁸ Sur ces différents éléments, voir respectivement les art. 2, 1 et 4 de la directive 2008/115/CE.

¹¹⁰⁹ JO L 149/34, du 2 juin 2001. Cette directive est complétée par la décision 2004/191/CE du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 60/55, du 27 février 2004. Cette décision se fonde sur le principe selon lequel – lorsque l'éloignement ne peut pas se faire aux frais de la personne concernée par la mesure – il incombe en principe à l'Etat qui rend la décision d'éloignement de rembourser, à l'Etat qui exécute le renvoi, les frais encourus.

¹¹¹⁰ JO L 321/26, du 6 décembre 2003. Cette directive est également assortie d'une décision du Conseil : décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261/28, du 6 août 2004.

3.6.2. Les conditions d'exécution de la mesure d'éloignement

Pour mettre fin au séjour irrégulier d'un ressortissant de pays tiers sur son territoire, l'Etat membre prend une décision de retour. Lors de la mise en œuvre de cette décision, l'Etat doit toutefois tenir compte de quatre éléments expressément mentionnés par la directive, à savoir : l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie familiale, l'état de santé du ressortissant concerné et, plus généralement, le principe de non-refoulement¹¹¹¹.

Mis à part ces « grands principes » fondamentaux qui doivent être respectés par l'Etat lorsqu'il entreprend de faire partir la personne, il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles l'Etat ne peut pas (ou peut ne pas) procéder au retour¹¹¹².

Lorsque la personne en séjour irrégulier est titulaire d'un titre de séjour valable dans un autre Etat membre, elle doit s'y rendre immédiatement. L'Etat membre dans lequel la personne séjourne irrégulièrement ne pourra la renvoyer que si elle ne se conforme pas à cette obligation ou s'il existe des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale.

Les Etats ont, à tout moment, la possibilité d'accorder un titre de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres permettant ainsi à la personne concernée de rester sur le territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise ou si elle l'a déjà été, elle est annulée ou suspendue.

La procédure prévue par la directive est la suivante : la décision de retour doit en principe contenir un délai approprié permettant un départ volontaire. Ce délai « approprié » peut varier entre sept et trente jours¹¹¹³. Dans certains cas particuliers (relatifs à la durée du séjour, à l'existence d'enfants scolarisés ou d'autres liens familiaux et sociaux), le délai de départ peut être prolongé. Ce délai peut en outre être assorti d'obligations pour éviter tout risque de fuite. La personne peut ainsi être contrainte à se présenter régulièrement aux autorités, à déposer une garantie financière ou des documents ou encore à rester dans un lieu déterminé. Il est généralement admis que les retours volontaires sont plus « rentables » que les renvois forcés qui impliquent souvent des mesures privatives de liberté¹¹¹⁴.

¹¹¹¹ Art. 5 de la directive 2008/115/CE.

¹¹¹² Art. 6 de la directive 2008/115/CE.

¹¹¹³ Une première dérogation vient affaiblir cette mesure : les Etats membres ont la possibilité d'introduire dans leur législation nationale une clause indiquant que ce délai ne peut être octroyé que sur demande de la personne concernée (art. 7 par. 1 de la directive). Les Etats peuvent aussi aller en dessous des sept jours ou simplement ne pas accorder de délai s'il existe des risques de fuite, ou si la personne a demandé de régulariser son séjour, mais que cette demande est manifestement infondée ou frauduleuse, ou encore si la personne représente un danger pour la sécurité ou la sécurité publique ou nationale (art. 7 par. 4 de la directive).

¹¹¹⁴ JULIEN-LAFERRIERE, JOUANT, p. 215. Dans le même sens : « Au Royaume-Uni, par exemple, le coût du retour volontaire, y compris l'aide à la réintégration, représente le tiers de celui du retour forcé ».

3.6.3. La concrétisation du renvoi : l'éloignement

3.6.3.1. *Remarques liminaires*

Si aucun délai de départ volontaire n'a été accordé ou si le départ volontaire n'a pas eu lieu, les Etats membres sont alors tenus de prendre « toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision du retour » et de procéder à l'éloignement de la personne concernée¹¹¹⁵. Ils peuvent placer la personne en rétention. Au surplus une décision d'interdiction d'entrée peut être édictée¹¹¹⁶.

3.6.3.2. *La rétention en vue de l'éloignement*

Rappelant tout d'abord le principe de proportionnalité, l'art. 15 de la directive « retour », prévoit que les Etats peuvent faire usage de la rétention pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement s'il existe un risque de fuite ou si le ressortissant évite ou empêche la préparation du retour ou de l'éloignement. Dans son arrêt « El Dridi », la Cour de justice de l'Union européenne a en outre clairement souligné que la mesure de détention en vue du renvoi ne devait être qu'une mesure prononcée *ultima ratio* si d'autres mesures, moins coercitives (telles que l'octroi d'un délai pour un départ volontaire), sont restées sans effet¹¹¹⁷.

La décision de rétention doit être ordonnée par une autorité administrative¹¹¹⁸ ou judiciaire, par écrit, et doit être motivée en faits et en droit. Dans tous les cas, la décision doit être réexaminée régulièrement, soit d'office soit sur demande.

La rétention doit être aussi brève que possible et ne peut être maintenue que tant que la procédure d'éloignement est en cours. Lorsque la perspective d'éloignement n'existe plus, ou que les conditions de fuite ou de « résistance » à la préparation du renvoi ne sont plus réunies, la mesure de rétention n'est plus justifiée et la personne doit être immédiatement remise en liberté. La durée de rétention doit en principe être de six mois. Elle peut être prolongée de douze mois supplémentaires si la procédure d'éloignement risque de durer plus longtemps en raison du manque de coopération de la personne ou du retard relatif à l'obtention de

CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1742 (2010)*, par. 2 *in fine*. Conscient que la méthode « dure » du renvoi (forcé) ne porte pas ses fruits (les personnes restant souvent dans la clandestinité ; les procédures de renvoi étant longues et coûteuses pour l'Etat et souvent douloureuses pour les migrants et leurs familles), le Conseil de l'Europe a édicté une recommandation et une résolution tendant à inciter les personnes à partir avec des aides au retour. Voir sur ce point, CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation 1926 (2010)*, ainsi que la résolution 1742 (2010), citée ci-dessus.

¹¹¹⁵ Art. 8 de la directive 2008/115/CE.

¹¹¹⁶ Art. 11 de la directive 2008/115/CE.

¹¹¹⁷ Arrêt CJUE *Hassen El Dridi*, du 28 avril 2011, affaire C-61/11 PPU, spéc. § 39 et 41. Cet arrêt (ainsi que ses éventuelles conséquences pour la Suisse) est commenté par WICHMANN, 2011.

¹¹¹⁸ Dans un tel cas, un contrôle juridictionnel accéléré devra alors pouvoir avoir lieu (d'office ou sur demande de la personne concernée qui doit pour ce faire être dûment informée de ses droits).

documents dans un pays tiers. Au total, la durée de rétention ne doit donc pas dépasser 18 mois.

En pratique, la durée de rétention semble varier énormément d'un Etat à l'autre. Dans un article du journal *Le Monde*, les chiffres suivants étaient annoncés (concernant la durée de rétention en instance d'expulsion) : 32 jours pour la France. Il s'agit de la durée la plus courte en Europe ; 2 mois en Espagne et au Portugal ; 6 mois en Italie, République tchèque et en Grèce ; 8 mois au Pays-Bas ; 10 mois en Autriche ; 12 mois en Pologne ; 18 mois en Slovaquie et en Allemagne. L'article mentionnait encore une durée de rétention de 24 mois pour la Suisse, ainsi qu'une durée illimitée pour le Danemark, la Suède, la Finlande, le Royaume-Uni et la Belgique. On peut désormais penser qu'avec la mise en œuvre de la directive « retour » dans les législations nationales (dont la date finale était fixée au 24 décembre 2010), ces Etats ont revu leur pratique, comme l'a d'ailleurs fait la Suisse¹¹¹⁹.

Les conditions de rétention sont définies à l'art. 16 de la directive. Cette mesure privative de liberté doit en principe s'effectuer dans des centres spécialisés. Si ce n'est pas possible, le placement dans un centre pénitentiaire implique que les personnes retenues en vue de leur éloignement soient séparées des prisonniers de droit commun. Les contacts avec les représentants légaux, la famille et les autorités consulaires doivent être autorisés sur demande. Les organisations nationales, internationales et non gouvernementales doivent pouvoir visiter ces centres, bien que ces visites puissent être soumises à autorisation. Le droit à l'information des personnes retenues est également clairement énoncé. Enfin, la situation des personnes vulnérables doit être prise en compte. Les soins d'urgence ainsi que les traitements indispensables de maladies doivent leur être assurés¹¹²⁰.

3.6.3.3. *L'éloignement au sens strict*

La mesure d'éloignement¹¹²¹ peut faire l'objet d'une décision ou d'un acte administratif ou judiciaire.

En dernier ressort, des mesures coercitives peuvent être prises par les Etats membres pour exécuter l'éloignement de la personne concernée. Le principe de la proportionnalité est cependant clairement rappelé par l'art. 8 par. 4 qui précise notamment que les mesures coercitives « sont proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du

¹¹¹⁹ VINCENT, 2010. Sur ce dernier point de la transposition de la directive dans le droit national, il semblerait que seule la moitié des Etats membres aient préparé des dispositions d'exécution de la directive. WICHMANN, 2011.

¹¹²⁰ Art. 16 de la directive 2008/115/CE. VOHRA estime que bien souvent les conditions de détention administrative des migrants en situation irrégulière sont claires, mais qu'en pratique, elles violent régulièrement les droits fondamentaux des personnes. VOHRA, p. 63 ss.

¹¹²¹ Cette mesure est régie par l'art. 8 de la directive 2008/115/CE.

raisonnable ». Ce même paragraphe fait aussi explicitement référence au respect nécessaire des droits fondamentaux et en particulier de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant amené à être expulsé. Si le principe de non-refoulement est violé, si un effet suspensif est accordé, ainsi que si l'état de santé physique ou psychique ou des motifs d'ordre technique (comme l'absence de moyens de transport) l'exigent, l'éloignement doit être reporté. Dans ce cas, différentes contraintes (telles que l'obligation de se présenter aux autorités ou de déposer une garantie financière ou des documents) peuvent alors être imposées à la personne concernée.

Pour les renvois par avion, la directive « retour » renvoie à la décision du Conseil 2004/573/CE relative à l'organisation coordonnée de vols communs¹¹²² pour l'éloignement depuis les Etats membres. L'Annexe à la directive prévoit notamment les règles qui devaient être appliquées aux personnes renvoyées¹¹²³. Celles-ci doivent en particulier se trouver dans un état de santé approprié, attesté par un dossier médical. En outre, les escorteurs ne doivent pas être armés. Le principe de proportionnalité doit être scrupuleusement respecté : dans cette optique, le précepte « pas d'éloignement à tout prix » doit être suivi, ce qui implique qu'en cas de doutes sur une éventuelle atteinte à la dignité humaine ou à l'intégrité physique de la personne, le renvoi doit être interrompu. Les mesures de coercition ne doivent pas empêcher la personne de respirer normalement, cela signifie que le tronc de la personne doit rester vertical et que sa cage thoracique ne doit pas être comprimée. Les moyens nécessaires pour immobiliser et entraver la personne ne sont pas spécifiés, mais la dignité et l'intégrité physique doivent être respectées. Pour le surplus, ce sont les Etats qui doivent se mettre d'accord sur les moyens autorisés ou interdits. L'usage de sédatif est prohibé.

La France et la Belgique ont aussi connu des décès de personnes renvoyées. Suite à ces événements, ces deux Etats ont pris de nouvelles mesures pour éviter ces drames. La France autorise les menottes textiles ou des bandes de velcro pour les mains, mais a notamment interdit le bâillon. L'usage d'un oreiller pour faire taire une personne est désormais prohibé en Belgique où cette méthode avait provoqué la mort par étouffement d'une ressortissante africaine¹¹²⁴.

¹¹²² Bien que ces vols « charters » doivent en principe contenir des personnes ayant reçu des décisions individuelles, certains estiment qu'ils enfreindraient l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers de l'art. 4 du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, du 16 septembre 1963. Dans ce sens, voir GIOVANNONI, p. 255.

¹¹²³ Le considérant 10 de la décision 2004/573/CE précise cependant que les dispositions de l'annexe ne sont pas obligatoires, mais « devraient fournir des indications utiles », ce qui est relativement délicat au niveau de la légalité de cet instrument, puisque l'annexe contient tout de même un nombre d'éléments essentiels notamment quant aux mesures coercitives.

¹¹²⁴ FRAMMERY, 2010. A titre de comparaison avec la Suisse, voir CNPT, 2011, spéc. p. 5-8.

3.7. Synthèse de quelques « problèmes » liés à la procédure d'asile en droit européen et en particulier de ceux découlant de l'accélération constante des procédures

3.7.1. Remarques introductives

Dans le cadre de la procédure d'asile telle qu'elle est prévue par le droit européen, plusieurs notions sont complexes et présentent d'épineux problèmes au regard du droit supérieur. L'accélération constante des procédures (par des procédures accélérées justement, des procédures spéciales ou des concepts tels que celui des Etats sûrs) interroge plus particulièrement sur la conformité de ces concepts avec les droits fondamentaux.

Trois éléments clés dans le déroulement de la procédure doivent être signalés. Il s'agit du droit (ou non) à un entretien personnel (ch. 3.7.2), de la fixation des délais de procédure (toujours plus brefs) (ch. 3.7.33.7.3) et du droit (ou non) à un recours (ch. 3.7.4).

3.7.2. Le droit à un entretien personnel

Une manière de raccourcir la procédure d'asile est de ne pas garantir un entretien personnel à chaque requérant, mais de l'accorder seulement dans des circonstances particulières. Cette manière de procéder permet certes de gagner du temps (et de l'argent), mais ne garantit pas le respect du fondement du droit des réfugiés qui veut que les demandeurs aient le droit de bénéficier de décisions individuelles.

La directive 2005/85/CE prévoit que les Etats membres peuvent donner au requérant la possibilité de demander un entretien personnel (art. 12). Ainsi, cet entretien dépendra du droit de chaque Etat membre et suppose que ce soit ensuite le requérant qui en fasse la demande. En outre, l'alinéa 2 de l'art. 12 prévoit un certain nombre de cas dans lesquels un entretien personnel peut ne pas avoir lieu. Sont notamment mentionnés les cas où une décision positive est donnée, où l'autorité compétente a déjà eu une réunion avec le demandeur ou si la demande est considérée comme infondée dans les circonstances énoncées à l'art. 23 al. 4, let. a), c), g), h) et j)¹¹²⁵. Ce dernier point semble être le plus problématique, puisque l'autorité peut décider que la demande du requérant est infondée sans même l'avoir entendu sur ses motifs.

¹¹²⁵ Art. 23 al. 4, let. a) lorsque que le demandeur n'a soulevé que des questions sans pertinence ; c) lorsque le demandeur provient d'un pays d'origine sûr ou qu'un Etat non membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur ; g) lorsque la demande est manifestement peu convaincante en raison de déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes ; h) lorsque le demandeur a introduit une demande ultérieure dans laquelle il n'invoque aucun élément nouveau pertinent ; j) lorsque le demandeur ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son expulsion.

Le projet de refonte de la directive 2005/85/CE va toutefois dans le bon sens au regard des garanties générale de procédure et du droit d'être entendu¹¹²⁶. Si les propositions sont acceptées, le droit à un entretien personnel (qui peut être apparenté à l'audition sur les motifs d'asile en droit suisse) ne pourrait être « retiré » au demandeur d'asile que dans deux hypothèses claires : l'autorité peut, sur la base des documents à sa disposition, rendre une décision positive ou une audition n'est pas possible en raison de l'état de santé du requérant par exemple, ce qui ne devra pas empêcher l'autorité de prendre toutes les mesures nécessaires pour instruire le dossier de manière appropriée.

3.7.3. Les délais

La procédure d'asile accélérée se définit avant tout par des délais qui se doivent d'être plus brefs que ceux applicables à la procédure normale. Si l'art. 23 al. 2 parle d'un délai de 6 mois pour les procédures normales, on peut logiquement en déduire que les procédures accélérées devront permettre de rendre des décisions dans un délai plus bref. La directive 2005/85/CE ne donnant toutefois pas de précision supplémentaire, les Etats membres sont libres de prévoir les délais qu'ils souhaitent pour définir concrètement leur procédure accélérée¹¹²⁷.

Soulignons que des délais très brefs risquent de porter préjudice aux requérants dont la demande pourrait dès lors n'être traitée que sommairement, ne respectant ainsi pas forcément toutes les garanties inscrites au chapitre II de la directive.

3.7.4. Le droit de recours

L'article 39 de la directive limite le droit à un recours effectif à un certain nombre d'hypothèses¹¹²⁸ et les Etats membres restent, en l'état, libres de fixer les délais de recours et de décider si le recours aura ou non un effet suspensif. Cet effet n'étant pas automatique, le caractère « effectif » du recours est donc encore plus discutable¹¹²⁹. Si l'effet suspensif n'est pas accordé, le requérant ne pourra probablement pas rester dans l'Etat membre qui a examiné

¹¹²⁶ Pour les détails, voir le ch. III.3.3.2.3.i) ci-dessus *in fine*.

¹¹²⁷ La Bulgarie ou les Pays-Bas prévoient par exemple des délais allant de 3 à 6 jours, alors que l'Espagne connaît un délai de 60 jours pour la procédure à l'intérieur du pays. CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DES MIGRATIONS, DES REFUGIES ET DE LA POPULATION, Doc. 10655, ch. 30. A titre de comparaison, la Suisse connaît des délais qui diffèrent selon les cas. C'est l'article 37 de la loi sur l'asile qui établit les limites temporelles pour rendre les décisions. La règle générale pour la procédure accélérée veut que les décisions de non-entrée en matière soient rendues dans un délai de 10 jours ouvrables après le dépôt de la demande. Une règle spéciale intervient dans les cas d'octroi ou de rejet de l'asile sans autre mesure d'instruction ou d'octroi de la protection provisoire sans autre mesure d'instruction (art. 38 à 40) : elle prévoit un délai de 20 jours ouvrables après dépôt de la demande. Enfin, si d'autres mesures d'instruction sont nécessaires, la décision devrait être rendue dans un délai de 3 mois. Cette dernière hypothèse est donc celle de la procédure « normale ».

¹¹²⁸ Voir le ch. III.3.4.5.1.

¹¹²⁹ Sur cette question : KIENER, KUHN, p. 405-406 qui citent d'autres sources.

la demande et s'il est renvoyé avant la décision sur recours, il est fort probable que la décision finale – même positive – ne lui soit plus d'une grande utilité s'il a été refoulé dans un Etat dans lequel il risque d'être persécuté¹¹³⁰.

Dans cette optique, la proposition de refonte de la directive apporte des améliorations non négligeables. Si le recours effectif reste limité, il s'ouvrirait à plus d'hypothèses qu'en l'état actuel. Dans le cadre d'un recours déposé devant une juridiction de première instance, le recours effectif devrait avoir pour effet d'obtenir un examen *ex nunc* complet en faits comme en droit. Les délais de recours prévus par les différents droits nationaux devraient en outre être « raisonnables » pour que le requérant puisse « effectivement » exercer son recours (l'accès ne doit ainsi pas être « impossible ou excessivement difficile »). Le recours devrait en outre avoir un effet suspensif automatique (sauf dans deux hypothèses de procédure accélérée et d'irrecevabilité) et permettre ainsi au requérant d'attendre la fin de la procédure sur le territoire de l'Etat membre. Ces dernières dispositions relatives à l'effet suspensif resteraient en revanche sans préjudice de la disposition relative à l'effet suspensif du règlement de Dublin¹¹³¹.

En tous les cas, et plus généralement, la directive doit être interprétée à la lumière des instruments internationaux qui garantissent un droit de recours effectif, et en particulier conformément à l'article 13 CEDH. Dans la mesure où cet article consacre le droit à un recours effectif pour toutes les violations de « droits et libertés reconnus dans la présente Convention » et où l'art. 3 de la même Convention interdit le refoulement, il doit y avoir une possibilité de recours effectif dès lors qu'il existe un risque de refoulement, ce qui est potentiellement le cas de toute décision négative sur une demande d'asile. Au surplus, au vu de la jurisprudence de la Cour EDH¹¹³², BYRNE estime que si les Etats membres entendent

¹¹³⁰ Ruud Lubbers, alors Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, avait estimé que dans plusieurs pays européens, entre 30 et 60 % des décisions sont renversées au stade du recours, ce qui n'est de loin pas négligeable. HCR, *Lubbers*, 2004.

¹¹³¹ Sur ce dernier point concernant Dublin, voir le ch. III.2.5.3.6 ci-dessus. Pour les propositions de modification, voir COM(2009) 554 final, p. 69-72.

¹¹³² Voir notamment l'affaire *Conka c. Belgique*, du 5 mai 2002, requête no 51564/99, qui réaffirme le principe de base suivant : « La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles [...]. En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention », § 79. La Cour rajoute en outre que « l'on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective. En pareil cas, le recours exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13. [...] Ensuite, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable en pratique – ce dont la Cour ne saurait juger en l'absence de données fiables – il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et

respecter leurs obligations internationales en appliquant la directive dans leur droit interne, ils doivent assurer un droit de recours avec effet suspensif à tous les requérants d'asile¹¹³³.

Enfin, cette auteure est en outre d'avis que si la procédure d'examen de la demande d'asile est accélérée, il faut alors que le demandeur ait au moins la possibilité de faire revoir son cas dans le cadre d'un recours effectif qui reste selon elle « l'antidote légitime légal » contre les risques de refoulement¹¹³⁴.

Plus pragmatiquement et pour conclure, il convient encore de rappeler simplement que plus la procédure d'examen de première instance est bien gérée et bien faite, moins la procédure de recours ne sera nécessaire et utilisée¹¹³⁵.

4. LES LIMITES DU DROIT SUPERIEUR : LE PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT, ULTIME GARDE-FOU CONTRE LES PROCEDURES (TROP) ACCELEREES ?

4.1. Remarques introductives

Comme on vient de le voir, le droit supérieur met certaines limites aux procédures accélérées en imposant par exemple que le demandeur puisse agir dans des délais raisonnables ou recourir de manière effective.

Outre ces freins d'ordre procédural, l'ultime garde-fou contre ces procédures accélérées ou procédures de non-entrée en matière réside dans le principe de non-refoulement.

En effet, aucune convention de droit international ne mentionne de manière explicite la notion de « procédure accélérée ». De même, aucune disposition ne traite spécifiquement de la question des « Etat tiers sûrs ». Les sources traditionnelles garantissant un droit d'asile ou offrant une protection (directe ou indirecte) aux réfugiés¹¹³⁶ sont d'ordre tout à fait général et,

non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention », § 82 et 83. Enfin, elle termine en rappelant aux Etats que la surcharge des autorités ne peut en aucun cas justifier une violation de l'art. 13 CEDH : « Quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition », § 84.

¹¹³³ BYRNE, *Remedies of Limited Effect*, p. 86.

¹¹³⁴ BYRNE utilise l'expression « the legitimating legal antidote ». Idem, p. 72.

¹¹³⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 (2005)*, par. 8.1.6 ; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*, p. 21 ; HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 30 et 57.

¹¹³⁶ Comme la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 14, 1948), la Convention de Genève (1951) et son protocole additionnel (1967), le Pacte II de l'ONU (art. 7, 1966), la Convention de l'ONU contre la torture (art. 3, 1984) ou encore celle relative aux droits de l'enfant (art. 37, 1989).

il faut le dire, ont déjà « un certain âge ». Ainsi, il n'est pas étonnant que ces textes ne fassent pas allusion à la procédure accélérée ni aux Etats tiers ou d'origine sûrs.

L'asile n'est généralement pas un droit garanti par les textes de droit international ou interne¹¹³⁷. À l'inverse, le principe de non-refoulement a été consacré dans de nombreuses normes¹¹³⁸. Ainsi, si un requérant d'asile ne peut pas prétendre, en arrivant dans un nouvel Etat, à un droit à l'asile, il peut au moins revendiquer le droit de ne pas se faire refouler dans un Etat où il serait persécuté¹¹³⁹.

Les Etats signataires des différentes conventions touchant soit à l'asile, soit plus généralement aux droits humains ont toujours déduit du silence de ces instruments sur l'existence d'un droit à l'asile que l'interdiction du refoulement ne créait pas d'obligation pour les Etats d'octroyer l'asile. Le seul devoir qui en résulte est celui de ne pas renvoyer quelqu'un dans un Etat où il aurait par la suite des risques d'être persécuté.

Ainsi, le concept de l'Etat tiers sûr est né presque naturellement de cette obligation négative. Les Etats ne peuvent renvoyer un demandeur d'asile s'il existe des risques de persécution, donc si l'Etat destinataire n'est pas sûr pour lui. En revanche, rien n'interdit aux Etats de renvoyer le demandeur dans un pays où il ne risque *a priori* rien, à savoir dans un Etat « sûr ». Cette pratique de l'Etat tiers ou d'origine sûr est maintenant généralement établie et appliquée par tous les Etats européens, bien que quelques auteurs remettent toujours en doute sa légalité ou sa légitimité¹¹⁴⁰.

Le principe de non-refoulement joue donc un rôle essentiel dans la question qui nous occupe.

4.2. Au niveau suisse

4.2.1. La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

L'article 25 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale consacre le principe de non-refoulement, principe dont on admet au moins en Suisse qu'il relève du *jus cogens*¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ À l'exception toutefois de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais dont la portée doit cependant être nuancée.

¹¹³⁸ Pour les autres instruments que la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, voir HARTL, 1999.

¹¹³⁹ « Thus, asylum seekers must benefit from *non-refoulement* under article 33 until it has been finally determined that they are not refugees or otherwise in need of international protection ». GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 412.

¹¹⁴⁰ Pour plus de détails sur le scepticisme affiché par certains auteurs à l'égard de ces concepts, voir ci-dessous le ch. III.5.3. Plus généralement, voir aussi notamment GIL-BAZO, p. 595 et CHETAIL, *Le principe de non-refoulement*, p. 26.

¹¹⁴¹ Voir MAHON, *Ad art. 25*, p. 216, n° 7, ainsi que AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, p. 554, no 1183. Sur la reconnaissance de ce principe par le Tribunal fédéral, le Conseil

L'alinéa 2¹¹⁴², en particulier, reprend l'article 33 al. 1 de la Convention de Genève, si ce n'est que celle-ci mentionne, en plus, les causes des actes de persécution (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinions politiques). L'al. 3¹¹⁴³ de l'art. 25 de la Cst, considéré comme le principe de non-refoulement au sens strict, correspond aux art. 3 de la CEDH et 7 du Pacte ONU II. Ce principe résulte aussi en partie de l'art. 10 al. 3 Cst qui consacre l'interdiction de la torture.

Les alinéas 2 et 3 de cet article se distinguent notamment quant à la titularité. Le principe de non-refoulement au sens strict de l'alinéa 2 ne s'applique qu'aux réfugiés et aux requérants d'asile, alors que le principe au sens large de l'alinéa 3 concerne chacun et a une portée absolue¹¹⁴⁴.

L'exception prévue par l'art. 33 par. 2 de la Convention de Genève (dans les cas où le réfugié serait considéré comme un danger pour la sécurité du pays ou une menace pour ses habitants) est en partie reprise par l'art. 121 al. 2 Cst qui dispose que « les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse », mais, par l'art. 25 al. 2 et 3, la Suisse s'est imposée une limite à cette possibilité d'expulsion¹¹⁴⁵.

4.2.2. La loi sur l'asile du 28 juin 1998

La loi sur l'asile consacre le principe du non-refoulement. L'article 5 LAsi¹¹⁴⁶ prévoit que nul ne peut être contraint à se rendre dans un Etat où il subirait des menaces pour « sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté ». L'article interdit en outre explicitement le refoulement indirect : « nul ne peut être contraint [...] à se rendre dans un pays [...] d'où il risquerait

fédéral, le Parlement et la doctrine majoritaire, voir MAHON, BIGLER, p. 38, spéc. notes 100 à 103. Le principe du non-refoulement a aussi été explicitement reconnu comme relevant du *jus cogens* par les Etats d'Amérique centrale dans la Déclaration (non contraignante toutefois) de Carthagène sur les réfugiés du 22 novembre 1984 (troisième partie, ch. 5). Plus généralement, sur la nature du principe de non-refoulement et son statut de *jus cogens*, voir notamment ALLAIN, p. 533-558 et DUFFY, p. 373-390. Si DUFFY conçoit aisément que le principe de non-refoulement est bien une règle de droit international coutumier, il n'est en revanche pas convaincu que ce principe ait acquis le statut de *jus cogens*.

¹¹⁴² Art. 25 al. 2 Cst : « Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat ».

¹¹⁴³ Art. 25 al. 3 Cst : « Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains ».

¹¹⁴⁴ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, p. 554 et 555, no 1184 et 1187, et MAHON, BIGLER, p. 17-18.

¹¹⁴⁵ Pour un commentaire des art. 25 et 121 Cst, voir MAHON, *Ad art. 25*, n° 7-12, et *Ad art. 121*, n° 25-27.

¹¹⁴⁶ Art. 5 LAsi (Interdiction du refoulement) : al. 1 « 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'art. 3, al. 1, ou encore d'où il risquerait d'être astreint à se rendre dans un tel pays » ; al. 2 « 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 ».

d'être astreint à se rendre dans un tel pays », à savoir où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées. Le refoulement dit « indirect » est donc explicitement prohibé. *A contrario*, on pourrait en conséquence interpréter ici qu'un Etat peut contraindre quelqu'un à se rendre dans un pays dans lequel il ne subirait aucune menace, à savoir dans un Etat tiers sûr.

L'article 5 al. 2 reprend l'art. 121 al. 2 de la Constitution fédérale ainsi que, surtout, l'art. 33 par. 2 de la Convention de Genève, en prévoyant une exception au principe de non-refoulement dans les cas où la personne qui l'invoque « compromet la sûreté de la Suisse [...] ou doit être considérée comme dangereuse pour la communauté ». Cette disposition doit, à notre avis, être interprétée conformément à l'art. 25 al. 2 et 3 de la Constitution.

En pratique, lorsque les autorités rendent une décision négative en matière d'asile, un lien est systématiquement fait entre le refus de l'asile au sens de l'art. 3 LAsi et, en conséquence, le refus de l'application de l'art. 5 LAsi. Les autorités estiment donc que si la personne ne remplit pas les conditions de l'asile, elle ne peut pas se prévaloir du principe de non-refoulement et peut être renvoyée¹¹⁴⁷.

Si la loi sur l'asile – comme la Constitution du reste – prévoit clairement que l'exception du principe de non-refoulement ne trouve application que lorsqu'il existe un danger ou une menace pour la sécurité de l'Etat, les autorités, dans leurs décisions, font un raccourci important – et délicat – entre le refus de l'asile et la non-application du principe de non-refoulement. Elles assimilent ainsi deux notions qui sont, en théorie du moins, distinctes. Ce rapprochement est discutable au regard du principe même de non-refoulement.

4.3. Au niveau européen : la Charte des droits fondamentaux

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹⁴⁸ qui est entrée en vigueur en 2009 avec le Traité de Lisbonne consacre un article à la « protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition »¹¹⁴⁹.

Le texte contient en outre un « droit d'asile » à l'art. 18, mais, il faut l'admettre, la disposition en question ne paraît en fin de compte que reconnaître ce droit de manière « abstraite »¹¹⁵⁰. Il semble en tous les cas difficile de pouvoir en déduire un véritable droit à l'asile.

¹¹⁴⁷ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

¹¹⁴⁸ JO C 303/1, du 14 décembre 2007, texte adapté : JO C 83/389, du 30 mars 2010.

¹¹⁴⁹ Art. 19 : « 1. Les expulsions collectives sont interdites ; 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

¹¹⁵⁰ Voir, sur le compromis dont résulte l'article 18 de la Charte, ainsi que sur ses difficultés d'interprétation, BRAIBANT, p. 144 ss.

4.4. Au niveau international

4.4.1. La Convention de Genève du 28 juillet 1951

L'article 33 al. 1 de la Convention de Genève¹¹⁵¹ est la disposition « mère » du principe de non-refoulement¹¹⁵². Cette disposition est la seule de la Convention qui donne une obligation (certes d'abstention) à l'Etat et l'article 42 y interdit même toute réserve.

L'alinéa 2 de l'article 33 prévoit toutefois une exception lorsque le réfugié représente « un danger pour la sécurité du pays » ou, s'il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit grave, « constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

L'obligation qui découle de l'interdiction de 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. Ainsi, les Etats peuvent soit accorder un asile provisoire, afin de se déterminer pendant ce temps sur le fond de la demande, soit renvoyer le requérant dans un Etat tiers dans lequel il ne court pas de risque pour sa sécurité. Cependant, le principe de non-refoulement couvre à la fois l'interdiction de refoulement direct et indirect. Ainsi, l'Etat qui décide de renvoyer le requérant vers un Etat tiers, sans entrer lui-même en matière sur le fond, devrait s'assurer que l'Etat de destination respectera effectivement le principe de non-refoulement. Sans quoi, le premier Etat manquerait aussi à son obligation de respect de ce principe fondamental de la Convention de 1951¹¹⁵³.

4.4.2. La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950

L'article 3 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales consacre l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence, a étendu la protection de cet article à des domaines non protégés par la Convention et ce, notamment, au bénéfice des étrangers. Ainsi, la Cour a jugé que les extraditions, expulsions ou refoulements, « qu'ils soient effectifs ou virtuels, sont susceptibles de constituer des

¹¹⁵¹ Art. 33 Défense d'expulsion et de refoulement : al. 1 « 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 » ; al. 2 « Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois 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 délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

¹¹⁵² Pour une étude détaillée de la question voir l'ouvrage de HARTL, 1999, ainsi que plus généralement GOODWIN-GILL, MCADAM, p. 201. ss.

¹¹⁵³ Sur ce point, voir CHETAIL, *Le principe de non-refoulement*, p. 3-61.

traitements inhumains ou dégradants »¹¹⁵⁴. En outre, la Commission a estimé qu'un danger pouvait provenir des expulsions en chaîne et a ainsi admis les « réfugiés sur orbite » dans le champ d'application de l'article 3¹¹⁵⁵.

Dans sa jurisprudence, la Cour a également affirmé que la protection assurée par l'art. 3 CEDH est plus large que celle qui découle des art. 32 et 33 de la Convention de Genève¹¹⁵⁶.

4.4.3. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II) et la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Le principe de non-refoulement est également garanti indirectement par le Pacte ONU II¹¹⁵⁷ qui prévoit une interdiction de la torture¹¹⁵⁸ et va ainsi dans le même sens que la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹⁵⁴ SUDRE, p. 173. Voir également l'arrêt CEDH *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, § 74, où la Cour précise que « l'expulsion [...] peut [...] engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés 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 ». Cet arrêt renvoie également à d'autres cas, notamment l'arrêt CEDH *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête no 14038/88.

¹¹⁵⁵ SUDRE, p. 174. Voir en particulier la note 4.

¹¹⁵⁶ « L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 [...] est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 [...] si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant – la protéger de tels traitements – est engagée en cas d'expulsion [...]. Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 [...] est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés », arrêt CEDH *Chahal c. Royaume-Uni*, du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, § 80. Dans le même sens, l'arrêt *Soering* précisait : « L'article 3 [...] ne ménage aucune exception et l'article 15 [...] ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national. Cette prohibition absolue [...] consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. [...]. Reste à savoir si l'extradition d'un fugitif vers un autre Etat où il subira ou risquera de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants engage par elle-même la responsabilité d'un Etat contractant sur le terrain de l'article 3 [...] Un Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention [...] s'il remettait consciemment un fugitif – pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 [...], pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'Etat de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article », arrêt CEDH *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, § 88.

¹¹⁵⁷ DUFFY, p. 382.

¹¹⁵⁸ Art. 7 du Pacte ONU II : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

La Convention contre la torture est plus explicite que le Pacte en consacrant le principe de non-refoulement au sens strict à son art. 3 al. 1 : « Aucun 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 »¹¹⁵⁹. Comme la CEDH, cette Convention doit être appliquée à toute personne sans exception. Son « défaut » consiste peut-être à n'interdire le refoulement que dans les cas de torture, sans y avoir inclus les traitements inhumains, cruels ou dégradants. En revanche, la protection de cette disposition a été étendue de manière à interdire également le refoulement indirect¹¹⁶⁰ et le fardeau de la preuve est moins important que dans le cadre de la CEDH ou du Pacte¹¹⁶¹.

5. LA PROCEDURE ACCELEREE (OU PROCEDURE DE NON-ENTREE EN MATIERE) : BILAN ET PERSPECTIVES

5.1. Remarques introductives et démarche

Au terme de l'analyse de ces différentes procédures d'asile (normale, spéciale, accélérée) en droit suisse comme en droit européen, il convient d'en tirer un bilan.

Dans un premier temps, il s'agit de « mesurer » en quelque sorte – et dans la mesure du possible – la compatibilité du droit suisse avec le système européen, sans perdre de vue la pertinence des règles du droit international public. Cette brève comparaison des systèmes se limite au cas particulier de la procédure accélérée et est présentée au ch. 5.2 ci-dessous.

Dans un deuxième temps, différentes problématiques particulières qui découlent du principe même de l'accélération des procédures sont étudiées (ch. 5.3). Cinq conséquences principales sont mises en avant : la naissance de nouveaux concepts, à savoir les « Etats sûrs » (ch. 5.3.1) ; les renvois en chaîne, les réfugiés en « orbite » et leurs effets sur le principe de non-refoulement (ch. 5.3.2) ; le déplacement des responsabilités des Etats « centraux » sur les Etats « périphériques » (ch. 5.3.3) ; la question du fardeau de la preuve reposant le plus

¹¹⁵⁹ Pour un exemple de décision rendue contre la Suisse et dans laquelle le Comité contre la torture a estimé que la Suisse, en renvoyant le requérant en République démocratique du Congo, violait les droits garantis par l'article 3 de la Convention, voir Décision du Comité contre la torture *Jean Patrick Iya c. Suisse*, du 16 novembre 2007, communication no 299/2006.

¹¹⁶⁰ Décision du Comité contre la torture *R.T. c Australie*, du 11 novembre 2003, communication no 153/2000, § 6.4 : « Le Comité rappelle que, pour que l'article 3 de la Convention s'applique, il doit exister pour la personne concernée un risque prévisible, réel et personnel d'être soumise à la torture dans le pays vers lequel elle est renvoyée ou, comme c'est le cas en l'espèce, dans un pays tiers vers lequel il est prévisible qu'elle sera ultérieurement expulsée ».

¹¹⁶¹ DUFFY, p. 380. Dans sa décision contre la Suisse (mentionnée ci-dessus), le Comité contre la torture a rappelé qu'« il n'est pas nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable ». Décision du Comité contre la torture *Jean Patrick Iya c. Suisse*, du 16 novembre 2007, communication no 299/2006, § 6.4.

souvent sur le requérant d'asile (ch. 5.3.4) et enfin, la question de l'interdiction des discriminations (ch. 5.3.5).

Dans un troisième temps enfin, des conclusions intermédiaires seront tirées dans le but de présenter quelques perspectives relatives à ces procédures d'asile (ch. 5.4).

5.2. Comparaison des conditions de la procédure accélérée en droit suisse et en droit européen et compatibilité avec le droit international

5.2.1. Comparaison du droit suisse et européen

Etablir, dans le domaine de la procédure accélérée, une sorte de « table des concordances » entre les dispositions de la loi sur l'asile et celles de la directive 2005/85/CE relève d'un exercice quelque peu périlleux, voire téméraire. Ces deux textes ont en effet une structure législative totalement différente et répondent à des logiques qui peuvent sur certains points être très distinctes. Mais il en ressort sans doute des tendances communes et révélatrices de l'évolution générale du droit d'asile dans le monde. Pour ne citer que quelques exemples dans le thème qui nous occupe ici, il suffit de penser à la volonté qu'ont la plupart des Etats d'accélérer et de réduire (en temps et en coûts) les procédures ou aux concepts d'Etats tiers ou d'origine sûrs.

Mais établir la conformité du droit suisse au droit européen n'est pas évident pour au moins deux autres raisons encore. Premièrement, la directive 2005/85/CE met en place un système complexe, conçu comme un système de règles minimales, mais assorti d'un nombre important de possibilités, pour les Etats membres, de dérogations à ces règles minimales et de maintien de leurs réglementations nationales antérieures sur de nombreux points¹¹⁶². Il en résulte une image globale assez floue et il faudrait probablement pouvoir examiner chacune des législations nationales des Etats membres pour avoir une vue plus précise de la réalité induite par la directive. Bien plus, la notion même de « procédure accélérée » telle qu'elle résulte de la directive n'a pas un contenu très précis et clair, mais laisse au contraire diverses questions ouvertes, notamment en ce qui concerne ses effets. Or, suivant l'interprétation qu'on lui donne, la conformité du droit suisse à la directive peut, à notre avis, s'apprécier fort différemment.

Deuxièmement, le droit suisse n'est pas non plus totalement limpide et l'interprétation de certaines notions peu déterminées jouera également un rôle important pour savoir si ce droit est compatible avec les règles édictées par l'Union européenne.

¹¹⁶² Dans ce sens et pour une critique générale du droit européen dans ce domaine ; son ambiguïté, ses contradictions, les options facultatives des Etats, les multiples dérogations possibles (alors que les directives sont censées être contraignantes), le seuil minimal ou encore la règle de l'unanimité, voir MAZERON, p. 23.

La question de la compatibilité entre le droit suisse et le règlement de Dublin – qui contribue également à accélérer la procédure (du moins pour les Etats qui ne sont pas désignés responsables de traiter une demande ; il n'en va certainement pas de même pour le requérant qui voit son cas être renvoyé d'un Etat à un autre) – ne se pose pas de la même manière, voire ne se pose pas du tout, puisque la Suisse a – en signant les Accords d'association à Schengen et Dublin – pris la décision d'intégrer ces normes à son système juridique. Sur ce plan-là de la procédure accélérée, il est donc possible d'affirmer que, en théorie du moins, le droit suisse est *formellement (et matériellement)* compatible avec le droit européen. La pratique des Etats sur certains points, comme celui de l'effet suspensif (automatique ou non) des recours, pouvant encore varier d'un Etat à un autre.

Compte tenu de ces remarques qui viennent nuancer et préciser la situation, il est donc possible de supposer que, de manière abstraite et générale, le droit suisse est *a priori matériellement* compatible avec les normes européennes de la directive 2005/85/CE¹¹⁶³. Il faudra toutefois encore suivre avec attention les développements liés à la refonte de ce texte et d'éventuelles prises de positions futures de la Cour de Justice de l'Union européenne concernant l'interprétation de certaines (nouvelles) notions de cette directive pour que cette affirmation puisse être confirmée ou infirmée.

S'il paraît ainsi possible d'admettre que le droit suisse est *a priori* « eurocompatible », la compatibilité du droit suisse et du droit européen avec le droit international ne semble en revanche pas aller de soi¹¹⁶⁴.

5.2.2. Comparaison des droits suisse et européen au regard du droit international

En ce qui concerne la compatibilité *formelle* des normes européennes¹¹⁶⁵ avec le droit international, « il convient de rappeler que, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, les exigences découlant de la protection des principes généraux reconnus dans l'ordre juridique communautaire, au nombre desquels figurent les droits fondamentaux, lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires et que, par suite, ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites

¹¹⁶³ Avec toutefois des exceptions : à titre de contre-exemple concret, la durée de rétention possible à la frontière qui s'élève à 60 jours en droit suisse et à 4 semaines au sens de la directive. Voir à ce sujet la note 640.

¹¹⁶⁴ Bien que, comme l'explique MAZERON pour ce qui concerne le droit européen, ces éventuelles incompatibilités sont difficiles à évaluer en raison d'une part du « caractère faiblement normatif des textes communautaires » et d'autre part du « caractère généralement assez vague des normes internationales pertinentes ». MAZERON, p. 25.

¹¹⁶⁵ La jurisprudence mentionnée dans ce paragraphe s'applique bien au droit communautaire, mais le fondement des principes établis par cet arrêt sont valables également pour la Suisse qui connaît – dans les grandes lignes – les mêmes obligations.

exigences »¹¹⁶⁶. Les Etats membres sont par ailleurs liés par les obligations qui découlent des instruments de droit international auxquels ils sont parties, ainsi que par les principes de droit coutumier et de droit impératif¹¹⁶⁷. Les hypothèses de procédure accélérée et les renvois dans les pays sûrs doivent donc être compatibles avec le principe de non-refoulement.

Pour ce qui est de la compatibilité *matérielle* maintenant, on rappellera tout d'abord que la plupart des instruments communautaires¹¹⁶⁸, ainsi que la LAsi¹¹⁶⁹, font expressément référence à la Convention de Genève sur les réfugiés¹¹⁷⁰. En outre, et comme le précise le paragraphe 7 de son préambule¹¹⁷¹, la directive pose des normes minimales, ce qui signifie que les Etats peuvent prévoir des dispositions plus favorables. Les Etats ne sont dès lors pas tenus d'appliquer des normes de la directive qui seraient incompatibles avec le droit international, pour autant qu'il en résulte une réglementation plus favorable pour les intéressés.

Par ailleurs, la procédure accélérée et les autres formes de procédures spéciales qui l'accompagnent font apparaître dans le droit d'asile, suisse comme européen, toute une série de concepts plus ou moins nouveaux, comme celui de « procédure accélérée » lui-même, mais aussi ceux d'« Etat d'origine sûr », d'« Etat tiers sûr », de « pays de premier asile », d'« Etat tiers européen sûr » (ou « Etat super sûr »), voire d'« Etat super super sûr », qui ont généralement pour effet de créer des présomptions, plus ou moins difficiles à renverser, d'absence de fondement de la demande d'asile.

Or, comme l'a relevé CHETAIL à propos de la notion d'Etat tiers sûr, les bases juridiques de ces différents concepts et instruments nouveaux, souvent déduits indirectement du principe de non-refoulement, restent très incertaines. CHETAIL estime ainsi – toujours concernant l'Etat tiers sûr – que « ce concept d'une légalité contestée et contestable n'est prévu en effet dans aucune disposition de la Convention de Genève »¹¹⁷². Dans la même optique, GIL-BAZO remet en cause le principe même de renvoi dans un Etat tiers sûr. A son avis, ainsi que de l'avis de

¹¹⁶⁶ Arrêt CJCE *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 27 juin 2006, affaire C-540/03, § 105.

¹¹⁶⁷ Ibidem.

¹¹⁶⁸ Voir par exemple les par. 2 du préambule de la directive 2005/85/CE et respectivement du règlement 343/2003 (Dublin).

¹¹⁶⁹ Voir les art. 58 et 59 LAsi, relatifs au principe et effets du statut de réfugié.

¹¹⁷⁰ A tel point que CHETAIL déclare que : « la conformité [de l'harmonisation de la législation européenne en matière d'asile] avec la Convention de Genève est si souvent proclamée qu'elle en devient suspecte ». CHETAIL, *La réforme française de l'asile*, p. 820.

¹¹⁷¹ Libellé comme suit : « Il est dans la nature même des normes minimales que les États membres devraient pouvoir prévoir ou maintenir des conditions plus favorables pour les ressortissants de pays tiers ou les apatrides qui demandent à un État membre une protection internationale lorsqu'une telle demande est comprise comme étant introduite au motif que la personne concernée a la qualité de réfugié au sens de l'article 1 A de la convention de Genève ».

¹¹⁷² CHETAIL, *Le principe de non-refoulement*, p. 26.

FORTIN¹¹⁷³ semble-t-il (résumé par GIL-BAZO), ce principe serait contraire au droit international en ce sens qu'il n'existe aucun principe de droit international qui oblige le requérant à déposer sa demande dans le premier Etat sûr qu'il atteint, pas plus qu'un principe international qui suggérerait que le droit de chercher un asile doive se faire dans un Etat en particulier. Ces deux auteurs estiment en outre que l'hypothèse selon laquelle les Etats parties à la Convention de Genève ne sont pas obligés de reconnaître un statut de réfugiés aux personnes remplissant les conditions de l'art. 1 de cette Convention est incompatible avec le but de cet instrument, parce que si cette supposition était retenue, elle rendrait la Convention dénuée de tout sens¹¹⁷⁴. Ces deux auteurs posent ainsi la question de la compatibilité du principe de l'Etat tiers sûr avec le droit international et en particulier avec les objectifs et les fondements de la Convention de Genève.

Ainsi, en raison de ces brèves remarques, mais également au vu des problèmes particuliers (présentés au chiffre 5.3 ci-dessous) que suscitent ces procédures accélérées, il serait hasardeux d'admettre (en tous les cas de manière générale et abstraite) une compatibilité *matérielle* de ces systèmes ou de ces « logiques » de procédures d'asile avec les normes et l'esprit du droit international.

5.3. Mise en évidence de quelques problèmes particuliers liés à la procédure accélérée

Comme indiqué, la procédure accélérée a fait naître de nouvelles notions – des concepts juridiques indéterminés – qui laissent aux autorités d'application des différents Etats une grande marge d'appréciation et pourraient conduire à des situations préoccupantes. Plusieurs problèmes importants sont susceptibles de se poser dans l'application de ces notions et sont examinés ici.

5.3.1. Naissance de nouveaux concepts

5.3.1.1. En droit suisse

Le droit suisse ne connaît, dans sa loi sur l'asile, que les concepts d'Etat tiers sûr et d'Etat d'origine sûr. Il n'est fait mention ni des « premiers pays d'asile », tels qu'ils sont définis par l'article 26 de la directive européenne, ni des « Etat tiers européens sûrs » de l'article 36 de la même directive. Il faut peut-être réserver le message du Conseil fédéral de 2002, qui semble indiquer qu'*a priori* seuls les Etats européens et en particulier les Etats voisins de la Suisse seront pris en compte pour la désignation des Etats considérés comme sûrs. En ce sens, on aurait pu penser à une sorte de détermination des Etats « super sûrs ». Toutefois, on l'a vu

¹¹⁷³ FORTIN, 1993.

¹¹⁷⁴ GIL-BAZO, p. 597-598.

précédemment, la liste finalement établie par le Conseil fédéral contient un grand nombre de pays dits sûrs qui n'appartiennent pourtant pas à l'Union européenne.

Le concept de *pays d'origine sûr* provient de la notion d'Etat exempt de persécution et est défini comme tel à l'article 6a de la LAsi. Les critères habituellement indiqués sont le respect des droits de l'homme et l'application des catalogues internationaux de droits fondamentaux qui s'y réfèrent, ainsi qu'une certaine stabilité politique. Un critère plus curieux et plus rarement mentionné est celui de « l'existence d'un nombre significatif de demandes d'asile infondées émanant des ressortissants du pays considéré »¹¹⁷⁵. De plus, le message de 1996 prévoit que l'avis des pays occidentaux et celui du HCR sont également des critères qui doivent être pris en compte¹¹⁷⁶.

L'*Etat tiers sûr* est défini dans la LAsi comme un pays dans lequel il y a effectivement respect du principe de non-refoulement. Les autres exigences rejoignent celles établies pour les pays d'origine sûrs, à savoir le respect et l'application des instruments internationaux des droits de l'homme. Le message du Conseil fédéral de 2002 parle notamment de la ratification de la CEDH, de la Convention de Genève de 1951 ou de normes équivalentes¹¹⁷⁷. Un séjour préalable du requérant dans l'Etat tiers en question est indispensable dans l'application de cette notion.

En Suisse comme au niveau européen, ces concepts font l'objet d'un certain scepticisme. GATTIKER estimait (pour la loi sur l'asile de 1998) par exemple que « la *conception* de la réglementation du renvoi dans des pays tiers est elle-même *défectueuse* dans la loi » et qu'au vu des pratiques de plus en plus restrictives en matière d'asile dans les différents Etats européens, il n'est plus possible de conclure, concrètement, qu'un requérant en particulier sera protégé dans un Etat tiers pour la seule raison qu'il y a séjourné auparavant ou que des proches parents y résident¹¹⁷⁸.

5.3.1.2. En droit européen

La naissance de ces nouveaux concepts avait pour objectif de servir d'instrument pour accélérer la procédure d'examen des demandes d'asile. Celle-ci devait quant à elle répondre à deux buts distincts. Le premier, défini dans l'intérêt des Etats, était de répartir de manière équitable la charge provenant des demandeurs d'asile entre les Etats membres. Le deuxième, à

¹¹⁷⁵ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Asile : désignation de nouveaux « pays sûrs »*, 2003.

¹¹⁷⁶ 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, 57.

¹¹⁷⁷ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359, 6392.

¹¹⁷⁸ GATTIKER, *Evolution et perspectives*, p. 134-135.

vocation humanitaire, devait permettre aux demandeurs d'asile de bénéficier de procédures rapides (éviter les « réfugiés en orbite » et les situations dans lesquelles aucun Etat n'estime être responsable de l'examen de la requête) et qui offriraient les mêmes garanties pour tous.

Si ces notions de premier pays d'asile, d'Etat tiers sûr, ou d'Etat tiers européen sûr sont, en théorie du moins, différentes, il n'empêche qu'en pratique, il existe une tendance importante à mélanger ou assimiler ces concepts. Au plan terminologique, les expressions de premier pays d'asile, pays tiers sûr, pays tiers d'accueil, ou pays d'asile sûr sont très souvent utilisées comme des synonymes.

Le *premier pays d'asile* est un Etat dans lequel le demandeur s'est vu reconnaître la qualité de réfugié, et peut encore s'en prévaloir, ou dans lequel il bénéficie d'une autre protection « suffisante », y compris contre le refoulement. Dans les deux cas, pour qu'un Etat membre puisse renvoyer le requérant dans ce pays, celui-ci doit encore réadmettre le demandeur.

L'*Etat tiers sûr* est un pays dans lequel le demandeur aurait pu ou pourrait trouver une protection et peut donc être renvoyé dans ce but. Comme déjà mentionné, cet Etat doit répondre à des critères de sécurité qui sont détaillés au paragraphe 1 de l'art. 27 de la directive et d'autres conditions doivent également exister, notamment celle d'un lien de connexion (et non d'un simple transit) entre le demandeur d'asile et le pays tiers en question.

Selon la directive de 2005, un *pays d'origine sûr* est un pays dans lequel il peut être démontré qu'il n'est jamais recouru à la persécution ni à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne. Les conclusions de Londres de 1992, sur les pays dans lesquels il n'existe généralement pas de risque de persécution, parlaient d'un pays qui ne génère normalement pas de réfugiés. Un demandeur d'asile peut être renvoyé dans un pays d'origine sûr pour autant qu'il en soit ressortissant (ou, dans le cas d'un apatride, que cet Etat ait été son ancien pays de résidence habituelle) et qu'il n'ait pas fait valoir que cet Etat ne répondait pas aux critères de sécurité dans son cas particulier.

Enfin, les *pays tiers européens sûrs*, aussi appelés plus communément des pays tiers « *super sûrs* », sont, par hypothèse, des pays européens « qui observent des normes particulièrement élevées en matière de droits de l'homme et de protection des réfugiés »¹¹⁷⁹. Les demandeurs d'asile qui ont transité par un tel pays et qui sont entrés illégalement dans un Etat membre peuvent y être renvoyés directement sans aucun examen de leur requête.

Ces concepts, et en particulier le dernier, sont très critiqués et souvent considérés comme une menace pour le régime de l'asile par plusieurs auteurs ainsi que par la plupart des

¹¹⁷⁹ Paragraphe 24 du préambule de la directive 2005/85/CE.

organisations œuvrant pour les droits humains et spécialement dans le domaine de l'asile. L'efficacité de ces instruments est fréquemment mise en doute et leur carence dans le respect du droit international, essentiellement du principe de non-refoulement, est régulièrement dénoncée. COSTELLO juge par exemple que les pratiques découlant du concept d'Etat tiers sûr sont injustes, inévitables et inefficaces¹¹⁸⁰, alors que le HCR estime que « l'application de ce concept devrait [...] être abandonnée en faveur d'accords multilatéraux garantissant aux demandeurs d'asile l'accès à une protection effective »¹¹⁸¹. Il rappelle également qu'« il n'existe aucun fondement en droit international pour contraindre des demandeurs d'asile à demander une protection dans un pays où ils ne sont jamais allés »¹¹⁸².

Par ailleurs, il est souvent répété que la question de savoir si un Etat est sûr ne devrait pas pouvoir être traitée de manière générique, mais devrait se poser et être tranchée individuellement en fonction des circonstances propres à chaque cas particulier. À ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé dans le cas *T.I. contre le Royaume-Uni* que « le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité [de l'Etat qui décide du renvoi], qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'art. 3 de la Convention par sa décision de l'expulser »¹¹⁸³. Cette affaire souligne l'importance d'un examen de la requête individuelle avant qu'un transfert ne soit décidé.

C'est également en raison du caractère essentiel d'un examen individuel des requêtes que les listes communes minimales d'Etats d'origine ou de pays tiers européens sûrs font l'objet de grandes réticences de la part des organisations internationales concernées. Concernant ces listes de pays sûrs (d'origine ou européen), il est également possible de se demander si ces pratiques ne constituent pas une nouvelle limitation géographique interdite d'une manière générale par la Convention de Genève de 1951 ainsi que par son Protocole additionnel de 1967.

5.3.1.3. Synthèse

D'une manière générale, BYRNE et SHACKNOVE considèrent que la popularité du concept d'Etat tiers sûr parmi les gouvernements est un indice du manque de volonté et de l'incapacité des Etats d'Europe occidentale à mettre en œuvre leurs solutions régionales et leurs stratégies

¹¹⁸⁰ COSTELLO, p. 47.

¹¹⁸¹ HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 39.

¹¹⁸² HCR, *Aide-mémoire*.

¹¹⁸³ Décision CEDH *T.I. c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête no 43844/98, ch. A, 2, a). Le Comité des Nations Unies contre la torture partage également cet avis au sujet de l'art. 3 de la Convention contre la torture cette fois. Voir la décision du Comité contre la torture *R.T. c. Australie*, du 11 novembre 2003, communication no 153/2000, § 6.4, ainsi que DUFFY, p. 380.

de répartition des charges¹¹⁸⁴. Ils estiment également que le concept de l'Etat d'origine sûr est une innovation inutile, notamment en raison du fardeau de la preuve qui pèse sur le demandeur, mais aussi parce que les responsables des entretiens seront moins actifs dans la recherche et l'établissement des faits et que les personnes spécialement à risques (par exemple les personnes ayant subi des traumatismes importants, tortures, violences sexuelles ou collectives) ainsi que les enfants ne peuvent en aucun cas être correctement pris en compte dans le cadre d'une procédure accélérée.

Les critères pour déterminer comment l'Etat responsable de traiter une demande devra l'examiner ne sont pas évidents, en particulier il n'est pas toujours facile de décider si une procédure peut être accélérée ou non. On peut donc affirmer qu'une procédure accélérée l'est pour l'Etat qui est autorisé à ne pas entrer en matière sur le fond, en renvoyant le demandeur vers un Etat tiers, mais ne l'est pas nécessairement pour le requérant, qui verra son cas traité par plusieurs Etats avant que l'un d'entre eux ne soit désigné comme responsable et soit obligé de traiter sa demande. Cette remarque s'applique en outre en particulier au système introduit par le règlement de Dublin. Le but de la procédure accélérée ne semble donc *a priori* pas véritablement humanitaire. Cette procédure n'essaye pas de raccourcir le parcours du demandeur d'asile – malgré le fait que les préambules des résolutions ou directives mentionnent pourtant presque toujours cet objectif¹¹⁸⁵ – mais tentent plutôt de faciliter et de soulager (administrativement et financièrement) la tâche des Etats ou en tous cas de certains Etats.

ACHERMANN constate aussi que cette manière de procéder découle du principe qui veut qu'il ne soit laissé qu'une seule chance aux requérants, la seule garantie dont ils disposent étant qu'un Etat doit examiner leur demande¹¹⁸⁶. Dans le même sens, l'exposé des motifs de la recommandation du Conseil de l'Europe R (97) 22 évoque à son paragraphe 7 que la « recommandation a pour but d'indiquer à quelles conditions un pays peut être considéré comme sûr afin d'assurer une protection réelle et suffisante aux demandeurs d'asile et aux réfugiés qui en ont besoin et de donner aux demandeurs d'asile la possibilité de faire examiner leur demande par un Etat ».

Enfin, il est peut-être utile de rappeler que s'il y a plusieurs points qui sont toujours controversés dans la notion d'Etat tiers ou d'Etat d'origine sûr, il n'en reste pas moins qu'en

¹¹⁸⁴ BYRNE, SHACKNOVE, point IV, B.

¹¹⁸⁵ Voir par exemple le préambule de la recommandation R (97) 22 qui parle, dans son introduction, du « besoin d'éviter aux demandeurs d'asile d'être renvoyés successivement d'un Etat à un autre sans qu'aucun de ces pays n'examine leur demande d'asile » ou le par. 4 du préambule du règlement de Dublin qui veut qu'une telle méthode permette « une détermination rapide de l'Etat membre responsable afin de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié ». CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (97) 22*.

¹¹⁸⁶ ACHERMANN, *The Principle of Safe Third Countries*, p. 50.

pratique certains problèmes factuels demeurent. Il est par exemple très difficile de pouvoir se fier aux indications du pays d'origine pour déterminer la sûreté ou la sécurité d'un pays, même s'il est généralement prévu que dans la désignation des pays considérés comme sûrs, les Etats concernés peuvent faire appel à des organismes tels que le HCR. Il est aussi admis que les réfugiés reçoivent généralement une protection plus importante dans des Etats éloignés du pays d'origine que dans les Etats voisins, alors que les procédures connaissant le principe du renvoi dans l'Etat tiers aboutissent le plus souvent à rapprocher le requérant de son Etat d'origine. Et quel que soit le contenu des lois, déclarations, directives ou autres instruments établis par les Etats, cette réalité est bien présente et devrait d'une manière ou d'une autre être mieux prise en compte¹¹⁸⁷.

Ces concepts amènent donc à se poser plusieurs questions, notamment celles de savoir si le principe international du non-refoulement est effectivement respecté dans le cadre de ces procédures accélérées, si celles-ci ne génèrent pas un déplacement des responsabilités vers les Etats situés à la périphérie de l'Union, s'il est juste que le fardeau de la preuve incombe en très grande partie au demandeur d'asile – la partie « faible » – et si le problème, soulevé à plusieurs reprises, de l'inégalité de traitement des demandeurs, notamment en fonction du lieu où ils déposent leur requête ou de leur origine, est acceptable.

5.3.2. Violation du principe de non-refoulement, déportations en chaîne et réfugiés en orbite

5.3.2.1. *En droit suisse*

Dans la mesure où la possibilité de renvoyer un requérant dans un Etat tiers sûr est déduite d'une interprétation négative du principe de non-refoulement, les Etats qui décident du renvoi doivent tenir compte de certaines exigences pour éviter que l'interdiction du refoulement ne soit finalement violée. Notamment, ces Etats doivent s'assurer que le principe de non-refoulement indirect sera également respecté, c'est-à-dire vérifier que, dans le cas d'espèce, le requérant ne soit pas dans un deuxième (voire un troisième ou quatrième) temps refoulé vers l'Etat persécuteur¹¹⁸⁸. GATTIKER parle à ce sujet de l'obligation que devraient ainsi avoir les Etats qui décident du renvoi de « dresser un pronostic au-delà du pays tiers sur la possibilité de renvois en chaîne »¹¹⁸⁹. Toutefois, cette responsabilité ne figure pas explicitement dans la loi, il n'existe pas à l'heure actuelle d'obligation pour l'Etat de rendre une « décision de pronostic », ce qui est une lacune importante du système¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ Voir notamment BYRNE, SHACKNOVE, point II.

¹¹⁸⁸ Dans ce sens, UEBERSAX, *Die EMRK und das Migrationsrecht*, p. 207-208.

¹¹⁸⁹ GATTIKER, *Evolution et perspectives*, p. 138.

¹¹⁹⁰ Idem, p. 143.

5.3.2.2. *En droit européen*

COSTELLO est d'avis que les concepts de premier pays d'asile, d'Etat tiers sûr et d'Etat d'origine sûr diminuent l'accès aux procédures d'asile, notamment dans l'Union européenne élargie, et affaiblissent leur probité. Elle juge que les probabilités d'erreur dans la procédure de détermination de l'asile vont augmenter et conduiront inévitablement à des situations de refoulement¹¹⁹¹.

Plusieurs auteurs s'accordent à dire que le but d'éviter les « réfugiés en orbite », prévu notamment par la Convention – et le règlement – de Dublin, la résolution de Londres de 1992 et plus généralement par le concept d'Etat tiers sûr, est loin d'être atteint¹¹⁹². Il semble au contraire que ces instruments n'ont fait qu'amplifier et déplacer le problème. En effet, si un Etat est désigné par ces dispositifs comme responsable au sein des Etats membres, rien ne l'empêche de renvoyer le demandeur vers un Etat tiers à l'extérieur de l'Union, qui pourra à son tour en faire de même¹¹⁹³. Ainsi, si l'objectif peut sembler atteint au sein des Etats membres, il n'en est rien pour les demandeurs qui verront leur cas continuer à être renvoyé dans les différents Etats dans lesquels ils auront transité. Le problème des « réfugiés en orbite » n'est ainsi en aucun cas résolu.

5.3.2.3. *Synthèse*

Les déportations en chaîne sont donc un risque bien présent. BORCHELT présente deux exemples dans lesquels le demandeur se retrouve de retour dans son pays d'origine, en violation claire du principe de non-refoulement, ou dans un pays qui ne connaît pas de procédure d'asile adéquate et où il lui est donc impossible d'obtenir une protection effective¹¹⁹⁴. Par ailleurs, les accords de réadmission existant entre la plupart des pays d'Europe occidentale et les pays périphériques intensifient encore le phénomène, puisqu'ils permettent de renvoyer directement les requérants dans ces Etats. Ceux-ci ayant à leur tour conclu de tels accords avec d'autres Etats, la chaîne de déportation est alors presque illimitée¹¹⁹⁵. L'expulsion vers un Etat tiers ne serait dès lors plus l'exception, mais deviendrait la règle. Le HCR préfère pour cette raison les accords de réadmission à l'application unilatérale du principe général de l'Etat tiers sûr, estimant que ceux-là permettent au moins d'assurer au demandeur transféré un accès à une procédure de détermination.

¹¹⁹¹ COSTELLO, p. 37.

¹¹⁹² Voir par exemple ACHERMANN, *The Principle of Safe Third Countries*, p. 49 ; BYRNE, SHACKNOVE, point III, D ; BORCHELT, p. 501-503.

¹¹⁹³ Selon BOUTELLET-PAQUET, « [l']existence de chaînes de refoulement constitue l'un des effets les plus préoccupants de la politique européenne en matière d'asile ». BOUTELLET-PAQUET, p. 283.

¹¹⁹⁴ BORCHELT, p. 511-512.

¹¹⁹⁵ Voir à ce sujet, HCR, *Background paper No 2*, ainsi que AMARELLE, *Les instruments du renvoi*, p. 53, spéc. 54.

En outre, les expulsions en chaîne et le phénomène des réfugiés en orbite représentent une réelle menace pour la sécurité personnelle des demandeurs d'asile et sont incompatibles avec le principe de protection effective.

Enfin, les déportations en chaîne, comme le problème des réfugiés en orbite, engendrent des coûts, des efforts et une dépense de temps importants pour les Etats, mais font également peser un poids psychologique sérieux sur les demandeurs d'asile qui doivent patienter et s'accommoder de nombreux changements et revirements de situation avant de voir leur cas examiné quant au fond.

En partant du constat que ces événements sont effectifs et certainement pas rares, l'observation de la violation du principe de non-refoulement est imminente. Outre les faits mentionnés ci-dessus, d'autres aspects de la procédure accélérée peuvent conduire à douter du respect de ce principe. La détermination de la sécurité d'un Etat reste en effet une question complexe. Bien sûr, la loi sur l'asile et la directive prévoient des « garde-fous », des conditions que doivent remplir les Etats tiers pour être considérés comme sûrs, comme le fait d'avoir ratifié la Convention de Genève de 1951. Cela n'empêche que ces exigences sont théoriques et qu'il est difficile d'évaluer dans quelle mesure les dispositions de cette Convention sont interprétées, respectées et appliquées.

Par exemple, un Etat européen est automatiquement considéré comme sûr : si un demandeur, après avoir transité par l'Etat européen X, dépose sa requête auprès de l'Etat européen Y, celui-ci le renverra directement dans le dernier Etat de transit X, sans aucun doute considéré comme sûr, puisqu'europpéen. Si cet Etat ne reconnaît pas la persécution perpétrée par les agents non étatiques et que c'est justement sur ce point qu'est fondée la crainte de persécution du demandeur, celui-ci se verra renvoyé dans son Etat d'origine, car il ne remplira pas les conditions de l'Etat X pour obtenir une protection. Dans cet exemple, le principe de non-refoulement a été violé indirectement par l'Etat Y et directement par l'Etat X. Cela signifie aussi que dans ce cas particulier, l'Etat européen X n'est pas sûr pour le demandeur. Comme indiqué, GATTIKER insiste sur l'importance pour l'Etat qui décide du renvoi d'avoir pu établir des prévisions favorables quant aux conséquences du renvoi. S'il existe un doute que la fin de la chaîne présentera des risques pour le demandeur, le renvoi ne devrait en aucun cas être exécuté¹¹⁹⁶.

En pratique, les Etats ont des accords entre eux qui « contournent » ces questions¹¹⁹⁷. Par exemple, si l'Italie et la Lybie ont un accord pour que les Erythréens puissent être renvoyés en Lybie et que la Suisse reçoit une demande d'asile d'un Erythréen qui a passé par l'Italie –

¹¹⁹⁶ GATTIKER, *Evolution et perspectives*, p. 138, 140, 143.

¹¹⁹⁷ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus. Pour un exemple d'accord entre l'Italie et la Lybie, voir MIGRATION POLICY GROUP, 2012.

responsable de son cas en vertu de Dublin –, la Suisse va vraisemblablement renvoyer cette personne en Italie qui, à son tour, la renverra vers la Lybie. Alors que, si ce requérant avait déposé sa demande directement en Suisse, il aurait très probablement obtenu l'asile.

Il est assez aisé de voir que le principe international de non-refoulement peut être violé presque par « négligence », alors qu'il prévoit pourtant clairement qu'aucun Etat ne refoulera « de quelque manière que ce soit » un réfugié, cette formulation étant généralement admise comme incluant tant le refoulement direct qu'indirect.

5.3.3. Elargissement de l'Union européenne : déplacement des responsabilités et nouveaux Etats automatiquement considérés comme sûrs

5.3.3.1. *En droit suisse*

La question ne se pose évidemment pas tout-à-fait de la même manière pour la Suisse puisqu'elle n'est pas membre de l'Union européenne, mais, depuis sa participation aux Accords de Schengen et Dublin, l'élargissement de l'Union européenne a, en tout cas indirectement, les mêmes incidences en Suisse que dans le reste de l'Union. Considérant de fait tous les Etats membres comme sûrs, la Suisse suit l'évolution de l'Union et reporte également une certaine charge en matière d'asile sur les Etats tiers dits « périphériques », même si la Confédération semble affirmer le contraire, dans une information publiée par le Bureau de l'intégration DFAE/DFE, lorsqu'elle déclare que « les règles de répartition des procédures [prévues par le système de Dublin] induisent un réel partage des charges »¹¹⁹⁸.

Cette allégation est toutefois très vite tempérée puisqu'il est ensuite dit que, grâce au système mis en place par Dublin, « [l]a Suisse devrait pouvoir reconduire davantage de demandeurs d'asile vers d'autres pays qu'elle ne devrait en accepter, dans la mesure où sa situation géographique n'en fait pas un pays classique de premier asile »¹¹⁹⁹. Cette prévision a rapidement été confirmée par les chiffres, puisque, comme on l'a vu ci-dessus¹²⁰⁰, les statistiques en matière d'asile 2010 indiquaient que pour cette année-là, la Suisse avait demandé à différents Etats « Dublin » de prendre en charge 5994 requérants, requêtes qui ont été acceptées (ou plutôt non contestées) dans 5095 cas. En « contrepartie » et durant la même période, la Suisse s'est vue adresser 1327 demandes de prise en charge et elle en a accepté

¹¹⁹⁸ BUREAU DE L'INTEGRATION DFAE/DFE, 2008, p. 44-45. Cette affirmation est reprise dans la brochure de 2011 qui parle également de soulagement des systèmes d'asile nationaux. BUREAU DE L'INTEGRATION DFAE/DFE, 2011, p. 53.

¹¹⁹⁹ BUREAU DE L'INTEGRATION DFAE/DFE, 2008, p. 44-45. Le texte de 2011 va dans le même sens et confirme donc ces prévisions : « le système d'asile suisse est allégé, car la situation géographique de la Suisse n'en fait pas un pays classique de premier asile », BUREAU DE L'INTEGRATION DFAE/DFE, 2011, p. 54.

¹²⁰⁰ Voir le ch. II.3.2.

797¹²⁰¹. On peut donc le constater aisément, le rapport entre les demandes de transfert « vers l'extérieur » et celles provenant « de l'extérieur » est clairement favorable à la Suisse.

5.3.3.2. *En droit européen*

Le système du renvoi vers un Etat tiers sûr (régulé par la directive 2005/85/CE et partiellement par le règlement de Dublin) a pris une dimension différente depuis l'adhésion à l'Union européenne des nouveaux Etats membres ainsi que l'accession au régime de Dublin d'autres pays, tels que la Suisse ou la Norvège. En effet, les règles qui découlent de la directive et du règlement de Dublin sont désormais applicables dans tous ces Etats, ce qui signifie que le renvoi dans les Etats tiers sûrs ne concerne dès lors plus que les Etats « périphériques » qui sont le plus souvent les premiers touchés par les entrées dans l'Union et doivent de ce fait supporter une charge plus importante dans le traitement des demandes d'asile et l'accueil des requérants. Ces Etats ne sont de plus pas tous susceptibles de pouvoir supporter cette charge, soit parce qu'ils ne disposent pas d'un régime d'asile efficace, soit parce qu'ils n'ont pas les moyens financiers ou pratiques pour s'en occuper. Dans son commentaire du projet de la directive 2005/85/CE, le HCR a rappelé à ce sujet qu'il ne pouvait approuver que les pays situés à la périphérie de l'Union élargie soient considérés comme sûrs d'une manière générale¹²⁰².

Cette problématique se retrouve désormais non pas seulement dans les Etats à la périphérie – c'est-à-dire juste à l'extérieur – de l'Union « élargie », mais bien déjà dans les pays « simplement » en périphérie¹²⁰³. Il apparaît clairement que le renvoi automatique, notamment en raison du mécanisme de Dublin, dans ces pays est plus que problématique, pour ne pas dire catastrophique. En revanche, ne carrément pas appliquer le règlement de Dublin à certains Etats (par le biais de la clause de souveraineté) pourrait être diplomatiquement délicat¹²⁰⁴.

Il existe ainsi une tension entre les intérêts des requérants d'asile, qui risquent sinon leur vie, du moins leur intégrité physique et psychique, en cas de renvoi automatique dans ces régions, et les intérêts des Etats membres à, d'une part, se décharger d'un certain « fardeau » (pour les Etats « du centre » en tout cas) et, d'autre part, sauvegarder la cohésion européenne. Bien qu'éthiquement, les intérêts « humains » doivent passer avant les intérêts « diplomatiques », il

¹²⁰¹ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2010*, p. 4.

¹²⁰² HCR, *Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »*, p. 39.

¹²⁰³ Il suffit de penser aux charges qui pèsent notamment sur la Grèce, Malte ou l'Italie. Pour de récentes « condamnations » d'une part de la politique italienne en matière de procédure d'asile, voir la résolution intérimaire du CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, CM/ResDH(2010)83 et, d'autre part, en ce qui concerne la Grèce, l'arrêt CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09.

¹²⁰⁴ Commencer aujourd'hui avec la Grèce impliquerait, par souci de cohérence, de continuer demain avec Malte ou l'Italie par exemple et irait, en fin de compte, à l'encontre du principe-même de l'« Union » européenne.

n'est pas évident que la réalité suive cette conviction¹²⁰⁵. Ainsi, une solution intermédiaire devrait au minimum voir le jour. Il serait possible d'appliquer automatiquement la clause de souveraineté envers certains Etats, mais de manière limitée uniquement à certaines « catégories » de requérants, en particulier aux personnes vulnérables (telles que les mineurs, les malades ou les femmes enceintes par exemple)¹²⁰⁶.

5.3.3.3. Synthèse

La mise en œuvre du concept de l'Etat tiers sûr mène, dans ces conditions, à un déplacement des responsabilités des Etats membres sur les Etats frontaliers, leur faisant ainsi supporter une charge particulièrement lourde. Le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés va même jusqu'à parler de « *burden adding* » en lieu et place de « *burden sharing* », estimant qu'un requérant qui passe par plusieurs demandes d'admission dans différents Etats avant de voir son cas examiné au fond relève plus d'un système qui augmente la charge que d'une méthode qui la diminuerait¹²⁰⁷.

Il faut rappeler que même si les Etats « occidentaux » se sentent parfois débordés par le nombre de demandes d'asile qu'ils reçoivent, ce sont avant tout les pays en voie de développement qui sont les premiers touchés et qui recueillent le plus de réfugiés¹²⁰⁸. Ces Etats doivent faire face à des afflux parfois massifs de réfugiés et généralement avec très peu de moyens. Pourtant, les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse continuent à prévoir, au travers de concepts comme celui du pays tiers sûr, des mécanismes pour « se partager » les charges, qui aboutissent souvent, en fait, à rejeter ces charges sur les pays tiers « sûrs » tels que ceux de l'ex-Europe de l'Est¹²⁰⁹.

Au niveau européen, quelques moyens ont toutefois été mis en œuvre pour atténuer ces conséquences¹²¹⁰, même si ces différentes dispositions laissent une impression d'intentions « politiquement correctes » et qu'en pratique, les effets ne sont pas encore vraiment

¹²⁰⁵ La Cour EDH a toutefois marqué une grande avancée dans ce sens dans son arrêt M.S.S. dans la mesure où elle a réaffirmé la primauté des droits fondamentaux. Arrêt CEDH M.S.S. c. Belgique et Grèce, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09. La CJUE a également suivi ce raisonnement dans son arrêt CJUE N. S. c. Secretary of State for the Home Department, du 21 décembre 2011, affaire C-411/10.

¹²⁰⁶ Voir dans ce sens, le commentaire laissé à la suite de l'article d'HERVIEU NICOLAS, *La Cour de Strasbourg se penche enfin sur les réadmissions « Dublin II » vers la Grèce (CEDH, audience GC 1er septembre 2010 M.S.S. c. Belgique et Grèce). Conventionalité de la procédure de réadmission « Dublin II » dans son application aux demandeurs d'asile renvoyés vers la Grèce*, du 1^{er} septembre 2010, sur le site du blog du journal Le Monde, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/01/la-cour-de-strasbourg-se-penche-enfin-sur-les-readmissions-dublin-ii-vers-la-grece-cedh-audience-gc-1er-septembre-2010-mss-c-belgique-et-grece/#comment-3171> (consultation : 15 août 2011).

¹²⁰⁷ EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Safe Third Countries*, par. 36-42.

¹²⁰⁸ Voir ci-dessus le ch. II.2.9 *in fine*.

¹²⁰⁹ Sur cette question de la répartition des charges, voir notamment BORCHELT, p. 500-501.

¹²¹⁰ Pour une présentation plus large des moyens à mettre en œuvre ainsi que sur la notion de « *burden sharing* » et le principe de solidarité, voir HURWITZ, p. 139 ss, spéc. 146 ss.

perceptibles. C'est dans le cadre d'un programme général de solidarité et de gestion des flux migratoires, décidé pour la période 2008-2013¹²¹¹, qu'ont été instauré ou confirmé deux instruments principaux ayant pour but de soulager les Etats « périphériques » des charges qui pèsent dorénavant en grande partie sur eux. Ainsi, dans cette optique, le « Fonds européen pour les réfugiés » a été prolongé et un « Fonds pour les frontières extérieures » a été mis sur pied¹²¹².

Le premier de ces Fonds « a pour objectif de soutenir et d'encourager les efforts consentis par les États membres pour accueillir des réfugiés et des personnes déplacées et supporter les conséquences de cet accueil »¹²¹³, alors que le deuxième a pour but d'assurer le partage de la charge financière, importante et durable, que les Etats « frontaliers » ont à supporter, suite à la mise en œuvre de normes communes¹²¹⁴.

Si ce mécanisme de solidarité financière est un premier moyen permettant de rééquilibrer (ou de « panser ») quelque peu ce système « inéquitable » entre les différents Etats, cette solution est, à mon sens, encore loin de représenter une véritable solidarité avec les Etats qui auraient réellement besoin d'assistance, ou d'être « déchargés ». Il ne faut en effet pas oublier que la situation actuelle – totalement déséquilibrée entre Etats « frontaliers » et Etats « centraux » – n'est autre que le *résultat* de cette politique commune de normes minimales, que ce soit en matière de procédure, de qualification ou concernant l'accueil. Les programmes de « solidarité » prévus pour soulager ces conséquences néfastes ne règlent de loin pas tous les problèmes et ne sont ainsi ni satisfaisants, ni convaincants, puisque les Etats « périphériques », même s'ils sont soutenus financièrement, doivent supporter une charge logistique, culturelle et sociale importante liée à l'entrée d'un nombre conséquent de migrants sur leur sol.

En outre, ces programmes de solidarité et de Fonds ne s'appliquent logiquement qu'à l'égard des Etats périphériques – mais néanmoins membres de l'Union européenne – et la charge qui est laissée aux autres Etats, qui se trouvent juste à l'extérieur des frontières communautaires et qui sont souvent les derniers pays de transit (avant l'entrée dans la « forteresse européenne »), n'est en rien diminuée ou soulagée. Le problème reste donc entièrement le même sur ce plan-là ; il a seulement été repoussé que de quelques centaines de kilomètres.

¹²¹¹ Décision 573/2007/CE du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil. JO L 144/1, du 6 juin 2007.

¹²¹² La création de deux autres Fonds est également proposée : un Fonds européen d'intégration et un Fonds européen pour le retour.

¹²¹³ Art. 2 par. 1 de la Décision 573/2007/CE.

¹²¹⁴ Décision 574/2007/CE du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires ». JO L 144/22, du 6 juin 2007.

HURWITZ rappelle que le principe de solidarité et de partage de la charge fait intégralement partie des fondations du régime international de protection des réfugiés. Ainsi en tentant d'éviter à tout prix leur responsabilité collective, les Etats membres sapent ce régime. Le principe de solidarité et de partage de la charge devrait être interprété de manière à limiter l'étendue de ces pratiques de pays tiers sûrs qui s'appliquent sur une base unilatérale¹²¹⁵.

Plus généralement, BYRNE et SHACKNOVE pensent que le principe même du partage des charges, souvent invoqué en faveur de la notion d'Etats tiers sûrs, est en totale contradiction avec ce concept. Ils jugent que cette notion d'Etat tiers sûr est contraire à l'effort international poursuivi depuis 1951 dans le but de développer une structure globale pour la protection des réfugiés¹²¹⁶.

La manière de faire des Etats européens fonde, en ce sens, un précédent négatif. C'est ainsi que l'ancien Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés l'avait qualifiée et commentée, dans un communiqué de presse du 29 mars 2004, dans lequel il expliquait que d'autres régions du monde pourraient percevoir ces pratiques comme une tentative de se débarrasser de cette « charge » en la renvoyant dans les pays en voie de développement¹²¹⁷.

Cette conclusion amène à un autre point délicat relatif à l'élargissement de l'Union européenne. En effet, les nouveaux Etats membres sont également considérés comme « super sûrs », ce qui soulève en tout cas deux problèmes.

Le premier concerne cette faculté « d'autodétermination » que se sont octroyée les Etats européens de se considérer *de facto* comme sûrs. Qu'en serait-il si les Etats africains décidaient d'en faire de même et de désigner, au travers de l'Union africaine, tous les Etats membres de celle-ci comme sûrs ? Dans le communiqué de presse cité ci-dessus, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés parlait d'un possible « effet domino ». N'aurait-on pas le sentiment que cette « auto-désignation » viole gravement les principes de la Convention de Genève de 1951 ? Et si de tels Etats procédaient à leur tour à ce type d'auto-désignation, quelle attitude devraient adopter les Etats occidentaux à leur égard ? Leur nier cette qualité de sécurité, dans un esprit de respect du droit international des réfugiés, ou profiter du prétexte de l'entretien des bonnes relations diplomatiques pour renvoyer les requérants d'asile ?

Le deuxième problème réside dans le fait que les Etats membres appliqueront certainement le principe de l'Etat tiers sûr aux Etats périphériques et qu'il est, comme souligné par le HCR, difficile de considérer abstraitement ces pays comme sûrs. Pour « évaluer » le pays d'accueil,

¹²¹⁵ HURWITZ, p. 167.

¹²¹⁶ BYRNE, SHACKNOVE, point IV, B.

¹²¹⁷ HCR, *Lubbers*, 2004.

il ne faudrait donc pas seulement tenir compte de la question du respect des instruments internationaux (et notamment du principe fondamental du non-refoulement), mais aussi des capacités administratives et logistiques du traitement de la demande d'asile, ainsi que des conditions d'accueil.

Dès lors, deux hypothèses se présentent. Premièrement, pour les ressortissants « externes » à l'Union européenne, se pose la question de savoir si ces Etats frontaliers auront la capacité et les ressources financières et logistiques suffisantes pour assurer une protection effective au demandeur. Si cela ne devait clairement pas être le cas, les renvois automatiques dans ces régions devraient être totalement suspendus, au moins pour les personnes vulnérables.

Le deuxième cas a trait à l'adhésion, encore hypothétique et actuellement controversée, de la Turquie à l'Union européenne. Dans cette hypothèse, les ressortissants turcs seraient alors des ressortissants « internes » à l'Union. Malgré le fait qu'il semble délicat à l'heure actuelle de considérer cet Etat comme abstraitement sûr, ses ressortissants (kurdes par exemple) ne pourraient pas ou plus demander l'asile au sein de l'Union. Au sens du droit des réfugiés, cela pose un problème important. On pourrait certes objecter que, si la Turquie était membre de l'Union, ses ressortissants pourraient alors bénéficier de la libre circulation des personnes. Ainsi, à défaut de pouvoir demander l'asile, ils pourraient « simplement » s'exiler au titre de cette liberté. Il faut néanmoins relever que les deux statuts ne sont pas comparables. Le droit de séjour découlant de la libre circulation des personnes n'a pas pour but d'offrir une protection effective aux demandeurs d'asile. En conséquence, dans le cas où la Turquie demanderait par la suite à la France par exemple de lui extradier l'un ou l'autre de ses ressortissants, ceux-ci ne pourraient bénéficier d'une protection comparable à celle octroyée par la qualité reconnue de réfugié.

5.3.4. Fardeau de la preuve

5.3.4.1. En droit suisse

L'établissement des faits en procédure d'asile relève de la maxime inquisitoire. Toutefois, les parties peuvent être tenues de collaborer et ce, notamment si une autre loi fédérale le prévoit. La loi sur l'asile établit des présomptions réfutables pour la plupart des cas de non-entrée en matière. Par exemple, il est prévu qu'il ne sera pas entré en matière si le requérant ne remet pas ses papiers dans un délai de 48 heures, sauf s'il arrive à prouver ou du moins à rendre vraisemblable que, pour des motifs excusables, il se trouve dans l'impossibilité de les apporter.

Plus précisément, au sujet des pays tiers, il existe dans le système suisse actuel deux situations différentes concernant le fardeau de la preuve. En premier lieu, le cas des Etats désignés comme sûrs par le Conseil fédéral et en deuxième lieu, celui des Etats tiers dans lesquels un

renvoi peut être envisagé en raison du respect dans le cas d'espèce du principe de non-refoulement.

Dans la première hypothèse, la décision générale du Conseil fédéral de désigner certains Etats comme sûrs ne peut pas être contestée abstraitement par un demandeur, mais en raison de la présomption réfutable de la sécurité d'un tel pays, il est possible de l'attaquer dans un cas concret. Ainsi, c'est sur le demandeur que repose le fardeau de la preuve des éléments démontrant qu'il existe dans son cas personnel des risques réels de persécution dans ce pays. A l'inverse, dans la deuxième hypothèse, une telle présomption n'existe pas et c'est aux autorités compétentes de prouver que la situation est sûre pour le demandeur en question.

5.3.4.2. En droit européen

La directive prévoit que les pays d'origine, les pays tiers ou les pays tiers européens sont présumés sûrs pour autant qu'ils respectent les critères prescrits pour chacun de ces concepts. Ainsi, si le demandeur entend contester la présomption dans son propre cas, c'est à lui que revient l'entière responsabilité d'en apporter la preuve. Le fardeau de la preuve semble donc reposer uniquement sur le demandeur. Deux articles de la directive sont explicites à ce sujet. Ils concernent le pays tiers sûr (art. 27 par. 2, let. c) et le pays d'origine sûr (art. 31 par. 1) et laissent la possibilité au requérant d'attaquer l'application de la notion et de faire valoir des raisons sérieuses qui permettent de penser qu'en raison de sa situation personnelle, le pays en question ne présente pas les garanties de sécurité à son égard. Par ailleurs, trois paragraphes du préambule (17, 19 et 21) mentionnent la présomption réfutable de la sécurité dans le cas des Etats d'origine sûrs. Il est toutefois paradoxal que le demandeur doive apporter ces preuves dans le cadre d'une procédure accélérée, alors qu'il lui sera le plus souvent assez difficile de réfuter une telle présomption.

5.3.4.3. Synthèse

BYRNE et SHACKNOVE ont, en partie, fondé leur étude sur divers entretiens réalisés avec notamment des responsables gouvernementaux ou intergouvernementaux, des avocats, des professeurs, ainsi que des représentants d'ONG, tous travaillant avec des réfugiés ou dans le domaine de l'immigration. En ce qui concerne le pays d'origine sûr, ils affirment que les demandeurs d'asile doivent porter le fardeau de la preuve et convaincre que leur situation personnelle diffère de celle des autres ressortissants du même Etat. De cette manière la présomption de l'Etat d'origine sûr l'emporte. En outre, ils estiment que cette notion de pays d'origine sûr peut inciter les personnes responsables des entretiens à moins se préoccuper de la situation personnelle du demandeur ou peut conduire à relever les exigences du niveau de la preuve et à augmenter les doutes quant à la crédibilité de certaines demandes. Le demandeur est parfois aussi amené à prouver que le retour dans son pays d'origine représente un risque. Pourtant, il faut rappeler encore une fois que si le fardeau de la preuve repose légalement sur

le demandeur, il doit être partagé conjointement entre le requérant et l'examineur, et doit être le même pour tous, peu importe le pays d'origine du demandeur¹²¹⁸.

5.3.5. Interdiction des discriminations

5.3.5.1. *En droit suisse*

La Convention relative au statut des réfugiés de 1951 connaît le principe, à son article 3, de la non-discrimination, notamment quant au pays d'origine.

Le fait que la Suisse connaisse une liste de pays qu'elle estime sûrs et qu'en conséquence les autorités n'entrent pas en matière sur les demandes présentées par des requérants provenant de ces Etats constitue une discrimination en raison de l'origine des requérants.

Il en va de même lorsque, comme mentionné plus haut, l'Office fédéral des migrations a décrété que certaines parties du territoire peuvent être considérées comme sûres, ou du moins le sont pour certaines personnes. L'ODM avait alors décidé de renvoyer des requérants d'asile irakiens venant de trois provinces du nord du pays en précisant que « ces trois provinces ne connaiss[e]nt pas de situation de violence généralisée »¹²¹⁹. Il est toutefois précisé que la situation individuelle des personnes concernées sera examinée et prise en compte afin de s'assurer que le renvoi est bien « raisonnablement exigible » pour chacune d'entre elles. Cette précision, qui rappelle la nécessité d'un examen individuel des cas, est la bienvenue. Il est absolument essentiel que les requérants aient une possibilité concrète de réfuter l'affirmation de sécurité d'une région particulière, sans quoi le principe de l'interdiction des discriminations risquerait d'être enfreint.

5.3.5.2. *En droit européen*

Le paragraphe 9 du préambule de la directive 2005/85/CE prévoit que « concernant le traitement des personnes relevant du champ d'application de la présente directive, les États membres sont liés par les obligations qui découlent des instruments de droit international auxquels ils sont parties et qui interdisent la discrimination ».

Le fait d'établir des listes de pays d'origine sûrs pourrait aller à l'encontre du principe mentionné en préambule et également s'opposer à l'interdiction générale de discrimination prescrite à l'article 3 de la Convention de Genève qui précise que la Convention doit être appliquée à tous les réfugiés sans discrimination, notamment quant au pays d'origine. Sur cette question, le rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la

¹²¹⁸ BYRNE, SHACKNOVE, point V, B.

¹²¹⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Renvois en Irak*, 2007. Cette déclaration a toutefois été nettement nuancée par les ATAF 2008/4 et 2008/5.

population, AGRAMUNT, n'est pas de cet avis. Il estime en effet que « tous les demandeurs d'asile – quel que soit leur pays d'origine – jouissent de l'accès effectif à une procédure de détermination de l'asile pouvant aboutir à l'octroi du statut de réfugié, même si cette procédure est accélérée »¹²²⁰. Toutefois, il semble que la question ne soit pas aussi simple. En effet, si on ne peut certes pas nier que tous les demandeurs d'asile ont accès à une procédure, que celle-ci soit normale, accélérée, ou même spéciale, on doit tout de même admettre que, dans le cas d'une procédure accélérée qui aboutirait à une décision d'irrecevabilité en raison de la provenance (pays d'origine sûr), on s'approche sérieusement d'une discrimination en raison de l'origine. Car cela signifie en fin de compte qu'à cause de l'origine du demandeur, il n'est pas entré en matière sur le fond de sa requête, et que la seule procédure de détermination qui a lieu est celle qui consiste à classer le demandeur dans la catégorie « pays d'origine sûr ». Il semble dès lors difficile d'affirmer que ce demandeur se trouve sur un pied d'égalité avec les autres.

Afin d'éviter une violation de cette disposition, il faudrait au moins que le demandeur ait une possibilité réelle et effective de réfuter la présomption générale de sécurité de son pays.

En outre, un autre type de discrimination peut exister en fonction du lieu dans lequel le demandeur est amené à déposer sa demande. Dans ce sens, le HCR a régulièrement mis en garde contre le fait que les demandeurs peuvent se voir appliquer des traitements différents selon le lieu dans lequel ils déposent leur demande¹²²¹. L'article 24 de la directive 2005/85/CE prévoit des procédures spéciales dans lesquelles il peut être dérogé aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II dans les cas de demandes ultérieures, de procédures à la frontière et dans le cadre du concept de pays tiers européens sûrs. Dans les deux dernières situations, un traitement différent de la demande n'est justifié qu'en raison du lieu dans lequel la demande est déposée (aéroports, zones de transit) ou du lieu duquel provient la demande (Etat tiers européen sûr), les requérants pouvant, pour le reste, être dans des situations totalement similaires à celles de certains de leurs compatriotes qui se trouvent sur le territoire de l'Etat membre et nécessiter exactement la même protection. Le traitement et la procédure qui leur seront appliqués seront pourtant différents. Au vu de la formulation du paragraphe 9 du préambule, il semble possible d'affirmer qu'une telle discrimination dans le traitement n'est pas justifiable. Cela paraît cependant plus délicat au regard des instruments internationaux et notamment de la Convention de 1951 qui parle de la race, de la religion ou du pays d'origine. Néanmoins, cela devrait être une simple question de bon sens et de logique que d'affirmer que ce type de distinctions ne se justifie guère vis-à-vis du droit des réfugiés en général. Ces traitements différents risquent en outre d'encourager les entrées illégales sur le territoire d'un Etat.

¹²²⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DES MIGRATIONS, DES REFUGIES ET DE LA POPULATION, Doc. 10655, ch 71.

¹²²¹ Voir notamment HCR, *Aide-mémoire*.

Enfin, et comme déjà vu dans le cas de la Suisse, l'art. 30 de la directive permet de considérer une portion du territoire, ou une partie du territoire pour un groupe déterminé de personnes, comme sûre. Il faut alors penser au cas dans lequel un demandeur pourrait se voir appliquer un traitement différent en fonction du groupe, ethnique par exemple, auquel il appartiendrait. Cela ne paraît guère justifiable au regard du principe général de non-discrimination et particulièrement consacré en droit d'asile par l'art. 3 de la Convention de Genève.

5.3.5.3. *Synthèse*

Le fait de pouvoir décréter d'office et d'une manière générale que les ressortissants de tel ou tel pays ne sont pas soumis à des risques de persécution sur la simple constatation que leur pays est sûr semble quelque peu dangereux. Cela signifie qu'il n'est pas entré en matière sur les requêtes de ressortissants de certains pays, voire de certaines régions d'un pays, en raison de leur origine et qu'ils subissent ainsi un traitement distinct¹²²². Bien que les personnes concernées aient, en théorie du moins, la possibilité de renverser cette présomption de sécurité, il est tout de même important de rappeler qu'une telle différenciation de traitement, si elle est appliquée systématiquement, risquerait *de facto* d'enfreindre le principe international général de l'interdiction des discriminations. Ainsi, seule l'assurance d'un examen au cas par cas des demandes ainsi que la possibilité effective, pour le requérant, de réfuter la présomption de sécurité de ces Etats permettrait d'éviter une telle violation.

5.4. Conclusions intermédiaires

En premier lieu, il est possible de constater que, malgré le caractère peu précis d'un nombre important de concepts véhiculés par la directive 2005/85/CE ainsi que, en partie, par la loi suisse sur l'asile, les buts vers lesquels tendent ces instruments et les moyens utilisés pour y parvenir sont assez largement similaires. Si au sein de l'Union européenne, aboutir à une procédure unique est un objectif primordial, notamment pour éviter l'« *asylum shopping* », d'autres motifs ont également poussé les législateurs européen et suisse à prendre des mesures restrictives. Une tendance générale à vouloir freiner l'immigration et à diminuer les charges administratives et financières étatiques qui y sont liées est évidemment un élément qui peut être mentionné. Le droit suisse et le droit européen sont donc, matériellement, en étroite « interconnexion » et ils s'influencent mutuellement¹²²³.

¹²²² MAZERON affirme la même chose, mais particulièrement en ce qui concerne le Protocole Aznar (voir le ch. II.4.2.2 ci-dessus). Il estime que ce Protocole instaure une discrimination fondée sur l'origine qui défavorise (pour une fois) les ressortissants de l'Union européenne par rapport à ceux des Etats tiers. MAZERON, p. 31.

¹²²³ Voir en particulier pour une influence du droit suisse sur le droit européen, le ch. III.2.5.3.2 et spécialement le paragraphe relatif à la note 711 ci-dessus.

En outre, les définitions peu claires de certaines notions clés (en particulier de la directive) permettent de penser que, dans ces limites et d'une manière générale et abstraite, la procédure d'asile accélérée du droit suisse est compatible avec celle prévue par la directive européenne, tant et aussi longtemps du moins que ces notions n'auront pas reçues une interprétation plus précise, notamment dans le cadre de la refonte de la directive ou par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Toutefois, si – malgré quelques doutes – il est possible d'affirmer qu'il existe une compatibilité entre le droit suisse et le droit européen dans ce domaine, il nous paraît essentiel de relever qu'il ne suffit pas d'agir de manière comparable, encore faut-il le faire en conformité avec les règles fondamentales du droit international et en particulier avec celles de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés.

Or la procédure accélérée, telle qu'elle est définie en Suisse ou dans l'Union européenne¹²²⁴, entraîne un certain nombre de risques non négligeables de violation du principe de non-refoulement et des garanties de procédure. En ce sens, et au regard des conclusions qui précèdent, il est tout à fait douteux que cette procédure accélérée et ses nombreuses variantes soient en réalité bénéfiques pour les requérants d'asile et les réfugiés et que le respect des droits de l'homme et plus spécifiquement du droit des réfugiés soit toujours garanti.

Dans la mesure où la procédure accélérée, telle qu'elle est construite actuellement, se révèle particulièrement avantageuse pour les Etats, il conviendrait de réfléchir à un autre type de procédure « sélective », mais qui soit également favorable aux demandeurs d'asile. A ce titre, il serait envisageable, à l'image de la proposition de refonte de la directive 2005/85/CE, de *donner une priorité* à certaines demandes. Il s'agirait de mettre en avant notamment les demandes qui sont présentées par des personnes ayant des besoins particuliers, ainsi que les cas qui semblent bien fondés.

Toutefois, en l'état actuel du système de procédure accélérée, pour que tous les demandeurs d'asile – y compris ceux dont la demande est traitée de manière « rapide » (à savoir les « non-

¹²²⁴ JULIEN-LAFERRIÈRE est encore bien plus catégorique quand il affirme que la directive « ne respecte pas les obligations qu'impose la Convention de Genève. C'est qu'elle repose, en réalité, sur une préoccupation totalement étrangère à l'esprit de la Convention de Genève : les Etats européens entendent limiter au maximum l'entrée et le séjour d'étrangers sur leur territoire, y compris quand ceux-ci demandent l'asile. Pour cela, ils tentent d'instituer des mécanismes destinés à retenir les demandeurs d'asile, sinon dans leur pays d'origine ou de résidence, du moins dans les pays ou les zones géographiques les plus proches de leur pays de provenance. Le recours aux notions de "pays de premier asile" ou de "pays tiers sûr" remplit parfaitement cette fonction, puisqu'il permet de renvoyer les demandeurs d'asile vers des pays situés entre celui qu'ils ont fui et l'Etat membre auquel ils ont présenté leur demande. On est loin des critères de définition du réfugié résultant de la Convention de Genève ». JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 282.

entrées en matière » et leurs « cousins » européens) – puissent bénéficier de manière effective d'un accès et de garanties minimales à la procédure d'asile, il faut notamment que :

- toute personne ait en toute circonstance la possibilité effective d'exposer sa situation, ainsi que les causes et les motifs de sa requête. Le droit d'être entendu doit être concrétisé par un entretien personnel, dans une langue que le requérant comprend ou en présence d'un interprète ;
- quelle que soit la situation factuelle, l'établissement des faits ne repose pas de manière prépondérante sur le requérant. Dans une procédure d'asile, le requérant est tenu de rendre objectifs les éléments qui ont causé son exil et qui peuvent parfois sembler subjectifs (dans bien des cas, ils sont toutefois très objectifs). L'autorité de son côté ne devrait pas uniquement examiner et analyser les faits objectifs, mais également tenir compte de l'être humain, notamment au travers de la notion de crainte fondée. Il ne doit en aucun cas y avoir une présomption de véracité pour les autorités et une présomption de mensonge pour le requérant, d'autant moins qu'il y a clairement une partie « forte » et une partie « faible » ;
- toute personne ait la possibilité de faire recours, dans un délai objectivement raisonnable, contre la décision rendue à son encontre (même s'il s'agit d'une décision ne portant que sur des éléments de recevabilité) auprès d'une autorité judiciaire. Ce recours doit avoir un effet suspensif prohibant un éventuel renvoi du demandeur dans un Etat tiers (ou dans son Etat d'origine) tant que la procédure n'a pas atteint le stade final ;
- le renvoi vers un pays tiers ne se fasse qu'au cas par cas ; aucune décision de renvoi ne doit se faire uniquement en fonction de l'origine de la personne ou du lieu par lequel elle a transité. En d'autres termes la présomption réversible doit être renforcée ;
- le renvoi vers un pays tiers ne puisse se faire si la personne n'y dispose pas de liens étroits, tels qu'un séjour antérieur d'une certaine durée, des relations familiales ou un réseau social ; le simple transit doit en tous les cas être exclu, contrairement à ce que prévoit le mécanisme de Dublin (dans l'hypothèse fréquente du renvoi vers l'Etat dans lequel le requérant est entré illégalement) ;
- le renvoi vers un pays tiers ne puisse se faire que si l'Etat qui décide du renvoi est capable d'établir un pronostic positif de l'issue du renvoi ; tout renvoi en chaîne dont l'issue est incertaine doit être prohibé ;
- le critère du respect effectif du principe de non-refoulement (même indirect) par l'Etat de destination ne soit pas le seul élément pris en compte ; l'accès à une procédure d'asile sérieuse et à des conditions minimales d'accueil doit également être garanti.

Dans ces seules conditions minimales, les Etats respecteront effectivement leurs obligations internationales, imposées par les instruments de protection des réfugiés et plus généralement

des droits humains. Il s'agit non seulement pour les Etats de respecter la lettre et l'esprit de ces textes et donc du droit, mais aussi de prendre des responsabilités qui relèvent de l'éthique et qui préservent la dignité humaine des personnes.

IV. SEJOUR DANS LE PAYS « D’ACCUEIL » : LES DIFFERENTS STATUTS, EN PARTICULIER CELUI DES NEMs ET DES IRRECEVABLES

1. REMARQUES INTRODUCTIVES : PRECISIONS ET DEMARCHE

Une fois que le requérant d’asile est entré dans un pays et y a déposé une demande, une procédure s’ouvre. Nous l’avons vu jusqu’à présent, cette procédure peut prendre plusieurs formes, notamment selon le lieu dans lequel la demande est déposée. Cela dépendra avant tout de l’Etat, la Suisse ou un Etat membre de l’Union par exemple, mais aussi des conditions propres à chaque système juridique (par exemple si la demande est déposée à la frontière, dans une ambassade, directement dans le pays ou si le demandeur a des papiers d’identité, s’il a déjà déposé une demande ailleurs, etc.).

En fonction de ces modalités, la procédure pourra prendre une forme différente. Puis, selon la procédure « attribuée », la personne obtiendra un certain statut et les « conditions d’accueil »¹²²⁵ prévues par les Etats varieront selon la catégorie à laquelle appartiendra la personne concernée.

Ce chapitre a donc notamment pour but de définir quel est le statut des personnes durant la période de demande d’asile, ainsi que dans le cas où celui-ci leur est accordé ou au contraire refusé. En droit suisse par exemple, les étrangers sont soumis à différents régimes (loi sur l’asile, loi sur les étrangers, lois spéciales de sécurité sociale, lois cantonales, etc.), mais en fin de compte, quel que soit leur statut (requérant, réfugié, admis provisoire, personne à protéger ou encore personne en situation irrégulière), ils ont des droits. Ces droits leur sont garantis par des instruments relevant du droit international, mais aussi par la Constitution fédérale et certaines lois, générales ou spéciales.

Plusieurs aspects liés au statut des demandeurs d’asile entrent en ligne de compte durant ces phases de séjour, que ce soit le lieu ou le permis de séjour, les éléments relatifs à la sécurité sociale, au droit de travailler ou au regroupement familial notamment.

Les différents éléments à traiter dans ce chapitre sont plus faciles à comparer que ceux relatifs à la procédure accélérée notamment, parce qu’ils sont plus « délimitables », mais aussi certainement parce que les notions – et *a fortiori* les textes qui s’en occupent – sont moins vagues.

¹²²⁵ C’est du moins le terme utilisé dans le cadre du droit européen : « [p]ar conditions d’accueil, il faut entendre l’ensemble des mesures prises par les Etats membres en faveur des demandeurs d’asile conformément à la Directive “accueil” (art. 2[i]) ». AMARELLE, NGUYEN, p. 177.

Ainsi, et contrairement à ce qui a été fait dans la partie précédente – à savoir une analyse comparative par ordre juridique –, la systématique utilisée ici sera thématique. Par souci de clarté et pour avoir une meilleure vue d'ensemble de la matière, ce sont les sujets qui seront mis en avant, traités à chaque fois selon le droit suisse et le droit européen, puis au regard des dispositions internationales pertinentes.

Ce chapitre s'attachera donc à présenter dans un premier temps les sources pertinentes (ch. IV.2), avant de traiter des différents aspects du séjour et des droits des personnes concernées (ch. IV.3). Après quelques généralités (ch. IV.3.1), cette partie abordera ainsi les questions du statut juridique (ch. IV.3.2), de l'hébergement et du lieu de résidence (ch. IV.3.3), des conditions relatives au droit de travailler (ch. IV.3.4), du regroupement familial (ch. IV.3.5), de l'accès à la scolarisation (ch. IV.3.6), ainsi que de l'accès à l'assistance et à la sécurité sociale (ch. IV.3.7). Enfin, les différents statuts seront comparés dans un chapitre conclusif (ch. IV.4).

2. BREF APERÇU HISTORIQUE ET SOURCES

2.1. En droit suisse

2.1.1. La loi sur l'asile du 5 octobre 1979

Sous l'égide de la loi sur l'asile de 1979, les décisions de « non-entrée en matière » n'existaient pas encore et il n'y avait donc pas de personnes désignées par cette expression.

Les premiers motifs de non-entrée en matière sont apparus en 1990 avec l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile, mais à ce moment-là, outre le délai de traitement de ces demandes fixé à six semaines et le fait que la décision devait être motivée sommairement, aucune disposition ne considérait particulièrement leur cas. La concrétisation du droit d'être entendu¹²²⁶ ou la suppression de l'aide sociale¹²²⁷ n'étaient pas encore d'actualité.

2.1.2. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 telle que révisée par le programme d'allègement budgétaire de 2003

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le programme d'allègement budgétaire¹²²⁸, les personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière (dont le renvoi est exécutoire) ne

¹²²⁶ C'est avec l'entrée en vigueur de la « nouvelle » loi sur l'asile, en 1998, que la question du droit d'être entendu (avant qu'une décision de non-entrée en matière ne soit rendue) a été introduite. Voir l'art. 36 d'alors, RO 1999, 2262, 2271.

¹²²⁷ Les questions relatives aux prestations d'assistance relevaient alors de la compétence des cantons. RO 1990 I 938, spéc. 944 et 947.

¹²²⁸ Loi du 19 décembre 2003, RO 2004 1633.

sont plus soumises à la LAsi, mais passent dans le régime de la loi sur les étrangers (à l'époque la LSEE)¹²²⁹. Les NEMs sont désormais « illégaux » et ne peuvent ainsi plus demander une aide sociale. Seule une « détresse grave » leur permettra de bénéficier de prestations cantonales minimales au sens de l'art. 12 Cst¹²³⁰.

Ces modifications visent un double objectif : elles ont pour but, « d'une part, [de] réduire le nombre de requérants d'asile qui séjournent en Suisse et, d'autre part, [de] réaliser des économies, en affectant les ressources désormais plus limitées "uniquement à la prise en charge de personnes qui nécessitent réellement la protection de la Suisse" »¹²³¹.

La question de l'aide d'urgence est laissée aux cantons pour plusieurs motifs et notamment parce que les cantons sont déjà responsables de fixer une telle aide pour les autres étrangers en séjour irrégulier, mais aussi – selon le Conseil fédéral – parce qu'« une réglementation fédérale pourrait laisser croire que toutes les personnes résidant illégalement sur le territoire de la Confédération peuvent prétendre à une aide dans des situations de détresse et ce, qu'elles se trouvent effectivement en situation de détresse ou non »¹²³². Cette argumentation peu convaincante tend en tous les cas à des inégalités importantes entre les différents « NEMs », certains cantons se montrant nettement plus généreux que d'autres dans les prestations octroyées (ou, pour le dire d'une façon peut-être plus « lucide », certains cantons se montrent moins draconiens que d'autres).

Le système prévoit que les cantons soient indemnisés par la Confédération au travers d'un forfait unique d'environ 6000 francs (4000 francs de base et 2000 francs « compensatoires ») pour chaque non-entrée en matière dont le renvoi est exécutoire¹²³³.

Enfin, les décisions de non-entrée en matière doivent désormais être rendues dans un délai de dix jours ouvrables suivant le dépôt de la demande et non plus dans un délai de vingt jours comme cela était prévu jusque-là¹²³⁴.

¹²²⁹ C'est l'art. 44a LAsi tel que modifié par le PAB qui traite du « statut juridique des personnes dont la demande d'asile a fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière », RO 2004 1633, 1635.

¹²³⁰ FF 2003 5091, 5166. MALINVERNI, HOTTELIER, p. 1348 ; MICCOLI MALHERBE, p. 31.

¹²³¹ MALINVERNI, HOTTELIER, p. 1349 qui citent le message du Conseil fédéral concernant le programme d'allègement, FF 2003 5091, 5167. Les auteurs mentionnent d'autres passages particulièrement percutants du message dans lesquels le Conseil fédéral affirme notamment que les « NEMs » « devront se prendre en charge eux-mêmes » et « assumer seuls les conséquences de leur exclusion du système de l'aide sociale ». Pour ce faire, le Conseil fédéral estime que « ces personnes disposent d'un réseau social ou qu'elles peuvent, le cas échéant, recourir à des structures d'urgence existantes ». FF 2003 5091, 5168.

¹²³² FF 2003 5091, 5169.

¹²³³ Art. 28 et 29 OA 2.

¹²³⁴ Art. 37 tel qu'introduit par le PAB, RO 2004 1633, 1635. Pour la disposition dans sa version initiale, voir RO 1999 2262, 2271.

2.1.3. La loi sur l'asile du 26 juin 1998 et ses modifications du 16 décembre 2005 : le droit applicable

Les modifications de 2005 ont principalement eu pour conséquence d'élargir le champ d'application de l'exclusion de l'aide sociale à toute personne déboutée de l'asile (et non plus uniquement aux « non-entrées en matière »)¹²³⁵.

Ces modifications ne se retrouvent toutefois aucunement dans les propositions élaborées par le Conseil fédéral¹²³⁶. Pas plus d'ailleurs que la suppression de l'art. 44a LAsi qui a finalement été abrogé par les chambres fédérales¹²³⁷.

Ces changements fondamentaux ont été introduits en août 2004, suite à des interventions du Conseiller fédéral Blocher et ce, bien après la publication du message à la Feuille fédérale et même après les premières délibérations du Conseil national. Ces propositions ne trouvent pas de sources historiques écrites : elles ne peuvent que se déduire de la lecture des actes du Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, ce qui est doublement regrettable, d'une part pour la transparence du processus d'adoption d'une loi, mais d'autre part également pour l'analyse de la conformité des mesures proposées avec le droit supérieur, que cela soit au niveau constitutionnel ou international, examen qui doit être fait dans tout message du Conseil fédéral¹²³⁸.

¹²³⁵ RO 2006 4745, 4753.

¹²³⁶ Le message ne propose pas de modifier l'art. 82 al. 1 LAsi qui a alors simplement la teneur suivante : « l'octroi de prestations d'assistance est régi par le droit cantonal », RO 1999 2262, 2282.

¹²³⁷ RO 2006 4745, 4751.

¹²³⁸ Le député STUDER a clairement critiqué ce procédé : « Je reconnais volontiers au Conseil fédéral le droit de faire de nouvelles propositions. Mais, généralement, ces propositions, qui interviennent dans le cours du débat parlementaire, sont soit des propositions de modification rédactionnelle par rapport à des articles qui ont été adoptés, soit des propositions techniques que justifie tout d'un coup, dans le cadre du débat, la recherche d'une solution pour un nouveau problème qui est apparu. Le moins qu'on puisse dire, c'est que les nouvelles propositions du Conseil fédéral de la fin du mois d'août 2004 ne sont ni formelles, ni techniques. Ce sont des propositions politiques, très politiques. Et elles suscitent d'importantes questions sur des éléments comme le respect de la Constitution, des engagements internationaux, du droit européen, et aussi d'importantes questions quant à leurs incidences financières pour la Confédération, subsidiairement pour les cantons et les communes. Sur le plan formel, que vous reste-t-il aujourd'hui de ces propositions? [...] Je ne parle pas simplement pour nous, mais pour tous les citoyens et toutes les citoyennes qui s'intéressent à l'affaire. Eh bien, la seule trace formelle que vous avez de ces propositions se trouve sur le site Internet de la Confédération. Mais encore faut-il la trouver! Ce n'est pas simple. Mais, pour les documents qui permettent d'apprécier la portée du débat politique, qui permettent d'apprécier la portée juridique ou financière de nos discussions, il n'y a rien : il n'y a pas de trace dans la Feuille fédérale ou de compléments au message du Conseil fédéral avec ces nouvelles propositions très politiques. Pour moi, cette manière de faire pose un grave problème institutionnel. Est-ce qu'on peut admettre qu'on apporte dans le débat des nouvelles propositions très importantes sans que la citoyenne ou le citoyen qui voudrait les lire ne sache exactement de quoi il en retourne? [...] Pour le débat d'aujourd'hui, vous n'avez reçu aucun document [...] qui vous permette d'apprécier ce que pense le Conseil fédéral de ses propositions par rapport à la Constitution, au droit européen, aux engagements

Le Conseil des Etats a débattu cette proposition le 17 mars 2005¹²³⁹. Une autre proposition plus radicale encore était acceptée le même jour. Elle prévoyait que, dans certaines circonstances, l'aide d'urgence pouvait être limitée, voire simplement refusée¹²⁴⁰.

Le jour suivant, le Tribunal fédéral rendait cependant un arrêt clé dans lequel il affirmait très clairement que la suppression de l'aide d'urgence aux « non-entrées en matière » n'était pas conforme à la Constitution¹²⁴¹.

A la suite de ce jugement, le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à la proposition Inderkum¹²⁴² et d'adhérer à la proposition du Conseil des Etats relative à l'article 82 al. 1.

C'est donc dans ce contexte relativement houleux et délicat que la suppression de l'aide sociale a été étendue à toutes les personnes déboutées de l'asile.

2.2. En droit européen

2.2.1. Remarques liminaires et démarche

En droit européen, divers instruments viennent préciser, d'une part, les différents statuts des personnes concernées par l'asile et, d'autre part, les conditions d'accueil auxquelles ces personnes doivent être soumises. Chronologiquement, les directives principales ont traité en

internationaux et aux incidences financières. [...] Le seul document qu'on a, et c'est bien significatif de la faiblesse et des dangers de la procédure suivie, c'est la lettre qu'on a reçue hier de l'Office fédéral des migrations. Est-ce que vous imaginez qu'on puisse, dans ce domaine-là, se satisfaire désormais de lettres d'offices nous assurant que tout est parfait sur le plan des engagements pour aller de l'avant, ce que certains mettent sérieusement en doute? Sur le plan institutionnel, indépendamment de la nature des propositions, on ne peut pas travailler comme ça. On ne peut pas adopter des règles d'exception, et ce d'autant moins lorsque la situation ne le justifie pas. En l'occurrence, dans le domaine de l'asile, ça a déjà été relevé, la situation ne nous permet pas de considérer que nous sommes dans une situation d'urgence ou d'exception », BO CE 2005 325-326.

¹²³⁹ Voir l'art. 82 al. 1: « (...) Les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ a déjà été imparti peuvent être exclues du régime d'aide sociale », BO CE 2005 355 ss.

¹²⁴⁰ Proposition du parlementaire Inderkum introduite par un art. 83*bis* à la teneur suivante : « Si la décision de renvoi est exécutoire et que la personne concernée refuse de partir bien que l'exécution du renvoi soit possible, licite et qu'elle puisse raisonnablement être exigée, l'aide d'urgence peut être limitée ou refusée », BO CE 2005 360.

¹²⁴¹ ATF 131 I 166, commenté in RDAF, 2006/I, p. 504-521. Pour une analyse de l'arrêt, voir ci-dessous, le ch. IV.3.7.1.4.iv).

¹²⁴² BO CN 2005 1180 ss. Le débat ne s'est toutefois pas arrêté à ce stade. En décembre 2005, le Conseil des Etats revenait avec une nouvelle formulation (désormais art. 83*a*) qui voulait que « [l]orsque l'exécution d'une décision de renvoi entrée en force est licite, raisonnablement exigible et possible et que la personne concernée refuse de coopérer à l'organisation de son départ, une aide d'urgence n'est octroyée que dans le cas où une situation de détresse est rendue vraisemblable », BO CE 2005 961 ss. Lors de la même session, le Conseil national reformulait encore cet article en rappelant le devoir de collaborer à l'exécution de la décision du retour, sans pour autant soumettre une éventuelle violation de cette obligation à la suppression ou à la restriction de l'aide d'urgence, BO CN 2005 1763 ss. C'est cette dernière mesure qui a été adoptée le 16 décembre 2005.

premier lieu de l'octroi d'une *protection temporaire* en cas d'afflux massifs de personnes déplacées, puis des conditions d'accueil pour les *demandeurs d'asile* et enfin des conditions que doivent remplir les personnes pour pouvoir prétendre au statut de *réfugié* ou à une *protection internationale subsidiaire*. Toutefois pour une compréhension globale du système et afin de garder une certaine cohérence avec la partie concernant le droit suisse, il est plus simple de les appréhender dans l'ordre inverse et de comprendre d'abord quelles sont les normes applicables aux requérants d'asile (ch. 2.2.2), puis à celles et ceux qui obtiennent une protection internationale (ch. 2.2.3), que cela soit au travers du statut de réfugié ou d'une protection subsidiaire, et enfin, aux personnes au bénéfice d'une protection temporaire (ch. 2.2.4).

En revanche, les personnes qui se trouvent en situation irrégulière ne connaissent pas de mécanisme qui leur conférerait des droits particuliers¹²⁴³. Ces personnes ne sont ainsi soumises qu'aux dispositions générales du droit international et plus spécifiquement des droits humains. Il existe manifestement plus d'instruments relatifs à l'éloignement et au retour des ressortissants des Etats tiers et à la lutte contre l'immigration clandestine que de dispositions harmonisant les conditions d'admission et de séjour des étrangers¹²⁴⁴. Il est certainement plus facile de mettre d'accord les Etats membres de l'UE sur les manières à employer pour rejeter des ressortissants de pays tiers que sur les droits à leur octroyer.

2.2.2. La directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres.

La directive 2003/9/CE a pour *but* de fixer des normes minimales pour l'accueil des requérants d'asile dans les Etats membres de l'Union européenne¹²⁴⁵. En d'autres termes, il s'agit de garantir, par ces normes minimales, des conditions de vie dignes aux personnes qui déposent une demande d'asile dans un Etat membre de l'Union européenne. Cette directive s'est révélée être un pendant nécessaire au mécanisme de Dublin. Si les requérants ne peuvent

¹²⁴³ MAZERON, p. 17. Dans le même sens, CARLIER est d'avis que « [p]ar hypothèse, ce n'est pas l'organisation d'une forme d'immigration, mais son éradication qui est visée par la lutte contre l'immigration irrégulière », CARLIER, *La condition des personnes*, p. 174.

¹²⁴⁴ MAZERON, p. 21-22. Dans ce sens, voir les nombreux instruments ayant trait notamment au contrôle de l'entrée sur le territoire des Etats membres et notamment la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/17, du 5 décembre 2002, la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1, du 5 décembre 2002, ainsi que les directives 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261/24, du 6 août 2004 et 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19, du 6 août 2004.

¹²⁴⁵ Art. 1 de la directive 2003/9/CE.

pas choisir dans quel Etat ils souhaitent déposer une demande, il faut alors au moins qu'ils soient traités dans des conditions comparables¹²⁴⁶.

Comme son nom l'indique, elle *s'applique aux demandeurs d'asile* (ainsi qu'à leur famille si elle est couverte par la demande en raison du droit national), à l'exclusion cependant de ceux qui déposent une requête d'asile diplomatique ou territorial auprès d'une représentation ou ambassade d'un Etat membre¹²⁴⁷. Toutefois, les Etats de l'Union peuvent souverainement décider d'étendre cet instrument à d'autres demandes de protection qui ne relèvent pas de la Convention de Genève¹²⁴⁸.

Les conditions d'accueil de cette directive peuvent à l'inverse ne plus être appliquées à certains requérants notamment lorsqu'ils quittent le lieu de résidence fixé sans autorisation ou sans en informer les autorités, lorsqu'ils ne coopèrent pas avec les autorités, s'ils ont déjà introduit une demande dans le même Etat membre, s'ils ont indûment bénéficié de conditions matérielles d'accueil alors qu'ils disposaient de moyens financiers suffisants, s'ils n'ont pas introduit leur demande dans les meilleurs délais après leur entrée sur le territoire de l'Etat membre¹²⁴⁹.

Cette possibilité de ne plus appliquer la directive dans certains cas est discutable. Si les Etats constatent des abus dans leurs systèmes d'asile, ils devraient les régler dans le cadre de la procédure elle-même, mais ces abus ne devraient pas pouvoir être utilisés comme excuse pour « affamer les requérants d'asile ou les rendre sans-abri »¹²⁵⁰. Dans le même sens, le HCR ajoute que les requérants qui se trouvent en situation de pauvreté ou d'indigence ne sont souvent pas dans des conditions physiques ou psychologiques qui leur permettent de mener de manière adéquate leur procédure d'asile¹²⁵¹.

Le texte est conçu de la manière suivante : après quatre dispositions générales, le chapitre II (le plus important) se consacre aux conditions d'accueil applicables aux requérants d'asile. Suit un chapitre relatif aux possibles limitations ou retraits de ces conditions d'accueil, puis une partie concerne les personnes ayant des besoins particuliers, enfin, les deux derniers chapitres traitent l'un des moyens de mise en œuvre de ces mesures, l'autre des dispositions finales.

¹²⁴⁶ ROGERS, p. 215. Dans son article, l'auteur présente une synthèse intéressante de la conception de cette directive et des positions des différents acteurs (Etats membres, ONGs, etc.) sur ce texte (ou son projet). Pour un commentaire article par article de ce texte, voir en outre PEEK, p. 871-984.

¹²⁴⁷ Art. 3 par. 1 et 2 de la directive 2003/9/CE.

¹²⁴⁸ Art. 3 par. 4 de la directive 2003/9/CE. Voir AMARELLE, NGUYEN qui mentionnent l'exemple de la Belgique. AMARELLE, NGUYEN, p. 175.

¹²⁴⁹ Art. 16 de la directive 2003/9/CE.

¹²⁵⁰ GUILD, p. 217 (traduction libre).

¹²⁵¹ HCR, *Annotated Comments on Directive 2003/9/EC*, ad art. 16.

Un point particulier du préambule de la directive peut être relevé pour son aspect plutôt paradoxal. Le paragraphe 13 précise que « [l']efficacité des systèmes d'accueil nationaux et la coopération entre les États membres en matière d'accueil des demandeurs d'asile devraient être assurées ». Or, cette affirmation entre quelque peu en contradiction avec le mécanisme de Dublin qui ne fait que repousser et transférer toutes les responsabilités d'accueil vers les « États-frontières » de l'Union, lesquels sont contraints de supporter toutes les charges. Cela implique, on l'a vu notamment pour Malte, l'Italie ou la Grèce, que ces États n'arrivent pas à faire face à la situation et à gérer correctement les migrants qui leur sont renvoyés. Pour parer à cette insuffisance, une coopération concrète entre les États membres (mentionnée dans la deuxième partie de la phrase du par. 13) devrait donc être sérieusement renforcée pour pouvoir assurer l'effectivité, ou encore mieux l'efficacité, des systèmes nationaux d'accueil.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

Cette directive ayant été considérée comme insuffisamment efficace notamment en matière d'harmonisation¹²⁵², le Parlement et le Conseil ont préparé une nouvelle proposition de refonte¹²⁵³. Il est notamment proposé d'inclure désormais dans son champ d'application les personnes demandant une protection subsidiaire, afin de faire preuve de plus de cohérence avec la directive « qualification » qui introduit précisément cette notion. La proposition 2008 a en outre été complétée, en 2011, par une proposition émanant de la Commission européenne qui a notamment pour but de mieux définir certaines notions juridiques ainsi que de simplifier et d'assouplir certaines normes¹²⁵⁴.

2.2.3. La directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, concernant la qualification au statut de réfugié.

La directive 2011/95/UE remplace la directive 2004/83/CE¹²⁵⁵. Elle concerne 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 subsidiaire, et au contenu de cette

¹²⁵² « Contrairement aux prédictions qui ont suivi l'adoption de la directive, il semble que les États membres n'aient pas abaissé leurs normes antérieures d'assistance aux demandeurs d'asile. Cependant, le présent rapport montre clairement que l'important pouvoir discrétionnaire laissé par la directive dans différents domaines, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi et aux soins de santé, le niveau et la forme des conditions matérielles d'accueil, le droit à la libre circulation et les besoins des personnes vulnérables, va à l'encontre de l'objectif consistant à faire en sorte que des règles identiques soient appliquées en matière de conditions d'accueil ». COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 11.

¹²⁵³ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (Refonte)*, COM(2008) 815 final, du 3 décembre 2008 (cité ci-après : COM(2008) 815 final).

¹²⁵⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des demandeurs d'asile (Refonte)*, COM(2011) 320 final, du 1^{er} juin 2011 (cité ci-après : COM(2011) 320 final).

¹²⁵⁵ Pour un commentaire de la directive 2004, voir HAILBRONNER, ALT, BATTJES, p. 985-1225.

protection » et a pour *but* de fixer des critères communs (à tous les pays membres de l'UE) pour déterminer quelles sont les personnes qui ont réellement besoin d'une protection internationale.

Cette directive *s'applique aux ressortissants « extra-européens » ou aux apatrides*¹²⁵⁶, reprenant ainsi clairement l'idée que les pays européens sont « sûrs » et que leurs citoyens n'ont pas besoin de protection. Si cette position est justifiée au regard du droit communautaire¹²⁵⁷, elle ne laisse pas moins sceptique quant à sa pertinence : « cette motivation tirée du respect des droits de l'homme, trahit une autosatisfaction des Etats membres de l'Union européenne qui pèchent par orgueil et méconnaissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant, à diverses reprises, condamné chaque Etat membre »¹²⁵⁸. En outre, en excluant les ressortissants des Etats de l'Union européenne de son champ d'application, cette directive va plus loin que la directive 2005/85/CE relative à la procédure, puisque celle-ci ne prévoit pas, pour ces ressortissants, une exclusion de la procédure, mais une procédure « spéciale » qui ne doit pas nécessairement satisfaire à toutes les garanties fondamentales¹²⁵⁹.

Formellement, la *directive s'articule de la manière suivante* : elle présente tout d'abord quelques dispositions générales (chap. I), puis un certain nombre de dispositions relatives à l'évaluation de la demande de protection internationale. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer les faits et circonstances du cas et de déterminer notamment les acteurs des persécutions et d'une éventuelle protection, ainsi que la possibilité de trouver une protection à l'intérieur du pays (chap. II). La directive comprend ensuite deux chapitres qui traitent des conditions pour être considéré comme réfugié (chap. III) et du statut de réfugié (chap. IV), puis deux autres chapitres sont construits de la même manière, mais touchent cette fois les personnes nécessitant une protection subsidiaire (chap. V et VI). Enfin, un chapitre contient des dispositions communes à ces deux statuts et traite ainsi du contenu de la protection internationale (chap. VII).

Dans son premier chapitre relatif aux dispositions générales, la directive s'aventure à donner une définition du réfugié¹²⁶⁰, alors même que tous les Etats membres de l'Union sont aussi

¹²⁵⁶ Art. 1 et 2, let. f de la directive.

¹²⁵⁷ Notamment en raison de l'art. 63, par. 1, let. c du Traité d'Amsterdam et du Protocole Aznar, rappelé par le paragraphe 20 du préambule de la présente directive : « la présente directive s'entend sans préjudice du protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

¹²⁵⁸ CARLIER, *Réfugiés*, p. 293-294.

¹²⁵⁹ Idem, p. 295.

¹²⁶⁰ Art. 2, let. d de la directive : « 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,

parties à la Convention de Genève qui donne une définition claire du réfugié à son article premier. La définition de la directive est plus restrictive que celle de la Convention de Genève, puisqu'elle exclut de son champ d'application les citoyens européens.

Il convient en outre de mentionner que la directive reconnaît que les « acteurs non étatiques » peuvent être les auteurs de persécutions ou d'atteintes graves nécessitant une protection internationale¹²⁶¹. Cette position a l'avantage de venir clarifier et mettre finalement un terme aux différentes interprétations faites jusqu'à présent de la Convention de Genève¹²⁶². Elle peut être considérée comme une avancée dans le droit d'asile¹²⁶³.

Enfin, l'intérêt principal de cette directive réside dans le fait qu'elle introduit un *nouveau statut*, puisqu'elle couvre toutes les personnes nécessitant une « protection internationale »¹²⁶⁴. Elle comprend ainsi évidemment les réfugiés au sens de la Convention de Genève, mais également les personnes qui ne remplissent pas les critères pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, mais qui nécessitent tout de même une *protection subsidiaire* parce qu'elles courraient « un risque réel de subir [d]es atteintes graves »¹²⁶⁵ si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine. Cette forme de protection résulte de la jurisprudence de la Cour EDH qui a reconnu, dans l'affaire Soering, un effet indirect ou par ricochet à l'art. 3 CEDH¹²⁶⁶.

2.2.4. La directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées

Cette directive¹²⁶⁷ a été introduite suite aux événements d'Ex-Yougoslavie et *permet d'octroyer une protection rapide, mais temporaire*, à un groupe de personnes, en cas d'afflux

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 ».

¹²⁶¹ Art. 6 let. c de la directive 2011/95/UE. Cet article était déjà présent dans la directive 2004/83/CE et n'a pas subi de modification.

¹²⁶² LANTERO, p. 120.

¹²⁶³ Dans ce sens, voir HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 18-19. En droit suisse, la Commission de recours en matière d'asile a reconnu en juin 2006 que les persécutions non étatiques étaient pertinentes au regard du droit d'asile. Voir JICRA 2006/18, spéc. consid. 7 et 8.

¹²⁶⁴ Ce concept a déjà été introduit par la directive 2004/83/CE.

¹²⁶⁵ Art. 2, let. f de la directive 2011/95/UE (ancien art. 2, let. e de la directive 2004/83/CE).

¹²⁶⁶ CARLIER, *La condition des personnes*, p. 157.

¹²⁶⁷ Le titre complet de la directive est le suivant : « Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ». La fin du titre de la directive, relatif à des mesures de coopération, peut appeler les mêmes remarques que celles faites à l'égard du par. 13 du préambule de la directive 2003/9/CE ci-dessus.

massifs, sans devoir procéder à une analyse personnelle pour chaque requérant¹²⁶⁸. L'afflux massif est constaté par le Conseil qui doit rendre une décision adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission ; le Parlement n'est qu'informé de cette décision¹²⁶⁹.

La protection est *applicable à des personnes déplacées* qui proviennent d'un Etat tiers et ne peuvent pas rentrer dans leur pays d'origine en raison de la situation qui y règne, notamment en cas de conflit armé ou violence endémique ou lorsqu'il y a des violations systématiques ou généralisées des droits humains¹²⁷⁰.

La durée de la protection temporaire est en principe limitée à un an. Elle peut toutefois être prolongée automatiquement par périodes de six mois, mais au maximum pour un an. Si suite à cet intervalle, il y a encore des raisons de maintenir la protection, le Conseil peut encore, en suivant une procédure précise, proroger la protection pour un an au maximum, ce qui porte la durée de la protection à trois ans maximum¹²⁷¹.

Cette durée maximale est longue pour une protection qui se veut temporaire et nécessaire pour remédier à l'impossibilité de traiter en même temps de trop nombreuses demandes de protection internationale. Pour JULIEN-LAFERRIERE, il existe alors un risque que cette protection devienne une « voie de garage » pour ces personnes et qu'elles ne bénéficient finalement que d'un « sous-statut » qui négligerait les prescriptions de la Convention de Genève¹²⁷².

Les *chapitres centraux de la directive* traitent notamment de la durée et de la mise en œuvre de la protection temporaire, des obligations que les Etats membres ont envers les bénéficiaires de cette protection, du lien éventuel entre cette protection et une procédure d'asile et enfin, du retour et des mesures après cette protection.

Le lien avec la procédure d'asile est clairement établi : les personnes temporairement protégées peuvent à tout moment déposer une demande d'asile. Toutefois, les Etats peuvent décider que la personne ne pourra pas cumuler les deux statuts (celui de requérant et celui de personne temporairement protégée)¹²⁷³. Cette clause est regrettable dans la mesure où si un Etat offre un moins bon statut de requérant que de protection temporaire, la personne sera

¹²⁶⁸ MAZERON, p. 14 ; Sur l'« histoire » de cette directive, voir KÄLIN, *Protection temporaire*, p. 398-404. Pour un commentaire article par article, voir SKORDAS, p. 803-870.

¹²⁶⁹ Art. 5 de la directive 2001/55/CE. Cette lourde procédure a pour conséquence de n'être pratiquement jamais mise en œuvre. Elle aurait pu l'être lors des bombardements de 2002 en Afghanistan ou lors de l'invasion en Irak en 2003, mais les Etats membres ont alors préféré encourager les refuges dans les pays voisins ou les retours rapides de ces personnes dans ces régions. GUILD, p. 211.

¹²⁷⁰ Art. 1 et 2, notamment let. a et c de la directive 2001/55/CE.

¹²⁷¹ Art. 4 de la directive 2001/55/CE.

¹²⁷² JULIEN-LAFERRIERE, p. 274.

¹²⁷³ Voir les art. 17 à 19 de la directive 2001/55/CE.

indirectement dissuadée de demander l'asile, ce qui a pour conséquence de restreindre injustement le champ d'application de la Convention de Genève¹²⁷⁴. En outre, si la personne remplit en fin de compte les conditions du statut de réfugié, elle risque – par cette protection temporaire – de perdre pendant une durée de un à trois ans des droits plus étendus que lui aurait conférés la Convention de Genève¹²⁷⁵.

C'est le règlement de Dublin qui déterminera quel Etat est responsable de traiter cette demande, mais l'Etat qui a accepté le transfert de la personne sur son territoire sera « en particulier » responsable. Si la demande est rejetée et que le statut de réfugié (ou de la protection subsidiaire) n'est pas accordé, la protection temporaire de la directive 2001/55/CE reste valable jusqu'à la fin de la période prévue¹²⁷⁶.

Le retour peut être volontaire – auquel cas il doit être facilité par l'Etat membre qui veillera notamment à ce que la décision ait été prise en toute connaissance de cause – ou forcé, à l'issue de la période de protection. Dans cette hypothèse, l'Etat membre doit garantir que le retour se fera dans le respect de la dignité humaine et doit vérifier qu'il n'existe pas de raisons humanitaires impérieuses rendant le retour impossible ou déraisonnable¹²⁷⁷.

Il convient encore de préciser que cette directive est une *lex specialis* par rapport à la directive 2003/9/CE relative aux requérants d'asile. Cela signifie qu'elle s'applique en priorité ou, autrement dit, que la directive 2003/9/CE ne trouve pas application lorsque les circonstances de la protection temporaire sont réunies¹²⁷⁸.

2.3. En droit international

2.3.1. Remarques liminaires

Un nombre important de sources s'offre au regard du droit international pour la protection des droits sociaux ou économiques des individus.

Les sources jugées pertinentes pour ce travail seront classées de la manière suivante : en premier lieu seront examinées *celles qui s'adressent à tous* (donc y compris à tous les migrants en général), puis en dernier lieu, *celles qui ne touchent que les réfugiés* en particulier (ch. 2.3.8).

Parmi les sources « générales », celles qui ont un *impact international* seront présentées en premier, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme en tant que « principe

¹²⁷⁴ JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 274-275.

¹²⁷⁵ GUILD, p. 211-212.

¹²⁷⁶ Art. 17 à 19 de la directive 2001/55/CE.

¹²⁷⁷ Art. 21 et 22 de la directive 2001/55/CE.

¹²⁷⁸ Art. 3 par. 3 de la directive 2003/9/CE.

directeur », puisqu'elle est juridiquement non contraignante (ch. 2.3.2) ; puis les Pactes I et II de l'ONU (ch. 2.3.3 et 2.3.4) ; la Convention de l'ONU sur la protection des travailleurs migrants (ch. 2.3.5) ; et éventuellement, lorsque des dispositions sont pertinentes, la Convention relative aux droits de l'enfant. Les sources dont l'*impact* est *régional*, à savoir celles émanant du Conseil de l'Europe et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme (ch. 2.3.6) et la Charte sociale européenne révisée (ch. 2.3.7) viendront ensuite.

2.3.2. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948

La Déclaration universelle des droits de l'homme, bien que juridiquement non contraignante, peut être citée en tant qu'instrument « directeur » véhiculant des principes généraux et des valeurs fondamentales pour tous les individus.

Son texte est explicite et prévoit que « [t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires »¹²⁷⁹.

Presque vingt ans plus tard, les Pactes internationaux de l'ONU relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et respectivement aux droits civils et politiques, tous deux juridiquement contraignants, sont venus « concrétiser » et compléter la Déclaration.

2.3.3. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966

Le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, aussi parfois appelé Pacte ONU I, est entré en vigueur le 3 janvier 1976. Il a en principe une portée universelle et s'applique donc à tout individu, qu'il soit national, étranger, en situation régulière ou irrégulière. C'est l'art. 2 qui prévoit que les droits garantis par le Pacte doivent être exercés sans discrimination¹²⁸⁰.

Les Etats sont invités à rendre régulièrement (en principe tous les cinq ans) un rapport sur la mise en œuvre et le respect des droits reconnus par le Pacte. Ces rapports sont adressés au Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui les examine et rend par la suite ses observations¹²⁸¹. Dans ses dernières observations relatives à la Suisse, le Comité regrette d'une manière générale que la Suisse ne considère la plupart des dispositions que comme des

¹²⁷⁹ Art. 25 par. 1 DUDH.

¹²⁸⁰ Une dérogation est explicitement prévue pour les pays en voie de développement qui peuvent décider dans quelle mesure ils accorderont les droits économiques aux non-ressortissants. Voir aussi, CHEMILLIER-GENDREAU, p. 328.

¹²⁸¹ Art. 16 ss Pacte ONU I. Pour plus de détails sur le mécanisme de contrôle du Pacte, voir NASKOU-PERRAKI, p. 196 ss.

« objectifs programmatiques et des buts sociaux, et non des obligations juridiques. Cela a pour conséquence que certaines dispositions du Pacte ne peuvent prendre effet en droit interne ni ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions internes de l'État partie »¹²⁸².

Un protocole facultatif permettant aux particuliers d'adresser des communications au Comité a été élaboré le 10 décembre 2008, mais il n'est pas encore en vigueur. La Suisse ne l'a d'ailleurs pas signé¹²⁸³.

2.3.4. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

Comme le Pacte ONU I, le deuxième Pacte (Pacte ONU II, entré en vigueur le 23 mars 1976) a également une portée universelle et s'applique à tous, nationaux et étrangers, quel que soit le statut particulier de la personne¹²⁸⁴.

Le Comité des droits de l'homme surveille l'application du Pacte ONU II. Les pays sont tenus de présenter au Comité des rapports réguliers (en principe tous les quatre ans) consacrés à l'évaluation de la mise en œuvre du Pacte. Ces rapports sont étudiés par le Comité qui formule ensuite des observations¹²⁸⁵. Un Etat peut en outre reconnaître au Comité la compétence d'examiner des communications émises par un autre Etat¹²⁸⁶. Le premier protocole additionnel (entré en vigueur le même jour que le Pacte II) permet également aux Etats de reconnaître les communications adressées par les particuliers. La Suisse ne l'a pas ratifié¹²⁸⁷.

2.3.5. La Convention de l'ONU sur les travailleurs migrants du 18 décembre 1990

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille date du 18 décembre 1990, mais n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juillet 2003.

¹²⁸² CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3, par. 5.

¹²⁸³ 35 Etats l'ont signé, mais seuls trois Etats sont parties : l'Equateur, l'Espagne et la Mongolie. Etat au 19 mars 2011 (http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr). Sur la question de la justiciabilité des droits du Pacte et le Protocole additionnel, voir TEXIER, p. 277-281.

¹²⁸⁴ Voir l'art. 2 par. 1 du Pacte, ainsi que COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale no 15*, par 1 et 2. De rares exceptions sont prévues par le texte du Pacte : l'art. 25 (relatif aux droits politiques au sens strict) n'est par exemple réservé qu'aux citoyens.

¹²⁸⁵ Art. 40 Pacte ONU II.

¹²⁸⁶ Art. 41 Pacte ONU II.

¹²⁸⁷ Art. 1 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966. 113 Etats ont ratifié ce protocole. Etat au 19 mars 2011 (http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=fr). MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 15 ss.

Elle couvre tous les travailleurs migrants et leurs familles, mais ne s'applique pas au personnel des organisations internationales, ni aux réfugiés, apatrides, étudiants et stagiaires.

Elle s'articule de la manière suivante : après une première partie relative au champ d'application et aux définitions, la deuxième partie inscrit le principe de non-discrimination en ce qui concerne les droits reconnus par la Convention, puis la troisième partie dresse un catalogue de droits fondamentaux applicables tant aux migrants réguliers qu'aux migrants irréguliers, avant que la quatrième partie ne vienne préciser un certain nombre de droits valables uniquement pour les migrants en situation régulière. Il faut donc faire une distinction entre les droits attribués à *tous les travailleurs migrants*, de ceux qui ne sont destinés qu'aux seuls *travailleurs migrants réguliers*¹²⁸⁸.

Un Comité est chargé de superviser l'application de la Convention. Pour ce faire, les Etats parties doivent remettre tous les cinq ans un rapport sur la mise en œuvre de la Convention. Ces rapports sont examinés par le Comité qui adresse ensuite aux Etats ses observations finales. Si l'Etat partie l'admet, le Comité peut aussi recevoir des communications d'un Etat contre un autre Etat ou des communications individuelles de la part de particuliers¹²⁸⁹.

Toutefois, le taux de ratification de cette Convention est assez faible, notamment parmi les Etats occidentaux, puisqu'aucun Etat de l'Union européenne, ni la Suisse d'ailleurs, ne l'a ratifiée¹²⁹⁰. Son impact est donc moindre pour cette région et selon CHETAIL, cette Convention « demeure [...] l'illustration symptomatique des faiblesses dont souffre le droit international des migrations. Ce n'est pas tant l'existence de normes internationales qui fait défaut que leur inapplication notoire »¹²⁹¹.

2.3.6. La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950

En raison de son art. 1, la CEDH s'applique à toute personne relevant de la juridiction des Etats parties à la Convention. L'expression exacte « relevant de leur juridiction » n'a pas pour but de restreindre le nombre de bénéficiaires, « mais ne fait qu'établir le lien nécessaire entre

¹²⁸⁸ Les dispositions prévues par la Convention touchent parfois directement les conditions de l'emploi, mais vont également bien plus loin, ayant trait alors plus généralement aux conditions de vie, de sorte qu'elles sont présentées en fonction de leur pertinence dans les différentes parties ci-dessous.

¹²⁸⁹ Sur ces différentes formes de contrôle, voir les art. 72 ss de la Convention.

¹²⁹⁰ Etat au 19 mars 2011 (http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-13&chapter=4&lang=fr#EndDec). PERRUCHOU présente un certain nombre d'obstacles invoqués par les Etats pour ne pas ratifier la Convention dont on peut notamment retenir : une situation économique délicate qui n'encourage pas les Etats à adopter un texte donnant des droits économiques et sociaux à des étrangers, des droits qui pourraient éventuellement favoriser une migration irrégulière, le pouvoir étatique souverain en matière de migration, une législation nationale estimée conforme aux normes internationales et suffisantes, une méconnaissance des implications de la Convention. Pour chacune des objections soulevées, l'auteur donne un argument opposé. PERRUCHOU, p. 241-243.

¹²⁹¹ CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, p. 131.

la victime d'une violation de la Convention et l'Etat partie à qui cette violation est imputable. [...] cependant, il n'est pas nécessaire qu'existe un lien juridique stable comme la nationalité, la résidence ou le domicile, car il suffit que l'Etat puisse exercer un certain pouvoir sur l'intéressé »¹²⁹².

Si les droits « sociaux » des individus tels que les questions liées au statut, à l'hébergement, au travail, à la famille, à la scolarisation ou encore à l'assistance et à la sécurité sociale ne semblent pas être spécifiquement garantis par le texte même de la Convention, ils le sont – la plupart du temps – par l'importante interprétation qu'en a fait la Cour tout au long de sa jurisprudence. Les articles 3 (interdiction de la torture et de tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant) ainsi que 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) sont particulièrement décisifs.

Le contrôle du respect effectif des dispositions de la Convention est principalement assuré par la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle les particuliers peuvent adresser des requêtes individuelles. La Cour rend des arrêts qui doivent être exécutés par les autorités nationales et le Comité des Ministres en surveille la bonne application¹²⁹³.

2.3.7. La Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996

La Charte sociale européenne a été adoptée au sein du Conseil de l'Europe en 1961. Elle a cependant été révisée le 3 mai 1996 et cette nouvelle « version » est entrée en vigueur en 1999, remplaçant ainsi – pour les Etats l'ayant ratifiée – celle de 1961. La Suisse n'a que signé celle de 1961, mais n'a ratifié aucun des deux instruments¹²⁹⁴.

Le champ d'application personnel de la Charte est toutefois passablement restreint puisqu'il ne s'applique qu'aux ressortissants des autres Parties qui résident ou travaillent légalement sur le territoire d'un autre Etat. Bien que la formulation de l'annexe prête à confusion concernant les articles 18 et 19 et pourrait laisser penser qu'ils comprennent d'autres migrants ou tous les étrangers, le Comité européen des droits sociaux a rejeté cette interprétation. Les réfugiés reconnus au sens de la Convention de Genève tombent toutefois dans le champ d'application

¹²⁹² CARRILLO-SALCEDO, p. 135. FROWEIN, p. 15. Sur l'application de la CEDH en particulier aux requérants d'asile et aux réfugiés, voir UEBERSAX, REFAEL, BREITENMOSER, p. 491.

¹²⁹³ MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 15 ss. Voir aussi plus généralement sur l'exécution des arrêts de la Cour, RUEDIN.

¹²⁹⁴ Au 30 mars 2010, 30 Etats avaient ratifié la Charte révisée (et 13 Etats avaient ratifié celle de 1961). (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/Overview_fr.asp).

de la Charte¹²⁹⁵. Les Etats peuvent en outre, s'ils le souhaitent, étendre les droits prévus par la Charte à d'autres personnes¹²⁹⁶.

La Charte révisée s'articule de la manière suivante : la première partie consacre 31 objectifs politiques que les Etats devront poursuivre. La deuxième partie liste un certain nombre d'obligations pour les Etats. La Charte connaît pour cette partie un mécanisme particulier en ce sens que les Etats doivent se lier par au moins six de neuf articles spécifiquement mentionnés et au total par seize articles (ou 63 paragraphes) qui composent cette partie¹²⁹⁷. Les Etats peuvent donc adopter une Charte plus ou moins « arrangée » en fonction de leurs intérêts. Les parties trois et quatre de la Charte concernent les engagements que doivent prendre les Etats et les mécanismes de contrôle. Une cinquième partie pose le principe de non-discrimination et présente les dérogations possibles.

Le respect de la Charte est contrôlé par le Comité européen des droits sociaux. Les Etats doivent fournir des rapports annuels qui seront examinés par le Comité qui rendra alors des conclusions, puis une recommandation dans le cas où les conclusions ne seraient pas suivies. Il existe par ailleurs une possibilité, pour des ONG habilitées, de déposer des réclamations collectives sur lesquelles le Comité rendra des décisions. Ces décisions sont transmises aux Parties concernées et au Comité des Ministres qui est chargé d'adopter une résolution¹²⁹⁸.

2.3.8. La Convention de Genève du 28 juillet 1951

La Convention de Genève attribue aux *réfugiés* des droits minimaux. Selon les droits en question, le traitement que leur accorde l'Etat doit être identique à celui fixé pour les nationaux (en ce qui concerne par exemple la liberté de religion, l'accès aux tribunaux, l'enseignement de base ou encore pour ce qui touche au droit du travail et à la sécurité sociale) ou similaire à celui prévu pour les autres étrangers (pour ce qui est notamment du droit à la propriété, de la liberté d'association, de l'activité salariée, du logement ou encore du droit aux études).

Les droits garantis par la Convention s'appliquent à tous les personnes s'étant vu reconnaître la qualité de réfugié. La distinction effectuée en droit suisse entre les réfugiés au bénéfice de

¹²⁹⁵ SECRETARIAT DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE, p. 3. AKANDJI-KOMBE fait toutefois une interprétation plus nuancée du champ d'application en ce qui concerne notamment les étrangers et les migrants en situation irrégulière. AKANDJI-KOMBE, p. 79-91.

¹²⁹⁶ Sur ces différents éléments, voir la première partie de l'annexe à la Charte révisée.

¹²⁹⁷ Art. A, par. 1, let. b et c de la Charte sociale européenne révisée.

¹²⁹⁸ BRILLAT, p. 44 ss, ainsi que BELL, p. 39-48, spéc. p. 40-42.

ce statut et ceux uniquement au bénéfice de l'admission provisoire n'est pas pertinente au regard de la Convention de Genève¹²⁹⁹.

La Convention de Genève ne connaît pas à proprement parler un système de contrôle doté d'un organe chargé de surveiller la bonne application des dispositions. En vertu de l'art. 35, les Etats parties s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Pour que celui-ci puisse présenter des rapports, les Etats sont tenus de lui fournir les informations et données statistiques « relatives au statut des réfugiés, à la mise en œuvre de cette Convention, et aux lois, règlements et décrets, qui sont ou entreront en vigueur en ce qui concerne les réfugiés ». Les dispositions de cette Convention ne peuvent donc être invoquées qu'au niveau « interne » devant les juridictions nationales.

3. LES DIFFERENTS ASPECTS DU SEJOUR : STATUTS ET DROITS

3.1. Généralités

3.1.1. En droit suisse

Une fois que le requérant d'asile est entré en Suisse, différentes situations sont envisageables, en fonction de sa situation personnelle. Pendant la toute première phase, entre le moment où le requérant dépose sa demande et celui où une décision lui sera rendue, il est ce qu'on appelle un *requérant d'asile*. La décision prononcée à son encontre au terme de la procédure peut aboutir à quatre hypothèses différentes (voire sept si l'on compte les « sous-catégories »).

La première est celle d'une décision négative. Elle peut être rendue sous la forme d'une décision de *non-entrée en matière* qui est en principe une décision plutôt *formelle* ; les personnes concernées sont alors des « NEMs »¹³⁰⁰, ou d'une décision de *rejet* qui relève d'une décision *matérielle* et les personnes concernées sont « *déboutées* » de l'asile. Dans le premier cas, la demande d'asile n'est en principe pas examinée au fond, alors qu'elle l'est dans le second. Dans les deux situations toutefois, la décision est généralement accompagnée d'une

¹²⁹⁹ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 112. Pour ces distinctions, voir juste ci-dessous, le ch. 3.1.1.

¹³⁰⁰ Dans le cadre particulier des « NEMs Dublin », POVLAKIC estime que cette procédure (Dublin) « est une procédure préjudicielle à la procédure d'asile, destinée à rechercher l'autorité compétente. C'est une procédure formelle ou incidente, tandis que la procédure matérielle ou finale, d'examen de la demande d'asile, est suspendue ». Elle est ainsi d'avis que « [l]a procédure de détermination de l'Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile n'a pas pour objet de mettre fin à la procédure d'asile et préserve en faveur des intéressés tous les droits découlant de la Convention relative au statut des réfugiés » et que, dans ce sens, les « NEMs Dublin » devraient garder le statut de requérant d'asile tant et aussi longtemps qu'une décision en matière d'asile n'a pas été rendue à leur égard. Cela impliquerait notamment qu'il ne serait pas possible de les exclure de l'aide sociale. POVLAKIC, *Des réfugiés à l'aide d'urgence*, p. 3-4.

décision de renvoi exécutoire, qui a pour conséquence que le requérant doit quitter la Suisse. S'il ne le fait pas de manière volontaire dans le délai imparti, soit il est expulsé, soit il reste en Suisse, mais « disparaît » du système de l'asile et connaît alors un statut d'« *irrégulier* » ou d'« *illégal* »¹³⁰¹. En revanche, si le renvoi n'est pas exécutoire, la personne peut alors bénéficier d'un statut d'admission provisoire (voir ci-dessous).

Le deuxième cas de figure représente une particularité helvétique. Le requérant se voit reconnaître la *qualité de réfugié* au sens de la Convention de Genève, mais deux (sous) hypothèses sont alors possibles : soit la personne remplit les critères de l'article premier de la Convention de Genève, ainsi que ceux de l'article 3 LAsi et reçoit l'*asile*, elle a alors non seulement la qualité, mais également le statut de réfugié ; soit elle remplit ces critères, mais il existe un motif d'exclusion au sens des articles 53 à 55 LAsi¹³⁰² et la personne ne bénéficie alors que de l'*admission provisoire*, elle a donc la qualité de réfugié mais pas le statut¹³⁰³. Dans les deux cas toutefois, le « réfugié » bénéficie des droits de la Convention de Genève et notamment du principe de non-refoulement¹³⁰⁴.

Une troisième catégorie concerne les personnes dont la demande d'asile a été rejetée ou qui ont reçu une « non-entrée en matière », mais pour lesquelles le renvoi est impossible, illicite ou pas raisonnablement exigible. Ces personnes sont donc *admises provisoirement* au sens des articles 83 LEtr et 17 OERE¹³⁰⁵. Il ne s'agit toutefois pas d'une autorisation de séjour ordinaire, mais d'une régularisation de la présence. Cette figure ne correspond cependant pas à la réalité, puisque la majorité des personnes concernées reste souvent longtemps en Suisse¹³⁰⁶.

¹³⁰¹ Pour SANCHEZ-MAZAS, il existe encore une sorte de statut « intermédiaire » lorsque les NEMs et les déboutés sont à l'aide d'urgence ; ils se trouvent alors « dans une zone intermédiaire d'*illégalité tolérée* et contrôlée » (l'auteur souligne). SANCHEZ-MAZAS, p. 245.

¹³⁰² L'art. 53 LAsi traite des cas d'indignité (lorsque le requérant a commis des actes répréhensibles, a compromis ou encore a porté atteinte à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse). L'art. 54 se concentre sur les motifs subjectifs survenus après la fuite : lorsque c'est le comportement ultérieur à la fuite qui met la personne en danger, l'asile n'est pas accordé. (Sur la distinction entre les motifs *objectifs* et *subjectifs* survenus après la fuite, voir ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Les notions d'asile et de réfugié*, p. 45-46). Enfin, l'art. 55 LAsi règle les situations d'exception, en cas d'afflux inhabituel de requérants d'asile et d'impossibilité d'hébergement à long terme des réfugiés. Pour des exemples récents d'exclusion de l'asile, voir les ATAF 2010/43, 2010/44 et 2011/29.

¹³⁰³ En vertu de l'art. 83 al. 8 LEtr.

¹³⁰⁴ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 112.

¹³⁰⁵ Ces personnes sont d'abord soumises au droit d'asile durant la procédure d'asile, puis au droit des étrangers durant leur admission provisoire et doivent à nouveau être considérées au sens de l'asile, à savoir comme des requérants d'asile déboutés, lorsque l'admission provisoire est levée. ATAF 2009/40, consid. 4.2.

¹³⁰⁶ PETERMANN LOEWE, p. 199 et 14 qui mentionne par exemple qu'en 2008, un peu plus de 50 % des personnes admises provisoirement se trouvaient en Suisse depuis plus de sept ans.

Enfin, quatrième et dernière situation, la Suisse peut décider d'accorder la protection provisoire à des groupes de *personnes à protéger* qui sont exposées à un « danger général grave », en cas de guerre, guerre civile ou situations de violence généralisée par exemple¹³⁰⁷.

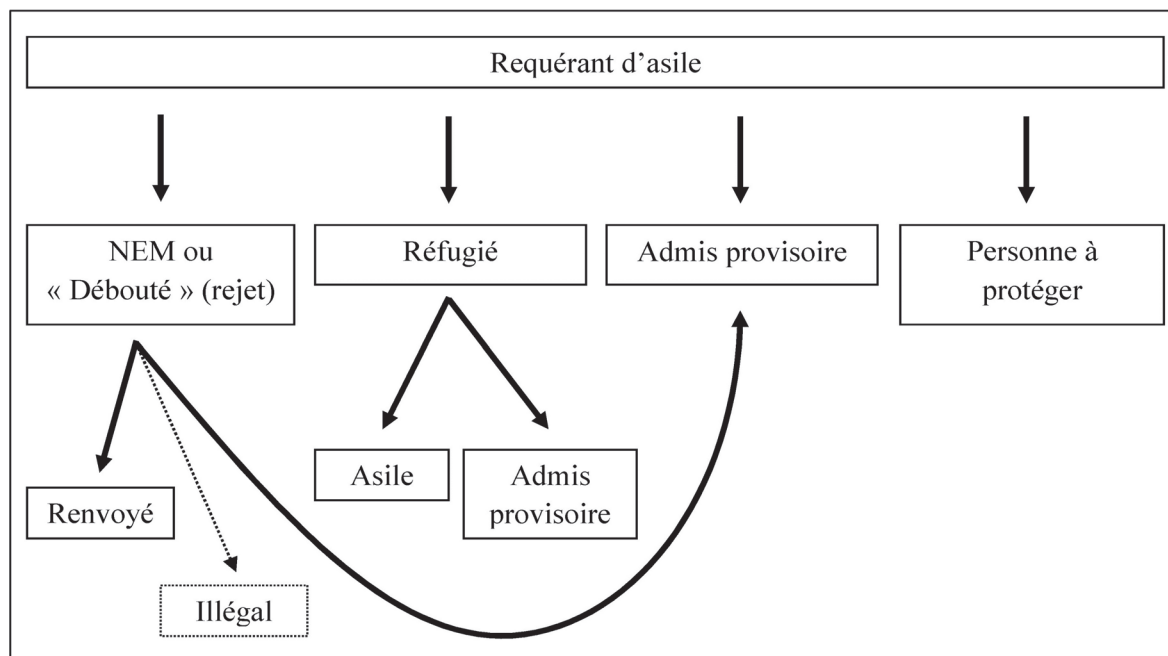


Schéma G : Différentes catégories de personnes liées de près ou de loin à l'asile. Ce schéma n'est toutefois pas représentatif de la procédure (puisque le « NEM » résulte du début de la procédure, alors que le débouté ne l'est qu'en fin de procédure)

3.1.2. En droit européen

Comme en droit suisse, il existe logiquement, en droit européen, différentes issues à une demande d'asile et, en conséquence, différents statuts.

Les requérants d'asile peuvent soit voir leur demande aboutir à une solution « négative » : leur requête est alors déclarée *irrecevable* ou *infondée*, soit recevoir une décision « positive » et obtenir une protection internationale, que cela soit au travers du statut de *réfugié*, du statut de personne au bénéfice d'une *protection subsidiaire* ou du statut de personne au bénéfice d'une *protection temporaire*¹³⁰⁸.

¹³⁰⁷ Art. 4 et 66 LAsi.

¹³⁰⁸ Les Etats ont en outre la possibilité d'accorder une protection nationale « par bienveillance ou pour des motifs humanitaires » selon le par. 15 du préambule de la directive 2011/95/UE, mais les personnes concernées par ces mesures n'entrent pas dans le champ d'application de cette directive. CARLIER, *Réfugiés*, p. 296.

En droit européen, la distinction entre la protection subsidiaire et la protection temporaire peut se faire assez facilement en raison de la procédure applicable. Dans la première situation, la personne concernée voit son cas examiné individuellement, alors que dans la seconde, il s'agit d'un examen collectif appliqué à un groupe, dans un contexte de crise qui implique qu'il est impossible de procéder à un examen individuel de chacun des cas.

En revanche, la différence entre les conditions menant au statut de réfugié et celles conduisant à une protection subsidiaire repose sur un nombre de facteurs plus importants. Doivent notamment être pris en compte le motif de la protection internationale (persécutions *vs* atteintes graves), le risque de persécution ou d'atteinte grave en cas de retour dans le pays d'origine (crainte fondée *vs* risque réel) et la preuve (pas d'indication *vs* des motifs sérieux et avérés)¹³⁰⁹.

Les réfugiés doivent invoquer des « actes de persécution »¹³¹⁰ pour pouvoir prétendre obtenir ce statut, alors que les personnes qui ont subi des « atteintes graves »¹³¹¹ peuvent se prévaloir de la protection subsidiaire¹³¹². En outre, les actes de persécution doivent se fonder sur des motifs liés à la race, la religion, la nationalité, le groupe social ou encore les opinions politiques¹³¹³. Les atteintes graves ne doivent en revanche pas s'appuyer sur une cause particulière¹³¹⁴. C'est donc principalement ce lien de causalité avec un motif qui différencie les actes de persécution des atteintes graves. Pour le reste, dans les deux cas, la directive insiste sur le caractère « grave » des persécutions et des atteintes.

¹³⁰⁹ Sur cette manière de différencier et classer les deux types de protection internationale, voir CARLIER, *Réfugiés*, p. 297 à 316.

¹³¹⁰ Dont on trouve notamment comme exemple à l'art. 9 par. 2 de la directive, les violences physiques, mentales ou sexuelles, différentes mesures (légales, administratives, de police ou encore judiciaires) discriminatoires ou disproportionnées, les actes dirigés contre des enfants ou contre des personnes en raison de leur sexe.

¹³¹¹ Dont sont mentionnés à l'art. 15 de la directive la peine de mort, la torture, les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants et les menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne en raison d'une violence aveugle. Ce dernier point peut sembler quelque peu contradictoire: il paraît en effet assez paradoxal qu'en cas de « violence aveugle » les menaces soient « individuelles ». La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs été appelée à se prononcer sur la portée de cette disposition (de la directive 2004/83/CE mais dont le contenu est similaire dans la directive 2011/95/UE). Elle a déclaré que « l'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne du demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle » et que « l'existence de telles menaces peut exceptionnellement être considérée comme établie lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours (...) atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir lesdites menaces ». Arrêt CJCE *M. et N. Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, du 17 février 2009, affaire C-465/07. Pour un commentaire de cet arrêt, voir ERRERA, p. 93-112.

¹³¹² Sur la « mince » distinction qu'il existe(ra)it entre les réfugiés protégés par la Convention de Genève et les personnes protégées subsidiaires, voir JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 276-278.

¹³¹³ Art. 9 et 10 de la directive 2011/95/UE.

¹³¹⁴ Art. 15 de la directive 2011/95/UE.

En ce qui concerne le risque de persécution, le requérant doit « craindre avec raison » qu'il sera persécuté pour pouvoir bénéficier d'une protection octroyée aux réfugiés, alors que pour qu'il obtienne une protection subsidiaire, il doit y avoir des « motifs sérieux et avérés » de croire qu'il courra un « risque réel » s'il est renvoyé dans son pays¹³¹⁵. Selon CARLIER, entre la crainte fondée (ou le risque raisonnable) et le risque réel, le niveau du risque est différent. Il est plus élevé en cas d'atteintes graves qu'en cas de persécutions, parce qu'il ne doit pas seulement être raisonnablement estimé, mais réel. Cela peut s'expliquer notamment par le fait que « le champ d'application matériel de la protection subsidiaire est plus large que celui de la protection de Genève »¹³¹⁶.

Enfin, en ce qui concerne le fardeau de la preuve, la directive laisse la possibilité aux Etats membres de décider s'il revient au demandeur ou à l'Etat d'étayer la demande de protection. Au vu de la formulation du texte¹³¹⁷, c'est en toute logique que les Etats vont faire porter au requérant l'obligation de motiver et d'étayer sa demande¹³¹⁸. Aucune indication n'est en revanche donnée par la directive 2011/95/UE en ce qui concerne le niveau de preuve nécessaire pour obtenir la qualité de réfugié, alors que des « motifs sérieux et avérés » sont exigés pour bénéficier d'une protection subsidiaire. Ainsi, comme pour le niveau du risque, le niveau de preuve est plus bas pour les personnes protégées par le statut de réfugié¹³¹⁹.

Si, en fin de compte, la création d'une protection internationale pour des personnes n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention de Genève est en soi un élément positif, il n'en demeure pas moins que cela introduit aussi en quelque sorte des « réfugiés de seconde classe » et suscite ainsi des critiques parmi les auteurs, dont LANTERO qui, en citant d'autres auteurs, estime que « [p]ar le jeu de l'unicité de procédure et des interprétations réductrices qui vont indubitablement subsister [...], un certain nombre de réfugiés vont sortir du champ de Genève (auquel ils appartiennent pourtant) pour entrer dans celui de la subsidiarité. Certains auteurs mettent d'ailleurs en doute la réalité même de l'élargissement du champ de protection internationale. Pour eux, la distinction scinde le champ d'application de la Convention de Genève en deux : celui qui est admis sans difficulté, et celui qui devrait l'être si l'interprétation de l'instrument avait été évolutive. La Convention de 1951 ressort amputée du processus, et reste enfermée dans ses faiblesses »¹³²⁰.

¹³¹⁵ Art. 2, let. d vs let. f de la directive 2011/95/UE.

¹³¹⁶ CARLIER, *Refugiés*, p. 307-309, spéc. 309.

¹³¹⁷ « Les Etats membres *peuvent considérer* qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande » (nous soulignons), art. 4 par. 1 de la directive 2011/95/UE.

¹³¹⁸ La directive 2005/85/CE prévoit tout de même que les Etats membres doivent obtenir des informations précises et actualisées auprès de différentes sources, dont le HCR, sur la situation générale dans les pays d'origine et les pays tiers sûrs. Art. 8 par. 2, let. b

¹³¹⁹ CARLIER, *Refugiés*, p. 309-310.

¹³²⁰ LANTERO, p. 120.

CARLIER se montre également sceptique quant à cette séparation des réfugiés en deux « classes » et à son éventuelle complémentarité. La procédure n'obligeant pas les Etats à examiner en premier lieu le statut de réfugié, il y aura « une tendance naturelle de l'autorité de décision à examiner la demande sous les deux aspects et à refuser le statut de réfugié en cas de doute »¹³²¹. Sur le fond, il est surtout d'avis que l'introduction de cette forme de protection a d'avantage permis aux Etats de trouver un point d'entente que de réellement permettre une distinction fondamentale et novatrice.

C'est avant tout ce « sous-statut »¹³²² des personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire qui a conduit à la refonte de la directive 2004/83/CE. Le HCR, parmi d'autres, s'était montré inquiet face aux importantes différences existant entre les réfugiés et les personnes protégées subsidiairement et avait estimé que « le besoin de protection internationale est aussi impérieux – et fréquemment aussi long en termes de durée – que celui des réfugiés »¹³²³. Si l'écart séparant les statuts de ces deux catégories de personnes a nettement diminué depuis l'adoption de la nouvelle directive 2011/95/UE (notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi, aux soins de santé ou aux dispositifs d'intégration par exemple), certains aspects sont tout de même restés moins favorables pour les personnes protégées subsidiairement (en particulier au sujet du titre de séjour ou de la protection sociale).

3.1.3. En droit international

Le droit international des droits humains est en principe applicable à tous les individus quel que soit leur statut¹³²⁴. Il ne devrait pas y avoir de distinction entre nationaux et non nationaux du point de vue de ces instruments, sauf exceptionnellement lorsqu'il y a un intérêt légitime de l'Etat. Dans ce cas, les distinctions doivent alors être proportionnées au but poursuivi¹³²⁵. Il existe toutefois une tension évidente « entre le principe de protection universelle des droits de l'homme et la reconnaissance pratique de ces droits aux non-ressortissants, en général, et à ceux qui résident dans un pays sans autorisation légale, en particulier »¹³²⁶.

¹³²¹ CARLIER, *Refugiés*, p. 315.

¹³²² Expression empruntée à LANTERO, p. 120.

¹³²³ HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 38.

¹³²⁴ Dans ce sens, voir notamment l'art. 2 par. 1 DUDH.

¹³²⁵ COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/CN.4/Sub.2/2003/23, par. 17.

¹³²⁶ CHOLEWINSKI, p. 29. Le rapporteur spécial à l'égard des droits des non-ressortissants parle lui de « fossé » : « il existe un large fossé entre les droits que le droit international relatif aux droits de l'homme garantit aux non-ressortissants et la réalité à laquelle ceux-ci sont confrontés ». COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/CN.4/Sub.2/2003/23, par. 3.

En pratique, cette tension implique une sorte de « hiérarchie » parfois dans la titularité des droits fondamentaux, mais le plus souvent dans l'étendue de ces droits. Les bénéficiaires de ces droits pourraient être classés de la façon suivante :

- Les citoyens (qui en principe en jouissent pleinement) ;
- Les migrants « réguliers », parmi lesquels il est encore permis de distinguer ceux dont le séjour est durable de ceux dont le séjour est destiné à être plus court ; et enfin,
- Les migrants « irréguliers ».

Ainsi, il est possible d'effectuer des distinctions entre ces différentes catégories. Les différences de traitement peuvent en outre être objectivement justifiées à l'égard des migrants irréguliers, précisément parce qu'ils sont entrés et séjournent irrégulièrement sur le territoire d'un Etat¹³²⁷.

Toutefois, il est important de reconnaître aux migrants (et y compris aux migrants irréguliers) les droits qui leur sont garantis par les divers instruments internationaux, mais également d'assurer que ces droits sont effectivement respectés et concrètement mis en œuvre¹³²⁸.

Pour ce faire, la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies a rendu en 2003 un rapport sur les droits des non-ressortissants dans lequel elle a émis un certain nombre de recommandations à l'égard des Etats¹³²⁹. Elle encourage vivement les Etats à ratifier et mettre en œuvre de manière effective les nombreux instruments existants et en particulier la Convention de l'ONU sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Plus particulièrement, la Commission recommande aux Etats de prendre des mesures, notamment auprès des médias, des fonctionnaires et de la société civile en général, pour éviter que les non-ressortissants (et qui plus est les non-ressortissants en situation irrégulière) ne soient stigmatisés. Une formation spéciale dans le domaine des droits de l'homme devrait en outre être fournie aux fonctionnaires qui sont en rapport avec les migrants en situation irrégulière afin que les comportements discriminatoires soient exclus¹³³⁰.

Bien que tous les instruments internationaux des droits humains mentionnés ci-dessus ne s'appliquent pas forcément à toutes les catégories de personnes telles qu'elles ont été

¹³²⁷ CHOLEWINSKI, 2005, p. 30.

¹³²⁸ Idem, p. 33.

¹³²⁹ COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/CN.4/Sub.2/2003/23.

¹³³⁰ Idem, par. 32, 24 et 43.

systématiquement classées en droit suisse et européen¹³³¹, on part du principe, pour ce chapitre, que les droits fondamentaux sont présentés de manière globale sans distinction particulière quant aux personnes visées, à l'exception toutefois de la Convention de Genève sur les réfugiés qui est un instrument tout à fait spécifique et qui ne concerne que ceux-ci.

3.2. Statut, séjour et papiers d'identité

3.2.1. En droit suisse

Le statut ainsi que le titre de séjour varient donc en fonction de la « catégorie » dans laquelle l'étranger se trouve.

Le *requérant* qui a déposé une demande d'asile est autorisé à séjourner en Suisse jusqu'à ce que la procédure d'asile de première instance soit close. Cette possibilité relève de la loi sur l'asile¹³³², mais découle aussi plus généralement du principe de non-refoulement, puisque celui-ci veut que la personne qui demande protection ne soit pas renvoyée tant que son statut n'est pas déterminé¹³³³. Le séjour se passe en principe d'abord dans un centre d'enregistrement et de procédure, puis éventuellement dans un canton. Durant cette phase de procédure, le requérant est au bénéfice d'un « livret N » délivré pour une période maximale de six mois, avec toutefois une possibilité de prorogation. Cette pièce de légitimation n'autorise pas le requérant à franchir la frontière et ne confère pas de droit de résidence¹³³⁴.

Si le demandeur est frappé d'une décision négative (*non-entrée en matière* ou *rejet*) exécutoire et qu'il ne quitte pas la Suisse, il a un statut d'« irrégulier ». Il n'a donc pas un droit à séjourner en Suisse et n'obtient évidemment pas de document de légitimation, mais il

¹³³¹ À savoir, pour le droit suisse : les requérants d'asile, les NEMs, les déboutés, les réfugiés au bénéfice de l'asile, ceux au bénéfice d'une admission provisoire, les autres « admis provisoires » et les personnes à protéger ; pour le droit européen : les requérants d'asile, les « irrecevables » et les « infondés », les réfugiés, les personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire et les bénéficiaires d'une protection temporaire.

¹³³² Art. 42 LAsi.

¹³³³ Le TAF a rendu en 2009 une décision incidente allant dans ce sens en obligeant l'ODM à « prendre toutes les mesures nécessaires [...] afin de permettre au recourant de revenir sur le territoire suisse et de pouvoir y séjourner jusqu'à l'issue de la procédure de recours ». L'ODM avait dans ce cas renvoyé un requérant dans un pays tiers sûr en « violation grave et répétée [...] en particulier de règles de procédure essentielles dont le non-respect ne permet[tait] d'exclure une éventuelle violation de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », décision incidente non publiée du TAF dans la cause D-6170/2009. Cette affaire a notamment été relayée par l'ODAE-ROMAND, cas 093. Voir aussi WISARD, p. 49 ; NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 413-414. Ce principe peut toutefois connaître des exceptions dans l'hypothèse où un recours n'aurait pas d'effet suspensif. Voir sur ce point les articles 55 al. 2 PA et 107a LAsi ainsi que STÖCKLI, p. 538.

¹³³⁴ Art. 30 OA 1.

n'est cependant pas privé de tout droit¹³³⁵. Une autorisation de séjour peut toutefois être accordée par le canton (et avec l'accord de l'ODM) dans certains cas de rigueur¹³³⁶.

Si l'*asile* est accordé, le requérant est un *réfugié* et a droit à une autorisation de séjour. Il obtient ainsi un « livret B ». Après cinq ans de séjour légal¹³³⁷, le réfugié a droit à une autorisation d'établissement (livret C), à moins qu'il ait été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, qu'il ait fait l'objet d'une mesure pénale ou qu'il ait attenté, mis en danger ou menacé, de manière grave ou répétée, la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger¹³³⁸.

Dans un cas de *réfugié* au bénéfice de l'*admission provisoire*, c'est un « livret F » qui est octroyé. Ce document ne permet pas à son titulaire de sortir du pays. L'autorisation de séjour est délivrée pour une durée de douze mois, qui peut être prolongée par le canton de séjour pour douze mois à chaque fois¹³³⁹. Après cinq années passées en Suisse, la personne admise provisoirement qui demande une autorisation de séjour (permis B) voit son cas examiné « de manière approfondie »¹³⁴⁰, mais n'a pas droit à une autorisation de séjour « automatique », contrairement à l'autorisation d'établissement octroyée au réfugié. Le réfugié admis provisoirement suit donc le même traitement sur ce point que l'admis provisoire « simple ».

Pour les personnes au bénéfice d'une *admission provisoire* (mais qui n'ont pas la qualité de réfugié), la question du séjour et des papiers d'identité est réglée de manière analogue à celle des réfugiés admis provisoirement. C'est donc également un livret F qui leur est délivré et cette situation est légitimée par les mêmes bases légales.

Enfin, si la personne fait partie d'un groupe de *personnes à protéger* au sens des articles 4 et 66 LAsi, en raison notamment de situations de violence généralisée dans le pays d'origine, elle sera au bénéfice d'un « livret S »¹³⁴¹, délivré pour 12 mois et au maximum pendant cinq ans. De la même manière que pour les détenteurs de permis « N » (les requérants d'asile), ce document n'autorise pas la personne concernée à franchir la frontière et ne lui confère aucun droit de résidence. Si, après cinq ans, la protection provisoire n'a toujours pas été levée par le Conseil fédéral, les personnes à protéger peuvent obtenir un permis de séjour en vertu de

¹³³⁵ ZEUGIN, p. 25. Plus particulièrement sur les droits sociaux des personnes séjournant sans autorisation, voir EFIONAYI-MÄDER, ACHERMANN, p. 359-362.

¹³³⁶ Cette autorisation ne peut cependant être accordée qu'à certaines conditions dont notamment cinq ans minimum de séjour en Suisse, un lieu de séjour connu des autorités de manière ininterrompue et une intégration poussée. Les pratiques varient énormément d'un canton à l'autre et depuis 2010, l'ODM a durci sa politique pour les décisions concernant les déboutés notamment. Sur ces cas de rigueur, voir les art. 14 al. 2 LAsi et 31 OASA, ainsi que ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 310.

¹³³⁷ Les années de procédure comptent.

¹³³⁸ Art. 60 LAsi.

¹³³⁹ Art. 85 al. 1 LEtr et 20 OERE.

¹³⁴⁰ Art. 84 al. 5 LEtr.

¹³⁴¹ Art. 45 OA 1.

l'article 33 LEtr et obtenir ainsi un « livret B » ; cette autorisation prend toutefois fin lorsque la protection est levée¹³⁴². Après dix ans d'admission provisoire, on estime que la personne concernée sera certainement confrontée à des difficultés pour retourner dans son pays (qui subit toujours des violences généralisées) et que son intégration dans le pays d'accueil devient forte ; elle peut donc se voir délivrer une autorisation d'établissement par le canton¹³⁴³. Cette figure du livret S n'a toutefois jamais été utilisée depuis son entrée en vigueur. Le législateur voulait offrir une solution légale aux situations telles que celle qui s'est produite lors de la guerre des Balkans où des permis F collectifs avaient été octroyés¹³⁴⁴.

3.2.2. En droit européen

Le statut des *demandeurs d'asile* est réglé par la directive 2003/9/CE. Les requérants doivent recevoir, dans les trois jours suivant le dépôt de leur demande, une attestation prouvant qu'ils ont le droit de séjourner dans l'Etat où la demande a été déposée tant que celle-ci est pendante. Dans la pratique cependant, plusieurs Etats membres ne respectent pas ce délai. En outre, il n'existe pas encore de document harmonisé au niveau européen et qui aurait un contenu similaire (en particulier, comme le permet la directive, l'identité du requérant n'est pas toujours attestée)¹³⁴⁵. Un document de voyage peut également leur être octroyé lorsque des raisons humanitaires graves l'exigent¹³⁴⁶.

Ensuite, les demandeurs d'asile peuvent en principe circuler librement sur tout le territoire, ou éventuellement dans une zone déterminée, mais un lieu de résidence peut aussi leur être attribué pour des raisons d'intérêt ou d'ordre publics, ou encore afin de pouvoir traiter rapidement et efficacement leur demande. Les Etats peuvent également soumettre à la condition d'une résidence dans un lieu déterminé, l'octroi d'un logement, de nourriture, d'habits ou d'autres bons ou allocations financières¹³⁴⁷. Lors de l'attribution d'un lieu d'hébergement, les Etats membres doivent cependant tenir compte du principe de l'unité de la famille¹³⁴⁸. La libre circulation sur le territoire d'un Etat membre est généralement effectivement garantie, même si dans certains Etats, elle est implicitement limitée par des exigences de présence dans les centres d'hébergement à certaines heures par exemple¹³⁴⁹.

¹³⁴² Art. 74 al. 2 LAsi et 46 OA 1.

¹³⁴³ Art. 74 al. 3 LAsi.

¹³⁴⁴ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

¹³⁴⁵ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 4.

¹³⁴⁶ Art. 6 de la directive 2003/9/CE. Sur tous ces premiers éléments, voir aussi MOLE, p. 117 ss.

¹³⁴⁷ Art. 7 de la directive 2003/9/CE.

¹³⁴⁸ Art. 8 de la directive 2003/9/CE.

¹³⁴⁹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 7.

Les personnes qui ont reçu une *décision d'asile négative* devraient en principe être renvoyées dans leur pays d'origine ou dans un Etat tiers, ce qui implique qu'elles n'ont pas le droit de prolonger leur séjour dans l'Etat qui a rendu la décision. Elles ne reçoivent ainsi pas de documents attestant leur présence.

Les *réfugiés* reconnus au sens de la Convention de Genève bénéficient d'une manière générale du statut résultant de cette Convention. La directive 2011/95/UE apporte cependant un nombre considérable de compléments. Pour ce qui est du titre de séjour, il est ainsi prévu que, dès que le statut de réfugié est octroyé, l'Etat membre doit délivrer au réfugié un titre de séjour valable pour une période d'au moins trois ans et renouvelable. Les réfugiés reçoivent également un titre de voyage leur permettant de passer les frontières¹³⁵⁰.

Disposant d'une situation moins stable, les personnes nécessitant une *protection subsidiaire* au sens de la directive « qualification », reçoivent aussi un permis de séjour mais valable seulement un an (au minimum) et renouvelable. Le HCR était d'avis, dans son commentaire relatif à la directive 2004/83/CE, que le besoin de protection subsidiaire n'est pas plus court que le besoin de protection des réfugiés et qu'ainsi, un titre de séjour de même durée devrait être octroyé aux deux catégories¹³⁵¹. Il n'a toutefois pas été suivi sur ce point, malgré le fait que la proposition de refonte allait également dans ce sens¹³⁵². En ce qui concerne les documents de voyage, ils ne sont pas délivrés automatiquement, mais devront l'être au moins si la personne concernée est dans l'impossibilité d'obtenir un passeport national. La condition qui voulait que la présence de la personne dans un autre Etat soit « requise pour des raisons humanitaires graves » a été abandonnée¹³⁵³.

Ces catégories de personnes ont la possibilité de circuler librement à l'intérieur de l'Etat membre, dans les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions que celles qui sont applicables aux ressortissants d'autres pays tiers et résidant légalement sur le territoire de l'Etat membre¹³⁵⁴.

Les personnes *protégées temporairement* ont droit à un titre de séjour durant toute la période pendant laquelle elles sont soumises à ce statut. Des documents ou autres pièces justificatives doivent leur être délivrés¹³⁵⁵. Cependant, la directive ne prévoit pas d'office un droit d'accès aux territoires des Etats membres. Les personnes admises à entrer doivent obtenir les visas

¹³⁵⁰ Art. 24 et 25 de la directive 2011/95/UE.

¹³⁵¹ HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 42. Dans le même sens, JULIEN-LAFERRIERE, p. 278.

¹³⁵² Selon la proposition de refonte de la directive 2004/83/CE, toutes les personnes concernées par cette protection internationale auraient eu droit à un titre de séjour valable au moins trois ans et renouvelable. Art. 24 (nouveau) de la proposition de refonte, COM(2009) 551 final, p. 3

¹³⁵³ Comparer les art. 25 par. 2 de l'ancienne directive 2004/83/CE et de la nouvelle directive 2011/95/UE.

¹³⁵⁴ Art. 33 de la directive 2011/95/UE.

¹³⁵⁵ Art. 8 par. 1 de la directive 2001/55/CE.

nécessaires, y compris parfois des visas de transit. Bien que la directive encourage les Etats à réduire le plus possible ces formalités (et notamment à rendre les visas gratuits ou à un coût réduit), il n'empêche que « les Etats pourront refuser l'entrée de leur territoire aux personnes concernées en leur opposant l'irrégularité de leur situation »¹³⁵⁶.

3.2.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.2.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen

La procédure d'asile, tant en droit suisse qu'en droit européen, mène à différents statuts qui peuvent *grosso modo* être comparés de la manière suivante :

- les « demandeurs » ou « requérants » d'asile gardent la même dénomination en droit suisse et en droit européen ;
- les « NEMs » sont des personnes qui ont reçu une décision négative au stade de la recevabilité. On pourrait alors les appeler, au niveau du droit européen, les « irrecevables » ;
- les « déboutés » de l'asile ont vu leur demande être déclarée « infondée ». Une manière équivalente de les considérer au niveau européen pourrait être les nommer les « infondés » ;
- les « réfugiés au bénéfice de l'asile » au sens du droit suisse sont des « réfugiés » au sens du droit européen. La particularité helvétique des réfugiés admis provisoirement ne connaît pas d'équivalent européen ;
- les « admis provisoires "suisse" » (qui ont donc reçu une décision négative, mais dont le renvoi n'est pas exécutoire) correspondent plus ou moins aux « personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire » au sens du droit européen¹³⁵⁷ et enfin,
- la catégorie des « personnes à protéger » prévue par le droit suisse peut, dans les grandes lignes¹³⁵⁸, être assimilée aux « personnes bénéficiant d'une protection temporaire » au sens du droit européen.

¹³⁵⁶ JULIEN-LAFERRIÈRE relève en outre qu'il ne s'agit pas simplement d'une hypothèse, puisque ce refus a été opposé à de nombreux Kosovars qui se sont présentés dans les Etats membres sans avoir fait partie d'une procédure organisée et qui ont dès lors dû retourner chez eux. JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 273.

¹³⁵⁷ Pour une comparaison de ces deux catégories de personnes et de leurs droits, voir en particulier PETERMANN LOEWE qui a consacré une thèse à cette question, ainsi que PETERMANN, KAUFMANN, p. 67-121.

¹³⁵⁸ Bien que KÄLIN estime que les différences entre ces deux institutions sont plus importantes que les similitudes. Le concept helvétique vise à assurer une protection aux personnes ne tombant pas dans le champ d'application de la Convention de Genève, alors que le système européen tend à aménager les procédures d'asile lors d'afflux massifs de réfugiés. KÄLIN, *Protection temporaire*, p. 417, ainsi que, pour une comparaison détaillée de ces deux statuts, KÄLIN, SCHREPFER, p. 439 ss.

3.2.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur

Les instruments internationaux des droits humains ne contiennent pas de disposition particulière relative au statut ou au séjour des *étrangers en général*. C'est une compétence qui relève exclusivement des Etats qui sont souverains en matière de contrôle des flux migratoires et qui sont ainsi libres de régler la question du séjour comme ils l'entendent¹³⁵⁹.

Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un certain nombre d'arrêts concernant les personnes qui n'ont pas obtenu de protection internationale, mais dont le renvoi n'est pas possible¹³⁶⁰. Les juges de Strasbourg ont généralement conclu que l'art. 8 CEDH ne donne pas un droit à régulariser le séjour ou à obtenir un permis particulier¹³⁶¹. Dans une affaire relative à un Colombien, un membre de la Commission européenne des droits de l'homme a toutefois émis une opinion séparée qui mérite d'être relevée. Il estime en effet que lorsqu'un renvoi constitue une violation de l'art. 3 CEDH, l'arrêté d'expulsion doit être annulé. Cela a pour conséquence que la personne concernée se retrouve sans statut légal dans l'Etat partie et ne peut pas travailler ni en principe bénéficier de prestations sociales. Ce membre de la Commission est alors d'avis que cette situation « constitue une ingérence continue dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 par. 1 de la Convention »¹³⁶². La Cour a partiellement suivi cet avis dans une affaire lettone, en affirmant que l'art. 8 CEDH ne conduisait pas uniquement à une obligation d'abstention, mais bien parfois aussi à une obligation d'action. Les juges ont ainsi soutenu qu'« il ne suffit pas que l'Etat d'accueil s'abstienne d'expulser l'intéressé ; encore faut-il qu'il lui assure, en prenant au besoin des mesures positives, la possibilité d'exercer sans entrave les droits en question »¹³⁶³.

¹³⁵⁹ Voir dans ce sens par exemple un arrêt de la CEDH qui rappelle que « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol ». Arrêt CEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 67 *in fine*.

¹³⁶⁰ Parce que leur nationalité n'a pas pu être établie avec certitude, parce qu'ils ne disposent pas de documents d'identité, parce que le coût du renvoi est excessif ou encore que l'Etat qui devrait effectuer le renvoi n'a pas les moyens ou la volonté de les refouler. Pour ces exemples, voir MOLE, p. 118.

¹³⁶¹ Voir par exemple l'arrêt CEDH *Dremlyuga c. Lettonie*, du 29 avril 2003, requête no 66729/01. Pour un résumé complet de la jurisprudence de la Cour EDH sur cette question, voir MOLE, p. 117-123.

¹³⁶² Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, *H.L.R. c. France*, du 7 décembre 1995, requête no 24573/94. Opinion séparée de M. Cabral Barreto.

¹³⁶³ Dans ce cas, la Cour avait donc confirmé que « le refus prolongé des autorités lettonnes de reconnaître aux requérants le droit de résider en Lettonie à titre permanent constitue une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée », ingérence qui n'était en l'occurrence ni justifiée ni proportionnée. Arrêt CEDH *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, du 16 juin 2005, requête no 60654/00, § 105 ss. Cette affaire a ensuite été jugée par la Grande Chambre le 15 janvier 2007, mais la Cour a rayé l'affaire du rôle dès lors que le litige avait entre-temps été résolu.

Le Protocole no 4 à la CEDH et le Pacte II de l'ONU prévoient par ailleurs que les personnes qui se trouvent régulièrement sur le territoire d'un Etat ont le droit d'y circuler librement et d'y choisir – librement également – leur résidence¹³⁶⁴.

En ce qui concerne les *réfugiés*, la Convention de Genève va dans le même sens que les deux instruments mentionnés ci-dessus. Elle prévoit ainsi que les réfugiés bénéficient de la liberté de circulation et de résidence sur le territoire de l'Etat contractant concerné. Des réserves peuvent être instituées dans la mesure où elles s'appliquent également aux autres étrangers et dans les mêmes circonstances. Les Etats doivent en outre délivrer des documents d'identité et des documents de voyage à tous les réfugiés qui se trouvent sur leur territoire¹³⁶⁵.

3.2.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »

Si le demandeur est frappé d'une décision négative (*non-entrée en matière* ou *rejet* pour la Suisse, demande déclarée *irrecevable* ou *infondée* pour l'Union européenne) exécutoire et qu'il ne quitte pas le territoire concerné, il devient « irrégulier » et n'a donc pas le droit de poursuivre son séjour. Il n'obtient ainsi pas de documents attestant sa présence. En droit suisse, une autorisation de séjour peut toutefois être accordée par le canton dans certains cas de rigueur (pour autant toutefois que l'ODM donne son aval à la proposition cantonale)¹³⁶⁶.

Les instruments du droit supérieur ne comportent pas de disposition particulière traitant du statut ou du séjour des *étrangers en général* et encore moins des personnes en séjour irrégulier, parce que la gestion des flux et contrôles migratoires est un domaine qui relève exclusivement de la souveraineté des Etats¹³⁶⁷.

Se prononçant sur les cas dans lesquels un requérant n'a pas obtenu de protection mais dont le renvoi n'est pas envisageable, la Cour EDH a généralement estimé que l'art. 8 CEDH ne conférait aucun droit à obtenir une régularisation et un statut de séjour spécifique. Toutefois, dans l'hypothèse où un renvoi pourrait violer le principe de non-refoulement de l'art. 3 CEDH et qu'il ne peut donc pas être exécuté, il existe un risque que le requérant reste dans l'Etat en question sans statut (légal)¹³⁶⁸. Si c'est le cas, cette situation pourrait représenter une

¹³⁶⁴ Art. 2 par. 1 du Protocole no 4, du 16 septembre 1963, à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention et art. 12 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques. Le Protocole no 4 à la CEDH n'a pas été ratifié par la Suisse.

¹³⁶⁵ Art. 26 à 28 CGE.

¹³⁶⁶ Cette autorisation ne peut cependant être accordée qu'à certaines conditions dont notamment cinq ans minimum de séjour en Suisse, un lieu de séjour connu des autorités de manière ininterrompue et une intégration poussée. Pour ces cas, voir les art. 14 al. 2 LAsi et 31 OASA, ainsi que ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 310.

¹³⁶⁷ Voir la note 1359 ci-dessus.

¹³⁶⁸ En droit suisse, cette situation devrait être évitée par la figure de l'admission provisoire.

ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée de l'art. 8 CEDH dans l'optique où cette disposition impose dans certain cas une obligation d'action.

Ainsi, si l'art. 8 CEDH n'impose pas une simple obligation d'abstention, mais également une obligation d'action, les Etats ne devraient pas pouvoir rendre des décisions de renvoi qu'ils ne peuvent ensuite pas exécuter et laisser en conséquence les personnes vivre sans statut et sans accès aux droits économiques et sociaux de base. Un système cohérent voudrait que, si la personne ne peut effectivement pas être renvoyée pour des motifs pratiques objectifs, un statut lui soit octroyé, lui permettant de mener une vie sociale conforme à la dignité humaine.

3.3. Hébergement et lieu de résidence

3.3.1. En droit suisse

L'hébergement des *requérants d'asile* se fait dans un premier temps dans les aéroports ou dans les centres d'enregistrement et de procédure, ainsi qu'éventuellement dans des centres de transit ou autres foyers de secours lorsque le nombre de places disponibles n'est plus suffisant dans les CEP. La durée du séjour au centre d'enregistrement ne doit en principe pas dépasser 90 jours¹³⁶⁹, mais elle peut être prolongée de quelques jours en cas de justes motifs¹³⁷⁰. Dans le cadre de la procédure à l'aéroport, la durée maximale de rétention à l'aéroport, ou à titre exceptionnel dans un autre lieu approprié, est de 60 jours¹³⁷¹. Si la procédure n'est pas terminée à l'issue de cette durée de séjour, les requérants sont placés dans différents centres cantonaux pour des périodes « transitoires » mais qui peuvent parfois se prolonger plusieurs mois. Ils sont en principe déplacés plusieurs fois, évitant ainsi une installation ou une éventuelle intégration¹³⁷². Sur ce point, la pratique varie toutefois selon le canton. Dans le canton de Neuchâtel ce n'est par exemple pas le cas. Il existe uniquement des centres de premier accueil et de deuxième accueil. Les seconds sont en principe des logements individuels, mais dans lesquels ne sont jamais placées les personnes qui ont reçu une décision négative exécutoire (par exemple les NEMs Dublin)¹³⁷³. Le canton de Vaud connaît un hébergement qui est divisé en trois « phases » : une phase d'« accueil » d'environ deux mois, dans une structure collective, suivie d'une phase de « socialisation » d'environ quatre mois,

¹³⁶⁹ Initialement, le législateur prévoyait qu'elle soit de deux à cinq jours seulement (BO CN 1989 1009), voire de quatre à dix jours (BO CN 1997 1228). Le séjour dans le centre devait alors uniquement servir à recueillir les données personnelles, à interroger sommairement le requérant, puis à procéder à l'attribution à un canton, ATF 128 II 156, consid. 2c. Cette durée a ensuite été fixée pendant longtemps à 60 jours (art. 16 al. 2 OA 1, avant d'être modifiée le premier janvier 2011). Si la troisième option du projet présenté par le DFJP en 2011 devait être concrétisée, il se pourrait que la durée de séjour maximale dans les CEP soit encore plus longue que les 90 jours prévus actuellement. DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011, p. 61.

¹³⁷⁰ Art. 16 al. 2 OA 1.

¹³⁷¹ Art. 22 al. 5 LAsi. Sur cette question particulière, voir ci-dessus le ch. III.2.4.2.4.

¹³⁷² POVLAČIĆ, *Discrimination et exclusion*, p. 80.

¹³⁷³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

également dans une structure collective et, enfin, une phase de « séjour » qui débute dès le septième mois et qui peut se dérouler soit dans une structure collective, soit dans des logements individuels¹³⁷⁴.

Lors de situations particulières (notamment lorsque le nombre de demandes d'asile est en augmentation), les CEP peuvent gérer des « sites délocalisés tels que des centres de transit, des foyers de secours et des abris de fortune »¹³⁷⁵. La durée du séjour dans ces sites est limitée à 12 mois au maximum¹³⁷⁶. Jusqu'au 30 juin 2011, il existait un centre de transit à Altstätten qui disposait de 126 lits¹³⁷⁷ et qui, outre le fait qu'il n'était pas possible d'y déposer une demande d'asile, fonctionnait comme un centre d'enregistrement¹³⁷⁸. Depuis le 1^{er} juillet 2011, ce centre a toutefois été converti en centre d'enregistrement et de procédure¹³⁷⁹.

Dans les aéroports et dans les centres d'enregistrement, les requérants sont logés dans des dortoirs non mixtes et il est tenu compte, dans la mesure du possible, des familles, enfants et personnes nécessitant des soins particuliers¹³⁸⁰. Le requérant doit en outre se tenir à la disposition des autorités durant son séjour au CEP¹³⁸¹ et peut devoir subir des fouilles¹³⁸². C'est l'ODM qui est responsable des CEP, mais il peut en confier la gestion à des tiers¹³⁸³. En pratique, c'est l'entreprise privée ORS Services AG qui assure la gestion des désormais cinq centres d'enregistrement et de procédure (de Bâle, Chiasso, Kreuzlingen, Vallorbe¹³⁸⁴ et Altstätten), ainsi que des zones de transit des aéroports de Genève et Zurich¹³⁸⁵. En outre, la sécurité est assurée par des agents d'entreprises privées telle que Securitas.

¹³⁷⁴ AMARELLE, NGUYEN, p. 197.

¹³⁷⁵ Art. 16a al. 1 OA 1. Il s'agit en général de sites de l'armée, ce qui est particulièrement délicat et traumatisant pour des personnes ayant généralement fui des conflits ou des situations militaires graves. AMARELLE, NGUYEN, p. 196.

¹³⁷⁶ Art. 16a al. 2 OA 1.

¹³⁷⁷ En raison d'une importante hausse des demandes d'asile depuis août 2008, la Confédération s'est vue dans l'incapacité de prendre en charge les requérants d'asile dans les structures fédérales. Ce sont donc les cantons qui ont dû, comme par le passé, mettre à disposition des lieux d'hébergement supplémentaires. Dans cette optique, le Conseil fédéral a modifié l'OA 2 afin d'allouer des montants supplémentaires aux cantons (RO 2009 235).

¹³⁷⁸ ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 72.

¹³⁷⁹ OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Le centre de transit d'Altstätten*, 2011.

¹³⁸⁰ Art. 4 al. 1 de l'Ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile. Plus généralement, sur les conditions d'hébergement dans les CEP, voir cette Ordonnance.

¹³⁸¹ Art. 16 et 16a OA 1.

¹³⁸² Art. 9 LA_{Asi}.

¹³⁸³ Art. 17 OA 1.

¹³⁸⁴ Pour un descriptif de l'encadrement au centre de Vallorbe, voir BRON, 2010.

¹³⁸⁵ <http://www.ors.ch> (consultation : 15 août 2011).

Le Tribunal fédéral admet que « [l']assignation dans un centre d'enregistrement entraîne une restriction à la liberté de mouvement garantie par l'art. 10 al. 2 Cst, ainsi que, [dans certains cas], une limitation de la vie familiale garantie par les art. 14 Cst et 8 CEDH »¹³⁸⁶. Le Tribunal précise en outre que ces droits ne peuvent être limités que dans le cadre de l'art. 36 Cst, c'est-à-dire notamment en respectant les principes de proportionnalité et d'intérêt public. La décision de la durée de séjour dans le centre doit donc se faire en fonction du cas particulier de chaque requérant.

Lorsque les structures fédérales sont insuffisantes en raison de l'augmentation du nombre de demandes d'asile, comme cela a été le cas à la fin de l'année 2008, ce sont les cantons qui sont sollicités pour mettre à disposition des places d'hébergement supplémentaires. Dans cette optique, le Conseil fédéral a modifié en décembre 2008 l'Ordonnance 2 sur l'asile relative au financement¹³⁸⁷ avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 2008. Il a ainsi décidé d'indemniser les cantons en leur allouant un montant annuel de 25 millions de francs pour les coûts additionnels engendrés par l'hébergement et l'encadrement des requérants d'asile¹³⁸⁸.

Hormis ces circonstances particulières liées à des fluctuations importantes des demandes d'asile, les requérants sont attribués – dans un deuxième temps – à un canton, à l'exception toutefois de ceux qui se sont vu notifier une décision de non-entrée en matière¹³⁸⁹. Ce sont donc en principe les cantons qui, entre eux, devraient convenir de la répartition des requérants. Toutefois, s'ils ne parviennent pas à trouver un accord, le Conseil fédéral fixe dans une ordonnance des critères et une clé de répartition¹³⁹⁰. C'est ce qu'il a fait à l'article 21 OA 1. C'est donc l'ODM qui répartit ensuite concrètement les requérants entre les

¹³⁸⁶ Arrêt TF 2A.282/2003, consid. 3.1. Cet arrêt renvoie notamment à l'ATF 128 II 156, ainsi qu'aux références citées, dont l'article de GRANT, WISARD, p. 82-92, dans lequel les auteurs ont procédé à une analyse minutieuse des atteintes à la liberté personnelle dans les centres d'enregistrement. Cette étude a cependant été effectuée à l'époque de l'ancienne loi sur l'asile et doit, pour ce qui concerne l'exigence de la base légale du moins, être considérée avec prudence.

¹³⁸⁷ OA 2, RS 142.312.

¹³⁸⁸ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Indemnisation pour les coûts supplémentaires*, 2008. Pour les modifications de l'OA 2, voir RO 2009 235. Le Conseil fédéral a mis en consultation (jusqu'au 8 août 2012) de nouvelles propositions de modification de l'OA 2 qui tendraient à modifier les art. 22 al. 1 et 5 et 23a, précisément introduits par la modification de 2008. Les forfaits versés aux cantons pour les bénéficiaires de l'aide sociale ne seraient plus calculés sur une base quotidienne, mais mensuelle et la part destinée à l'encadrement ne serait plus déterminée trimestriellement, mais également mensuellement. Pour les détails, voir FF 2012 4347 qui renvoie notamment à la proposition de modification, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/teilrev_asylv2-vinta-vvwa/entw-asylv2-f.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012).

¹³⁸⁹ Art. 27 al. 3 et 4 LAsi. L'al. 4 contient cependant trois « exceptions à l'exception », dont la plus importante est celle qui consiste à attribuer les NEMs au canton qui sera chargé de l'exécution du renvoi. Pour plus de détails, voir ci-dessous, trois paragraphes plus bas.

¹³⁹⁰ Art. 27 LAsi.

cantons¹³⁹¹. Pour ce faire, il tient compte des intérêts du canton et de ceux du requérant, à savoir l'unité de la famille¹³⁹². Une fois que le requérant connaît son canton d'attribution, il dispose de 24 heures, après avoir quitté le CEP, pour se rendre auprès de l'autorité cantonale concernée¹³⁹³. L'Office fédéral des migrations ou les autorités cantonales assignent un lieu de séjour au requérant ; ceux-ci sont en principe logés dans des centres d'hébergement collectifs, voire individuels¹³⁹⁴, et c'est au canton que revient la tâche d'y assurer la sécurité¹³⁹⁵.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies critique dans son dernier rapport sur la Suisse la situation de certains requérants d'asile forcés de vivre dans des « abris nucléaires souterrains pendant toute la durée de l'examen de leur demande. [...] Il s'inquiète [également notamment] de ce que les enfants doivent partager les dortoirs des demandeurs d'asile adultes ». Le Comité demande donc à la Suisse de prendre les mesures nécessaires pour assurer aux requérants d'asile des conditions de vie adéquates¹³⁹⁶.

Ainsi, les *requérants d'asile* ont la possibilité de demander à l'ODM de changer de canton, mais uniquement pour l'un des motifs énoncés aux art. 27 al. 3 LAsi et 22 OA 1, à savoir le respect de l'unité de la famille ou en cas de menaces graves pour le requérant ou pour d'autres

¹³⁹¹ En outre, les requérants qui ont déposé leur demande auprès d'une autorité cantonale sont attribués à ce canton et ceux qui seront renvoyés directement depuis le CEP sont attribués au canton dans lequel se trouve le centre. Art. 21 al. 2 et 3 OA 1.

¹³⁹² Art. 22 OA 1 et 27 al. 3 OA 1. C'est d'ailleurs le seul point sur lequel le requérant peut contester la décision d'attribution à un canton ; le respect du principe de l'unité de la famille, en vertu de la LAsi directement, mais aussi en raison du droit international et en particulier des articles 8 et 13 CEDH. Sur ce point, voir l'arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral, ATAF 2008/47, qui précise encore que même des griefs formels, tel que le droit d'être entendu, ne sont recevables que s'ils concernent le principe de l'unité de la famille. L'ATAF 2009/54 confirme cette jurisprudence. En outre, selon le Tribunal administratif fédéral, le principe de l'unité de famille ne peut être contesté que dans le cadre d'une relation entre parents et enfants mineurs, mais ne peut trouver application pour des parents (âgés) dont les enfants sont déjà majeurs. Arrêt TAF D-1250/2009, commenté par l'ODAE-ROMAND, cas 082, qui s'interroge notamment sur le fait de savoir s'il ne serait pas préférable (pour les cantons comme pour les intéressés d'ailleurs) que « l'attribution soit faite en tenant compte de certaines données personnelles (langue, liens sociaux et autres) qui favoriseraient l'insertion des nouveaux arrivants, plutôt que de leur imposer une épreuve de plus dans leur exil ? ». Voir également NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 415.

¹³⁹³ Art. 23 OA 1.

¹³⁹⁴ Dans le canton de Neuchâtel, les requérants sont dans un premier temps logés dans les centres de premier accueil de Couvet et Fontainemelon, en hébergement collectif, puis en appartements. La gestion de l'accueil relève dans ce canton de l'office social de l'asile. <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=31184> (consultation : 15 août 2011).

¹³⁹⁵ Art. 28 LAsi.

¹³⁹⁶ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3, par. 18. Allant dans le même sens, une pétition émanant des habitants du Foyer de Saconnex de l'Hospice général de Genève dénonce des conditions de logement inacceptables : une température au sein des locaux en permanence en dessous de 16 degrés, de l'eau chaude en quantité insuffisante et n'allant pas plus haut que 22 degrés et des conditions d'hygiène déplorables (blattes et rats dans la cuisine et les chambres). Pour la pétition, voir ODAE-ROMAND, brève du 21 décembre 2010.

personnes. Il faut en outre que les deux cantons concernés par le changement donnent leur accord.

Les « *non-entrées en matière* » ne sont (en théorie du moins) pas attribués à un canton¹³⁹⁷ et restent ainsi en principe dans le CEP jusqu'à l'exécution de leur renvoi¹³⁹⁸. Il existe cependant trois hypothèses¹³⁹⁹ dans lesquelles une attribution a tout de même lieu. Il s'agit des cas où le demandeur a fait recours, mais qu'aucune décision n'a eu lieu « dans un délai approprié »¹⁴⁰⁰ ; des cas qui font l'objet d'une poursuite pénale ou ont été condamnés (dans ces hypothèses, la personne est attribuée à un canton en vue de son renvoi) et des cas dont l'exécution du renvoi est imminente¹⁴⁰¹. En réalité, l'attribution des NEMs à un canton est presque la règle.

Les *NEMs* et les *déboutés* sont logés, selon les cantons et parfois selon leurs besoins, soit dans des appartements (en principe ce n'est jamais le cas pour les *NEMs*, mais uniquement pour les *déboutés*), soit dans des centres d'aide d'urgence ou dans des centres de transit. L'hébergement se fait aussi parfois dans des abris de la protection civile ou dans des endroits extrêmement isolés (alpages, etc.) et dans certains cas les personnes (y compris les familles avec enfants) sont contraintes de quitter le centre durant la journée, même en hiver¹⁴⁰². Les conditions varient énormément selon les cantons.

A Neuchâtel, les *NEMs* sont logés dans des centres de premier accueil et reçoivent 8 francs par jour, le petit déjeuner étant inclus dans l'hébergement. Il peut arriver que les 8 francs quotidiens soient remplacés par un colis alimentaire limité dans le temps (dix jours par exemple). Cette décision de remplacer la prestation pécuniaire par une prestation en nature fait alors l'objet d'une décision formelle notifiée en main propre de l'intéressé avec une explication orale. Cette mesure a un but pédagogique et est prise en dernier recours, après un avertissement et lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de pression. Il s'agit par exemple des cas

¹³⁹⁷ Art. 27 al. 4 LAsi.

¹³⁹⁸ MICCOLI MALHERBE, p. 31.

¹³⁹⁹ La liste des exceptions n'est pas exhaustive afin que les « autorités disposent ainsi de la souplesse requise pour gérer les dossiers de requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière ». FF 2003 5091, 5236.

¹⁴⁰⁰ La durée de ce « délai approprié » n'est en outre précisée ni par l'ordonnance relative à la procédure ni par le message. Celui-ci ne mentionne que le motif du non-respect de ce délai ; il s'agit des limites de la capacité de la CRA (désormais le TAF) lorsque de nombreux recours sont interjetés. FF 2003 5091, 5236. On peut toutefois penser que le délai « approprié » correspond (au maximum) à celui de rétention dans le centre tel qu'il est prévu par la loi, à savoir 90 jours.

¹⁴⁰¹ Selon le message, « [l]'exécution est imminente si trois conditions sont remplies. Premièrement, l'identité et la nationalité de la personne astreinte au départ doivent être connues. Deuxièmement, l'intéressé doit posséder des documents de voyage valables, ou la représentation diplomatique compétente s'est engagée à en délivrer, ou on sait par expérience que de tels documents peuvent être obtenus en peu de jours. Troisièmement, le départ doit être réalisable sur le plan technique, autrement dit les billets d'avion doivent pouvoir être achetés dans un bref délai et, le cas échéant, une escorte doit être prête à intervenir ». FF 2003 5091, 5236.

¹⁴⁰² TRUMMER, p. 24-25, et TAFELMACHER, p. 58-59.

de personnes qui utilisent les 8 francs pour acheter de l'alcool et ont ensuite un comportement violent ou dangereux dans le centre. Ce moyen retire à la personne concernée la dernière autonomie qu'elle avait¹⁴⁰³.

Dans le canton de Vaud par exemple, les *déboutés* célibataires sont hébergés dans des foyers collectifs et reçoivent des prestations en nature (nourriture), alors que les familles et les « cas vulnérables » (ceux-ci sont définis comme étant malades par une commission de santé) ont droit à 9,50 francs par jour et par personne et sont en principe logés dans des appartements. A l'été 2010, sur 770 personnes qui ont demandé l'aide d'urgence, 50 % vivent en appartement et donc sont des familles ou ont été déclarées personnes vulnérables. Selon une étude du Dr Patrick Bodenmann, responsable de l'unité de population vulnérable de la polyclinique médicale universitaire de Lausanne, 40 % des personnes déboutées présentent un état dépressif grave car la dégradation des conditions environnementales prévue par la loi a un impact important sur la vie des gens¹⁴⁰⁴.

Les critiques adressées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à l'égard des conditions d'hébergement réservées aux requérants d'asile sont certainement également valables pour celles appliquées aux NEMs et aux déboutés¹⁴⁰⁵.

Pour le reste, les *NEMs* ou les *personnes déboutées* n'ont pas le droit de changer de canton, puisqu'elles sont en principe dans une procédure de renvoi et devraient quitter le territoire helvétique. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé dans deux arrêts qu'il était contraire au droit au respect de la vie familiale (au sens de l'art. 8 CEDH) de refuser à deux requérantes d'asile déboutées de vivre dans le même canton que leurs maris. Les couples ont été empêchés de mener une vie familiale pendant environ cinq ans. La Cour reconnaît que la loi sur l'asile est une base légale qui permet de répartir équitablement les requérants sur le territoire helvétique, mais elle estime que la mesure est disproportionnée par rapport à l'intérêt public que représente cette répartition pour l'ordre public. Les intérêts privés des requérants prévalent donc en l'espèce sur l'intérêt de l'Etat¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

¹⁴⁰⁴ Interview de CECILE EHRENSPERGER, cheffe de projet de la mise en œuvre de l'application de l'aide d'urgence pour le canton de Vaud, responsable du secteur nord et ouest de l'Etablissement vaudois d'accueil des migrants (EVAM), lors d'une émission de la RADIO SUISSE ROMANDE, *Ariel et l'aide d'urgence*, in Zone franche, du 28 août 2010, disponible à l'adresse <http://www.rsr.ch/#/la-1ere/programmes/zone-franche/?date=04-08-2010> (consultation : 3 février 2010). Dans le même sens que les propos tenus par le Dr Bodenmann, voir l'article de SUBILIA, dans lequel celui-ci précise que « les conditions d'accueil vont à l'encontre des exigences thérapeutiques ». SUBILIA, p. 321-330, spéc. p. 324.

¹⁴⁰⁵ Voir ci-dessus, le paragraphe lié à la note 1396.

¹⁴⁰⁶ Arrêts CEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse* et *Agraw c. Suisse*, du 29 octobre 2010, requêtes nos 24404/05 et 3295/06. Dans un arrêt ultérieur, opposant une requérante d'asile déboutée (attribuée au canton de Berne mais vivant dans le canton de Vaud auprès de son enfant et du père de celui-ci) au Service de la

Les *réfugiés* qui ont obtenu l'*asile*, ainsi que ceux au bénéfice d'une *admission provisoire* bénéficient de la liberté de circulation accordée par l'art. 26 de la Convention de Genève¹⁴⁰⁷. Il faut donc se référer aux conditions de l'art. 37 LETr pour connaître plus en détail les conditions dans lesquelles ils peuvent changer de canton. Ce droit varie en fonction du permis de séjour attribué au réfugié : s'il a un permis B, il pourra changer de canton à la condition que le canton de destination donne son accord, qu'il ne soit pas au chômage et qu'il n'existe pas de motifs de révocation au sens de l'art. 62 LETr¹⁴⁰⁸. Avec un permis C ou F¹⁴⁰⁹, le réfugié pourra sans autre changer de canton, pour autant toutefois qu'il n'y ait pas de motifs de révocation au sens de l'art. 63 LETr¹⁴¹⁰.

Les *personnes admises à titre provisoire* n'ont en revanche pas un droit aussi large. L'art. 85 al. 3 à 5 LETr prévoit que ces personnes peuvent adresser une demande de changement de canton à l'ODM qui, avant de rendre sa décision, va entendre les cantons concernés. En outre, la décision ne peut être contestée, comme pour les requérants d'asile, que sur le principe de l'unité de la famille.

Enfin, les *personnes à protéger* sont soumises aux mêmes conditions que les requérants d'asile pendant les cinq années durant lesquelles elles peuvent être au bénéfice du permis S¹⁴¹¹. Ensuite, si la personne est titulaire d'un permis de séjour (B) ou d'établissement (C), elle sera soumise aux mêmes conditions que le réfugié au bénéfice de l'asile.

population du canton de Vaud, dans un litige concernant les prestations d'aide d'urgence, le Tribunal fédéral a toutefois totalement éludé la question de l'art. 8 CEDH et du principe de l'unité familiale en estimant, de manière quelque peu abrupte, que « [c]e n'est pas par le biais des règles sur l'aide sociale ou l'aide d'urgence qu'il convient de modifier, voire de contrecarrer, les décisions en matière d'attribution cantonale et de remettre ainsi en cause l'interdépendance consacrée dans la loi entre attribution cantonale et aide d'urgence ». ATF 137 I 113, consid. 6, spéc. 6.3.

¹⁴⁰⁷ Au terme de cet article, il est prévu que « [t]out Etat Contractant accordera aux réfugiés se trouvant régulièrement sur son territoire le droit d'y choisir leur lieu de résidence et d'y circuler librement sous les réserves instituées par la réglementation applicable aux étrangers en général dans les mêmes circonstances ».

¹⁴⁰⁸ Les motifs de révocation sont notamment les suivants : fausses déclarations, dissimulation de faits essentiels durant la procédure d'autorisation de séjour, condamnation à une peine privative de liberté de longue durée, grave atteinte, mise en danger ou menace pour la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, non-respect des conditions dont la décision est assortie, dépendance personnelle – ou dépendance d'une personne à charge – de l'aide sociale.

¹⁴⁰⁹ Le droit de changer de canton pour les réfugiés au bénéfice d'une admission provisoire a été définitivement clarifié le 6 février 2012 par le TAF dans son arrêt E-2324/2011. Dans le même sens, voir aussi ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 305.

¹⁴¹⁰ L'autorisation d'établissement peut être révoquée pour des motifs tels que : fausses déclarations, dissimulation de faits essentiels durant la procédure d'autorisation, condamnation à une peine privative de liberté de longue durée, très grave atteinte, mise en danger ou menace pour la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, dépendance durable ou dans une large mesure de l'aide sociale ou dépendance durable ou dans une large mesure d'une personne à charge.

¹⁴¹¹ Il s'agit donc des conditions de l'art. 27 al. 3 LAsi (possibilité d'adresser une demande à l'ODM pour respect de l'unité de la famille ou menaces).

3.3.2. En droit européen

Les Etats membres doivent garantir un niveau de vie adéquat pour les *requérants d'asile*¹⁴¹². Pour ce faire, la directive prévoit des « conditions matérielles d'accueil » qui concernent notamment les lieux d'hébergement.

Le logement des requérants d'asile peut prendre une des formes suivantes : locaux servant de logement durant l'examen de la demande pour les requêtes présentées à la frontière ; centres d'hébergement, maisons, appartements, hôtels ou autres locaux adaptés¹⁴¹³. Dans la plupart des cas, le logement est fourni en nature et de manière collective¹⁴¹⁴. Le principe de la protection de la vie familiale, en particulier le logement en commun des mineurs avec leurs parents, doit être respecté. Le HCR précise par ailleurs que les centres doivent être aussi petits qu'il est économiquement possible¹⁴¹⁵.

Selon un article paru dans *Le Monde*, le 29 septembre 2010, les conditions d'accueil en matière d'hébergement, notamment, varient beaucoup d'un Etat à l'autre. Si en Allemagne, en Finlande et aux Pays-Bas, les demandeurs semblent être « totalement pris en charge », il n'en va pas de même en France par exemple où il existe un « gros déficit de logement pour ces demandeurs d'asile, qui se retrouvent pour beaucoup à la rue ». En Belgique également, plusieurs centaines de requérants seraient sans toit. L'Italie prévoirait un hébergement pour les vingt premiers jours de procédure, le requérant devant ensuite demander à être logé dans des structures communales. Enfin, la Grande-Bretagne aurait adopté une solution plus « répressive », puisque les demandeurs d'asile seraient détenus tout au long de la procédure¹⁴¹⁶.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

Dans le but de renforcer encore les conditions relatives au logement, les propositions de refonte de la directive accueil (2003/9/CE) prévoient en outre que les Etats tiennent désormais compte du sexe, de l'âge et de la situation des personnes ayant des besoins particuliers lors de l'attribution d'un logement. Des mesures de prévention de la violence, y compris sexuelle, doivent en outre être prises¹⁴¹⁷.

¹⁴¹² Art. 13 de la directive 2003/9/CE en lien avec l'art. 2, let. j de la même directive.

¹⁴¹³ Art. 14 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴¹⁴ Mais une prestation pécuniaire ou des bons peuvent aussi entrer en ligne de compte. PEEK, p. 937-938, ainsi que COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 5.

¹⁴¹⁵ HCR, *Annotated Comments on Directive 2003/9/EC*, ad art. 14.

¹⁴¹⁶ VINCENT, 2010.

¹⁴¹⁷ COM(2008) 815, p. 6 et 28 et 29 ainsi que COM(2011) 320 final, p. 32.

Les requérants ne doivent être changés de lieu de résidence que lorsque cela se révèle nécessaire¹⁴¹⁸. PEEK voit trois hypothèses justifiant un tel transfert : lorsque les personnes sont initialement logées dans un centre d'enregistrement avant d'être installées dans un autre lieu de séjour ; lorsque les personnes ont des besoins particuliers ; et cas de regroupement familial¹⁴¹⁹.

En ce qui concerne la « gestion » des centres d'hébergement, la directive règle certains points de manière passablement détaillée. Elle prévoit par exemple que le personnel qui travaille dans de tels centres doit être formé de manière appropriée et est tenu par le devoir de confidentialité ou encore que les requérants peuvent être amenés à collaborer à la vie du centre, notamment dans la gestion des ressources matérielles¹⁴²⁰.

La possibilité de communiquer avec la famille, les mandataires, les représentants du HCR¹⁴²¹ ou des œuvres d'entraide (ONG reconnues) doit être garantie. Des limites ne sont admises que pour des raisons de sécurité¹⁴²².

Enfin, les différentes modalités relatives au logement présentées ici peuvent être modifiées par les Etats membres pendant une période qui doit rester la plus courte possible, à certaines conditions et dans des circonstances exceptionnelles (sont par exemple mentionnés les capacités de logement normalement disponibles temporairement épuisées, les conditions matérielles d'accueil inexistantes dans une certaine zone géographique ou encore les cas de rétention du demandeur à un poste frontière). Les besoins fondamentaux des requérants doivent en tous les cas être couverts¹⁴²³. Cette possibilité de déroger aux exigences de base laisse malheureusement la porte ouverte à tout type d'exceptions et n'assure aucune harmonisation entre les Etats membres.

La question des conditions de rétention n'est abordée qu'indirectement dans la directive 2003/9/CE au travers de différentes dispositions éparses telles que celles relatives aux définitions, aux documents ou aux conditions matérielles d'accueil¹⁴²⁴. La proposition 2008

¹⁴¹⁸ Art. 14 par. 4 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴¹⁹ PEEK, p. 939.

¹⁴²⁰ Art. 14 par. 5 et 6 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴²¹ Le Parlement européen avait à cet égard émis, en 2005, une résolution à l'égard de l'Italie, l'invitant à garantir au HCR un accès libre au centre de rétention situé sur l'île de Lampedusa, ainsi qu'aux requérants s'y trouvant. PARLEMENT EUROPEEN, P6_TA(2005)0138.

¹⁴²² Art. 14 par. 2, let. b et par. 7 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴²³ Art. 14 par. 8 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴²⁴ O'NIONS estime que la différence entre des centres d'accueil ou d'hébergement et des centres de rétention ou de détention relève parfois plus d'une question de sémantique qu'autre chose, dans la mesure où le séjour dans les centres d'accueil est souvent obligatoire. Elle relève par ailleurs que les conditions peuvent être pires dans ces centres que dans des prisons. O'NIONS, p. 151.

de refonte de la directive prévoit désormais quatre articles spécifiquement consacrés à cette problématique¹⁴²⁵.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

Les requérants ne pourront plus être placés en rétention au seul motif qu'ils déposent une demande de protection internationale. Seules certaines circonstances comme la détermination ou vérification de l'identité, l'appréciation d'une demande d'asile devant déterminer le droit d'entrée sur le territoire ou des questions de sécurité permettront de retenir un requérant dans un lieu déterminé et pour autant qu'il n'existe pas d'autres mesures alternatives moins coercitives telles que « l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière ou de demeurer dans un lieu déterminé ».

Plusieurs garanties doivent en outre être offertes aux requérants. Notamment la durée de rétention ne doit « raisonnablement »¹⁴²⁶ pas dépasser le temps nécessaire à l'établissement de la procédure administrative et les retards non imputables au demandeur ne peuvent pas justifier une prolongation de la rétention. La décision de rétention doit provenir des autorités judiciaires ou au moins être confirmée par celles-ci dans un délai de 72 heures. Elle doit être écrite, motivée, préciser la durée maximale de rétention et doit en outre être communiquée au demandeur dans une langue qu'il comprend. Enfin, une assistance juridique gratuite (si le requérant n'a pas les moyens) doit être garantie, au moins au stade du recours.

Les requérants ne peuvent pas être placés dans des établissements pénitentiaires, mais doivent être retenus dans des centres spécialisés. Ils peuvent avoir des contacts et bénéficier de visites de leur famille, de leur mandataire et des représentants du HCR et des œuvres d'entraide compétentes.

Les groupes de personnes vulnérables ou ayant des besoins particuliers connaissent un régime spécial. Les mineurs ne peuvent être retenus que si leur intérêt supérieur l'impose et cas échéant, ils doivent pouvoir pratiquer des loisirs. Les mineurs non accompagnés ne peuvent jamais être placés en rétention¹⁴²⁷. Les familles ont droit à un hébergement leur permettant une intimité suffisante. Mis à part dans le cas des familles, les femmes et les hommes sont retenus dans des endroits séparés. Les personnes ayant des besoins particuliers ne doivent être retenues qu'exceptionnellement et, cas échéant, l'Etat doit leur garantir un suivi régulier et approprié.

Pour ce qui est des personnes ayant reçu une *décision d'asile négative*, les « irrecevables » ou les « infondés », aucune disposition particulière n'existe au niveau européen. La situation de

¹⁴²⁵ Art. 8 à 11 (nouveaux) de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2008 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (Refonte), COM(2008) 815, p. 22-24. La proposition 2011 de modification de la directive reprend ces règles strictes en matière de rétention. Voir les art. 8-11 (nouveaux). COM(2011) 320 final, p. 23-27.

¹⁴²⁶ La proposition 2011 parle de « période la plus brève possible ». COM(2011) 320 final, p. 24.

¹⁴²⁷ La proposition 2011 n'a pas retenu cette solution. Elle admet la rétention de ces mineurs, mais ils doivent alors être hébergés séparément des adultes. COM(2011) 320 final, p. 27.

ces personnes varie donc d'un Etat membre à l'autre. En Autriche par exemple, pour les demandeurs d'asile dont la requête a été rejetée en première instance, « l'accès au logement et aux prestations sociales a été retiré en septembre 2002 ». Aux Pays-Bas, ils doivent partir de leur logement dans les 28 jours suivant le rejet de la demande et n'obtiennent plus d'aide en matière de logement¹⁴²⁸.

La question de l'accès au logement pour les *réfugiés* ainsi que pour les personnes concernées par le statut de la *protection subsidiaire* est traitée à l'art. 32 de la directive 2011/95/UE. Force est de constater que cette disposition ne règle cependant pas grand-chose, puisque la seule indication qu'elle donne précise que les conditions d'accès pour les réfugiés et les personnes protégées de manière subsidiaire doivent être équivalentes à celles applicables aux ressortissants extra-européens résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre (alors même que, dans d'autres circonstances, la situation des réfugiés et parfois des protégés subsidiairement doit être équivalente à celle des ressortissants de l'Etat membre)¹⁴²⁹.

Un second et nouveau paragraphe a été ajouté dans la directive 2011/95/UE. Tout en pouvant « disperser » les bénéficiaires, les Etats membres doivent désormais s'efforcer « de mettre en œuvre des politiques destinées à prévenir toute discrimination à l'égard des bénéficiaires d'une protection internationale et à garantir l'égalité des chances en matière d'accès au logement ». Si c'est un pas supplémentaire en direction d'une plus grande égalité des chances avec les ressortissants des Etats membres, la mesure garde encore un caractère plus incitatif qu'obligatoire.

Durant la période de *protection temporaire*, les bénéficiaires doivent avoir accès à un hébergement approprié ou, le cas échéant, doivent recevoir les moyens de se procurer un logement¹⁴³⁰.

3.3.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.3.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen

Les situations légales prévalant en droit suisse et en droit européen sont assez difficilement comparables sur ce point, en ce qu'elles présentent d'importantes disparités que cela soit entre le régime helvétique et européen d'une part ou entre les différentes catégories de personnes concernées par ces normes d'autre part.

¹⁴²⁸ CHOLEWINSKI, p. 37.

¹⁴²⁹ L'accès à l'éducation doit par exemple être le même pour les nationaux, réfugiés ou personnes protégées subsidiairement (art. 27 de la directive 2011/95/UE). En matière d'assistance sociale (art. 29 par. 1 de la directive 2011/95/UE), seuls les réfugiés peuvent prétendre à des prestations équivalentes aux nationaux.

¹⁴³⁰ Art. 13 par. 1 de la directive 2001/55/CE.

En pratique, les réalités des conditions d'accueil varient encore plus fortement d'un Etat à l'autre, notamment en raison du fait que les directives ne posent (presque) que des normes minimales communes.

On peut tout de même constater, dans les grandes lignes, que les fondements de base liés au logement vont globalement dans le même sens : la règle générale conduit en principe à un hébergement dans des lieux collectifs (parfois dans des appartements pour des cas particuliers tels que les familles ou les personnes ayant des besoins spécifiques) ; lorsque des lieux de séjour ne sont pas mis à disposition, une aide pécuniaire devrait en principe être mise à disposition et le séjour dans des centres collectifs ne doit pas être assimilé à une détention (même si, dans certains cas, les circonstances concrètes font que l'on se rapproche de conditions de détention).

3.3.3.2. *Analyse sous l'angle du droit supérieur*

Au niveau international, le droit à un niveau de vie suffisant ainsi que, plus spécifiquement, le droit au logement sont garantis par plusieurs dispositions.

Comme on l'a vu, la Déclaration universelle des droits de l'homme, rappelle la nécessité d'assurer un niveau de vie suffisant à toute personne notamment en ce qui concerne le logement.

D'autres instruments, à caractère contraignant cette fois, reprennent cette conception. L'art. 11 par. 1 du Pacte ONU I garantit à toute personne le droit « à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ».

Dans ces observations générales, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) a interprété ce droit de manière large indiquant qu'il ne s'agit pas seulement de garantir un toit, mais bien le droit de vivre quelque part en sécurité et dans la paix et la dignité¹⁴³¹.

Pour ce qui est des migrants réguliers, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 introduit l'égalité de traitement avec les ressortissants en ce qui concerne notamment l'accès au logement et y compris aux logements sociaux¹⁴³².

¹⁴³¹ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 4*, par. 7.

¹⁴³² Art. 43 par. 1, let. d.

Plus spécifiquement en ce qui concerne les enfants, la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant prévoit également le droit à un niveau de vie suffisant¹⁴³³. Il est ainsi spécifié que l'Etat doit, en cas de besoin, offrir « une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement ».

Au niveau régional, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété les art. 3 et 8 CEDH – à savoir le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et le droit au respect de la vie privée et familiale – de manière à ce qu'ils puissent être invoqués lorsque les conditions de logement sont particulièrement déplorables¹⁴³⁴.

Dans la Charte sociale européenne (révisée) du Conseil de l'Europe, du 3 mai 1996, l'article 31 consacre précisément un droit au logement. Les Etats doivent prendre des mesures pour « favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ; [...] prévenir et [...] réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive ; [et] rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes ». L'art. 19 spécialement destiné aux travailleurs migrants et à leur famille prévoit également que les migrants réguliers bénéficient d'un traitement pas moins favorable que les nationaux en ce qui concerne le logement, pour autant que ce domaine soit soumis à une réglementation étatique.

Ainsi, au vu de ces différents instruments, il convient de souligner que l'obligation découlant du droit international de fournir une aide au logement ou un hébergement ne doit, et ne peut,

¹⁴³³ Art. 27 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

¹⁴³⁴ Voir par exemple les arrêts CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, § 263, dans lequel « la Cour est d'avis [que les autorités] n'ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile et doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels. La Cour estime que le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité et que cette situation a, sans aucun doute, suscité chez lui des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir. Elle considère que de telles conditions d'existence, combinées avec l'incertitude prolongée dans laquelle il est resté et l'absence totale de perspective de voir sa situation s'améliorer, ont atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention », ainsi que *Moldovan et autres c. Roumanie*, du 30 novembre 2005, requêtes nos 41138/98 et 64320/01, § 110, dans lequel la Cour estime que « les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement ». Les art. 7 et 17 du Pacte ONU II peuvent également être lus dans le même sens. Voir aussi CHOLEWINSKI, p 35 qui mentionne d'autres arrêts.

en aucun cas être interprétée comme permettant la détention, ce point étant particulièrement valable concernant les personnes en situation irrégulière¹⁴³⁵.

Pour les *réfugiés*, la Convention de Genève prévoit que les Etats accordent, en matière de logement, « aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire un traitement aussi favorable que possible ; ce traitement ne saurait être, en tout cas, moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en général »¹⁴³⁶.

3.3.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »

Les conditions d'hébergement des « *non-entrées en matière* » varient énormément selon le canton auquel ils sont attribués (dans la mesure évidemment où ils ne restent pas dans un centre d'enregistrement et de procédure jusqu'à l'exécution de leur renvoi). Centres d'aide d'urgence, centres de transit, abris de la protection civile, alpages, sont autant de lieux de séjour possibles. Parfois, les NEMs (y compris les familles avec enfants) voient quitter le centre durant la journée, même en hiver. Ces conditions d'hébergement ont été vivement critiqués tant par les associations de défense des migrants, les médias, la doctrine que par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies.

La législation européenne ne connaît pas de disposition particulière concernant la question de l'hébergement des personnes ayant reçu une *décision d'asile négative*. On trouve donc, comme pour la Suisse au niveau cantonal, des disparités importantes entre les Etats membres. Dans certains pays, il n'existe aucun « droit » à l'accès au logement, alors que dans d'autres Etats, ce droit est fortement limité dans le temps.

Au niveau international, ne peuvent être invoqués par les personnes dont le statut n'est pas régulier que les articles 3 et 8 de la CEDH¹⁴³⁷, ainsi qu'éventuellement l'art. 11 par. 1 du Pacte ONU I¹⁴³⁸. Les juges de Strasbourg ont ainsi jugé que les art. 3 et 8 CEDH (droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et droit au respect de la vie privée

¹⁴³⁵ CHOLEWINSKI, p. 37.

¹⁴³⁶ Art. 21 CGE.

¹⁴³⁷ Dans ce sens, voir notamment le récent arrêt CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09 qui, bien que traitant en particulier du cas d'un requérant d'asile, doit pouvoir être interprété également en faveur des personnes sans statut. Dans ce sens et sur le champ d'application personnel de la CEDH, voir la note 1292, ci-dessus. Sur ce dernier point, voir également CARRILLO-SALCEDO, p. 136, qui rappelle que « [l']élément déterminant est une question de fait : au moment du comportement incriminé, les autorités de l'Etat exerçaient-elles un contrôle effectif sur les personnes qui se prétendent lésées ? ». Il semble possible de répondre par l'affirmative pour les NEMs et les personnes déboutées, du moins lorsqu'elles sont au bénéfice de l'aide d'urgence et, par conséquent, sous le « contrôle effectif » de l'Etat.

¹⁴³⁸ Cette dernière option n'est en tous les cas pas possible pour les personnes soumises à la juridiction helvétique. La Suisse ne considère pas les dispositions de ce Pacte comme des obligations juridiques et s'est d'ailleurs vue blâmer par le CESCR sur ce point. CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3, par. 5.

et familiale) pouvaient être invoqués lorsque les conditions de logement sont particulièrement déplorables¹⁴³⁹.

3.4. Droit de travailler

3.4.1. En droit suisse

En ce qui concerne le droit de travailler, le *requérant d'asile* (donc pendant la procédure d'asile) est soumis à l'article 43 LAsi¹⁴⁴⁰ : le premier alinéa prévoit que les trois premiers mois après le dépôt de la demande d'asile, le requérant n'est de toute façon pas autorisé à exercer une activité lucrative. Ensuite, si une décision négative est rendue en première instance dans les trois premiers mois susmentionnés, le canton a la possibilité de prolonger l'interdiction de travailler pour une durée de trois mois¹⁴⁴¹. Dans un deuxième temps, si la demande d'asile est rejetée par une décision exécutoire, l'autorisation d'exercer une activité lucrative s'éteint en même temps que le délai fixé au requérant pour quitter la Suisse, même s'il a fait usage d'une voie de droit extraordinaire ou d'un moyen de recours et que l'exécution du renvoi a été suspendue. En revanche, si l'ODM prolonge le délai de départ dans le cadre d'une procédure ordinaire, l'exercice d'une activité lucrative peut être autorisé¹⁴⁴².

Cette réglementation a pour conséquence que le requérant d'asile ne devrait pratiquement jamais pouvoir travailler. En reprenant les délais applicables à la procédure d'asile¹⁴⁴³, il est en effet possible d'arriver au constat suivant : une décision de rejet de la demande d'asile doit en principe être rendue dans un délai de 20 jours. Le requérant a ensuite 30 jours pour faire recours, puis le TAF devrait se prononcer dans un délai de six semaines, ce qui aboutit à une durée de procédure totale d'environ trois mois, trois mois et demi, qui correspond presque à la première interdiction générale de travailler de l'art. 43 al. 1 LAsi. La deuxième hypothèse possible est celle dans laquelle l'autorité a besoin, pour se prononcer, de procéder à des

¹⁴³⁹ Voir par exemple les arrêts CEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09 et *Moldovan et autres c. Roumanie*, du 30 novembre 2005, requêtes nos 41138/98 et 64320/01.

¹⁴⁴⁰ Mais d'une manière générale, les conditions de l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative sont régies par la LEtr. Art. 43 al. 1*bis* LAsi.

¹⁴⁴¹ Art. 43 al. 1 LAsi.

¹⁴⁴² Art. 43 al. 2 LAsi. Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité, ce qui n'offre aucune sécurité juridique pour le requérant et laisse en revanche une importante marge de manœuvre au canton. AMARELLE, NGUYEN, p. 192. En outre, si des circonstances particulières le justifient, le DFJP peut, en accord avec le DFE, habiliter les cantons à prolonger, au-delà du délai de départ, les autorisations d'exercer une activité lucrative de certaines catégories de personnes (al. 3). A l'inverse, le Conseil fédéral peut édicter une interdiction temporaire d'exercer une activité lucrative pour certaines catégories de requérants d'asile (al. 3*bis*) et le requérant qui est autorisé à exercer une activité lucrative conformément aux dispositions de la police des étrangers ou qui participe à des programmes d'occupation d'utilité publique ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de travailler (al. 4).

¹⁴⁴³ Voir sur ce point, les ch. III.2.3.3.3.vii), III.2.3.3.3.viii) et III.2.3.3.3.ix) ci-dessus.

mesures d'instructions supplémentaires (au sens de l'article 41 LAsi). Dans ce cas, les délais passent à trois mois pour la décision de première instance, le délai de 30 jours pour déposer un recours reste le même, et le TAF a, dans un tel cas, deux mois pour rendre son jugement. La procédure devrait alors durer six mois, ce qui correspond – si le canton fait usage de sa possibilité de prolonger l'interdiction de travailler – à toute la période durant laquelle le requérant n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative. Il est bien sûr possible que le canton ne refuse pas l'autorisation de travailler après les trois premiers mois, mais ce dispositif a toutefois pour effet que, dans bien des cas, le requérant d'asile ne pourra pas exercer du tout d'activité lucrative durant tout son séjour en Suisse. Cette affirmation théorique doit toutefois être nuancée par la pratique puisque, comme on l'a vu, les autorités peinent à respecter les délais de traitement des dossiers.

Les personnes qui recevront une décision de *non-entrée en matière* n'auront – théoriquement du moins – de toute façon pas le droit de travailler puisque, à nouveau, la procédure (accélérée dans leur cas) se déroulera sur une durée qui devrait en tous les cas être inférieure aux trois premiers mois d'interdiction générale de l'article 43 al. 1 LAsi¹⁴⁴⁴. Comme mentionné ci-dessus, pour les *personnes déboutées* de l'asile par une décision matérielle, l'autorisation éventuelle d'exercer une activité lucrative s'éteint en principe en même temps que le délai fixé pour quitter le territoire. Passé ce terme, les personnes se trouvant alors dans une situation d'irrégularité n'ont en tous les cas plus la possibilité d'exercer d'activité lucrative « régulière » au sens de la loi.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'une interdiction de travailler de longue durée pouvait être contraire au droit au respect de la vie privée de l'art. 8 CEDH. En se fondant sur l'arrêt CEDH *Agraw c. Suisse*¹⁴⁴⁵, le TF a estimé que ce droit pouvait aussi être invoqué par des personnes qui ne disposent pas d'un droit de séjour, mais dont la présence effective doit être acceptée comme une réalité. Il s'ensuit que l'intérêt public de l'Etat à l'exécution du renvoi ne peut primer sur l'intérêt privé de la personne concernée à se libérer de l'aide d'urgence et à trouver un emploi que si le renvoi peut sérieusement être exécuté dans une période prévisible. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi exigé des instances inférieures qu'elles mettent tout en œuvre pour exécuter le renvoi, faute de quoi, elles devront octroyer à l'intéressé une admission provisoire ou un permis de séjour au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi ou encore, sur la base de l'art. 8 CEDH et en dérogation de l'art. 43 al. 2 LAsi, lui

¹⁴⁴⁴ Pour rappel, le traitement d'une demande d'asile aboutissant à une décision de non-entrée en matière devrait en principe prendre moins d'un mois (dix jours pour que l'ODM rende sa décision, cinq jours de délai pour recourir contre une décision de non-entrée en matière, et le TAF devrait se prononcer soit dans un délai de cinq jours s'il renonce à un échange d'écriture ou sinon dans un délai de six semaines ; dans cette dernière hypothèse, la durée maximale de la procédure devrait alors être de huit semaines, soit deux mois). Sur ces différentes questions de délai dans le cadre de la procédure accélérée, voir ci-dessus les ch. III.2.5.4.4, III.2.5.4.5 et III.2.5.4.6.

¹⁴⁴⁵ Arrêt CEDH *Agraw c. Suisse*, du 29 octobre 2010, requête no 3295/06.

accorder la possibilité de gagner sa vie jusqu'à ce que l'exécution du renvoi soit à nouveau possible¹⁴⁴⁶.

La situation des *réfugiés* (qu'ils aient obtenu l'*asile* ou seulement une *admission provisoire*) est plus simple : l'article 61 LAsi leur permet d'exercer une activité lucrative, de changer d'emploi¹⁴⁴⁷ et de profession quelle que soit la situation sur le marché du travail¹⁴⁴⁸. Cette situation est justifiée par le fait qu'en donnant au réfugié ce statut stable, il faut ensuite, par souci de cohérence, lui permettre d'avoir une activité lucrative et de s'intégrer¹⁴⁴⁹.

Les *personnes admises provisoirement* peuvent obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative des autorités cantonales, indépendamment de la situation sur le marché de l'emploi et de la situation économique¹⁴⁵⁰. C'est toutefois l'employeur qui doit en faire la demande et les conditions de rémunération et de travail de l'art. 22 LEtr doivent être respectées¹⁴⁵¹.

Enfin, comme pour les demandeurs d'asile, les *personnes à protéger* n'ont pas le droit de travailler les trois premiers mois (qui suivent l'entrée en Suisse). Après ce délai, les conditions sont réglées par la LEtr¹⁴⁵² et les personnes à protéger peuvent être autorisés à exercer temporairement une activité lucrative salariée si l'employeur le demande et si les conditions de rémunération et de travail sont remplies¹⁴⁵³.

3.4.2. En droit européen

La directive 2003/9/CE ne fixe pas directement de durée minimale ou maximale pendant laquelle le *requérant d'asile* se verrait interdire l'accès à une activité lucrative. Il revient donc à chaque Etat membre de déterminer si, et cas échéant pendant combien de temps, il entend restreindre le marché du travail aux demandeurs d'asile. Cette norme, comme d'autres dans la directive, n'harmonise donc en rien les conditions d'accueil au sein de l'Union

¹⁴⁴⁶ Arrêt du TF 2C_459/2011, du 26 avril 2012.

¹⁴⁴⁷ Voir aussi les conditions imposées par l'art. 65 OASA : « lorsque les dispositions relatives à la rémunération et au travail (art. 22 LEtr) sont respectées ». L'art. 22 LEtr mentionne les « conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche ».

¹⁴⁴⁸ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 112. Voir aussi FF 1996 II 1, 75 *ad* art. 58.

¹⁴⁴⁹ BERSIER, p. 189-190 qui mentionne une intervention parlementaire du rapporteur BARCHI allant dans ce sens, BO CN 1978 1872.

¹⁴⁵⁰ Art. 85 al. 6 LEtr.

¹⁴⁵¹ Art. 53 al. 1, let. a et b OASA.

¹⁴⁵² Art. 75 LAsi. Toujours dans la même systématique que celle applicable aux requérants, la LAsi prévoit encore cependant un certain nombre d'exceptions ou de situations particulières : il est notamment établi que le Conseil fédéral peut édicter des conditions moins sévères (al. 2), que les autorisations d'exercer une activité lucrative délivrées sont maintenues (al. 3) et qu'enfin, les personnes à protéger qui sont autorisées à exercer une activité lucrative conformément aux dispositions de la police des étrangers ou qui participent à des programmes d'occupation d'utilité publique ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de travailler (al. 4).

¹⁴⁵³ Art. 53 al. 1 OASA.

européenne¹⁴⁵⁴. La directive donne tout de même un vague plafond : lorsqu'aucune décision n'a été rendue une année après le dépôt de la demande et si ce retard n'est pas imputable au requérant, les Etats membres doivent alors décider « dans quelles conditions l'accès au marché du travail est octroyé au demandeur »¹⁴⁵⁵. Cette prescription semble donc indiquer aux Etats membres qu'ils doivent autoriser l'accès au marché du travail, tout en leur laissant cependant une marge de manœuvre importante quant à la réalisation de cet accès¹⁴⁵⁶. Les Etats membres sont tout de même tenus de laisser les requérants travailler lorsqu'une procédure de recours avec effet suspensif est en cours, ce qui n'empêchera pas les Etats qui veulent sérieusement restreindre l'accès au marché du travail d'instaurer des recours non pourvus d'effet suspensif. Enfin, autre latitude considérable des Etats membres, ils peuvent prévoir que le marché du travail soit réservé en priorité aux ressortissants de l'UE et de l'EEE, ainsi qu'aux étrangers en séjour régulier¹⁴⁵⁷. D'une manière générale, le HCR rappelle qu'il est dans l'intérêt tant des demandeurs d'asile que de l'Etat de laisser ceux-là travailler. Cela évite qu'ils doivent dépendre d'une aide de l'Etat. Ainsi, le HCR estime que lorsque la procédure dure plus de six mois, les requérants devraient être autorisés à avoir une activité lucrative¹⁴⁵⁸.

Au vu de cette disposition assurément souple et large, sa mise en œuvre dans les Etats membres ne pose pas de problème. Plusieurs Etats autorisent l'accès à l'emploi après une année ou moins, voire immédiatement comme en Grèce¹⁴⁵⁹. En revanche, la plupart des Etats soumettent l'autorisation d'exercer une activité lucrative à une demande de permis de travail et restreignent l'accès à certains domaines de l'économie ou à une certaine durée¹⁴⁶⁰.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

La proposition de refonte de la directive 2003/9/CE rappelle que l'accès au marché du travail est bénéfique tant pour le requérant que pour l'Etat d'accueil, notamment en matière d'intégration et d'autosuffisance et permet ainsi d'éviter le travail illégal ou d'importantes dépenses d'aide sociale. Elle entend ainsi encourager l'accès à

¹⁴⁵⁴ Pour un résumé des tergiversations autour de l'accès à l'emploi lors de la négociation de la directive, voir AMARELLE, NGUYEN, p. 178 et 189 ss.

¹⁴⁵⁵ Art. 11 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴⁵⁶ Ces conditions d'accès ne doivent pas conduire en fin de compte à une exclusion complète de l'accès au travail, sinon cette disposition serait privée de tout « effet utile ». GROENENDIJK, p. 153.

¹⁴⁵⁷ Art. 11 de la directive 2003/9/CE.

¹⁴⁵⁸ Le HCR précise cependant que ce délai est indicatif et doit être adapté en fonction du type de procédure en cours (procédures accélérées dans des cas manifestement infondés vs procédure normale). HCR, *Annotated Comments on Directive 2003/9/EC*, ad art. 11.

¹⁴⁵⁹ Le Portugal, l'Autriche, la Finlande, la Suède, l'Italie, l'Espagne, les Pays-Bas, Chypre et le Luxembourg connaissent des délais « d'attente » pour travailler allant de 20 jours (Portugal) à 9 mois (Luxembourg). COM(2008) 815 final, p. 5, note 12.

¹⁴⁶⁰ L'Autriche par exemple connaît un système restrictif qui ne permet que l'accès au travail saisonnier. AMARELLE, NGUYEN, p. 191. COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 8.

l'emploi par deux nouvelles mesures : d'une part, fixer la durée maximale d'interdiction de travailler à six mois après le dépôt de la demande d'asile et d'autre part, préciser que l'accès des requérants à l'emploi ne doit pas être indûment restreint. La disposition prévoyant la possibilité de privilégier notamment les ressortissants de l'UE et de l'EEE serait aussi supprimée¹⁴⁶¹. La proposition 2011 reprend les mêmes éléments, mais réinsère une clause permettant de prolonger la durée d'interdiction initiale de six mois supplémentaires (si la procédure d'asile de première instance dure plus de six mois en raison d'un grand nombre de demandes de protection internationale ou d'une violation du devoir de collaborer du demandeur, au sens de l'art. 31 par. 3, let. b et c de la nouvelle proposition de directive procédure)¹⁴⁶².

Les personnes ayant reçu une *décision négative d'asile* se trouvent dans une situation d'irrégularité, ce qui implique qu'elles n'ont pas la possibilité d'exercer une activité lucrative « régulière ». En pratique cependant, il n'est certainement pas rare que ces personnes soient tout de même employées. Dans cette optique, l'Union européenne a émis une nouvelle directive en 2009 « prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre d'employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier »¹⁴⁶³.

Cette directive, outre le fait qu'elle prévoit des sanctions à l'égard des employeurs qui engagent des personnes en séjour irrégulier, instaure également un certain nombre de droits pour les personnes employées illégalement. Il est notamment prévu par exemple que ces personnes ont la possibilité de poursuivre un employeur pour tout salaire non payé, doivent être informées de leurs droits dans le cadre d'une telle procédure et ont la possibilité de porter plainte contre leur employeur. Dans certains cas exceptionnels, il est même possible qu'un Etat membre accorde un permis de séjour temporaire¹⁴⁶⁴ à la personne qui a collaboré avec les autorités compétentes¹⁴⁶⁵.

Les Etats membres doivent autoriser les *réfugiés* ainsi que les bénéficiaires du statut conféré par la *protection subsidiaire* à exercer une activité (lucrative ou non), sous réserve des règles

¹⁴⁶¹ COM(2008) 815, p. 5 et 26.

¹⁴⁶² COM(2011) 320 final, p. 28 et 29.

¹⁴⁶³ Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009, JO L 168/24, du 30 juin 2009. Sur cette directive, voir SCHIERLE, p. 533-587.

¹⁴⁶⁴ Au même titre que les permis de séjour de courte durée délivrés aux victimes de la traite des êtres humains. Voir sur cette question, la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19, du 6 août 2004.

¹⁴⁶⁵ Sur ces différents aspects, voir les art. 6 et 13 de la directive 2009/52/CE.

généralement applicables dans le secteur d'activité concerné et dans les services publics, immédiatement après l'octroi du statut¹⁴⁶⁶.

Sous l'empire de l'ancienne directive (2004/83/CE), il pouvait être tenu compte, pour les personnes au bénéfice d'une *protection subsidiaire*, de la situation du marché du travail pour fixer des priorités d'accès à l'emploi pour une durée déterminée¹⁴⁶⁷. En d'autres termes, l'accès au marché du travail n'était pas soumis à condition pour les réfugiés, alors qu'il était conditionné par la situation du marché pour les personnes protégées subsidiairement. Le HCR avait rappelé à ce sujet que l'accès à l'emploi permet de diminuer la dépendance à l'aide sociale (ce qui était particulièrement important pour les personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire dans la mesure où elles pouvaient se voir limiter l'assistance sociale à des « prestations essentielles » et n'auraient ainsi eu que difficilement les moyens d'assurer un revenu raisonnable pour elles et leur famille)¹⁴⁶⁸.

Les personnes au bénéfice d'une *protection temporaire* doivent se voir autoriser à exercer une activité (lucrative ou non) durant toute la période de protection, sous réserve toutefois des règles applicables à la profession choisie. Cette prescription plutôt large est cependant rapidement tempérée, puisqu'il est également prévu que les Etats membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'Union, aux citoyens de l'EEE, ainsi qu'aux autres ressortissants en séjour régulier qui bénéficient d'allocations chômage¹⁴⁶⁹. En pratique, d'importantes barrières à l'accès à l'emploi peuvent donc être instaurées.

3.4.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.4.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen

En droit suisse, comme en droit européen, il existe des dispositions qui restreignent (ou qui permettent de restreindre) l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile.

Les personnes ayant reçu une décision (formelle ou matérielle) négative en matière d'asile ne peuvent en principe pas exercer d'activité lucrative que cela soit en Suisse (à l'exception du cas des personnes déboutées jusqu'au délai de départ et, plus récemment, de la dernière jurisprudence du TF) ou au sein de l'Union européenne.

Les réfugiés (asile et admission provisoire en Suisse), ainsi que les réfugiés et, désormais, les protégés subsidiairement « européens » peuvent accéder au marché du travail. Ce droit

¹⁴⁶⁶ Art. 26 par. 1 de la directive 2011/95/UE. Cette disposition ne peut toutefois pas être interprétée comme restreignant l'accès à l'emploi dans le secteur privé et le secteur public pour les réfugiés, sous peine d'être incompatible avec l'art. 17 de la Convention de Genève. GROENENDIJK, p. 165-166.

¹⁴⁶⁷ Art. 26 par. 3, deuxième phrase de la directive 2004/83/CE.

¹⁴⁶⁸ HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 44.

¹⁴⁶⁹ Art. 12 de la directive 2001/55/CE.

découle avant tout de la Convention de Genève. En Suisse, les admis provisoires « normaux » ne peuvent avoir une activité lucrative qu'à certaines conditions (autorisation cantonale).

Enfin, les personnes à protéger en droit suisse ne peuvent pas travailler les trois premiers mois et le peuvent conditionnellement par la suite (autorisation cantonale), alors que les personnes à protéger temporairement en droit européen ont, en théorie, un accès large à l'emploi, mais qui peut être fortement restreint en pratique¹⁴⁷⁰.

3.4.3.2. *Analyse sous l'angle du droit supérieur*

D'une manière générale, le droit international des droits humains contient un nombre important de dispositions relatives au droit du travail. Les prescriptions traitent en principe du libre choix de l'activité, de la rémunération (équitable et suffisante), de l'interdiction des discriminations ou du droit de se syndiquer¹⁴⁷¹.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime ainsi que le droit au travail permet à l'individu de vivre dans la dignité. Il sert à la fois à la survie de la personne et de sa famille, mais aussi, dans la mesure du possible, à son épanouissement et à sa reconnaissance dans la société¹⁴⁷².

Trois autres conventions touchent particulièrement aux travailleurs migrants : les conventions de l'Organisation internationale du travail, à savoir la Convention no 97 sur les travailleurs migrants (révisée) de 1949 et la Convention no 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) élaborée en 1975. S'ajoute la Convention préparée en 1990 sous l'égide de l'ONU et traitant de la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Les Conventions de l'OIT prévoient principalement une égalité de traitement entre les migrants réguliers et les nationaux¹⁴⁷³. Les migrants irréguliers doivent être traités sur un pied d'égalité avec les autres migrants réguliers pour ce qui concerne les « droits découlant d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale et autres avantages »¹⁴⁷⁴. La Convention no 143 permet aux Etats d'exclure (lors de la ratification) la partie du texte relative aux migrants irréguliers¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷⁰ KÄLIN, SCHREFFER estiment tout de même que les personnes à protéger sont moins bien « loties » au sens du droit suisse qu'au sens du droit européen. KÄLIN, SCHREFFER, p. 462.

¹⁴⁷¹ Voir dans ce sens les art. 23 DUDH, ainsi que 6 et 7 du Pacte ONU I.

¹⁴⁷² COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 18*, par. 1.

¹⁴⁷³ Dans ce sens, voir les art. 6 de la Convention OIT no 97 et 8 et 10 de la Convention OIT no 143.

¹⁴⁷⁴ Art. 9 de la Convention OIT no 143.

¹⁴⁷⁵ CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, p. 125.

Plus clair et laissant moins de latitude aux Etats (mais moins protecteur pour les migrants en situation irrégulière¹⁴⁷⁶), le texte de l'ONU constitue un « fond commun de droits fondamentaux applicables à tout travailleur migrant, régulier ou non »¹⁴⁷⁷.

Ainsi, tous les travailleurs migrants (y compris ceux en situation irrégulière) doivent bénéficier d'un traitement au moins équivalent à celui des nationaux en matière de rémunération, ainsi qu'en ce qui concerne les conditions de travail (à savoir notamment les horaires, les repos, les heures supplémentaires). Si cette disposition prévoit qu'il peut y être dérogé dans un contrat de travail privé, ce qui la vide tout de même passablement de sa substance, le troisième paragraphe rappelle cependant aux Etats qu'ils doivent faire en sorte que les travailleurs migrants irréguliers ne soient pas privés de ces droits pour la seule raison de leur irrégularité. Les employeurs ne doivent ainsi pas être dispensés de leurs obligations légales ou contractuelles pour ce motif¹⁴⁷⁸.

Les travailleurs qui se trouvent en situation régulière ont des droits élargis. Ils peuvent en principe choisir librement leur activité, sous réserve de certaines restrictions prévues par la Convention. Ils bénéficient en outre des mêmes conditions de traitement que les nationaux en ce qui concerne notamment la protection contre le licenciement et les prestations de chômage¹⁴⁷⁹.

Au niveau régional, la Charte sociale européenne contient un article particulier applicable aux travailleurs migrants. Les Etats parties devraient ainsi garantir, pour autant que la matière soit réglementée par l'Etat, une rémunération et des conditions de travail identiques aux migrants réguliers qu'aux nationaux¹⁴⁸⁰.

Pour les *réfugiés* en particulier, l'art. 17 de la Convention de Genève prévoit qu'ils devront se voir octroyer le traitement le plus favorable accordé aux ressortissants étrangers pour ce qui concerne l'accès à une profession salariée. Dans la mesure où les conditions de l'activité sont réglées par la loi ou dépendent des autorités administratives, les réfugiés devront être traités comme les nationaux en ce qui concerne la rémunération, les allocations familiales, la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés et l'accès aux conventions collectives notamment¹⁴⁸¹.

En conclusion et d'une manière générale, tous les travailleurs migrants devraient connaître des conditions de travail semblables quel que soit leur statut juridique. Ces conditions ne

¹⁴⁷⁶ CHEMILLIER-GENDREAU, p. 329.

¹⁴⁷⁷ MAZERON, p. 30.

¹⁴⁷⁸ Art. 25 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants.

¹⁴⁷⁹ Art. 52 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants.

¹⁴⁸⁰ Art. 19 par. 4, let. a de la Charte sociale européenne révisée.

¹⁴⁸¹ Art. 24 CGE.

couvrent pas l'accès à l'emploi, mais devraient en revanche comprendre la question de la rémunération, du droit à une couverture en cas de maladie ou d'accident, de l'accès aux instances judiciaires en cas de conflit de travail et de la liberté syndicale¹⁴⁸².

3.4.3.3. *Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »*

D'une manière générale, les législations actuelles (suisse ou européenne) ne permettent pas aux personnes en séjour irrégulier de travailler. En pratique cependant, il n'est certainement pas rare que ces personnes soient tout de même employées¹⁴⁸³. Dans cette optique, l'Union européenne a élaboré une directive en 2009 qui prévoit des sanctions et des mesures à l'encontre d'employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁴⁸⁴.

Cette directive instaure donc non seulement des sanctions à l'égard des employeurs qui engagent des personnes en séjour irrégulier, mais prescrit également un certain nombre de droits pour les personnes employées illégalement. Exceptionnellement, il se peut même, dans le cas où la personne a collaboré avec les autorités compétentes, que l'Etat concerné lui octroie un permis de séjour temporaire.

Au niveau international, la Convention des Nations Unies de 1990 sur les travailleurs migrants inscrit le principe selon lequel les travailleurs migrants (y compris ceux en situation irrégulière) ne doivent pas être traités de manière moins favorable que les nationaux en ce qui concerne la rémunération et les conditions de travail. Cette règle n'est pas absolue dans la mesure où il peut y être dérogé par un contrat de travail privé, mais les Etats doivent faire en sorte que les travailleurs migrants irréguliers ne soient pas privés de ces droits pour la seule raison de leur irrégularité.

Ainsi, si le travail des personnes en séjour irrégulier est en principe interdit, dans la mesure où ces personnes exercent tout de même une activité lucrative, un certain nombre de droits et conditions devraient leur être garantis. Pour les personnes séjournant dans un Etat européen, ce sont les dispositions découlant de la directive 2009/52/CE qui sont les plus importantes, en raison notamment du caractère contraignant de cet instrument. La Convention de l'ONU n'a en outre pas été ratifiée par suffisamment d'Etats pour qu'elle ait un réel impact.

¹⁴⁸² La possibilité de se syndiquer même lorsque la personne a un statut irrégulier est notamment importante en cas de conflit de travail dans la mesure où il est permis que la personne puisse être représentée par son syndicat devant un tribunal, évitant ainsi les risques d'expulsion. CHOLEWINSKI, p. 60-61.

¹⁴⁸³ Voir en outre dans ce sens, la dernière jurisprudence du TF, 2C_459/2011, mentionnée plus haut.

¹⁴⁸⁴ Directive 2009/52/CE.

3.5. Droit à la vie familiale

3.5.1. En droit suisse

La protection de la famille est un principe internationalement reconnu¹⁴⁸⁵. Dans le domaine de l'asile, il est fréquent que les personnes qui fuient leur pays le fassent avec leur famille, ou seules, mais avec l'intention de faire venir les membres de la famille restés à l'étranger. Il est essentiel que les personnes d'une même famille puissent vivre ensemble et, dans la mesure du possible, disposer du même statut juridique.

Avant d'établir quelles sont les différentes possibilités de regroupement familial, il s'agit encore de préciser ce que la notion de « famille » comprend. Il n'existe pas de définition absolue de cette notion en droit suisse ; au contraire la « famille » est une « entité à géométrie variable », puisqu'elle changera en fonction de la base légale qui la mentionne (Constitution, code civil, code pénal, loi spéciale, etc.) ou en fonction de l'approche « formaliste » ou « réaliste » qui en est faite¹⁴⁸⁶.

Dans le domaine particulier du droit de l'asile toutefois, l'article 1a, let. e OA 1 donne une définition de la famille applicable dans le cadre de la LAsi et de l'OA 1 : il s'agit de la famille nucléaire, à savoir les « conjoints et leurs enfants mineurs »¹⁴⁸⁷. Les partenaires enregistrés et les personnes qui vivent en concubinage de manière durable sont en outre assimilés aux conjoints¹⁴⁸⁸.

Malgré cette définition « simplifiée » et peu flexible de la famille, nous verrons que le regroupement familial applicable aux différentes catégories de personnes relevant du droit de l'asile ou du droit des étrangers subira encore des variations avec l'introduction d'autres notions telles que celle « d'autres proches parents ».

L'institution même du regroupement familial a été précisée à plusieurs reprises par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Pour rappel, le droit au regroupement familial se fonde sur les articles 13 de la Constitution fédérale et 8 CEDH et le Tribunal fédéral a régulièrement indiqué que pour pouvoir invoquer ce droit, il fallait être titulaire d'un titre de séjour

¹⁴⁸⁵ Sur les instruments du droit international consacrant ce principe, se référer au ch. IV.3.5.3.2 ci-dessous.

¹⁴⁸⁶ Pour plus de détails sur les différentes interprétations de la notion de familles dans diverses sources du droit, voir notamment GUILLOD, p. 2 ss.

¹⁴⁸⁷ En droit des migrations, c'est encore la compréhension classique de la famille qui prédomine. UEBERSAX, *Die EMRK und das Migrationsrecht*, p. 219.

¹⁴⁸⁸ L'ODM rappelle par ailleurs que la polygamie n'est pas admise en Suisse et qu'une seule femme pourra donc bénéficier d'un éventuel regroupement familial. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.6.1.1.

« durable » ou reconnu en Suisse¹⁴⁸⁹, ce malgré les critiques de la doctrine¹⁴⁹⁰. L'optique générale de la jurisprudence soulevée ici permet donc de saisir assez clairement le fonctionnement du regroupement familial dans le cadre du droit d'asile.

Ainsi, la situation du regroupement familial la plus évidente est celle qui concerne les *requérants d'asile*. Le regroupement n'est pas possible pendant la procédure d'asile (qui n'offre à ce stade aucun caractère « durable »), chaque personne doit donc présenter sa propre demande. Le requérant doit en conséquence attendre une décision favorable pour pouvoir faire valoir son droit au regroupement familial¹⁴⁹¹. Toutefois, se pose la question de savoir ce qu'il advient des membres de la famille entrés irrégulièrement en Suisse durant la procédure du requérant. La loi ne prévoit pas explicitement ce cas de figure, mais la pratique semble admettre que les membres de la famille peuvent attendre en Suisse la fin de la procédure du requérant et auraient à ce titre le même statut que lui¹⁴⁹². Concrètement, les membres de la famille déposent une demande d'asile, le même numéro de dossier leur est octroyé à tous et il y a parfois jonction des causes¹⁴⁹³. Dans tous les cas, le principe de l'unité de la famille face au renvoi doit être respecté.

Dans le même ordre d'idée, les *NEMs* et les *personnes déboutées de l'asile* ne bénéficient pas non plus de ce droit, puisqu'il n'est pas accordé durant la procédure et qu'à la fin de celle-ci les personnes sous le coup d'une décision de non-entrée en matière n'ont plus le droit de séjourner en Suisse.

Le regroupement familial est en revanche accordé aux familles des personnes ayant le statut de *réfugié* et auxquelles *l'asile* a été accordé, pour autant toutefois qu'aucune circonstance particulière¹⁴⁹⁴ ne s'y oppose. Cette règle s'applique au conjoint, au partenaire enregistré,

¹⁴⁸⁹ Voir par exemple les ATF 130 II 281, consid. 3.1, et ATF 135 I 143, consid. 1.3.1 et 1.3.2, qui parlent de « gefestigtes Anwesenheitsrecht ». UEBERSAX précise donc que « [n]icht anspruchsbegründend sind hingegen insbesondere Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen, auf deren Erteilung kein Anspruch besteht, sowie die sog. humanitäre Bewilligung, und die Vorläufige Aufnahme ». UEBERSAX, *Die EMRK und das Migrationsrecht*, p. 225.

¹⁴⁹⁰ Citée et résumée au consid. 3.1 de l'ATF 130 II 281 et qui estime notamment que cette pratique est trop restrictive.

¹⁴⁹¹ GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, p. 112. GERBER, MÉTRAUX, p. 80.

¹⁴⁹² Dans ce sens, UEBERSAX, REFAEL, BREITENMOSER, p. 514 qui citent en outre à la note 193 divers autres auteurs. Voir également GERBER, MÉTRAUX, p. 81, ainsi que OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 21, sans que cette situation ne soit cependant totalement clairement énoncée.

¹⁴⁹³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

¹⁴⁹⁴ Par « circonstance particulière », il faut entendre notamment le cas où un réfugié renonce à son statut, celui où il est sous le coup d'un motif de révocation de l'art. 3 LAsi, l'hypothèse où le réfugié et son conjoint et/ou les enfants n'ont pas la même nationalité et où il serait possible pour la famille de vivre dans cet autre Etat, etc. Pour ces exemples, voir OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 12.

ainsi qu'aux enfants mineurs¹⁴⁹⁵ et a pour but de « régler de manière uniforme le statut du noyau familial »¹⁴⁹⁶. La qualité de réfugié n'est toutefois étendue aux membres de la famille du bénéficiaire que si ceux-ci ne remplissent pas personnellement les conditions d'octroi de cette qualité¹⁴⁹⁷, la qualité de réfugié à titre dérivé ayant un caractère subsidiaire. Il est donc d'abord procédé à un examen des éventuels motifs propres du conjoint et/ou des enfants mineurs puis, si la personne remplit les conditions, elle recevra l'asile « directement », au sens de l'art. 3 LAsi. Sinon, la situation sera examinée sous l'angle de l'art. 51 al. 1 LAsi et la personne se verra « étendre » la qualité de réfugié¹⁴⁹⁸. Pour ce qui est de la procédure concrète, les membres de la famille entrés en Suisse devront aller dans un CEP pour présenter une demande et ils y seront brièvement auditionnés avant d'être attribués au canton de domicile du réfugié reconnu¹⁴⁹⁹.

La qualité de réfugié peut également concerner d'« autres proches parents » du réfugié, mais pour autant que des raisons particulières plaident en faveur du regroupement familial¹⁵⁰⁰. L'OA 1 mentionne les cas des proches parents « handicapés ou qui ont, pour un autre motif, besoin de l'aide d'une personne vivant en Suisse »¹⁵⁰¹ et la jurisprudence a précisé qu'entrent

¹⁴⁹⁵ Art. 51 al. 1 LAsi. Par l'expression « enfants mineurs » sont concernés non seulement les « enfants mineurs communs aux deux conjoints, mais également [ceux] de chacun d'eux (par exemple les enfants d'un premier lit) ainsi [que les] enfants adoptés ». OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.6.1.1.

¹⁴⁹⁶ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 10.

¹⁴⁹⁷ Art. 37 OA 1.

¹⁴⁹⁸ Une initiative parlementaire tend à vouloir supprimer cette possibilité d'obtenir le statut de réfugié à titre dérivé. Ce texte a fait l'objet d'une analyse critique par le HCR qui rappelle d'une part, l'importance de l'unité de la famille et d'autre part, les difficultés pratiques et les charges administratives que cela engendre de prévoir des statuts différents pour les membres d'une même famille. MÜLLER PHILIPP, *Pas de statut de réfugié pour les membres de la famille*, du 23 septembre 2010, initiative parlementaire no 10.483 (les Commissions des institutions politiques du Conseil national et du Conseil des Etats ont décidé d'y donner suite le 4 février 2011 et respectivement le 25 mars 2011. En mai 2011, la CIP-N a toutefois décidé d'intégrer le contenu de cette initiative au projet de révision de la LAsi en cours. L'initiative a donc été classée en juin 2012) ; HCR, *Rapport au sujet des interventions parlementaires*, par. 9.

¹⁴⁹⁹ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 13.

¹⁵⁰⁰ Art. 51 al. 2 LAsi. Comme exemple de « raisons particulières », le message du Conseil fédéral évoque notamment le cas du réfugié qui, « avant sa fuite, contribuait dans une mesure déterminante à l'entretien de la personne concernée et qu'aucune autre solution que l'accueil en Suisse n'est possible pour remédier à la situation critique dans laquelle elle se trouve ». Il doit donc y avoir un lien de causalité « entre la menace pesant sur la vie de la personne concernée et la fuite du réfugié qui se trouve en Suisse ». 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, 69. Des conditions de vie précaires ou une dépendance momentanée entre la personne concernée et le réfugié (par exemple, résultant de maladie ou d'accident) ne sont pas, selon l'ODM, des facteurs suffisants pour admettre le regroupement familial. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 9.

¹⁵⁰¹ Art. 38 OA 1. Le message du Conseil fédéral parlait à ce titre de motifs d'ordre humanitaire pour justifier l'élargissement des personnes pouvant bénéficier du regroupement familial. Y sont notamment mentionnés « les enfants majeurs handicapés, les enfants en nourrice et d'autres personnes ayant vécu

par exemple dans le champ d'application des « autres proches parents », les frères et sœurs, les grands-parents et les enfants placés¹⁵⁰². En outre, la « famille » qui demande le regroupement devait déjà exister à l'étranger et le rétablissement de cette vie commune ne peut se faire qu'en Suisse¹⁵⁰³. Le lien de dépendance notamment économique est également fondamental selon la jurisprudence¹⁵⁰⁴.

Les enfants nés en Suisse de parents réfugiés ont aussi la qualité de réfugiés, pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose¹⁵⁰⁵. Néanmoins, l'ODM affirme que cette qualité ne peut être obtenue que si l'un des parents a acquis le statut de réfugié à titre originaire (c'est-à-dire qu'il s'est vu reconnaître la qualité de réfugié directement pour ses propres motifs d'asile). En outre, et toujours selon l'ODM, l'extension du statut à l'enfant né en Suisse ne se fait pas automatiquement : une demande expresse d'inclusion doit être faite par les deux parents et l'autorité décide librement d'octroyer ou non le statut¹⁵⁰⁶.

Enfin, il est possible pour la famille d'un réfugié ayant obtenu l'asile en Suisse d'entrer sur le territoire helvétique si elle en fait la demande et si elle a été séparée du réfugié reconnu par la fuite¹⁵⁰⁷. La famille fera donc l'objet d'une première décision sur l'entrée en Suisse, puis d'une seconde lui octroyant l'asile en vertu de l'article 51 al. 1 ou 2 LAsi (ou éventuellement en vertu de l'article 3 LAsi si elle a des motifs propres d'asile).

Pour l'établissement de l'identité et du lien de filiation en vue du regroupement familial, il se peut, en cas de « doutes fondés », qu'une analyse ADN soit requise¹⁵⁰⁸. Cette pratique découlait initialement d'une directive de l'ODM¹⁵⁰⁹ et se fondait ainsi une base légale tout à fait discutable pour une atteinte de cette importance aux droits et à la sphère privée de la personne. Cette base légale se trouve toutefois désormais renforcée par une loi formelle, la loi

de façon permanente dans le ménage constitué par la famille qui se trouve en Suisse ». 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, 69.

¹⁵⁰² ATAF 2009/8, consid. 5.3.2.

¹⁵⁰³ JICRA 2000/11, consid. 3. a) et 3. b) *in fine*.

¹⁵⁰⁴ JICRA 2000/11, consid. 3. a).

¹⁵⁰⁵ Art. 51 al. 3 LAsi. En ce qui concerne les circonstances particulières mentionnées ici, il est renvoyé à celles de l'alinéa 1 du même article, mentionnées à la note 1494 ci-dessus. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 16.

¹⁵⁰⁶ Idem, p. 16, et OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.6.2.

¹⁵⁰⁷ Art. 51 al. 4 LAsi. Dans le cas où les membres de la famille sont déjà en Suisse, la condition de la séparation par la fuite n'est pas nécessaire. JICRA 2000/11, consid. 3b. Pour plus de détails sur cette question particulière de la séparation, voir UEBERSAX, REFAEL, BREITENMOSER, p. 518-519.

¹⁵⁰⁸ Au sens de l'ATAF 2009/54, consid. 3, une telle expertise génétique fait partie, comme par exemple l'interrogatoire des parties, d'un « faisceau d'indices » permettant aux autorités d'établir un lien de filiation.

¹⁵⁰⁹ Directive « actualisée » et mise à jour en 2008. OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*, ch. 1.6.4.

fédérale sur l'analyse génétique humaine¹⁵¹⁰, qui prévoit à son article 33 que « [d]ans une procédure administrative, l'autorité compétente peut subordonner l'octroi d'une autorisation ou de prestations à l'établissement d'un profil d'ADN si la filiation ou l'identité d'une personne font l'objet de doutes fondés qui ne peuvent être levés d'une autre manière ». L'alinéa 2 précise encore que le profil d'ADN ne peut être fait que sur une base volontaire et avec le consentement écrit de la personne. Il semble toutefois assez évident qu'en cas de refus, les conséquences seront sérieuses pour l'intéressé. En outre, ce processus connaît deux autres aspects négatifs : il ne prend pas en compte les liens de filiation autres que biologiques, tels que l'adoption, et le coût d'un test ADN est relativement important¹⁵¹¹.

N'ayant pas un droit de séjour à caractère « durable », les *réfugiés au bénéfice d'une admission provisoire*¹⁵¹² et les *personnes admises provisoirement* connaissent un régime de droit au regroupement familial plus délicat. Ils tombent maintenant¹⁵¹³ principalement sous le coup des articles 85 alinéa 7 LETr et 74 OASA¹⁵¹⁴. A l'art. 85 al. 7 LETr, il est prévu que le conjoint et les enfants célibataires mineurs (au sens du droit suisse, c'est-à-dire de moins de 18 ans) des personnes admises provisoirement (et y compris des réfugiés admis provisoirement) peuvent bénéficier du regroupement familial et du statut de l'admission provisoire, au plus tôt trois ans¹⁵¹⁵ après que celle-ci a été octroyée, et à trois conditions : les

¹⁵¹⁰ Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (LAGH), RS 810.12.

¹⁵¹¹ Un test est estimé à environ 1500 francs par HUMANRIGHTS.CH, 2008.

¹⁵¹² La Commission de recours en matière d'asile a justifié le traitement distinct des réfugiés au bénéfice de l'asile de ceux au bénéfice d'une admission provisoire dans un arrêt JICRA 1999/10. Cette distinction a été confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral qui rappelle que pour se prévaloir du regroupement familial au sens de l'art. 8 CEDH, l'intéressé doit avoir un droit de résider durablement en Suisse, ce qui n'est pas le cas des personnes admises à titre provisoire. Dans le même arrêt, le TF s'est tout de même demandé si un réfugié dont l'admission provisoire a été prolongée durant plusieurs années ne devrait pas finalement bénéficier *de facto* d'un statut « durable » qui permettrait à sa famille de se prévaloir d'un droit au regroupement familial fondé sur l'art. 8 CEDH. Le TF a en fin de compte laissé la question ouverte. ATF 126 II 335, consid. 2b) bb) et consid. 2b) cc).

¹⁵¹³ N'étant initialement réglé ni dans l'ancienne LAsi, ni dans l'ancienne loi sur les étrangers, le droit au regroupement familial pour ces catégories de personnes avait tout d'abord été nié par le Tribunal fédéral (voir l'ATF 126 II 335), puis étendu à tous les admis provisoires dès le 1^{er} janvier 2007 au travers de l'ancien art. 14c al. 3bis LSEE. Pour plus de détails sur l'évolution législative, voir ILLES, p. 3 ss ; UEBERSAX, REFAEIL, BREITENMOSER, p. 521, et GRANT, p. 118.

¹⁵¹⁴ Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201.S

¹⁵¹⁵ Sous la jurisprudence de la CRA, qui se fondait alors sur une disposition de l'OA 1 (abrogée depuis lors), il n'y avait pas lieu d'observer un délai d'attente pour le regroupement familial des réfugiés admis provisoirement, JICRA 2006/7, consid. 7, spéc. 7.5. Le contenu de la disposition de l'ordonnance ayant été repris à l'art. 85 al. 7 LAsi, le TAF a désormais estimé que cette jurisprudence n'était plus d'actualité et que le délai d'attente minimum de trois ans est pleinement justifié et respecte la volonté du législateur fédéral. Arrêt TAF E-5183/2010 qui renvoie à un autre arrêt non publié, D-210/2007, consid. 4.3.2. Pour un avis contraire, voir ILLES, p. 7, qui estime, à mon sens à juste titre, que l'art. 85 al. 7 s'applique avant tout aux « autres » personnes admises provisoirement. Selon ILLES, cette disposition ne devrait s'appliquer au surplus qu'aux proches parents des réfugiés admis provisoirement qui ne veulent explicitement pas être inclus, à titre dérivé, dans la qualité de réfugié de leur famille. En

personnes concernées doivent vivre en ménage commun, disposer d'un logement approprié et ne pas dépendre de l'aide sociale.

La première condition (la vie en commun) connaît une exception légale prévue à l'art. 76 OASA : il s'agit de cas relevant de raisons majeures, telles qu'une séparation pour des motifs professionnels ou une séparation provisoire due à des problèmes familiaux importants. Les deux autres conditions (logement approprié et indépendance de l'aide sociale) s'apprécient en principe au niveau cantonal, puisque les situations sont variables d'un canton à l'autre (prix et vacance des logements, montant des allocations familiales, etc.)¹⁵¹⁶.

En outre, et comme pour les réfugiés au bénéfice de l'asile, les familles (conjoint et enfants) des réfugiés soumis au régime de l'admission provisoire se verront étendre la qualité de réfugié à titre dérivé de manière subsidiaire, c'est-à-dire uniquement s'ils ne sont pas eux-mêmes réfugiés originaires¹⁵¹⁷. Par ailleurs, si les personnes demandent à se voir reconnaître la qualité de réfugié à titre dérivé, cette requête devrait primer sur le regroupement familial prévu par l'art. 85 al. 7 LEtr et la famille devrait alors pouvoir se prévaloir de l'art. 51 LAsi prévu pour les réfugiés au bénéfice de l'asile¹⁵¹⁸. Dans cette optique, leur entrée en Suisse devrait être autorisée sur demande s'ils ont été séparés par la fuite et se trouvent à l'étranger¹⁵¹⁹ et le délai d'attente de trois ans ne devrait donc pas être applicable¹⁵²⁰. En pratique toutefois, le plus simple est encore de faire une demande d'asile propre, depuis l'étranger, sur la base de l'art. 3 LAsi.

Pour ce qui est de la procédure applicable au regroupement familial des réfugiés admis provisoirement, la demande doit être déposée auprès de l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers. Cette autorité transmettra ensuite la demande, accompagnée de son avis, à l'ODM qui examinera si les conditions susmentionnées sont remplies¹⁵²¹. Au surplus un certain nombre de délais sont prévus : la demande de regroupement doit notamment être déposée dans les cinq ans suivant le prononcé de l'admission provisoire et, pour les enfants de plus de douze ans, la demande doit être déposée dans les douze mois¹⁵²². Cette dernière condition ne va pas sans poser de problèmes pratiques, puisqu'il n'est pas toujours évident de

outre, si les membres de la famille se trouvent déjà en Suisse, le délai d'attente n'est pas applicable : le cas de ces personnes devra être directement traité dans le cadre d'une procédure d'asile propre ou dans le cadre d'une inclusion dans l'admission provisoire déjà établie de la famille. Pour ce dernier élément, voir UEBERSAX, REFAEL, BREITENMOSER, p. 522.

¹⁵¹⁶ OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D §6*, p. 18.

¹⁵¹⁷ Art. 74 al. 5 OASA qui renvoie à l'art. 37 OA 1. Voir aussi dans ce sens, ATAF 2007/19, consid. 3.3.

¹⁵¹⁸ ILLES, p. 7.

¹⁵¹⁹ Au sens de l'art. 51 al. 4 LAsi.

¹⁵²⁰ ILLES le juge disproportionné, particulièrement si la suite du voyage n'est pas concrètement prévisible. ILLES, p. 7.

¹⁵²¹ Dans les cas où les parents et enfants demandent à être reconnus dans la qualité de réfugié à titre dérivé, ils doivent s'adresser directement à l'ODM. Ibidem.

¹⁵²² Sur ces différents éléments, voir l'art. 74 al. 1 à 4 OASA.

remplir toutes les conditions exigées pour le regroupement familial dans un délai si bref. Un dépassement du délai peut parfois être excusable s'il existe des circonstances majeures (mais le fait de ne pas avoir trouvé d'emploi et de ne pas être financièrement indépendant n'est par exemple pas considéré comme une circonstance majeure)¹⁵²³.

L'octroi de la protection provisoire aux familles des *personnes à protéger* au sens des articles 66 et suivants LAsi se justifie en général pour des motifs humanitaires. Dans le cadre des événements menant à cette forme de protection provisoire (en principe la guerre ou des situations de violence généralisée), ce sont souvent les familles dans leur ensemble qui sont touchées, contrairement parfois aux cas des réfugiés où il est possible que seul un membre de la famille soit exposé à des persécutions¹⁵²⁴.

Les personnes à protéger sont soumises au régime de l'art. 71 LAsi qui reprend, dans les grandes lignes, les principes de l'article 51 LAsi applicable aux réfugiés au bénéfice de l'asile. La protection provisoire est ainsi accordée au conjoint et aux enfants mineurs de la personne à protéger, pour autant qu'il n'existe pas de motifs d'exclusion au sens de l'article 73 LAsi (indignité ou atteinte à l'ordre et à la sécurité publique), que la famille ait été séparée par des événements comme une guerre (civile) ou toute autre situation de violence généralisée, qu'elle entende se réunir en Suisse et qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose. De telles circonstances pourraient notamment découler de la présence d'autres membres de la famille résidant dans un Etat tiers et dans lequel ces personnes à protéger pourraient se rendre¹⁵²⁵. Comme pour les réfugiés au bénéfice de l'asile, le droit au regroupement familial dépend du statut de la personne à protéger : les détenteurs d'un permis B sont soumis aux conditions de l'art. 44 LEtr et ceux titulaires d'un permis C doivent remplir les conditions de l'art. 43 LEtr.

En outre, l'enfant de personnes à protéger qui est né en Suisse est également au bénéfice de la protection provisoire et les personnes qui ont droit à cette protection, mais qui se trouvent à l'étranger, ont le droit d'entrer en Suisse. Enfin, le Conseil fédéral peut décider d'accorder le regroupement familial dans d'autres cas, à d'autres membres de la famille par exemple¹⁵²⁶.

¹⁵²³ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus. En outre, en octobre 2011, le TF a rendu un arrêt dans lequel il a estimé que, dans le cas où un parent vit seul en Suisse, les délais échoués ne sont pas restitués à l'arrivée du second parent, ce nouveau fait ne constituant pas non plus une raison familiale majeure. Arrêt du TF 2C_205/2011, consid. 4.5 *in fine*. Bien que cet arrêt concerne les personnes titulaires d'une autorisation de séjour (et pas les admis provisoires) et que cette position n'ait pour l'heure pas été confirmée dans une jurisprudence publiée et il est à espérer que le TF change encore d'avis sur ce point. Sans quoi, cette situation risque de causer un nombre important de cas de rigueur.

¹⁵²⁴ 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, 80-81.

¹⁵²⁵ Idem, 81.

¹⁵²⁶ Sur ces derniers éléments, voir les alinéas 2 à 4 de l'art. 71 LAsi, ainsi que FF 1996 II 1, 81.

Pour ce qui est de la procédure à appliquer, l'article 72 renvoie à différentes dispositions du chapitre deux de la LAsi, notamment dans l'hypothèse où la protection provisoire est refusée.

3.5.2. En droit européen

La notion de famille couvre plusieurs hypothèses selon les normes applicables aux différentes catégories de personne « protégée ».

La directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003, applicable aux *requérants d'asile*, donne une définition des membres de la famille qui comprend (dans la mesure où la famille était déjà existante dans le pays d'origine et si les membres se trouvent dans le même Etat que le demandeur), le conjoint ou le partenaire, ainsi que les enfants mineurs du couple ou du demandeur, pour autant toutefois que ceux-ci soient civilement célibataires et à charge¹⁵²⁷.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

La proposition de refonte de la directive inclut d'autres situations telles que les enfants mineurs mariés si l'intérêt supérieur exige qu'ils résident ensemble, les frères et sœurs mineurs, le père, la mère ou le tuteur du requérant mineur¹⁵²⁸.

La directive 2011/95/UE relative aux *réfugiés* et personnes au bénéfice d'une *protection subsidiaire* donne la même définition de base de la famille, mais y inclus au surplus les parents du bénéficiaire de la protection (ou tout autre adulte qui en est responsable) si le bénéficiaire est mineur et non marié¹⁵²⁹. La directive qualification ajoute cependant encore que les « avantages » visés par la directive peuvent aussi être appliqués aux « autres proches parents qui vivaient au sein de la famille à la date du départ du pays d'origine et qui étaient alors entièrement ou principalement à la charge du bénéficiaire »¹⁵³⁰.

Pour les personnes *protégées temporairement*, la notion de famille comprend le conjoint (ou le partenaire, selon le droit national), les enfants mineurs célibataires de la personne protégée ou de son conjoint, ainsi que d'autres proches parents qui vivaient dans la famille au moment des événements et qui étaient alors à charge de la personne concernée¹⁵³¹.

En ce qui concerne la notion même du regroupement familial, les directives apportent d'importantes différences présentées ici.

¹⁵²⁷ Art. 2, let. d de la directive 2003/9/CE.

¹⁵²⁸ COM(2008) 815, p. 17. La proposition 2011 va dans le même sens, mais est tout de même plus « restrictive » (elle ajoute certaines conditions supplémentaires). COM(2011) 320 final, p. 18 et 19.

¹⁵²⁹ Art. 2, let. j de la directive 2011/95/UE. En élargissant partiellement le cercle des bénéficiaires, la directive 2011/95/UE rejoint partiellement la proposition de refonte de la directive 2003/9/CE. Par ailleurs, la condition que les enfants soient « à la charge » de la personne concernée a été supprimée dans cette nouvelle directive.

¹⁵³⁰ Art. 23 par. 5 de la directive 2011/95/UE.

¹⁵³¹ Art. 15 par. 1 de la directive 2001/55/CE.

La directive applicable aux *requérants d'asile* ne prévoit pas de regroupement familial en cours de procédure. Seule l'« unité de la famille » doit être préservée (dans la mesure du possible) pour les familles déjà présentes sur le territoire de l'Etat membre lorsque celui-ci fournit un logement¹⁵³².

Les personnes ayant reçu une *décision négative d'asile* ne sont pas autorisées à séjourner dans l'Etat membre et n'ont donc évidemment pas le droit d'y faire venir leur famille¹⁵³³. Néanmoins, lorsque ces personnes se trouvent dans une procédure de renvoi, « l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est maintenue »¹⁵³⁴.

Dans le même sens que la directive relative aux requérants d'asile, la directive 2011/95/UE prévoit que l'unité familiale doit être maintenue, mais ne consacre pas l'institution du regroupement familial¹⁵³⁵. Ainsi, selon cette directive, les membres de la famille (donc en résumé, le conjoint, les enfants ou les parents) du *réfugié* ou de la personne au bénéfice d'une *protection subsidiaire* (qui ne remplissent pas eux-mêmes individuellement les critères de protection internationale, mais qui sont présents dans l'Etat membre en raison de la demande de protection) ont droit aux mêmes avantages prévus par la directive que la personne reconnue¹⁵³⁶.

Les membres de la famille des personnes *protégées temporairement* (à savoir : le conjoint, les enfants mineurs, ainsi que d'autres proches parents à charge et vivant avec la personne concernée au moment du départ) ont droit au regroupement familial et se voient en conséquence délivrer des titres de séjour¹⁵³⁷.

En outre, la question du regroupement familial, qui est traitée par les différents instruments présentés ici, est aussi développée dans une autre directive spécifique, mais qui ne s'applique toutefois pas à toutes les catégories de personnes liées à l'asile. Les différents Etats membres de l'Union européenne n'ont donc pas réussi à se mettre d'accord pour élaborer un texte qui protégerait l'institution de la famille de manière globale. Il existe ainsi, comme on vient de le voir, plusieurs directives qui traitent en partie de la famille ou du regroupement familial, mais dont le champ d'application personnel varie. Vient donc s'ajouter à ces textes une autre

¹⁵³² Art. 8 de la directive 2003/9/CE.

¹⁵³³ Dans ce sens, la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial précise bien à son article premier qu'elle s'applique aux « ressortissants des pays tiers résidant *légalement* sur le territoire des Etats membres » (nous soulignons).

¹⁵³⁴ Art. 14 par. 1, let. a de la directive 2008/115/CE.

¹⁵³⁵ Comme on le verra encore ci-dessous, le droit au regroupement familial du réfugié est consacré par la directive 2003/86/CE.

¹⁵³⁶ Art. 23 par. 2, ainsi qu'art. 2, let. j de la directive 2011/95/UE. L'ancienne directive (2004/83/CE) prévoyait que les Etats membres pouvaient fixer des conditions régissant les avantages accordés aux membres de la famille de la personne protégée subsidiairement, mais qu'un « niveau de vie adéquat » devait tout de même être garanti.

¹⁵³⁷ Art. 15 par. 2, 3 et 6 de la directive 2001/55/CE.

directive spécialement consacrée au regroupement familial, mais qui ne concerne que les « extra-européens »¹⁵³⁸ qui bénéficient déjà d'un titre de séjour, valable une année, ainsi que les réfugiés¹⁵³⁹. En sont spécifiquement exclus les requérants d'asile, les personnes bénéficiant d'une protection temporaire, celles protégées subsidiairement, ainsi que les membres de la famille des citoyens européens¹⁵⁴⁰.

Cette directive (2003/86/CE), en tant que norme spéciale sur le regroupement familial, est évidemment bien plus détaillée que la directive « qualification ». Postérieure à la directive 2003, la directive « qualification » aurait pu apporter des précisions ou des améliorations, mais il n'en est rien.

La directive 2003 a ceci de particulier qu'elle dispose d'un nombre assez important de conditions passablement strictes relatives au regroupement familial, puis connaît un chapitre en particulier consacré aux réfugiés qui vient, sur plusieurs points, assouplir la réglementation de base¹⁵⁴¹.

Pour ce qui est tout d'abord de la notion même de famille, la directive 2003/86/CE rejoint la directive 2011/95/UE en ce qui concerne la famille nucléaire, donc le conjoint¹⁵⁴² et les enfants mineurs. La question des ascendants en ligne directe au premier degré du réfugié n'est pas traitée de la même manière par les deux directives. On l'a vu, la définition de la (nouvelle) directive « qualification » inclut le père ou la mère (ou tout autre adulte responsable) de l'enfant si celui-ci est mineur et *non marié*, alors que la directive « regroupement familial » permet le regroupement des personnes appartenant à ce « cercle » pour les mineurs *non*

¹⁵³⁸ Une autre directive traite en outre spécifiquement du regroupement familial pour les citoyens de l'Union. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO L 158/77, du 30 avril 2004.

¹⁵³⁹ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12, du 3 octobre 2003. Pour un commentaire de cette directive, voir HAILBRONNER, CARLITZ, p. 149-286.

¹⁵⁴⁰ Art. 3 de la directive 2003/86/CE. La Commission des Communautés européennes a cependant précisé que les États ne devaient toutefois pas en déduire qu'ils étaient obligés de refuser le droit au regroupement de ces personnes, puisque cela serait en contradiction avec les directives 2011/95/UE (anciennement 2004/83/CE) « qualification » et 2001/55/CE « protection temporaire ». En pratique une dizaine d'États applique la directive aux personnes subsidiairement protégées. Il s'agit par exemple de l'Autriche, de la France ou encore des Pays-Bas. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/86/CE*, COM(2008) 610 final, p. 5.

¹⁵⁴¹ Chypre et Malte n'ont toutefois « pas introduit ces dispositions plus favorables » à leur législation nationale. Idem, p. 14.

¹⁵⁴² Cependant, contrairement à la directive 2011/95/UE, la directive relative au regroupement familial est plus « rétrograde » en ce qu'elle n'inclut que le conjoint (donc un lien fondé sur l'institution du mariage) et ne retient pas automatiquement le partenaire non marié. Il ne s'agit que d'une possibilité laissée aux États membres. Cette distinction est critiquée par URBANO DE SOUSA qui la juge « socialement inadéquate et critiquable du point de vue de la cohérence du système juridique ». URBANO DE SOUSA, p. 133.

accompagnés. En outre, une autre disposition prévoit encore que, si les ascendants en ligne directe au premier degré du réfugié sont à sa charge et si elles sont privées de soutien familial dans leur pays d'origine, il est possible d'autoriser le regroupement familial. Enfin, la directive 2003/86/CE laisse aussi aux Etats membres la possibilité d'élargir le cercle des personnes concernées à d'autres membres à la charge du réfugié (par exemple aux enfants majeurs célibataires incapables de subvenir à leurs besoins en raison de leur état de santé)¹⁵⁴³.

Une disposition instaure un mécanisme particulier concernant les conditions requises pour l'exercice du droit au regroupement familial. Si le réfugié n'a pas introduit sa demande de regroupement dans les trois mois après l'octroi du statut, les Etats membres peuvent alors exiger de lui qu'il fournisse la preuve qu'il dispose d'un « logement considéré comme normal pour une famille comparable dans la même région », d'une assurance-maladie couvrant les risques pour lui-même et pour sa famille et de « ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale »¹⁵⁴⁴. La condition du logement « normal » n'est certainement pas évidente dans toutes les régions et spécialement là où il n'existe que très peu de logements disponibles et où les loyers sont élevés ; celle relative aux ressources stables, régulières et suffisantes ne va pas non plus de soi pour les réfugiés qui ont un emploi « peu qualifié et peu rémunéré ». Ces contraintes ont pour conséquence négative de favoriser les regroupements familiaux clandestins d'autant plus si l'Etat a décidé – comme la directive lui en laisse la possibilité – de restreindre l'accès au marché du travail des membres de la famille pendant une certaine durée¹⁵⁴⁵ (limitée en principe à 12 mois, voire définitive pour certaines catégories de personnes, dont les ascendants et les enfants majeurs célibataires)¹⁵⁴⁶.

En outre, une fois que le regroupement familial aura eu lieu¹⁵⁴⁷, une condition supplémentaire peut venir s'ajouter : les Etats membres peuvent en effet exiger que la famille se conforme « aux mesures d'intégration »¹⁵⁴⁸. Si ces conditions d'intégration ne sont pas remplies, l'art. 16 prévoit que le titre de séjour peut être retiré ou ne pas être renouvelé.

La directive prévoit une dernière condition, qui ne s'applique pas aux réfugiés, mais qu'il est tout de même intéressant de mentionner en ce qu'elle se rapproche d'une clause discutée du droit suisse. Pour les autres personnes concernées par la directive, il se peut que la demande de regroupement familial ne puisse être déposée qu'après un séjour légal de deux ans

¹⁵⁴³ Voir les art. 4 et 10 de la directive 2003/86/CE.

¹⁵⁴⁴ Voir l'art. 12 par. 1 *in fine* en lien avec l'art. 7 par. 1, let. a à c de la directive 2003/86/CE.

¹⁵⁴⁵ Art. 14 par. 2 et 3 de la directive 2003/86/CE.

¹⁵⁴⁶ BERTRAND, p. 197-198.

¹⁵⁴⁷ Au Pays-Bas, les conditions d'intégration doivent déjà être remplies pour pouvoir faire venir la famille. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/86/CE*, COM(2008) 610 final, p. 7.

¹⁵⁴⁸ Art. 7 par. 2 de la directive 2003/86/CE.

maximum en principe¹⁵⁴⁹. Cette condition implique de longues séparations entre les membres d'une famille, particulièrement nuisibles pour les enfants¹⁵⁵⁰. La Cour de justice a toutefois validé cette durée au motif que le regroupement ne devait avoir lieu que lorsque la situation du requérant était stable et son intégration réussie¹⁵⁵¹.

Autre disposition singulière contenue dans la directive, celle de l'art. 4 par. 5 qui veut que les Etats membres peuvent ne pas accorder le regroupement à un conjoint si l'un des deux partenaires au moins n'a pas atteint l'âge de 21 ans¹⁵⁵². Cette règle a pour but d'assurer une meilleure intégration et de prévenir les mariages forcés. Sceptique, BERTRAND se demande à juste titre si, passé cet âge, les mariages forcés sont vraiment évités et soulève l'apparente contradiction relative à l'intégration. Il lui semble en effet que plus le regroupement se fait rapidement, meilleure est l'intégration. Elle en vient donc à se demander « si le véritable motif de restriction n'est pas plutôt de vérifier que le mariage n'a pas été conclu uniquement pour permettre un regroupement. Il s'agirait en quelque sorte de tester la réalité et la solidité de ce lien, en n'admettant pas un regroupement immédiat mais en différant celui-ci, jusqu'au moment où les conjoints ont atteint l'âge de 21 ans »¹⁵⁵³.

La directive contient encore une autre dérogation délicate : celle prévoyant la possibilité d'ajouter une condition d'intégration qui doit être remplie par les enfants de plus de 12 ans¹⁵⁵⁴, sous-entendu qu'après cet âge, l'intégration serait plus difficile. Cette disposition n'est toutefois pas applicable aux enfants de réfugiés¹⁵⁵⁵. Le choix de fixer une limite à 12 ans est arbitraire¹⁵⁵⁶ et a précisément été attaqué par un recours du Parlement dans lequel il estimait qu'il était illogique d'exiger une bonne intégration d'un enfant avant même son arrivée et que le regroupement devait au contraire être un facteur qui permette une meilleure

¹⁵⁴⁹ Ce délai d'attente peut être porté à 3 ans (après le dépôt de la demande) si l'ordre juridique de l'Etat membre contenait une disposition allant dans ce sens avant l'adoption de la directive. Article 8 de la directive 2003/86/CE. Pour rappel, la Suisse connaît un délai similaire (3 ans) pour les réfugiés au bénéfice d'une admission provisoire, ainsi que pour les autres personnes admises provisoirement. Sur ce point, voir les notes 1512, 1513 et 1515 ci-dessus.

¹⁵⁵⁰ URBANO DE SOUSA juge cette durée disproportionnée, d'autant plus si le délai de neuf mois maximum prévu pour que l'autorité rende sa décision est prorogé (indéfiniment) en raison de la complexité de la demande, comme le permet l'art. 5 par. 4 de la directive. URBANO DE SOUSA, p. 134.

¹⁵⁵¹ Arrêt CJCE *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 27 juin 2006, affaire C-540/03, § 98.

¹⁵⁵² Plusieurs Etats ont mis en œuvre cette disposition. COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/86/CE*, COM(2008) 610 final, p. 5.

¹⁵⁵³ BERTRAND, p. 195.

¹⁵⁵⁴ En réalité, cette clause, éventuellement combinée à celle prévoyant un délai d'attente pour le regroupement, conduit à restreindre vivement le regroupement à des enfants de neuf ou dix ans. URBANO DE SOUSA, p. 136.

¹⁵⁵⁵ Et pour les autres enfants, elle n'a été mise en pratique que par l'Allemagne, Chypre et les Pays-Bas. COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/86/CE*, COM(2008) 610 final, p. 6.

¹⁵⁵⁶ BERTRAND, p. 195-196.

intégration. Ces dispositions ont toutefois été jugées valables par la Cour de justice, ce qui semble tout de même un peu absurde, puisqu'elles n'existent pas pour le conjoint par exemple. Dans la perception de la Cour, cette distinction se justifie parce que le couple est une institution destinée à un avenir durable, alors que la vie parent-enfant est inévitablement limitée dans le temps¹⁵⁵⁷. Cet argument passablement hypocrite (notamment quant à la durabilité présumée du couple) fait également preuve de bien peu de bienveillance à l'égard des enfants de 12 ans qui doivent alors apprendre à vivre sans leurs parents. On peut également douter de la compatibilité d'une telle mesure avec l'intérêt supérieur de l'enfant prévu par la Convention de 1989, malgré ce que la Cour de justice en dit¹⁵⁵⁸.

Plus généralement, la Cour a rappelé que les dispositions de la directive sont admissibles parce que, en tous les cas, les Etats sont tenus de respecter les droits fondamentaux et de se conformer aux obligations internationales par lesquelles ils sont liés et notamment ici par la Convention des droits de l'enfant et la CEDH. Ces espèces de rappels « moralisateurs » laissent toutefois songeur quant à leur véritable impact sur la politique européenne en matière d'asile. BERTRAND ajoute à ce sujet qu'« [e]n revoyant les Etats à leurs responsabilités en matière de respect des droits fondamentaux et à leur obligation de prendre en compte l'intérêt des enfants, la Cour a oublié que c'est aussi l'honneur du juge que de défendre et d'imposer une conception protectrice des droits des immigrés, y compris, et surtout, quand les Etats rechignent à la consacrer »¹⁵⁵⁹.

3.5.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.5.3.1. Comparaison du droit suisse et du droit européen

Le système juridique suisse comme le système juridique européen lient le droit au regroupement familial avec le titre de séjour et en particulier avec son caractère durable. Dans ce sens, les requérants d'asile tout comme les personnes en séjour irrégulier n'ont pas de droit au regroupement familial.

Les réfugiés connaissent un droit au regroupement, pour autant qu'aucune circonstance ne s'y oppose en droit suisse et à certaines conditions, en droit européen, si la demande de regroupement a été faite plus de trois mois après l'octroi du statut de réfugié.

¹⁵⁵⁷ Idem, p. 196.

¹⁵⁵⁸ Arrêt CJCE *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, du 27 juin 2006, affaire C-540/03, § 73 ss. D'une manière générale, le texte de la directive a été jugé conforme au droit international par la CJCE alors que le Parlement européen avait estimé que deux de ses dispositions (l'art. 4 § 1, dernier alinéa, et § 6, ainsi que l'art. 8) étaient en contradiction avec les principes du droit à la vie familiale et du droit à la non-discrimination. Il avait également invoqué l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁵⁵⁹ BERTRAND, p. 200.

Les réfugiés au bénéfice d'une admission provisoire, ainsi que les (autres) personnes admises provisoirement y ont droit à certaines conditions (après trois ans, s'il y a un ménage commun, un logement approprié et pas de dépendance à l'aide sociale). Les personnes protégées subsidiairement n'ont en revanche pas un droit explicite au regroupement, mais le principe de l'unité de la famille doit être sauvegardé lorsque les membres de la famille se trouvent sur le territoire de l'Etat membre.

Enfin les personnes à protéger (droit suisse) et les personnes temporairement protégée (droit européen) ont un droit au regroupement (pour autant qu'il n'existe pas de motif d'exclusion pour les personnes concernée par le droit suisse).

3.5.3.2. *Analyse sous l'angle du droit supérieur*

En ce qui concerne la famille, et en particulier le regroupement familial, il n'y a généralement pas de mention directe du regroupement dans les textes de droit international et si c'est le cas, il s'agit bien souvent de formules vagues et peu contraignantes.

Le Déclaration universelle des droits de l'homme, par définition non contraignante, rappelle d'une part que toute personne a le droit d'être protégée contre les immixtions arbitraires dans la vie privée et familiale et d'autre part que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat »¹⁵⁶⁰.

Les Pactes ONU I et II reprennent tous deux cette idée et prévoient que les Etats assurent une « protection et une assistance aussi larges que possible [...] à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société »¹⁵⁶¹. Le Pacte II relatif aux droits civils et politiques répète également l'interdiction des immixtions arbitraires dans la vie familiale¹⁵⁶². Le Comité des droits de l'homme a en outre rappelé l'importance pour une famille de pouvoir vivre ensemble et précisé que cela impliquait pour l'Etat de prendre des mesures adéquates pour assurer l'unité ou la réunification des familles, en particulier lorsqu'elles ont été séparées pour des raisons politiques ou économiques¹⁵⁶³.

La Convention relative aux droits de l'enfant est plus précise puisqu'elle prévoit, en plus de l'interdiction des immixtions arbitraires dans la vie familiale¹⁵⁶⁴, explicitement que les Etats doivent veiller « à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré »¹⁵⁶⁵ et que « toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le

¹⁵⁶⁰ Art. 12 et 16 par. 3 DUDH.

¹⁵⁶¹ Art. 10 par. 1 Pacte ONU I. Dans le même sens, art. 23 par. 1 Pacte ONU II.

¹⁵⁶² Art. 17 par. 1 Pacte ONU II.

¹⁵⁶³ COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 19*, par 5.

¹⁵⁶⁴ Art. 16 CDE.

¹⁵⁶⁵ Art. 9 par. 1 *in inicio* CDE.

quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence »¹⁵⁶⁶.

Enfin, pour ce qui est des migrants réguliers, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 encourage le regroupement familial. Les Etats doivent donc prendre les mesures nécessaires pour faciliter la réunion des familles, en particulier du conjoint et des enfants mineurs, célibataires et à charge¹⁵⁶⁷. Sous certaines réserves, les membres de la famille doivent ensuite pouvoir bénéficier de l'égalité de traitement avec les nationaux notamment en ce qui concerne l'accès à l'éducation et aux services sociaux et sanitaires. En outre, lorsque le travailleur migrant décède ou lorsque la famille se dissout, l'autorisation de demeurer dans l'Etat pour les membres de la famille devrait être envisagée favorablement par l'Etat concerné¹⁵⁶⁸.

Au niveau régional, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une importante jurisprudence relative à son article 8 qui protège la vie privée et familiale¹⁵⁶⁹. Sur la notion même de famille¹⁵⁷⁰, la Cour a établi une interprétation large qui englobe tant la famille « légitime » que la famille « naturelle ». Pour la Cour, « [l]a question de l'existence ou de l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits ». Elle estime ainsi que « la notion de "famille" ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens "familiaux" *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage ». Pour déterminer l'existence d'une famille, il faut donc se fonder sur différents éléments tels que la cohabitation, sa durée et d'éventuels enfants communs¹⁵⁷¹. La Cour ajoute cependant que dès la naissance d'un enfant, « il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de "vie familiale" »

¹⁵⁶⁶ Art. 10 par 1 CDE.

¹⁵⁶⁷ Cette disposition (art. 44) relative à la réunification des familles est particulièrement vague pour une Convention qui a précisément pour objectif de protéger les travailleurs migrants *et leur famille*. Dans ce sens, CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, p. 130.

¹⁵⁶⁸ Art. 44, 45 et 50 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants.

¹⁵⁶⁹ En raison du difficile équilibre entre d'une part, l'intérêt du maintien du lien familial des étrangers et d'autre part, l'intérêt public de l'Etat (sécuritaire ou de simple souveraineté), la jurisprudence de la Cour dans ce domaine a été qualifiée de « terreau d'imprévisibilité source d'insécurité juridique regrettable ». ANDRIANTSIMBAZOVINA, p. 216.

¹⁵⁷⁰ Pour un résumé détaillé des critères déterminants utilisés par la Cour EDH pour définir la famille, voir GRANT, p. 266 ss.

¹⁵⁷¹ Arrêt CEDH *Şerife Yigit c. Turquie*, du 20 janvier 2009, requête no 3976/05, § 25 et 26. L'affaire a ensuite été renvoyée devant la Grande Chambre qui n'a cependant pas revu ses conclusions sur ce point. Voir l'arrêt du 2 novembre 2010.

[...] que des événements ultérieurs ne peuvent briser que dans des circonstances exceptionnelles »¹⁵⁷².

Le droit au respect de la vie familiale implique pour la Cour « le droit d'établir son foyer dans l'État de sa nationalité ou de sa résidence régulière¹⁵⁷³ ; sous l'unique réserve des termes du paragraphe 2 de l'article 8 [...] ». Ainsi lorsqu'un Etat rejette le regroupement familial au motif que la personne concernée peut « gagner l'étranger ou se séparer de son conjoint [il] méconnaîtrait ce principe [du droit au respect de la vie familiale] »¹⁵⁷⁴. La Cour a émis ce raisonnement tout en rappelant que par ailleurs les questions d'immigration relevaient de la compétence des Etats¹⁵⁷⁵. Elle a ainsi ajouté que l'affaire en question « ne concerne pas des immigrants qui, déjà dotés d'une famille, l'auraient laissée derrière eux, dans un autre pays, jusqu'à la reconnaissance de leur droit de rester au Royaume-Uni : les requérantes n'ont contracté mariage qu'une fois établies dans cet État en tant que célibataires [...]. Or l'article 8 [...] ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays »¹⁵⁷⁶.

Dans un arrêt ultérieur rendu contre la Suisse, le juge Martens (approuvé par le juge Russo) présente une opinion dissidente tout à fait intéressante en reprenant ce dernier point. Il estime que la Cour, en établissant cette distinction entre des personnes contractant un mariage une fois établies et des immigrants qui ont dû laisser leur famille, suggère que des normes différentes doivent s'appliquer à cette seconde catégorie. Selon Martens, « il est naturel de déduire de la phrase en question que la Cour entendait préciser que, dans de tels cas, elle pourrait estimer que, dans le contexte de la question de la réunification d'une famille, l'Etat d'établissement doit respecter le choix des immigrants qui ont réussi à y obtenir un statut permanent et doit, par conséquent, accepter des membres de leur famille que les intéressés avaient laissés derrière eux pour venir s'établir dans cet Etat ». Le juge ajoute encore que « dans les cas où un père et une mère ont réussi à obtenir un statut permanent dans un pays et souhaitent que soient réunis à eux les enfants que, provisoirement, ils ont laissés derrière eux

¹⁵⁷² Arrêt CEDH *Gül c. Suisse*, du 19 février 1996, requête no 23218/94, § 32 qui renvoie aux arrêts *Berrehab c. Pays-Bas*, du 21 juin 1988, requête no 10730/84, § 21, et *Hokkanen c. Finlande*, du 23 septembre 1994, requête no 19823/92, § 54.

¹⁵⁷³ Dans un autre arrêt, la Cour est même allée jusqu'à reconnaître un droit au regroupement familial pour une personne qui séjournait irrégulièrement sur le territoire d'un Etat. Il s'agissait en l'occurrence d'une mère brésilienne dont la fille résidait aux Pays-Bas et en avait la nationalité. Dans cette affaire, la Cour a estimé que les intérêts de l'Etat ne pouvaient pas primer sur les intérêts de l'enfant et de la mère, même si celle-ci était en situation d'irrégularité. Arrêt CEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, du 3 juillet 2006, requête no 50435/99.

¹⁵⁷⁴ Arrêt CEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 66.

¹⁵⁷⁵ Sur la souveraineté des Etats dans ce domaine, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA, p. 218 ss.

¹⁵⁷⁶ Arrêt CEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 68.

dans leur pays d'origine, il est *per se* déraisonnable, sinon inhumain, de leur donner le choix entre abandonner la situation qu'ils ont acquise dans le pays d'établissement ou renoncer à la compagnie de leurs enfants, qui constitue un élément fondamental de la vie familiale »¹⁵⁷⁷.

Bien que cet avis semble totalement pertinent, la Cour n'a pas souvent suivi ce raisonnement, puisque précisément dans cette affaire *Gül*, la majorité des juges a estimé que le refus de permettre l'entrée du fils sur le territoire suisse ne constituait pas une ingérence dans ce droit, parce que la famille pouvait retourner vivre en Turquie (malgré le fait qu'en l'occurrence, la situation sur le plan médical de la mère soit tout à fait délicate et que d'éventuelles persécutions à l'égard du père ne soient pas totalement exclues).

Toutefois, dans un arrêt de 2001, la Cour a estimé que le regroupement familial s'impose lorsque qu'il existe un obstacle majeur au retour des parents vers le pays où réside l'enfant laissé derrière eux. En l'occurrence, selon la Cour, il existe un tel empêchement au retour lorsque les parents ont, dans le pays d'accueil, un permis d'établissement, ainsi qu'une vie de couple et deux enfants qui y ont toujours vécu. Pour les juges strasbourgeois, laisser le choix aux parents d'abandonner leur situation dans leur « nouvel » Etat de résidence ou de renoncer à un de leur enfant resté dans le pays d'origine, ne ménage pas un juste équilibre entre les intérêts privés et les intérêts de l'Etat¹⁵⁷⁸.

Enfin, une ingérence dans la vie privée et familiale pourrait aussi être retenue si le retour dans le pays d'origine ne permettait pas d'y mener une vie familiale¹⁵⁷⁹. Dans un tel cas, l'ingérence devrait être justifiée par les trois conditions habituelles : elle doit être prévue par la loi, viser un intérêt légitime et être nécessaire dans une société démocratique, donc être proportionnée à l'objectif poursuivi¹⁵⁸⁰.

Moins claire, la Charte sociale européenne révisée prévoit à son article consacré aux travailleurs migrants que les Etats doivent s'engager à « faciliter autant que possible le

¹⁵⁷⁷ Arrêt CEDH *Gül c. Suisse*, du 19 février 1996, requête no 23218/94, Opinion dissidente de M. le Juge Martens, approuvée par M. le Juge Russo, spéc. § 13 et 14.

¹⁵⁷⁸ Arrêt CEDH *Şen c. Pays-Bas*, du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, § 39-41.

¹⁵⁷⁹ Dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni*, un règlement à l'amiable a été proposé par le gouvernement afin de mettre un terme à l'affaire pendante devant la Cour EDH pour violation de l'art. 8 CEDH. Les requérantes, quatre sœurs somaliennes, ont demandé à pouvoir rejoindre leur mère séjournant légalement au Royaume-Uni. Elles ont invoqué le fait qu'elles vivaient dans des conditions de grande pauvreté au Kenya, qu'elles souffraient de problèmes de santé et qu'elles ne pourraient mener une vie familiale décente qu'au Royaume-Uni, n'ayant pas de statut légal au Kenya et ne pouvant retourner en Somalie, pays qu'elles avaient précisément fui et qui continuait à ne pas respecter la loi. Décision CEDH (de rayer la requête de la liste des cas) *Osman c. Royaume-Uni*, du 4 septembre 2007, requête no 12698/06.

¹⁵⁸⁰ Pour plus de détails sur les conditions nécessaires à une ingérence au sens de l'art. 8 par. CEDH, voir UEBERSAX, REFAEIL, BREITENMOSER, p. 326 ss.

regroupement de la famille¹⁵⁸¹ du travailleur migrant autorisé à s'établir lui-même sur le territoire »¹⁵⁸². Cette disposition a plutôt le caractère d'une recommandation et semble vraiment peu contraignante.

En ce qui concerne les *réfugiés* en particulier, le texte même de la Convention de Genève ne contient aucune disposition concernant la famille ou le regroupement familial. Toutefois, l'Acte final de la Conférence des plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides consacre un paragraphe à cette question. Au point B, la Conférence considère en effet que l'unité de la famille est un élément fondamental de la société et un droit essentiel du réfugié. Elle recommande aux Etats de prendre les mesures nécessaires pour protéger la famille du réfugié et en particulier pour assurer le maintien de l'unité familiale, ainsi que pour assurer la protection des réfugiés mineurs¹⁵⁸³.

Pour cette catégorie de personnes, il convient encore de se référer aux travaux du Conseil de l'Europe. Un Accord européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés¹⁵⁸⁴ a été conclu le 16 octobre 1980 à Strasbourg dans le but de faciliter le changement de résidence d'un réfugié d'un Etat membre à l'autre¹⁵⁸⁵. Dans cette optique, l'article 6 est spécialement consacré à la question du regroupement familial. Il est ainsi prévu que le « second Etat » (celui dans lequel se trouve désormais le réfugié) facilite l'admission sur son territoire du conjoint et des enfants mineurs ou à charge. Entre Etats membres du Conseil de l'Europe, il ne devrait donc pas y avoir d'obstacles trop importants au regroupement familial.

Près de vingt ans plus tard, le Conseil de l'Europe a encore émis une recommandation no R (99) 23 du Comité des ministres aux Etats membres, du 15 décembre 1999, sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale. Ce sont principalement le conjoint et les enfants dépendants qui sont visés par cet instrument, ainsi que tout autre membre de la famille lorsque le droit national le prévoit. Ce texte recommande aux Etats membres de « promouvoir le regroupement familial par des mesures appropriées ». Pour ce faire, ceux-ci « devraient traiter les demandes de regroupement familial [...] dans un esprit positif, avec humanité et diligence ». La preuve des liens familiaux doit en premier lieu reposer sur les documents fournis par le demandeur. Si de tels documents viennent à manquer, cela ne doit pas être considéré en soi comme un obstacle

¹⁵⁸¹ La notion de famille est précisée par l'annexe à la Charte. Il s'agit au moins du conjoint et des enfants non mariés, mineurs et à charge.

¹⁵⁸² Art. 19 par. 6 de la Charte sociale européenne révisée.

¹⁵⁸³ En outre, le Comité exécutif du HCR s'est prononcé à plusieurs reprises sur la question de l'unité de la famille en exhortant notamment les Etats à permettre le regroupement familial. Voir UEBERSAX, REFAEIL, BREITENMOSER, p. 487, spéc. note 58.

¹⁵⁸⁴ RS 0.142.305.

¹⁵⁸⁵ Cet accord n'a donc qu'une portée limitée, puisqu'il ne trouve application que lorsqu'un réfugié « déménage » d'un Etat partie à la Convention dans un autre Etat partie. GERBER, METRAUX, p. 80.

au regroupement. Le cas des personnes vulnérables est particulièrement mis en évidence et le texte recommande aux Etats d'y porter une attention spécifique¹⁵⁸⁶. Cette recommandation assez précise n'a pas un caractère contraignant, mais donne des lignes directrices claires et bienveillantes aux Etats en matière de regroupement familial pour les réfugiés et les personnes au bénéfice d'une protection internationale. Il semblerait en outre absurde que les réfugiés ne se voient pas reconnaître un droit au regroupement familial au seul motif que l'instrument contraignant, la Convention de Genève, reste silencieux sur cette question¹⁵⁸⁷.

3.5.3.3. *Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »*

Que cela soit en Suisse ou au sein de l'Union, les personnes qui ont reçu une décision négative d'asile et se trouvent dans une situation d'irrégularité n'ont pas le droit de faire venir leur famille.

Bien que plusieurs textes de droit international relèvent la valeur de la famille et le droit d'être protégé contre des immixtions arbitraires dans le droit au respect de la vie familiale, ce sont les dispositions de la CEDH qui sont le plus importantes pour la protection de la famille et la (ré)unification familiale. La jurisprudence de la Cour n'est cependant pas constante dans ce domaine et il a notamment été rappelé à plusieurs reprises que les questions d'immigration relevaient avant tout de la compétence des Etats. Dans cette optique, les juges ont estimé que refuser à un enfant de rejoindre ses parents établis dans un autre Etat ne constituait pas une ingérence dans ce droit si la famille pouvait retourner vivre dans le pays d'origine et y mener une vie familiale normale. En revanche, si tel n'est pas le cas et qu'il existe un obstacle majeur au retour vers le pays d'origine, une ingérence dans la vie privée et familiale doit être retenue¹⁵⁸⁸.

Dans la mesure où les Etats rendent une décision (formelle ou matérielle) négative en matière d'asile et que cette décision est exécutoire, ils estiment que ces personnes peuvent retourner dans leur pays d'origine et que le regroupement familial n'est donc pas nécessaire. Au vu des différentes circonstances et conditions existant pour les autres « catégories » de personnes touchées par l'asile, la situation pourrait toutefois être analysée sous un autre angle. On pourrait imaginer, du moins lorsque la personne est présente dans l'Etat depuis un certain temps que, à certaines conditions – analogues par exemple à celles imposées aux personnes admises provisoirement en Suisse –, le regroupement soit autorisé si la personne faisait ménage commun avec sa famille avant son départ et qu'elle ne soit pas dépendante (dans le pays d'accueil) de l'aide sociale. Bien qu'en réalité cette situation soit certainement plutôt

¹⁵⁸⁶ Sur tous ces éléments, voir les par. 1 à 6 de la recommandation.

¹⁵⁸⁷ Dans ce sens, GERBER, METRAUX, p. 105.

¹⁵⁸⁸ Voir notamment les arrêts CEDH *Şen c. Pays-Bas*, du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, *Gül c. Suisse*, du 19 février 1996, requête no 23218/94 et *Osman c. Royaume-Uni*, du 4 septembre 2007, requête no 12698/06.

rare, elle présenterait l'avantage d'être moins dure à l'égard de ceux qui se sont, malgré les obstacles, « intégrés » dans le pays d'accueil.

3.6. Droit à la scolarisation

3.6.1. En droit suisse

Le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti par la Constitution¹⁵⁸⁹. Ainsi, même les enfants des personnes en séjour irrégulier doivent pouvoir aller à l'école de manière « suffisante ». Tout est donc question d'interprétation du terme « suffisant » et comme l'instruction publique est du ressort des cantons¹⁵⁹⁰, la pratique variera d'un canton à l'autre en matière d'intégration des élèves au statut précaire dans le système scolaire.

Durant la procédure d'asile, les enfants des *requérants d'asile* restent avec leurs parents dans les centres (que cela soit dans les CEP ou dans les infrastructures cantonales) et ne peuvent ainsi en principe pas accéder au système scolaire ordinaire¹⁵⁹¹. Dans certains centres, des cours de langue de base sont organisés par le personnel du centre, mais ils ont plus une valeur de programme d'occupation que de véritable formation et ne sont en aucun cas spécialement destinés aux enfants. Bien que la contribution de FOX ait déjà un certain nombre d'années et ne soit ainsi pas à jour, en ce qui concerne les bases légales notamment, elle illustre tout de même clairement la situation : « Leur encadrement [des enfants des requérants d'asile] est assuré à l'intérieur des centre en priorité par la famille »¹⁵⁹². Toutefois, dans la mesure où la durée du séjour dans un CEP est limitée, le fait que les enfants ne soient pas intégrés dans les écoles publiques ne constitue pas une violation de leur droit fondamental¹⁵⁹³.

La situation des requérants, comme celle (en théorie du moins) des *personnes déboutées* (donc en séjour irrégulier) n'est ni stable ni durable. Cependant, il est nécessaire de faire primer le droit à la scolarisation¹⁵⁹⁴ (en tant que droit constitutionnel et international fondamental) sur des considérations de police des étrangers. A plus forte raison, « si on autorise des enfants en situation illégale à suivre l'école, on peut difficilement en refuser

¹⁵⁸⁹ Art. 19 Cst.

¹⁵⁹⁰ Art. 62 Cst.

¹⁵⁹¹ WINTSCH, p. 181-182.

¹⁵⁹² FOX, p. 141, note 20 *in fine*.

¹⁵⁹³ WINTSCH, p. 181-182. Il convient tout de même de préciser encore que l'auteure s'exprimait alors que la durée du séjour dans les CEP était limitée à 60 jours. Il est possible de se demander si la durée actuelle de 90 jours respecte encore le principe de la proportionnalité.

¹⁵⁹⁴ C'est la seule réalité du séjour, sans considération sur le caractère légal ou non de celui-ci, qui fait naître un droit à l'enseignement « obligatoire ». PLOTKE, p. 171-172.

l'accès à des enfants dont le statut est tout à fait conforme au droit, comme c'est le cas pour les enfants des requérants »¹⁵⁹⁵.

FOX est d'avis que « le refus des communes de scolariser est illégal, voir anticonstitutionnel ; tant pour des questions de police des étrangers que pour des raisons financières, elles ne peuvent pas non plus se fonder sur leur autonomie communale pour justifier leurs prises de position dans le domaine de l'accueil des candidats à l'asile »¹⁵⁹⁶. Pourtant, il arrive en pratique que certaines communes refusent des demandes de scolarisation au motif que l'enfant n'a pas d'autorisation de séjour¹⁵⁹⁷.

Les cantons ne peuvent pas concevoir des classes d'accueil spéciales pour les enfants de requérants, comme cela a parfois été le cas¹⁵⁹⁸, d'une part pour des raisons pratiques : le flux des personnes concernées étant trop variable pour que ce genre de structure puisse être mis en place, mais d'autre part également parce que séparer les enfants « étrangers » des autres enfants constituerait une mesure discriminatoire et d'exclusion¹⁵⁹⁹. Les autorités cantonales ne peuvent pas non plus se décharger de leurs responsabilités et simplement les reporter sur des œuvres d'entraide comme Caritas ou sur d'autres organismes, tels que ORS¹⁶⁰⁰ dans les centres d'hébergement et qui seraient alors chargés d'établir un enseignement « parallèle ». La seule solution réaliste consiste à intégrer ces élèves dans les structures scolaires existantes et habituelles (et à leur fournir si nécessaire des cours d'appui ou de langue).

C'est ce que font en principe tous les cantons, à l'exception de Berne qui a mis sur pied un régime spécial, l'école ordinaire fermant ainsi ses portes aux enfants des « NEMs ». Pour ces enfants, quelques heures par semaines (entre six et dix heures¹⁶⁰¹), dans une classe spéciale au sein des centres d'aide d'urgence, sont jugées suffisantes pour un enfant qui devra(it) (théoriquement) quitter prochainement la Suisse¹⁶⁰². Ces mesures sont justifiées par les

¹⁵⁹⁵ FOX, p. 149-150.

¹⁵⁹⁶ Idem, p. 150.

¹⁵⁹⁷ Pour un exemple concret, voir CARONI, OTT, p. 196, ainsi qu'un cas de l'Observatoire suisse alémanique du droit d'asile et des étrangers qui relate la situation d'une jeune ivoirienne de dix ans arrivée en Suisse de manière illégale pour retrouver sa mère au bénéfice d'un permis B. La commune zurichoise auprès de laquelle une demande de scolarisation a été déposée l'a refusée en raison de son statut irrégulier. Suite à ce refus, la police, informée de la présence de l'enfant a fait une perquisition au domicile de la mère, en vain toutefois, puisque celle-ci avait pris les devants et s'était réfugiée chez des parents. Cette pratique navrante est tout à fait regrettable parce qu'elle implique que les parents en situation irrégulière ne scolarisent plus leurs enfants par peur de subir des conséquences de la part de la police des étrangers. BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 095.

¹⁵⁹⁸ Voir les exemples de certaines communes vaudoises. FOX, p. 142-144.

¹⁵⁹⁹ HÖRDEGEN, p. 103.

¹⁶⁰⁰ Pour rappel, ORS est l'entreprise mandatée par la Confédération pour l'encadrement des requérants d'asile dans les centres d'accueil et d'hébergement.

¹⁶⁰¹ Alors que dans une classe normale, les enfants ont en moyenne trente-huit périodes par semaine d'enseignement.

¹⁶⁰² TRUMMER, p. 25.

autorités du fait que la scolarisation est une mesure d'intégration à laquelle ne doivent pas aspirer les personnes « sur le départ »¹⁶⁰³. En réalité, ces situations peuvent perdurer des mois, voire des années¹⁶⁰⁴ et la solution aménagée n'est donc pas satisfaisante. Elle contrevient au surplus aux dispositions constitutionnelles et internationales relatives aux droits de l'enfant¹⁶⁰⁵.

En outre, la question de la scolarisation ne peut et ne doit en aucun cas servir d'instrument de contrainte pour faire partir les familles. Lorsque l'école est utilisée comme un moyen de pression pour le départ, les enfants deviennent alors les victimes d'un système qui se dit « d'aide » d'urgence et leur droit à la scolarisation devient en pratique inaccessible¹⁶⁰⁶.

Pour ce qui est des *réfugiés* (au bénéfice de l'asile ou d'une admission provisoire), la situation est plus claire, en vertu de la Convention de Genève qui impose que les enfants de ces personnes soient traités de la même manière que les nationaux en ce qui concerne l'école primaire et le plus favorablement possible, mais en tous les cas pas moins bien que les autres « étrangers », pour tout ce qui a trait aux études en général¹⁶⁰⁷.

3.6.2. En droit européen

La directive 2003/9/CE prévoit à son art. 10 que les enfants mineurs des *demandeurs d'asile* et les demandeurs d'asile eux-mêmes mineurs doivent se voir octroyer « l'accès au système éducatif dans des conditions analogues à celles qui sont prévues pour les ressortissants de l'État membre d'accueil aussi longtemps qu'une mesure d'éloignement n'est pas exécutée contre eux ou contre leurs parents ». Cet accès peut toutefois être restreint au système public et l'enseignement peut aussi être dispensé directement dans les centres d'hébergement¹⁶⁰⁸. En principe, l'accès au système doit se faire dans les trois mois qui suivent le dépôt de la

¹⁶⁰³ La pratique bernoise a également été mise en exergue dans une émission de la TÉLÉVISION SUISSE ROMANDE, *La machine fédérale contre l'immigration*, in Temps présent, du 22 octobre 2009, <http://www.tsr.ch/emissions/temps-present/immigration/1260539-la-machine-federale-contre-l-immigration.html> (consultation : 3 février 2010). SUTTER relève également un cas similaire en 2009, mais souligne qu'à « ce jour, plus aucun cas n'a été signalé où la scolarisation des enfants n'est pas possible ». SUTTER, p. 12.

¹⁶⁰⁴ Pour des exemples de personnes soumises à un statut de « NEM » pendant des années, voir la note 1721 ci-dessous.

¹⁶⁰⁵ TRUMMER, p. 25. Voir aussi ci-dessous le ch. IV.3.6.3.2.

¹⁶⁰⁶ WINTSCH, p. 213-214. Sur ce dernier point, voir CARONI, OTT, p. 196.

¹⁶⁰⁷ Art. 22 de la Convention de Genève, ainsi que WINTSCH, notamment p. 92-93.

¹⁶⁰⁸ C'est en tout cas ce que prévoit la législation britannique. Toutefois, la durée d'enseignement dans des centres d'hébergement est limitée à six mois. CHOLEWINSKI, p. 40. Le HCR s'est montré critique face à cette possibilité de dispenser l'enseignement dans des centres d'hébergement, estimant que cela contribuait à une certaine marginalisation et que si cet enseignement devait avoir lieu sous cette forme, cela ne devait être que pour une durée limitée. HCR, *Annotated Comments on Directive 2003/9/EC*, ad art. 10. On peut d'ailleurs douter que l'enseignement dans des centres d'hébergement puisse réellement être considéré comme « analogue » à celui dont bénéficient les enfants ressortissant de l'Etat d'accueil.

demande d'asile. Ce délai peut être élargi à un an lorsqu'un enseignement spécifique est prévu pour faciliter par la suite l'accès au système éducatif¹⁶⁰⁹.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

La proposition de refonte de la directive 2003/9/CE prévoit qu'il n'est pas possible de reporter l'accès au système éducatif de plus de trois après le dépôt de la demande (la possibilité d'élargir ce délai à un an serait donc supprimée), mais le cas échéant, les Etats membres sont tenus de proposer des cours préparatoires, et notamment de langue, dans le but de faciliter l'accès et l'intégration au système éducatif¹⁶¹⁰.

Si l'accès à l'école primaire pour les enfants des requérants, ou pour les requérants mineurs, ne semble pas poser de problème, l'accès à l'enseignement secondaire est plus aléatoire. Dans certains Etats membres, il peut être limité en fonction du nombre de places disponibles, de la position des autorités locales, ou restreint à certains « moments de l'année scolaire, ce qui peut entraîner des retards dans la pratique »¹⁶¹¹.

La situation des enfants de migrants en *situation irrégulière* varie d'un Etat européen à l'autre. Le Danemark et la Suède ne leur reconnaissent par exemple pas formellement un droit à l'éducation. Ces enfants peuvent cependant tout de même être inscrits individuellement, mais ils ne reçoivent pas de diplôme ni d'attestation à la fin de leur scolarité. L'Espagne connaît le même procédé pour ce qui est des attestations, bien que l'accès à l'éducation soit gratuit pour tous jusqu'à l'âge de 18 ans. En revanche, la Belgique a explicitement prévu que les enfants des migrants irréguliers ont le droit d'aller à l'école et que les enseignants ne sont pas tenus d'en informer les autorités¹⁶¹². La directive retour prévoit tout de même que les enfants doivent avoir accès au système éducatif de base « en fonction de la durée de leur séjour » lors de la procédure de renvoi, y compris lorsqu'ils sont placés en rétention en vue de l'éloignement¹⁶¹³.

Comme les requérants d'asile, les mineurs qui se sont vus octroyer le statut de *réfugié* ou le statut conféré par la *protection subsidiaire* doivent se voir accorder le plein accès au système éducatif et dans les mêmes conditions que les ressortissants des Etats membres¹⁶¹⁴.

Il en va aussi de même pour les bénéficiaires de la *protection temporaire* de moins de dix-huit ans qui doivent se voir accorder l'accès au système éducatif dans les mêmes conditions que

¹⁶⁰⁹ Art. 10 de la directive 2003/9/CE.

¹⁶¹⁰ COM(2008) 815, p. 25 et COM(2011) 320 final, p. 27-28.

¹⁶¹¹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 9.

¹⁶¹² CHOLEWINSKI, p. 40-41.

¹⁶¹³ Art. 14 par. 1, let. c et art. 17 par. 3 à 5 de la directive 2008/115/CE.

¹⁶¹⁴ Art. 27 de la directive 2011/95/UE.

les ressortissants de l'Etat membre d'accueil. Les Etats peuvent cependant restreindre l'accès aux seules écoles publiques¹⁶¹⁵.

3.6.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.6.3.1. *Comparaison du droit suisse et du droit européen*

L'accès à la scolarisation dépend principalement, en droit suisse comme en droit européen, du caractère d'abord légal, mais aussi durable, du séjour. Ainsi, une fois que le statut est clairement défini et stable, les enfants ont en principe un accès complet à l'éducation.

La situation est plus délicate pour les enfants des requérants d'asile (ou les requérants mineurs) qui, du moins dans un premier temps, n'auront qu'un accès « restreint » ou « spécial » à la scolarisation (dans les centres de procédure par exemple).

Ce sont enfin les enfants des personnes en séjour irrégulier qui connaissent le plus de difficulté dans l'accès à la scolarisation. Leur situation varie énormément d'un Etat (voire d'un canton) à l'autre.

Plus généralement, il est intéressant de noter que le droit constitutionnel suisse garantit un droit à un enseignement de base « suffisant »¹⁶¹⁶, alors que la majorité des instruments internationaux (y compris européens) parlent soit d'un enseignement élémentaire obligatoire, soit d'un enseignement « analogue » à celui des ressortissants¹⁶¹⁷. Cette différence n'est pas anodine pour les enfants (de) migrants en ce sens que l'enseignement « analogue » ne prête pas à de vastes interprétations, alors que le terme « suffisant » pourrait être compris dans un sens restreint lorsqu'il n'y a par exemple pas de nécessité d'intégration¹⁶¹⁸.

En ce sens, et en particulier pour les enfants de requérants d'asile (en raison de l'art. 10 de la directive 2003/9/CE), les Etats membres de l'Union européenne doivent certainement aller plus loin que les autorités helvétiques pour garantir une scolarisation à tous les enfants. Il ne suffit pas pour les enfants en procédure dans un Etat membre de se voir octroyer quelques heures d'enseignement par jour ; ils doivent en effet être traités dans une perspective d'égalité de traitement avec les autres enfants.

¹⁶¹⁵ Art. 14 par. 1 de la directive 2001/55/CE.

¹⁶¹⁶ Art. 19 Cst.

¹⁶¹⁷ Voir par exemple les art. 10 de la directive 2003/9/CE, 30 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants et 22 CGE.

¹⁶¹⁸ Comme le justifie le canton de Berne pour sa pratique relative aux enfants de NEMs.

3.6.3.2. Analyse sous l'angle du droit supérieur

Le droit à l'éducation est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme à son article 26. Il y est préconisé un droit à l'éducation gratuite au moins pour l'enseignement élémentaire. Cet enseignement doit en outre être obligatoire. Pour ce qui est de l'accès aux études supérieures, il « doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite ».

Le Pacte I de l'ONU et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) reprennent à leur art. 13 et 28 les principes de la DUDH : l'enseignement primaire doit être gratuit et obligatoire : l'enseignement secondaire doit être rendu accessible notamment par l'instauration progressive de la gratuité. Il en va de même pour l'enseignement supérieur qui doit en outre être accessible de manière égale en fonction des capacités. Les art. 2 du Pacte I et de la CDE consacrent tous les deux l'interdiction des discriminations¹⁶¹⁹.

Le droit à l'éducation est particulièrement mis en avant par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en tant que fondement nécessaire à l'autonomisation et principal outil pour des personnes dont le statut est socialement précaire pour s'intégrer à la société¹⁶²⁰. Le CERSC précise en outre que ce droit est applicable à toute personne sans discrimination « y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique »¹⁶²¹.

La Convention de l'ONU relative aux travailleurs migrants va clairement dans le même sens puisqu'elle prévoit à son art. 30 que « [t]out enfant d'un travailleur migrant a le droit fondamental d'accès à l'éducation sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Etat en cause ». Elle ajoute en particulier pour les enfants des migrants en situation irrégulière que « [l'accès aux établissements préscolaires ou scolaires publics ne doit pas être refusé ou limité en raison de la situation irrégulière quant au séjour ou à l'emploi de l'un ou l'autre de ses parents ou quant à l'irrégularité du séjour de l'enfant dans l'Etat d'emploi ».

Au niveau régional, le droit à l'instruction est inscrit à l'art. 2 du Protocole additionnel à la CEDH¹⁶²² : « [n]ul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». Malgré la formulation négative de la disposition, la Cour a précisé qu'il s'agissait bien d'un droit. Si elle a admis que ce droit n'imposait pas d'obligations déterminées pour les Etats en ce qui concerne son contenu et son étendue, la Cour a cependant estimé que l'accès aux établissements scolaires existants devait être garanti et que « [p]our que le "droit à l'instruction" produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un

¹⁶¹⁹ Pour une analyse approfondie du droit à la scolarisation dans le cadre du Pacte ONU I, voir WINTSCH, p. 93 ss.

¹⁶²⁰ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 13*, par. 1.

¹⁶²¹ Idem, par. 34.

¹⁶²² Ce Protocole n'a pas été ratifié par la Suisse, mais par tous les Etats de l'UE à l'exception de Monaco.

bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies »¹⁶²³.

De cette disposition la Cour a par exemple également déduit que le placement des enfants roms dans des classes spéciales n'est pas admissible. Une discrimination fondée sur l'origine ethnique ne peut objectivement et raisonnablement pas se justifier. Dans cet arrêt, la Cour « note avec intérêt que la nouvelle législation a supprimé les écoles spéciales et qu'elle contient des dispositions relatives à l'éducation au sein des écoles ordinaires des enfants ayant des besoins éducatifs spécifiques, dont les enfants socialement défavorisés »¹⁶²⁴.

La Charte sociale européenne révisée demande aux Etats parties de favoriser et faciliter l'enseignement de la langue nationale aux enfants des travailleurs migrants et, dans la mesure du possible, l'enseignement de la langue maternelle du travailleur migrant¹⁶²⁵.

Pour ce qui est des réfugiés en particulier, l'art. 22 de la Convention de Genève prévoit que « [I]es Etats Contractants accorderont aux réfugiés le même traitement qu'aux nationaux en ce qui concerne l'enseignement primaire ». En ce qui concerne l'enseignement à un autre niveau, l'accès aux études, la reconnaissance des certificats et diplômes ou encore les taxes et les bourses d'étude, les Etats devront accorder aux réfugiés un traitement « aussi favorable que possible » et en tous les cas pas moins favorable que celui octroyé aux étrangers en général.

Si le contenu exact du droit à l'éducation n'est pas défini par les instruments internationaux, il importe, pour que cet enseignement ait un sens, qu'il soit être adapté aux enfants des migrants afin de leur permettre de participer rapidement et pleinement à la vie sociale du lieu de séjour. Pour ce faire, des cours de langue sont déterminants pour l'intégration¹⁶²⁶.

Enfin, ce droit devrait couvrir non seulement l'enseignement primaire, mais également l'enseignement secondaire pour tous afin de marquer une certaine cohérence avec l'enseignement obligatoire jusqu'à la fin du secondaire.

¹⁶²³ Arrêt CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 et 2126/64, § 4.

¹⁶²⁴ Arrêt CEDH *D.H. et autres c. République tchèque*, du 13 novembre 2007, requête no 57325/00. § 208. Dans le même sens, voir aussi l'arrêt CEDH *Oršuš et autres c. Croatie*, du 16 mars 2010, requête no 15766/03.

¹⁶²⁵ Art. 19 par. 11 et 12 de la Charte sociale européenne révisée.

¹⁶²⁶ CHOLEWINSKI, p. 41.

3.6.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »

En Suisse, en principe, tous les cantons admettent les enfants des personnes en séjour irrégulier dans les structures scolaires existantes. Le canton de Berne a cependant établi un régime particulier pour ces enfants. Ils ne reçoivent que quelques heures d'enseignement par semaine dans une classe spéciale au motif qu'un tel enseignement est suffisant pour des enfants qui devraient – théoriquement du moins – quitter prochainement le territoire et pour lesquels aucune mesure d'intégration ne serait alors nécessaire. En réalité, ces situations peuvent perdurer des mois, voire des années, et cette solution n'est donc pas satisfaisante.

En Europe, la situation des enfants de migrants en situation irrégulière varie d'un Etat européen à l'autre. Dans certains cas, aucun droit ne leur est formellement reconnu, mais les enfants peuvent tout de même être inscrits dans un établissement scolaire, dans d'autres cas, un droit à l'éducation est garanti, mais ces enfants ne reçoivent pas d'attestation de fin de scolarité ou de diplôme.

La plupart des dispositions internationales prévoient un droit à un enseignement élémentaire gratuit et obligatoire à tous les enfants indépendamment du statut juridique de l'enfant ou de ses parents¹⁶²⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a même précisé dans sa jurisprudence que ce droit inclut également la reconnaissance des études accomplies et l'interdiction de créer des classes spéciales séparées en fonction de l'origine des enfants¹⁶²⁸. Ainsi, un système qui met sur pied un enseignement « moindre », et dans des classes séparées pour les enfants étrangers des personnes en séjour irrégulier, n'est certainement pas compatible avec les obligations internationales.

Par ailleurs, pour qu'il soit effectif, le droit à la scolarisation des enfants de personnes en séjour irrégulier ne doit pas être entravé par des normes ou des procédés administratifs. Il est notamment essentiel que cet accès ne soit en pratique pas *de facto* limité par la dénonciation possible de la famille par le système éducatif. Si l'école est utilisée comme un moyen de pression pour le départ, le droit à l'éducation devient en pratique inaccessible. Sur ce point, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe est très clair : les ruses utilisées envers des enfants pour trouver des étrangers en situation irrégulière sont à proscrire, au risque sinon que les parents n'envoient plus leurs enfants à l'école, ce qui est « indigne et inacceptable mais aussi contraire au droit de ces enfants à l'éducation [...] ». De plus, cela

¹⁶²⁷ Voir dans ce sens les art. 26 DUDH, 13 Pacte ONU I, 26 CDE, 30 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants, 2 du Protocole additionnel à la CEDH et 22 CGE.

¹⁶²⁸ Voir notamment les arrêts CEDH *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 et 2126/64, *D.H. et autres c. République tchèque*, du 13 novembre 2007, requête no 57325/00. § 208 et *Oršuš et autres c. Croatie*, du 16 mars 2010, requête no 15766/03.

risque de s'avérer contre-productif, en poussant ces enfants à l'oisiveté, voire vers des passe-temps plus ou moins licites »¹⁶²⁹.

3.7. Droit à l'assistance, à la sécurité sociale et aux soins

3.7.1. En droit suisse

3.7.1.1. En général

La question de l'« aide sociale » et de l'« aide d'urgence » – désignées avant les modifications de 2005 plus généralement sous le terme d'« assistance » – relève du droit cantonal. La Confédération ne fournit l'aide sociale que tant et aussi longtemps que les personnes séjournent dans un centre d'enregistrement. Dès que les personnes ont été attribuées à un canton, ou dès qu'un canton est désigné pour exécuter le renvoi, la compétence en matière d'assistance lui revient. Cantons et Confédération ont en outre la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, notamment aux œuvres d'entraide¹⁶³⁰.

D'une manière générale, la loi sur l'asile prévoit que les personnes qui séjournent en Suisse en vertu de cette même base légale reçoivent l'aide sociale nécessaire. Sont ainsi concernés par ce régime : les *requérants*, les *réfugiés* au bénéfice de l'*asile* et *admis provisoirement*, les *personnes au bénéfice d'une admission provisoire* et les *personnes à protéger*¹⁶³¹. Il s'agit donc bien d'un droit à une aide, mais qui est toutefois lié à certaines conditions. La première relève de ce qu'on appelle le principe de subsidiarité, à savoir le fait que la personne concernée doit dans un premier temps essayer de subvenir elle-même à ses propres besoins ou par l'aide de tiers qui seraient tenus de le faire en raison d'une obligation légale ou contractuelle. La seconde condition veut que la personne fasse elle-même la demande de l'octroi de l'aide sociale¹⁶³².

L'aide sociale répond à une réglementation différente selon les personnes concernées et peut être divisée en trois catégories fondées sur la « durabilité » du séjour : premièrement, les personnes dont le séjour n'est plus admis (les NEMs et les personnes déboutées) ; deuxièmement, les personnes dont le séjour est limité à une courte durée (les requérants, les personnes admises provisoirement et les personnes à protéger titulaires d'un permis S) et enfin, troisièmement, les personnes dont le séjour est prévu à plus long terme (les réfugiés et les personnes à protéger avec une autorisation de séjour)¹⁶³³.

¹⁶²⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, par. 75.

¹⁶³⁰ Art. 80, ainsi que 82 al. 1 *in inicio* LAsi.

¹⁶³¹ Voir les renvois effectués par les différentes bases légales applicables en la matière et en particulier les art. 86 LEtr, 18 OERE et 82 al. 3 LAsi.

¹⁶³² Art. 81 LAsi.

¹⁶³³ Voir dans ce sens le ch. 1, art. 20 à 30 de l'OA 2.

Ainsi, les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire assortie d'un délai de départ (c'est-à-dire les *NEMs* ainsi que les « *déboutés* ») peuvent être exclues du régime de l'aide sociale. Toutefois, si l'autorité diffère l'exécution du renvoi pour la durée d'une procédure extraordinaire, les requérants déboutés reçoivent tout de même l'aide d'urgence, pour autant qu'ils en fassent la demande¹⁶³⁴. La Confédération verse aux cantons un forfait unique d'environ 6000 francs pour chaque NEM à l'aide d'urgence¹⁶³⁵.

Les *requérants*, les *personnes admises provisoirement* et les *personnes à protéger bénéficiant d'un permis S* reçoivent en principe l'aide sociale sous forme de prestations en nature¹⁶³⁶ et cette aide peut être différente de celle accordée aux résidents suisses¹⁶³⁷. Comme pour les déboutés ou les NEMs, la Confédération rembourse (trimestriellement) aux cantons un forfait global couvrant les dépenses dans le domaine de l'aide sociale pour la durée de la procédure d'asile, de l'admission provisoire ou de la protection temporaire. Pour chaque personne dépendante de l'aide sociale, ce forfait s'élève en moyenne à 51,04 francs et comprend les frais de loyer, les dépenses liées à l'aide sociale et les frais relatifs à l'assurance-maladie (prime, franchise, etc.)¹⁶³⁸. Les frais plus occasionnels, tels que les frais de dentiste ou autres frais médicaux spéciaux, sont remboursés selon l'effectivité des dépenses¹⁶³⁹. En outre, et pour rappel¹⁶⁴⁰, les frais liés à l'aide sociale doivent être remboursés par les requérants d'asile, les personnes à protéger (qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour) et les personnes admises provisoirement¹⁶⁴¹.

Quant aux *réfugiés* (qu'ils aient reçu l'asile ou une admission provisoire¹⁶⁴²) ainsi qu'aux *personnes à protéger titulaires d'une autorisation de séjour*, ils bénéficient d'une situation

¹⁶³⁴ Art. 82 LAsi. Pour plus de détails sur ce point, voir le chiffre suivant consacré à la problématique particulière de l'aide d'urgence.

¹⁶³⁵ Art. 88 al. 1, 4 et 5 LAsi, ainsi que 28 et 29 OA 2.

¹⁶³⁶ Bien que la loi fédérale recommande cette solution « dans la mesure du possible », le canton de Neuchâtel a édicté un arrêté cantonal qui fixe les montants à verser aux requérants d'asile et aux personnes admises provisoirement. Il s'agit par exemple de 300 francs par mois pour un adulte en centre de premier accueil et de 480 francs mensuels pour un adulte hébergé en deuxième accueil (c'est-à-dire en appartement). Art. 2 et 3 de l'arrêté du 29 janvier 2007 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle versée aux requérants d'asile et personnes admises provisoirement, RSN 831.03.

¹⁶³⁷ Art. 82 al. 3 LAsi, ainsi que 86 al. 1 LEtr qui renvoie, pour les personnes admises provisoirement, aux dispositions de la LAsi concernant les requérants d'asile. En pratique, pour le canton de Neuchâtel du moins, cette aide s'élève à la moitié de celle accordée normalement. Voir notamment l'art. 2 de l'arrêté du 4 novembre 1998 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle, RSN 831.02.

¹⁶³⁸ Art. 88 al. 1 et 2 LAsi, ainsi que 20 à 23a OA 2. Voir également les nouvelles propositions de calculs mensuels, FF 2012 4347 qui renvoie notamment à la proposition de modification, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/teilrev_asylv2-vinta-vvwa/entw-asylv2-f.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012).

¹⁶³⁹ NGUYEN, *Droit public des étrangers*, p. 416-417.

¹⁶⁴⁰ Voir ci-dessus le ch. III.2.3.3.2.v).

¹⁶⁴¹ Art. 85 al. 1 LAsi et 88 LEtr.

¹⁶⁴² Dans ce sens, voir les art. 86 al. 1 *in fine* LEtr et 18 OERE. Dans le même sens voir aussi pour le canton de Neuchâtel, la page <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu>

plus favorable et « leur intégration sociale, professionnelle et culturelle sera notamment facilitée »¹⁶⁴³.

Il est admis que les critères retenus pour l'allocation des prestations d'aide sociale à cette catégorie de personnes doivent correspondre à ceux établis pour la population suisse¹⁶⁴⁴. A nouveau, la Confédération verse trimestriellement un forfait aux cantons leur permettant de couvrir les dépenses de l'aide sociale. Ce forfait s'élève en moyenne à 52,94 francs et comprend les aspects du loyer, de l'aide sociale et de l'assurance-maladie¹⁶⁴⁵.

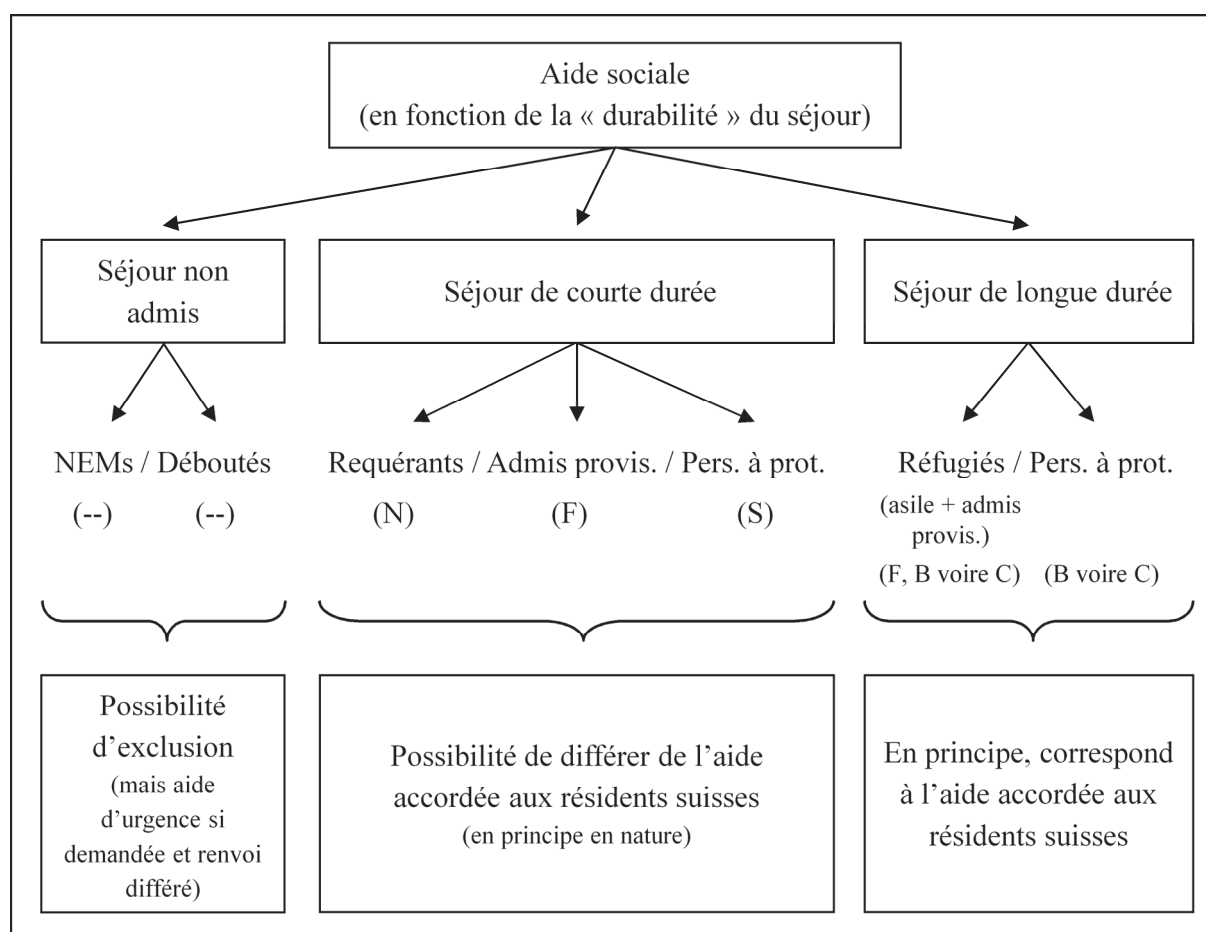


Schéma H : Aide sociale en fonction du statut juridique de la personne

&DocId=31929 (consultation : 6 août 2011) qui renvoie à l'arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle auquel sont soumises ces personnes, RSN 831.02.

¹⁶⁴³ Art. 82 al. 5 LAsi.

¹⁶⁴⁴ Art. 3 OA 2. ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Manuel*, p. 301, 303 et 309. Dans le même sens, ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Handbuch*, p. 383.

¹⁶⁴⁵ Art. 88 al. 1 et 3 LAsi, ainsi que 24 à 27 OA 2. Pour les propositions de nouveaux montants, ainsi que les nouveaux modes de calculs, voir FF 2012 4347 qui renvoie notamment à DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif OA 2, OERE, OIE*, 2012, ainsi qu'à la proposition de modification, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/teilrev_asylv2-vinta-vvwa/entw-asylv2-f.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012).

3.7.1.2. Assurances sociales. En particulier la question de l'assurance-maladie

D'une manière générale, les différentes catégories de personnes concernées par l'asile paient des cotisations aux assurances sociales lorsqu'elles exercent une activité lucrative¹⁶⁴⁶ et peuvent toucher les rentes prévues, parfois à certaines conditions, en fonction de la durée de cotisation par exemple¹⁶⁴⁷. Ce sont en outre les dispositions des lois spéciales en matière d'assurance qui s'appliquent en principe et non pas la LAsi.

En ce qui concerne la question de l'*assurance-maladie*, et plus généralement du droit aux soins, il faut donc se référer en premier lieu à la loi fédérale sur l'assurance-maladie¹⁶⁴⁸ qui prévoit en son article 3 que « [t]oute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie, ou être assurée par son représentant légal, dans les trois mois qui suivent sa prise de domicile ou sa naissance en Suisse ». Ce sont ensuite les cantons qui sont chargés de veiller à ce que l'obligation de s'assurer soit respectée, cas échéant, ils devront affilier toute personne tenue de le faire et qui n'aurait pas donné suite à cette obligation¹⁶⁴⁹.

Dans ce domaine, la question la plus délicate qui se posait jusqu'à peu concernait les *personnes en séjour irrégulier* (en particuliers les NEMs et les autres personnes déboutées de l'asile) puisque, n'ayant pas de domicile légal, il fallait déterminer si elles avaient une obligation d'assurance.

Jusqu'en 2004 la plupart d'entre elles¹⁶⁵⁰ n'étaient souvent pas assurées, de peur que leur statut « illégal » ne soit découvert et bien que les caisses-maladie aient eu l'obligation de les admettre dans l'assurance de base¹⁶⁵¹. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur du Programme d'allègement budgétaire, les NEMs ont été exclus du système de l'aide sociale et cette exclusion a été étendue en 2008, lors de la dernière révision de la loi sur l'asile, à toutes les personnes déboutées de l'asile¹⁶⁵². Dès lors, se posait la question de savoir si les personnes déboutées et les requérants ayant fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière étaient couverts ou non par la LAMal.

Selon PREVITALI et ORCEL, une exception à l'obligation d'assurance de l'art. 3 LAMal est une mesure restrictive grave et une telle restriction doit alors scrupuleusement respecter les règles

¹⁶⁴⁶ Comme pour les Suisses, les cotisations sont dues à l'AVS pour les personnes avec un statut légal.

¹⁶⁴⁷ BERSIER, p. 190 ss

¹⁶⁴⁸ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10.

¹⁶⁴⁹ Art. 6 LAMal.

¹⁶⁵⁰ Une estimation suisse évalue à 80-90% le taux de personnes en situation irrégulière qui ne seraient pas assurées en cas de maladie. PLATE-FORME NATIONALE POUR LES SOINS MEDICAUX DES SANS PAPIERS, p. 4.

¹⁶⁵¹ OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, 2002. Voir aussi ZEUGIN, p. 26, qui renvoie à une circulaire de l'OFSP et de l'OFAS relative aux sans-papiers et à l'assurance-maladie et à l'accès aux soins de santé, du 22 décembre 2002.

¹⁶⁵² Art. 82 al. 1 et 2 LAsi.

constitutionnelles habituelles. En particulier, la disposition prévoyant d'exclure certaines personnes de l'obligation légale de s'assurer doit reposer sur une base légale formelle ; une ordonnance ou une directive ne sauraient en l'occurrence être suffisantes. Le champ d'application personnel, matériel et temporel d'une telle disposition doit en outre être clairement défini. En pratique toutefois, ni la LAsi, ni la LAMal ne contiennent une telle base légale¹⁶⁵³. L'art. 82 al. 1 LAsi ne prévoit en effet que la *possibilité* d'exclure les NEMs et les personnes déboutées de l'*aide sociale* et il revient donc à chaque canton de fixer sa propre politique en la matière. En analysant notamment les travaux préparatoires relatifs à la modification de l'art. 82 LAsi et la jurisprudence rendue au regard de l'art. 12 Cst, ces auteurs concluent que « les cantons ne sont pas autorisés à suspendre purement et simplement l'obligation d'assurance prévue à l'art. 3 LAMal », sous peine de violer le droit fédéral¹⁶⁵⁴. MICCOLI MALHERBE va dans le même sens en ajoutant que la question de l'absence de domicile légal pour les personnes en situation irrégulière n'est pas pertinente, puisque le Code civil prévoit la possibilité pour une personne étrangère de se constituer un domicile volontaire correspondant au lieu où elle réside si « elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse »¹⁶⁵⁵.

En pratique cependant, il semble en aller autrement s'il l'on se réfère notamment aux bases juridiques éditées à l'intention des médecins par l'Académie suisse des sciences médicales et la Fédération des médecins suisses. Ce guide pratique indique en effet que « [I]es requérants d'asile déboutés ou qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière ne sont pas couverts selon la LAMal et n'ont droit qu'à des soins minimaux. [Ils] ne sont plus couverts par l'assurance-maladie depuis la dernière révision de la loi sur l'asile [entrée en vigueur en 2008]. Les cantons doivent uniquement leur assurer des soins médicaux minimaux dans le cadre du minimum vital et reçoivent, pour ce faire, une somme forfaitaire de la Confédération »¹⁶⁵⁶.

Jusqu'à l'été 2011, la situation juridique était donc plutôt confuse : d'un côté, les bases légales formelles semblaient indiquer que les personnes « sans-papiers » devaient être

¹⁶⁵³ PREVITALI, ORCEL, p. 59.

¹⁶⁵⁴ Idem, p. 60. Avec la même opinion, MICCOLI MALHERBE qui affirme que « [I]es questions relatives à l'obligation d'assurance-maladie et aux régimes d'exceptions sont réglées exhaustivement par le droit fédéral. Cela signifie d'une part que les cantons n'ont aucune marge de manœuvre dans la détermination du champ d'application personnel de l'assurance-maladie obligatoire et d'autre part que la soumission à l'assurance-maladie obligatoire doit s'apprécier au regard du champ d'application déterminé par la LAMal uniquement ». MICCOLI MALHERBE, p. 32. Dans le même sens, voir aussi NIDERÖST, § 9 *Sans-Papiers*, p. 399-401.

¹⁶⁵⁵ Art. 24 al. 2 CC. Ce point de vue a aussi été retenu à différentes reprises par la jurisprudence. Voir notamment les ATF 124 II 489, 498, consid. 3f et 129 V 77. MICCOLI MALHERBE, p. 32.

¹⁶⁵⁶ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, FEDERATION DES MEDECINS SUISSES, p. 68. Dans le même sens, voir CONFERENCE SUISSE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SOCIALES, p. 6 : « [e]n règle générale, les personnes tenues de quitter le pays ne doivent pas bénéficier du système suisse d'assurances sociales ».

affiliées auprès d'une assurance-maladie et la directive de l'OFAS de 2002¹⁶⁵⁷ l'affirmait clairement, mais datait toutefois d'avant l'introduction du PAB et les dernières révisions de la loi sur l'asile. De l'autre, la pratique semblait s'éloigner de ces exigences et les assurances-maladie agir d'une manière qui peut paraître douteuse¹⁶⁵⁸. Dans ce cadre pour le moins flou, une Conseillère nationale avait déposé le 25 mai 2009 un postulat visant à éclaircir la situation¹⁶⁵⁹. Dans sa réponse du 2 septembre de la même année, le Conseil fédéral s'était déclaré prêt à préparer un rapport faisant le point de la situation dans les différents cantons.

Sans attendre les clarifications du Conseil fédéral, il convenait déjà de constater que si une personne insolvable n'était pas assurée et qu'elle avait besoin de soins, elle pouvait se rendre dans un hôpital public qui serait contraint de la soigner. Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse de l'art. 12 Cst « englobe également le droit de bénéficier de soins médicaux "nécessaires" »¹⁶⁶⁰, bien que l'ODM ne concède en principe aux personnes au statut irrégulier que des « soins d'urgence » (en cas de maladie ou accident grave), sorte « d'aide à la survie » qui est pourtant en contradiction avec le concept des « soins en cas d'urgence » prévus par la LAMal¹⁶⁶¹. En ce qui concerne le financement de ces prestations, soit l'établissement assume directement les coûts (en les absorbant dans les frais généraux de l'institution ou en ayant constitué des fonds prévus à cet effet), soit ces coûts sont pris en

¹⁶⁵⁷ Voir ci-dessus la note 1651.

¹⁶⁵⁸ ACHERMANN, *Krankenversicherung für Sans-Papiers*, p. 9. Une enquête téléphonique a été menée auprès de dix assureurs maladie vaudois pour leur demander s'ils acceptaient d'affilier les sans-papiers. 60 % y ont répondu favorablement mais « à condition que la personne se présente physiquement au guichet et/ou qu'un tiers se porte garant », 30 % ont catégoriquement refusé et 10 % sont entrés en matière après un rappel de la loi. DABBOUBI NAJIA ET AL., p. 717-718. Plus récemment, plusieurs articles de presse relatent des pratiques très divergentes d'un canton à l'autre. Voir par exemple KOPF, p. 16-17, ainsi qu'un article du journal *Le Temps* qui indique qu'« [e]n Suisse romande, on tend à maintenir l'assurance des personnes dites vulnérables (familles, femmes seules, personnes en traitement), voire, à Genève, à ne la supprimer à personne. Plusieurs cantons alémaniques, comme Zurich et Soleure, excluent tout le monde, à quelques exceptions très restrictives près. Plus fondamentalement, le devoir d'assurance entraîne le droit aux soins. Et les pratiques varient également sur ce point: dans le canton de Vaud, assure Pierre Imhof, les déboutés non assurés ont un accès normal à l'ensemble des soins aux mêmes conditions que les requérants. A Zurich, explique Bea Schwager, du groupe de travail Sans papiers, ils n'y ont droit que de façon restrictive, sur autorisation d'un fonctionnaire sans formation médicale », ARSEVER, *Droit aux soins*, 2008. Pour d'autres articles sur la question, voir : ARSEVER, *Les cantons*, 2008, ainsi que le dossier du journal *Le Courrier* du même jour consacré à cette question.

¹⁶⁵⁹ HEIM BEA, *Sans-papiers. Assurance-maladie et accès aux soins*, du 25 mai 2009, postulat 09.3484. Le postulat a été accepté par le Conseil national le 3 mars 2010. Dans un débat connexe au Conseil des Etats, la députée socialiste Liliane Maury Pasquier avance les chiffres suivants : seulement 10 à 20 % des personnes sans papiers auraient une assurance-maladie. BO CE 2010 838.

¹⁶⁶⁰ MICCOLI MALHERBE, p. 33 qui cite d'autres auteurs.

¹⁶⁶¹ Ceux-ci s'appliquent lorsqu'une prise en charge médicale immédiate est nécessaire, quelle que soit la nature et l'étendue des soins. KOPF, p. 17. En outre, ce sont en principe les responsables des centres d'hébergement qui décident du caractère « urgent » ou non de la situation. TAFELMACHER, p. 58.

charge par les autorités cantonales ou communales dans le cadre de l'aide d'urgence¹⁶⁶². Toutefois, se rendre dans un hôpital entraîne, pour une personne en séjour irrégulier, un risque de dénonciation, ce qui d'une manière indirecte péjore l'accès effectif aux soins¹⁶⁶³.

La situation des bénéficiaires de l'aide d'urgence (c'est-à-dire des NEMs et des déboutés) a finalement été clarifiée. Le Conseil fédéral a modifié, le 1^{er} août 2011 l'ordonnance sur l'assurance-maladie¹⁶⁶⁴ de telle manière à ce que ces personnes se voient appliquer par analogie notamment l'article 82a LAsi. Ainsi, ces personnes sont soumises à l'assurance-maladie obligatoire tant qu'elles n'ont pas quitté la Suisse¹⁶⁶⁵. Cela implique qu'elles doivent pouvoir obtenir les mêmes soins que les Suisses ou les « autres » étrangers. Une réduction du catalogue des prestations à des seuls soins d'urgence serait contraire au principe de l'égalité de traitement garanti par la Constitution¹⁶⁶⁶.

Concernant les *requérants d'asile*, ils sont légalement soumis au même régime que les *personnes à protéger* qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour (c'est-à-dire les personnes à protéger au bénéfice d'un *permis S*), ainsi qu'aux *personnes admises provisoirement*¹⁶⁶⁷ (y compris les *réfugiés admis provisoirement*¹⁶⁶⁸). Ces quatre catégories de personnes sont tenues de s'assurer¹⁶⁶⁹ et sont donc couvertes par l'assurance-maladie obligatoire, mais les cantons peuvent limiter le choix de l'assureur, ainsi que le choix du fournisseur de prestations¹⁶⁷⁰. A Neuchâtel par exemple, il existe des contrats collectifs pour tous les requérants d'asile et les personnes admises provisoirement (*permis F « simple »*)¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶² PLATE-FORME NATIONALE POUR LES SOINS MEDICAUX DES SANS PAPIERS, p. 5. Du point de vue éthique et déontologique, la prise en charge médicale liée au renvoi des requérants déboutés est régie par les directives de l'ASSM de 2002 pour « l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues ». ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, FEDERATION DES MEDECINS SUISSES, p. 68.

¹⁶⁶³ LOCHAK, p. 37-38.

¹⁶⁶⁴ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), RS 832.102.

¹⁶⁶⁵ Pour les modifications de l'OAMal, voir RO 2011 3535 ainsi que OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, 2011.

¹⁶⁶⁶ NIDERÖST, § 9 *Sans-Papiers*, p. 401.

¹⁶⁶⁷ Art. 86 al. 2 LEtr.

¹⁶⁶⁸ L'assimilation des réfugiés admis provisoirement aux autres personnes admises provisoirement découle d'une interprétation *a contrario* de l'art. 86 al. 1 LEtr et plus généralement de la logique introduite par le chapitre 11 de la LEtr relatif à l'admission provisoire. Le canton de Neuchâtel les assimile toutefois aux réfugiés au bénéfice de l'asile sur ce point.

¹⁶⁶⁹ Art. 1 al. 2 OAMal.

¹⁶⁷⁰ Art. 82a al. 1 à 3 LAsi. Le canton de Neuchâtel a par exemple prévu que les requérants ne sont couverts que par l'assurance obligatoire et que le choix de l'assureur, ainsi que du montant de la franchise est exercé par le Service de l'asile et des réfugiés. Voir pour plus de détails, les art. 3 et 4 de la Directive relative à l'assurance-maladie des requérants d'asile, des personnes admises à titre provisoire et des personnes à protéger, du 23 décembre 2005, RSN 132.092. Dans le canton de Vaud, la prise en charge des requérants d'asile « est assurée par un service spécialisé constitué d'infirmières de pratique avancée », ALTHAUS, p. 60. Dans ce sens, voir également l'ATF 133 V 353 (spéc. consid. 4), antérieur à

Pour les *réfugiés au bénéfice de l'asile* (donc avec un permis B ou C), ainsi que pour les *personnes à protéger titulaires d'un permis de séjour* (livret B ou C), la LAsi ne donne aucune précision. L'obligation d'assurance découle donc de la LAMal en tant que *lex generalis*, comme pour toute autre personne domiciliée en Suisse.

3.7.1.3. Allocations familiales

Les *NEMs* ou *personnes déboutées* ne touchent, en théorie, évidemment pas d'allocations pour enfants. Toutefois, dans l'hypothèse où elles travaillent « au noir » ou illégalement, et pour autant que l'employeur les déclare auprès des assurances sociales, elles sont alors assurées et les prestations dues leur seront versées. En principe, les caisses des assurances sociales ne dénoncent pas les personnes au statut irrégulier à la police des étrangers¹⁶⁷².

Les *requérants d'asile* – dont les enfants se trouvent en Suisse – peuvent prétendre à des allocations familiales¹⁶⁷³. En pratique, cela semble toutefois assez peu réaliste. Pour toucher de telles allocations, il faut en effet encore être au bénéfice d'une activité lucrative dépendante¹⁶⁷⁴, ce qui n'est que rarement le cas des requérants, qui ne sont en principe pas autorisés à travailler.

En revanche, le *requérant d'asile* – dont les enfants vivent à l'étranger – ne peut percevoir des allocations que lorsqu'il a été reconnu comme réfugié, admis provisoire¹⁶⁷⁵, personne à protéger ou s'il a obtenu une autorisation de séjour en vertu de l'art. 14 al. 2 LAsi¹⁶⁷⁶. Autrement dit, cela signifie donc que tant que le requérant d'asile a ce statut provisoire, il ne reçoit pas d'allocations pour ses enfants à l'étranger¹⁶⁷⁷. Cependant, dès que sa situation est

l'introduction de l'article 82a LAsi mais qui prévoyait déjà que la restriction du libre choix du fournisseur de prestations était licite.

¹⁶⁷¹ Observation faite par MÜLLER. Voir la note 5 ci-dessus.

¹⁶⁷² <http://www.sans-papiers.ch/site/index.php?id=16&L=4> (consultation : 18 février 2011).

¹⁶⁷³ Cela peut se déduire *a contrario* de l'art. 84 LAsi.

¹⁶⁷⁴ Au sens des art. 11 ss de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales, LAFam. RS 836.2.

¹⁶⁷⁵ Au sens de l'art. 83 al. 3 et 4 LEtr.

¹⁶⁷⁶ Art. 84 LAsi, 6 et 7 OA 2.

¹⁶⁷⁷ Cette suspension du droit aux allocations pour les requérants dont les enfants vivent à l'étranger, prévue par l'article 84 LAsi, est en outre historiquement et « législativement » intéressante, puisque le législateur fédéral a, en 1990, explicitement voulu éluder la jurisprudence du Tribunal fédéral. Celui-ci avait en effet estimé en 1988 (ATF 114 Ia 1) qu'une loi cantonale qui refusait aux seuls requérants d'asile le droit aux allocations familiales pour leurs enfants restés à l'étranger était contraire au principe de l'égalité de traitement de l'art. 4 al. 1 de l'ancienne Constitution. Le Conseil fédéral, dans son message du 4 décembre 1995 relatif à la révision de la loi sur l'asile, avait ainsi proposé que cette disposition soit supprimée, mais le Parlement a malgré tout décidé de maintenir cette disposition dans sa loi sur l'asile de 1998, allant ainsi à l'encontre de la jurisprudence. MAHON, *Les allocations familiales*, p. 1953-1954. Plus généralement, sur les allocations à verser aux « autres » étrangers dont les enfants sont domiciliés à l'étranger, le TF a rendu en 2010 un arrêt dans lequel il estime que l'octroi de telles

« clarifiée » et qu'elle obtient un statut « moins temporaire » (même si cela peut rester très provisoire dans le cas des permis F ou S par exemple), la personne peut bénéficier, pour autant qu'elle travaille et cotise au régime, des allocations pour enfants.

Toutes les autres catégories de personnes (*réfugiés*¹⁶⁷⁸, *admis provisoires et personnes à protéger*) peuvent prétendre à des allocations familiales pour autant que les intéressés exercent une activité lucrative.

3.7.1.4. Particularités de l'aide d'urgence

i) Remarques introductives

Pour les personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière¹⁶⁷⁹, ainsi que pour les personnes déboutées de l'asile depuis le 1^{er} janvier 2008¹⁶⁸⁰, la distinction entre l'aide sociale et de l'aide d'urgence revêt toute son importance.

En effet, si les cantons sont toujours compétents pour octroyer l'aide sociale ou l'aide d'urgence, ils peuvent désormais exclure du régime de l'aide sociale toutes les personnes « frappées d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ a été imparti »¹⁶⁸¹. La loi n'impose pas aux cantons d'exclure toutes ces personnes de l'aide sociale, mais leur laisse la possibilité de le faire. En pratique toutefois, « à part quelques cas rarissimes, l'exclusion est appliquée systématiquement par les cantons qui préfèrent oublier la marge de manœuvre que leur donne la loi fédérale »¹⁶⁸². Ce procédé est motivé à mon sens par deux raisons claires : la première est financière et la seconde relève plus de la politique migratoire.

Les cantons n'ont aucun intérêt (financier du moins) à continuer à verser une aide sociale aux personnes déboutées puisqu'ils ne seront remboursés par la Confédération que pour le minimum accordé à titre d'aide d'urgence¹⁶⁸³. La différence entre le montant de l'aide d'urgence et celui de l'aide sociale reposerait alors sur eux seuls.

En outre, supprimer toute aide sociale aux requérants déboutés est une mesure qui vise le même objectif qu'une décision de non-entrée en matière. Si les décisions de non-entrée en

allocations peut être soumis à certaines exigences, notamment à la condition que la Suisse ait conclu un accord avec le pays en question. ATF 136 I 297.

¹⁶⁷⁸ Le TF a en outre précisé qu'il n'existait pas de différence sur ce point entre les réfugiés au bénéfice de l'asile et ceux au bénéfice d'une admission provisoire. Les deux « groupes » de réfugiés ont droit à des allocations au même titre que des personnes suisses. ATF 135 V 94, consid. 4.

¹⁶⁷⁹ Depuis le 1^{er} avril 2004. Voir notamment FF 2003 5091, 5166 ss et RO 2004 1633.

¹⁶⁸⁰ Art. 82 al. 1 et 2 LAsi et RO 2006 4745, 4753.

¹⁶⁸¹ Art. 82 al. 1 LAsi.

¹⁶⁸² BRUTSCH, p. 3.

¹⁶⁸³ Art. 28 à 30 OA 2.

matière ont avant tout pour but d'accélérer la procédure et le traitement des demandes d'asile, la suppression de l'aide sociale a quant à elle pour dessein d'accélérer le départ de Suisse. En d'autres termes, « couper les vivres »¹⁶⁸⁴ de la personne concernée est une mesure incitative pour qu'elle quitte le pays au plus vite¹⁶⁸⁵.

Sur cette question de l'exclusion de l'aide sociale des NEMs et autres personnes déboutées, le Comité du Conseil économique et social des Nations Unies s'est dit « préoccupé ». Il a ainsi recommandé à la Suisse « de fournir à toute personne vivant sur son territoire une aide sociale au lieu d'une aide d'urgence, à titre d'ultime filet de sécurité sociale. Il lui recommande aussi de fixer des normes communes pour l'accès et le droit à l'aide sociale »¹⁶⁸⁶.

ii) Aide d'urgence au niveau constitutionnel

Bien que « couper les vivres » soit considéré comme un acte incitant clairement la personne concernée à quitter la Suisse, il n'est cependant – et heureusement – pas possible de supprimer tout moyen de subsistance aux personnes déboutées. La Constitution prévoit en effet un minima en deçà duquel il n'est pas possible d'aller.

Le droit fondamental à obtenir de l'aide dans des situations de détresse ou, autrement dit, le droit à des conditions minimales d'existence est consacré par l'art. 12 Cst et a la teneur suivante : « [q]uiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ».

Historiquement¹⁶⁸⁷, ce droit au minimum vital a tout d'abord été proclamé par la doctrine (sans toutefois que celle-ci réussisse à se mettre d'accord sur l'article constitutionnel auquel le rattacher) puis il a été reconnu, en tant que droit fondamental non écrit par le Tribunal fédéral¹⁶⁸⁸. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait alors estimé que le droit à des conditions minimales d'existence comprend notamment le logement, la nourriture, les vêtements et les soins médicaux de base ou autrement dit « ce qui est nécessaire pour assurer une survie décente afin de ne pas être abandonné à la rue et réduit à la mendicité »¹⁶⁸⁹. Le Tribunal ne donne en revanche pas de détail quant au montant des prestations ni quant à leur nature ; l'aide peut aussi bien être fournie en espèces qu'en nature, mais doit « se poursuivre aussi

¹⁶⁸⁴ Expression empruntée à NGUYEN, *Droit d'asile. Le labyrinthe juridique*, p. 38.

¹⁶⁸⁵ Sur cette question, voir en général le récent ouvrage de POVLAKIC, *Suppression de l'aide sociale*. Pour des exemples d'autres mesures « décourageantes » relatives aux conditions de vie et de séjour appliquées aux NEMs (telles que la situation géographique des centres d'hébergement), voir TAFELMACHER, p. 58.

¹⁶⁸⁶ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3, par. 12.

¹⁶⁸⁷ Pour un regard historique sur l'art. 12 Cst, voir SCHMIDT, p. 17 ss.

¹⁶⁸⁸ ATF 121 I 367.

¹⁶⁸⁹ ATF 135 I 119, consid. 5.3 *in fine* qui renvoie à l'ATF 121 I 367, consid. 2c.

longtemps que la personne concernée remplit les conditions d'application de cette disposition, soit durant toute la période nécessaire à la préparation et à l'exécution de son départ de Suisse »¹⁶⁹⁰. En outre, le caractère minimal de l'art. 12 Cst a pour conséquence que les législateurs fédéral, cantonal ou communal sont libres de fixer des prestations supérieures s'ils le souhaitent¹⁶⁹¹.

En tant que droit social, l'art. 12 Cst implique une prestation positive de l'Etat. Ce droit est toutefois subordonné à deux conditions. Il faut tout d'abord que la personne qui requiert la prestation se trouve dans une situation de détresse et, en vertu du principe de subsidiarité, qu'elle ne puisse pas subvenir à son propre entretien.

En outre, le canton peut fixer certaines conditions supplémentaires pour le versement des prestations, mais celles-ci doivent uniquement avoir pour but l'exercice correct du droit aux prestations. Il est donc possible pour le canton d'imposer au bénéficiaire de venir percevoir en personne l'aide octroyée. En revanche, exiger de lui qu'il collabore activement à son départ de Suisse ne peut être une condition requise pour le versement des prestations¹⁶⁹².

Puisque ce sont les cantons qui sont compétents pour l'octroi de l'aide d'urgence, ils sont libres d'en fixer le montant et la forme. Toutefois, seule la base « constitutionnelle » déduite de l'art. 12 Cst sera remboursée aux cantons par la Confédération, ce qui a pour conséquence générale qu'un montant supérieur au minimum exigé par le droit constitutionnel n'est que très rarement octroyé¹⁶⁹³. Par ailleurs, les prestations sont généralement accordées en nature (nourriture, logement basique, vêtements, etc.) et non sous forme pécuniaire, de manière à encourager le départ de la Suisse¹⁶⁹⁴. Dans une logique analogue, et même si l'aide versée doit être évaluée en fonction des besoins concrets de chaque individu, les *NEMs* et les *personnes déboutées* reçoivent en principe une aide d'urgence inférieure à l'aide sociale accordée aux *requérants d'asile*¹⁶⁹⁵.

iii) Aide d'urgence au niveau légal

La question de l'aide d'urgence en matière de droit d'asile est concrétisée par l'art. 82 LAsi. Outre le fait que ce domaine relève de la compétence cantonale, le législateur fédéral a articulé son système relatif à l'aide sociale et à l'aide d'urgence sur trois niveaux.

¹⁶⁹⁰ MALINVERNI, HOTTELIER, p. 1353.

¹⁶⁹¹ SCHMIDT, p. 18.

¹⁶⁹² ATF 131 I 166, consid. 4.4 et 4.5.

¹⁶⁹³ TAFELMACHER, p. 57 ; BRUTSCH, p. 3.

¹⁶⁹⁴ Voir par exemple l'al. 3 de l'art. 82. L'al. 4 va dans le même sens : les prestations de l'aide d'urgence peuvent être octroyées en nature ou sous forme de prestations pécuniaires journalières. Cette seconde option très contraignante implique nécessairement un caractère incitatif à quitter ce système et *a fortiori* la Suisse.

¹⁶⁹⁵ ATF 131 I 166, consid. 8.2.

Le premier concerne les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire (donc *non-entrées en matière* et *personnes déboutées de l'asile*). En vertu des al. 1 et 2, elles peuvent être exclues du régime de l'aide sociale lorsqu'un délai de départ leur a été communiqué, mais peuvent alors, sur demande, lorsque l'exécution du renvoi est repoussée, recevoir l'aide d'urgence.

Le deuxième « niveau » s'adresse aux requérants d'asile et aux personnes à protéger qui n'ont pas d'autorisation de séjour, mais qui sont donc au bénéfice d'un permis S. Ces catégories de personnes peuvent prétendre à une aide sociale, dans la mesure du possible sous la forme de prestations en nature, qui peut en outre différer de celle qui serait accordée aux Suisses¹⁶⁹⁶.

Enfin, le troisième « niveau » s'applique aux réfugiés (asile et admis provisoire), ainsi qu'aux personnes à protéger avec une autorisation de séjour, à savoir un permis B. Au vu de la loi, la situation de ces personnes n'est de loin pas claire puisque l'al. 5 prévoit que leur « situation particulière [...] sera prise en considération » et que « leur intégration sociale, professionnelle et culturelle sera notamment facilitée ». Il n'est donc pas explicitement dit si, et dans quelle mesure, cette catégorie bénéficie de l'aide sociale. En comparaison avec les autres « groupes » de personnes mentionnées ci-dessus, il semble évident qu'en raison de leur situation « durable », ces personnes auront droit à une aide sociale plus importante, mais il faut toutefois aller chercher dans l'ordonnance sur l'asile relative au financement pour confirmer cette hypothèse et constater qu'elles ont droit à des prestations d'aide sociale aux mêmes conditions que les Suisses¹⁶⁹⁷.

Autre particularité découlant de cet article 82 LAsi, dont l'articulation et la formulation laissent songeur en matière de clarté, l'al. 4 prévoit que l'aide d'urgence est accordée soit en nature, soit sous forme de prestations pécuniaires journalières au lieu désigné par les cantons. Il est encore précisé que « le paiement peut être limité aux jours de travail ». Cette affirmation pourrait soit être comprise dans le sens que le montant fixé peut être distribué sur cinq jours plutôt que sept, soit que le montant d'une prestation journalière n'est multiplié que par 5 au lieu de 7. Bien que le message ne donne aucune précision à ce sujet, c'est toutefois la première interprétation qui doit prévaloir, puisqu'il s'agit certainement de motifs pratiques (jours d'ouverture des guichets administratifs) qui ont conduit à adopter cette disposition. La pratique du canton de Neuchâtel vient en outre confirmer ce point de vue puisque le montant de l'aide d'urgence est fixé à 8 francs par jour, mais que ce sont en pratique 80 francs qui sont distribués tous les 10 jours.

¹⁶⁹⁶ Dans le canton de Neuchâtel du moins, cette aide s'élève à la moitié de celle accordée normalement. Comparer l'art. 2 de l'arrêté du 4 novembre 1998 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle, RSN 831.02 avec l'art. 3 de l'arrêté du 29 janvier 2007 fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle versée aux requérants d'asile et personnes admises provisoirement, RSN 831.03.

¹⁶⁹⁷ Art. 3 OA 2.

Enfin, l'art. 83a LAsi précise que les personnes concernées par l'aide d'urgence, à savoir les NEMs et les personnes déboutées, doivent collaborer à l'exécution de la décision de renvoi exécutoire, ainsi qu'à l'enquête servant à déterminer si les conditions d'octroi de l'aide d'urgence sont remplies. Comme cela a été précisé par la jurisprudence, cet article, malgré son intitulé, ne pose cependant pas de conditions à l'obtention d'une aide d'urgence et le minimum prévu par l'art. 12 Cst ne peut ainsi être ni limité, ni supprimé au motif que la personne considérée ne participerait pas à la procédure de renvoi notamment¹⁶⁹⁸.

iv) Aide d'urgence au niveau jurisprudentiel

La question de l'aide d'urgence étant définie succinctement par la Constitution et de manière peu explicite par la loi sur l'asile, la jurisprudence fédérale dans ce domaine revêt toute son importance.

Le premier arrêt clé dans le domaine date de 1995¹⁶⁹⁹. Rendu sous l'empire de l'ancienne Constitution, cet arrêt reconnaissait le droit à des conditions minimales d'existence comme un nouveau droit fondamental non-écrit. Le Tribunal fédéral rattache alors ce droit à la dignité humaine, au droit à la vie et au principe d'égalité (dans le sens où il est nécessaire d'avoir un minimum d'équité matérielle)¹⁷⁰⁰. Dans cet arrêt, le TF estime que le précepte d'humanité et le devoir inhérent à tout Etat moderne impose à l'Etat de protéger contre la déchéance physique les personnes qui se trouvent sur son territoire. En outre, le TF rappelle qu'il ne s'agit pas de garantir un revenu minimal, mais d'assurer ce qui est indispensable à l'existence humaine et qui permet d'éviter une mendicité indigne. Cet arrêt a enfin eu l'avantage de reconnaître la titularité de ce droit aux étrangers¹⁷⁰¹.

Un an plus tard, le TF se prononce sur l'éventuelle possibilité, pour les autorités cantonales, de retirer les prestations d'assistance aux requérants d'asile déboutés¹⁷⁰². Le Tribunal décide

¹⁶⁹⁸ Dans ce sens, voir le commentaire de l'ATF 131 I 166, in RDAF 2006 I 504, 521.

¹⁶⁹⁹ ATF 121 I 367. Il s'agissait de trois frères originaires de Tchécoslovaquie et vivant en Suisse depuis 1980 en tant que réfugiés. Quelques années plus tard, ils sont condamnés à une peine privative de liberté et à être expulsés de Suisse pour trois ans. Moins d'un an après l'expulsion, les trois frères reviennent illégalement en Suisse. Suite à des changements politiques dans leur pays, ils ont perdu leur nationalité et une nouvelle expulsion est dès lors impossible si les intéressés ne demandent pas à être réintégrés dans leur droit de cité, ce qu'ils ne font pas. Le canton concerné par l'affaire, Berne, leur refuse l'assistance sociale estimant – à tort selon le TF – que les trois frères avaient maintenu de manière intentionnelle leur situation d'indigence, ce qui constituerait un abus de droit. Ils auraient en effet pu, selon le canton, demander leur réintégration et retourner dans leur pays pour y exercer une activité lucrative. Le TF a cependant constaté que les recourants ne pouvaient pas subvenir à leurs besoins parce qu'ils avaient l'interdiction d'exercer une activité lucrative en Suisse et que leur indigence était donc la conséquence du fait qu'ils ne pouvaient ni être expulsés, ni travailler. L'abus de droit n'est ainsi pas retenu par le TF.

¹⁷⁰⁰ Idem, consid. 2b *in fine*.

¹⁷⁰¹ Idem, consid. 3a.

¹⁷⁰² ATF 122 II 193.

alors d'appliquer le système de restriction des droits fondamentaux de l'(actuel) article 36 Cst. Il juge dans cet arrêt qu'un retrait complet des prestations d'assistance est une atteinte à un droit fondamental qui doit notamment reposer sur une base légale¹⁷⁰³ et respecter le principe de la proportionnalité. En l'occurrence et bien que le requérant ait commis des actes contraires au droit (dommages matériels dans le centre d'hébergement et violence à l'égard d'un autre requérant) – actes qui peuvent conduire à la réduction des prestations d'assistance –, le TF a estimé que la condition de la proportionnalité n'était pas remplie, parce que le retrait des prestations n'était pas limité dans le temps. D'autres mesures moins graves, comme la suppression de l'argent de poche ou d'autres prestations, auraient en outre pu être prises¹⁷⁰⁴.

Le 18 mars 2005, alors que la question de la suppression de l'aide sociale pour toutes les personnes déboutées de l'asile était justement débattue au sein des Chambres fédérales et que le Conseil des Etats acceptait une proposition Inderkum allant jusqu'à supprimer l'aide – d'urgence, cette fois – à toute personne dont le renvoi était exécutoire¹⁷⁰⁵, le TF a rendu un arrêt qui a eu une influence indiscutable sur le cours de la loi sur l'asile dans ce domaine¹⁷⁰⁶. Dans son arrêt 131 I 166¹⁷⁰⁷, le TF a ainsi affirmé que supprimer l'aide d'urgence aux personnes déboutées de l'asile n'était pas conforme à l'art. 12 Cst puisque cette mesure toucherait au noyau intangible de ce droit. Lors de la session parlementaire de septembre, le Conseil national décidait donc de ne pas garder la proposition Inderkum¹⁷⁰⁸.

En outre, dans cet arrêt, et contrairement à ce qu'il avait affirmé dans l'arrêt 122 II 193, le TF renonce à appliquer le mécanisme de l'art. 36 Cst à l'art. 12 Cst¹⁷⁰⁹. Il estime que la sphère de protection et le noyau dur du droit fondamental se recoupent complètement et qu'ainsi il n'est pas possible d'effectuer de restriction. En revanche, le TF a confirmé qu'effectuer une distinction entre l'aide sociale et l'aide d'urgence respectait la Constitution.

Enfin, cette jurisprudence a aussi permis de rappeler que les cantons sont libres d'introduire des conditions ou des charges spécifiques relatives à l'octroi des prestations pour autant que ces conditions ne visent que l'exercice de ce droit aux prestations. Les cantons peuvent donc

¹⁷⁰³ Idem, consid. 2c.

¹⁷⁰⁴ Idem, consid. 3b.

¹⁷⁰⁵ Proposition d'un article 83bis, BO CE 2005 360 ss. Voir ci-dessus, la note 1240.

¹⁷⁰⁶ Cet arrêt a confirmé, dans les grandes lignes, un avis de droit rendu par l'Office fédéral de la justice quelques jours plus tôt. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 2008 I.

¹⁷⁰⁷ Il s'agissait ici du cas d'un requérant qui reçoit une décision de non-entrée en matière. Il ne quitte pourtant pas la Suisse et reçoit du canton de Soleure, pendant cinq jours, une prestation d'aide d'urgence s'élevant à 21 francs par jour. Les autorités soleuroises lui annoncent ensuite qu'elles supprimeront cette aide d'urgence s'il ne collabore pas efficacement à son renvoi dans son pays d'origine. Le requérant recourt contre cette décision estimant qu'elle ne respecte pas l'art. 12 Cst et obtient gain de cause auprès du TF.

¹⁷⁰⁸ BO CN 2005 1180 ss.

¹⁷⁰⁹ ATF 131 I 166, consid. 5.

par exemple obliger l'intéressé à venir chercher en personne la somme allouée¹⁷¹⁰, ce qui n'est parfois pas sans conséquence pour la personne concernée qui, lorsqu'elle est en situation irrégulière, peut se voir arrêtée à ce moment-là par la police des étrangers¹⁷¹¹. Les cantons ne peuvent cependant pas lier le droit aux prestations à une collaboration active de la personne déboutée à son renvoi¹⁷¹². Ainsi, le TF a précisé que lorsqu'un requérant débouté demande une aide sociale ou une aide d'urgence, sans toutefois collaborer à son renvoi, il ne commet pas un abus de droit¹⁷¹³.

Encore dans cet arrêt, le Tribunal s'est prononcé sur le montant de 21 francs par jour accordé au recourant. Cette somme comprend 8 francs attribués à la nourriture et à l'hygiène et 13 francs pour le logement. Le TF est d'avis que des prestations tout à fait minimales remplissent le but de l'aide d'urgence qui est d'inciter les personnes concernées à partir, mais qu'un « plancher » – celui de la dignité humaine – doit toutefois être respecté et qu'ainsi il ne peut être dérogé aux prestations relatives à l'intégrité physique. Malgré ces considérations, le Tribunal est d'avis que les montants discutés ici respectent la Constitution¹⁷¹⁴. La notion du « plancher minimal » en dessous duquel la dignité humaine ne serait plus respectée est primordiale. En considérant que 8 francs par jour suffisent pour nourrir un homme et satisfaire à ses besoins d'hygiène, le TF admet que ce seuil soit très bas¹⁷¹⁵. Dans l'évaluation par les cantons des montants à allouer, il est cependant essentiel que les besoins des personnes particulièrement vulnérables soient scrupuleusement pris en compte. A titre de « contre-exemple », il convient de mentionner le cas d'une mère et de son fils en bas âge, originaires d'Ethiopie et ne possédant pas de papiers d'identité, qui reçoivent 12 francs par jours pour manger et acheter ce qui est nécessaire pour leur quotidien, à savoir notamment les couches de l'enfant. Ce cas est particulièrement frappant et conduit à se demander si le plancher de la

¹⁷¹⁰ Idem, consid. 8.

¹⁷¹¹ Dans ce sens, voir par exemple une information de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers qui relate qu'il y a eu, à fin 2010, plusieurs arrestations (en vue d'effectuer ensuite des renvois) de requérants d'asile déboutés à l'Office cantonal de la population, alors que ceux-ci venaient faire signer l'attestation leur permettant ensuite de percevoir l'aide d'urgence. ODAE-ROMAND, brève du 4 novembre 2010. Ce procédé conduit inévitablement les personnes concernées à sortir « du système » et à renoncer à obtenir l'aide d'urgence nécessaire à leur survie. En d'autres termes, c'est un moyen efficace pour, d'une part diminuer le nombre de personnes à l'aide d'urgence (soit par le renvoi, soit indirectement par le passage à la clandestinité) et d'autre part, dresser un bilan satisfaisant par les autorités des effets de l'aide d'urgence (sur ce dernier point, voir ci-dessous le ch. IV.4.3.1).

¹⁷¹² ATF 131 I 166, consid. 4.4 et 4.5.

¹⁷¹³ Idem, consid. 6.

¹⁷¹⁴ Idem, consid. 7.

¹⁷¹⁵ D'autant plus dans les cas où le centre d'hébergement est géographiquement très éloigné des centres urbains, qu'il ne dispose pas de petit magasin et que la personne doit, avec ces mêmes 8 francs, également payer les transports publics pour pouvoir aller acheter ses aliments. Dans un autre cas soleurois, le trajet coûtait en l'occurrence 11 francs. TAFELMACHER, p. 58.

dignité humaine énoncé par le TF est effectivement respecté et si le droit de tout enfant à un « niveau de vie suffisant »¹⁷¹⁶ imposé par le droit international n'est pas méprisé¹⁷¹⁷.

Dans un arrêt de 2009 relatif au contenu de l'aide d'urgence, le TF confirme que les prestations relatives au logement et à la nourriture doivent en principe être octroyées en nature ou, en tous les cas, être « préférées aux prestations en espèce [parce qu']elles en facilitent la distribution et l'utilisation d'une manière conforme à leur but »¹⁷¹⁸. Le requérant demandait en outre à ce que des prestations « complémentaires » lui soient versées à titre d'argent de poche. La Cour cantonale vaudoise, qui s'est penchée sur cette affaire avant le TF, avait confirmé que d'autres prestations de première nécessité, permettant au requérant de communiquer avec ses proches par lettres ou éventuellement par téléphone, devaient être garanties. Selon la Cour cantonale, il suffit pour ce faire que « l'aide allouée en nature pendant une longue période permette par la fourniture de moyens matériels adéquats de nouer ou d'entretenir des relations personnelles »¹⁷¹⁹.

Sachant que l'aide d'urgence de l'art. 12 Cst est en principe censée n'être qu'un « filet de protection temporaire »¹⁷²⁰, mais qu'en réalité cette situation perdure souvent pendant des années pour les personnes relevant du domaine de l'asile¹⁷²¹, la question qui se pose est la suivante : est-ce que l'aide d'urgence prévue par l'art. 12 Cst, qui doit assurer une existence décente, ne devrait pas, dans des situations particulièrement longues, également « satisfaire, même de façon très restreinte, des besoins sociaux psychiques et immatériels élémentaires de la vie quotidienne, comme par exemple se rendre dans un café, acheter des cigarettes ou un journal, emprunter un moyen de transport public de proximité ou encore établir des contacts par téléphone avec ses proches ? »¹⁷²². Le Tribunal fédéral, tout en donnant la position de différents auteurs, estime que la question peut en l'occurrence rester ouverte (parce que le

¹⁷¹⁶ Art. 27 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

¹⁷¹⁷ Pour un descriptif complet du cas, voir BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 101.

¹⁷¹⁸ ATF 135 I 119, consid. 6.

¹⁷¹⁹ Idem, consid. 7.1.

¹⁷²⁰ MAHON, *Ad art. 12*, p. 120.

¹⁷²¹ Ce que, paradoxalement, le TF reconnaît dans cet arrêt, consid. 7.3. Dans ce cas, le recourant est à l'aide d'urgence depuis plus de quatre ans. Pour une autre illustration de « séjour durable » à l'aide d'urgence, voir le cas d'un « NEM » originaire du Congo qui est soumis à l'aide d'urgence depuis plus de cinq ans. Il loge dans un foyer du canton de Fribourg, n'a pas le droit de travailler (aucun programme d'occupation n'est mis sur pied par les autorités) et reçoit 10 francs par jour (qu'il va chercher chaque semaine auprès de la police, puis du service de la population et des migrants) pour se nourrir. Il n'a pas de papiers d'identité et ne peut ainsi pas rentrer dans son pays d'origine. Il a en outre deux enfants nés d'une mère suisse. ODAE-ROMAND, cas 081. Pour un autre exemple, moins long (un an et demi au moment de la rédaction du cas), mais appliqué à une personne de 63 ans, voir BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 114.

¹⁷²² ATF 135 I 119, consid. 7.3.

recourant aurait la possibilité de participer à des programmes d'occupation au sein du centre d'hébergement contre une mince rémunération : 300 francs par mois).

S'il est regrettable que le TF n'ait pas daigné prendre position clairement sur la question, il convient de souligner que les auteurs cités semblent, en majorité, pencher en faveur de prestations d'aide d'urgence comprenant de l'argent de poche dans les cas où la situation d'aide d'urgence tendrait à se prolonger¹⁷²³. A mon sens, pour respecter l'esprit de l'art. 12 Cst, et non seulement sa lettre, il est effectivement nécessaire d'inclure une prestation de ce type, même si elle doit être « mince »¹⁷²⁴. Empêcher purement et simplement, durant des années, des personnes d'avoir un minimum de vie sociale revient à ne pas leur laisser la possibilité de mener une vie décente et humainement digne. Bien évidemment, le but d'éloigner le plus rapidement possible les personnes concernées de la Suisse et de ne pas les inciter à continuer leur séjour reste pertinent au regard du droit des étrangers tel qu'il est énoncé actuellement, mais il ne suffit pas à justifier un séjour dans de telles conditions.

¹⁷²³ S'expriment en faveur de prestations d'urgence comprenant de l'argent de poche : AMSTUTZ, *Das Grundrecht*, p. 271 (« Daraus fliesst die Forderung, dass einer unterstützungsbedürftigen Person über den unmittelbar notwendigen Lebensunterhalt zur Deckung physischer Existenzbedürfnisse sowie die punktuelle, einzelfallbezogene Gewährung von bestimmten materiellen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung hinaus ein *minimaler, frei verfügbarer Bargeldbetrag* zuzusprechen ist » [l'auteure souligne]). ; AMSTUTZ, *Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen*, p. 34 et 37 (défendant le droit à obtenir de l'argent de poche au nom de la « liberté de décision » : « Auch Asylsuchenden ist jedenfalls ein Kernbereich persönlicher Entscheidungsfreiheit in der eigenen wirtschaftlichen und sozialen Lebensgestaltung zuzugestehen, was [...] die sanktionsweise Leistungskürzung durch Verweigerung *jeglichen Taschengelds* verbietet », p. 34 [l'auteure souligne]) ; GEISER, p. 812 (« Die Menschenwürde gebietet ein Mindestmass an wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit, im Sinne der freien Verfügung über ein Taschengeld ») ; dans le même sens, mais un peu moins catégorique : TSCHUDI, par. 31 (« Dem Beschwerdeführer stehen somit keine Mittel zu, um am sozialen Leben teilhaben zu können. Dies ist insoweit nicht zu beanstanden, als der Aufenthalt in der Schweiz unter dem Status NEE von relativ kurzer Dauer ist. Dauert es länger, bis die Ausreise aus der Schweiz vollzogen werden kann, ist im Lichte des Individualisierungsgrundsatzes zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer mehr Mittel und in anderer Form auszurichten sind ») ; voir aussi GÄCHTER, p. 144 (« Ein menschenwürdiges Dasein ohne die Möglichkeit, in minimalem Umfang am gesellschaftlichen Umfeld teilhaben zu können, und ohne Schutz vor der Gefahr, dabei als bedauernswerte "Bettelexistenz" ausgegrenzt zu sein, ist nach dem in der Schweiz vorherrschenden Verständnis der Menschenwürde kaum denkbar ») ; WOLFFERS, p. 141 (« Der frei verfügbare Betrag ist eine Pauschale zur Befriedigung individueller Bedürfnisse »). Y est en revanche ouvertement opposé : WALDMANN, p. 356 (« Ein Teil der Lehre leitet aus Art. 12 BV - unter Berufung auf das Bild des Menschen als soziales Wesen - auch einen Anspruch auf minimale Mittel zur sozialen Integration ab. Dieser Auffassung kann m.E. aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden : Zum einen führt sie zu einer Vermengung mit der Sozialhilfe, die neben der reinen Existenzsicherung auch die gesellschaftliche Eingliederung bezweckt. Zum andern wird dabei übersehen, dass es keinen Sinn macht, soziale Integration dort zu fördern, wo sie rechtlich gar nicht gewollt ist »).

¹⁷²⁴ Il faut cependant faire attention qu'elle ne devienne pas non plus qu'une prestation symbolique ne servant en pratique à rien : « Dieses "Taschengeld" [...] muss so bemessen sein, dass es faktisch nicht zur leeren Symbolik verkommt », AMSTUTZ, *Das Grundrecht*, p. 271.

3.7.2. En droit européen

Les Etats membres sont responsables d'assurer un niveau de vie adéquat pour la subsistance et la santé des *requérants d'asile*. Cependant, en raison du principe de subsidiarité, l'attribution de prestations ne se fait que si le demandeur ne dispose pas des moyens suffisants pour subvenir lui-même à ses propres besoins¹⁷²⁵. Si ce n'est pas le cas, les requérants doivent avoir accès à ce que la directive 2003/9/CE appelle les « conditions matérielles d'accueil ». Ces conditions concernent le logement, la nourriture et l'habillement, ainsi qu'une allocation journalière.

Les trois premières prestations peuvent être octroyées en nature, sous forme d'allocation financière ou de bons. Il a cependant été constaté que lorsque les conditions d'accueil étaient fournies en nature, elles étaient en principe suffisantes, alors qu'il n'en va pas de même pour les prestations financières. Les montants sont très souvent minimes et ne correspondent en rien à ceux octroyés aux ressortissants des Etats membres en tant qu'aide sociale minimale¹⁷²⁶. Le pays qui semble être le plus généreux est la Finlande qui accorde 300 euros par mois en plus d'un logement. En France, les requérants qui ne sont pas hébergés dans des centres d'accueil ont droit à environ 310 euros par mois. L'Autriche accorde 180 euros par mois plus 80 euros par enfant. La législation italienne prévoit un forfait unique de 800 euros et celle de la République tchèque un forfait de 600 euros. La Grèce arrive en queue de liste, puisqu'elle n'accorde aucune allocation¹⁷²⁷. La Belgique connaît un système « mixte » qui allie prestations en nature et bons. La nourriture peut soit être servie directement dans les réfectoires des centres, soit être « fournie » à travers des bons et les requérants cuisinent alors eux-mêmes. Dans la plupart des centres, des habits de seconde main sont mis à disposition gratuitement et une allocation journalière – une sorte d'argent de poche – est également prévue. Le montant hebdomadaire est fixé à 6.50 euros pour un adulte (le même montant est octroyé à un enfant scolarisé de 12 ans et plus ; les plus jeunes ou les enfants non scolarisés touchent 3,80 euros par semaine)¹⁷²⁸.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

En ce qui concerne les montants alloués, la proposition de refonte de la directive 2003/9/CE va plus loin que ce qui est prévu jusqu'à présent, puisqu'elle « oblige les États membres à prendre en considération le niveau de l'aide sociale qu'ils accordent à leurs propres ressortissants lorsqu'ils octroient une aide financière aux

¹⁷²⁵ Art. 13 de la directive 2003/9/CE en lien avec l'art. 2, let. j de la même directive.

¹⁷²⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final, p. 6.

¹⁷²⁷ VINCENT, 2010.

¹⁷²⁸ AMARELLE, NGUYEN, p. 195.

demandeurs d'asile » et qu'un traitement moins favorable ne peut être accordé que dans des cas « dûment justifiés »¹⁷²⁹.

En ce qui concerne le droit aux soins, les demandeurs d'asile bénéficient des soins médicaux nécessaires, qui comprennent « au minimum, les soins urgents et le traitement essentiel des maladies »¹⁷³⁰. En pratique, l'accès aux soins varie donc d'un Etat à l'autre : la Suède n'octroie que les soins d'urgence, la Grèce garantit aussi un accès aux soins mais sans prise en charge financière, alors que la France prévoit une couverture maladie universelle pendant toute la période d'examen du dossier et que l'Autriche garantit une prise en charge des requérants d'asile qui est équivalente à celle des Autrichiens¹⁷³¹. La Belgique prévoit par ailleurs un « droit à un accompagnement médical » qui ne se fonde pas sur le caractère urgent de la situation, mais sur la nécessité des soins pour pouvoir avoir une vie conforme à la dignité humaine. Dans ce sens l'accompagnement psychologique nécessaire est aussi pris en compte¹⁷³². En outre, si un motif de santé publique l'exige, la directive prévoit que les requérants peuvent être soumis à un examen médical¹⁷³³. Il n'est pas précisé si les frais de cet examen doivent être pris en charge par l'Etat, mais on peut logiquement le supposer.

Propositions de modification 2008 et 2011 :

La proposition de refonte de la directive met en outre l'accent sur la santé et les troubles mentaux et post-traumatiques¹⁷³⁴.

Au niveau du droit européen, aucune disposition particulière ne traite spécifiquement du droit à une assistance ou du droit aux soins pour les *personnes ayant reçu une décision négative d'asile*¹⁷³⁵. Il revient donc à chaque Etat de décider s'il entend instaurer une norme allant dans ce sens dans sa législation nationale. Cela implique des pratiques fort variées d'un Etat à l'autre et, pour ce qui est du droit aux soins, le problème du domicile ou de la résidence légale revient souvent comme le principal obstacle. Il en va ainsi par exemple du Royaume-Uni qui impose le critère de la « résidence ordinaire » pour pouvoir bénéficier de soins. Les migrants irréguliers en sont ainsi exclus *de facto*. Seuls des « soins médicaux essentiels » leur sont alors assurés et les normes relatives à l'accès aux soins sont décrites comme tellement imprécises qu'un accès effectif en devient très difficile. La France connaît également cette

¹⁷²⁹ COM(2008) 815, p. 5. Voir aussi la page 28 pour le nouvel alinéa, ainsi que COM(2011) 320 final, p. 30 pour la proposition 2011.

¹⁷³⁰ Art. 15 de la directive 2003/9/CE.

¹⁷³¹ VINCENT, 2010.

¹⁷³² AMARELLE, NGUYEN, p. 185-186.

¹⁷³³ Art. 9 de la directive 2003/9/CE.

¹⁷³⁴ COM(2008) 815, p. 30, 32 et 35 notamment, ainsi que COM(2011) 320 final, p. 33.

¹⁷³⁵ La directive « retour » précise néanmoins que « les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladie sont assurés » dans l'attente du retour. La situation des personnes vulnérables doit en outre être particulièrement prise en compte, notamment lors de la phase de détention. Art. 14 par. 1, let. c et d, ainsi qu'art. 16 par. 3 de la directive 2008/115/CE.

problématique de la « résidence stable et régulière » pour que l'accès aux soins de santé soit possible, dans sa loi portant sur la création d'une couverture maladie universelle. Comme en Grande-Bretagne, les étrangers qui séjournent irrégulièrement sur le sol français en sont exclus. Toutefois, une autre norme, l'« Aide médicale de l'Etat » relevant de la loi de finance, permet un accès gratuit à un traitement dans un hôpital. Après trois ans de séjour, l'accès à un médecin généraliste est accordé. Un projet de révision de cet acte est cependant en cours et les bénéficiaires devront dès lors participer aux coûts des soins en payant « un droit d'entrée » de 30 euros sous forme de timbre fiscal. L'accès aux soins ne serait plus gratuit. D'autres Etats en revanche ne lient pas le droit aux soins au critère de la résidence. La Grèce consent à des soins médicaux d'urgence à toute personne, la Belgique fournit une « aide médicale urgente »¹⁷³⁶, les Pays-Bas prévoient un accès aux « soins médicaux nécessaires » et le Portugal admet la gratuité des soins médicaux s'ils sont nécessaires pour protéger la santé publique¹⁷³⁷.

D'une manière générale, l'accès aux soins « de base » ou « d'urgence », même parfois lorsqu'il est clairement prévu par l'ordre juridique, n'est pas évident. D'importants problèmes relatifs à la complexité et à la lourdeur des procédures, au manque d'information, aux difficultés de la langue sont autant d'obstacles à passer pour un migrant en situation irrégulière¹⁷³⁸.

Plus généreuse que la directive 2003/9/CE applicable aux requérants d'asile, la directive 2011/95/UE prévoit à l'égard des *réfugiés* et des personnes au bénéfice d'une *protection subsidiaire* une assistance sociale nécessaire et qui doit en outre être la même que celle octroyée aux ressortissants de l'Etat membre¹⁷³⁹. Ce principe général est toutefois rapidement nuancé par le second paragraphe de l'art. 29 de la directive qui précise qu'il peut y être dérogé pour les *personnes protégées subsidiairement*. Dans cette hypothèse, les Etats membres peuvent limiter l'assistance sociale à des « prestations essentielles » qui, cependant, ne peuvent pas différer de celles prévues pour les ressortissants (tant en ce qui concerne le niveau de la prestation que les conditions d'accès). Cette disposition était déjà en vigueur dans l'ancienne directive 2004/83/CE et le HCR avait demandé aux Etats membres de ne pas appliquer cette possibilité en rappelant que l'accès au marché du travail pouvant déjà être restreint pour cette catégorie de personnes, il était essentiel de leur « garantir une assistance

¹⁷³⁶ AMARELLE, NGUYEN, p. 185.

¹⁷³⁷ Sur tous les exemples des différentes pratiques étatiques (à l'exception de la Belgique), voir CHOLEWINSKI, p. 55-57.

¹⁷³⁸ SIMONNOT, p. 58-59 et 61-62.

¹⁷³⁹ Art. 29 de la directive 2011/95/UE.

sociale adéquate »¹⁷⁴⁰. Son avis n'a toutefois pas été retenu lors de la refonte de la directive en 2011.

Pour ce qui est des soins de santé, la directive 2011/95/UE dispose que tant les réfugiés, que les personnes qui se sont vu conférer le statut de la protection subsidiaire, ont accès aux soins de santé dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat membre. Reprenant la même systématique que celle prévalant pour la protection sociale, l'ancienne directive (2004/83/CE) prévoyait que les soins pouvaient être limités aux « prestations essentielles » pour les personnes protégées subsidiairement, pour autant que ces prestations correspondent tout de même à ce qui est prévu pour les ressortissants. Cette disposition a toutefois été supprimée avec l'introduction de la nouvelle directive. Sur ce point, le nouveau texte a permis un rapprochement des statuts de ces deux catégories de personnes. Enfin, un deuxième paragraphe vient préciser la situation des personnes ayant des « besoins particuliers »¹⁷⁴¹. Dans leurs cas, des soins de santé « appropriés » (comprenant également le traitement des troubles mentaux) doivent leur être octroyés dans les mêmes conditions d'accès qu'aux ressortissants des Etats membres¹⁷⁴².

Les bénéficiaires de la *protection temporaire* doivent recevoir le soutien nécessaire en matière d'aide sociale et de subsistance s'ils ne disposent pas de moyens propres suffisants. Ils ont en outre droit à des soins médicaux qui doivent au moins comprendre les « soins d'urgence et le traitement médical essentiel ». Les personnes qui ont des besoins particuliers (tels que les mineurs ou les personnes ayant subi des tortures, viols ou autres traumatismes) ont droit à l'« aide nécessaire », qu'elle soit « médicale ou autre »¹⁷⁴³.

Outre ces maigres normes communes, l'Union européenne connaît un certain nombre de dispositions relatives aux droits sociaux, mais la répartition des compétences entre l'ordre juridique européen et celui des Etats membres, les différentes catégories de personnes concernées et leur statut, ainsi que le choix d'aborder la question de manière sectorielle conduisent à une solution bancale et complexe, « un socle bien mince fondé sur la technique du plus petit dénominateur commun » comme le résume assez justement ICARD¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴⁰ HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 46.

¹⁷⁴¹ Sont mentionnés les femmes enceintes, les personnes handicapées, les victimes de torture, viol, ou d'autres formes de violence, les mineurs victimes de toute forme d'abus, de négligence, d'exploitation, de torture, de traitements inhumains, cruels ou dégradants, ainsi que de conflits armés.

¹⁷⁴² Art. 30 de la directive 2011/95/UE.

¹⁷⁴³ Art. 13 par. 2 et 3 de la directive 2001/55/CE.

¹⁷⁴⁴ ICARD, p. 139.

3.7.3. Comparaison et analyse sous l'angle du droit supérieur

3.7.3.1. *Comparaison du droit suisse et du droit européen*

Si la question de l'assistance (tant en ce qui concerne le droit que le montant) en Suisse peut être assez clairement classifiée en fonction de la durabilité du séjour, il n'en va pas tout à fait de même au niveau européen. Même si l'idée générale reste fondamentalement la même, cela ne ressort pas autant nettement des différentes directives.

La situation en Suisse peut être assez simplement résumée : les personnes dont le séjour est irrégulier ne peuvent pas obtenir d'aide sociale, mais uniquement une aide d'urgence ; les personnes dont le séjour est légal, mais appelé à ne pas « durer » ont droit à une aide sociale, mais qui peut différer de (sous-entendu être inférieure à) celle octroyée aux Suisses ; enfin, les personnes dont le séjour est légal et durable peuvent bénéficier d'une aide sociale qui doit correspondre à celle accordée aux Suisses.

Au niveau européen, il n'y a pas de disposition légale prévoyant une aide quelconque aux personnes séjournant irrégulièrement. La pratique variera donc selon la législation nationale en vigueur dans chaque Etat membre. La situation des requérants d'asile est réglée par une directive qui prévoit des conditions minimales d'accueil concernant le logement, la nourriture, l'habillement et une allocation journalière. Les normes de la directive étant « minimales », là aussi les conditions réelles seront très variables d'un Etat membre à l'autre. La disposition relative aux personnes temporairement protégées n'est pas des plus explicites. Elle parle d'un soutien nécessaire en matière d'aide sociale, sans qu'il ne soit précisé ce que cela implique concrète. Là encore, il reviendra aux Etats membres de matérialiser cette notion. Enfin, la situation des réfugiés et des personnes subsidiairement protégées rejoint un peu la distinction applicable en Suisse. Les réfugiés ont droit à une assistance sociale qui doit correspondre à celle octroyée aux ressortissants de l'Etat, alors que les personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire peuvent se voir limiter ce droit à des « prestations essentielles » qui, toutefois, ne peuvent pas différer de celles accordées aux ressortissants de l'Etat membre.

3.7.3.2. *Analyse sous l'angle du droit supérieur*

Au sens de la Déclaration universelle des droits de l'homme, un niveau de vie suffisant devrait être garanti à toute personne pour qu'elle puisse assurer sa santé et son bien-être ainsi que ceux de sa famille¹⁷⁴⁵.

Le Pacte ONU I reconnaît le droit à la sécurité sociale, la protection et l'assistance aux familles, le droit à un niveau de vie suffisant, ainsi que le droit de bénéficier du meilleur état

¹⁷⁴⁵ Art. 25 par. 1 DUDH.

de santé physique et mentale possible¹⁷⁴⁶. En ce qui concerne ce dernier point, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a précisé que cela impliquait trois types d'obligations pour les Etats : le respect, la protection et la mise en œuvre de ce droit. L'obligation de respecter a pour conséquence que l'Etat ne doit pas refuser ou diminuer l'accès aux soins des migrants notamment, qu'ils soient en situation régulière ou non. Les politiques et les pratiques discriminatoires doivent être soigneusement évitées¹⁷⁴⁷. En outre, le par. 4 de la même Observation souligne l'obligation pour les Etats d'accorder un droit aux soins prophylactiques notamment, ce qui a pour conséquence de « dépasse[r] le simple accès aux soins médicaux »¹⁷⁴⁸.

Le droit aux soins est aussi spécifiquement assuré aux enfants par l'art. 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans ce cadre, les Etats doivent s'efforcer « de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services [médicaux et de rééducation] ». Pour ce faire, les Etats sont tenus d'assurer à tous les enfants « l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires »¹⁷⁴⁹.

Dans le même sens, la Convention de l'ONU relative aux migrants prévoit à son article 28 que les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont « le droit de recevoir tous les soins médicaux qui sont nécessaires d'urgence pour préserver leur vie ou éviter un dommage irréparable à leur santé, sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Etat en cause ». L'article précise encore que ces soins ne peuvent en aucun cas être refusés sur la base du caractère irrégulier de leur séjour ou de leur emploi.

Enfin, pour ce qui est des migrants *réguliers*, la Convention introduit l'égalité de traitement avec les ressortissants en ce qui concerne notamment « l'accès aux services sociaux et sanitaires, sous réserve que les conditions requises pour avoir le droit de bénéficier des divers programmes soient remplies »¹⁷⁵⁰.

Au niveau régional et plus précisément de la CEDH, le droit aux soins peut être rattaché aux art. 3 et 8 de la Convention. En effet, si des soins de santé essentiels étaient refusés à une personne en situation irrégulière, une éventuelle application de l'art. 3 CEDH (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) pourrait être discutée. La jurisprudence de la Cour EDH est cependant assez exigeante sur cette question. Elle a notamment précisé que les mauvais traitements devaient atteindre une certaine gravité et a mentionné en ce sens « des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense ». La Cour a toutefois

¹⁷⁴⁶ Voir les art. 9 à 12 du Pacte.

¹⁷⁴⁷ COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 14*, par. 34.

¹⁷⁴⁸ AMARELLE, NGUYEN, p. 183.

¹⁷⁴⁹ Art. 24 par. 2, let. b CDE.

¹⁷⁵⁰ Art. 43 par. 1, let. e.

encore ajouté qu'« [u]n traitement peut être qualifié de dégradant et tomber ainsi également sous le coup de l'interdiction de l'article 3 s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique »¹⁷⁵¹. Dans ce sens, il peut être admis que lorsque les personnes en séjour irrégulier n'ont pas les ressources pour se procurer les soins nécessaires et dans l'hypothèse où l'Etat ne met pas ces soins gratuitement à disposition, le niveau de gravité exigé dans l'arrêt *Pretty* peut être atteint, dès lors que les conséquences du refus de fournir les soins atteignent sérieusement la santé et la dignité des individus concernés¹⁷⁵².

La Charte sociale européenne prévoit également d'une manière générale un droit à la sécurité sociale, un droit à l'assistance sociale et médicale, ainsi qu'un droit à la protection de la santé¹⁷⁵³. Le droit à l'assistance consacré par l'art. 13 implique que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes puisse bénéficier d'une assistance appropriée et des « soins nécessités par son état ». Dans cette mesure, cette disposition va plus loin que les simples soins d'urgence très souvent évoqués, mais elle ne s'applique en principe qu'aux ressortissants des autres Parties qui résident ou travaillent légalement sur le territoire de l'Etat concerné. Le Comité européen des droits sociaux a toutefois étendu le droit à l'assistance médicale aux étrangers en situation irrégulière et à leurs enfants au motif que le refus d'une telle assistance pourrait porter atteinte à leur droit à la vie et à la dignité et serait ainsi contraire à la Charte¹⁷⁵⁴.

Allant dans le même sens, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a édicté une recommandation relative aux besoins élémentaires des personnes en situation de précarité extrême. Selon cette recommandation, les Etats devraient au moins reconnaître à toute personne – quel que soit son statut juridique – le « droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires », à savoir la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base. Ce droit devrait en outre être justiciable¹⁷⁵⁵.

En ce qui concerne les *réfugiés* en particulier, l'art. 23 de la CGE prescrit une égalité de traitement entre les réfugiés et les nationaux en matière d'« assistance publique ». Cette notion a été précisée par le HCR qui estime que « [l]a formulation de la Convention est suffisamment large pour inclure toutes les prestations sociales auxquelles les nationaux ont

¹⁷⁵¹ Voir notamment l'arrêt CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 juillet 2002, requête no 2346/02, § 52.

¹⁷⁵² CHOLEWINSKI, p. 54.

¹⁷⁵³ Art. 12, 13 et respectivement 11 de la Charte sociale européenne révisée.

¹⁷⁵⁴ SECRETARIAT DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE, p. 4 qui renvoie à l'affaire *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, réclamation no 14/2003.

¹⁷⁵⁵ Voir les principes 1 à 5 de la Recommandation no R(2000) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, du 19 janvier 2000, ainsi que MALINVERNI, HOTTELIER, p. 1353.

droit. En outre, elle accorde aux Etats la souplesse nécessaire pour l'adapter à leurs systèmes sociaux particuliers. Le HCR considère que cette disposition signifie que les Etats membres accorderont aux réfugiés toutes les prestations sociales auxquelles ont droit les nationaux »¹⁷⁵⁶. Les traitements médicaux et psychologiques sont particulièrement importants pour des personnes ayant vécu des traumatismes. Les personnes qui demandent la protection de la Convention de Genève devraient donc pouvoir bénéficier de tels soins « dès leur arrivée et tout au long de la procédure d'asile sans distinction au regard de la procédure dont ils font l'objet »¹⁷⁵⁷.

L'art. 24 de la Convention vient préciser que les Etats devraient en principe également traiter sur un pied d'égalité les réfugiés et les nationaux en ce qui concerne la sécurité sociale¹⁷⁵⁸.

En conclusion et d'une manière générale, tous les migrants (y compris les personnes en séjour irrégulier) et en particulier les personnes « vulnérables » (femmes enceintes, malades, familles et enfants non accompagnés), devraient avoir accès d'une part à une aide sociale minimale leur permettant de vivre dans des conditions dignes et d'autre part aux soins de santé nécessaires¹⁷⁵⁹. L'aide sociale devrait être la même que celle offerte au reste de la population, sauf à l'égard des personnes pour lesquelles un renvoi a été ordonné et est effectivement possible, licite et exigible, ce qui signifie concrètement que les personnes concernées sont réellement en mesure de quitter le pays. La question du contenu de l'aide, à savoir si elle doit être fournie en nature ou en espèce est délicate. Les prestations en nature permettent parfois mieux de « survivre » qu'un maigre pécule. Toutefois, il faut être conscient que les prestations en nature rendent très difficile, voire impossible une quelconque vie sociale, ce qui peut être considéré comme une ingérence disproportionnée dans la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH¹⁷⁶⁰.

Pour ce qui est du droit aux soins, il doit avant tout être pris en compte dans le contexte global des autres droits fondamentaux nécessaires au respect de la dignité humaine. Cela relèverait d'un non-sens de garantir des droits aux soins sans un droit à un logement ou à un

¹⁷⁵⁶ HCR, *Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE*, p. 46.

¹⁷⁵⁷ AMARELLE, NGUYEN, p. 183.

¹⁷⁵⁸ Une réserve est notamment prévue pour les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation. Voir dans ce sens un arrêt du TF qui estime que le terme « allocation » de la réserve émise à l'art. 24 CGE comprend aussi les mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité. ATF 136 V 33.

¹⁷⁵⁹ Sur le droit aux soins en tant que droit universel fondamental, voir BINCZAK, p. 25-27.

¹⁷⁶⁰ CHOLEWINSKI, p. 47-48. En ce qui concerne la violation de l'art. 8 CEDH, CHOLEWINSKI renvoie à l'arrêt CEDH *Niemietz c. Allemagne*, du 16 décembre 1992, requête no 13710/88, dont le § 29 énonce que « [l]e respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ».

hébergement approprié. Notamment, à la suite d'une hospitalisation, il est indispensable qu'une personne puisse se rétablir dans des conditions convenables¹⁷⁶¹.

En ce qui concerne le contenu de la notion des « soins médicaux », elle n'est pas interprétée par tous les Etats de la même manière. Du point de vue terminologique déjà, les expressions utilisées par les différents instruments varient : en Suisse, l'ODM parle pour les NEMs de « soins d'urgence », alors que, plus généralement, la loi sur l'assurance-maladie traite des soins en cas d'urgence. La directive européenne 2003/9/CE applicable aux requérants d'asile évoque les « soins urgents » et le « traitement essentiel des maladies », alors que la directive 2011/95/UE mentionne les « soins de santé » pour les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire et des « soins de santé appropriés » pour les personnes ayant des besoins particuliers. Quant à la directive 2001/55/CE, elle inscrit les « soins d'urgence » et le « traitement médical essentiel » pour les personnes au bénéfice d'une protection temporaire. S'il est certainement possible d'admettre que les législateurs ont souhaité apporter des nuances entre les « soins de santé » d'une part et les « soins urgents » ou les « prestations essentielles » de l'autre, il n'est en tous les cas pas évident de savoir exactement à quoi concrètement correspondent ces termes. Ainsi, en pratique, la portée de cette notion est interprétée plus largement par la Belgique, les Pays-Bas ou l'Italie que par l'Allemagne par exemple¹⁷⁶².

Ce qu'il importe toutefois de retenir, c'est qu'au regard des normes de droit supérieur, les Etats devraient d'une manière générale définir une politique de santé qui ne soit pas directement liée à la politique migratoire¹⁷⁶³. Plus particulièrement, les Etats devraient préférer une interprétation se rapprochant des « soins nécessaires » (ou des soins nécessités par l'état de santé de la personne comme le préconise la Charte sociale européenne) aux « simples soins d'urgence », ceux qui ne peuvent donc pas attendre. En outre, les soins ne peuvent pas être refusés si cela a pour conséquence de léser sérieusement la santé et la dignité des migrants au risque, le cas échéant, de violer la CEDH. Il importe encore que les obstacles pratiques à l'accès aux soins (en raison de la complexité des procédures, du manque d'information ou des difficultés de la langue) soient éliminés. Enfin, la protection des personnes vulnérables (enfants, femmes enceintes, personnes âgées, etc.) doit être particulièrement sauvegardée et des soins semblables aux ressortissants de « mêmes catégories » devraient être assurés.

¹⁷⁶¹ CHOLEWINSKI, p. 52, SIMONNOT p. 58.

¹⁷⁶² CHOLEWINSKI, p. 54-55 et 57.

¹⁷⁶³ SIMONNOT, p. 67.

3.7.3.3. Synthèse critique concernant les « NEMs » et les « irrecevables »

Les NEMs ne sont que très peu concernés par les assurances sociales puisqu'ils se trouvent en situation irrégulière. Toutefois, dans l'hypothèse où ils exercent une activité lucrative « illégale » pour laquelle l'employeur les déclare auprès des assurances sociales, ils sont alors assurés et les prestations dues leur seront versées. En principe, les caisses des assurances sociales ne dénoncent pas les personnes au statut irrégulier à la police des étrangers. La question principale se posait pour l'assurance-maladie, dont le critère d'affiliation est celui du domicile. Dans la mesure où les NEMs n'ont pas de domicile officiel, il n'était pas évident de conclure à l'obligation d'assurance. La doctrine penchait cependant assez nettement en faveur d'une assurance-maladie obligatoire, y compris pour les personnes en séjour irrégulier, alors que les pratiques cantonales ne semblaient de loin pas toujours suivre ce chemin. Le Conseil fédéral, en modifiant l'OAMal, a clarifié la situation : désormais, les NEMs ou déboutés restent soumis à l'assurance-maladie obligatoire jusqu'à ce qu'ils quittent la Suisse.

Avant cette clarification, si un NEM n'était pas assuré contre le risque de maladie, mais qu'il nécessitait des soins, ces prestations, pour autant qu'elles aient un caractère urgent, devaient en tous les cas être fournies dans le cadre de l'aide d'urgence, garanti par l'art. 12 de la Constitution.

Le système suisse prévoit en effet que les personnes déboutées de l'asile et les NEMs peuvent être exclues du régime de l'aide sociale, mais que – si l'autorité diffère l'exécution du renvoi – les requérants déboutés reçoivent tout de même l'aide d'urgence, pour autant qu'ils en fassent la demande¹⁷⁶⁴.

Cette prestation consiste en un maigre revenu (ou une assistance en nature de base) qui comprend notamment le logement, la nourriture, les vêtements et les soins médicaux de base ou autrement dit ce qui est indispensable à l'existence humaine, à savoir « ce qui est nécessaire pour assurer une survie décente afin de ne pas être abandonné à la rue et réduit à la mendicité »¹⁷⁶⁵. Cette aide à la survie peut en outre être assortie de conditions telles que l'obligation d'aller quotidiennement chercher la prestation due (avec les risques d'interception par la police que cela comporte et les conséquences de « sortie volontaire » du système que cela engendre). Ces conditions ne peuvent cependant pas être liées au renvoi : en d'autres termes, cette prestation ne peut pas être refusée à une personne au motif qu'elle ne collabore pas activement à son renvoi. Enfin, les prestations sont dues tant et aussi longtemps que la personne garde ce « statut », donc en principe jusqu'à son renvoi.

¹⁷⁶⁴ Art. 82 LAsi.

¹⁷⁶⁵ ATF 135 I 119, consid. 5.3 *in fine* qui renvoie à l'ATF 121 I 367, consid. 2c.

Au niveau du droit européen, aucune disposition particulière ne traite du droit à une assistance ou du droit aux soins pour les personnes ayant reçu une décision négative d'asile. Il revient donc à chaque Etat de décider s'il entend instaurer une norme allant dans ce sens dans sa législation nationale. Cela implique des pratiques fort variées d'un Etat à l'autre et pour ce qui est en particulier du droit aux soins, le problème du domicile ou de la résidence légale revient aussi souvent comme le principal obstacle. Et même lorsque l'accès aux soins « de base » ou « d'urgence » est clairement prévu par l'ordre juridique, d'importants problèmes relatifs à la complexité et à la lourdeur des procédures, au manque d'information, aux difficultés de la langue sont autant d'obstacles à passer pour un migrant en situation irrégulière¹⁷⁶⁶.

Il convient en outre de rappeler que lorsque la loi ou la pratique permettent l'intervention des autorités compétentes en matière de police des étrangers dans le cadre de la distribution de l'aide (ou parfois même obligent la dénonciation par les services sociaux), ces procédés reviennent *de facto* à supprimer toute aide pour les migrants irréguliers. Lorsqu'il en est ainsi, l'Etat se décharge d'une certaine manière de son obligation et « transfère » ainsi incidemment ses responsabilités aux œuvres d'entraide et/ou aux réseaux civils de solidarité¹⁷⁶⁷.

Les normes du droit supérieur prescrivent généralement un droit à un niveau de vie suffisant¹⁷⁶⁸, ainsi que pour certaines, un droit de bénéficier du meilleur état de santé physique et mentale possible¹⁷⁶⁹, un droit d'accès à des services médicaux ou aux soins de santé nécessaires¹⁷⁷⁰, un droit de recevoir tous les soins médicaux nécessaires d'urgence pour préserver la vie ou éviter un dommage irréparable à la santé¹⁷⁷¹ ou encore un droit aux soins nécessités par l'état de la personne¹⁷⁷². La Cour EDH a inclus ce droit aux soins dans l'article 3 qui interdit les traitements dégradants. Les mauvais traitements doivent cependant atteindre une certaine gravité, telles que « des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense », mais la Cour a toutefois admis qu'un « traitement peut être qualifié de dégradant s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa

¹⁷⁶⁶ Sur tous les exemples des différentes pratiques étatiques, voir CHOLEWINSKI, p. 55-57.

¹⁷⁶⁷ Ce qui est d'autant plus problématique lorsque la législation nationale prévoit (comme le demande la directive 2002/90/CE) des sanctions à l'égard des personnes ou des organisations qui fournissent de l'aide aux personnes séjournant irrégulièrement. Pour un aperçu de la pratique des Etats membres sur cette question, voir CHOLEWINSKI, p. 58-59.

¹⁷⁶⁸ Art. 25 DUDH ; 9 et 12 Pacte ONU I.

¹⁷⁶⁹ Art. 12 Pacte ONU I.

¹⁷⁷⁰ Art. 24 CDE.

¹⁷⁷¹ Art. 28 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants. Ces soins devraient être accordés sur la base de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Etat en cause et ne peuvent en aucun cas être refusés en raison du caractère irrégulier du séjour ou de l'emploi.

¹⁷⁷² Art. 11 de la Charte sociale européenne révisée. Le droit à l'assistance médicale a été étendu aux étrangers en situation irrégulière et à leurs enfants au motif que le refus d'une telle assistance pourrait porter atteinte à leur droit à la vie et à la dignité et serait ainsi contraire à la Charte.

dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique »¹⁷⁷³.

Ces différentes dispositions internationales doivent être interprétées de manière à garantir à toute personne se trouvant sous la juridiction d'un Etat, même en situation irrégulière, un minimum décent permettant de vivre dans la dignité. Cela implique l'octroi d'une aide sociale, et pas uniquement une aide à la survie. Un Etat qui crée volontairement un système faisant plonger certaines personnes dans des situations d'avilissement et de misère profonde (et ce souvent pour de longues périodes) ne respecte pas ses obligations internationales. Il les respecte d'autant moins lorsque le régime qu'il met sur pied constitue une mesure régressive au sens du droit international. Ces mesures – qui consistent à introduire dans une loi nationale une norme qui va à l'encontre d'un traité international déjà existant et ratifié – sont expressément interdites par les art. 2 du Pacte I et 4 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans ce sens, la suppression de l'aide sociale au profit de la seule aide d'urgence prévue par le droit suisse est contraire aux instruments internationaux que la Suisse s'est engagée à respecter en 1992 et 1997¹⁷⁷⁴ déjà¹⁷⁷⁵.

4. LES DIFFERENTS STATUTS : BILAN ET PERSPECTIVES

4.1. Remarques liminaires et démarche

Après avoir passé en revue les aspects du séjour des différentes catégories de personnes concernées par l'asile, leurs statuts et leurs droits, il est temps d'en faire une brève synthèse. Celle-ci sera présentée sous forme de tableaux synoptiques récapitulatifs (ch. 4.2).

La situation des personnes « sans statut », c'est-à-dire des NEMs, déboutés, irrecevables ou infondés est la plus problématique, précisément en raison du vide juridique qui accompagne le « (non-)statut » de ces personnes. C'est donc particulièrement sur le cas des NEMs et des irrecevables – ceux qui reçoivent une décision négative d'asile à l'issue d'une procédure rapide ou accélérée – qu'un bilan sera porté dans cette partie (ch. 4.3 pour la situation en Suisse et ch. 4.4 pour celle prévalant au niveau européen).

Enfin, des conclusions intermédiaires seront dressées afin de donner un certain nombre de perspectives relatives au statut (ou au non-statut) de ces personnes se trouvant en séjour irrégulier à l'issue d'une procédure d'asile accélérée (ch. 4.5).

¹⁷⁷³ Arrêt CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 juillet 2002, requête no 2346/02, § 52.

¹⁷⁷⁴ Ce sont les dates auxquelles sont entrés en vigueur le Pacte I et la CDE en Suisse.

¹⁷⁷⁵ Sur cette question des mesures régressives, voir NGUYEN, *Droit d'asile. Le labyrinthe juridique*, p. 38 ss, ainsi que, plus détaillé, HACHEZ, 2008.

4.2. Tableaux comparatifs des conditions de séjour des différents statuts en droit suisse et en droit européen

Tableau A : Synthèse générale relative aux différentes caractéristiques applicables à chaque catégorie de personnes concernées par « l'asile » en droit suisse

	Séjour non admis	Séjour courte durée			Séjour longue durée		
		Requérant	Admis provisoire	Personne à protéger	Personne à protéger	Admis provisoire	Réfugié
Séjour	NEM / Débouté						Asile
	--	N	F	S	B ou C	F « politique »	B ou C
Travail	non	non (mais exceptions)	dépend du canton	0-3 mois : non > 3 mois : oui (mais exceptions)	0-3 mois : non > 3 mois : oui (mais conditions)	oui	oui
Famille (regroupement)	non	non	oui (mais conditions)	oui (mais conditions)	oui	oui (mais conditions)	oui
Scolarisation	oui (en théorie du moins)	oui (en théorie du moins)	oui	oui	oui	oui	oui
Assistance	Aide sociale	non (mais aide d'urgence)	oui (mais ≠ résidents suisses)	oui (mais ≠ résidents suisses)	oui (= résidents suisses)	oui (= résidents suisses)	oui (= résidents suisses)
	Assurance-maladie	oui (en théorie du moins)	oui (mais conditions)	oui (mais conditions)	oui	oui (mais conditions)	oui
	Allocations	non (sauf si évtlle act. lucr. irrég.)	oui (sauf si évtlle act. lucr.)	oui	oui	oui	oui

Tableau B : Synthèse générale relative aux différentes caractéristiques applicables à chaque catégorie de personnes concernées par « l'asile » en droit européen

	Séjour non admis	Séjour courte durée			Séjour longue durée	
		Requérant	Protégé temporaire	Protégé subsidiaire	Réfugié	
Séjour	« Irrecevable » / « Infondé »	Attestation (pas harmonisée) Eventuellement doc. de voyage Libre circulation sur le territoire de l'Etat membre, mais limitations possibles	Titre de séjour Temporaire (max. 3 ans)	Titre de séjour 1 an, renouvelable Titre de voyage (si impossibilité d'obtenir un passeport national) Libre circulation sur le territoire de l'Etat membre	Titre de séjour 3 ans, renouvelable Titre de voyage Libre circulation sur le territoire de l'Etat membre	
Travail	non	dépend de chaque Etat membre	oui (mais conditions, selon règles applicables à la profession choisie et possibilité de donner priorités aux citoyens UE et autres catégories de personnes)	oui	oui	
Famille (regroupement)	non	non	oui	non (mais « maintien de l'unité familiale »)	oui	
Scolarisation	oui (en principe, mais situation varie d'un Etat à l'autre)	oui (en principe dans les 3 mois suivant la demande)	oui (= ressortissants des Etats membres)	oui (= ressortissants des Etats membres)	oui (= ressortissants des Etats membres)	
Assistance et soins	situation varie d'un Etat à l'autre	oui (conditions matérielles d'accueil = logement, nourriture, habillement et allocation journalière / soins urgents)	oui (soutien nécessaire / au moins soins d'urgence)	oui (assistance sociale = prestations essentielles = ressortissants des Etats membres soins = ressortissants des Etats membres)	oui (assistance sociale et soins : = ressortissants des Etats membres)	

4.3. Synthèse relative au « statut » des NEMs en droit suisse

4.3.1. En pratique

Selon un rapport de l'Office fédéral des migrations, durant l'année 2009¹⁷⁷⁶, 6859 décisions de non-entrée en matière sont entrées en force. Parmi celles-ci, 61 % ont été suivies d'une demande d'aide d'urgence, soit 4173. Contrairement à ce que prétend l'ODM, cela ne signifie nullement que l'autre « moitié » a quitté le pays.

En moyenne, les prestations ont été perçues durant 111 jours et seulement 15 % des personnes concernées touchent encore des prestations d'aide d'urgence après un an¹⁷⁷⁷.

Le coût de ces journées étant évalué à 46 francs par bénéficiaire, le montant de l'aide d'urgence s'est élevé à 29,5 millions de francs (dont 17,4 millions concernent les personnes dont la décision est entrée en force en 2009 et 12,1 millions pour les personnes dont la décision est entrée en force en 2008). Cette somme se répartit entre les frais d'assistance (24 %), d'hébergement (56 %, dont presque les deux tiers servent à financer l'exploitation et le personnel), de santé (20 %) et de transport (moins de 0,5 %).

Pour chaque décision d'aide d'urgence, la Confédération verse au canton concerné un forfait de 6153 francs. Les excédents que les cantons réalisent une année sont reportés et utilisés l'année suivante pour les personnes qui seraient encore soumises à l'aide d'urgence.

Les personnes au bénéfice de l'aide d'urgence sont majoritairement des hommes (81 %), âgés de 18 à 30 ans (58,9 %). Les principales nationalités représentées sont composées de Nigériens, de Serbes, d'Irakiens, de Géorgiens et de Mongols. Pour plus de la moitié des personnes concernées, la procédure a duré entre un et six mois, alors que pour environ 15 % des cas, elle s'est prolongée au-delà de deux ans. Si la moitié des décisions sont notifiées dans un centre d'enregistrement et de procédure et l'autre moitié dans un canton, l'entrée en force des décisions a lieu en majorité dans les cantons (85,9 %, contre 14,1 % dans les CEP).

En ce qui concerne les départs, seules 17 % des personnes ayant demandé l'aide d'urgence ont quitté la Suisse en 2009. Sur ce dernier point, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est d'ailleurs montré tout à fait sceptique quant à l'efficacité de l'aide d'urgence en tant que mesure de contrainte au renvoi : « [j]'exprime par ailleurs des doutes quant à l'efficacité du système pour renvoyer hors du territoire de la Confédération les demandeurs d'asile refusés par la Suisse. Malgré l'optimisme de certains de mes

¹⁷⁷⁶ Pour tous les chiffres présentés ici, voir OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Rapport de suivi concernant la suppression de l'aide sociale*, p. 5 et 6.

¹⁷⁷⁷ Ce dernier chiffre provient d'un communiqué de presse de l'ODM, OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Aide d'urgence*, 2010.

interlocuteurs, qui m'ont assuré que les étrangers frappés de décision de NEM étaient sagement rentrés chez eux, tout me donne à penser que la plupart de ces personnes, plongées dans l'illégalité suite à la décision des autorités suisses, ne retournent pas dans leur pays, et ce pour une multitude de raisons, dont, bien évidemment, le manque de moyens. Il est vrai que certaines personnes quittent la Suisse, mais le plus souvent pour se retrouver dans les pays voisins, peuplant en quelque sorte "l'orbite européenne". D'autres réagissent en quittant les campagnes et petites villes où elles se sentent trop visibles et exposées, pour se fondre dans les villes suisses les plus grandes. Il est vraisemblable que certains se sentent poussés à commettre des actes de "criminalité de survie" à défaut de tout moyen de survie légitime. En tout état de cause, j'ai du mal à juger comme positif, à l'instar des autorités suisses, le fait que "94 % [des personnes frappées de NEM] ont quitté le domaine de l'asile de façon non contrôlée", ajoutant explicitement que "[c]ette forte proportion de départs non contrôlés est voulue par le système" [Le Commissaire cite ici le *Premier rapport de monitoring NEM* de l'ODM, du 26 octobre 2004]. Je suis plutôt d'avis que la perte de tout contrôle sur une partie de la population que l'on fait sciemment plonger dans la clandestinité, risque d'entraîner, au contraire, des conséquences négatives du point de vue de l'ordre public, de la santé publique et des droits des individus ».

4.3.2. Pas de statut légal... mais des droits fondamentaux

A l'issue de leur procédure d'asile accélérée, les « NEMs » reçoivent donc, comme leur « nom » l'indique d'ailleurs, une décision de non-entrée en matière. Il s'agit en principe d'une décision plutôt formelle qui implique, sauf exception, que leur cas n'a pas été examiné quant au fond, mais que les autorités se sont limitées (en raison des prescriptions légales) à retenir des critères formels (tels que la non-remise de papiers d'identité ou un pays de provenance sûr) pour fonder et rendre la décision.

En principe, à la décision de non-entrée en matière est jointe une décision de renvoi exécutoire, qui a pour conséquence que le NEM doit quitter la Suisse. S'il ne le fait pas, il restera en Suisse de manière illégale – il n'aura pas de titre de séjour – mais, comme on l'a vu, cela ne le prive cependant pas de tout droit.

Il est légalement prévu que le NEM ne soit pas attribué à un canton et qu'il séjourne jusqu'à son renvoi dans le centre d'enregistrement et de procédure. Cette règle connaît toutefois des exceptions qui impliquent que la personne soit alors attribuée à un canton. En tous les cas, la jurisprudence reconnaît que « [l']assignation dans un centre d'enregistrement entraîne une restriction à la liberté de mouvement garantie par l'art. 10 al. 2 Cst, ainsi que, [dans certains cas], une limitation de la vie familiale garantie par les art. 14 Cst et 8 CEDH »¹⁷⁷⁸. Pour que cette restriction au droit fondamental de la liberté de mouvement soit autorisée, il faut qu'elle

¹⁷⁷⁸ Arrêt TF 2A.282/2003, consid. 3.1.

remplisse les conditions de l'art. 36 Cst. En conséquence, il faut que la décision relative à la durée du séjour dans le centre soit prise de manière individuelle sur la base de chaque cas particulier, sachant que les 90 jours autorisés par la base légale¹⁷⁷⁹ constituent une durée *maximale*. Les principes de proportionnalité et d'intérêt public doivent également être respectés dans l'examen.

Si un NEM est attribué à un canton, sa liberté de mouvement est aussi touchée par le fait qu'ils n'a pas le droit de changer de canton, dans la mesure où il est, en théorie du moins, dans une procédure de renvoi et devrait quitter « prochainement » la Suisse. Toutefois, lorsqu'il existe des intérêts familiaux, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé – dans deux arrêts relatifs à la Suisse – qu'il était contraire au droit au respect de la vie familiale de l'art. 8 CEDH de refuser à deux requérantes d'asile déboutées de vivre dans le même canton que leurs maris. Tout en reconnaissant que la loi sur l'asile est une base légale qui permet de répartir équitablement les requérants sur le territoire suisse, la Cour a cependant estimé que la mesure était disproportionnée par rapport à l'intérêt public que représente cette répartition pour l'ordre public. Les intérêts privés des requérants prévalent donc en l'espèce sur l'intérêt de l'Etat¹⁷⁸⁰.

Pour ce qui est maintenant des conditions « d'accueil », il existe plusieurs paramètres à prendre en compte : la question de l'occupation quotidienne et d'une éventuelle activité lucrative, la question des membres de la famille et de leur « statut », celle de la scolarisation des enfants et enfin, les questions liées à l'assistance et à la sécurité sociales.

Se trouvant dans une situation d'illégalité, les NEMs n'ont en principe pas le droit de travailler. Ils ne peuvent donc pas exercer une activité lucrative « régulière » au sens de la loi. Une récente jurisprudence du Tribunal fédéral remet cependant en cause cette perspective et reconnaît que, dans certaines circonstances, le droit de travailler doit être reconnu à l'intéressé, sous peine de violer l'art. 8 CEDH¹⁷⁸¹.

Le statut d'irrégularité a pour conséquence que les personnes qui reçoivent une décision de non-entrée en matière ne bénéficient pas non plus du droit au regroupement familial, puisque

¹⁷⁷⁹ Art. 16 al. 2 OA 2.

¹⁷⁸⁰ Arrêts CEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse* et *Agraw c. Suisse*, du 29 octobre 2010, requêtes nos 24404/05 et 3295/06. Dans un arrêt ultérieur (déjà cité, mais que je conserve pour l'exemple) opposant une requérante d'asile déboutée (attribuée au canton de Berne mais vivant dans le canton de Vaud auprès de son enfant et du père de celui-ci) au Service de la population du canton de Vaud, dans un litige concernant les prestations d'aide d'urgence, le Tribunal fédéral a toutefois totalement éludé la question de l'art. 8 CEDH et du principe de l'unité familiale en estimant, de manière quelque peu abrupte, que « [c]e n'est pas par le biais des règles sur l'aide sociale ou l'aide d'urgence qu'il convient de modifier, voire de contrecarrer, les décisions en matière d'attribution cantonale et de remettre ainsi en cause l'interdépendance consacrée dans la loi entre attribution cantonale et aide d'urgence ». ATF 137 I 113, consid. 6, spéc. 6.3.

¹⁷⁸¹ Arrêt du TF 2C_459/2011, destiné à publication.

celui-ci n'est de toute façon pas accordé durant la procédure et qu'à la fin de celle-ci, les NEMs n'ont plus le droit de séjourner en Suisse.

Si en principe, tous les enfants habitants en Suisse ont le droit à un enseignement de base suffisant et à être scolarisés, certains cantons ont toutefois instauré un régime spécial pour les enfants des NEMs qui consiste à n'octroyer que quelques heures par semaines et parfois dans des classes spéciales. Cette dernière solution a été estimée comme « suffisante » pour un enfant qui devra(it) (théoriquement) quitter prochainement la Suisse, les autorités légitimant cette décision par le fait que la scolarisation est une mesure d'intégration à laquelle ne peuvent pas prétendre les personnes « sur le départ ». En pratique, il arrive que de telles situations durent des mois, voire des années. Dans ces circonstances, il est douteux que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant soit respectée. Il faut en outre encore rappeler que la scolarisation ne peut et ne doit jamais être utilisée comme un moyen de pression pour faire partir les familles.

Pour ce qui est de la sécurité sociale en général, les NEMs ne sont en principe pas concernés par le domaine des assurances sociales, dans la mesure où ils ont l'interdiction d'exercer une activité lucrative¹⁷⁸² et ne cotisent donc pas. Il existe tout de même une exception à cette affirmation pour l'assurance-maladie et, consécutivement, le droit aux soins. Aucune disposition de la LAsi ne traitant spécifiquement de cette question, il convient donc de se tourner vers la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Son champ d'application étant limité aux personnes domiciliées en Suisse, la question qui se posait pour les NEMs était de savoir si, n'ayant pas de domicile légal, ils avaient une obligation d'assurance. Le sujet a été largement débattu, tant par les politiques et la doctrine que par les personnes travaillant dans le milieu médical. Le Conseil fédéral a désormais éclairci la situation en précisant que les NEMs devaient rester soumis à l'assurance-maladie jusqu'à leur départ de Suisse. En tous les cas, le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse de l'art. 12 Cst comprend le droit de bénéficier de soins médicaux nécessaires et en pratique, lorsqu'une personne n'est ni solvable, ni assurée, mais qu'elle a besoin de soins, ceux-ci devront lui être fournis dans un hôpital public par exemple. Cette solution ne garantit toutefois pas un accès totalement effectif aux soins, dans la mesure où il pourrait exister un risque (minime en pratique) de dénonciation du cas à la police des étrangers.

En ce qui concerne d'éventuelles allocations familiales, les NEMs ne touchent, en théorie, logiquement pas d'allocations pour enfants, dans la mesure où ils n'ont pas le droit d'exercer d'activité lucrative. S'ils devaient tout de même travailler « au noir », et pour autant que l'employeur les déclare auprès des assurances sociales, les NEMs sont alors assurés et les

¹⁷⁸² Voir toutefois le récent arrêt du TF 2C_459/2011 qui vient passablement nuancer cette interdiction.

prestations doivent leur être octroyées. D'une manière générale, les caisses des assurances sociales ne dénoncent en principe pas les personnes en situation irrégulière.

En fin de compte, les NEMs n'ont pour seul « revenu » – et pour autant qu'ils en fassent la demande – que l'aide d'urgence, sorte d'« aide à la survie » prévue par la Constitution, la LAsi et précisée par la jurisprudence. Bien que les cantons, compétents en la matière, ne soient pas obligés de les exclure de l'aide sociale, en pratique il n'existe que très peu de cas où cette mesure n'est pas appliquée. Certains auteurs sont pourtant d'avis que l'exclusion des enfants de l'aide sociale viole la Convention internationale sur les droits de l'enfant¹⁷⁸³.

Le versement de ces prestations d'aide d'urgence peut être soumis à des conditions telles que la remise en mains propres du montant alloué (ce qui n'est parfois pas sans conséquence dans la mesure où le NEM peut être arrêté par la police des étrangers à cette occasion), mais une collaboration active du NEM à son renvoi ne peut en revanche pas être exigée. Ce défaut de collaboration ne peut donc pas être considéré comme un abus de droit.

Selon la jurisprudence, l'aide d'urgence comprend actuellement le logement, la nourriture, les vêtements et les soins médicaux de base ou, en d'autres termes, ce qui est nécessaire à la survie. Un montant de 21 francs par jour dont 13 francs pour le logement et 8 francs pour la nourriture et l'hygiène, pour un homme seul, a été considéré comme respectant la Constitution par le Tribunal fédéral. Toujours selon la jurisprudence, il est préférable que les prestations soient accordées en nature. La question d'un éventuel argent de poche permettant, pour assurer une existence décente, de satisfaire à des besoins sociaux tels qu'acheter un café, des cigarettes ou un journal a pour l'instant été laissée ouverte par le Tribunal fédéral.

L'aide d'urgence n'est en soi pas limitée dans le temps. Elle doit être octroyée tant et aussi longtemps que le renvoi n'est pas exécuté.

4.3.3. Dignité humaine : droit fondamental des droits fondamentaux

Comme on l'a vu, les NEMs n'ont pas de statut légal, mais sont en revanche titulaires d'un certain nombre de droits fondamentaux comme la liberté de mouvement, le droit au respect de la vie familiale et le droit à une aide d'urgence, ce qui ne signifie pas encore qu'en pratique ces droits soient respectés.

La concrétisation (et le respect) de ces droits fondamentaux prend des contours différents selon les cas et dépend, en pratique, étroitement du fait que les NEMs sont répartis entre les cantons et qu'ils relèvent de leurs compétences¹⁷⁸⁴. Cela implique que les conditions auxquelles les NEMs sont soumis (que cela soit en matière d'hébergement, de scolarisation,

¹⁷⁸³ NIDERÖST, § 9 *Sans-Papiers*, p. 408, qui renvoie à MARGUERAT, NGUYEN, ZERMATTEN, p. 59 ss.

¹⁷⁸⁴ Pour une étude sur cette question, voir BELSER, WALDMANN.

de droit aux soins ou d'aide d'urgence, tant dans le montant que dans la nature) varient énormément d'un canton à l'autre. Bien que la répartition se fasse sur la base de critères « mathématiques » qui n'ont absolument rien à voir avec les personnes concernées, elle est mal comprise par celles-ci, qui n'y voient qu'une inégalité de traitement manifeste et arbitraire, une sorte de loterie injuste¹⁷⁸⁵. Et c'est bien là un fait qui, même s'il est justifié par des questions de fédéralisme, ne peut être ignoré dans l'analyse de la situation des NEMs.

Malgré le fait que les pratiques cantonales soient différentes et que certaines imposent des conditions de vie plus (ou moins) rudes aux NEMs, il n'en reste pas moins qu'il existe un « minimum » ou un « plancher » en dessous duquel aucune autorité ne doit aller.

Comme tout être humain, les NEMs ont en effet droit au « droit fondamental des droits fondamentaux » : la dignité humaine. Ce droit trouve sa source à l'art. 7 de la Constitution et connaît une triple fonction : il s'agit tout d'abord d'une valeur fondamentale de l'Etat, d'un « principe directeur de toute activité étatique »¹⁷⁸⁶. Il sert ensuite de point de départ aux autres droits et est en quelque sorte leur « noyau » et un fil conducteur du catalogue des droits constitutionnels. Enfin, il s'agit d'une garantie subsidiaire qui vise à assurer un droit minimal là où les autres garanties constitutionnelles trouvent leurs limites¹⁷⁸⁷.

Dans la problématique relative aux NEMs, la première et la troisième fonctions sont importantes. La première parce que l'Etat – dans son activité tant législative, administrative que judiciaire – doit tenir compte de ce principe en ce qui concerne les NEMs et garder ainsi à l'esprit que « toute personne humaine possède une dignité intrinsèque qu'il faut respecter »¹⁷⁸⁸. Cette première fonction de la dignité humaine est donc à analyser dans le cadre de la protection contre les traitements inhumains et dégradants, au sens de l'art. 3 CEDH et concerne ainsi l'individu lui-même dans son intégrité physique et psychique et, dans cette optique, « l'autorité ne peut invoquer aucun motif d'ordre public pour dépasser cette limite »¹⁷⁸⁹.

La troisième fonction de la dignité humaine sert, en tant que garantie subsidiaire, à préserver l'essence de l'être humain au sein du droit fondamental à obtenir de l'aide dans les situations de détresse de l'art. 12 Cst.

C'est en effet en particulier en lien avec le concept de l'aide d'urgence que la dignité humaine revêt un caractère essentiel. Pour l'instant, la jurisprudence fédérale a estimé que le but de

¹⁷⁸⁵ TRUMMER, p. 27.

¹⁷⁸⁶ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*, p. 144.

¹⁷⁸⁷ MAHON, *Ad art. 7*, p. 69-70.

¹⁷⁸⁸ Idem, p. 69, qui cite LEBRETON GILLES, *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la personne humaine*, in Mélanges Patrice Gélard, 1999, p. 53.

¹⁷⁸⁹ POVLAČIĆ, *Exclusion de l'aide sociale et dignité*, p. 16.

l'aide d'urgence consiste à assurer la « survie physique ». Elle ne semble pas encore totalement prête à admettre que la survie « morale » ou « sociale » fait intégralement partie de la dignité humaine. Or, bien que le contenu de cette garantie soit difficile à définir¹⁷⁹⁰, il semble possible d'affirmer qu'aucun être humain ne peut vivre une existence digne s'il ne dispose pas d'un minimum de relations sociales, d'autonomie, de liberté de choix et du sentiment de maîtrise de son existence¹⁷⁹¹. En ce sens, si l'aide d'urgence ne permet pas de couvrir ce qui sert à la survie morale ou sociale, elle est incompatible avec le principe de la dignité humaine¹⁷⁹².

Si la jurisprudence ne tient pas à intégrer ces éléments « complémentaires » directement au principe de l'aide d'urgence, c'est probablement parce que cette aide – dans le contexte des NEMs – est en réalité plus une mesure de contrainte (à peine) déguisée¹⁷⁹³ ou, en tous les cas, une claire mesure incitative au départ¹⁷⁹⁴, qu'un véritable droit fondamental. Il existe ainsi une tension évidente entre, d'une part, le droit fondamental à la dignité humaine et, de l'autre, la nécessité (présentée par l'Etat) que les personnes qui – à l'issue d'une procédure équitable – doivent quitter la Suisse, le fassent, pour que le système puisse fonctionner. Ce sont-là deux courants qui s'opposent et qui, bien qu'éthiquement contradictoires, sont défendables, selon que l'on se place du côté de l'être humain concerné ou de la fonctionnalité du système. Le second raisonnement, fondé sur le fait que l'efficacité du régime relève d'un intérêt public prépondérant, répond à une certaine logique. Ce raisonnement purement juridique trouve cependant ses limites dans certaines circonstances et en particulier lorsque la situation d'aide d'urgence perdure. Le but de cette aide d'urgence, à savoir inciter les personnes concernées à partir, ne saurait en aucun cas justifier de confiner des personnes dans une existence aussi précaire durant de longues périodes ni de les installer dans l'illégalité.

Un des « nœuds » du problème réside donc dans l'étendue temporelle de l'aide d'urgence, ainsi que dans la cause de cette durée. Si la situation est limitée dans le temps, elle peut être

¹⁷⁹⁰ MAHON, *Ad art. 7*, p. 70.

¹⁷⁹¹ Ou autrement dit : « [q]uand on est hors de la société, que même les relations sociales sont rompues, il n'est pas possible de rester digne, respectable, reconnu comme membre participant à la vie économique, sociale ou politique. Il n'y a pas de dignité de l'existence dans l'exclusion ». POVLAKIC, *Exclusion de l'aide sociale et dignité*, p. 18.

¹⁷⁹² POVLAKIC analyse ces éléments (la dimension sociale ou sociétale de la personne, sa sphère privée, ses libertés, son autonomie ou encore son développement personnel par exemple) en tant que « dignité au sens de l'égalité ». POVLAKIC, *Exclusion de l'aide sociale et dignité*, p. 16-17. Pour une analyse de l'exclusion de l'aide sociale au sens de la discrimination, voir de la même auteure, *Discrimination et exclusion*, p. 59-83.

¹⁷⁹³ « Les personnes dans l'aide d'urgence subissent [...] une contrainte de police notamment à travers la délivrance humiliante, parce qu'il faut tout le temps les quêrir, de prestations si restreintes qu'elle les enferme dans une relation de dépendance quasiment physiologique avec l'autorité ». POVLAKIC, *Exclusion de l'aide sociale et dignité*, p. 15.

¹⁷⁹⁴ « [L'aide d'urgence] vise à inciter au départ ou à la clandestinité, c'est-à-dire qu'elle tend à l'isolement social des intéressés à travers la réduction drastique de leur capacité économique ». Ibidem.

admissible, dans la mesure où il s'agit d'un moyen (dont la proportionnalité pourrait encore être discutée) pour atteindre le but (ou l'intérêt public) du départ. Un véritable problème se pose lorsque la situation n'est plus « provisoire » ou « temporaire ». Dans ces conditions, la situation des personnes devrait être réglée soit par le renvoi, soit par une régularisation. Si le renvoi ne peut pas être exécuté pour des raisons qui sont indépendantes de la volonté du requérant, la régularisation doit être mise en œuvre¹⁷⁹⁵. Il s'agit donc de déterminer à qui sont principalement imputables les circonstances de la durée de l'aide d'urgence, à savoir à la personne concernée qui « fait traîner » son dossier ou à l'Etat qui n'agit pas avec la diligence requise.

Le système de l'aide d'urgence est aussi clairement lacunaire sur un autre point : il ne tient que trop peu compte des besoins concrets et particuliers des personnes concernées¹⁷⁹⁶. Les nécessités des personnes malades, des femmes enceintes, des femmes seules avec enfants et des enfants en général ne sont pas suffisamment sauvegardées. Ces personnes vivent en principe dans les mêmes conditions (mêmes lieux, mêmes « revenus ») que les autres personnes soumises à l'aide d'urgence¹⁷⁹⁷.

Ainsi, « en réduisant les personnes à manger, dormir et errer sans but dans les rues durant la journée, et en niant toute individualité, l'aide d'urgence est discriminatoire et porte profondément atteinte à la dignité humaine »¹⁷⁹⁸. En d'autres termes, ces gestes conduisent les personnes vers une sorte de petite mort sociale.

Cette mesure étatique a aussi pour conséquence que dans certains cas, ce sont des privés ou des œuvres d'entraide qui apportent leur soutien et comblent cette lacune de la responsabilité de l'Etat. Cette constatation appelle deux remarques : d'une part, au niveau plutôt « individuel », apporter de l'aide aux NEMs en tant que privé n'est pas nécessairement anodin, puisque cette action est passible d'une peine¹⁷⁹⁹. D'autre part, ce procédé étatique – qui consiste à donner tellement peu que les personnes concernées doivent finalement compter sur une aide privée – est une déresponsabilisation de l'Etat qui, d'un côté, crée cette situation de dépendance, et de l'autre n'assume pas jusqu'au bout les conséquences d'une telle

¹⁷⁹⁵ Le TF s'est clairement exprimé dans ce sens dans son arrêt 2C_459/2011 (consid. 3.3.4) en préconisant aux autorités d'examiner si la situation devait être réglée par le biais d'une admission provisoire, d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur au sens de 14 al. 2 LAsi ou, éventuellement, de l'art. 8 CEDH (pour permettre à la personne concernée de gagner sa vie en attendant que le renvoi puisse être exécuté).

¹⁷⁹⁶ TAFELMACHER, p. 59.

¹⁷⁹⁷ TRUMMER, p. 24. Voir encore, pour des exemples, le site de la campagne sur l'aide d'urgence lancée par Solidarité sans frontière, l'OSAR, l'Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers et Amnesty international (en particulier la page consacrée aux « faits relatifs au régime de l'aide d'urgence », <http://www.nothilfe-kampagne.ch/fr/index.cfm/treeID/25>, consultation : 1^{er} mai 2012).

¹⁷⁹⁸ TAFELMACHER qui reprend des propos de Karine Povlakic. TAFELMACHER, p. 59.

¹⁷⁹⁹ Art. 116 LEtr.

politique. Cette « décharge » ou ce « transfert » indirect (ou en tous les cas pas ouvertement admis) de responsabilité n'est pas admissible.

La situation prévalant en Suisse a été à plusieurs reprises critiquée par les organismes internationaux. Ainsi, le Comité du Conseil économique et social des Nations Unies s'est dit « préoccupé » par la question de l'exclusion de l'aide sociale des NEMs et autres personnes déboutées. Il a donc recommandé à la Suisse « de fournir à toute personne vivant sur son territoire une aide sociale au lieu d'une aide d'urgence, à titre d'ultime filet de sécurité sociale. Il lui recommande aussi de fixer des normes communes pour l'accès et le droit à l'aide sociale »¹⁸⁰⁰.

Plus généralement, le Commissaire aux droits de l'homme pour le Conseil de l'Europe estime que « ce mécanisme conduit à plonger un certain nombre de ressortissants étrangers, qui se trouvent en territoire suisse, dans une situation de misère et d'avilissement à leurs propres yeux et à ceux d'autrui qui peut poser un problème de compatibilité avec l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants inscrite à l'article 3 de la CEDH »¹⁸⁰¹.

Enfin, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée est quant à lui « particulièrement alarmé par la situation, souvent de précarité extrême, des requérants d'asile frappés d'une "décision de non-entrée en matière" et par la politique, marquée par la criminalisation, la suspicion et le rejet, poursuivie par le Gouvernement à leur égard ». En outre, le Rapporteur « déplore que de telles mesures soient employées par un Etat démocratique en contradiction avec les obligations internationales de la Suisse en matière de droits de l'homme et portant atteinte à la dignité des personnes visées »¹⁸⁰².

Finalement, il convient d'ajouter que, mis à part le droit, il reste encore un autre élément, extra-juridique, qui devrait être pris en compte dans de telles situations : l'éthique. Si le droit ne permet pas de placer des garde-fous suffisants, s'il ne permet pas de fixer des minimums dignes de ce nom, alors le politicien, le législateur, l'autorité, ou le juge devraient au moins garder à l'esprit que l'aide d'urgence n'est qu'une « sous-aide sociale » et que contrairement à ce que toutes les évaluations tendent à prouver, elle ne permet pas de vivre dignement, ni au niveau proprement financier, ni au niveau de la dignité personnelle. Contraindre un individu à se rendre chaque jour dans un bureau pour « quémander » (avec ce sentiment toujours présent d'implorer une faveur) alors qu'il ne s'agit que d'un dû, un droit minimal prévu et réglé par la Constitution, est indigne d'un Etat démocratique, défenseur des valeurs humanitaires.

¹⁸⁰⁰ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3, par. 12.

¹⁸⁰¹ CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7, par. 61.

¹⁸⁰² CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, A/HRC/4/19/Add.2, par. 82 et 83.

4.4. Synthèse relative au « statut » des « irrecevables » en droit européen

Les personnes qui ont reçu une *décision d'asile négative* (que ce soit au travers d'une décision « irrecevable » ou « infondée ») doivent en principe quitter le territoire de l'Etat membre et retourner dans leur pays d'origine ou éventuellement dans un Etat tiers. N'ayant pas le droit de prolonger leur séjour dans l'Etat membre concerné, elles n'ont pas de statut légal et ne reçoivent ainsi aucun document attestant leur présence.

Lorsque ces personnes restent malgré tout sur le territoire d'un Etat membre, leur situation concrète et quotidienne varie passablement d'un Etat membre à l'autre que cela soit en matière d'accès au logement ou au travail (en soi interdit). Le droit au regroupement familial n'est logiquement pas autorisé pour les personnes qui n'ont pas un droit de séjour. La question de la scolarisation varie aussi énormément. Certains Etats ne reconnaissent pas formellement le droit à l'éducation, d'autres admettent les enfants, mais ne leur délivrent pas d'attestation ou de diplôme, enfin d'autres encore, admettent explicitement un droit à aller à l'école et impose que les enseignants ne dénoncent pas les enfants en situation irrégulière.

L'assistance, la sécurité sociale et le droit aux soins sont aussi pris en compte différemment selon le pays concerné. La question du domicile ou de la résidence est souvent l'obstacle principal pour l'accès aux prestations sociales. En pratique, ce n'est cependant pas le seul. Le manque d'information, la complexité et la lourdeur des procédures administratives, les difficultés liées à la langue viennent également renforcer le problème. En règle générale, les migrants en situation irrégulière n'ont souvent droit qu'à des soins d'urgence ou à des soins médicaux nécessaires et, dans certains cas, doivent les financer, totalement ou partiellement.

4.5. Conclusions intermédiaires

A l'issue de l'examen de la situation des « NEMs » en Suisse et des « irrecevables » en Europe, il convient avant tout de constater que ces personnes évoluent dans une sorte de « *no mans' land* » juridique¹⁸⁰³.

Dans la plupart des hypothèses présentées ici, aucune base légale ne traite de leur situation et ce tout à fait volontairement, puisque ces personnes sont « *non grata* » ou « indésirables » et que le fait de ne pas leur accorder de statut, de ne simplement pas les reconnaître, est un moyen clair de le leur faire comprendre.

¹⁸⁰³ Souvent les personnes ne peuvent pas être refoulées, parfois pour des motifs juridiques, parfois pour des raisons pratiques (la nationalité de la personne n'est pas définie, elle ne dispose pas de documents d'identité permettant le retour, etc.). Pour décrire cette situation et cette sorte de « zone grise » dans laquelle se trouvent ces personnes, MOLE parle alors d'« imbroglio juridique », alors que WIHTOL DE WENDEN les qualifie de « ni...ni », parce que ces personnes ne sont ni régularisables, ni expulsables. MOLE, p. 118 et WIHTOL DE WENDEN, p. 55.

Pourtant, ces personnes existent bel et bien et leur présence est indiscutable : elles sont des dizaines de milliers à vivre, travailler et s'intégrer tant bien que mal dans toute l'Europe. Agir de cette manière est une façon de ne pas vouloir voir et accepter cette réalité. Pendant de longues années, il était en effet plus facile de fermer les yeux que d'empoigner le problème.

Petit à petit toutefois, l'opinion publique a été alertée de l'existence et de la situation de ces personnes, les œuvres d'entraide ont continué à défendre activement leurs intérêts et leurs droits et les instances judiciaires ont été amenées à leur reconnaître certains droits fondamentaux. L'exemple de l'aide d'urgence en Suisse est à ce titre particulièrement évocateur et « prouve bien les réticences des grands pays d'immigration dès lors qu'il s'agit de reconnaître expressément des droits aux personnes migrantes, quand bien même ces droits découlent déjà des instruments généraux de protection des droits de l'homme »¹⁸⁰⁴.

Ainsi, pour que les Etats « européens » au sens géographique du terme agissent en conformité avec leurs engagements internationaux, il faudrait notamment :

- qu'ils remédient à cette lacune juridique attendant au (non-)statut de ces personnes ;
- qu'ils leur reconnaissent un statut tant que le renvoi n'est pas être exécuté ;
- que ce statut devienne automatiquement stable et durable si, après un certain nombre d'années (cinq par exemple), le renvoi n'a toujours pas été exécuté pour des raisons qui ne sont pas imputables à la personne concernée (mais à la lenteur des autorités administratives et/ou judiciaires) ;
- que durant cette période d'attente du renvoi, les personnes aient la possibilité effective d'exercer leurs droits sociaux, économiques et culturels. Cela implique :
 - qu'ils soient autorisés à travailler dans des conditions équitables ou au moins à participer à des programmes d'occupation ou, le cas échéant,
 - qu'ils bénéficient de prestations d'aide sociale étatique (et pas uniquement d'une aide d'urgence ou d'une aide « à la survie ») ;
 - qu'ils puissent accéder à des logements ou centres d'hébergements décents ;
 - qu'ils aient accès aux soins de santé nécessaires et pas uniquement d'urgence, y compris aux soins de santé psychique et ce, sans obstacle d'aucun genre. Les personnes vulnérables doivent en outre pouvoir bénéficier des mêmes soins que les nationaux ;

¹⁸⁰⁴ MAZERON, p. 30. Egalement sur la Convention des Nations Unies sur la protection des travailleurs migrants, CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*, p. 130 ss. Dans le même sens, mais d'une manière générale, CRÉPEAU, ATAK, p. 227 ss.

- que les enfants présents puissent accéder sans obstacle d'aucun genre à la scolarisation obligatoire et que leur formation soit au minimum attestée.

V. QUELQUES REFLEXIONS EN GUISE DE CONCLUSION

1. REMARQUES LIMINAIRES

Au terme de ce travail, dont un des buts était de dresser un bilan, ou un « état des lieux », de la situation légale (ou illégale !) du droit d’asile et des « NEMs » et « irrecevables » en Suisse, en Europe et au niveau international, les remarques conclusives se feront en plusieurs temps.

Une première partie reviendra sur les enseignements principaux de cette étude¹⁸⁰⁵ et traitera également plus généralement de la compatibilité du droit suisse avec les normes européennes et internationales en matière d’asile (ch. 2).

Dans un deuxième temps, quelques problèmes généraux seront présentés (ch. 3). Il s’agit, d’une part, de la « catégorisation » des personnes touchées par les questions de l’asile et du manque consécutif de prise en compte globale de leur situation et, d’autre part, du nombre important de notions juridiques indéterminées qui laissent le champ libre aux autorités pour toutes sortes d’interprétations « précaires » (ch. 3.1). Ces deux paramètres ne sont pas sans conséquence et créent à tout le moins des procédures et des statuts (ou des « non-statuts ») de plus en plus déshumanisés. Ce constat est particulièrement notoire pour les NEMs et les irrecevables (ch. 3.2).

Enfin, dans un troisième temps, quelques pistes de solutions viendront compléter cette partie (ch. 4). Elles proposeront notamment une réflexion au niveau de la politique internationale (ch. 4.2), ainsi que quelques considérations relatives à la politique interne, dont des mesures pouvant éventuellement permettre une meilleure protection des personnes concernées par l’asile (ch. 4.3).

2. LES PRINCIPAUX ENSEIGNEMENTS DE LA THESE

Cette étude est construite sur deux axes principaux : celui de la procédure d’asile et celui des statuts qui en découlent. Ces deux aspects posent des problèmes distincts, bien qu’ils soient interdépendants en pratique. Les conclusions relatives à ces deux points sont résumées aux ch. 2.1 et 2.2 ci-dessous, avant qu’une brève comparaison générale sur la compatibilité des ordres juridiques suisse, européen et international ne soit établie (ch. 2.3).

¹⁸⁰⁵

Pour information et complément, deux synthèses principales se trouvent aux ch. III.5 et IV.4. D’autres synthèses intermédiaires sont aussi disponibles aux ch. III.2.7 et III.3.7 pour ce qui concerne la procédure en droit suisse et respectivement en droit européen, ainsi qu’aux ch. IV.3.2.3, IV.3.3.3, IV.3.4.3, IV.3.5.3, IV.3.6.3 et IV.3.7.3 pour les différents « thèmes » ou droits liés aux divers statuts.

2.1. Au niveau de la procédure d’asile

En ce qui concerne la procédure d’asile, il convient de retenir les éléments suivants. D’une manière générale, la tendance (tant au niveau suisse qu’au niveau européen) va vers une accélération des procédures. Cette mesure est justifiée pour différentes raisons. L’intérêt de la personne concernée à être rapidement fixée sur son sort est souvent mis en avant, notamment par le législateur lorsqu’il entend apporter de nouvelles mesures de célérité, mais l’intérêt étatique de traiter rapidement les demandes d’asile ne doit pas être négligé. Cet « empressement » répond évidemment avant tout à un souci d’ordre financier, mais est aussi parfois avancé comme un argument pour décourager les demandes d’asile et freiner l’immigration.

Divers moyens sont utilisés pour accélérer les procédures. La Suisse connaît (pour l’instant) un système de non-entrée en matière, alors que l’Union européenne a prévu la possibilité de rendre des décisions d’irrecevabilité ou de faire usage de procédures spéciales. En tous les cas, l’accélération se concrétise en principe par trois étapes essentielles dans le déroulement d’une procédure d’asile. Il s’agit en premier lieu – et logiquement – de la fixation de délais procéduraux très (ou de plus en plus) brefs ; du droit d’être entendu et de la forme que peut prendre cette garantie fondamentale (droit ou non à un entretien personnel et/ou à une audition sur les motifs d’asile) et, enfin, du droit (ou non) à un recours effectif. Ces trois points spécifiques suscitent de nombreuses critiques et, selon la manière dont ils sont concrétisés, peuvent poser d’épineux problèmes notamment quant à leur conformité avec les droits fondamentaux.

Plus généralement, plusieurs conséquences relatives aux procédures accélérées peuvent être soulignées. En premier lieu, ces procédures ont largement cautionné des concepts tels que celui des Etats sûrs ou de l’Etat responsable de traiter une demande d’asile (on pense ici particulièrement au système de « Dublin »). Ces éléments risquent notamment d’entraîner des renvois en chaîne de certains requérants d’asile et de provoquer ainsi une violation du principe de non-refoulement. Ils ont aussi pour effet de déplacer les responsabilités des Etats « centraux » vers les Etats « périphériques » et de faire, le plus souvent, peser la charge de la preuve sur le requérant d’asile.

Dans la mesure où la procédure accélérée, telle qu’elle prévaut actuellement, est particulièrement favorable aux Etats, il convient de se demander s’il ne serait pas opportun de renverser les paramètres et de mettre en place un autre type de procédure « sélective », répondant mieux à la nécessité de protection internationale. A ce titre, une priorité « de traitement » pourrait être accordée à certaines demandes et en particulier à celles qui sont présentées par des personnes ayant des besoins spécifiques et à celles qui semblent bien fondés.

Enfin, les délais de procédure très brefs, imposés tant aux requérants qu'aux autorités ne devraient pas être conceptualisés de manière parallèle, dans la mesure où ils ne déploient pas les mêmes effets pour les deux parties. S'ils sont contraignants pour les premiers, ils ne le sont pas pour les seconds. En conséquence, s'il l'on entend conserver ce « parallélisme » des formes, il convient alors d'introduire un mécanisme qui soit sérieusement incitatif pour les autorités. Lorsqu'elles ne respectent pas les prescriptions légales en matière de délais et que le retard n'est pas imputable au requérant, il est concevable de renverser la perspective habituelle et de mettre sur pied un système qui améliore automatiquement le statut du requérant en lui accordant une aide sociale plus importante, voire en régularisant sa situation par l'octroi d'un droit de séjour.

En tous les cas, en l'état actuel du système de procédure accélérée, pour que les procédures d'asile suisse ou européenne respectent les droits fondamentaux, il faut que les requérants d'asile (et y compris ceux dont la demande est traitée de manière accélérée, à savoir en particulier les « non-entrées en matière » et leurs « cousins » européens) puissent bénéficier – de manière effective – d'un accès et de garanties minimales à la procédure d'asile. Pour ce faire, les Etats doivent s'assurer des points suivants :

- le droit d'être entendu doit être concrétisé par un entretien personnel, dans une langue que le requérant comprend ou en présence d'un interprète. La personne concernée doit pouvoir en toute circonstance exposer sa situation, ainsi que les causes et les motifs de sa requête ;
- l'établissement des faits ne doit pas reposer de manière prépondérante sur le requérant, mais doit être partagé par l'autorité et cela quelle que soit la situation factuelle ;
- le requérant doit avoir la possibilité de faire recours, dans un délai objectivement raisonnable, contre la décision rendue à son encontre (même s'il s'agit d'une décision ne portant que sur des éléments de recevabilité) auprès d'une autorité judiciaire. Ce recours doit être pourvu d'un effet suspensif prohibant un éventuel renvoi du demandeur dans un Etat tiers (ou dans son Etat d'origine) tant que la procédure n'a pas atteint le stade final ;
- le renvoi vers un pays tiers ne doit se faire qu'au cas par cas ; aucune décision de renvoi ne doit être prise sur la seule base de l'origine de la personne ou du lieu par lequel elle a transité. En d'autres termes la présomption réversible doit être renforcée ;
- le renvoi vers un pays tiers ne peut se faire si la personne n'y dispose pas de liens étroits, tels qu'un séjour antérieur d'une certaine durée, des relations familiales ou un réseau social ; le simple transit doit en tous les cas être exclu, contrairement à ce que prévoit le mécanisme de Dublin (dans l'hypothèse fréquente du renvoi vers l'Etat dans lequel le requérant est entré illégalement) ;

- le renvoi vers un pays tiers ne peut se faire que si l'Etat qui décide du renvoi est capable d'établir un pronostic positif de l'issue du renvoi ; tout renvoi en chaîne dont l'issue est incertaine doit être prohibé ;
- le critère du respect effectif du principe de non-refoulement (même indirect) par l'Etat de destination ne saurait suffire ; l'accès à une procédure d'asile sérieuse et à des conditions minimales d'accueil doit également être garanti.

Ce n'est que si ces conditions minimales sont remplies que les Etats respecteront effectivement leurs engagements internationaux.

2.2. Au niveau des statuts qui découlent de la procédure d'asile

Les procédures suisse et européenne en matière d'asile aboutissent à une multitude de statuts différents. Il est possible d'établir des liens entre les statuts prévus par le droit suisse et ceux qui découlent des normes européennes. Cette « comparaison » des statuts est toutefois très générale et, sur certains points, quelques divergences persistent, mais les rapprochements suivants peuvent tout de même être faits :

- les « demandeurs » ou « requérants » d'asile visent la même catégorie de personnes, que cela soit en droit suisse ou en droit européen ;
- les « NEMs » ont reçu une décision négative au stade de la recevabilité. Ils peuvent alors être comparés aux personnes ayant reçu le même type de décision au niveau européen. Ces personnes peuvent être qualifiées d'« irrecevables » ;
- les « déboutés » de l'asile ont vu leur demande être rejetée sur le fond. Au niveau européen, les personnes qui reçoivent une décision négative suite à un examen matériel de leur demande ne connaissent pas de dénomination particulière, mais puisque leur demande est considérée comme « infondée », on peut les appeler les « infondés » ;
- les « réfugiés au bénéfice de l'asile » au sens du droit suisse sont des « réfugiés » au sens du droit européen. La particularité helvétique des réfugiés admis provisoirement n'a pas d'équivalent européen ;
- les « admis provisoires "suisse" » (qui ont donc reçu une décision négative, mais dont le renvoi n'est pas exécutoire) correspondent plus ou moins aux « personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire » au sens du droit européen et enfin,
- la catégorie des « personnes à protéger » prévue par le droit suisse peut, dans les grandes lignes, être assimilée à la catégorie des « personnes bénéficiant d'une protection temporaire » prévue par le droit européen.

Toutes ces personnes connaissent des droits différents en fonction de la catégorie à laquelle elles ont été attribuées. Les principaux éléments à retenir ont trait à la question de l'hébergement, au droit de travailler, au droit à la vie familiale, au droit à la scolarisation et au droit à l'assistance, à la sécurité sociale et aux soins.

Pour ce qui est de l'hébergement, bien que les situations particulières varient, d'une part, selon la catégorie de personne concernée et, d'autre part, en fonction du pays (voire du canton dans l'hypothèse suisse) dans lequel les personnes se trouvent, il peut être admis que, en règle générale, les personnes sont hébergées dans des lieux collectifs (parfois individuels dans certains cas particuliers) durant la procédure d'asile et sont ensuite plus « libres » une fois qu'ils ont acquis un statut « stable » et « positif », c'est-à-dire un droit de séjour (de plus ou moins longue durée).

En ce qui concerne le droit de travailler, la situation peut être schématiquement résumée de la manière suivante : si les personnes n'ont pas de statut légal ou sont dans une situation « instable » ou non définitive, elles n'ont en principe pas le droit de travailler. En revanche, plus leur situation est stable, plus ce droit leur est accordé. Pour dire les choses de manière plus détaillée, les personnes en attente d'une décision d'asile (requérants) n'ont en principe pas le droit de travailler, du moins pas durant les premiers mois (voire la première année) de leur séjour. Les personnes qui ont reçu une décision négative (formelle ou matérielle) sont, dans les faits, à peu près dans la même situation : elles ne peuvent en principe pas exercer d'activité lucrative. A l'inverse, les réfugiés (asile et admission provisoire en Suisse), ainsi que les réfugiés « européens » peuvent accéder au marché du travail, en raison notamment de la Convention de Genève. Les personnes au bénéfice d'une protection subsidiaire en Europe sont désormais traitées dans le même cadre. Entre-deux, en Suisse, les admis provisoires « normaux » ne peuvent avoir une activité lucrative qu'à certaines conditions et enfin, les personnes à protéger en droit suisse ne peuvent pas travailler les trois premiers mois, mais le peuvent par la suite (à condition d'obtenir une autorisation cantonale), alors que les personnes à protéger temporairement en droit européen ont, en théorie, un accès large à l'emploi, mais qui peut être restreint en pratique.

Ce critère de la durabilité du séjour peut aussi être retenu en ce qui concerne le droit au regroupement familial. Ainsi, les requérants d'asile tout comme les personnes en séjour irrégulier n'ont pas de droit au regroupement familial, alors que les réfugiés connaissent un tel droit (à certaines conditions toutefois). Les réfugiés au bénéfice d'une admission provisoire, ainsi que les (autres) personnes admises provisoirement ont droit au regroupement à certaines conditions également (mais les conditions sont bien plus strictes que pour les réfugiés « normaux »). Les personnes protégées subsidiairement n'ont pas un droit explicite au regroupement, mais le principe de l'unité de la famille doit être sauvegardé lorsque les membres de la famille se trouvent sur le territoire de l'Etat membre. La situation des personnes à protéger (droit suisse) et les personnes temporairement protégées (droit européen)

est plus favorable : ces personnes ont un droit au regroupement (pour autant qu'il n'existe pas de motif d'exclusion pour les personnes concernées par le droit suisse).

L'accès à la scolarisation dépend aussi, en droit suisse comme en droit européen, du caractère légal, puis durable, du séjour : ainsi, lorsque le statut est clairement établi et stable, les enfants ont en principe un accès complet à l'éducation. En revanche, les enfants des requérants d'asile (ou les requérants mineurs) peuvent n'avoir, dans un premier temps du moins, qu'un accès « restreint » ou « spécial » à la scolarisation (dans les centres de procédure par exemple). La situation des enfants des personnes en séjour irrégulier est la plus délicate en ce qui concerne l'accès concret à la scolarisation : elle variera d'un Etat (voire d'un canton) à l'autre.

La question de l'assistance (tant en ce qui concerne le droit que le montant) en Suisse peut aussi être assez clairement déterminée en fonction du caractère durable du séjour. Bien que l'idée générale soit dans le fond la même au niveau européen, cela ne ressort pas autant distinctement des différentes directives. La situation en Suisse est la suivante : les personnes dont le séjour est irrégulier ne peuvent obtenir qu'une aide d'urgence (bien inférieure à l'aide sociale) ; les personnes dont le séjour est légal, mais appelé à ne pas « durer » ont droit à une aide sociale, qui peut toutefois différer de (sous-entendu être inférieure à) celle octroyée aux Suisses ; enfin, les personnes dont le séjour est légal et stable peuvent bénéficier d'une aide sociale qui doit correspondre à celle accordée aux Suisses. Au niveau européen, les personnes séjournant irrégulièrement ne sont pas soumises à une disposition légale spéciale. Chaque Etat membre devra donc établir sa propre réglementation. Les Etats membres doivent respecter les « conditions minimales d'accueil » déterminées par une directive du même nom en ce qui concerne le logement, la nourriture, l'habillement et une allocation journalière pour les requérants d'asile. Ces normes étant « minimales », les conditions réelles sont très variables d'un Etat membre à l'autre. Les personnes temporairement protégées doivent se voir accorder un « soutien nécessaire en matière d'aide sociale », sans que cette notion ne soit vraiment précisée. Là encore, les Etats membres doivent concrétiser cette notion. Enfin, la situation des réfugiés et des personnes subsidiairement protégées correspond à peu près à la distinction faite en Suisse : l'assistance sociale accordée aux réfugiés doit correspondre à celle octroyée aux ressortissants de l'Etat, alors que celle offerte aux personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire peut être limitée à des « prestations essentielles » qui, toutefois, ne peuvent pas différer de celles accordées aux ressortissants de l'Etat membre.

Pour ce qui est, enfin et plus généralement, de la situation des NEMs en Suisse et des irrecevables au sein de l'Union européenne, il est possible d'affirmer qu'ils se trouvent dans une sorte d'imbroglio ou de « *no mans' land* » juridique. Parce que ces personnes sont indésirables, leur cas n'est pas (clairement ou du tout) réglé par la loi. Leur présence n'est toutefois pas discutable et il s'agit de leur reconnaître désormais certains droits fondamentaux.

Dans cette optique, pour que la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne agissent en conformité avec leurs obligations internationales, il faut notamment :

- remédier à cette lacune juridique qui a trait au (non-)statut de ces personnes ;
- leur reconnaître un statut tant que le renvoi ne peut pas être exécuté ;
- rendre ce statut automatiquement stable et durable si, après un certain nombre d'années, le renvoi n'a toujours pas été exécuté pour des raisons qui ne sont pas imputables à la personne concernée ;
- leur octroyer, durant la période d'attente du renvoi, la possibilité effective d'exercer leurs droits sociaux, économiques et culturels. Cela implique :
 - le droit de travailler dans des conditions équitables ou au moins de participer à des programmes d'occupation ou, le cas échéant,
 - le droit de bénéficier de prestations d'aide sociale étatique (et pas uniquement d'une aide d'urgence) ;
 - le droit d'accéder à des logements ou centres d'hébergements décents (si nécessaire grâce à une aide étatique minimale) ;
 - le droit d'accéder aux soins de santé nécessaires et pas uniquement aux soins d'urgence, y compris aux soins de santé psychique et ce, sans obstacle d'aucun genre. Les personnes vulnérables doivent pouvoir bénéficier des mêmes soins que les nationaux ;
 - le droit, pour les enfants, d'accéder sans obstacle d'aucun genre à la scolarisation obligatoire et le droit à ce que leur formation soit au minimum attestée.

2.3. Au niveau de la compatibilité entre les différents ordres juridiques étudiés : oui et non ? un moteur et un (petit) frein ?

Cet ouvrage avait également pour objectif d'établir si, d'une part, le droit suisse de l'asile est « eurocompatible » et, d'autre part, si les normes suisses et européennes dans ce domaine respectent le droit international. La réponse à ces deux questions doit se faire en deux temps. En ce qui concerne le premier point, il est assez aisé de résumer par un « oui », alors que pour le second, la réponse a plutôt tendance à glisser vers un « non » (ou, du moins, un « non, pas vraiment »).

Il est assez évident qu'avec le temps et les dernières évolutions législatives suisses et européennes, et en particulier avec les accords d'association à l'espace Schengen, ces deux ordres juridiques tendent à se rapprocher, à s'harmoniser, voire à s'assimiler (la Suisse s'assimilant plus à l'Union européenne que l'inverse, bien évidemment) pour bientôt se fondre dans une sorte de politique commune. Des disparités existent encore, on l'a vu

notamment avec certaines nuances dans les procédures ou dans les différents statuts « proposés », mais les tendances sont les mêmes, les objectifs se rejoignent et, d'une manière générale, il est ainsi possible de dire que la Suisse a développé un système juridique d'asile qui est « eurocompatible » avec celui de l'Union européenne. C'est donc une « bonne élève » qui, sans vouloir pour l'instant participer au cours, suit tout de même un programme assez semblable. Dans ce sens, et pour prendre une autre métaphore, le droit européen est en quelque sorte un « moteur » pour la Suisse qui tend à évoluer dans la même direction. Se prononçant sur l'évolution des différentes législations nationales des Etats européens, CHETAIL affirmait d'ailleurs que « [l']harmonisation européenne est devenue la force motrice des législations nationales sur l'asile au détriment des obligations internationales et constitutionnelles des Etats membres »¹⁸⁰⁶.

La compatibilité de ces deux ordres juridiques avec les normes relevant du droit international est plus délicate. On l'a vu, les règles des droits humains sont bien souvent plus généreuses dans leur esprit, ainsi que dans leur lettre. Elles sont cependant fréquemment considérées comme étant trop générales, pas (ou peu) contraignantes, trop « floues » ou « incertaines », voire trop éloignées dans le temps pour notre époque (pour ne pas dire « trop vieilles »), par les Etats qui se permettent ainsi de les interpréter de manière restrictive ou opportuniste¹⁸⁰⁷. Les organes internationaux de contrôle tels que la Cour européenne des droits de l'homme constituent toutefois heureusement un rempart important face à ces interprétations parfois hasardeuses qu'en font les Etats. Dans ce sens, le droit international – certes parfois ancien et à caractère général, mais toujours valable – établit ainsi une sorte de (petit) frein à l'évolution générale du droit d'asile en Suisse et au sein de l'Union européenne.

Ce n'est pas l'harmonisation en tant que telle, mais le résultat auquel elle aboutit qui est remis en question ici. Dans un monde toujours plus « en réseau »¹⁸⁰⁸, les politiques migratoires (et la politique d'asile en tant qu'une facette parmi d'autres des migrations) ne peuvent en effet pas être traitées isolément et différemment par chaque Etat. En ce sens, une harmonisation – et plus qu'une harmonisation, une véritable politique commune en matière d'immigration tout comme en matière d'asile – est bel et bien utile et nécessaire. Elle ne peut en revanche pas uniquement se fonder sur le plus petit dénominateur commun, mais doit atteindre et respecter les standards imposés par les instruments plus généreux du droit international.

¹⁸⁰⁶ CHETAIL, *La réforme française de l'asile*, p. 863.

¹⁸⁰⁷ CHEMILLIER-GENDREAU estime que « l'ensemble normatif [du droit international] est peu efficace, en raison soit d'ambiguïtés de formulation, soit d'absence de mécanismes d'application. De plus, la notion de sécurité et le devoir des Etats de se protéger contre les dangers réels ont envahi l'espace symbolique et contribué à l'affaiblissement des garanties pour les migrants sans titre de séjour ». CHEMILLIER-GENDREAU, p. 325.

¹⁸⁰⁸ Expression d'EFIONAYI-MÄDER, ACHERMANN, p. 362 : « Les réglementations nationales ne peuvent gérer l'immigration que de manière limitée dans un monde toujours plus fortement en réseau ».

Pour ce faire, il ne suffit pas non plus aux Etats de simplement rappeler, dans le préambule des textes qu'ils élaborent (et en particulier des directives), le respect des droits fondamentaux et des engagements internationaux par lesquels ils sont liés. Pour que les obligations internationales soient effectivement garanties, il faut encore que le contenu de l'instrument (loi ou directive) soit ensuite cohérent avec l'évocation faite en préambule de ces obligations. Ces rappels « moralisateurs » laissent sérieusement songeur quant à leur véritable impact sur la politique européenne en matière d'asile et donnent parfois à penser que les Etats, après les avoir invoqués, se sentent libérés de la contrainte de ces textes et s'estiment ensuite habilités à introduire à peu près n'importe quel principe dans une directive, au seul motif qu'ils se sont initialement prévalu du respect général des droits fondamentaux¹⁸⁰⁹.

Pour CHEMILLIER-GENDREAU, cette manière de faire résulte d'un « utilitarisme dominateur » en ce sens que les Etats sont avant tout guidés par leurs intérêts propres et immédiats et, en définitive, peu préoccupés par les obligations internationales¹⁸¹⁰. Cette optique a pour résultat de vider toujours plus de leur substance les « grands instruments » des droits humains. Ils sont ainsi marginalisés au profit de nouvelles normes « minimales » qui verrouillent – à tort – une interprétation plus large ou extensive des notions souples de ces textes¹⁸¹¹.

Les importants textes des droits humains (on pense ici particulièrement à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Convention des réfugiés) ont été édictés suite aux graves événements survenus lors de la Seconde Guerre mondiale. Ils ont vu le jour dans le but de protéger les droits fondamentaux des individus. L'Europe se voulait alors la gardienne et la protectrice de ces valeurs. Elle semble désormais avoir choisi un chemin qui tend de plus en plus à s'écarter de telles conceptions ou, pour le dire autrement, on assiste au « passage d'une Europe terre d'accueil à une Europe forteresse »¹⁸¹².

¹⁸⁰⁹ Pour un exemple concret et une critique nette, voir URBANO DE SOUSA qui juge que « la directive 2003/86, avec toutes ces limitations, constitue un véritable monument d'hypocrisie. En effet son contenu normatif s'oppose à l'objectif déclaré, dans son 2^e considérant, de régler le "regroupement familial en conformité avec l'obligation de protection de la famille et du respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international" ». URBANO DE SOUSA, p. 138.

¹⁸¹⁰ « [Q]ue ce soit à l'échelon national ou à l'échelle européenne, partout l'on constate que des sociétés développées qui se targuent d'être à la pointe des progrès politiques, se sont dotées d'un droit de l'immigration qui est adapté à des injonctions sociales, économiques et idéologiques qui sont l'émanation des égoïsmes nationaux et qui ne sont pas compatibles avec la logique des droits humains pourtant hautement affirmés ». CHEMILLIER-GENDREAU, p. 340.

¹⁸¹¹ Dans ce sens : « L'Europe et son "harmonisation" des concepts a tronqué la Convention de Genève jusqu'à la vider de son sens dans un premier temps, et la bâillonner dans un second temps pour que se développent de nouveaux instruments de rejet ». LANTERO, p. 123, ainsi que : « However, when one comes to examine the developing EU acquis in the field one has the impression that the Member States are seeking to draw up a whole new acquis unencumbered by their international commitments ». GUILD, p. 218.

¹⁸¹² LANTERO, p. 91.

3. LES PRINCIPAUX PROBLEMES

3.1. La catégorisation des personnes concernées par l'asile et l'usage intensif de notions juridiques indéterminées : des mesures dilutives pour mieux dissiper la réalité ?

L'importante catégorisation des personnes concernées par l'asile, mêlée à l'usage intensif de notions juridiques indéterminées par les législateurs, a principalement une conséquence : elle conduit à déshumaniser la procédure et les statuts liés à l'asile, c'est-à-dire à oublier (ou à nier) que l'être humain devrait en être le centre (ch. 3.2).

Prenons tout d'abord le cas de la catégorisation « à outrance » des situations relatives à l'asile. Si on récapitule, on trouve, entre le droit suisse et le droit européen, une bonne dizaine de catégories de personnes qui sont, de près ou de loin, liées à des circonstances d'asile ou, autrement dit, qui se trouvent dans un besoin de protection (voire pour lesquelles ce besoin de protection a été nié, mais qui sont malgré tout présentes dans le – ou proche du – système de l'asile).

En résumé, le droit suisse de l'asile – et parfois plus largement le droit des étrangers – consacre des dispositions aux NEMs et aux déboutés (dans le cadre de la procédure et pour l'aide d'urgence), aux requérants d'asile, aux admis provisoires, aux personnes à protéger, aux réfugiés au bénéfice de l'admission provisoire et à ceux au bénéfice de l'asile. Pas moins de six catégories, si l'on assimile les déboutés aux NEMs.

Au niveau européen, les différents textes traitent des irrecevables et infondés (dans le cadre de la procédure presque uniquement), des requérants d'asile, des personnes protégées temporairement, des personnes protégées subsidiairement et des réfugiés, ce qui conduit à cinq catégories (si, à nouveau, on amalgame les irrecevables et les infondés).

Toutes ces personnes ont en commun le fait qu'elles ont déposé une demande de protection. Dans quatre hypothèses helvétiques et dans trois hypothèses européennes, une sorte de protection, plus ou moins temporaire et incertaine ou stable et solide, a été accordée. Dans les deux ordres juridiques, les requérants d'asile sont en attente d'une décision, mais sont tout de même protégés contre le refoulement notamment tant et aussi longtemps qu'aucune décision n'a été rendue à leur encontre. Enfin, les NEMs, déboutés, irrecevables et infondés n'ont pas reçu de protection, n'ont donc pas de statut, mais séjournent malgré tout, de manière irrégulière, sur le territoire des Etats concernés, errant dans une sorte de *no man's land* juridique.

Ces (trop) nombreuses catégories de personnes ou de statuts rendent la situation générale et juridique très (et peut-être inutilement) complexe. Elles ont un effet « dilutif » qui ne permet plus d'avoir une vue d'ensemble cohérente de toutes ces personnes¹⁸¹³. Dans une telle situation, il est alors plus facile d'oublier une catégorie dont on ne sait trop que faire et de la laisser simplement « dans l'ombre ». De cette manière, on néglige l'être humain et on crée une catégorie d'étrangers à qui l'on pourra facilement reprocher la présence et les agissements, quels qu'ils soient.

Si l'on voulait « schématiser » ou simplifier quelque peu la situation, il serait possible de dire qu'il y a d'un côté, les réfugiés (qui répondent à des critères juridiques assez précis), auxquels ont été ajoutés, par nécessité, des sortes de « sous-catégories »¹⁸¹⁴ (les admis provisoire, les personnes à protéger, celles qui sont protégées temporairement ou encore celles qui le sont subsidiairement). Toutes ces personnes ne remplissent pas les critères de persécution définis notamment par la Convention de Genève, mais il n'est cependant décemment pas possible de ne pas préserver leur sécurité et de les renvoyer. De l'autre côté se trouvent actuellement les « autres », les migrants économiques, sociaux, climatiques, les NEMs, les irrecevables, bref, toutes ces personnes pour lesquelles il n'existe pas (ou pas encore) de statut.

S'il est évidemment essentiel d'octroyer une protection effective aux personnes persécutées « politiquement » et que, heureusement, ce système de protection existe, se limiter à ces personnes-là n'est pas réaliste. On se trouve désormais face des problèmes, des troubles, des situations de violence (quel que soit le nom qui leur est donné) d'un degré extrême et il est impossible à l'heure actuelle de continuer à faire comme s'ils n'existaient pas. Ces situations existent, les gens qui les vivent sont réels, ils migrent dans nos régions à la recherche d'une autre vie, d'une nouvelle vie, ou simplement de leur vie, mais dignement vivable.

Parallèlement à la surenchère actuelle dans le classement des personnes concernées de près ou de loin par l'asile, le droit d'asile est confronté à l'usage intensif – voire excessif – de notions juridiques indéterminées. Ce n'est bien sûr pas le seul domaine du droit qui se trouve en proie avec cette pratique, mais l'harmonisation nécessaire des politiques d'asile amène trop fréquemment le législateur à recourir à ces concepts. C'est souvent le seul moyen d'arriver à trouver un accord, même sur un minimum ou sur le plus petit dénominateur commun.

¹⁸¹³ « [L]es catégories de migrants [...] sont devenues plus floues en se mondialisant ». WIHTOL DE WENDEN, p. 51.

¹⁸¹⁴ Ce terme ne doit pas être lu comme présentant une appréciation hiérarchique. Dans ce sens : « [u]ne première distinction relative aux sujets respectifs du droit d'asile et du droit de l'immigration est disponible ici. Cette délimitation est basique et imparfaite [délimitation fondée sur le risque de persécution pour définir les réfugiés] et nous précisons d'emblée qu'en dissociant les réfugiés des immigrés, il ne s'agit aucunement de déconsidérer les seconds, ou de hiérarchiser les individus sur la base d'un "mérite migratoire". Il apparaît néanmoins que cette classification est la grille de lecture la plus nette dont on dispose pour distinguer les sujets du droit des réfugiés, des sujets du droit de l'immigration ». LANTERO, p. 82.

Si le caractère flou et indéfini de ces notions a l'avantage de permettre une adaptation à l'évolution de la situation et une grande flexibilité, il présente aussi l'inconvénient notable (ou du moins le risque) de venir perturber l'ordre et la sécurité juridiques en laissant une place considérable à l'appréciation des autorités (administratives ou judiciaires) pour l'interprétation souple, voire « complaisante » de ces concepts indéterminés. Le risque d'arbitraire n'est alors pas négligeable¹⁸¹⁵.

Ces notions indéterminées présentent ainsi un réel intérêt pour les Etats, mais pas pour les personnes liées à l'asile, à qui elles n'offrent qu'une maigre protection, celle du plus petit dénominateur commun justement. On rejoint alors ici, d'une part, le problème soulevé précédemment, à savoir celui des risques que constituent les mesures d'harmonisation¹⁸¹⁶ et d'autre part, celui de la déshumanisation de la procédure et des statuts ou, autrement dit, le fait que l'humain n'est pas au centre des préoccupations des autorités, mais que ce sont d'autres intérêts qui prévalent lors de l'élaboration des politiques d'asile.

3.2. La déshumanisation de la procédure et du statut

D'une manière générale, les politiques d'asile actuelles (que ce soit celle de l'Union européenne, de ses Etats membres ou de la Suisse) tendent vers un double objectif parfaitement résumé par ICARD : « décourager les demandes d'asile et accélérer les procédures de traitement »¹⁸¹⁷.

Dans cet état d'esprit, l'humain n'est donc que peu (pour ne pas dire pas du tout) au centre des préoccupations des Etats¹⁸¹⁸. Dans le cadre de la procédure d'asile, il existe une tension permanente entre, d'une part, l'objectivation nécessaire d'une demande d'asile dans son traitement par les autorités et, d'autre part, l'homme ou la femme au centre de la procédure et

¹⁸¹⁵ Dans ce sens, mais en ce qui concerne la LEtr : « La LEtr fourmille de notions juridiques indéterminées qui laissent la porte ouverte au pouvoir discrétionnaire de l'administration et à une très grande latitude de jugement au stade de l'interprétation de la loi. La liberté d'appréciation proroge le règne de l'arbitraire qui caractérise depuis sa naissance ce droit d'exception [...]. L'interprétation de ces formulations sanctionne le règne de l'arbitraire, elle dépend de directives d'application et d'une pratique administrative qui s'exerce dans un sens restrictif et hors de tout contrôle démocratique. Le Conseil fédéral l'admet franchement dans son "Rapport explicatif au projet de LEtr de juin 2000" (p. 11), le pouvoir d'appréciation des autorités "se révèle malgré tout nécessaire pour appliquer une politique restrictive d'admission" ! ». WEILL-LEVY, GRÜNBERG, ISLER GLAUS, p. 123-124 et 125.

¹⁸¹⁶ « L'harmonisation des politiques nationales d'asile et d'immigration est une subtile alchimie porteuse de dangers, de chances et d'inconnues ». AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*, p. 19.

¹⁸¹⁷ ICARD, p. 160.

¹⁸¹⁸ SANCHEZ-MAZAS ET SALGADO estiment que les migrations actuelles sont accompagnées d'un « espace d'illégalité, d'indignité et de vulnérabilité collective ». SANCHEZ-MAZAS, SALGADO, p. 706.

son histoire. Lors de la procédure, il existe un risque que les autorités ne tiennent compte que de ce qui a été objectivé¹⁸¹⁹ et que « l'humain » disparaisse.

Toute la procédure se fonde sur la perception et l'interprétation du vrai et du faux par l'auditeur, sur une sorte de « présomption de mensonge »¹⁸²⁰ pour le requérant (alors que la loi dit « rendre vraisemblable »), sur une « présomption de véracité »¹⁸²¹ pour les autorités, alors qu'il y a en fin de compte clairement une partie forte et une partie faible.

En théorie, la procédure d'asile devrait pourtant être une confrontation de deux évaluations de la situation, celle faite par la personne qui demande une protection et celle faite par les autorités, à savoir, d'un côté, le risque personnel et subjectif du requérant qu'il doit rendre objectif dans le cadre de la procédure d'asile et de l'autre, le risque (qu'encourt le requérant), mais qui est évalué par l'Etat et qui devrait, en théorie, être objectif¹⁸²².

En pratique, dans certaines hypothèses comme celle en particulier de l'« Etat sûr », la position de l'Etat prime clairement sur celle du requérant¹⁸²³, alors qu'elle présente tout de même un certain nombre de défauts. D'où l'importance, dans le cadre d'une procédure d'asile, de prendre en compte les différentes perceptions en cause, de ne pas en faire prévaloir une de manière systématique et de garder à l'esprit que c'est l'humain qui doit rester au cœur des analyses.

Une des responsabilités de l'Etat serait de redonner un caractère humain à la procédure et de remettre l'« homme » au centre. Cela implique de développer un système qui ne soit pas démesurément procédurier, qui ne pose pas des présomptions négatives (fondées sur le mensonge), qui renforce la protection de la partie faible (le requérant) par rapport à la partie forte (l'Etat), qui ne rende pas la procédure à ce point compliquée et complexe que personne ne s'y retrouve et particulièrement pas les principaux concernés et qui n'ajoute pas, à chaque étape de la procédure, un obstacle supplémentaire tel qu'une obligation de collaborer extrême

¹⁸¹⁹ « Care must be taken not to colonise the individualist-subjectivist risk assessment by the risk assessment of the authorities ». NOLL, *Evidentiary Assessment*, p. 158.

¹⁸²⁰ Dans ce sens et sur le fameux « mythe du faux réfugiés », voir LANTERO, p. 87-88.

¹⁸²¹ Que LANTERO nomme le « mythe de l'expertise », en ce sens que la faculté qu'auraient les décideurs de détecter le vrai du faux se fonde aussi sur un mythe. Ibidem.

¹⁸²² Plus généralement, sur ces questions d'objectivité et de subjectivité, en particulier dans le cadre de la Convention de Genève, voir NOLL, *Evidentiary Assessment*, p. 141-159.

¹⁸²³ Il existe une présomption « réfragable » de sécurité de l'Etat que le requérant ne peut, en pratique, quasiment pas réfuter. Le caractère sûr des Etats de Dublin est l'exemple le plus frappant et l'arrêt M.S.S. l'a clairement démontré : il a fallu des années et des dizaines de rapports d'ONG attestant de la situation en Grèce pour que les risques à l'égard des requérants d'asile soient reconnus. Arrêt CEDH M.S.S. c. Belgique et Grèce, du 21 janvier 2011, requête no 30696/09. Sur cette question de la présomption, voir HRUSCHKA, MAIANI, p. 8 ss. Pour une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, voir l'arrêt CJUE N. S. c. Secretary of State for the Home Department, du 21 décembre 2011, affaire C-411/10.

ou de fournir des preuves impossibles à se procurer, la fixation de délais exagérément courts, la suppression possible de l'effet suspensif au recours, l'imposition d'une langue autre que celle de la région (du mandataire), l'exigence d'avances de frais outrancières ou encore la limitation drastique du droit d'être entendu.

Non seulement la procédure en tant que telle est déshumanisée, mais un des résultats possibles de la procédure l'est aussi. Le vide juridique et la situation extrêmement précaire dans lesquels se trouvent les NEMs et les irrecevables – le fait qu'ils n'aient pas de statut clair, pas de papiers, des droits fondamentaux très restreints –, conduit à leur nier leur qualité d'être humain et à les priver du droit d'exister. Cela les mène à un « voyage au bout de l'exclusion » : « [s]ans autorisation de séjour, sans possibilité de travail, sans possibilité de quitter la Suisse, légalement faute de titre de voyage ou illégalement faute de moyens financiers, il[s] se trouve[nt] dans une situation complètement bloquée »¹⁸²⁴. SUBILIA conclut ainsi en citant le récit d'un homme : « [o]n a demandé à M. John de disparaître, il a disparu [il est retrouvé mort dans un parc]. C'est la conclusion logique de la procédure dans laquelle il se trouvait »¹⁸²⁵.

Si l'Etat entend agir de manière responsable sur ce point-là également, il ne devrait pas laisser des catégories de personnes sans statut. Ce vide juridique devrait être réparé et les droits fondamentaux « minimaux » de la personne concernée devraient être effectivement garantis.

Il convient tout de même de relever à ce stade que les tribunaux jouent parfois un rôle important de « gardien » du droit et sont amenés à freiner les politiques et à remettre l'humain au centre. Deux exemples de jurisprudence suisse, mentionnés dans le cadre de ce travail¹⁸²⁶, sont particulièrement intéressants à cet égard, mais cette tendance est également constatée à d'autres niveaux¹⁸²⁷ et est notamment due « à la juridisation croissante des questions d'immigration et d'asile »¹⁸²⁸.

4. DES SOLUTIONS DURABLES ?

4.1. Remarques liminaires

Dans un thème aussi complexe que la migration et l'asile, où un nombre considérable de paramètres doivent être pris en compte, où les tensions politiques sont fortement mises à contribution et où la collaboration avec d'autres Etats est nécessaire, il n'est pas évident

¹⁸²⁴ SUBILIA, p. 325-327.

¹⁸²⁵ Idem, p. 327.

¹⁸²⁶ Voir l'ATF 131 I 166 rendu en pleine session parlementaire, cf. note 1705 à 1708, ci-dessus, ainsi que l'arrêt du TF 2C_459/2011, cité à la note 1446, ci-dessus.

¹⁸²⁷ Voir par exemple les différents arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁸²⁸ CRÉPEAU, ATAK, p. 249.

d'ébaucher des pistes de solutions qui soient concrètes et réalistes. Je m'y essaierai tout de même et prends le risque d'énoncer deux voies complémentaires, l'une au niveau international (ch. 4.2) et l'autre au niveau interne (ch. 4.3).

Ces deux observations ne sont présentées ici que comme deux propositions ouvertes, insérables dans une politique migratoire à long terme, et elles ne dispensent pas les Etats des obligations plus immédiates qui découlent du droit supérieur et qui sont présentées tout au long de ce travail et en particulier dans les deux synthèses principales¹⁸²⁹. Pour le dire autrement, ces réflexions ne s'inscrivent pas dans cette sorte de « frénésie législative »¹⁸³⁰ actuelle, mais rappellent avant tout que pour améliorer les conditions du droit d'asile, il convient d'appliquer de manière adéquate les normes existantes. En second lieu, une modification substantielle du système pourrait être envisagée (ch. 4.3.4).

4.2. Au niveau international

4.2.1. Une politique universelle et cohérente

Qu'on ne s'y trompe pas, les solutions choisies par nos pays ont répondu à des soucis historiques et politiques, étapes par étapes, chaque mesure correspondant à une préoccupation du moment. Mais en ce début de XXI^e siècle, dans un monde de plus en plus globalisé et mélangé, il n'est plus raisonnable de continuer à défendre des politiques morcelées et disparates ; il n'est plus imaginable de trouver des solutions uniquement à l'échelle nationale. Il est temps de penser à un droit des migrations complet, cohérent et juste, qui réponde aux besoins de la société actuelle.

En ce sens, les difficiles tentatives d'harmonisation (voire d'unification) de ces droits, au niveau de l'Union européenne notamment, n'ont pas encore réussi à atteindre cet objectif, ou du moins pas celui de traiter la problématique dans une perspective humaine ou humanitaire, en prenant réellement en compte les intérêts de tous les migrants. Elles ne constituent du reste qu'une politique sectorielle.

Comme le souligne à juste titre KATABUKA, l'harmonisation au niveau européen ne suffit pas pour réguler l'immigration et régler les questions liées à l'asile : « [l]e fait que l'asile et l'immigration soient traités de manière commune par les Etats membres de l'UE rend certes difficile l'immigration illégale et les abus de la procédure d'asile, mais cela n'enlève pas la détermination des populations pauvres en quête d'une vie meilleure de braver toutes les restrictions au péril même de leur vie pour entrer en Europe occidentale. Pour être efficace, l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en place par l'UE doit continuer à se

¹⁸²⁹ Voir ci-dessus les ch. III.5 et IV.4, ainsi que les synthèses présentées pour la Suisse et pour l'Union européenne dans chacune des deux parties.

¹⁸³⁰ PIGUET, p. 84.

construire de concert avec la coopération et l'aide au développement des pays d'où proviennent les immigrants illégaux »¹⁸³¹.

Une politique cohérente dans ce domaine ne pourra se faire qu'à travers une plus grande solidarité de la part des Etats du « Nord » vis-à-vis des pays d'exil et des Etats du centre de l'Europe à l'égard des Etats périphériques bien plus sollicités.

Il est désormais urgent que les Etats « centraux » réalisent que se décharger sur les Etats périphériques n'est une solution ni durable, ni responsable. TURPIN a, à mon sens, très justement résumé la situation¹⁸³² : « [d]ans un monde globalisé, l'Union européenne, comme atteinte d'une sorte de "syndrome d'Exodus", tend à se recroqueviller sur ses privilèges, mais [...] ce serait une grave erreur, morale, politique et même économique, de s'en tenir à une telle frilosité. Bien entendu, les difficultés à surmonter sont innombrables [...] mais il est évident qu'elles ne pourront l'être, le cas échéant, que dans le cadre d'une véritable politique communautaire de l'immigration et de l'asile [...]. L'Europe de demain n'a de raison d'être que solidaire »¹⁸³³.

4.2.2. Des mesures concrètes, mais pas limitées à l'échelle sectorielle

Il est vrai qu'une certaine solidarité s'installe petit à petit au travers des pays de l'Union européenne. Un Fonds européen pour les réfugiés 2008-2013¹⁸³⁴ a notamment été instauré. Il est doté, pour cette période, de 628 millions d'euros à répartir entre les 27 Etats membres. La répartition se fait de la manière suivante : 300 000 euros par an sont octroyés à chaque Etat membre, les derniers « arrivés » recevant cependant un montant de 500 000 euros par an. Le solde est partagé proportionnellement entre les Etats membres en fonction du nombre de réfugiés, de bénéficiaires de la protection subsidiaire et de personnes réinstallées au cours des trois dernières années (30 % du solde). Pour les 70 % restant, le partage se fait en fonction du nombre de demandeurs d'asile ou de bénéficiaires de la protection temporaire.

Dans le même sens, un Bureau européen d'appui en matière d'asile a été créé en 2010¹⁸³⁵. Il devrait être totalement opérationnel au cours de l'année 2011. Ce bureau a notamment pour mission d'apporter un appui « opérationnel effectif » aux Etats membres qui subissent une

¹⁸³¹ KATABUKA, p. 60.

¹⁸³² En ce qui concerne l'Union européenne. Cette observation est toutefois valable pour la Suisse également.

¹⁸³³ TURPIN, p. 338.

¹⁸³⁴ Décision no 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires» et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil. JO L 144/1, du 6 juin 2007.

¹⁸³⁵ Règlement (UE) no 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L132/11, du 29 mai 2010.

pression particulière en matière d’asile et d’accueil. Pour ce faire, ses tâches vont de l’appui à la coopération pratique en matière d’asile (qui comprend notamment l’échange d’informations et de bonnes pratiques, la collecte d’informations sur les pays d’origine et la mise en place de formations destinées aux autorités nationales), à l’appui spécifique destiné aux Etats membres soumis à des pressions particulières (qui consiste à collecter et analyser des informations, mais aussi à contribuer à mettre en place des installations d’accueil appropriées relatives au logement d’urgence, aux transports et à l’assistance médicale, ainsi qu’à coordonner des équipes d’appui « asile » comprenant principalement des « experts » et des interprètes).

Ces deux actions doivent être retenues avec la plus grande attention, mais l’avenir de l’asile nécessiterait encore une autre solidarité avec les pays « débordés » par les demandes d’asile que l’envoi de gardes-frontières ou d’experts¹⁸³⁶. La suspension des renvois Dublin vers ces pays lors d’afflux massif serait par exemple un acte de solidarité plus efficace et une démonstration d’engagement plus crédible.

Pour sortir de la perspective strictement européenne, il convient de souligner qu’une solidarité au niveau international fait encore passablement défaut et que seules des mesures de coopération et d’aide au développement efficaces parviendront à compléter utilement les politiques migratoires établies par les Etats « européens » au sens géographique du terme.

4.2.3. L’intervention et la collaboration des migrants

Dans cette optique, faire intervenir les « acteurs » principaux de la migration, à savoir les migrants, est une démarche essentielle et constructive. Cette approche sert d’une part à renforcer leur dignité et les valoriser et d’autre part à porter « le regard sur les causes profondes du drame de la migration plutôt que sur l’autoprotection face à ses effets »¹⁸³⁷.

Le concours des migrants est donc essentiel pour développer une meilleure politique de coopération, mais il l’est aussi à deux autres titres. L’appui des migrants serait utile pour favoriser le retour de ceux qui ne pourront pas bénéficier d’une protection et, *a contrario*, pour aider les nouveaux arrivants, qui reçoivent une protection et un statut durable, à s’intégrer.

¹⁸³⁶ Dans ce sens, voir par exemple l’envoi, par la Suisse, de deux experts du Corps des gardes-frontière en Italie pour répondre à une demande de l’Agence européenne FRONTEX, faisant suite aux différents soulèvements en Afrique du nord. ADMINISTRATION FEDERALE DES DOUANES, 2011.

¹⁸³⁷ SANCHEZ-MAZAS, SALGADO, p. 709 ss, spéc. 714.

4.3. Au niveau national

4.3.1. Une politique interne cohérente

D'une manière générale, l'Etat (que cela soit la Suisse ou plus largement au niveau européen) ne peut pas définir sa politique migratoire comme bon lui semble. D'une part, il est tenu de respecter et de mettre en œuvre ses engagements internationaux, mais d'autre part, il se doit d'agir de manière conséquente et cohérente avec le reste de sa politique.

Dans ce sens, CHEMILLIER-GENDREAU rappelle que dans certaines circonstances, ce sont les Etats « receveurs » de migrants qui contribuent, de par leurs politiques, à occasionner, voire à provoquer les flux migratoires : « c'est oublier qu'en contradiction avec l'esprit et souvent la lettre des normes internationales, les gouvernements produisent les situations qu'ils prétendent ensuite combattre. Les stratégies internationales de réponse aux situations de crise qui engendrent les flux de personnes sont en contradiction avec les stratégies de protection produites par les craintes sécuritaires dans les pays d'accueil »¹⁸³⁸.

Outre le fait de mener une politique globale cohérente, l'Etat doit aussi savoir prendre des risques et s'investir dans des solutions concrètes et durables. A cet égard, il convient encore de discuter de trois points que l'Etat se doit d'assumer.

4.3.2. Une attitude positive à l'égard des migrants en général et à l'égard des personnes nécessitant une protection en particulier

Pour que l'être humain puisse être remis au centre de la procédure et qu'une politique d'asile soit efficiente, la perception que la population se fait des migrations en général et de l'asile en particulier est cruciale¹⁸³⁹.

Aujourd'hui, le climat politique qui règne en Suisse à l'égard des étrangers est un climat de suspicion et de crainte. La question des étrangers semble toujours plus préoccuper les Suisses. C'est en tous les cas ce que démontre le dernier baromètre réalisé par le Crédit suisse et

¹⁸³⁸ CHEMILLIER-GENDREAU, p. 339, qui mentionne notamment d'un côté le souhait des pays européens de bénéficier d'une migration de « travail utilitaire », et de l'autre des politiques de régularisation ou de regroupement familial très restrictives. Dans le même sens, on pourrait par ailleurs aussi penser aux appels des étrangers pour l'économie puis la fermeture des portes ou l'interdiction du regroupement familial opposé à l'époque aux saisonniers, ou encore, de manière bien plus large, à la protection des industries pharmaceutiques et des brevets qui a pour conséquence de ne pas laisser aux pays du sud la possibilité de créer à bas prix un accès à la santé et qui conduit ainsi les gens à migrer, ou aux subventions agricoles (et aux produits génétiquement modifiés) qui ne laissent aucune chance aux petits paysans « du sud » d'être concurrentiels et les obligent à abandonner leurs terres pour migrer afin de pouvoir faire survivre leur famille.

¹⁸³⁹ Dans ce sens, voir la contribution de SANCHEZ-MAZAS, SALGADO, p. 681-714, spéc. p. 684 ss et p. 697 ss.

Gfs.Bern qui place la question des étrangers au cinquième rang des inquiétudes des Suisses¹⁸⁴⁰. Chez les jeunes (âgés de 16 à 25 ans), cette préoccupation arrive même au premier rang et représente ainsi le principal problème du pays¹⁸⁴¹.

Les Etats doivent adopter une attitude positive envers les politiques migratoires pour éviter des assimilations négatives et dangereuses entre les différentes notions relatives à l'asile et à l'immigration et entre toutes les catégories de personnes concernées. Dans cette optique, l'Etat sera parfois amené à convaincre sa propre population pour lui rappeler que le « problème des réfugiés » a toujours existé et que c'est un droit consacré tant au niveau international qu'interne.

Il est ainsi essentiel que les autorités stoppent ou empêchent les rapprochements qui sont (trop systématiquement) faits entre l'asile et l'immigration d'abord, puis entre l'immigration et la criminalité ensuite et qui conduisent, par syllogisme, à assimiler en fin de compte l'asile à la criminalité¹⁸⁴². Pour que l'asile puisse être reconnu – notamment par la population résidente – comme un élément normal et nécessaire, les Etats ne peuvent pas véhiculer une image négative de ce droit. Ils devraient au contraire se fonder sur le préambule de la Convention de Genève qui rappelle le vœu que « tous les Etats, reconnaissant le caractère social et humanitaire du problème des réfugiés, fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter que ce problème ne devienne une cause de tension entre Etats » et appliquer cet engagement aussi au sein de leur propre juridiction pour éviter tout type de tension interne. Cette attitude devrait naturellement découler du mandat de protection des personnes persécutées que la Convention lègue aux Etats parties.

La décision d'attribuer, au sein de l'administration fédérale, le domaine de l'asile à la thématique plus vaste de la migration peut se comprendre. Toutefois, le fait que le droit d'asile relève du Département fédéral de justice et police contribue largement à cette stigmatisation et à cette assimilation dangereuse de l'asile avec la criminalité. Il aurait pu sembler plus logique que le droit de l'asile soit rattaché au Département fédéral des affaires étrangères, un Département qui a une plus grande expérience en matière de politique

¹⁸⁴⁰ CRÉDIT SUISSE, GFS.BERN, 2010.

¹⁸⁴¹ Ces résultats sont disponibles sur la page : <https://infocus.credit-suisse.com/app/article/index.cfm?fuseaction=OpenArticle&aoid=317177&coid=284834&lang=FR> (consultation : 16 août 2011).

¹⁸⁴² Dans ce sens, voir LANTERO (p. 83-91) qui affirme que « [l']absorption des considérations relatives au droit des réfugiés et au droit d'asile, par les préoccupations relatives au droit de l'immigration, et plus particulièrement à la *lutte contre* [l'auteure souligne] l'immigration est confirmée. Dans une politique d'utilitarisme migratoire, qui vise à choisir qui et combien peuvent venir, sur des critères d'assimilation (critères qui n'ont rien de scientifiques) et sur des critères économiques (qui ne sont pas plus pertinents que les premiers), la demande d'asile s'inscrit désormais dans le cadre de l'immigration "subie" qu'il s'agit d'endiguer », p. 123-124.

extérieure, qui connaît les conflits, les situations d'urgence, les climats politiques, etc.¹⁸⁴³. Les Accords Schengen/Dublin qui font entrer en scène les questions de frontières, de douanes et de police renforcent encore cette possibilité d'assimilation malheureuse. Un groupe de travail réunissant plusieurs Départements et/ou offices fédéraux pourrait à cet égard contribuer à réduire ce risque.

4.3.3. Une responsabilité uniquement étatique

Le deuxième point qu'il sied de mentionner est directement en lien avec le précédent et concerne la responsabilité au sens strict de l'Etat. Lorsque celui-ci est responsable d'assurer des prestations minimales à une catégorie de personnes (on pense ici en particulier à l'aide d'urgence pour les NEMs ou les déboutés mentionnée ci-dessus), il doit assumer intégralement cette tâche et ne peut, en aucun cas, s'en décharger même implicitement sur des organisations non gouvernementales, des œuvres d'entraide ou des privés¹⁸⁴⁴.

Lorsque les personnes sont précipitées dans un système d'exclusion et plus spécifiquement lorsque des mesures de police (et d'expulsion) peuvent être mises en place conjointement aux mesures d'aide sociale, le risque est grand que les personnes concernées disparaissent du système et se fondent dans l'anonymat. Pour survivre, il ne leur reste alors que les réseaux de solidarité et de soutien à caractère privé. Dans sa politique, l'Etat ne peut décemment pas prendre des mesures qui mèneront expressément à de telles situations. Cas échéant, il se déchargerait de sa fonction de manière inacceptable.

4.3.4. Une meilleure protection des personnes liées à l'asile

La responsabilité des Etats est également engagée à un tout autre égard. Lorsque la politique migratoire, et plus spécifiquement le droit d'asile, sont tellement restrictifs qu'ils en viennent à « fabriquer des clandestins »¹⁸⁴⁵ ou, en d'autres termes, à mettre certaines catégories de personnes dans une situation « impossible » et de totale irrégularité (on peut ici penser par exemple aux décisions de non-entrée en matière rendue à l'intention des requérants ne présentant pas de papiers d'identité et pour lesquels le renvoi n'est donc pas possible), les Etats doivent, pour être responsables de leurs actes et conséquents avec cette création juridique, octroyer un statut à ces personnes et leur garantir le respect de leurs droits

¹⁸⁴³ Dans cette optique MAILLARD, TAFELMACHER, p. 106. À titre de comparaison, il est intéressant de noter que l'équivalent français de l'ODM, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, est désormais soumis au Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration. Avant cela, il était placé sous la tutelle du Ministère des affaires étrangères et européennes. En Allemagne, le Bundesamt für Migration und Flüchtlinge dépend également du Ministère de l'intérieur (Bundesministerium des Innern).

¹⁸⁴⁴ CHOLEWINSKI, p. 59.

¹⁸⁴⁵ Pour emprunter une expression à CHEMILLIER-GENDREAU, p. 323.

fondamentaux. En d'autres termes, permettre à ces personnes d'exister¹⁸⁴⁶ et remettre l'être humain au centre de la procédure.

Plus concrètement et pour garantir une meilleure protection aux personnes qui en ont besoin, il conviendrait tout d'abord de mieux délimiter la problématique de l'asile (dans un sens large que je définis ci-dessous) vis-à-vis de l'ensemble de la politique migratoire.

Il me semble en effet que le souci de cohérence et de responsabilité (notamment vis-à-vis des engagements internationaux) commanderait – du moins si l'on veut garder à l'esprit la position humanitaire de la Suisse¹⁸⁴⁷ – que la politique d'asile soit réfléchie et construite séparément de la politique d'immigration en général ou, en d'autres termes, qu'elle n'y soit pas assimilée¹⁸⁴⁸. Cette manière de faire ne devrait cependant pas empêcher d'établir des ponts entre les différents domaines lorsque cela s'avère nécessaire.

Si l'on admet qu'il faut séparer la politique d'asile de la politique d'immigration en général¹⁸⁴⁹, il est toutefois important de laisser dans la politique d'asile toutes les formes de

¹⁸⁴⁶ Dans ce sens, mais sur les sans-papiers en général, voir EFIONAYI-MÄDER, ACHERMANN, p. 362 qui estiment qu'« [à] plus long terme, on ne pourra faire l'économie – en Suisse comme ailleurs – d'un débat public sur l'approche que la société entend adopter à l'égard des sans-papiers. En particulier, l'opposition des biens juridiques entre des considérations relevant de la politique envers les étrangers et l'application des droits fondamentaux et sociaux à toutes les personnes, indépendamment de leur statut de séjour, soulève des questions de fond auxquelles il convient de s'atteler ouvertement et sur le long terme. Il s'agit de trouver des réponses à la question de savoir si limiter les droits sociaux des personnes séjournant illégalement est un instrument pertinent de gestion de l'immigration ou si le respect des droits fondamentaux n'est pas dans l'intérêt de la société tout entière, puisqu'il contribue à éviter les polarisations sociales et une criminalisation des personnes concernées et à freiner éventuellement la demande de mains-d'œuvre jouissant de droits limités ».

¹⁸⁴⁷ Telle qu'elle était mentionnée dans le message de la première loi sur l'asile : « [L]a Suisse compte parmi les Etats européens connus pour être des terres d'asile. Sa situation au centre de l'Europe, sur la ligne de démarcation entre le monde germanique et le monde latin, son caractère de région de montagne sise à l'écart des grandes lignes de force politiques, sa structure géographique, linguistique, économique et politique, ainsi que son inclination à la tolérance et à la compréhension à l'égard des membres des minorités, font que, depuis longtemps, elle est un lieu d'asile pour les réfugiés de tous pays ». FF 1977 III 113, 115.

¹⁸⁴⁸ Dans ce sens, voir MAILLARD, TAFELMACHER, p. 104, qui estiment qu'actuellement, « on peut constater que l'esprit général qui préside à la gestion des étrangers se retrouve dans la façon de répondre à la question des réfugiés. Cet esprit, contrairement à ce qu'on aurait pu attendre, n'est vraiment pas teinté de volonté d'accueil et d'humanité ». Dans le même sens : « Progressivement, la méfiance à l'égard des étrangers s'étend ainsi aux demandeurs d'asile et la "politique d'asile" est intégrée dans la politique de maîtrise des flux migratoires. Il en découle des conséquences sur l'exercice du droit d'asile, qui devient de plus en plus difficile ». JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 258, ainsi que p. 286, *in fine*.

¹⁸⁴⁹ Cette position va à l'encontre de ce que proposait ARBENZ. Il était au contraire d'avis qu'il fallait élaborer une « politique migratoire » et avait pour ce faire notamment proposé de mettre sur pied une Commission fédérale pour la politique migratoire. ARBENZ, p. 88 ss, spéc. p. 90-91. Dans le même sens, voir aussi la position tenue par le Conseil fédéral en 1991 : « Le Conseil fédéral est en outre d'avis que l'on ne peut plus trouver de réponses aux défis actuels concernant la politique en matière de migration qu'en considérant de manière globale les problèmes et les ébauches de solutions à leur apporter. Il s'agit

protection reconnues (admission provisoire, personnes à protéger, protection subsidiaire, protection temporaire). La notion « pure » de réfugié est en effet désormais trop « restrictive » et ne correspond plus suffisamment aux évolutions géopolitiques actuelles¹⁸⁵⁰. Il est donc indispensable d'avoir des instruments qui octroient une protection internationale à de plus larges catégories de personnes. Ces mesures permettent en outre des solutions provisoires lorsque la situation est urgente¹⁸⁵¹. La reconnaissance d'un asile « élargi » incluant toutes les situations dans lesquelles un besoin de protection est établi est décisive pour l'avenir de ce droit.

Si l'on veut aller plus loin, l'asile devrait en outre être reconnu comme un droit fondamental, un « droit de l'homme » ou un « droit humain ». Il ne devrait donc être considéré ni comme une branche de l'immigration, ni même comme un droit « humanitaire »¹⁸⁵². La procédure d'asile ne doit pas avoir pour but de servir l'Etat ; son objectif est d'indiquer qui sont les réfugiés et les autres personnes dont la sécurité doit être assurée. Un des buts serait désormais de reconnaître un *droit à l'asile*, tel qu'il est formellement prescrit par la Déclaration universelle des droits de l'homme et, plus récemment, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il serait temps de passer du système qui consacre d'une part, le droit des réfugiés et d'autre part, un droit de l'Etat à accorder l'asile à un droit fondamental à l'asile général (comprenant le droit des réfugiés, mais n'y étant pas limité) qui ne dépende pas uniquement de la bonne volonté et de la souveraineté des Etats.

Enfin, la mise sur pied d'une politique d'asile légale et efficace permettant un réel accès à une procédure effective, mais peut-être un peu plus souple que celle prévalant actuellement, serait à mon sens préférable à l'arsenal de mesures édifiées dans le but de tenter de contrôler l'immigration irrégulière qui conduit, dans certains cas, au non-respect des engagements internationaux.

de redéfinir les fondements de la politique menée à l'égard des étrangers et des réfugiés ». CONSEIL FÉDÉRAL, 1991, FF 1991 III 316, 328 et 346.

¹⁸⁵⁰ « Zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz besteht Einigkeit, dass es neben dem Flüchtlingsschutz weiteren internationalen Schutzes – insbesondere für den Gewaltflüchtling – bedarf ». PETERMANN LOEWE, p. 204.

¹⁸⁵¹ Voir dans ce sens, KÄLIN, *Protection temporaire*, p. 413-414.

¹⁸⁵² « Questions of asylum have mainly been dealt with either as immigration issues [...] or as purely humanitarian concerns. Much would have been gained [...] if the right to asylum had been firmly based in the human rights regime ». KJÆRUM, p. 279-295, spéc. 284. Dans le même sens également : « [l']asile devrait échapper, en principe, à la logique de la politique d'immigration, ses fondements étant d'une toute autre nature : la politique d'immigration se fonde sur des considérations de police, alors que l'asile relève de la problématique des droits de l'homme ». JULIEN-LAFERRIÈRE, p. 258.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et articles de fond

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, FEDERATION DES MEDECINS SUISSES (éd.), *Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique*, 2008, http://www.fmh.ch/files/pdf1/Rechtliche_Grundlagen_F.pdf (consultation : 15 août 2011).

ACHERMANN ALBERTO, *The Principle of Safe Third Countries, Agreements Determining the State Responsible and Readmission Agreements*, in BIEBER ROLAND, LYON ANNE-CATHERINE, MONAR JÖRG (ÉD.), *Justice et affaires intérieures – L'Union européenne et la Suisse*, Berne, 1997, p. 47-55 (cité : ACHERMANN, *The Principle of Safe Third Countries*).

ACHERMANN ALBERTO, HAUSAMMANN CHRISTINA, *Handbuch des Asylrechts*, 2^e éd., Berne, Stuttgart, 1991 (cité : ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Handbuch*).

ACHERMANN ALBERTO, HAUSAMMANN CHRISTINA, *Les notions d'asile et de réfugié en droit suisse*, in KÄLIN WALTER (dir.), *Droit des réfugiés, Enseignements de 3^e cycle de droit 1990*, Fribourg, 1991, p. 23-46 (cité : ACHERMANN, HAUSAMMANN, *Les notions d'asile et de réfugié*).

ACHERMANN ALBERTO, KÜNZLI JÖRG, *Welcome to Switzerland. Sprachenrecht im Zuwanderungsstaat*, Berne, 2011.

ACHERMANN CHRISTIN, *Krankenversicherung für Sans-Papiers : Die aktuelle Situation in Recht und Praxis*, in ASYL, 2003/3, p. 9-11 (cité : ACHERMANN, *Krankenversicherung für Sans-Papiers*).

ADMINISTRATION FEDERALE DES DOUANES, *FRONTEX: le Corps des gardes-frontière envoie deux experts en Italie*, communiqué de presse, 24 février 2011, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=37792> (consultation : 17 avril 2011).

AKANDJI-KOMBE JEAN-FRANÇOIS, *L'applicabilité ratione personae de la Charte sociale européenne : ombres et lumières*, in DE SCHUTTER OLIVIER (Dir.), *The European Social Charter : A social constitution for Europe = La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, 2010, p. 79-93.

AKSOY EMINE EYLEM, *La sauvegarde des droits de l'homme dans l'exécution de la peine privative de liberté à l'image notamment de la situation en Suisse et en Turquie*, Neuchâtel, Galatasaray, 2009.

ALBERTINELLI ANTHONY, *Around 261,000 asylum applicants from 151 different countries were registered in the EU-27 in 2009. Characteristics of asylum seekers in Europe*, in EUROSTAT, Statistics in focus, 27/2010, p. 1-8 (cité : ALBERTINELLI, *Around 261,000 asylum applicants*).

ALBERTINELLI ANTHONY, *Asylum applicants and first instance decisions on asylum applications in 2010*, in EUROSTAT, Data in focus, 5/2011 (cité : ALBERTINELLI, *Asylum applicants and first instance decisions*).

ALBERTINELLI ANTHONY, JUCHNO PIOTR, *Asylum applicants and decisions on asylum applications in Q1 2009*, in EUROSTAT, Data in focus, 30/2009 (cité : ALBERTINELLI, JUCHNO, *Q1 2009*).

ALBERTINELLI ANTHONY, JUCHNO PIOTR, *Asylum applicants and decisions on asylum applications in Q2 2009*, in EUROSTAT, Data in focus, 39/2009 (cité : ALBERTINELLI, JUCHNO, *Q2 2009*).

ALBERTINELLI ANTHONY, JUCHNO PIOTR, *Asylum applicants and decisions on asylum applications in Q3 2009*, in EUROSTAT, Data in focus, 3/2010 (cité : ALBERTINELLI, JUCHNO, *Q3 2009*).

ALBERTINELLI ANTHONY, JUCHNO PIOTR, *Asylum applicants and decisions on asylum applications in Q4 2009*, in EUROSTAT, Data in focus, 18/2010 (cité : ALBERTINELLI, JUCHNO, *Q4 2009*).

ALLAIN JEAN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, in International Journal of Refugee Law, 2001, vol. 13, p. 533-558.

ALLAND DENIS, TEITGEN-COLLY CATHERINE, *Traité du droit d'asile*, Paris, 2002.

ALTHAUS FABRICE ET AL., *La santé des étrangers en Suisse. Les médecins ont-ils mieux à faire ou peuvent-ils mieux faire ?*, in Forum Med Suisse, 2010/4, p. 59-65.

AMARELLE CESLA, *Le processus d'harmonisation des droits migratoires nationaux des Etats membres de l'Union européenne. Historique, portée et perspectives en droit communautaire d'asile et d'immigration*, Zurich, 2005 (cité : AMARELLE, *Les instruments du renvoi*).

AMARELLE CESLA, *Les instruments du renvoi face aux droits international et européen*, in AMARELLE CESLA, NGUYEN MINH SON, *Les renvois et leur exécution. Perspectives internationale, européenne et suisse*, Berne, 2011, p. 25-59 (cité : AMARELLE, *Le processus d'harmonisation*).

AMARELLE CESLA, NGUYEN MINH SON, *Les standards d'accueil des personnes soumises au droit d'asile*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationale*

Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative, Berne, 2009, p. 163-198.

AMNESTY INTERNATIONAL, *La facture salée des renvois forcés*, in Magazine amnesty, septembre 2008, no 54.

AMSTUTZ KATHRIN, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung*, Berne, 2002 (cité : AMSTUTZ, *Das Grundrecht*).

AMSTUTZ KATHRIN, *Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Sozialhilfe im Asylwesen*, in ASYL, 2003/2, p. 28-38 (cité : AMSTUTZ, *Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen*).

ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, *Le maintien du lien familial des étrangers*, in SUDRE FREDERIC (Dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2002, p. 211-239.

ARBENZ PETER, *Rapport sur une politique suisse en matière de migrations*, 1995.

ARMANIOS RACHAD, *Sans-papiers : l'Eglise de Zurich évite le terrain politique*, in Le Courrier, 17 janvier 2009.

ARSEVER SYLVIE, *Droit aux soins des requérants déboutés : Berne parle de deux voix*, in Le Temps, 15 mai 2008 (cité : ARSEVER, *Droit aux soins*, 2008).

ARSEVER SYLVIE, *Les cantons privant les requérants déboutés d'assurance sont accusés de violer la loi*, in Le Temps, 6 mars 2008 (cité : ARSEVER, *Les cantons*, 2008).

AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse. L'Etat*, volume I, 2^e éd., Berne, 2006 (cité : AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *L'Etat*).

AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse. Les droits fondamentaux*, volume II, 2^e éd., Berne, 2006 (cité : AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *Les droits fondamentaux*).

BECK ALEXANDER, *Juristischer Balanceakt auf einer verunglückten Norm. Anmerkungen zum Nichteintretenstatbestand wegen Papierlosigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juli 2007*, in ASYL, 2008/1, p. 3-11.

BELL MARK, *Combating Discrimination through Collective Complaints under the European Social Charter*, in DE SCHUTTER OLIVIER (Dir.), *The European Social Charter : A social constitution for Europe = La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, 2010, p. 39-48.

BELSER EVA MARIA, WALDMANN BERNHARD, Nothilfe. Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt ?, in RIEMER-KAFKA GABRIELA, RUMO-JUNGO ALEXANDRA (éd.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Berne, 2010, p. 31-61.

BENBEKHTI NABIL, *Le droit d'asile et l'Union européenne*, in Actualité et Droit International, octobre 2002, <http://www.ridi.org/adi/articles/2002/200210beb.pdf> (consultation : 15 août 2011), p. 1-9.

BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, *CHF 12.-pro Tag für eine Mutter mit einem Kleinkind – damit ist kein menschenwürdiges Leben möglich*, cas 101, 15 février 2010, (également disponible sur : www.odae-romand.ch) (cité : BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 101).

BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, *Folteropfer mit NEE lebt während langwierigem Verfahren von minimaler Nothilfe*, cas 114, 7 juin 2010, (également disponible sur : www.odae-romand.ch) (cité : BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 114).

BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, *Ist Italien noch ein sicherer Drittstaat für Familien mit Kindern ?*, cas 60, 19 décembre 2008, (également disponible sur : www.odae-romand.ch) (cité : BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 60).

BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, *Verweigerung von Einschulung eines Kindes mit ungeregeltem Aufenthaltsstatus*, cas 095, 16 décembre 2009, (également disponible sur : www.odae-romand.ch) (cité : BEOBACHTUNGSSTELLE OSTSCHWEIZ FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT, cas 095).

BERSIER ROLAND, *Droit d'asile et statut du réfugié en Suisse*, Lausanne, 1991.

BERTRAND CHRISTINE, *Le regroupement familial en droit communautaire*, in BERTRAND CHRISTINE, L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen, Paris, 2008, p. 183-200.

BESSON SAMANTHA, *Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – le cas de la Suisse*, in BREITENMOSER STEPHAN, EHRENZELLER BERNHARD (éd.), EMRK und die Schweiz. La CEDH et la Suisse, St-Gall, 2010, p. 125-199.

BINCZAK PASCAL, *L'accès aux soins des migrants : pour un droit universel aux soins*, in AEGERHARD PATRICK, LEBAS JACQUES ET AL., L'accès aux soins des migrants, des sans-papiers et des personnes précaires : pour un droit universel aux soins, Bordeaux, 2011, p. 25-27.

BOELES PIETER, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, La Haye, Boston, Londres, 1997.

BOLZ SUSANNE, *Nichteintreten wegen Papierlosigkeit. Die Anwendung von Art 32 Abs. 2 Bst. a AsylG durch das Bundesamt für Migration*, Berne, 17 juillet 2007.

BOLZLI PETER, *ad art. 83*, in SPESCHA MARC, THÜR HANSPETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (éd.), *Migrationsrecht*, Zurich, 2009, p. 191-201.

BORCHELT GRETCHEN, *The Safe Third Country Practice in the European Union : A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standards*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, p. 501-503.

BOUTEILLET-PAQUET DAPHNÉ, *L'Europe et le droit d'asile*, Paris, 2001.

BRAIBANT GUY, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Paris, 2001.

BRILLAT REGIS, *La Charte sociale européenne et le contrôle de son application*, in ALIPRANTIS NIKITAS (éd.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, 2008, p. 37-54.

BRINA ALDO, *La Suisse profite du bazar de Dublin*, in *Le Temps*, 23 décembre 2010.

BRON LAURENCE, *L'encadrement des requérants d'asile à Vallorbe est une affaire privée*, in *Le Courrier*, 15 février 2010.

BRUTSCH YVES, *Aide d'urgence. Bilan : la machine à créer des clandestins tourne à plein régime*, in *Vivre Ensemble*, no 126, 2010, p. 2-3.

BUREAU DE L'INTÉGRATION DFAE/DFE, *Accords bilatéraux Suisse - Union européenne*, Information, mai 2008 (cité : BUREAU DE L'INTÉGRATION DFAE/DFE, 2008).

BUREAU DE L'INTÉGRATION DFAE/DFE, *Les Accords bilatéraux Suisse - Union européenne*, septembre 2011 (cité : BUREAU DE L'INTÉGRATION DFAE/DFE, 2011).

BYRNE ROSEMARY, *Changing Paradigms in Refugee Law*, in CHOLEWINSKI RYSZARD, PERRUCHOUD RICHARD, MACDONALD EUAN (éd.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, La Haye, 2007, p. 163-175 (cité : BYRNE, *Changing Paradigms*).

BYRNE ROSEMARY, *Remedies of Limited Effect : Appeals under the forthcoming Directive on EU Minimum Standards on Procedures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, vol. 7, p. 71-86 (cité : BYRNE, *Remedies of Limited Effect*).

BYRNE ROSEMARY, SHACKNOVE ANDREW, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in Harvard Human Rights Journal, 1996.

CARLIER JEAN-YVES, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2007 (cité : CARLIER, *La condition des personnes*).

CARLIER JEAN-YVES, *Le développement d'une politique commune en matière d'asile*, in DIAS URBANO DE SOUSA CONSTANÇA, DE BRUYCKER PHILIPPE, *The Emergence of European Asylum Policy – L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, 2004, p. 1-14 (cité : CARLIER, *Le développement d'une politique commune*).

CARLIER JEAN-YVES, *Réfugiés : identification et statut des personnes à protéger. La directive « qualification »*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam = The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 289-322 (cité : CARLIER, *Réfugiés*).

CARONI MARTINA, OTT LISA, *Das Recht auf Bildung – Ein Menschenrecht !*, in INTERNATIONALES MENSCHENRECHTSFORUM LUZERN (éd.), *Menschenrechte und Bildung*, Berne, 2006, p. 187-196.

CARRILLO-SALCEDO JUAN ANTONIO, *Article 1*, in PETTITI LOUIS-EDMOND, DECAUX EMMANUEL, IMBERT PIERRE-HENRI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, 1999, p. 135-141.

CHAVAZ OLIVIER, *Demandes d'asile à l'aéroport : la vie en zone de transit*, in Le Courrier, 3 septembre 2009.

CHEMILLIER-GENDREAU MONIQUE, *Un régime juridique pour l'immigration clandestine*, in CHETAIL VINCENT (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, volume II, Bruxelles, 2007, p. 319-341.

CHETAIL VINCENT, *La réforme française de l'asile : prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés*, in Journal du droit international, 2004, vol. 131, no 3, p. 817-865 (cité : CHETAIL, *La réforme française de l'asile*).

CHETAIL VINCENT, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in CHETAIL VINCENT (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 3-61. (cité : CHETAIL, *Le principe de non-refoulement*).

CHETAIL VINCENT, *Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états*, in CHETAIL VINCENT (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le*

droit international en question, volume II, Bruxelles, 2007, p. 13-133 (cité : CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté*).

CHOLEWINSKI RYSZARD, *Migrants irréguliers : l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg, 2005.

COMITE CONTRE LA TORTURE, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention. Observations finales du Comité contre la torture. Suisse*, du 25 mai 2010, CAT/C/CHE/CO/6 (cité : COMITE CONTRE LA TORTURE, CAT/C/CHE/CO/6).

COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale no 6 (2005). Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, du 1^{er} septembre 2005, CRC/GC/2005/6 (cité : COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, CRC/GC/2005/6).

COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 15, The position of aliens under the Covenant*, du 11 avril 1986 (cité : COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 15*).

COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 19, Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses*, du 27 juillet 1990 (cité : COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 19*).

COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 4, The right to adequate housing*, du 13 décembre 1991, E/1992/23 (cité : COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 4*).

COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 13, Le droit à l'éducation*, du 8 décembre 1999, E/C.12/1999/10 (cité : COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 13*).

COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, du 11 août 2000, E/C.12/2000/4 (cité : COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 14*).

COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 18, Le droit au travail*, du 24 novembre 2005, E/C.12/GC/18 (cité : COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale no 18*).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, COM(2003) 315 final, du 3 juin 2003 (cité : COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Vers des régimes d'asile plus accessibles*, COM(2003) 315 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, COM(2000) 755 final, du 22 novembre 2000 (cité : COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme*, COM(2000) 755 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, et relatives au contenu de cette protection (Refonte)*, COM(2009) 551 final, du 21 octobre 2009 (cité : COM(2009) 551 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les États membres (Refonte)*, COM(2009) 554 final, du 21 octobre 2009 (cité : COM(2009) 554 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (Refonte)*, COM(2008) 815 final, du 3 décembre 2008 (cité : COM(2008) 815 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte)*, COM(2008) 820 final, du 3 décembre 2008 (cité : COM(2008) 820 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres*, COM(2007) 745 final, du 26 novembre 2007 (cité : COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/9/CE*, COM(2007) 745 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial*, COM(2008) 610 final, 8 octobre 2008 (cité : COMMISSION DES

COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'application de la directive 2003/86/CE*, COM(2008) 610 final).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin*, COM(2007) 299 final, du 6 juin 2007 (cité : COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Rapport sur l'évaluation du système de Dublin*, COM(2007) 299 final).

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Prévention de la discrimination. Les droits des non-ressortissants. Rapport final du Rapporteur spécial, M. David Weissbrodt soumis en application de la décision 2000/103 de la Sous-Commission, de la résolution 2000/104 de la Commission et de la décision 2000/283 du Conseil économique et social*, du 26 mai 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/23 (cité : COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/CN.4/Sub.2/2003/23).

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL DES ETATS, *La commission prend une décision de principe visant à accélérer les procédures d'asile*, 9 mai 2011, <http://www.parlament.ch/f/mm/2011/Pages/mm-spk-s-2011-05-09.aspx> (consultation : 15 août 2011).

COMMISSION ESPAGNOLE D'AIDE AU REFUGIE (CEAR), *Día mundial de la personas refugiadas*, du 20 juin 2011, http://www.cvongd.org/files/uploads/junio11/dossier_de_prensa_informe_cear.pdf (consultation : 15 août 2011).

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes pour l'accueil des demandeurs d'asile (Refonte)*, COM(2011) 320 final, du 1^{er} juin 2011 (cité : COM(2011) 320 final).

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (Refonte)*, COM(2011) 319 final, du 1^{er} juin 2011 (cité : COM(2011) 319 final).

COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS DE MIGRATION, *Visage des sans-papiers en Suisse. Evolution 2000 – 2010*, Berne, 2010.

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE (CNPT), *Rapport au Département fédéral de justice et police (DFJP) et à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) relatif à l'accompagnement par la Commission Nationale de Prévention de la Torture (CNPT) de rapatriements sous contrainte par voie aérienne en 2010 et 2011*, du 30 novembre 2011 (cité : CNPT, 2011).

CONFERENCE SUISSE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES AFFAIRES SOCIALES, *Recommandations relatives à l'aide d'urgence destinée aux personnes tenues de quitter le pays*, du 3 mai 2007.

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Recommandation 1727 (2005). Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* du 7 octobre 2005 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation 1727 [2005]*).

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Recommandation 1926 (2010). Les programmes de retour volontaire: un moyen efficace, humain et économe d'assurer le rapatriement des migrants en situation irrégulière*, du 22 juin 2010 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation 1926 [2010]*).

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Résolution 1471 (2005). Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, du 7 octobre 2005 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1471 [2005]*).

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Résolution 1742 (2010). Les programmes de retour volontaire: un moyen efficace, humain et économe d'assurer le rapatriement des migrants en situation irrégulière*, du 22 juin 2010 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution 1742 [2010]*).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *Recommandation N° R (94) 5 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des Etats Membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens*, du 21 juin 1994 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (94) 5*).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *Recommandation N° R (97) 22 du Comité des Ministres aux Etats membres énonçant des lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr*, du 25 novembre 1997 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (97) 22*).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *Recommandation N° R (2000) 3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité*, du 19 janvier 2000 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation N° R (2000) 3*).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *Résolution intérimaire CM/ResDH(2010)83. Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Ben Khemais contre Italie*, du 3 juin 2010 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, *CM/ResDH(2010)83*).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS (CPT), *Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007*, du 13 novembre 2008, CPT/Inf (2008) 33 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, CPT/Inf (2008) 33).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite en Suisse. 29 novembre – 3 décembre 2004. A l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire*, CommDH(2005)7 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, CommDH(2005)7).

CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DES MIGRATIONS, DES REFUGIES ET DE LA POPULATION, *Procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Rapport, 2 août 2005, Doc. 10655 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DES MIGRATIONS, DES REFUGIES ET DE LA POPULATION, Doc. 10655).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport soumis par le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, Doudou Diène. Mission en Suisse*, du 30 janvier 2007, A/HRC/4/19/Add.2 (cité : CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, A/HRC/4/19/Add.2).

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte. Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Suisse*, du 26 novembre 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3 (cité : CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, E/C.12/CHE/CO/2-3).

CONSEIL FEDERAL, *Rapport du Conseil fédéral sur la politique à l'égard des étrangers et des réfugiés*, du 15 mai 1991, FF 1991 III 316-348.

COORDINATION FRANÇAISE POUR LE DROIT D'ASILE, *Union Européenne. Préoccupations concernant le rapprochement des politiques d'asile et de gestion des flux migratoires*, septembre 2006, <http://cfda.rezo.net/Europe/CFDA%20NOTE%20Preoccupations%20Europe%20%2009%2006.pdf> (consultation : 15 août 2011).

COSTELLO CATHRYN, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices : Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection ?* in *European Journal of Migration and Law*, 2005, vol. 7, p. 35-70.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Fiche thématique – « Affaires Dublin »*, d'août 2010 (mise à jour : janvier 2011), http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F41CC942-7B3B-48B0-9758-C02EA325C770/0/FICHES_Affaires_Dublin_FR.pdf (consultation : 15 août 2011).

CREDIT SUISSE, GFS.BERN, 34. Crédit Suisse Sorgenbarometer 2010. Schlussbericht, 2010.

CREPEAU FRANÇOIS, ATAK IDIL, *La régulation de l'immigration irrégulière dans le respect du droit international des droits de l'homme*, in FLAUSS JEAN-FRANÇOIS (dir.), *Migrations de populations et droits de l'homme. Cours thématiques de la session d'enseignement de juillet 2007 de l'Institut international des droits de l'homme*, Bruxelles, 2011, p. 219-260.

CRÉPEAU FRANÇOIS, NAKACHE DELPHINE, *Une porte encore entrouverte : l'interprétation téléologique de la définition internationale du réfugié en droit canadien*, in CHETAIL VINCENT (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 325-365.

DABBOUBI NAJIA, MEYRAT DIAKHATE JULIE, PIERGIOVANNI SOPHIA, SOLARI DARIA, UTEBAY DIDAR, *Sans-papiers mais pas sans droit à la santé*, in *Revue médicale suisse*, 30 mars 2011, p. 717-718.

DE GRAFFENRIED VALERIE, *Requérants d'asile mieux lotis à l'aéroport de Genève*, in *Le Temps*, 4 septembre 2009.

DE JONG CORNELIS, *Harmonisation of asylum and immigration policies. The long and winding road from Amsterdam via Vienna to Tampere*, in VAN KRIEKEN PETER (éd.), *The Asylum Acquis Handbook*, La Haye, 2000, p. 21-36.

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Asile : désignation de nouveaux « pays sûrs »*, communiqué de presse, 25 juin 2003, <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=23740> (consultation : 27 janvier 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Asile : désignation de nouveaux « pays sûrs »*, 2003).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Désignation de nouveaux Etats sûrs dans le domaine de l'asile ("safe countries")*, communiqué de presse, 8 décembre 2006, <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=9086> (consultation : 27 janvier 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Désignation de nouveaux Etats sûrs*, 2006).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Indemnisation pour les coûts supplémentaires dans le domaine de l'asile*, Communiqué de presse, 12 décembre 2008, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=23994> (consultation : 6 août 2011)

(cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Indemnisation pour les coûts supplémentaires*, 2008).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Le Burkina Faso, le Kosovo et la Serbie nommés au rang d'Etats sûrs*, communiqué de presse, 19 mars 2009, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=25978> (consultation : 27 janvier 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Le Burkina Faso*, 2009).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Modification des lois sur l'asile et sur les étrangers : ouverture de la consultation*, 14 janvier 2009, http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2009/ref_2009-01-140.html (consultation : 15 août 2010) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Modification des lois sur l'asile et sur les étrangers*, 2009).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pays de l'UE et de l'AELE désignés comme Etats tiers sûrs*, communiqué de presse, 14 décembre 2007, <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=16275> (consultation : 6 août 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pays de l'UE et de l'AELE désignés comme Etats tiers sûrs*, 2007).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière*, du 16 décembre 2009 (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif*, 2009).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif relatif à la modification de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement (OA 2) et de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE) ainsi que de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE)*, mars 2012 (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport explicatif OA 2, OERE, OIE*, 2012).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers du 19 décembre 2009* (sic! la date de publication n'est pas correcte, puisque l'ouverture de la consultation a eu lieu le 15 janvier 2009) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers*, 2008).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile*, mars 2011, <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/asylg-aug/ersatz-nee/ber-beschleunig-asyl-f.pdf> (consultation : 15 août 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Rapport sur des mesures d'accélération*, 2011).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Renvois en Irak : modification de la pratique*, communiqué de presse, 3 mai 2007, <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=12399> (consultation : 27 janvier 2011) (cité : DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Renvois en Irak*, 2007).

DERENS JEAN-ARNAUD, SAMARY CATHERINE, *Les conflits yougoslaves de A à Z*, Paris, 2000.

DOLIVO JEAN-MICHEL, TAFELMACHER CHRISTOPHE, *Sans-papiers et demandeurs d'asile : faire reconnaître le droit d'être là*, in CALOZ-TSCHOPP MARIE-CLAIRE, DASEN PIERRE (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, volume I, Bruxelles, 2007, p. 459-518.

DUFFY AOIFE, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008, vol. 20, p. 373-390.

EFIONAYI-MÄDER DENISE, ACHERMANN CHRISTIN, *Sans-papiers, mais pas sans droits*, in *Sécurité sociale*, CHSS 6/2003, p. 359-362.

EPINEY ASTRID, WALDMANN BERNHARD, EGBUNA-JOSS ANDREA, OESCHGER MAGNUS, *Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht*, in *Jusletter*, 26 mai 2008, p. 1-43 (cité : EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Die Anerkennung als Flüchtling*).

EPINEY ASTRID, WALDMANN BERNHARD, EGBUNA-JOSS ANDREA, OESCHGER MAGNUS, *Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 199-300 (cité : EPINEY, WALDMANN, EGBUNA-JOSS, OESCHGER, *Maximen und Garantien*).

ERRERA ROGER, *The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, vol 23, p. 93-112.

EUROPA, *La Commission européenne et le Conseil de l'Europe lancent des pourparlers sur l'adhésion de l'UE à la convention des droits de l'homme*, communiqué de presse, 7 juillet 2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/906&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr> (consultation : 15 août 2011).

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*, IN1/10/2006/EXT/JJ, 2006 (cité : EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Information Note on the Directive 2005/85/EC*).

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *from the European Council on Refugees and Exiles European Commission*, avril 2009 (cité : EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Comments on the Proposal to recast the Dublin Regulation*).

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), « *Safe Third Countries* ». *Myths and realities*, 1995, § 36-42 (cité : EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Safe Third Countries*).

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Stop sending asylum seekers to Greece*, 29 octobre 2010, (cité : EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Stop sending asylum seekers to Greece*).

EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM (ELENA), EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *The application of the Safe Country of Origin concept in Europe. An overview*, février 2005.

EUROSTAT, *Demandes d'asile dans l'UE en 2008. Environ 20 000 demandeurs d'asile enregistrés chaque mois dans l'UE27*, communiqué de presse, 8 mai 2009, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-08052009-AP/FR/3-08052009-AP-FR.PDF (consultation : 15 août 2011).

FORTIN ANTONIO, *The 'Safe Third Country' Policy in the Light of the International Obligations of Countries vis-à-vis Refugees and Asylum-seekers*, Research Paper, UNHCR Londres, 1993.

FORUM REFUGIES, *Albanie et Kosovo : deux nouveaux « pays sûrs » pour le conseil d'administration de l'OFPRA*, Communiqué de presse, 15 mars 2011.

FOX ROBERT, *La scolarisation primaire obligatoire des enfants de requérants d'asile*, in KÄLIN WALTER (dir.), *Droit des réfugiés, Enseignements de 3^e cycle de droit* 1990, Fribourg 1991, p. 149-150.

FRAMMERY CATHERINE, *En France et en Belgique aussi, le casse-tête des retours forcés*, in *Le Temps*, 23 mars 2010.

FROWEIN JOCHEN, *Artikel 1*, in FROWEIN JOCHEN, PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein, 2009, p. 14-27.

GÄCHTER THOMAS, *Soziale Grundrechte : das nackte Überleben - oder mehr ?*, in *ius.full*, 2007/3/4, p. 138-145.

GAMMELTOFT-HANSEN THOMAS, GAMMELTOFT-HANSEN HANS, *The Right to Seek – Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, vol. 10, p. 439–459.

GATTIKER MARIO, *Evolution et perspectives de la notion de pays tiers sûr dans la législation suisse sur l'asile*, in CHETAİL VINCENT, GOWLLAND-DEBBAS VERA, *La Suisse et la protection internationale des réfugiés = Switzerland and the international protection of refugees*, La Haye, 2002, p. 129-144 (cité : GATTIKER, *Evolution et perspectives*).

GATTIKER MARIO, *La procédure d'asile et de renvoi. Octroi de l'asile et renvoi selon la loi sur l'asile du 26 juin 1998*, 3^e éd., Berne, 1999 (cité : GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*).

GEISER THOMAS, *Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ?*, in EHRENZELLER BERHARD ET AL., *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner*, St-Gall, 1998, p. 809-829.

GERBER ALEXANDRA, MÉTRAUX BÉATRICE, *Le regroupement familial des réfugiés, requérants d'asile et des personnes admises provisoirement*, in KÄLIN WALTER (dir.), *Droit des réfugiés*, Enseignements de 3^e cycle de droit 1990, Fribourg, 1991, p. 79-112.

GFS.BERN, *Sans-papiers en Suisse : c'est le marché de l'emploi qui est déterminant, non pas la politique d'asile. Rapport final sur mandat de l'Office fédéral des migrations*, 2005.

GHIELMINI SABRINA, HRUSCHKA CONSTANTIN, *Die Wirkung von Fristen in Dublin-Verfahren (Justiziabilität und Berechnung)*, in ASYL 2010/4, p. 9-16.

GIL-BAZO MARÍA-TERESA, *The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, vol. 18, p. 571-600.

GIOVANNONI LAURENT, *Commentaires sur la politique en matière d'éloignement des étrangers des pays tiers*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam = The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 253-259.

GOODWIN-GILL GUY S., MCADAM JANE, *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford, 2007.

GÖTSCHMANN ROLF, PERLER BEAT, GUGGER BRUCKDORFER EVELINE, *Umsetzung des Rückführungsrichtlinie in der Schweiz – Aufbau eines Monitoring der zwangsweisen Rückführungen*, in *Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht 2010/2011*, Berne, 2011, p. 117-127.

GRANT PHILIP, *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Bâle, Genève, Munich, 2000.

GRANT PHILIP, WISARD NICOLAS, *La liberté personnelle des requérants d'asile dans les Centres d'enregistrement*, in ASYL, 1996/3, p. 82-92.

GRISEL CLEMENCE, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich, 2008 (cité : GRISEL, *L'obligation de collaborer*).

GRISEL ETIENNE, *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^e éd., Berne, 2009 (cité : GRISEL, *Egalité*).

GROENENDIJK KEES, *Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam = The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 141-174.

GROUSSOT XAVIER, LOCK TOBIAS, PECH LAURENT, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011*, in *Question d'Europe* (Fondation Robert Schuman), no 218, 7 novembre 2011.

GUILD ELSPETH, *Seeking asylum : storm clouds between international commitments and EU legislative measures*, in *European Law Review*, 2004, vol. 29, p. 198-218.

GUILLARD OLIVIER, *Le risque voyage*, Paris, 2005.

GUILLOD OLIVIER, *Droit des familles*, Les abrégés, Neuchâtel, 2009.

HACHEZ ISABELLE, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Athènes, Bruxelles, Baden-Baden, 2008.

HAILBRONNER KAY, *Detention of Asylum Seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, vol. 9, p. 159-172 (cité : HAILBRONNER, *Detention*).

HAILBRONNER KAY, *Introduction into the EU immigration and asylum law*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 1-27 (cité : HAILBRONNER, *Introduction*).

HAILBRONNER KAY, *Stellungnahme zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 Asylgesetz*, du 10 avril 2004, disponible à l'adresse http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylgesetz/abstimmungen/06_04_19_stellungnahmehailbronner-art32asylgdef.pdf (consultation : 1^{er} mai 2012).

HAILBRONNER KAY, *The directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM

ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam* = *The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 279-288 (cité : HAILBRONNER, *The directive on minimum standards on procedures*).

HAILBRONNER KAY, ALT SIMONE, BATTJES HEMME, *Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 985-1225.

HAILBRONNER KAY, CARLITZ CORDELIA, *Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 149-286.

HANGARTNER YVO, *Ad art. 190*, in EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS A., *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, 2^e éd., Zurich, 2008, p. 2795-2811.

HARTL THOMAS, *Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention*, Francfort-sur-le-Main, 1999.

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Aide-mémoire. Directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié*, 18 novembre 2003 (cité : HCR, *Aide-mémoire*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010. Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries*, 28 mars 2011 (cité : HCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011. Statistical overview of asylum applications lodged in Europe and selected non-European countries*, 27 mars 2012. (cité : HCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2011*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Background paper No 2. The application of the « safe third country » notion and its impact on the management of flows and on the protection of refugees*, 2001 (cité : HCR, *Background paper No 2*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Commentaires annotés du HCR sur la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 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 L 304/12 du 30.9.2004), janvier 2005 (cité : HCR, Commentaires annotés sur la directive 2004/83/CE).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004), du 10 février 2005 (cité : HCR, Commentaires provisoires sur la proposition de directive « procédure »).*

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Global Trends 2010. 60 Years and still counting*, 18 juin 2012 (cité : HCR, *Global Trends 2010*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Global Trends 2011. A Year of Crises*, 18 juin 2012 (cité : HCR, *Global Trends 2011*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece*, du 16 juin 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c18e6f92.html> (consultation : 15 août 2011) (cité : HCR, *Information Note*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Le problème des demandes manifestement non fondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile*, Conclusions du Comité n° 30 (XXXIV), 1983 (cité : HCR, *Conclusions du Comité*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Lubbers calls for EU asylum laws not to contravene international law*, communiqué de presse, 29 mars 2004 (cité : HCR, *Lubbers*, 2004).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Position de l'UNHCR sur le retour des demandeurs d'asile en Grèce en vertu du « Règlement Dublin »*, du 15 avril 2008, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a714f2a2> (consultation : 15 août 2011) (cité : HCR, *Position sur le retour des demandeurs d'asile en Grèce*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, Genève, 1999 (cité : HCR, *Principes directeurs*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Prise de position du HCR sur le rapport du Département de justice et police (DFJP) de juillet 2011 relatif à la modification de la loi sur l'asile dans un message complémentaire au message visant à modifier la loi sur*

l'asile du 26 mai 2010, septembre 2011 (cité : HCR, *Position sur le message complémentaire*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Rapport du HCR au sujet des interventions parlementaires du Conseiller national PLR Philipp Müller*, janvier 2011 (cité : HCR, *Rapport au sujet des interventions parlementaires*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Tendances mondiales en 2008. Réfugiés, demandeurs d'asile, rapatriés, personnes déplacées à l'intérieur de leur pays et apatrides*, 15 juin 2009 (cité : HCR, *Tendances mondiales en 2008*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Annotated Comments on Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 Laying Down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers*, juillet 2003, (cité : HCR, *Annotated Comments on Directive 2003/9/EC*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *2009 Global Trends. Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, 15 juin 2010 (cité : HCR, *2009 Global Trends*).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Guide sur le droit international relatif aux réfugiés*, Genève, 2001.

HERMANN MATHIAS, *Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 1351-1487 (cité : HERMANN, *Council Regulation (EC) No 343/2003*).

HERMANN MATHIAS, *Refoulement-Verbote und effektiver Rechtsschutz bei Dublin Entscheidungen*, in Jusletter, 25 mai 2009, p. 1-5 (cité : HERMANN, *Refoulement-Verbote*).

HERTIG-RANDALL MAYA, *La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme*, in Jusletter, 28 avril 2008, p. 1-11.

HÖRDEGEN STEPHAN, *Chancengleichheit und Schulverfassung*, Zurich, Bâle, Genève, 2005.

HUMANRIGHTS.CH, *Regroupement familial et tests ADN: pas de généralisation (CN 3/08)*, du 17 octobre 2008, http://humanrights.ch/home/fr/Suisse/Politique-suisse-des-DH/Politique-et-loi-dasile/Application-de-la-loi-dasile/idart_5364-content.html?search=1 (consultation : 15 août 2011).

HURWITZ AGNÈS, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009.

HRUSCHKA CONSTANTIN, MAIANI FRANCESCO, *Dublin-Rückführungen und die Sicherheit im zuständigen Staat – von einer theoretischen zu einer tatsächlichen Überprüfung?*, in *Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht* 2010/2011, Berne, 2011, p. 3-23.

ICARD PHILIPPE, *Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne : un impressionnisme juridique*, in BERTRAND CHRISTINE, *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen*, Paris, 2008, p. 125-181.

ILLES RUEDI, *Familiennachzug für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge*, in *ASYL*, 2008/2, p. 3-9.

JEANNIN LAURE, MENEGHINI MARCO, PAUTI CHRISTINE, POUPET RAPHAËLLE, *Le droit d'asile en Europe. Etude comparée*, Paris, 1999.

JOHN-HOPKINS MICHAEL, *The Emperor's New Safe Country Concepts : A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, vol. 21, p. 218-255.

JUCHNO PIOTR, *75 thousand asylum seekers granted protection status in the EU in 2008. Asylum decisions in 2008*, in *EUROSTAT, Statistics in focus*, 92/2009, p. 1-8.

JULIEN-LAFERRIÈRE FRANÇOIS, *La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés* in CHETAIL VINCENT (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 257-286.

JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, JOUANT NATHALIE, *L'éloignement des ressortissants de pays tiers*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam = The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 203-251.

KÄLIN WALTER, *Asylgewährung als Grundrechtsschutz. Das Asylverfahren in der Schweiz*, in KONRAD HANS-JOACHIM (éd.), *Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts*, Internationaler Menschenrechtsschutz, Berlin, 1985, p. 161-179 (cité : KÄLIN, *Asylgewährung*).

KÄLIN WALTER, *Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates vom 25. August 2004 zum Nichteintretensgrund der fehlenden Reisepapiere, zu Handen des EDA, vom 14. November 2004*, in *ASYL*, 2005/2-3, p. 12-13 (cité : KÄLIN, *Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates*).

KÄLIN WALTER, *Das Prinzip des Non-Refoulement: das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Berne, Francfort-sur-le-Main, 1982 (cité : KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement*).

KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht*, in *Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht* 2004/2005, Berne, 2005, p. 75-87 (cité : KÄLIN, *Die Bedeutung der Menschenrechte*).

KÄLIN WALTER, *Grundriss des Asylverfahrens*, Bâle, 1990 (cité : KÄLIN, *Grundriss des Asylverfahrens*).

KÄLIN WALTER, *Nichteintreten auf Asylgesuche bei fehlenden Ausweispapieren oder illegalem Aufenthalt. Gutachten zu Art. 31 bzw. Art. 31a Asylgesetz dem UNHCR erstattet*, in *ASYL*, 1998/2, p. 23-35 (cité : KÄLIN, *Nichteintreten auf Asylgesuche*).

KÄLIN WALTER, *Protection temporaire: l'expérience de la Suisse*, in CHETAIL VINCENT (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2001, p. 397-417 (cité : KÄLIN, *Protection temporaire*).

KÄLIN WALTER, *Wer verdient Schutz? Der Flüchtlingsbegriff im Lichte aktueller Herausforderungen*, in *ASYL*, Tagungsband zum 4. Schweizer Asylsymposium vom 19. und 20. Januar 2011, "Flüchtlingsbegriff im Wandel", Berne, 2011, p. 27-32 (cité : KÄLIN, *Flüchtlingsbegriff*).

KÄLIN WALTER, SCHREPFER NINA, *Vorübergehender Schutz in der Schweiz und in der Europäischen Union*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 439-469.

KATABUKA BENJAMIN, *La compatibilité du droit suisse sur l'asile à la Convention de Dublin, dans l'hypothèse d'une éventuelle participation*, in *RDAF*, 2003, I, p. 31-60.

KIENER REGINA, KUHN MATHIAS, *Rechtsschutz und Zugang zur Rechtsberatung und -vertretung*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 385-438.

KJÆRUM MORTEN, *ad art. 14*, in ALFREDSSON GUDMUNDUR, EIDE ASBJØRN, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, La Haye, Boston, Londres, 1999, p. 279-295.

KNOPF BARBARA, *Alerte rouge à la frontière tessinoise*, in *Le Temps*, 21 décembre 2010.

KOPF FRANÇOISE, *Exclusion. LAMal : pratiques illégales*, in *Vivre Ensemble*, no 123, juin 2009, p. 16-17.

KRAUS DANIEL, JAAG TOBIAS, UMBRICH GEORG C., *L'Union européenne. Ses institutions et ses relations avec la Suisse*, Genève, 2009.

KUHN MATHIAS, Verkürzung der Beschwerdefrist im Asylverfahren. Rechtsstaatlichkeit einer 15-tägigen Beschwerdefrist, in *ASYL*, 4/10, p. 3-8.

LABAYLE HENRI, *Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen*, in *Revue française de droit administratif*, 2007, p. 101-133.

LANTERO CAROLINE, *L'intégration de l'asile dans les politiques d'immigration : un amalgame opportun ?*, in BERTRAND CHRISTINE, *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen*, Paris, 2008, p. 81-124.

LIGUE SUISSE DES DROITS DE L'HOMME, *Une politique migratoire qui conduit au désespoir*, Communiqué de presse, 10 octobre 2010, <http://www.lsdh.net/communiques-de-presse/26-commission-detention-administrative/167-une-politique-migratoire-qui-conduit-au-desespoir> (consultation : 15 août 2011).

LANG WALTER, *Das Flughafenverfahren*, in *ASYL*, 2000/3, p. 3-17.

LOCHAK DANIELE, *les obstacles à l'accès aux soins pour les étrangers sans-papiers*, in AEGERHARD PATRICK, LEBAS JACQUES ET AL., *L'accès aux soins des migrants, des sans-papiers et des personnes précaires : pour un droit universel aux soins*, Bordeaux, 2011, p. 37-43.

MAHON PASCAL, *Ad art. 7*, in AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003, p. 67-71 (cité : MAHON, *Ad art. 7*).

MAHON PASCAL, *Ad art. 12*, in AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003, p. 118-122 (cité : MAHON, *Ad art. 12*).

MAHON PASCAL, *Ad art. 25*, in AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003, p. 213-219 (cité : MAHON, *Ad art. 25*).

MAHON PASCAL, *Ad art. 121*, in AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003, p. 213-219 (cité : MAHON, *Ad art. 121*).

MAHON PASCAL, *Ad art. 190*, in AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003, p. 1453-1464 (cité : MAHON, *Ad art. 190*).

MAHON PASCAL, *Les allocations familiales*, in MEYER ULRICH (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV. Soziale Sicherheit, 2^e éd., Bâle, 2007, p. 1939-1975 (cité : MAHON, *Les allocations familiales*).

MAHON PASCAL, BIGLER OLIVIER, *Les aspects constitutionnels et conventionnels du principe de non-refoulement*, in AMARELLE CESLA, NGUYEN MINH SON (éd.), *Le principe de non-refoulement. Fondements et enjeux pratiques*, Berne, 2010, p. 15-49.

MAHON PASCAL, MATTHEY FANNY, *Les « garanties de procédure » dans le domaine du droit d'asile : quelques réflexions sur leur évolution*, in *Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009*, Berne, 2009, p. 55-100.

MAIANI FRANCESCO, *L'unité familiale et le système de Dublin. Entre gestion des flux migratoires et respect des droits fondamentaux*, Bâle, 2006.

MAILLARD ALAIN, TAFELMACHER CHRISTOPHE, *« Faux réfugiés » ? La politique suisse de dissuasion d'asile. 1979-1999*, Lausanne, 1999.

MALINVERNI GIORGIO, *La Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques*, in BREITENMOSER STEPHAN, EHRENZELLER BERNHARD (éd.), *EMRK und die Schweiz. La CEDH et la Suisse*, St-Gall, 2010, p. 11-18 (cité : MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme*).

MALINVERNI GIORGIO, *L'interprétation jurisprudentielle du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse*, in BREITENMOSER STEPHAN ET AL. (éd.), *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, St-Gall, 2007, p. 427-436 (cité : MALINVERNI, *L'interprétation jurisprudentielle*).

MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, *La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile. Aspects constitutionnels*, in *AJP*, 2004, p. 1348-1354.

MANACH JEAN-MARC, *Les « doigts brûlés » de Calais*, in *Le Monde diplomatique*, 25 septembre 2009.

MATTHEY FANNY, *Asile et risques : perceptions et évaluations*, in MEIER PHILIPPE, PAPAUX ALAIN (éd.), *Risque(s) et droit, Enseignements de 3^e cycle de droit 2009*, Zurich, Genève, Bâle, 2010, p. 321-340 (cité : MATTHEY, *Asile et risques*).

MATTHEY FANNY, *Commentaire relatif aux propositions de modifications de la loi sur l'asile concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière*, in ASYL, 2010/1, p. 3-9 (cité : MATTHEY, *Commentaire*).

MATTHEY FANNY, *Concepts juridiques indéterminés en procédure d'asile européenne. En particulier les notions de pays « sûrs »*, in CASHIN RITAINE ELEANOR, MAÎTRE ARNAUD ELODIE (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Enseignements de 3^e cycle de droit 2007*, Zurich, Genève, Bâle, 2008, p. 195-219 (cité : MATTHEY, *Concepts juridiques indéterminés*).

MATTHEY FANNY, MAHON PASCAL, *La procédure d'asile II (conditions de la procédure accélérée, notamment les notions de pays tiers et pays d'origine sûrs)*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationale Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 301-383.

MARGUERAT SYLVIE, NGUYEN MINH SON, ZERMATTEN JEAN, *La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile révisée à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Lausanne, 2006.

MAZERON FLORENT, *Le droit communautaire de l'immigration et de l'asile à l'épreuve du droit international*, in BERTRAND CHRISTINE, *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen*, Paris, 2008, p. 11-64.

MICCOLI MALHERBE RAFAELA, *Accès aux soins des requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière*, in ASYL, 2006/3, p. 31-34.

MIGRATION POLICY GROUP, *Italy – Secret agreement with Libya to continue so-called push-back policy*, in Migration News Sheet, juillet 2012.

MOLE NUALA, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2008.

MÜLLER JÖRG-PAUL, SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, Berne, 2008.

NASKOU-PERRAKI PARASKEVI, *Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et le contrôle de son application*, in ALIPRANTIS NIKITAS (éd.), *Les droits sociaux*

dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale, Bruxelles, 2008, p. 179-216.

NGUYEN MINH SON, *Droit d'asile. Le labyrinthe juridique*, in ZILLOCCI BRIGITTE, BARBEY JEAN-PIERRE, *Interdits d'asile*, Le Mont-sur-Lausanne, 2006, p. 34-48 (cité : NGUYEN, *Droit d'asile. Le labyrinthe juridique*).

NGUYEN MINH SON, *Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique*, Berne, 2003 (cité : NGUYEN, *Droit public des étrangers*).

NGUYEN MINH SON, *Les renvois et leur exécution en droit suisse*, in AMARELLE CESLA, NGUYEN MINH SON, *Les renvois et leur exécution. Perspectives internationale, européenne et suisse*, Berne, 2011, p. 115-217 (cité : NGUYEN, *Les renvois*).

NGUYEN MINH SON, AMARELLE CESLA, *Le contentieux de l'éloignement à la lumière du principe de non-refoulement*, in AMARELLE CESLA, NGUYEN MINH SON (éd.), *Le principe de non-refoulement. Fondements et enjeux pratiques*, Berne, 2010, p. 119-161.

NIDERÖST PETER, § 9 *Sans-Papiers in der Schweiz*, in UEBERSAX PETER, RUDIN BEAT, HUGI YAR THOMAS, GEISER THOMAS (éd.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^e éd., Bâle, 2009, p. 373-415 (cité : NIDERÖST, § 9 *Sans-Papiers*).

NIDERÖST PETER, *Rechtsschutzdefizite im flughafenverfahren*, in ASYL 2000/3, p. 18-30 (cité : NIDERÖST, *Rechtsschutzdefizite*).

NOLL GREGOR, *Evidentiary Assessment under the Refugee Convention : Risk, Pain and the Intersubjectivity of Fear*, in NOLL GREGOR (éd.), *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Leiden, Boston, 2005, p. 141-159 (cité : NOLL, *Evidentiary Assessment*).

NOLL GREGOR, *Seeking Asylum at Embassies : A Right to Entry under International Law ?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, vol 17, p. 542-573 (cité : NOLL, *Seeking Asylum at Embassies*).

NOWAK MANFRED, MCARTHUR ELIZABETH, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford, 2008.

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *30 jours pour faire recours, un délai à peine suffisant qui risque d'être raccourci*, cas 105, 23 mars 2010, (www.oda-e-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 105).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *9 ans de procédure pour faire reconnaître les persécutions subies*, cas 026, 3 mars 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 026).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Attribution à un canton : l'exil commence par une séparation*, cas 082, 7 juillet 2009, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 082).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Double renvoi Dublin d'une famille en dépit de sa grande vulnérabilité*, cas 122, 30 août 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 122).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Dublin : la Suisse crée des drames en renonçant à sa souveraineté*, note thématique 007, 16 juillet 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, note thématique 007).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Genève : arrestations à l'Office cantonal de la population*, brève, 4 novembre 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, brève du 4 novembre 2010).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Il obtient l'asile après avoir frôlé le renvoi faute de pouvoir payer une avance de frais*, cas 149, 21 avril 2011, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 149).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Il sauve sa peau grâce à une demande d'asile déposée à l'ambassade*, cas 056, 18 décembre 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 056).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *L'argent d'un requérant d'asile peut être confisqué*, cas 038, 16 juin 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 038).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *La mandataire reçoit la décision 57 jours après le renvoi de son mandant*, cas 093, 2 décembre 2009, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 093).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *La Suisse le renvoie dans un pays tiers où il n'a connu que la détention*, cas 120, 17 août 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 120).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Les remarques d'un ROE incitent le TAF à juger que l'ODM n'a pas fait son travail*, cas 103, 23 février 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 103).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Limiter l'immigration à tout prix ? 2^{ème} Rapport annuel d'observation*, novembre 2009 (cité : ODAE-ROMAND, *Rapport annuel*, 2009).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Obtenir des papiers est impossible, mais ce n'est pas une excuse*, cas 031, 5 mai 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 031).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Procédure à l'aéroport : 47 jours de rétention pour une fillette*, cas 046, 8 septembre 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 046).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Procédure accélérée au CEP : traumatismes psychiques négligés*, cas 024, 7 février 2008, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 024).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Renvoyé sans que son récit ait été vérifié*, cas 007, 26 mars 2007, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 007).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Requérants sans papiers : aucune excuse n'est jugée valable*, note thématique 001, 29 novembre 2007, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, note thématique 001).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Soumis à l'aide d'urgence depuis 5 ans, il s'enfonce dans la précarité*, cas 081, 30 juin 2009, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 081).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Un geste désespéré qui aurait pu être évité*, cas 157, 12 juillet 2011, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 157).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Un hiver rude dans des logements mal équipés*, brève, 21 décembre 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, brève du 21 décembre 2010).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Une femme sourde et muette n'a-t-elle pas le droit d'être entendue ?*, cas 084, 11 octobre 2009, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 084).

OBSERVATOIRE ROMAND DU DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS (ODAE-ROMAND), *Vraisemblance des motifs : le TAF désavoue l'analyse de l'ODM*, cas 099, 10 février 2010, (www.odae-romand.ch) (cité : ODAE-ROMAND, cas 099).

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Révision partielle de la loi sur l'asile – Aide d'urgence. Avis de droit du 23 février 2005*, in JAAC 2008 I.

OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Primes d'assurance-maladie pour les bénéficiaires de l'aide d'urgence*, communiqué de presse, 6 juillet 2011, <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=fr&msg-id=40075> (consultation : 15 août 2011).

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Population – Les principaux chiffres. Indicateurs principaux*, 2009 et 2010, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/01/key.html> (consultation : 15 août 2011 et 1^{er} mai 2012).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Directive Affiliation des sans-papiers*, Circulaire 02/10 du 19 décembre 2002.

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Aide d'urgence : une minorité de bénéficiaires de longue durée*, communiqué de presse, 27 mai 2010, <http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/2010-05-27.html> (consultation : 6 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Aide d'urgence*, 2010).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Décès d'une personne détenue en vue de son renvoi : l'Office fédéral des migrations interrompt les vols spéciaux*, communiqué de presse, 18 mars 2010, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=32306> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Décès d'une personne détenue*, 2010).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive I.5 : Séjour sans activité lucrative au motif d'un intérêt public important et dans les cas individuels d'une extrême gravité*, du 1^{er} juillet 2009, à jour au 01. 07. 2009 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive I.5*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III : Loi sur l'asile, Chapitre 1 : Procédure d'asile*, du 1^{er} janvier 2008, à jour au 12. 12. 2008 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Procédure*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Directive III : Loi sur l'asile, Chapitre 2 : Exécution du renvoi*, du 1^{er} janvier 2008, à jour au 10. 11. 2010 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Directive III, Renvoi*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *La Fédération des Églises protestantes de Suisse chargée du contrôle des renvois prévu dans la législation sur les étrangers*, communiqué de presse, 15 juin 2011, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=39618> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *La Fédération des Églises protestantes*, 2011).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Le centre de transit d'Altstätten est converti en centre d'enregistrement et de procédure*, communiqué de presse, 30 mai 2011, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=39404> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Le centre de transit d'Altstätten*, 2011).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Liste des pays considérés comme sûrs (« safe countries »)*, mars 2009, http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/weitere_themen/safe-countries-f.pdf (consultation : 6 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Liste des pays considérés comme sûrs*, 2009).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *L'office en bref. Etrangers et requérants d'asile en Suisse*, 3^e éd., Berne, 2008 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *L'office en bref*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *L'Office fédéral des migrations reprend progressivement les vols spéciaux*, communiqué de presse, 21 mai 2010, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=33198> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *vols spéciaux*, 2010).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. A § 1 Que doit-on examiner dans la procédure d'asile et de renvoi*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. A § 1*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. A § 2 L'information sur les pays et les analyses de situation*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. A § 2*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. B § 1 Les centres d'enregistrement et procédure*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. B § 1*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. C § 2 Les langues officielles*, date de mise à jour non précisée (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 2*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. C § 3 La langue et le style*, date de mise à jour non précise (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 3*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. C § 4 Les conditions de recevabilité*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 4*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. C § 5 La fixation des délais dans la procédure d'asile*, date de mise à jour non précisée (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 5*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. C § 6 Le droit d'être entendu*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. C § 6*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. D §1 La notion de réfugié*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D § 1*).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. D §6 La famille dans les domaines de l'asile et de l'admission provisoire*, à jour au 15. 04. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. D § 6*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. E § 2 L'obligation de collaborer, le principe de l'instruction d'office et l'administration des preuves*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. E § 2*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel de procédure d'asile. Chap. F § 2 Les catégories de traitement et le déroulement de la procédure d'asile selon les articles 32 – 41 LAsi*, à jour au 01. 01. 2008 (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Manuel. Chap. F § 2*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *ODM : adaptations de pratique concernant la procédure d'asile*, communiqué de presse, 26 janvier 2011, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=37397> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *adaptations de pratique*, 2011).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Rapport de suivi concernant la suppression de l'aide sociale. Année 2009 (du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009)*, juillet 2010 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Rapport de suivi concernant la suppression de l'aide sociale*).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Remaniement des statistiques en matière d'asile de l'ODM au 1^{er} mars 2008*, 5 juin 2008 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Remaniement des statistiques*).

OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Reprise des rapatriements sous contrainte vers le Nigéria*, communiqué de presse, 21 janvier 2011, <http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=37322> (consultation : 15 août 2011) (cité : OFFICE FEDERAL DES MIGRATIONS, *Reprise des rapatriements*, 2011).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique en matière d'asile 2009*, 5 janvier 2010 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2009*).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique en matière d'asile 2010*, 13 janvier 2011 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2010*).

OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique en matière d'asile 2011*, 6 janvier 2012 (cité : OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, *Statistique 2011*).

O'NIONS HELEN, *No Right to Liberty : The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, vol. 10, p. 149-185.

ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS, *Faits et chiffres*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/lang/fr> (consultation : 15 août 2011).

ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS (OSAR), *Bericht des EJPD über Beschleunigungsmassnahmen im Asyl-bereich*, 9 juin 2011 (cité : ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Bericht des EJPD*).

ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, OSAR (éd.), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, Berne, 2009 (cité : ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Manuel*).

ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS (OSAR), *Mise en œuvre de la nouvelle loi sur l'asile : un premier bilan qui s'avère critique*, 19 juillet 2007 (cité : ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Mise en œuvre de la nouvelle loi sur l'asile*).

ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS (OSAR), *Révision de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers. Position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés*, 4 mars 2009 (cité : ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX RÉFUGIÉS, *Révision*).

OTTET MICHEL, *La procédure d'aéroport et les décisions de la Commission de recours sur la base de l'expérience à GENEVE-Cointrin*, in *ASYL*, 2000/3, p. 31-38.

PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen sur Lampedusa*, P6_TA(2005)0138, du 14 avril 2005 (cité : PARLEMENT EUROPEEN, P6_TA(2005)0138).

PEEK MARKUS, *Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 871-984.

PEERS STEVE, *Legislative Update : EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, vol. 10, p. 219-247.

PERRUCHOU RICHARD, *La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (18 décembre 1990)*, in INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, *Etrangers, migrants, réfugiés, requérants, clandestins... et les droits de l'enfant ?*, Sion, 2001, p. 229-244.

PETERMANN LOEWE PATRICIA, *Materiell-rechtliche Aspekte der vorläufigen Aufnahme unter Einbezug des subsidiären Schutzes der EU*, Zurich, Bâle, Genève, 2010.

PETERMANN PATRICIA, KAUFMANN CHRISTINE, *Die subsidiäre Schutzform*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 67-121.

PIÇARRA NUNO, *Le développement d'une politique commune en matière d'asile. Commentaire*, in DIAS URBANO DE SOUSA CONSTANÇA, DE BRUYCKER PHILIPPE, *The Emergence of European Asylum Policy – L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, 2004, p. 15-21.

PIGUET ETIENNE, *L'immigration en Suisse. 60 ans d'entrouverture*, 2^e éd., Lausanne, 2009.

PIGUET ETIENNE, PECOUD ANTOINE, DE GUCHTENEIRE PAUL, *Migration and climate change*, Cambridge, 2011.

PLATE-FORME NATIONALE POUR LES SOINS MÉDICAUX DES SANS PAPIERS, *Patients dépourvus de titre de séjour et d'assurance-maladie. Statut juridique et prise en charge médicale des sans-papiers*, 2007, www.sante-sans-papiers.ch. (15 août 2011).

PLOTKE HERBERT, *Schweizerisches Schulrecht*, 2^e éd., Berne, 2003.

POVLAKIC KARINE, *Des réfugiés à l'aide d'urgence*, in Jusletter, 23 mai 2011, p. 1-4 (cité : POVLAKIC, *Des réfugiés à l'aide d'urgence*).

POVLAKIC KARINE, *Discrimination et exclusion de l'aide sociale*, in *Annuaire du droit de la migration/Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008*, Berne, 2008, p. 59-83 (cité : POVLAKIC, *Discrimination et exclusion*).

POVLAKIC KARINE, *Exclusion de l'aide sociale et dignité de la personne humaine*, in *ASYL*, 2008/4, p. 13-19 (cité : POVLAKIC, *Exclusion de l'aide sociale et dignité*).

POVLAKIC KARINE, *Le piège des Accords de Dublin*, in *Plädoyer*, 6/10, p. 42-45 (cité : POVLAKIC, *Le piège des Accords de Dublin*).

POVLAKIC KARINE, *Suppression de l'aide sociale. Un instrument de contrainte*, Lausanne, 2011 (cité : POVLAKIC, *Suppression de l'aide sociale*).

PREVITALI ADRIANO, ORCEL LYDIA, *La LAMal et l'érosion du droit fondamental aux soins*, in *Plädoyer*, 2/09, p. 56-61.

RADIO SUISSE ROMANDE, *Ariel et l'aide d'urgence*, in *Zone franche*, du 28 août 2010, disponible à l'adresse <http://www.rsr.ch/#/la-1ere/programmes/zone-franche/?date=04-08-2010> (consultation : 3 février 2010).

RIDEAU JOËL, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 5^e éd., Paris, 2006.

ROGERS NICOLA, *Minimum Standards for Reception*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, vol. 4, p. 215-230.

RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bâle, 2009.

SCHEECK LAURENT, *La justice européenne face aux phénomènes migratoires : entre communautarisation de l'immigré et mise à distance de l'immigrant*, in BERTRAND CHRISTINE, *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen*, Paris, 2008, p. 65-80.

SAMNØY ÅSHILD, *The Origins of the Universal Declaration of Human Rights*, in ALFREDSSON GUDMUNDUR, EIDE ASBJØRN, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, La Haye, Boston, Londres, 1999, p. 3-22.

SANCHEZ-MAZAS MARGARITA, *La construction de l'invisibilité. Suppression de l'aide sociale dans le domaine de l'asile*, Genève, 2011.

SANCHEZ-MAZAS MARGARITA, SALGADO FARID, *Repenser le phénomène migratoire : dimensions idéelles, mécanismes psychosociaux et pistes d'action*, in CALOZ-TSCHOPP MARIE-CLAIRE, DASEN PIERRE (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, volume I, Bruxelles, 2007, p. 681-714.

SCHIEFFER MARTIN, *Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 1489-1552.

SCHIERLE FLORIAN, *Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 533-587.

SCHMIDT ALINE, *Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 de la Constitution). Historique et consécration constitutionnelle*, in *Aspects de la sécurité sociale*, 2001/1, p. 17-24.

SECRETARIAT DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE, *Les droits des migrants dans la Charte sociale européenne*, juin 2008.

SIMONNOT NATHALIE, *L'accès aux soins des sans-papiers en Europe : états des lieux*, in AEGERHARD PATRICK, LEBAS JACQUES ET AL., *L'accès aux soins des migrants, des sans-papiers et des personnes précaires : pour un droit universel aux soins*, Bordeaux, 2011, p. 57-67.

SKORDAS ACHILLES, *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 803-870.

SPIJKERBOER THOMAS, ARBAOUI YOUNOUS, *Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*, in HAILBRONNER KAY (éd.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary*, Munich, 2010, p. 1227-1350.

STÖCKLI WALTER, § 11 *Asyl*, in UEBERSAX PETER, RUDIN BEAT, HUGI YAR THOMAS, GEISER THOMAS (éd.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^e éd., Bâle, 2009.

SUBILIA LAURENT, *L'impact du durcissement de la politique d'asile sur la santé des requérants*, in CALOZ-TSCHOPP MARIE-CLAIRE, DASEN PIERRE (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, volume I, Bruxelles, 2007, p. 321-330.

SUDRE FRÉDÉRIC, *Article 3*, in PETTITI LOUIS-EDMOND, DECAUX EMMANUEL, IMBERT PIERRE-HENRI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, 1999, p. 155-175.

SUTTER MICHAEL, *Aide d'urgence pour les requérant-e-s d'asile débouté-e-s. Pratique de l'aide d'urgence dans quelques cantons – mise à jour du rapport sur l'aide d'urgence 2008*, OSAR, Berne, 2011.

TAFELMACHER CHRISTOPHE, *Droit à l'aide d'urgence : le grand retournement*, in *Plädoyer*, 3/09, p. 56-61.

TELEVISION SUISSE ROMANDE, *La machine fédérale contre l'immigration*, in Temps présent, du 22 octobre 2009, <http://www.tsr.ch/emissions/temps-present/immigration/1260539-la-machine-federale-contre-l-immigration.html> (consultation : 3 février 2010).

TEXIER PHILIPPE, *L'enjeu de la justiciabilité et le projet de Protocole additionnel au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in DECAUX EMMANUEL (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme. Enjeux et défis d'une réforme*, Paris, 2006, p. 277-281.

TRAULSEN CHRISTIAN, *Das sakrale Asyl in der Alten Welt*, Tübingen, 2004.

TRIBUNE DE GENEVE, *L'ODM peine à recruter des observateurs indépendants*, in Tribune de Genève, 12 décembre 2010.

TRUMMER MURIEL, *Nothilfe für abgewiesene Asylsuchende*, in ASYL, 2009/1, p. 24-27.

TSCHUDI CARLO, *Nothilfe an Personen mit Nichteintretensentscheid*, in Jusletter, 20 mars 2006.

TURPIN DOMINIQUE, *L'immigration dans l'Union européenne : aspects actuels de droit interne et de droit européen. Rapport de synthèse*, in BERTRAND CHRISTINE, *L'immigration dans l'Union européenne. Aspects actuels du droit interne et du droit européen*, Paris, 2008, p. 329-338.

UEBERSAX PETER, § 7 *Einreise und Anwesenheit*, in UEBERSAX PETER, RUDIN BEAT, HUGI YAR THOMAS, GEISER THOMAS (éd.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^e éd., Bâle, 2009, p. 221-309 (cité : UEBERSAX, § 7 *Einreise und Anwesenheit*).

UEBERSAX PETER, *Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz*, in BREITENMOSER STEPHAN, EHRENZELLER BERNHARD (éd.), *EMRK und die Schweiz. La CEDH et la Suisse*, St-Gall, 2010, p. 203-242 (cité : UEBERSAX, *Die EMRK und das Migrationsrecht*).

UEBERSAX PETER, REFAEIL NORA, BREITENMOSER STEPHAN, *Die Familienvereinigung im internationalen und schweizerischen Flüchtlingsrecht*, in UNHCR, OSAR (éd.), *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie = Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, Berne, 2009, p. 471-538.

UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *International covenant on civil and political rights. Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the covenant*,

CCPR/C/CHE/CO/3, du 29 octobre 2009 (cité : UNITED NATIONS, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CCPR/C/CHE/CO/3).

URBANO DE SOUSA CONSTANÇA, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, in JULIEN-LAFERRIERE FRANÇOIS, LABAYLE HENRI, EDSTRÖM ÖRJAN (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam = The European immigration and asylum policy : critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 127-139.

VEDSTED-HANSEN JENS, *Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures ?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, vol. 7, p. 369-376.

VINCENT ELISE, *Immigration : la France est-elle vraiment la plus sévère ?*, in *Le Monde*, 29 septembre 2010.

VOHRA SHYLA, *Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers*, in CHOLEWINSKI RYSZARD, PERRUCHOU RICHARD, MACDONALD EUAN (éd.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, La Haye, 2007, p. 49-69.

WALDMANN BERNHARD, *Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung*, in *ZBl*, 2006/107, p. 341-368.

WALDMANN BERNHARD, BICKEL JÜRG, *ad art. 29 PA*, in WALDMANN BERNHARD, WEISSENBERGER PHILIPPE, *VwVG. Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich, Bâle, Genève, 2009, p. 599-651 (cité : WALDMANN, BICKEL, *ad art. 29 PA*).

WALDMANN BERNHARD, BICKEL JÜRG, *ad art. 30 PA*, in WALDMANN BERNHARD, WEISSENBERGER PHILIPPE, *VwVG. Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich, Bâle, Genève, 2009, p. 653-683 (cité : WALDMANN, BICKEL, *ad art. 29 PA*).

WEILL-LÉVY ANNE, GRÜNBERG KARL, ISLER GLAUS JOELLE, *La discrimination, principe directeur de la politique d'immigration. Suisse : un essai sur le racisme d'Etat (1942 – 2002)*, Lausanne, 2003.

WIHTOL DE WENDEN CATHERINE, *La géographie des migrations contemporaines*, in *Regards croisés sur l'économie*, 2010/2, no 8, p. 49 à 57.

WINTSCH SANDRA, *Flüchtlingskinder und Bildung. Rechtliche Aspekte*, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

WISARD NICOLAS, *Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1997.

WOLFFERS FELIX, *Grundriss des Sozialhilferechts*, 2^e éd., Berne, 1999.

ZEUGIN BETTINA, *Parmi nous mais indésirables ! Quelles solutions pour les sans-papiers ?*, Lucerne, 2003.

Textes et projets législatifs

En Suisse : principaux messages du Conseil fédéral, projets et textes législatifs (par ordre chronologique)

Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi sur l'asile et d'un arrêté fédéral concernant une réserve à la convention relative au statut des réfugiés, du 31 août 1977, FF 1977 III 113-162.

Loi sur l'asile, du 5 octobre 1979, RO 1980 1718.

Message du Conseil fédéral sur la révision de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et de la loi fédérale instituant des mesures destinées à améliorer les finances fédérales, du 2 décembre 1985, FF 1986 I 1-45.

Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, du 25 avril 1990, FF 1990 II 537-653.

Arrêté fédéral sur la procédure d'asile, du 22 juin 1990 (APA), RO 1990 I 938.

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 1-187.

Message du Conseil fédéral relatif à l'arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers, du 13 mai 1998 (AMU), FF 1998 2829-2844.

Arrêté fédéral sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers (AMU), du 26 juin 1998, RO 1998 1582.

Loi sur l'asile (LAsi), du 26 juin 1998, RO 1999 2262, RS 142.31.

Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1), du 11 août 1999, RS 142.311.

Ordonnance 2 sur l'asile relative au financement (OA 2), du 11 août 1999, RS 142.312.

Ordonnance 3 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (OA 3), du 11 août 1999, RS 142.314.

Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), du 11 août 1999, RS 142.281.

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6359-6454.

Message du Conseil fédéral concernant le programme d'allégement 2003 du budget de la Confédération (PAB 03), du 2 juillet 2003, FF 2003 5091-5286.

Loi fédérale sur le programme d'allégement budgétaire 2003 du 19 décembre 2003, RO 2004 1633.

Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), du 1^{er} octobre 2004, FF 2004 5593.

Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005, RS 142.20.

Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), du 24 octobre 2007, RS 142.201.

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, du 26 mai 2010, FF 2010 4035.

Message complémentaire du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile (Mesures à court terme), du 23 septembre 2011, FF 2011 6735.

Au sein de l'Union européenne : principaux textes législatifs (par ordre chronologique)

Traité sur l'Union européenne (TUE ou Traité de Maastricht) du 7 février 1992 (entré en vigueur : 1^{er} novembre 1993), JO C 191/1, du 29 juillet 1992.

Traité instituant la Communauté européenne (TCE « version consolidée » ou Traité d'Amsterdam) du 2 octobre 1997 (entré en vigueur : 1^{er} mai 1999), JO C 340/1, du 10 novembre 1997.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (disponible sous : JO L 239/19, du 22 septembre 2000).

Convention du 15 juin 1990 (entrée en vigueur 1^{er} septembre 1997) relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes. JO C 254/1, du 19 août 1997 (remplacée par le Règlement (CE) 343/2003).

Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JO C 274/13, du 19 septembre 1996.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, JO C 364/1, du 18 décembre 2000 (remplacée le 1^{er} décembre 2009 par la Charte du 12 décembre 2007).

Règlement CE no 2725/2000 du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JO L 316/1, du 15 décembre 2000.

Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 149/34, du 2 juin 2001.

Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212/12, du 7 août 2001.

Règlement (CE) no 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) no 2725/2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin règlement modalités d'application d'Eurodac, JO L 62/1, du 5 mars 2002.

Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/17, du 5 décembre 2002.

Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328/1, du 5 décembre 2002.

Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31/18, du 6 février 2003.

Règlement (CE) no 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50/1, du 25 février 2003.

Règlement (CE) no 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) no 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 222/3, du 5 septembre 2003.

Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12, du 3 octobre 2003.

Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JO L 321/26, du 6 décembre 2003.

Décision 2004/191/CE du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 60/55, du 27 février 2004.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO L 158/77, du 30 avril 2004

Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261/19, du 6 août 2004.

Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261/24, du 6 août 2004.

Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 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 L 304/12, du 30 septembre 2004 (remplacée par la directive 2011/95/UE).

Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261/28, du 6 août 2004.

Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13, du 13 décembre 2005.

Décision 573/2007/CE du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil. JO L 144/1, du 6 juin 2007

Décision no 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L 144/22, du 6 juin 2007.

Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne ; entré en vigueur : 1^{er} décembre 2009), JO C 306/01 du 17 décembre 2007.

Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 83/1, du 30 mars 2010

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 (entrée en vigueur : 1^{er} décembre 2009), JO C 303/1, du 14 décembre 2007, texte adapté : JO C 83/389, du 30 mars 2010.

Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24, du 30 juin 2009.

Règlement (UE) no 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO L 132/11, du 29 mai 2010.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2001 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 subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337/9, du 20 décembre 2011.

LISTE DES ABREVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
al.	Alinéa
AMU	Arrêté fédéral du 26 juin 1998 sur les mesures d'urgence dans le domaine de l'asile et des étrangers (RO 1998 II 1582)
AP	Avant-projet
APA	Arrêté fédéral urgent du 22 juin 1990 sur la procédure d'asile (RO 1990 I 938)
art.	Article
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
c.	contre
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107
CE	Conseil des Etats (suisse)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
CEP	Centre d'enregistrement et de procédure
Cf.	Confer, voir
CGE	Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, RS 0.142.30
ch.	Chiffre
CIP-E	Commission des institutions politiques du Conseil des Etats
CIP-N	Commission des institutions politiques du Conseil national

CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CN	Conseil national (suisse)
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
consid.	Considérant
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRA	Commission de recours en matière d'asile
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'aide sociale
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CT	Centre de transit
DFE	Département fédéral de l'économie
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	Directive
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	Editeur(s)
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EEE	Espace économique européen
ELENA	European Legal Network on Asylum
EPER	Entraide protestante suisse
Eurodac	Système européen pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin
EVAM	Etablissement vaudois d'accueil des migrants
FEPS	Fédération des Églises protestantes de Suisse
FITAF	Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral, RS 173.320.2

HCR	Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JICRA	Jurisprudence et informations de la Commission de recours en matière d’asile
JO C	Journal officiel des Communautés européennes (communications et informations)
JO L	Journal officiel des Communautés européennes (législation)
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales, RS 836.2
LAGH	Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l’analyse génétique humaine, RS 810.12
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l’assurance-maladie, RS 832.10
LAsi	Loi sur l’asile du 26 juin 1998, RS 142.31
LDEA	Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d’information commun aux domaines des étrangers et de l’asile, RS 142.51
let.	lettre
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LSEE	(ancienne) Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l’établissement des étrangers
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LUsC	Loi 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
NEM	Non-entrée en matière
NEMs	Personnes auxquelles une décision de non-entrée en matière est appliquée
no	Numéro
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l’asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l’asile), RS 142.311

OA 2	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l’asile relative au financement (Ordonnance 2 sur l’asile), RS 142.312
OA 3	Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l’asile relative au traitement de données personnelles (Ordonnance 3 sur l’asile), RS 142.314
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l’assurance-maladie, RS 832.102
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l’admission, au séjour et à l’exercice d’une activité lucrative, RS 142.201
ODAE	Observatoire romand du droit d’asile et des étrangers
ODM	Office fédéral des migrations
ODR	(ancien) Office fédéral des réfugiés
OERE	Ordonnance du 11 août 1999 sur l’exécution du renvoi et de l’expulsion d’étrangers, RS 142.281
OIT	Organisation internationale du travail
OLUsC	Ordonnance du 12 novembre 2008 relative à l’usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Ordonnance sur l’usage de la contrainte), RS 364.3
ONG	Organisation(s) non gouvernementale(s)
OSAR	Organisation suisse d’aide aux réfugiés
OSEO	Organisation suisse d’entraide ouvrière
OUA	Organisation de l’unité africaine
p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
PAB	Loi fédérale sur le programme d’allègement budgétaire 2003 du 19 décembre 2003 (RO 2004 1633).
par.	Paragraphe
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RO	Recueil officiel du droit fédéral

ROE	Représentant des œuvres d'entraide
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
spéc.	spécialement
s.	suivant
ss.	suivants
SYMIC	Système d'information central sur la migration ; Ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration, RS 142.513
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UNHCR	Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
UE	Union européenne
USEJ	Union suisse des comités d'entraide juive
Zbl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Annexe A : Articles topiques du droit suisse (LAsi)

Art. 32 Motifs de la non-entrée en matière

¹ Il n'est pas entré en matière sur la demande d'asile qui ne satisfait pas aux conditions fixées à l'art. 18.

² Il n'est pas entré en matière sur une demande d'asile si le requérant :

- a. ne remet pas aux autorités, dans un délai de 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile, ses documents de voyage ou ses pièces d'identité ;
- b. a trompé les autorités sur son identité, le dol étant constaté sur la base de l'examen dactyloscopique ou d'autres moyens de preuve ;
- c. s'est rendu coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer ;
- d. ... (abrogé)
- e. a déjà fait l'objet d'une procédure d'asile en Suisse qui s'est terminée par une décision négative ou est rentré dans son Etat d'origine ou de provenance alors que la procédure était en suspens, à moins que des faits propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se soient produits dans l'intervalle ;
- f. a déjà fait l'objet, dans un Etat membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), d'une procédure d'asile qui a débouché sur une décision négative, à moins que l'audition ne révèle des indices donnant lieu de penser que des faits propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se sont produits dans l'intervalle.

³ L'al. 2, let. a, n'est pas applicable dans les cas suivants :

- a. le requérant rend vraisemblable que, pour des motifs excusables, il ne peut pas remettre aux autorités ses documents de voyage ou ses pièces d'identité dans un délai de 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile ;
- b. la qualité de réfugié est établie au terme de l'audition, conformément aux art. 3 et 7 ;
- c. l'audition fait apparaître la nécessité d'introduire d'autres mesures d'instruction pour établir la qualité de réfugié ou pour constater l'existence d'un empêchement à l'exécution du renvoi.

Art. 34 Non-entrée en matière en l'absence de risque de persécution à l'étranger

¹ Si le requérant vient d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté, au sens de l'art. 6a, al. 2, let. a, l'office n'entre pas en matière sur sa demande, à moins qu'il n'existe des indices de persécution.

² En règle générale, l'office n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant :

- a. peut retourner dans un Etat tiers sûr au sens de l'art. 6a, al. 2, let. b, dans lequel il a séjourné auparavant ;

- b. peut retourner dans un Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant et qui respecte dans le cas d'espèce le principe du non-refoulement visé à l'art. 5, al. 1 ;
 - c. peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers pour lequel il possède déjà un visa et dans lequel il peut demander protection ;
 - d. peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi ;
 - e. peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits.
- ³ L'al. 2, let. a, b, c et e n'est pas applicable lorsque :
- a. des proches parents du requérant ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits vivent en Suisse ;
 - b. le requérant a manifestement la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 ;
 - c. l'office 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'art. 5, al. 1.

Annexe B : Articles topiques du droit européen (Directive 2005/85/CE)

Article 23 Procédure d'examen

¹ Les États membres traitent les demandes d'asile dans le cadre d'une procédure d'examen conformément aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II.

² Les États membres veillent à ce qu'une telle procédure soit menée à terme dans les meilleurs délais, sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif. Lorsqu'une décision ne peut pas être prise dans un délai de six mois, les États membres veillent à ce que le demandeur concerné :

- a) soit informé du retard, ou
- b) reçoive, lorsqu'il en fait la demande, des informations concernant le délai dans lequel sa demande est susceptible de faire l'objet d'une décision. Ces informations n'entraînent pour l'État membre aucune obligation, envers le demandeur, de statuer dans le délai indiqué.

³ Les États membres peuvent donner la priorité à une demande ou en accélérer l'examen dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II, y compris lorsque la demande est susceptible d'être fondée ou dans les cas où le demandeur a des besoins particuliers.

⁴ Les États membres peuvent également décider, dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II, qu'une procédure d'examen est prioritaire ou est accélérée lorsque :

- a) le demandeur n'a soulevé, en déposant sa demande et en exposant les faits, que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE ; ou
- b) le demandeur qui manifestement ne peut être considéré comme un réfugié ou ne remplit pas les conditions requises pour obtenir le statut de réfugié dans un État membre en vertu de la directive 2004/83/CE ; ou
- c) la demande d'asile est considérée comme infondée :
 - i) parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sûr au sens des articles 29, 30 et 31, ou
 - ii) parce que le pays qui n'est pas un État membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur sans préjudice de l'article 28, paragraphe 1, ou
- d) le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et/ou sa nationalité et/ou l'authenticité de ses documents, en présentant de fausses indications ou de faux documents ou en dissimulant des informations ou des documents pertinents qui auraient pu influencer la décision dans un sens défavorable, ou
- e) le demandeur a introduit une autre demande d'asile mentionnant d'autres données personnelles, ou
- f) le demandeur n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité, ou s'il est probable que, de mauvaise foi, il a

- procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de titres de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité, ou
- g) la demande formulée par le demandeur est manifestement peu convaincante en raison des déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes qu'il a faites sur les persécutions dont il prétend avoir fait l'objet, visées dans la directive 2004/83/CE, ou
 - h) le demandeur a introduit une demande ultérieure dans laquelle il n'invoque aucun élément nouveau pertinent par rapport à sa situation personnelle ou à la situation dans son pays d'origine, ou
 - i) le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire, ou
 - j) le demandeur ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son expulsion, ou
 - k) sans motif valable, le demandeur n'a pas rempli les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/83/CE, ou de l'article 11, paragraphe 2, points a) et b), et de l'article 20, paragraphe 1, de la présente directive, ou
 - l) le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire de l'État membre et, sans motif valable, ne s'est pas présenté aux autorités et/ou n'a pas introduit sa demande d'asile dans les délais les plus brefs compte tenu des circonstances de son entrée sur le territoire, ou
 - m) le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'État membre; ou le demandeur a fait l'objet d'une décision d'éloignement forcé pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public au regard du droit national, ou
 - n) le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément à la législation communautaire et/ou nationale pertinente, ou
 - o) la demande a été introduite par un mineur non marié auquel l'article 6, paragraphe 4, point c), s'applique après que la demande déposée par le ou les parents responsables du mineur a été rejetée et aucun élément nouveau pertinent n'a été apporté en ce qui concerne la situation personnelle du demandeur ou la situation dans son pays d'origine.

Annexe C : Articles topiques du droit international (Convention de Genève)

Art. 1 Définition du terme «réfugié»

A. Aux fins de la présente Convention, le terme «réfugié» s'appliquera à toute personne :

1. Qui a été considérée comme réfugiée en application des Arrangements du 12 mai 1926 et du 30 juin 1928, ou en application des Conventions du 28 octobre 1933 et du 10 février 1938 et du Protocole du 14 septembre 1939, ou encore en application de la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés ;

Les décisions de non-éligibilité prises par l'Organisation internationale pour les réfugiés pendant la durée de son mandat ne font pas obstacle à ce que la qualité de réfugié soit accordée à des personnes qui remplissent les conditions prévues au par. 2 de la présente section ;

2. Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et 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 nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression «du pays dont elle a la nationalité» vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle a la nationalité, toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est pas réclamée de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.

B.

1. Aux fins de la présente Convention, les mots «événements survenus avant le premier janvier 1951» figurant à l'art. 1, section A, pourront être compris dans le sens de soit
 - a) «événements survenus avant le premier janvier 1951 en Europe» ; soit
 - b) «événements survenus avant le premier janvier 1951 en Europe ou ailleurs» ;

et chaque Etat Contractant fera, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, une déclaration précisant la portée qu'il entend donner à cette expression au point de vue des obligations assumées par lui en vertu de la présente Convention.

2. Tout Etat Contractant qui a adopté la formule a pourra à tout moment étendre ses obligations en adoptant la formule b par notification adressée au Secrétaire général des Nations Unies.

C. Cette Convention cessera, dans les cas ci-après, d'être applicable à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus :

1. Si elle s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité ; ou
2. Si, ayant perdu sa nationalité, elle l'a volontairement recouvrée ; ou
3. Si elle a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays dont elle a acquis la nationalité ; ou

4. Si elle est retournée volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée ; ou
5. Si, 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 ;

Etant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au par. 1 de la section A du présent article 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 ;

6. S'agissant d'une personne qui n'a pas de nationalité, si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle est en mesure de retourner dans le pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle ;

Etant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au par. 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de retourner dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.

D. Cette Convention ne sera pas applicable aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés.

Lorsque cette protection ou cette assistance aura cessé pour une raison quelconque, sans que le sort de ces personnes ait été définitivement réglé, conformément aux résolutions y relatives adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, ces personnes bénéficieront de plein droit du régime de cette Convention.

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

F. Les 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.

Art. 33 Défense d'expulsion et de refoulement

1. 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.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois 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 délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.