

Légalité et arbitraire

Le renvoi des « cas Dublin »

Karine Povlakic¹

Résumé

« Être fondamentalement privé des droits de l'homme, c'est d'abord et avant tout être privé d'une place dans le monde qui donne de l'importance aux opinions et rende les actions significatives. »² nous dit Hannah Arendt. Telle est la situation des requérants d'asile aujourd'hui : ils sont privés d'une place dans le monde helvétique parce que leurs opinions sont sans importance de sorte qu'aucun droit de l'homme n'affecte plus leur situation. Privé de droits, ces femmes et ces hommes sont livrés à l'arbitraire des autorités et ne trouvent aucun moyen de défendre leur existence dans la réalité sociopolitique suisse. L'objet de cet article est de montrer que l'inexistence des personnes est une création du droit lui-même lorsque ce dernier énonce que l'autorité a le pouvoir décisionnel total, tandis que l'étranger ne peut opposer à l'exercice de ce pouvoir aucune exception. Telle est la réalité des requérants d'asile pris dans le système des renvois vers un autre Etat européen en application des accords de Dublin. Si l'autorité décide un renvoi vers un autre Etat, le requérant ne peut absolument pas s'y opposer, quelles que soient les circonstances personnelles qui sont les siennes, tout simplement parce que la loi ne le permet pas. Si la loi l'interdit, aucune procédure de recours ne pourra les secourir de sorte que le système juridique tout entier tourne à vide. Ces requérants sont inexistantes dans l'ordre juridique suisse et soumis au pouvoir arbitraire de police.

Abréviations

ODM : Office fédéral des migrations, autorité chargée d'examiner la demande d'asile

SPOP : Service de la population, chargé d'exécuter le renvoi des requérants d'asile déboutés, sur le canton de Vaud

TAF : Tribunal Administratif Fédéral, instance unique de recours en matière d'asile

SAJE : Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s, association à but non lucratif qui apporte une aide juridique aux requérants d'asile sur le canton de Vaud³

¹ La rédaction de cet article n'eût pas été possible sans l'incommensurable travail de Yves Brutsch du Centre Social Protestant à Genève de recensement de toute la jurisprudence pertinent du TAF. Je le remercie vivement.

² Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Quatro Gallimard, Paris, 2002, p. 599

³ Le SAJE est financé par les œuvres d'entraide principalement, qui sont ses membres fondateurs : CARITAS Vaud, le Centre Social Protestant (CSP) Vaud, l'Entraide protestante (EPER) et SOS Asile Vaud. Si les cas sont tirés de la pratique du SAJE, le présent texte n'engage cependant que l'auteure.

« Le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'homme la personne juridique. » Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Quatro Gallimard, Paris, 2002, p. 795

Introduction

Depuis le 1^{er} mars 2009, les autorités suisses, associées aux accords dits de Schengen et de Dublin de l'Union Européenne (UE), pratiquent le renvoi des requérants d'asile du seul fait qu'ils ont été enregistrés dans un autre Etat européen, c'est-à-dire sans examen de leur demande d'asile. L'enregistrement est contrôlé à partir d'une base de données informatique (EURODAC) recensant toutes les empreintes digitales d'étrangers saisies par les autorités de police des 25 Etats membres de l'UE et des Etats associés, dont la Suisse. Le parcours de milliers d'étrangers est ainsi pisté à travers toute l'Europe. Sauf à se mutiler les mains⁴, aucun ne peut échapper à la surveillance policière. Où qu'ils se trouvent, ces étrangers sont *ispo facto* absorbés dans des systèmes législatifs organisant leur isolement social, politique et économique ou même leur enfermement à tous les stades des procédures que l'on appelle encore « d'asile », mais dont l'objectif est de sécuriser l'exécution de leur renvoi. En 2009, pour 6'000 demandeurs d'asile en Suisse⁵, la procédure « d'asile » s'est résumée à une procédure de renvoi. Cet article a pour objet de décrire les aspects juridiques des procédures de renvoi effectuées depuis la Suisse dans le cadre des accords dits de « Dublin II ».

1. Les « cas Dublin »

Cas 1

Un jeune homme dépose une demande d'asile en Suisse. Il est très gravement malade. Il souffre d'un SIDA actif en cours de trithérapie, d'une pneumonie en cours de traitement, d'une infection des disques vertébraux nécessitant des soins pointus et de longue durée, et d'une tuberculose en cours de traitement. Ces maladies nécessitent un traitement lourd et un suivi régulier. Aucune interruption des traitements ne doit avoir lieu sous peine d'aggravation notable des maladies. Le risque de décès est élevé. Ce jeune homme a été consulté par une vingtaine de médecins en Suisse en quelques mois. Ces derniers l'adressent au SAJE pour le suivi de son dossier juridique. Le SAJE informe en mars 2009 l'ODM et le SPOP de son mandat, demande la communication des pièces du dossier et transmet les premiers rapports médicaux (19 pages) à ces deux autorités, lesquels rapports leur avaient déjà été transmis par les médecins eux-mêmes. En juin, les médecins ne voyant pas venir leur patient à son rendez-vous s'inquiètent. Ils prennent contact avec le SPOP et apprennent que le requérant a été renvoyé en Italie. Ils informent le SAJE qui sollicite des explications de l'ODM. L'ODM transmet le 17 juillet 2009 une décision de renvoi datée du 8 mai, sur laquelle il est inscrit en gras « *A notifier par l'autorité cantonale compétente* »⁶. Cette autorité, le SPOP, a attendu le jour de l'exécution forcée du renvoi pour remettre la décision en mains propres au requérant avant de le renvoyer *manu militari* en Italie. Le requérant a été renvoyé sans médicaments, sans rapports

⁴ Si les empreintes digitales sont illisibles, l'ODM peut rendre une décision de non entrée en matière sur la demande d'asile pour violation de l'obligation de collaborer : E-7470/2009, arrêt du 11 décembre 2009

⁵ Cf. Statistiques annuelles 2009 de l'ODM en matière d'asile, p. 55, accessibles sur le site de cette autorité. Les Etats tiers ont accepté 4'590 réadmissions demandées par la Suisse sous l'angle des accords de Dublin.

⁶ Un recours déposé contre cette décision a été déclaré irrecevable par le TAF : D-4768/2009, 29 juillet 2009

médicaux et sans protocole de soins. A l'aéroport de Rome, nous apprendrons que la plupart des requérants d'asile, après un contrôle administratif sommaire, sont simplement « relâchés ». Ils se retrouvent à mendier à la gare de Rome pour survivre et dorment dans la rue. Ils n'ont généralement pas accès aux soins médicaux.⁷ Plusieurs semaines après, nous avons pris contact avec les autorités italiennes qui nous ont confirmé qu'elles ignoraient que le requérant était malade car les autorités suisses ne les avaient pas informées, et qu'elles ne savent pas où il se trouve ni ce qui lui est advenu.

Cas 2

Une jeune femme somalienne mère de deux enfants en bas âge est violemment agressée dans son pays d'origine et son conjoint assassiné sous ses yeux. Elle survit à l'attaque et quitte le pays. Elle est arrêtée en Italie et la police l'informe que si elle ne dépose pas une demande d'asile, elle sera renvoyée immédiatement vers la Libye. Une demande d'asile est donc enregistrée. Elle ne reçoit aucune assistance d'aucune sorte, ni sociale, ni économique, ni aucun conseil juridique. Elle n'a pas d'adresse de sorte que les autorités italiennes ignorent sa présence sur le territoire et le suivi de sa procédure d'asile est impossible. Elle trouve à s'abriter dans un immeuble désaffecté et sale, avec d'autres requérants d'asile. Il n'y a ni eau, ni électricité, ni douche, ni chauffage, ni de quoi cuisiner, seulement des matelas par terre. Au début, les hommes et les femmes n'étaient pas séparés, jusqu'à l'intervention de CARITAS. CARITAS distribue également des repas une fois par jour et permet l'accès à une douche une fois par semaine. Après quelques mois, la dame trouve un moyen d'arriver en Suisse où elle dépose une demande d'asile. La décision de l'ODM de renvoi vers l'Italie est communiquée au mandataire qui dépose un recours. La décision de l'ODM est annulée par le TAF par un arrêt à juge unique du 28 juillet 2009 (D-4715/2009), au motif que la demande de réadmission avait été faite quatre mois après la demande d'asile, ce qui est hors délai au sens de l'article 17 du règlement Dublin. Peu après, l'ODM reprend la même décision de renvoi vers l'Italie au motif que le TAF s'était trompé en confondant la demande de *prise* en charge (art. 17 du règlement Dublin) avec la demande de *reprise* en charge (art. 20 du règlement Dublin), cette dernière n'étant soumise à aucun délai. Le SAJE dépose un recours contre cette décision argumentant qu'une erreur de droit ne peut pas donner lieu à une nouvelle décision fondée sur les mêmes faits et la même législation, en application du principe juridique de l'autorité de la chose jugée. Par arrêt à trois juges du 3 septembre 2009 (D-5079/2009), le TAF rejette le recours au motif que certes, l'autorité de la chose jugée est un principe bien connu du droit suisse mais qu'en effet, en l'occurrence, il s'agit d'une demande de reprise en charge de sorte que la requérante n'a aucun droit subjectif à l'examen de sa demande d'asile en Suisse, en application des accords de Dublin (p. 8). Son renvoi vers l'Italie est donc confirmé.

Cas 3

⁷ La documentation relative aux conditions de vie des requérants d'asile en Italie est très abondante. Mentionnons l'émission de la Télévision Suisse Romande (TSR) en ligne : *Mise au point* du dimanche 13 décembre 2009 Cf. également le 2^{ème} rapport annuel de l'Observatoire du droit d'asile et des étrangers (ODAE), novembre 2009, www.odae-romand.ch

Un jeune somalien arrive à Lampedusa (Italie) par bateau depuis la Lybie. Une demande d'asile est enregistrée. Il passe deux jours au camp puis est transporté avec d'autres par avion en Sicile où il passe 6 jours sans logement, sans distribution de nourriture, sans douches. Il s'abritait dans une cabine téléphonique. Des passeurs l'aident à rejoindre le continent et il arrive en Suisse où il dépose une demande d'asile en décembre 2008. Il a passé 12 jours en Italie. Il déclare, dans le cadre de l'instruction de sa demande d'asile, qu'il était arrivé en Suisse avec les mêmes vêtements que ceux qu'il portait à son départ de la Somalie. L'ODM demande sa réadmission à l'Italie. Le requérant sera hébergé dans un abri de protection civile à Nyon, jusqu'à son départ. La procédure s'est déroulée comme suit :

- 17 mars 2009 : le SAJE transmet une procuration à l'ODM et demande l'accès au dossier ; [pas de réponse]
- 11 juin 2009 : décision de renvoi de l'ODM transmise secrètement à la police cantonale. Ni le mandataire, ni le requérant ne sont informés ;
- 22 septembre : nouvelle demande du SAJE d'accès au dossier ; [pas de réponse]
- 9 octobre : exécution forcée du renvoi du requérant, sans préavis ; [le SAJE n'est pas informé]
- 22 octobre : nouvelle demande du SAJE d'accès au dossier ;
- 27 octobre : l'ODM communique la décision et le dossier par télécopie au SAJE ;
- Recours dans le délai de 5 jours ; par courrier du 6 novembre (D-6865/2009) le TAF informe le SAJE que le renvoi a été exécuté et demande la production d'une nouvelle procuration sous peine d'irrecevabilité (si le requérant ne se manifeste pas rapidement dans la procédure de recours, on considère qu'il s'en désintéresse).

2. Le pouvoir total de l'autorité de police

Dans son rapport au Parlement sur l'évaluation du système Dublin, la Commission européenne constate que :

« D'après les données transmises par les Etats, plus de 55'300 requêtes [de réadmission de personnes dans un autre Etat] ont été envoyées, [...] 72 % de ces requêtes ont été acceptées [soit 40'180 cas]. Toutefois, les Etats membres n'ont en réalité effectué que 16'842 transferts de demandeurs d'asile [...]. Ce problème des transferts pourrait donc être considéré comme l'une des principales entraves à l'application efficace du système de Dublin. »⁸

On sait depuis la seconde guerre mondiale au moins qu'en effet le transfert des personnes est « un problème », pas dans le sens d'un problème à résoudre comme le suggère ici la Commission, mais bien plutôt d'un problème à éradiquer. Car le déplacement forcé de populations, que l'on a en d'autres temps appelé « déportation », est l'une des manières les plus graves, avec la torture elle-même, de

⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, SEC(2007) 742, COM(2007) 299 final, Bruxelles, 6 juin 2007, p. 4

porter atteinte à la dignité de la personne humaine. L'autorité d'exécution forcée s'en prend en effet directement au corps de la personne c'est-à-dire à sa sécurité physique, à ses biens c'est-à-dire à sa sécurité économique, et à son lieu de vie c'est-à-dire à son appartenance sociale. Tous les aspects essentiels de la vie humaine sont directement touchés.

Dans ses modalités pratiques, le renvoi forcé signifie que le corps doit être saisi, au domicile ou sur le lieu de travail voire à l'école pour les enfants, comme cela s'est déjà produit⁹, et placé de force dans un moyen de transport qui va le conduire en d'autres lieux, loin d'ici. Dans ce processus, la personne n'a pas voix au chapitre : elle ne choisit ni le moment du transfert, ni ses modalités, ni le lieu de destination. L'humiliation vient de cette incapacité à dire son désaccord, de l'impossibilité d'être considéré comme une personne. Une personne est quelqu'un qui existe. L'existence n'est reconnue dans l'ordre juridique que si l'autorité ménage un espace d'autonomie individuelle, c'est-à-dire la capacité de faire des choix ou de maîtriser sa vie, c'est-à-dire encore celle d'exprimer son point de vue avec une chance suffisante d'être entendu, de parvenir enfin à s'opposer à la décision de renvoi en fonction des circonstances personnelles. Être entendu c'est donc être reconnu, c'est-à-dire exister comme personne. Un homme qui ne peut pas exprimer son avis est pris comme un objet par l'autorité.

Je veux montrer ici comment les autorités suisses, dans les procédures de renvoi du système Dublin en 2009, sont parvenues à faire des requérants d'asile de simples objets du droit, à couper tous leurs moyens d'expression et de défense de sorte que l'autorité administrative en arrive à une efficacité absolue dans l'exécution de sa tâche. Quelque soit la situation individuelle de chacun, le droit ouvre la possibilité d'exécution du renvoi dans 100% des cas pris dans le système des accords de Dublin. Il n'est prévu aucune exception et à aucun moment le requérant ne peut faire valoir son point de vue. Dans les procédures de renvoi du système Dublin, l'autorité a toujours raison. Aucun motif ne peut s'opposer à la décision de renvoi. Le pouvoir décisionnel de l'autorité est donc total. Il porte à la fois sur la totalité de la solution juridique et sur la totalité de la personne concernée puisque la mesure d'exécution forcée du renvoi porte sur le corps de la personne, ses biens, son existence dans la juridiction de l'Etat.

La négation de la dignité des personnes ou, son corrolaire, l'exercice d'un pouvoir total, entraîne très vite les conséquences indissociables d'une telle dégradation des individus en objets savoir, l'exercice excessif de la force policière qui confine à la torture. Le cas 1 montre que l'ordre juridique n'a pas même le souci de protéger la vie des personnes. Sur le canton de Vaud, les personnes concernées par une procédure Dublin ont été regroupées dans un abri de protection civile à Nyon. Le matin autour des 6 heures, des policiers descendent à l'abri prendre le ou les requérants qui seront renvoyés. Aucun d'entre eux n'a reçu de décision de renvoi puisque celle-ci est remise après l'arrestation par les policiers eux-mêmes. Cette situation crée donc une psychose collective car, du point de vue des requérants, les policiers viennent en prendre un, deux ou trois au hasard. Ils ne savent pas quel jour sera le leur. Chaque nuit, ils attendent. Certains vont errer dans les rues la nuit. Ils vivent dans l'angoisse d'être demain le suivant. Cette angoisse persistante prend de jour en jour plus de proportions et occupe toute leur vie. Des actes aussi simples qu'avoir de l'appétit ou dormir sont dominés par l'anxiété. Le cours ordinaire de la pensée est interrompu et absorbé par cette perspective du renvoi forcé, on ne sait ni quand, ni où. La vie est figée ou pétrifiée. Les requérants pris dans le système Dublin n'ont pas d'existence. Ils sont indignes c'est-à-dire sans voix dans l'espace public, enfermés dans la relation à l'autorité de police qui décide secrètement de leur sort avant de les placer devant le fait accompli de leur renvoi.

⁹ Sarah Bourquenoud, *A 17 ans, il est expulsé, tout seul, vers l'Italie, in 24 heures*, 14 novembre 2009

3. Un pouvoir décisionnel arbitraire prévu par la loi

Mon propos ici est d'analyser spécifiquement le fonctionnement du droit. Le droit public est censé régir les rapports entre les particuliers et l'Etat. L'idée essentielle pour laquelle on crée du droit est de protéger les individus contre les actions arbitraires de l'Etat. C'est-à-dire que les autorités doivent être désignées par la loi, ainsi que leurs attributions précises, les règles de procédure et les voies de recours pour permettre à chacun de défendre son point de vue contre une certaine tendance à faire prévaloir les intérêts publics au détriment de ceux des particuliers. Lorsque le rapport de forces est trop à l'avantage de l'autorité, on observe que les interventions de cette dernière portent atteinte à l'intégrité même des personnes, à leur intégrité psychique, physique ou économique, à l'intégrité de la famille, à l'appartenance sociale, à la liberté de mouvement ou autre, c'est-à-dire une atteinte à l'existence des personnes, à leur dignité. Or, le droit suisse relatif à la mise en œuvre des accords dits de Dublin est d'une très grande pauvreté. Il n'énonce aucun des intérêts privés susceptibles d'être sauvegardés dans l'ordre juridique et est à l'avantage exclusif de l'autorité décisionnelle. L'intérêt public à l'exécution du renvoi est l'unique intérêt protégé par le droit et ainsi, il n'existe pas d'équilibre dans le rapport de pouvoir entre les requérants d'asile et l'Etat. Le pouvoir est tout entier concentré dans les mains de l'autorité. Un pouvoir concentré en une seule entité est toujours arbitraire car il n'accepte pas la contradiction, la discussion sur les intérêts des uns et des autres, c'est-à-dire, nous y revenons encore, sur la reconnaissance de l'existence des uns ou des autres. Si donc on exclut les conventions internationales qui concernent les rapports entre les Etats européens eux-mêmes, le droit suisse relatif aux renvois Dublin tient en deux articles, que l'on peut citer ici intégralement :

L'article 34 alinéa 2 let. d de la loi sur l'asile (LAsi)¹⁰ dit que :

« En règle générale, l'office n'entre pas en matière sur la demande d'asile lorsque le requérant peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi. »

et l'article 107a de la loi sur l'asile :

« Les recours déposés contre [de telles décisions] n'ont pas d'effet suspensif. Lorsque des indices sérieux laissent présumer que les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [...] sont violés par le pays [de destination], l'effet suspensif peut être accordé. »

3.1. Pas d'exception au renvoi

La loi sur l'asile a été acceptée en référendum populaire le 24 septembre 2006, selon un processus démocratique conforme à la Constitution. Elle est donc parfaitement légitime. Elle crée un espace de discrimination dans lequel sont enfermés les étrangers soumis au régime des accords de Dublin. Ce régime, décrit par un règlement du Conseil de l'UE¹¹ (ci-après le règlement Dublin), veut que toute personne ayant été enregistrée dans un autre Etat européen soit renvoyée dans cet Etat, à charge pour

¹⁰ loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998, RSV 142.31

¹¹ 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

ce dernier d'examiner une éventuelle demande d'asile ou de procéder à un autre renvoi. Peu importe le motif de l'enregistrement.

Le système des accords de Dublin désigne l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile. La décision de non entrée en matière sur la demande d'asile au sens de l'article 34 LAsi signifie qu'un autre Etat que la Suisse est responsable, c'est-à-dire équivaut à une décision de renvoi. Ainsi, la lecture de l'article 34 LAsi nous montre tout d'abord qu'il n'existe aucune exception au renvoi dans les « cas Dublin » lequel doit avoir lieu « en règle générale », c'est-à-dire aussi souvent que l'autorité en décidera. Selon l'article 34 alinéa 3 LAsi, l'ODM doit renoncer au renvoi et examiner la demande d'asile : (a) lorsque le requérant a des proches parents en Suisse¹², (b) s'il a manifestement la qualité de réfugié ou (c) si l'on est en présence d'indices selon lesquels l'Etat tiers n'offre pas de garanties de protection suffisantes. Or, ces exceptions ne sont expressément pas applicables aux « cas Dublin ». Par conséquent, il faut interpréter l'expression « en règle générale » des renvois selon le système Dublin comme excluant de toute façon les exceptions de liens familiaux ou de qualité manifeste de réfugié puisque c'est le sens clair de la loi, textuellement, de les écarter. Ainsi, même l'exception d'un Etat de destination « n'offrant pas de garanties suffisantes de protection » n'est pas applicable aux « cas Dublin ». La loi n'énonce aucune exception au renvoi vers un autre Etat européen de sorte que si l'ODM renonce à ce renvoi ce ne peut être que pour des motifs internes à l'administration, secrets donc arbitraires. L'autre conséquence est qu'à chaque fois que l'ODM ordonne le renvoi vers un Etat européen, il n'existe aucun motif de s'y opposer. Dans tous les cas, la maîtrise totale de la procédure et de la décision revient à l'autorité administrative.

Le règlement Dublin lui-même ne contient aucun droit concret en faveur des requérants d'asile¹³. Le préambule de ce règlement rappelle l'obligation de tout Etat de respecter les droits de l'homme notamment ceux énoncés dans la Charte européenne¹⁴. Les droits de l'homme sont des principes généraux qui n'ont pas de contenu spécifique. En dehors des garanties énumérées par la loi, ils n'ont pratiquement pas de signification propre. Ainsi, le droit de ne pas être renvoyé dans un Etat qui n'est pas le sien n'existe pas comme tel. En fait, la garantie des droits de l'homme suppose que tout un chacun puisse compter sur la protection de la loi. Si donc la loi prescrit que dans tous les cas l'ODM peut ordonner le renvoi de Suisse, tout homme a le droit à ce que cette loi soit correctement appliquée. La référence aux droits de l'homme n'amène donc concrètement aucune exception aux renvois dans le système Dublin et en renforce au contraire l'application systématique. Le règlement prévoit encore une clause de souveraineté (article 3 § 2) et une clause humanitaire (article 15). La clause de souveraineté dit que l'Etat peut « souverainement » renoncer au transfert. Selon la clause humanitaire, un Etat peut renoncer au transfert « pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels ». Ces articles très généraux n'ont pas de sens précis. Ils ne donnent aucune indication sur la manière de les comprendre et de les appliquer. Il appartient donc au droit interne de leur donner un contenu, de les expliciter. La loi fédérale sur l'asile a très clairement concrétisé ces deux clauses dans le sens de leur complète atrophie : il n'existe pas d'exceptions pour lesquelles l'ODM devrait examiner l'opportunité de renoncer au transfert de personnes¹⁵.

¹² Par exemple : ATAF 2008/9, qui n'est pas un « cas Dublin »

¹³ Le requérant a le droit d'être informé sur les délais de réadmission (art. 3 § 4), un droit à la motivation de la décision de transfert (article 20 § 1d, qui ne vaut que pour la reprise en charge) et à se conformer à la décision de renvoi par ses propres moyens.

¹⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, du 7 décembre 2000

¹⁵ La tendance à l'atrophie des clauses humanitaires et de souveraineté est généralisée. Selon le rapport de l'ECRE, les Etats européens utilisent ces clauses pour étendre le champ d'application des accords de Dublin, c'est-à-dire pour intensifier les renvois. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, AD3/3/2006/EXT/MH, mars 2006, p. 154-156

C'est pourquoi les autorités suisses renvoient sans distinctions des mineurs non accompagnés¹⁶, des personnes gravement malades¹⁷, ou lourdement traumatisées¹⁸, des familles avec des enfants en bas âge¹⁹ ou même un nouveau né²⁰, ou des femmes seules y compris celles qui ont déclaré expressément avoir été victimes de viol dans le pays de destination, car il n'y a aucune sécurité dans ces squats de fortune en Italie (cf. cas 2)²¹, ou bien les renvoient « en pyjama, sans chaussures ni sac »²² car la police vient les prendre aux petites heures le matin.

3.2. Une procédure de recours vide de sens

L'article 107a LAsi a pour objet d'entraver l'accès à une voie de recours et d'empêcher ainsi le contrôle judiciaire des décisions de l'ODM. Cet article prévoit tout d'abord que si un requérant d'asile dépose un recours contre la décision de renvoi, cet acte n'empêche pas l'exécution de son renvoi de Suisse. En permettant le transfert de la personne indépendamment d'une éventuelle procédure judiciaire, le législateur a ici présumé qu'il n'existe aucun motif de recours contre une décision de transfert dans un autre Etat européen. Nous allons voir qu'il est pratiquement impossible de renverser une telle présomption.

Après l'exécution du renvoi, en principe, selon une jurisprudence constante et assez ancienne, le requérant perd son intérêt à agir puisque la décision contestée a produit tous ses effets. Une fois le renvoi exécuté, le recours devient irrecevable en principe et la procédure se termine sans examen du cas²³. Le retour en Suisse ne sera ordonné par le tribunal que dans les cas exceptionnels où l'exécution du renvoi a eu lieu de manière manifestement illicite²⁴. Dans les cas Dublin, l'article 107a LAsi permet l'exécution immédiate du renvoi de la personne le jour même de la remise de la décision de renvoi. Le tribunal va cependant réagir contre cette pratique. Plusieurs arrêts condamnent la remise directe de la décision de renvoi et son exécution subséquente comme étant un procédé déloyal, contraire à la bonne foi parce que l'autorité tient la décision secrète pendant plusieurs semaines voire plusieurs mois, ceci afin de sécuriser l'exécution du renvoi et de priver le requérant de tout moyen de se défendre²⁵. Le tribunal a spécialement souligné dans ces arrêts l'obligation de l'administration de notifier la décision de renvoi au mandataire régulièrement constitué²⁶. Ici donc, le requérant qui n'a

¹⁶ N 520 580

¹⁷ N 523 829

¹⁸ N 520 831

¹⁹ E-7616/2009, arrêt du 21 décembre 2009

²⁰ E-6525/2009 (pendant) ; E-7836/2009, arrêt du 22 décembre 2009 ; E-8006/2009, arrêt du 12 janvier 2010

²¹ N 519 635

²² Michaël Rodriguez, *Les militants du droit d'asile dénoncent une « escalade » de la répression*, in *Le Courrier*, 31 octobre 2009

²³ Jurisprudence publiée de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA), JICRA 2000/24. Par ex. E-1284/2009, arrêt du 13 juillet 2009.

²⁴ JICRA 1995/3. En sens contraire (l'exécution illicite du renvoi n'entraîne pas de conséquence) : E-3355/2008, arrêt du 10 février 2009

²⁵ E-5703/2009, arrêt du 2 novembre 2009. Le recours, déposé après le retour de la requérante en Suisse, qui avait été renvoyée en Hongrie et ainsi séparée de son frère dont elle a, depuis, perdu la trace, a été déclaré irrecevable.

²⁶ E-4934/2009, arrêt du 20 octobre 2009 [cet arrêt peut être utilement comparé à l'unique arrêt à peu près positif de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de renvoi entre deux Etats européens : *T.I. c. Royaume-Uni*, req. n°43844/98, arrêt du 7 mars 2000. La requête à la Cour n'a pas empêché le renvoi du requérant du Royaume-Uni vers l'Allemagne mais le gouvernement allemand s'était engagé à réexaminer sa demande d'asile] ; D-6570/2009, arrêt du 27 octobre 2009 ; E-6557/2009, arrêt du 23 octobre 2009. L'ODM a été jusqu'à cacher l'existence d'une décision de renvoi en communiquant au mandataire un index des pièces tronqué. La

pas de mandataire reste non protégé parce que l'exécution immédiate de son renvoi l'empêchera dans pratiquement tous les cas de faire valoir son droit de recours²⁷. Le TAF a également jugé que l'ODM devait fixer un délai de départ²⁸.

L'article 107a LAsi prévoit que le tribunal peut accorder l'autorisation de demeurer en Suisse pendant la procédure de recours, s'il existe des indices d'un risque de violation de l'un des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'Etat de destination. Cette formulation alambiquée, car le risque de violation de la CEDH provient en réalité des autorités suisses à qui il incombe, dans l'ordre juridique suisse, de respecter les droits de l'homme²⁹, est pratiquement inapplicable. La restitution de l'effet suspensif étant une décision sommaire, prise dans l'urgence, il n'y a pas lieu, à ce stade, d'examiner un risque de violation de la CEDH. Un tel examen est en principe très complexe. La position actuelle du TAF est de ne pas modifier sa pratique en la matière et de restituer l'effet suspensif dans la plupart des cas, dans le but de préserver les éventuels droits des recourants.

En suggérant que l'exécution du renvoi ne doit pas avoir lieu si la CEDH risque d'être violée, l'article 107a LAsi semble introduire des exceptions au renvoi et compléter quelque peu l'article 34 LAsi. Deux droits de l'homme peuvent entrer en ligne de compte. Tout d'abord, le droit à ne pas être séparé des autres membres de sa famille proche, de son conjoint ou de ses enfants mineurs³⁰ (art. 8 CEDH). Dans un arrêt, le TAF a ainsi jugé qu'il n'était pas illicite de renvoyer un couple vers Malte, bien que l'épouse et les trois enfants n'aient jamais été enregistrés dans cet Etat, dans la mesure où Malte avait accepté la réadmission de toute la famille³¹. Ce droit de l'homme à la protection de la vie familiale va donc permettre dans certains cas d'étendre les renvois selon la procédure Dublin aux proches qui étaient parvenus à échapper à la saisie de leurs empreintes digitales. Si les deux conjoints ont été enregistrés dans des Etats différents, l'ODM va pouvoir multiplier les demandes de réadmission. Dans un autre cas, la demande de réadmission des deux membres du couple, enregistrés séparément dans des Etats différents, a ainsi pu être faite aux autorités grecques, maltaises, italiennes et françaises³².

Les requérants pourront également invoquer le droit à ne pas subir des mauvais traitements (art. 3 CEDH). Cependant, les Etats européens considèrent qu'ils appliquent tous le même niveau de protection des réfugiés et de garantie des droits de l'homme de sorte que le renvoi d'un étranger de l'un à l'autre ne saurait entraîner un quelconque risque de mauvais traitements. En outre, les pratiques de procédures sommaires et arbitraires, non motivées, sans droit de recours et suivies soit d'une exécution forcée du renvoi soit de la suppression de l'aide sociale et de l'exclusion du logement, existent dans tous les Etats européens, de sorte qu'il devient quelque peu paradoxal de prétendre que la situation de sécurité socio-économique et juridique serait meilleure en Suisse qu'en Espagne ou en Hongrie. Par conséquent, le seul fait de se trouver contraint de mendier pour survivre n'est pas un risque de mauvais traitement au sens de l'article 3 CEDH et n'empêche pas l'exécution du renvoi. Ce sont certes des « mauvaises conditions de vie » mais le tribunal peut à bon droit affirmer qu'il ne voit

violation du devoir de diligence de l'administration est si grave ici que le TAF déclare la nullité de la décision de renvoi : D-7707/2009, arrêt du 18 décembre 2009

²⁷ Il en va de même de celui qui perd le contact avec son mandataire du fait de l'exécution du renvoi (voir par exemple la décision du TAF qui rejette le recours dans le cas 1, D-4768/2009, arrêt d'irrecevabilité du 29 juillet 2009)

²⁸ E-7078/2009, arrêt du 16 décembre 2009

²⁹ Par exemple : E-7078/2009, arrêt du 16 décembre 2009, p. 6

³⁰ Cf. D-6223/2009, arrêt du 5 novembre 2009 qui interprète la clause humanitaire en ce sens que le renvoi du requérant seul alors qu'il s'occupe de son frère mineur en Suisse, doit être spécialement motivé.

³¹ D-7066/2009, arrêt du 18 novembre 2009

³² N 529 684

pas là de motif d'annulation de la décision de renvoi. Cela se dit en termes juridiques de la façon suivante :

« [...] force est cependant de constater que les allégations de l'intéressé ne constituent que de simples affirmations de sa part, totalement inconsistantes, qu'aucun élément concret ne vient étayer. »³³

Un autre aspect du problème est que, diplomatiquement ou politiquement, il serait très mal venu qu'un Etat européen affirme par le biais de ses tribunaux que son voisin ne respecte pas les droits de l'homme. Tous les Etats européens ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, on doit considérer que sur le territoire de l'Europe toute entière, les étrangers bénéficient en principe de la protection des « droits de l'homme ». Cette Convention donne compétence à la Cour européenne des droits de l'homme d'examiner d'éventuelles violations. De sorte que la protection contre les mauvais traitements ressortit en premier lieu de la juridiction de l'Etat de destination, que ce soit l'Italie, la Grèce ou la Pologne, et de la Cour elle-même³⁴. Il n'appartient pas aux autorités suisses de juger de la façon dont les autres Etats européens traitent les requérants d'asile ou appliquent la Convention relative aux réfugiés, ni si les droits de l'homme sont respectés. Il existe donc une présomption que les conditions d'accès à la procédure d'asile ou à la protection des réfugiés sont les mêmes partout en Europe. Le TAF le formule de cette façon :

« Il n'existe pas d'indice permettant de penser que la Hongrie n'offrirait pas une protection efficace au regard du principe de non-refoulement [des réfugiés]. En effet, ce pays est signataire de la Convention relative aux réfugiés. Il est ainsi lié par le principe absolu de non-refoulement et par les garanties qui en découlent. De plus, rien au dossier ne laisse supposer que les autorités hongroises failliraient à leurs obligations en renvoyant les recourants dans leur pays d'origine au mépris de ce principe. Cet Etat dispose d'un cadre légal et de processus administratifs permettant aux étrangers de déposer effectivement une demande d'asile et de la voir traitée en conformité avec les règles et garanties prévues par le droit international et par la législation de l'Union européenne. »³⁵

Seule la Cour européenne des droits de l'homme finalement, est habilitée à examiner la conformité des comportements des Etats en rapport avec les droits garantis dans la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, la protection découlant de l'article 107a LAsi est vide de sens. Elle n'apporte concrètement aucune exception aux renvois dans le système Dublin, pas plus que la clause de souveraineté ou que la clause humanitaire, et son application suppose en outre une compétence de mise en oeuvre des « droits de l'homme » à l'égard d'autres autorités européennes que le TAF ne saurait exercer sans risquer d'empiéter sur la souveraineté d'autres Etats qui se veulent politiquement proches de la Suisse.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé que le renvoi d'un étranger d'un Etat européen vers un autre Etat européen ne pose aucun problème de mauvais traitements en soi, sauf à démontrer que le requérant sera renvoyé subséquentement vers un Etat non européen où il existe un

³³ D-5008/2009, décision incidente du 11 août 2009. Egalement : D-5079/2009, arrêt du 3 septembre 2009 (cas 2)

³⁴ Les déficits de la procédure d'asile ou des conditions d'accueil sont à faire valoir dans l'Etat de destination : E-4548/2008, arrêt du 18 juillet 2008

³⁵ E-7616/2009, arrêt du 21 décembre 2009. Egalement : D-7066/2009, arrêt du 18 novembre 2009

risque avéré de torture³⁶. Comme les Etats européens considèrent qu'ils garantissent chacun le même niveau de protection des réfugiés, de leur point de vue, le risque de refoulement subséquent vers un Etat persécuteur est nul. Cette présomption ne peut être renversée que dans les cas très exceptionnels où la Cour elle-même a condamné un Etat européen dans le domaine du renvoi. Le TAF a ainsi eu une occasion en 2008 de faire application de la jurisprudence de la Cour qui s'était opposée aux renvois depuis l'Italie de membres d'organisations déclarées illicites et terroristes en Tunisie³⁷. Le TAF cependant a réagi aux renvois des requérants d'asile vers la Grèce³⁸ alors que la Cour, dans la décision précitée, les avait expressément déclarés conformes aux droits de l'homme. Malgré la situation juridique extrêmement fermée qui prévaut, le tribunal s'est sans doute inspiré de la position de la Commission européenne qui a ouvert une procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) contre la Grèce pour dénoncer la violation du règlement Dublin (vraisemblablement l'absence de garanties juridiques concernant l'examen des demandes d'asile après le transfert vers la Grèce)³⁹. Finalement, le sort des requérants d'asile pris dans le système Dublin en Suisse, à défaut de protection à l'intérieur du droit suisse lui-même, dépend de positions politiques de la Commission de l'UE.

Ainsi, on en revient à cette situation qui veut que d'une manière générale, le droit suisse ne prévoit aucune exception à l'exécution des renvois ordonnés en application des accords de Dublin. Le tribunal pouvait donc affirmer, comme nous l'avons vu avec le cas 2, que les intéressés n'ont aucun droit subjectif à l'asile. Cela signifie en termes courants que pour ces gens, aussi longtemps qu'ils se trouvent en Suisse, la Convention relative au statut des réfugiés ne s'applique pas. Autrement dit, leurs motifs d'asile n'ont aucune pertinence. L'ODM peut même se dispenser à la fois d'entendre les requérants sur leurs motifs et de les mentionner dans la décision de renvoi. Cette dernière décision n'est donc pas motivée. Elle ne se rapporte qu'aux actes de procédure : date de l'enregistrement des empreintes digitales dans un autre Etat, date du dépôt de la demande d'asile en Suisse, date de la demande de réadmission, délai pour effectuer le transfert. Le TAF va préciser que la motivation devrait aussi contenir quelques références au droit applicable⁴⁰. Mais des circonstances personnelles des intéressés, il n'est nulle part question. Il n'y a pas de personnes derrière ces décisions qui sont pratiquement identiques dans tous les cas. La solution juridictionnelle aux problématiques individuelles soulevées par les décisions de renvoi vers un autre Etat européen est de même nature que la décision de l'ODM, absolument identique de l'une à l'autre. Les extraits des arrêts du TAF reproduits ci-dessus peuvent pratiquement être reconduits dans 100% des procédures de recours contre les « renvois Dublin ».

³⁶ *K.R.S. c. Royaume-Uni*, requête n°32733/08, décision d'irrecevabilité du 2 décembre 2008. Selon la Cour, on trouve le même niveau de protection des réfugiés et des droits de l'homme dans toute l'Europe (p. 17)

³⁷ D-988/2008, arrêt du 23 octobre 2008. Le requérant avait suivi une procédure d'asile en Italie qui avait été rejetée. Il avait été incarcéré en vue de l'exécution de son renvoi mais libéré faute de places suffisantes de détention. Il avait saisi cette occasion pour déposer une demande d'asile en Suisse. Dans cette affaire, l'ODM avait rendu une décision de renvoi fondée sur l'article 32 LAsi car les accords de Dublin n'étaient pas encore en vigueur pour la Suisse. Cet arrêt positif n'est donc pas un « cas Dublin ». En ce qui concerne les arrêts de la Cour, voir parmi d'autres : *Saadi c. Italie*, requête n°37201/06, arrêt de la Grande chambre du 28 février 2008.

³⁸ E-6523/2009, arrêt du 29 octobre 2009

³⁹ La Norvège, la Finlande, la Suède et l'Allemagne ont suspendu les transferts vers la Grèce en 2008. Le 19 avril 2007, la CJCE a condamné la Grèce pour manquements à ses obligations en matière d'accueil des requérants d'asile. (cf. www.amnesty.fr) Le HCR conseille aux gouvernements membres du système Dublin de s'abstenir de renvoyer les demandeurs d'asile vers la Grèce. (www.unhcr.fr) Cf. également le rapport de Thomas Hammaberg de la Commission des droits de l'homme du Conseil de l'Europe concernant sa visite en Grèce, du 4 février 2009.

⁴⁰ D-6524/2009, arrêt du 21 octobre 2009

4. Le cas particulier des troubles médicaux

Les personnes atteintes de troubles médicaux graves ont une problématique juridique plus complexe toutefois que celle limitée à la loi sur l'asile et au règlement Dublin⁴¹. Mentionnons d'emblée que les troubles psychiques liés à des traumatismes ne pourront pas être pris en compte dans la même mesure que les troubles somatiques, car il est très difficile de démontrer que l'interruption des soins risque d'entraîner la mort ou l'invalidité de la personne concernée. Le TAF a cependant déjà considéré que les problématiques médicales devaient faire l'objet d'une plus grande attention de la part de l'ODM, notamment en cas de renvoi vers des Etats où l'accès aux soins pourrait être problématique comme la Pologne ou la Grèce⁴². Pour l'instant, nous en sommes au stade où le TAF enjoint l'ODM de s'informer correctement des troubles médicaux en sollicitant la production d'un rapport médical, et de décrire ces aspects de la situation individuelle dans la décision de renvoi. Il faudra ensuite évaluer si l'accès aux soins prescrits est garanti dans l'Etat de renvoi. Si on admet toutefois que l'article 107a LAsi renvoie à la jurisprudence de la Cour, la future pratique du TAF devrait être extrêmement restrictive. En effet, l'arrêt de la Cour topique en la matière est l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*⁴³ qui confirme qu'une personne atteinte de la maladie du SIDA en cours de traitement peut être renvoyée en Ouganda, même si cela devait entraîner une interruption des soins puis le décès des suites de la maladie. Car le décès des suites d'une maladie n'est pas un mauvais traitement au sens de l'article 3 CEDH et les Etats européens ne sont pas responsables des carences d'autres Etats à l'égard de leurs ressortissants dans l'accès aux soins médicaux.

Conclusion

Si le TAF a justement réagi à une pratique arbitraire et choquante d'exécution des renvois forcés, une fois que les autorités accepteront de notifier correctement la décision de renvoi et de laisser l'opportunité aux requérants d'asile de déposer éventuellement un recours, le défi suivant sera de trouver quelque matière à juger au fond. Nous l'avons vu, le tribunal n'a pas à s'interroger ni sur la présence de famille en Suisse, ni sur les motifs d'asile, la décision de l'ODM n'étant d'ailleurs pas motivée sur ce point, ni sur la situation dans l'Etat de destination à peu de choses près. Il n'y a pas d'exceptions aux renvois dans le système Dublin. A part vérifier le respect des délais liés à la procédure de réadmission⁴⁴, il n'y a donc pratiquement rien à juger. L'application correcte de la loi doit aboutir au rejet des recours dans 100% des cas. Le TAF a rendu un certain nombre d'arrêts positifs en 2009. Ils portaient tous sur des aspects de procédure c'est-à-dire que la conclusion de ces jugements était que l'ODM devait prendre une nouvelle décision. Le cas 2 montre qu'après l'arrêt d'annulation du TAF, l'ODM est susceptible de rendre à nouveau la même décision trois semaines plus tard⁴⁵.

⁴¹ On peut considérer à première vue que le système des accords de Dublin règle de manière exhaustive la question des renvois d'un étranger d'un Etat européen à un autre dans le domaine de l'asile. Comme loi spéciale et postérieure, l'application du règlement Dublin devrait donc écarter les dispositions plus générales et anciennes de l'article 83 LETr sur l'admission provisoire. Cette position ferme la seule ouverture envisageable en faveur des requérants d'asile. De l'avis contraire : Constantin Hruschka, *Überlegungen zum Rechtsschutz im Dublin-Verfahren*, ASYL 3/09, OSAR, Stämpfli éditions SA, Berne, p. 4. Cf. E-7078/2009, p. 11

⁴² E-6557/2009, arrêt du 23 octobre 2009 (Italie) ; D-6570/2009, arrêt du 27 octobre 2009 (Grèce) ; D-7419/2009, arrêt du 1^{er} décembre 2009 (Roumanie) ; D-7347/2009, arrêt du 2 décembre 2009 (Pologne)

⁴³ *N. c. Royaume-Uni*, requête n°26565/05, arrêt de la Grande Chambre du 27 mai 2008. Un exemple de l'application de cet arrêt par le TAF : D-5079/2009 (cas 2)

⁴⁴ La demande de reprise en charge n'est soumise à aucun délai : E-7462/2009, arrêt du 14 décembre 2009

⁴⁵ Par exemple : D-5743/2009, arrêt du 11 novembre 2009 et E-8016/2009, arrêt du 21 janvier 2010

Les autorités suisses ont ainsi sérieusement franchi le pas de supprimer purement et simplement la procédure d'asile sur le territoire suisse pour une large catégorie de requérants d'asile. Ces derniers attendent une réponse à leur demande d'asile ; un jour, au petit matin, à leur propre domicile et sans aucun préavis, ils sont menottés et apprennent qu'ils vont être renvoyés dans les heures qui suivent. Pendant l'instruction de leur demande d'asile, les autorités fédérales et cantonales ne se sont préoccupées que de la préparation de leur départ de Suisse. Le TAF a été jusqu'à entériner l'idée que, pour ces requérants pris dans le système Dublin, la Convention relative au statut des réfugiés ne s'applique plus aussi longtemps qu'ils demeurent sur le territoire suisse. Pour les quelques uns qui reviennent en Suisse après un « renvoi Dublin », les voilà maintenant dans le *no man's land*. L'exécution de leur renvoi une seconde fois n'est pas simple et l'instruction de leur demande d'asile est exclue.

Finalement, on voit avec ces « cas Dublin » que l'exercice arbitraire du pouvoir de police est un phénomène porté par l'ordre juridique. Une simple révision de deux articles de la loi sur l'asile, instrumentalisée au profit d'une procédure de renvoi, suffit à exclure toute forme d'échange entre une personne demandant la protection contre des persécutions et l'autorité. Cette dernière n'est plus qu'un organe de répression en ce sens que toute son action ne tend qu'au renvoi des étrangers, à la contrainte, sans nuances, de manière indiscriminée. L'action administrative systématique est légitimée par la loi elle-même c'est-à-dire que, dans un Etat de droit, il est impossible de s'y opposer par des moyens pacifiques tel le dépôt d'un recours. L'Etat qui ne reconnaît plus le droit d'asile aux étrangers sans statut sur son territoire est un Etat despotique, qui traite un groupe de personnes comme de simples objets du droit et ne leur reconnaît aucune existence.

Publications

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