

Qu'est-ce que l'Etat de droit ?

L'exemple de la procédure d'asile en Suisse

Par Karine Povlakic, juriste au Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s (SAJE)¹

*« Il n'y a, dans l'absolu, aucun droit à un recours [...].
Le droit à recourir et les conditions du recours ne
peuvent, donc, conformément au principe de la
légalité, être régis que par une loi [...]. »*

Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, Théorie et pratique du droit, Helbing & Lichtenhahn, 4^{ème} édition, Bâle, 1991, p. 381

Résumé/Introduction

L'Etat de droit se définit ici comme un ensemble de règles de procédure destinées à aménager la participation des particuliers à la prise des décisions administratives ou judiciaires les concernant, dans l'idée que cette participation restitue à la personne sa dignité dans ses rapports avec l'autorité publique et contribue à limiter les comportements arbitraires de cette même autorité. Parmi ces règles, on peut citer le principe de la légalité qui veut que toute autorité soit constituée démocratiquement c'est-à-dire par la loi, et ne puisse agir que conformément aux termes de la loi et dans les limites de cette dernière. On voit déjà que l'Etat de droit dépend lourdement du contenu de la loi elle-même. Quant à son contenu, la loi doit prévoir non seulement les règles de procédure mais aussi les droits ou les intérêts des particuliers à protéger, car la participation du particulier est inutile si la procédure doit aboutir dans tous les cas au rejet de sa demande ou au prononcé d'une sanction indépendamment des arguments que ce dernier invoque. Si donc la loi ne prévoit plus de droits matériels concrets ou restreint les règles de procédure, l'Etat de droit s'évanouit et ce, en application de son principe cardinal, le principe de la légalité qui veut que l'on exécute la loi

¹ Karine Povlakic est titulaire d'une licence en droit de l'Université de Genève. Elle travaille depuis 2000 comme juriste pour une association de défense des demandeurs d'asile à Lausanne, le Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s (SAJE), financée par les œuvres d'entraide (Caritas, l'Entraide protestante (EPER), le Centre social protestant vaudois (CSP) et SOS-Asile Vaud), et par des dons privés.

dans ses termes. C'est-à-dire que, en dehors ou à côté de la loi, l'Etat de droit n'a aucun contenu propre, aucune signification. Il n'est pas un principe juridique en ce sens que l'invoquer ne fait pas échec à l'application de la loi injuste, faute d'accord tant sur la définition des règles de procédure essentielles que sur la désignation des droits à protéger dans l'absolu. L'Etat de droit n'est donc qu'une simple idée ou un idéal à poursuivre mais dont on ne rencontre aucune application concrète comme principe supérieur à la loi. Dit autrement, lorsque les carences de la loi sont graves, il n'existe aucun principe général susceptible de faire échec à l'application de cette loi. Comme déclaration d'intention politique, l'idéal du respect de l'Etat de droit ne produit d'effets juridiques que tant qu'il est inséré dans la loi. Sinon, il reste de l'ordre du discours.

Pour illustrer notre propos, examinons quelques-unes des principales dispositions de la loi suisse sur l'asile telles que les autorités compétentes les interprètent et les appliquent actuellement. Nous nous limiterons à confronter cette pratique aux règles de l'Etat de droit les plus connues du public et donc les moins contestées. Ces règles sont souvent formulées en termes de « droits ». Ce sont principalement le droit d'être entendu pendant la procédure, le droit de recevoir une décision sur sa demande et le droit de déposer un recours en cas de réponse négative. Nous verrons qu'aucun de ces droits ne correspond à des règles identifiables. Cet examen nous amènera ensuite à discuter des valeurs que la loi sur l'asile ou la Convention européenne des droits de l'homme défendent fondamentalement. Nous verrons qu'en se référant exclusivement au droit, la définition de ces valeurs est impossible. Ainsi, si la loi suisse sur l'asile ne contient plus ni règles de procédure² ni valeurs, aucune règle de l'Etat de droit ne parviendra à combler ces vides.

La loi fédérale sur l'asile (**LAsi**) du 26 juin 1998 est accessible par internet dans le recueil systématique du droit fédéral à la cote 142.31. Deux autorités sont principalement chargées de l'appliquer : l'Office fédéral des migrations (**ODM**), autorité administrative de première instance qui instruit la demande d'asile et rend une décision, et le Tribunal Administratif Fédéral (**TAF**), l'unique instance de recours. Les arrêts du TAF sont publiés sur internet. La décision de l'ODM est à la fois une décision sur l'asile et une décision en matière de renvoi.

Autres abréviations : **Cst** Constitution fédérale du 18 avril 1999 ; **CEDH** Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950

² Au sens de règles destinées à protéger les particuliers.

Statistiques des arrêts du TAF introduits sur le site du TAF dans la rubrique
« nouveautés » de la base de données entre le 13 et le 26 avril 2010³

Total des arrêts			Asile et renvoi			Non entrée en matière			Renvoi « Dublin »			
	Dont arrêts positifs	Dont arrêts à juge unique		Dont arrêts positifs	Dont arrêts à juge unique		Dont arrêts positifs	Dont arrêts à juge unique		Dont arrêts positifs	Dont arrêts à juge unique	
	A	B										
212	12	14	135	88	16	26	49	9	37	75	1	72

A : à la suite de l'arrêt positif du TAF, les recourants obtiennent un **statut** (admission provisoire ou asile)

B : le TAF annule la décision de l'ODM et lui renvoie la cause pour nouvelle décision. La procédure d'asile et de renvoi se poursuit. La pratique montre qu'un tel arrêt cassatoire du TAF peut être suivi d'une nouvelle décision négative ou de non entrée en matière de l'ODM, le cas échéant, confirmée par le TAF. Il n'y a donc que 12 arrêts véritablement positifs du TAF. Deux d'entre eux sont cassatoires c'est-à-dire annulent une décision de levée de l'admission provisoire (D-6312/2006 et E-8210/2008).

Trois parmi les arrêts positifs sont à juge unique : D-1160/2009 (NEM art. 34-2-c) et D-2202/2010 (NEM art. 32-2-b) et D-2091/2010 (NEM « Dublin »/Grèce).

Statistiques de l'ODM en matière d'asile en 2009

Nouvelles demandes d'asile	Octroi de l'asile	Renvois « Dublin »	Renvois vers un Etat tiers	Renvois vers l'Etat d'origine	Départs et disparitions	Total des renvois et départs
16'005	2'622	4'590	307	3'322	4'527	12'746

« Au cours de l'année 2009, 17 326 demandes ont été traitées en première instance, soit 6264 de plus (+ 56,6%) qu'un an auparavant. Dans **7678** cas, les autorités ont rendu une décision de non-entrée en matière (2008 : 3073, + 149,9%). La forte augmentation de cet effectif s'explique par le fait que la demande des requérants transférés dans un autre Etat en application de l'accord de Dublin fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière (3486 cas en 2009). Au total, 2622 personnes ont obtenu l'asile (2008 : 2261, + 16,0%) ; 5750 demandes ont été rejetées (2008 : 4483, + 28,3%) tandis que 1276 autres ont été retirées ou classées (2008 : 1245, + 2,5%). »⁴

³ La période est choisie au hasard du moment de la rédaction de cet article. Ces statistiques ne comprennent pas les demandes d'asile à l'étranger. Les arrêts sur révision/réexamen ou de levée de l'admission provisoire sont compris dans la rubrique « Asile ». www.bundesverwaltungsgericht.ch

⁴ ODM, *Commentaire sur la statistique en matière d'asile 2009*, Berne, 5 janvier 2010, p. 4 (nous soulignons)

1. Qu'est-ce qu'une procédure ?

Dans l'idée que l'on se fait de la loi sur l'asile, celle-ci est destinée à permettre aux étrangers qui demandent une protection contre des persécutions de faire entendre leur histoire de fuite et à l'autorité d'examiner ces motifs. Ce qui nous intéresse ici, c'est de rechercher en quoi consiste une procédure. La doctrine la définit comme un ensemble d'actes permettant le déroulement de l'instruction d'une demande de manière organisée, à la fois pour que l'autorité puisse établir les faits dont la connaissance est indispensable à l'application de la loi, et pour que le particulier puisse faire valoir son point de vue et ses propres moyens de preuve. Il doit donc y avoir une certaine correspondance entre la demande de l'administré et la décision que l'autorité envisage de prendre. En outre, les différentes étapes du déroulement de l'instruction doivent être identifiables par l'administré de manière à ce que celui-ci puisse intervenir au moment opportun et défendre ses intérêts. La procédure est donc essentiellement un ensemble d'actes ou d'interventions par lesquels l'autorité établit les faits et le particulier amène ses moyens. La pratique en matière d'asile en Suisse a été dominée en 2009 par les motifs de non entrée sur la demande d'asile⁵. Une écrasante majorité de ces décisions de l'ODM était fondée sur l'article 34 LAsi (non entrée en matière sur la demande d'asile parce qu'un Etat tiers a accepté la réadmission en application du règlement dit de « Dublin II »⁶). Pour ces cas de renvoi en application des accords de Dublin, on peut affirmer que la procédure n'existe pour ainsi dire pas. Si la procédure a pour objet de déterminer si une personne possède des droits et quels sont ces droits, la réponse dans les « cas Dublin » est clairement que ces gens-là n'ont pas de droit, et qu'une fois que l'autorité les a triés comme tels, elle n'a plus qu'à organiser l'exécution concrète de leur « transfert ». L'article 34 LAsi ne prévoit pas de droit de rester en Suisse pour quiconque a transité par un autre Etat européen et dont les empreintes digitales sont enregistrées dans le fichier EURODAC. Le TAF explique dans une décision rendue en 2009 que les requérants soumis au régime des renvois « Dublin » n'ont aucun « droit subjectif » à l'asile en Suisse⁷, c'est-à-dire n'ont pas de droit à ce

⁵ Depuis que la Cheffe du Département fédéral de justice et police, Mme Widmer-Schlumpf, a publiquement proposé de supprimer le motif de non entrée en matière pour défaut de papiers d'identité dans une prochaine révision de la loi sur l'asile, l'ODM rend moins de décision de non entrée en matière fondées sur l'article 32-2-a LAsi et plus de décisions de rejet de la demande d'asile. Mais la pratique montre que la motivation de l'une ou de l'autre de ces décisions est pratiquement la même de sorte que, sauf en ce qui concerne le délai de recours, la décision de non entrée en matière ne se distingue pas fondamentalement de la décision négative. Cf. Valérie de Graffenried, *Asile: les nouvelles mesures proposées par Eveline Widmer-Schlumpf ne convainquent pas*, in *Le Temps*, 23 mars 2010

⁶ Règlement (CE) n° 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*

⁷ D-5079/2009, 03.09.2009

que leurs motifs d'asile soient examinés par les autorités suisses puisqu'un autre Etat européen est compétent pour ce faire. L'absence de droit entraîne la disparition de la procédure qui n'est alors plus qu'un processus, c'est-à-dire un ensemble d'actes internes à l'administration sur lesquels le demandeur n'a pas d'influence. Quand il ou elle dépose une demande d'asile, l'autorité n'instruit pas cette demande. Elle échange les données personnelles avec l'autorité d'autres Etats membres de l'UE puis rend un ordre de renvoi, ceci indépendamment des motifs d'asile, et même indépendamment de tous les éléments personnels que la personne pourrait amener. Par exemple, le fait d'avoir été contraint de séjourner dans la rue en Italie ou en Espagne avant de venir en Suisse, parfois pendant plusieurs mois, et de se nourrir à la soupe populaire distribuée une fois par jour par une œuvre caritative⁸, n'a pas d'incidence sur le processus du renvoi. Si cette même personne invoque de telles conditions de vie alors qu'elle est une femme seule victime de violences sexuelles du fait de cet état de grande précarité⁹, un couple avec des enfants en bas âge¹⁰ ou une personne âgée ou malade¹¹, ou un mineur non accompagné¹², cela non plus n'a pas incidence. Dans tous les cas, l'ODM rend un ordre de renvoi. Les lacunes de la loi en termes de droits que les requérants pourraient opposer à ce renvoi sont telles que, dans pratiquement tous les cas de recours contre la décision de l'ODM, le renvoi est confirmé par le tribunal (TAF). Le déroulement du recours est lui aussi un processus et non pas une procédure, parce que le recourant ne peut rien amener de ses circonstances personnelles susceptible d'influencer la décision finale. Il n'existe pas de droit de l'homme ni aucune règle fondamentale de procédure que l'on peut invoquer contre le déroulement inéluctable de ces processus qui se terminent en peu de temps par l'exécution concrète du renvoi¹³.

On aurait pu imaginer l'application de quelques règles de procédure internes au règlement « Dublin » mais la jurisprudence récente du TAF se montre peu

⁸ Les requérants d'asile qui ont transité par l'Italie invoquent de manière récurrente de telles conditions de vie. 42 des arrêts « Dublin » du tableau statistique ci-dessus confirment un renvoi vers l'Italie. Actuellement, tous les renvois vers la Grèce sont suspendus c'est-à-dire que le TAF instruit les recours.

⁹ E-499/2010, 05.02.2010 ; E-2131/2010, 07.04.2010

¹⁰ E-2469/2010 du 27.04.2010, E-2503/2010, 30.04.2010

¹¹ E-3051/2010, 05.05.2010 (renvoi vers la Slovénie) ; D-1786/2010, 04.05.2010 (renvoi vers l'Italie d'une femme souffrant de troubles psychiques) ; D-1716/2010, 14.04.2010 (femme souffrant de troubles psychiques dont une sœur vit en Suisse)

¹² E-2414/2010, 20.04.2010 (la minorité est contestée par l'ODM)

¹³ Pour de plus amples développements sur ce sujet voir K. Povlakic, *Légalité et arbitraire, Le renvoi des « cas Dublin »*, colloque international de théorie politique, *La pensée et l'action dans le pouvoir, Colères : dynamiques soumission-insoumission et création politique*, Lausanne, 23-25 avril 2010, www3.unil.ch/wpmu/ctp2010, texte des intervenants de l'atelier 3.

disposée à ouvrir des droits en faveur des requérants d'asile. Dans un arrêt D-2042/2010¹⁴ par exemple, le TAF juge que :

- l'ODM n'a pas l'obligation d'indiquer le critère de renvoi « Dublin » dans sa décision. Il suffit que ce critère (en l'occurrence le séjour illégal dans un Etat tiers) ait été mentionné au cours de l'audition au centre d'enregistrement.
- Lorsque l'ODM invoque par erreur l'article 20 du règlement dans les motifs de sa décision [au lieu de l'article 18], cela n'est pas une violation du droit d'être entendu et cela n'entraîne aucune conséquence [puisque les recourants pouvaient connaître le critère de réadmission en se référant à l'audition].
- La question de savoir s'il s'agit d'une prise en charge (art. 18 du règlement) ou d'une reprise en charge (art. 20 du règlement) peut rester ouverte [alors que les délais de réadmission ne sont pas les mêmes].
- Finalement, les délais d'acceptation de l'Etat requis ne peuvent pas être invoqués par les recourants, « dès lors qu'ils constituent des modalités procédurales entre deux Etats concernés ».

La dernière phrase signifie qu'il se déroule une procédure entre les deux Etats concernés, l'Etat de renvoi et l'Etat de réadmission, mais que les personnes concernées par le renvoi ne sont pas parties à cette procédure. Elles ne peuvent donc pas y participer. Elles ne sont que des objets à transférer d'un Etat à un autre, d'entente entre ces Etats, sans pouvoir donner leur avis.

Les règles fondamentales de procédure n'ont ainsi de sens que dans une procédure, c'est-à-dire lorsque l'autorité examine la cause de l'administré et s'intéresse à ses moyens de preuve. En l'occurrence, le processus des renvoi « Dublin » ne montre pas d'intérêt pour les personnes qu'il concerne et ces dernières ne peuvent rien amener en propre pour s'opposer à leur transfert d'un Etat à un autre.

Bien que ce processus soit conforme à la loi, il se déroule à côté ou en dehors du principe de l'Etat de droit qui veut que les particuliers concernés par une procédure puissent utilement y participer. Ici donc, c'est bien le principe de la légalité qui prévaut et non pas celui de l'Etat de droit et il n'existe aucun moyen de restituer aux requérants d'asile la participation à la procédure aussi longtemps que l'article 34 LAsi ne prévoit pas d'exceptions aux renvois selon les accords de Dublin.

¹⁴ du 26 avril 2010. Il s'agit d'un arrêt à 3 juges c'est-à-dire appelé à faire jurisprudence. Voir par exemple D-2083/2010, 26.04.2010 ou E-2503/2010, 30.04.2010

1.1 Qu'est-ce que le droit d'être entendu ?

Le droit d'être entendu est probablement le seul dont on peut invoquer la garantie directement de la Constitution fédérale, c'est-à-dire indépendamment du contenu de la loi. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) :

« Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10), de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494; 127 III 576 consid. 2c p. 578 s.; 127 V 431 consid. 3a p. 436). Par ailleurs, cette garantie constitutionnelle n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429). En outre, l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas à lui seul le droit d'être entendu oralement par l'autorité (cf. ATF 122 II 464 consid. 4c p. 469 en relation avec l'art. 4 aCst.). » (TF, **2P.323/2006**, 27 mars 2007, consid. 3.2)

a. L'offre de preuves

Il s'agit là d'un droit d'être entendu calqué sur les traditions juridiques du droit privé et du droit pénal, qui mettent fortement en avant la participation des particuliers à la procédure par l'offre de preuves. En droit public cependant, l'action de l'administration en vue d'influencer des comportements sociaux dans un sens conforme aux objectifs d'intérêt public prédéfinis, dépasse largement le simple souci d'établir les faits. Pour toutes sortes de décisions administratives telles la délivrance d'une autorisation de construire, le prononcé d'une sanction de la circulation routière, l'intervention des services sanitaires, l'enseignement, la sécurité sociale, etc., l'offre de preuve a une portée limitée. Dans le domaine de l'asile, ce problème est encore plus frappant parce que les preuves des persécutions sont rarissimes et lorsqu'elles existent, les autorités déclarent qu'elles ne prouvent rien¹⁵, que ce sont des faux¹⁶ ou bien, s'il s'agit de

¹⁵ D-4491/2006, 01.04.2010 ; D-1351/2007, 06.04.2010, consid. 4.1.1 ; D-3892/2006, 06.04.2010 ; D-1952/2010, 09.04.2010 ; E-2201/2010, 15.04.2010 ; D-2518/2007, 14.04.2010

témoignages de proches ou de voisins, que ce sont de simples lettres de complaisance¹⁷. L'essentiel des preuves que vont pouvoir amener les migrants finalement est le produit de leur intégration dans le pays d'accueil. Ces preuves, qui témoignent éventuellement de traumatismes mais surtout de l'insertion des intéressés dans le tissu social ont, le plus souvent, très peu à voir avec l'idée que l'on se fait du réfugié. Ce sont des lettres de l'enseignant-e ou des clubs sportifs pour les élèves, des attestations d'associations caritatives offrant des cours de langue, une formation professionnelle ou un accompagnement psychosocial, des lettres de personnes de soutien ou d'une église, un certificat de travail et, dans une large mesure également, des certificats médicaux. Sauf les rapports médicaux, la totalité de ces moyens de preuve n'est pas pertinente pour l'examen de la demande d'asile. Le corps médical est donc très sollicité pour pallier l'inefficacité de notre conception de l'asile, c'est-à-dire pour aider à surmonter l'impossibilité fondamentale qu'il y a de prouver qu'une personne est victime de persécutions dans son pays d'origine. La majorité des décisions accordant un statut en Suisse se réfère plutôt à une problématique psychosociale ou d'intégration des enfants, associée à une problématique médicale¹⁸. On remarque d'ailleurs que la jurisprudence sur l'appréciation des preuves dans le domaine de l'asile se rapporte essentiellement à (1) l'appréciation des rapports médicaux¹⁹, (2) l'appréciation des expertises conduites par l'autorité pour déterminer l'âge probable²⁰ ou l'origine nationale probable du requérant²¹, ou (3) l'appréciation des rapports d'enquêtes menées par les ambassades suisses dans les pays d'origine des migrants²². Sur les trois, deux sont des contre-preuves, ou des preuves amenées par l'administration pour casser la demande d'asile, et la première est issue de tentatives de l'administration de disqualifier le contenu de la preuve produite par le corps médical suisse, dont il n'est pas possible d'affirmer qu'il s'agit d'un faux. On voit donc que sur les 16 lignes du paragraphe ci-dessus de la définition du Tribunal fédéral du droit d'être entendu, les 13 premières qui portent sur l'offre et l'appréciation des preuves sont, dans la

¹⁶ Les documents produits sont des faux : D-7801/2009, 14.04.2010 ; D-1160/2009, 06.04.2010 ; E-6459/2009, 30.03.2010 (l'appréciation de l'ODM est infirmée par une enquête de l'ambassade de Suisse à Ankara). Le TAF demande à la police cantonale zurichoise de vérifier l'authenticité notamment des documents d'identité ou de voyage : E-6881/2009, 01.04.2010

¹⁷ D-5579/2006, 01.04.2010 ; D-588/2010, 14.04.2010, à propos de documents relatifs aux activités politiques du recourant en Suisse (Ethiopie) ; E-2344/2010, 28.04.2010

¹⁸ par exemple : E-7723/2006, 26.04.2010 ; D-7864/2006, 12.04.2010 ; E-3311/2007, 16.04.2010

¹⁹ ATAF 2007/31 ; JICRA 2004/31 ; 2002/18 (Jurisprudence et Informations de la Commission suisse de Recours en matière d'Asile, accessible depuis le site du TAF)

²⁰ JICRA 2001/22 et 2001/23

²¹ JICRA 2004/4 ; 2003/14 ; 2002/14 ; 2001/27 ; 1998/34

²² Par exemple : D-7060/2006, 14.08.2008. Il n'y a pas de véritable jurisprudence (c'est-à-dire pas de critères) sur l'appréciation des rapports d'ambassade. L'ODM ne fait diligenter une enquête d'ambassade que de sa propre initiative. Le requérant n'a pas le droit de solliciter la conduite d'une telle enquête : comparer D-4689/2006, 10.08.2009 avec D-5225/2006, 03.03.2009

pratique de l'asile, un instrument de l'autorité en vue du rejet des demandes d'asile et ne peuvent pas être sérieusement comprises comme un droit du demandeur d'asile à faire valoir ses moyens. Bien plus, l'absence de preuves est un motif suffisant au rejet des demandes d'asile de sorte qu'en fait de droit d'être entendu il s'agit plutôt d'une obligation de montrer patte blanche selon une conception très idéaliste de la notion de réfugié, une espèce de surhomme qui, bravant la détention arbitraire, la torture et l'exécution sommaire se dresserait contre le pouvoir tyrannique de son pays d'origine pour l'avènement d'une société démocratique et libérale à l'image de nos propres sociétés occidentales. Ce réfugié-là sans doute n'existe pas ou de manière très marginale. Le législateur suisse est conscient de cette réalité et pour mener une politique tendant à restreindre le droit d'asile, il suffit d'élever l'obligation de fournir des preuves. Ainsi, dans la loi sur l'asile, le « droit d'être entendu » est devenu au fil des révisions législatives de ces dernières années, une obligation de produire des preuves puisque l'essentiel de ce droit aujourd'hui repose sur l'obligation de verser des documents d'identité au dossier sous peine de non entrée en matière sur la demande (art. 32 LAsi). En outre, le requérant a l'obligation de collaborer (art. 8 LAsi) c'est-à-dire de prouver qu'il est bien un réfugié.

b. L'audition sur les motifs d'asile

On retrouve cette idée que le réfugié doit prouver qu'il est bien un réfugié à l'article 7 LAsi qui veut que quiconque demande l'asile doit rendre ses motifs « vraisemblables » c'est-à-dire que l'autorité doit acquiescer la conviction que le risque de persécution en cas de renvoi est « hautement probable ». Si donc la preuve formelle de la persécution n'existe pas, *convaincre* signifie discuter avec l'autorité, avoir la parole. Or, selon la définition du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu oralement n'est pas un droit. Le moyen le plus important pour les requérants d'asile de se faire entendre par les autorités ne fait pas partie des règles de l'Etat de droit. Comme il s'agit cependant aussi du moyen le plus important pour l'autorité d'établir les faits en vue du rejet de la demande d'asile ou de l'exécution du renvoi, l'audition a lieu. Dans les cas Dublin, l'audition sur les motifs d'asile tend à disparaître parce que quels que soient ces motifs, ils ne sont pas pertinents. Les requérants ne sont pas partie à la procédure de « transfert » qui les concerne. Ils ne pourront en principe jamais démontrer que l'Etat de destination n'est pas compétent au sens des accords de Dublin, puisque cette compétence est fondée sur l'enregistrement de leurs empreintes digitales dans le fichier EURODAC, ce qui est un fait incontestable. Leurs autres motifs, comme l'inexistence de structures d'accueil dans l'Etat de destination, n'intéressent pas les autorités parce que ni le règlement « Dublin II » ni l'article 34 LAsi ne

prévoient d'exceptions aux « transferts ». L'audition n'a donc plus qu'un intérêt instrumental où l'autorité donne l'occasion aux requérants d'asile de s'exprimer, mais de manière formelle. C'est-à-dire que, au moment de l'audition, l'ODM sait déjà quelle sera sa décision et ne fait qu'enregistrer les données utiles à l'exécution du renvoi. Voici un extrait d'une telle audition où l'auditeur demande à la requérante ce qui s'opposerait à la compétence de l'Italie pour le traitement de sa demande d'asile, mais la requérante n'a aucune réponse juridique à cette question purement technique. Elle ne peut parler que de la situation dramatique dans laquelle elle s'est trouvée en Italie :

Les requérants sont un couple qui vient d'avoir un enfant. Ils déposent une demande d'asile en Suisse et sont renvoyés en Italie avec le bébé âgé de six mois, le 16 décembre 2009. La police italienne les conduit à Milan et les abandonne à leur propre sort à la gare, sans aucune explication. D'autres étrangers leur disent qu'ils peuvent trouver un logement pour une nuit à Caritas. Ils s'y rendent et le jour suivant, ils se trouvent à nouveau sans secours à la gare. Ils y passent toute la journée du 17 décembre et toute la nuit. Leur bébé souffre de diarrhées. Au matin, ils se rendent dans un fast-food pour boire un café. Ils décident de tenter une nouvelle fois leur chance à Caritas. Après négociations, ils peuvent y passer une nuit supplémentaire mais on leur explique qu'il s'agit bien de la dernière. Le 19 décembre, ils se retrouvent à la rue à 7h du matin, avec le bébé toujours malade. Ils décident de revenir en Suisse. L'ODM enregistre une deuxième demande d'asile. Voici un extrait de l'audition de Madame :

« Q : Je constate que vous avez déjà fait une première demande d'asile. Avez-vous des nouveaux motifs à faire valoir ?

R : Je n'ai pas d'autres motifs à faire valoir hormis ceux déjà invoqués lors de ma première demande d'asile. Je souhaite parler des problèmes rencontrés lors de mon retour d'Italie. Après avoir été renvoyés en Italie, nous avons été accueillis par la police puis mis à la rue sans logement, sans rien. Aucune protection ne nous a été donnée en Italie. Raison pour laquelle nous sommes revenus en Suisse.

Q : Selon nos informations, vous avez franchi illégalement les frontières de l'Union européenne par l'Italie le 29.08.2008. Vous avez aussi demandé l'asile en Italie le 05.09.2008. Qu'avez-vous à dire ?

R : Je n'ai pas demandé l'asile en Italie. Sous pression de la police, nous avons été contraints de faire relever nos empreintes digitales à Lampedusa. De plus, nous n'avons reçu aucune aide de la part des autorités italiennes comme logement, ou ce dont un être humain a besoin.

Q : Avez-vous obtenu un titre de séjour en Italie ?

R : Oui. En venant en Suisse, nous l'avons déchiré.

Q : Pourquoi avez-vous déchiré votre titre de séjour ?

R : Par peur qu'on retrouve ce document sur nous et qu'on nous renvoie en Italie sans être auditionnés sur nos motifs.

Q : Selon le résultat positif Eurodac, l'examen de votre demande d'asile est présumé relever de la compétence de l'Italie. En conséquence, nous n'allons pas entrer en matière sur votre demande d'asile. Quelle est votre position à ce sujet ?

R : Je ne pourrai m'opposer à vous. Je vous prie de m'aider. Je ne pourrai vivre en Italie. J'y ai été à deux reprises. Je vous demande protection.

Q : Y a-t-il des motifs qui parlent en défaveur de cette compétence ?

R : La Suisse est un pays de paix, de justice, qui respecte les droits de l'homme.

Q : Si l'Italie accordait votre réadmission, quelle serait votre position par rapport à votre renvoi dans ce pays ?

R : Lorsqu'on m'a renvoyée en Italie la première fois, je suis arrivée à l'aéroport. J'ai été remise entre les mains des services de l'immigration et il m'a été dit de prendre la porte et de me débrouiller. Je vous prie de ne pas me condamner à mort. Je préfère rester dans la rue en Suisse.

Q : Y a-t-il des motifs qui s'opposent à ce renvoi ?

R : Non. En Italie je ne pouvais plus allaiter mon fils. C'est à peine si j'ai réussi à lui trouver de l'eau. Il est tombé malade, je ne savais pas où aller, personne ne pouvait nous aider. »²³

A la suite de quoi, l'ODM rend donc une nouvelle décision de renvoi vers l'Italie motivée comme suit :

« Le droit d'être entendu a été octroyé aux requérants. A cette occasion, l'intéressé a déclaré qu'avec sa famille, il a été transféré le 16 décembre 2009 et qu'ils sont revenus trois jours plus tard. Il déclare également qu'en janvier 2009, lors de leur premier séjour en Italie, ils avaient reçu un permis de séjour qui, selon ses souvenirs, devait être valable deux ou trois ans. Il affirme avoir déchiré ses titres de séjour avant de revenir en Suisse. Par rapport à un transfert en Italie, il déclare que les autorités ne feront rien pour eux et qu'ils dormiront dans la rue étant donné qu'ils n'auront pas de logement. A la question de savoir si d'autres motifs pourraient s'opposer à leur renvoi en Italie, il répond par la négative. Quant à son épouse, elle confirme les déclarations de son mari. Or, ces arguments ne permettent pas

²³ Audition du 19.02.2010

d'inverser la position de l'autorité.»²⁴ [qui est que l'Italie est l'Etat compétent pour le traitement de leur demande d'asile]

Là encore, la règle de l'Etat de droit qui veut que les administrés soient entendus dans toute procédure qui les concerne n'a pas de contenu spécifique (pour autant que l'on s'accorde sur l'idée que la procédure a précisément pour objet de permettre aux intéressés d'invoquer des droits). En l'absence de prérogative de rester en Suisse pour quelque motif que ce soit, la requérante ne peut rien invoquer de concret relativement à sa situation personnelle au cours de l'audition, qui soit susceptible d'influencer la décision finale. Aucune autre règle de l'Etat de droit ne peut être invoquée pour restituer à cette audition un contenu qui ait du sens par rapport à la réalité des événements vécus en Italie.

1.2 Qu'est-ce que le droit de recevoir une décision ?

Selon l'article 32 LAsi, il n'est pas entré en matière sur la demande d'asile du requérant qui ne remet pas de documents d'identité dans les 48 heures suivant le dépôt de sa demande d'asile. Ce motif de non entrée en matière ne nécessite pratiquement aucune instruction. Il suffit à l'autorité de constater que les documents d'identité ne figurent pas dans le dossier 48 heures après le dépôt de la demande d'asile. La loi prévoit cependant que l'ODM doit tout de même entrer en matière si « la qualité de réfugié est établie au terme de l'audition ». Cette formulation avait pour objet de fermer complètement l'accès à une procédure d'asile. En effet, elle signifie tout d'abord que la procédure de détermination de la qualité de réfugié s'arrête « au terme de l'audition ». A ce moment précis, l'ODM peut rendre deux types de décisions : une décision positive reconnaissant la qualité de réfugié, puisque cette qualité est « établie », ou une décision de non entrée en matière sur la demande d'asile lorsque la qualité de réfugié n'est pas « établie ». Textuellement donc, la procédure se réduit pratiquement au déroulement de l'audition. On observe d'ailleurs de plus en plus souvent l'ODM rendre une décision directement à l'issue de l'audition et l'agrafer au dos du procès-verbal de cette audition avant de la remettre à l'intéressé. La décision agrafée ne se distingue même plus des autres actes de procédure et ne porte d'ailleurs pas de page en-tête, donc ni le nom de la personne, ni la date, ni le nom de l'autorité, seulement un très bref résumé des faits ou une phrase renvoyant au contenu de l'audition, les motifs et les conclusions. Cette pratique est une application directe de l'article 32 LAsi qui veut que l'instruction se confonde avec

²⁴ Le recours contre cette décision du 04.04.2010 est rejeté par le TAF par un arrêt à juge unique E-2469/2010 du 27.04.2010. Les requérants ont été renvoyés.

l'audition et que la décision ne soit finalement qu'une simple extension de cette audition. Les motifs complémentaires à la demande d'asile comme l'examen de la situation dans le pays d'origine, le temps qu'il faut pour faire venir quelques documents, ou les rapports médicaux qui attestent de troubles psychiques ne trouvent plus de place dans ce processus qui est bouclé en quelques heures, le temps nécessaire à l'audition. Ceci entraîne d'importantes conséquences sur la motivation des décisions de l'ODM et du TAF, qu'il n'est pas possible d'étudier dans le détail ici mais dont nous pouvons énumérer quelques unes des grandes lignes.

- Les autorités utilisent d'abord des arguments d'ordre général qui échappent à toute démonstration²⁵, et que l'on ne peut donc pas contester. Par exemple, qu'un requérant d'asile n'est pas mineur parce que « l'apparence physique de l'intéressé laisse penser qu'il est beaucoup plus âgé et que sa manière de se comporter et son assurance sont celles d'un adulte »²⁶. Dans cette affaire, le Tribunal ne nous dit pas quelle est cette apparence physique ni cette manière de se comporter et le juge, qui statue sur dossier, n'a jamais rencontré le requérant.
- On trouve ensuite de nombreuses appréciations subjectives des événements où les autorités imaginent ce qui aurait dû se passer ou affirment que tel événement n'a pas pu se produire de cette façon, par exemple : qu'il « n'est pas crédible que les militaires ne soient jamais intervenus dans cet endroit »²⁷. Ou encore qu'il est étonnant qu'il ait fallu quatre personnes « pour planter un drapeau d'une taille aussi modeste (deux tiers d'un rectangle de 40 x 60 cm). En effet, une seule personne aurait suffi pour débroussailler, puis ensuite creuser le trou et enfin planter le drapeau »²⁸. Ou encore qu'il n'est pas crédible que les autorités géorgiennes procèdent à la mobilisation de leurs troupes en allant chercher les soldats individuellement à leur domicile²⁹.
- Un autre procédé de l'examen simplifié des demandes, est de détacher les allégations de persécution du contexte sociopolitique dans lequel les événements se sont produits. Dans de très nombreuses décisions de non entrée en matière sur la demande d'asile, on ne trouve pas la moindre référence à la situation régnant dans le pays d'origine. On lit ainsi par

²⁵ selon l'expression du Tribunal, E-4543/2009, 28.07.2009

²⁶ D-3039/2007, 09.05.2007, consid. 2.2

²⁷ D-953/2007, 21.09.2007, consid. 3.2

²⁸ E-3192/2009, 28.05.2009, consid. 4.6

²⁹ D-566/2009, 02.02.2009, consid. 3.2

exemple que « le requérant s'est privé de la protection officielle à laquelle il avait droit en ne déposant pas plainte à la police », sans que l'autorité ne s'interroge sur l'effectivité de cette protection pour un membre d'une minorité ethnique³⁰.

Les autorités concentrent aussi beaucoup leurs arguments sur la recherche des contradictions entre les deux auditions, notamment dans l'ordre chronologique des récits ou par exemple sur le nombre de militaires qui sont intervenus au domicile ou le nombre de manifestants arrêtés, etc. Ici, l'autorité est essentiellement animée du souci de décourager les demandes d'asile et son activité se développe principalement autour des techniques de rejet, par l'investigation systématique des déclarations des requérants et leur dénigrement. La motivation de la décision est le lieu où l'autorité affirme que le requérant a menti sur ses motifs d'asile, aux deux échelons décisionnels, devant l'ODM d'abord, puis en instance de recours devant le TAF. Par leurs propres pratiques, les autorités se confortent dans leur propre idée, largement répandue en Suisse avec l'aide des médias, que les requérants abusent du droit d'asile³¹ (alors que ce sont ces mêmes autorités qui définissent restrictivement ce droit). En outre, la motivation de la décision, loin d'être protectrice des intérêts des requérants, les surprend et les déstabilise au contraire, car il n'est pratiquement pas possible d'y répondre. On reste démuni face à l'affirmation que la réalité n'est pas celle que vous avez dite ou que vous n'avez pas vécu les événements que vous avez racontés. La motivation n'est pas le résultat d'une appréciation juridique de la qualité de réfugié mais la négation des faits à l'origine de la demande d'asile, qui plonge les requérants dans le sentiment d'être incompris ou que la mesure de leur détresse n'a pas été prise en considération. Il n'existe aucune règle de l'Etat de droit qui soit susceptible de ramener les autorités à une appréciation des motifs d'asile qui tende vers la protection/intégration des migrants, car cette appréciation est essentiellement subjective c'est-à-dire qu'elle dépend du contexte politique dans lequel elle a lieu.

³⁰ E-4802/2007, 19.09.2007, consid. B ; également E-6794/2008, 09.02.2009, consid. 3.2.2 ; ou encore D-5415/2009, 04.09.2009, où le TAF affirme que l'UFR est un parti légalement autorisé sans mentionner que ses membres sont poursuivis, ni les troubles récents en Guinée.

³¹ L'effet d'entraînement ou de boule de neige sur la pratique administrative va très loin. L'ODM a été jusqu'à écrire dans une décision qu'il n'était pas vraisemblable que le requérant ait pu s'enfuir de la zone de transit de l'aéroport de Genève, alors que l'autorité avait sous les yeux les documents de la police des frontières genevoise et le requérant lui-même. (E-2075/2009, 14.05.2009)

1.3 Qu'est-ce que le droit de recours ?

Si les requérants d'asile reçoivent une décision négative parce que l'autorité a estimé que la crainte d'être persécutés en cas de renvoi n'est pas crédible, une procédure de recours devrait leur permettre d'obtenir une deuxième évaluation de leur cause par un tribunal indépendant et impartial. Nous laissons de côté la question de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal pour examiner celle de l'accès à la procédure de recours. Le simple accès au tribunal a été impossible en 2009 pour probablement plus de 4'000 requérants d'asile qui ont été renvoyés en application des accords dits de « Dublin II » *manu militari* à l'instant même où la décision de renvoi leur était notifiée par la police elle-même, donc sans avoir le temps ni de contacter un avocat, ni de faire une lettre, ni même dans certains cas de rassembler leurs affaires³² ! Dans un arrêt de principe du 2 février 2010, le TAF rappelle que l'article 29 Cst et dans une certaine mesure l'article 13 CEDH, garantissent le droit de déposer un recours et d'attendre que le tribunal se prononce ensuite sur la restitution de l'effet suspensif au recours³³. Aujourd'hui les décisions de l'ODM sont à nouveau notifiées par courrier³⁴. Pour s'engager dans une procédure de recours il faut ensuite de la disponibilité, le temps pour le requérant de rédiger un recours et le temps pour le tribunal de l'examiner et de rendre une décision. Le temps qu'il faut pour procéder n'est pas défini autrement que dans la loi. La loi sur l'asile prévoit un délai de 5 jours ouvrables pour déposer un recours contre une décision de non entrée en matière³⁵. Ici, l'accès au tribunal est difficile parce que le temps pour rechercher un mandataire occupe presque la totalité des 5 jours et il ne reste guère plus que 1 ou 2 jours pour procéder. Les associations de défense des migrants doivent élaborer des « recours-types » faute de temps pour prendre connaissance des dossiers (un seul entretien est insuffisant), pour faire les recherches documentaires et pour rédiger des actes qui prennent toute la mesure du parcours des migrants et restitue le contexte sociopolitique qu'ils ont fui. Les situations les plus vulnérables, par exemple une famille monoparentale, ou dont un des parents est malade ou les mineurs non accompagnés, ont plus de difficultés encore à respecter le délai de recours. Lorsque le mineur est sous tutelle, son tuteur reçoit la décision, qui l'envoie par courrier à son pupille qui doit le recevoir de son assistant-e social et ensuite se rendre auprès d'une association de défense des

³² Une requérante d'asile érythréenne a été surprise à son domicile au petit matin par les policiers qui l'ont embarquée puis détenue puis renvoyée en Italie « en pyjama, sans chaussures, ni sac ». Voir Michaël Rodriguez, *Les militants du droit d'asile dénoncent une « escalade » de la répression*, in *Le Courrier*, 31 octobre 2009.

³³ E-5841/2009, 02.02.2010

³⁴ Certains cantons pratiquent la détention administrative immédiatement à la notification de la décision de renvoi « Dublin ».

³⁵ Article 108 al. 2 LAsi

migrants. Toutes ces opérations prennent plus de 5 jours³⁶. La loi sur l'asile prévoit que le tribunal doit statuer dans les 5 jours ouvrables³⁷. Il n'est pas imaginable d'examiner sérieusement un recours dans un délai aussi ridicule. La procédure de recours devient donc standardisée. Les arrêts du TAF, rendus en quelques jours, survolent les motifs d'asile lesquels sont sommairement glissés sous forme de petits paragraphes entre des blocs de textes pré-rédigés qui occupent les trois quarts de la motivation. Le survol des motifs d'asile entraîne le développement des techniques de rejet décrites ci-dessus qui consistent à mettre en avant les contradictions relevées par l'ODM. Certains arrêts ne sont pas du tout motivés et renvoient tout simplement aux arguments de la décision de l'ODM, de sorte que la procédure de recours est un acte purement formel³⁸. « Faire recours » contre une décision de non entrée en matière sur la demande d'asile n'a pas une grande signification et la procédure de recours ne se distingue guère de la procédure de première instance.

2. Qu'est-ce que l'interdiction de l'arbitraire ?

Dans sa conception traditionnelle, celle qui est à l'origine de la notion d'Etat de droit, l'interdiction de l'arbitraire a pour fonction d'empêcher l'avènement d'un pouvoir despotique dans la société politique organisée, c'est-à-dire de maintenir l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat. L'administration ne doit pas exercer un pouvoir écrasant qui porte atteinte à l'intégrité des personnes et les excluent de toute forme de participation politique. L'idée des philosophes des lumières en particulier, est que le souverain doit exercer un pouvoir éclairé et modéré. Mais la mesure de l'action politique ou administrative raisonnable et équilibrée est si problématique que ces principes n'ont pas trouvé de consécration dans l'ordre juridique autrement que sous la forme éparses ou éclatées des différentes règles de procédure de l'Etat de droit. Faute d'unité et en raison de sa forte composante politique, l'interdiction de l'arbitraire n'a aucun impact spécifique. On trouve cet interdit à l'article 9 Cst que le Tribunal fédéral interprète de la façon suivante :

« Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est

³⁶ Par exemple : D-989/2010, 25.02.2010 ; le recours d'un mineur contre une décision de renvoi vers la Pologne, déposé le jour même où il a pu se présenter auprès d'une association de défense des migrants, a été déclaré irrecevable pour tardiveté. Le requérant a été renvoyé avant même d'avoir été averti de l'irrecevabilité de son recours.

³⁷ Article 109 al. 2 LAsi : « S'il est renoncé à un échange d'écritures et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres actes de procédure, le Tribunal administratif fédéral statue dans les cinq jours ouvrables sur les recours déposés contre des décisions [de non entrée en matière]. »

³⁸ Par exemple : E-2976/2010, 06.05.2010 ; E-3055/2010, 06.05.2010

manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148, 263 consid. 3.1 p. 265 s.; 133 I 149 consid. 3.1 p. 153). » (TF, 4A_579/2008, 26 février 2009)

Cette définition est proprement celle de l'abus de pouvoir c'est-à-dire de l'exercice de l'autorité dans l'intérêt du fonctionnaire ou du corps administratif, qui est contraire à la loi ou à son esprit et immédiatement indentifiable par le juge. Or, l'interdiction de l'arbitraire ne se réduit pas à l'abus de pouvoir, peu s'en faut. Hannah Arendt a montré dans les *Origines du totalitarisme* et dans le *Procès Eichmann* que le caractère intrinsèque du « mal » est d'être banal, c'est-à-dire le contraire de manifeste ou suffisamment apparent. La définition du Tribunal fédéral ne peut donc pas être celle de l'arbitraire justement parce que la dérive totalitaire ou despotique n'est pas un phénomène qui se détache de la loi et moins encore de la pratique habituelle ou quotidienne des autorités, y compris des tribunaux.

Nous avons vu plus haut que selon l'article 32 LAsi, l'ODM n'entre pas en matière sur la demande d'asile du requérant qui n'a pas remis ses documents d'identité dans les 48 heures suivant le dépôt de sa demande, à moins que la qualité de réfugié ne soit établie au terme de l'audition, ou bien, à moins que l'audition fasse apparaître la nécessité d'introduire d'autres mesures d'instruction pour établir la qualité de réfugié. La simple formulation de cet article est absurde car l'autorité n'établit pas la qualité de réfugié, ne la produit pas ; elle la reconnaît ou la constate. L'application textuelle du texte est donc impossible. Le TAF n'a pas repris cette formulation dans sa jurisprudence et en donne une interprétation plus souple mais surtout très ambiguë :

« [...] avec cette réglementation, le législateur a introduit une procédure sommaire au terme de laquelle - nonobstant la dénomination de « décision de non entrée en matière » - il est jugé, sur le fond, sinon de l'existence, du moins de la non-existence de la qualité de réfugié, qu'ainsi, il n'est pas entré en matière sur une demande d'asile si, déjà sur la base d'un tel examen, il peut être constaté que le requérant n'a manifestement pas la qualité de réfugié, que le caractère manifeste de l'absence de qualité de réfugié peut résulter de l'in vraisemblance ou encore du manque de pertinence des allégués »³⁹.

³⁹ E-4543/2009, 28.07.09

Il existe clairement dans la jurisprudence deux interprétations de l'article 32 LAsi. Lorsque le TAF rejette le recours parce que le recourant n'a manifestement pas la qualité de réfugié, le terme « manifestement » porte sur la notion de réfugié. Lorsque le TAF admet le recours par contre, c'est parce qu'il n'est pas manifeste que le recourant n'a pas la qualité de réfugié. Le terme « manifeste » porte cette fois sur l'appréciation subjective que l'on a des motifs d'asile du recourant. C'est-à-dire que si le Tribunal a un doute, c'est qu'il n'est pas manifeste que le recourant n'a pas la qualité de réfugié. Le Tribunal applique donc deux grilles d'appréciation des cas qui sont très différentes l'une de l'autre (avec la difficulté supplémentaire qu'aucune des deux ne correspond au texte de la loi). Entre les deux, il n'y a pratiquement pas de milieu de sorte que les critères d'appréciation des différents cas restent obscurs. Prenons un exemple à partir d'une décision positive du TAF. Dans un arrêt D-6927/2009 du 13 avril 2010, il était question d'un requérant qui avait fui le Sénégal en raison de son homosexualité qui lui a valu des menaces puis des violences de la part de son oncle. L'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile aux motifs que le requérant n'avait pas déposé de documents d'identité et n'avait pas rendu vraisemblable l'existence de telles persécutions⁴⁰. Selon le TAF, les motifs du recourant ne sont pas manifestement invraisemblables, parce qu'il n'est pas si aisé de se souvenir de la date d'un événement qui a eu lieu 10 ans auparavant même s'il s'agit d'un événement important, qu'il n'est pas inconcevable que le recourant ne se souvienne pas du nom de son premier partenaire ni de l'hôtel où il a eu sa première expérience, ou encore qu'il n'est pas illogique que l'oncle du recourant ait attendu huit ans avant de mettre ses menaces à exécution. Ces arguments ne se réfèrent qu'au cas lui-même et ne peuvent être reconduits dans aucune autre situation. Ils sont subjectifs c'est-à-dire que le Tribunal aurait très bien pu juger exactement le contraire avec le même sérieux. Il n'y a ici aucun critère d'évaluation d'une demande d'asile, seulement une appréciation donnée de l'histoire particulière de Monsieur X. A aucun moment, le TAF n'explique comment il faut apprécier la vraisemblance ou l'invraisemblance, ni ce que signifie le caractère « manifeste » de l'invraisemblance. Pour le public donc, il n'existe aucune prévisibilité de l'application de l'article 32 LAsi. La décision finale est totalement maîtrisée par l'autorité qui choisit les cas positifs selon des modalités qui ne sont pas transparentes, qui restent internes à l'autorité, inaccessibles au public. La procédure judiciaire plus particulièrement est donc

⁴⁰ Les tribunaux sénégalais ont récemment prononcé de lourdes peines de prison contre de jeunes homosexuels qui avaient été raflés par la police au domicile du président d'une association de prévention SIDA (*Neuf homosexuels sénégalais condamnés à huit ans de prison par un tribunal de Dakar*, 25 août 2009, www.quelsexe.com/article.php?ar=10 ; *Condamnation des neuf homosexuels au Sénégal - Paris s'indigne et interpelle Dakar*, allAfrica.com, 15 janvier 2009). Notons que, dans son arrêt, le TAF ne fait pas la moindre allusion à la situation des homosexuels au Sénégal.

arbitraire en ce sens que les particuliers ne peuvent pas y participer parce qu'ils ne savent pas sur quels arguments fonder leur recours contre la décision de non entrée en matière de l'ODM.

L'imprévisibilité est tout le contraire de l'Etat de droit, lequel est censé protéger la sécurité juridique, le fait de savoir à un degré raisonnable à quoi s'en tenir dans une situation donnée. Ici, l'imprévisibilité ne peut pas être surmontée par l'usage d'une voie de recours parce que les barrières juridiques tiennent au contenu même de la loi. Pour rétablir des critères de non entrée en matière sur la demande d'asile qui soient cohérents ou compréhensibles, il faudrait tout d'abord changer la loi, car l'article 32 LAsi est formulé de manière incohérente. Dans une procédure individuelle de recours, il n'est pas possible d'invoquer le caractère arbitraire de la loi et moins encore celui de la jurisprudence parce que cela revient en fait à contester la politique actuellement conduite par les autorités dans le domaine de l'asile. C'est-à-dire que l'interdiction de l'arbitraire au sens large n'a pas de contenu juridique, qui serait identifiable par le procédé d'interprétation et d'application de la loi ou de principes fondamentaux. Il s'agit d'un point de vue politique qui est, pour l'objet qui nous occupe, de savoir si la société actuelle veut un véritable droit d'asile ou n'en veut pas.

3. L'Etat de droit se trouve-t-il dans la Convention européenne des droits de l'homme ?

Assurément non, sinon cette convention s'appellerait la « convention sur les règles à respecter dans un Etat de droit ». En l'occurrence, une convention qui ne contiendrait que des règles de procédure n'aurait pas de grande signification car la procédure n'est pas une fin en soi et n'a de sens que par rapport à la garantie de droits. En ce qui concerne les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, aucun d'eux ne s'applique directement à la procédure d'asile. Le droit d'asile ne s'y trouve pas, ni le droit à ne pas être renvoyé dans un Etat tiers au sens des accords de Dublin. Dans deux arrêts, la Cour a confirmé que le renvoi d'un étranger d'un Etat européen vers un autre Etat européen ne contrevient pas aux garanties de la CEDH (*T.I. c. Royaume-Uni*⁴¹, renvoi vers l'Allemagne et *K.R.S. c. Royaume-Uni*⁴², renvoi vers la Grèce). La Cour a eu

⁴¹ *T.I. c. Royaume-Uni*, requête n°43844/98, arrêt du 07.03.2000

⁴² *K.R.S. c. Royaume-Uni*, requête n°32733/08, décision d'irrecevabilité du 2 décembre 2008. Plusieurs affaires de renvoi vers la Grèce sont pendantes : *Awdesh c. Belgique*, n°12922/09 ; *Ahmed Ali c. Pays-Bas et Grèce*, n°26494/09 ; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09 (source : *Index des notes d'information 2009 sur la jurisprudence de la Cour*)

l'occasion de se pencher sur la procédure d'asile elle-même et a tenté de fixer des principes de procédure. Mentionnons quelques uns de ces principes :

- Un délai de 5 jours pour déposer une demande d'asile sous peine de forclusion n'est pas compatible avec la protection de la valeur fondamentale consacrée à l'art 3 CEDH.⁴³
- Il doit exister une voie de recours contre un ordre d'expulsion.⁴⁴
- Le recours contre le renvoi doit être suspensif lorsque le recourant invoque un risque de mauvais traitements.⁴⁵
- Un tel risque de mauvais traitements doit reposer sur des faits sérieux et avérés, c'est-à-dire que l'exigence de preuve est élevée.⁴⁶
- On tiendra compte de la situation dans le pays d'origine (ce qui allège le fardeau de la preuve) lorsqu'il existe un climat de violences généralisées et que le requérant est membre d'un groupe de personnes systématiquement persécutées par le gouvernement.⁴⁷
- Il ne suffit pas de considérer que l'Etat de destination a ratifié des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme pour écarter un risque de persécution, en particulier si des sources fiables font état de pratiques de violations manifestes de ces conventions.⁴⁸

La Cour ne mène pas de politique en matière d'asile. Elle évalue donc les requêtes sous l'angle d'un risque de torture en cas de renvoi, c'est-à-dire strictement sous l'angle de la protection des droits de l'homme, c'est-à-dire en dehors des deux contextes spécifiques à l'asile que sont l'entretien de relations internationales entre Etats (au niveau externe), et le rapport de l'autorité à l'opinion publique (au niveau interne). Son approche est donc vidée de la composante politique indispensable à l'asile (l'accueil et l'intégration de l'étranger). En outre, la jurisprudence de la Cour est essentiellement constatatoire c'est-à-dire qu'il s'agit d'évaluer après coup si un traitement donné était mauvais. Il n'y a que dans le domaine du renvoi des étrangers que la Cour est amenée à évaluer le traitement avant qu'il ne se produise. La Cour a développé très peu d'outils pour procéder à cette évaluation comme le montre le caractère très général des quelques principes ci-dessus qui se dégagent de la jurisprudence. Son point de vue est

⁴³ *Jabari c. Turquie*, requête n° 40035/98, arrêt du 11.10.2000

⁴⁴ *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italie*, requête n°57575/00, arrêt du 01.03.2002

⁴⁵ *Gebremedhin c. France*, requête n°25389/05, arrêt du 26.04.2007

⁴⁶ *Saadi c. Italie*, requête n°37201/06, arrêt de la Grande Chambre du 28.02.2008, § 146

⁴⁷ *N.A. c. Royaume-Uni*, requête n°25904/07, arrêt du 17 juillet 2008 (tamouls du Sri Lanka ; *Said c. Pays-Bas*, requête n°2345/02, arrêt du 05.07.2005 (déserteurs érythréens) ; *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, requête n°1948/04, arrêt du 11.01.2007 (situation en Somalie)

⁴⁸ *Saadi c. Italie*, précité

d'ailleurs que cette évaluation a un caractère hautement spéculatif⁴⁹ (c'est-à-dire non juridique). Une affaire comme *Hilal c. Royaume-Uni*⁵⁰ dans laquelle la Cour apprécie les preuves produites par le requérant (dont les autorités britanniques considéraient qu'il s'agissait de faux) et la vraisemblance ou la crédibilité de ses motifs d'asile, montre que la Cour est confrontée aux mêmes difficultés que les autorités internes quant aux critères à appliquer lorsque ceux-ci ne sont pas définis par la loi. Là encore, la solution au litige est propre au cas particulier de Monsieur Hilal et ne peut guère être reconduite à d'autres cas. Dans la perspective de rétablir une évaluation non arbitraire des motifs d'asile des requérants, fondée sur une procédure transparente à laquelle les intéressés seraient amenés à participer effectivement, la jurisprudence de la Cour n'est d'aucun secours.

Quant aux principes ci-dessus relatifs aux délais et à la procédure de recours, on peut toujours les invoquer devant le TAF. Politiquement, le Tribunal ne va pas juger que le délai de 5 jours pour déposer un recours dans le domaine de l'asile ou du renvoi est insuffisant car, en Suisse, la loi est votée en référendum par le peuple et le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales est exclu. Pour ce qui est de l'effet suspensif au recours, un arrêt de principe du TAF a rappelé, après une année de pratique assidue, qu'il est illicite de renvoyer les requérants d'asile le jour même de la notification de la décision de renvoi, sans leur laisser aucune opportunité de déposer un recours⁵¹. Malgré cela, ces pratiques continuent sous d'autres formes dans le domaine des renvois « Dublin », où les requérants sont parfois arrêtés immédiatement, au moment de la notification de la décision, et renvoyés *manu militari* après 5 jours de détention.

Conclusion

Ainsi, le grand principe à la base de la notion d'Etat de droit est l'interdiction de l'arbitraire inscrite à l'article 9 Cst dont on a vu que le Tribunal fédéral faisait une interprétation sectaire, limitée à un aspect très particulier de la notion d'arbitraire qui est celle de l'abus. Par ailleurs, le plus grand ennemi de l'Etat de droit est le principe de la légalité, ancré à l'article 5 Cst qui stipule que le droit constitue la base et les limites de l'action étatique. L'Etat de droit cependant est impensable sans le précieux concours des lois dont la fonction est d'identifier les causes de troubles ou de conflits dans la société et d'orienter les parties vers une

⁴⁹ *Saadi c. Italie*, précité, § 142

⁵⁰ *Hilal c. Royaume-Uni*, requête n°45276/99, arrêt du 06.03.2001

⁵¹ E-5841/2009, 02.02.2010

solution au litige qui soit à la fois pacifique, légitime et acceptable par tous. Le cadre de la loi, c'est aussi le cadre de la prévisibilité, c'est-à-dire de la sécurité civile et de la paix sociale. Le principe de la légalité renferme cette contradiction insurmontable d'être à la fois le garant de la démocratie et le vecteur du pouvoir arbitraire. Ainsi, lorsque les étrangers par exemple n'ont pas de droits précisés et concrétisés dans la loi, non seulement aucune règle de procédure ne peut rétablir leur dignité dans leur rapport à l'autorité, mais les droits de l'homme eux-mêmes, les droits fondamentaux, ne s'appliquent à leur situation que de manière rhétorique ou creuse. La matière qui nous occupe ici est emblématique de ce phénomène : qu'est-ce le droit « d'asile » dans le fond ? Le rapide descriptif de quelques aspects de la pratique suisse montre qu'il ne s'agit de rien d'autre que ce que l'on peut trouver dans la loi sur l'asile elle-même, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les autorités compétentes. Cette pratique actuellement a peu à voir avec l'identification des réfugiés et est essentiellement occupée par le souci de rendre la Suisse hostile à toute forme d'immigration motivée par la détresse et l'espoir d'un avenir meilleur. Et lorsque la loi sur « l'asile » n'est finalement plus qu'une loi organisant le processus du renvoi, l'asile ou, plus précisément, le non-asile, se confond avec le renvoi ou l'obligation de quitter le territoire. Une obligation n'est pas un droit, et la boucle est bouclée. Là où il n'y a pas de droits, forcément, il n'y a pas d'Etat de droit non plus. L'Etat de droit n'a pas de contenu propre parce qu'il ne se distingue pas de la loi qui définit et, ce faisant, garantit les droits des personnes.

Lausanne, le 17 mai 2010

Publications

Légalité et arbitraire, Le renvoi des « cas Dublin », colloque international de théorie politique, La pensée et l'action dans le pouvoir, Colères : dynamiques soumission-insoumission et création politique, Lausanne, 23-25 avril 2010, www3.unil.ch/wpmu/ctp2010, texte des intervenants de l'atelier 3

Exclusion de l'aide sociale et dignité de la personne humaine, in ASYL 4/08, OSAR, Stämpfli Editions SA, Berne, 2008

Discrimination et exclusion de l'aide sociale, in Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Ed. Alberto Achermann, Martina Caroni, Astrid Epiney, Walter Kälin, Minh Son Nguyen, Peter Uebersax, Stämpfli Editions SA, Berne, 2008

Criminalité dans l'asile et article 6 CEDH, in ASYL 1/07, OSAR, Stämpfli Editions SA, Berne, 2007