

Les perspectives de la protection juridique dans le contexte actuel et futur de la loi sur l'asile

Karine Povlakic et Chloé Bregnard Ecoffey

I.	LE CONTEXTE DE L'ELABORATION D'UNE REPRESENTATION JURIDIQUE GRATUITE	1
?	LA PLACE DU JUDICIAIRE DANS LE PROCESSUS D'ASILE.....	2
?	LA MISE EN PLACE D'UN « PILOTAGE DU PROCESSUS GLOBAL ».....	3
?	L'ISOLEMENT DES REQUERANTS DANS DES CENTRES.....	4
II.	UNE REPRESENTATION JURIDIQUE GRATUITE.....	5
?	LA REPRESENTATION JURIDIQUE GRATUITE ENVISAGEE PAR L'AUTORITE.....	5
?	LE PRESTATAIRE DE REPRESENTATION JURIDIQUE GRATUITE.....	7
?	LA PROTECTION JURIDIQUE DANS LE CADRE DES PROCEDURES DE NON-ENTREE EN MATIERE	8
?	QUELLE NECESSITE D'UNE REPRESENTATION JURIDIQUE DE QUALITE DANS LE CADRE DE PROCEDURES MAJORITAIREMENT SANS CHANCE DE SUCCES ?.....	12
?	LA LIMITATION DU CHAMP DE COMPETENCE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF FEDERAL.....	13
III.	L'ASILE ET LA DEFENSE DE L'ASILE : UN PROCESSUS SOCIOPOLITIQUE.....	14
IV.	CONCLUSION.....	16

Le présent article est co-rédigé par deux juristes travaillant depuis plusieurs années dans la défense des droits des requérants d'asile. Il tend à offrir une compréhension de la protection juridique envisagée dans la révision actuelle de la loi sur l'asile, sensiblement différente de celle proposée par les autorités fédérales. Les auteures entendent montrer que la défense du besoin de protection invoqué par les requérants d'asile se heurte souvent à des logiques de gestion administrative des flux migratoires qui ne répondent pas aux mêmes intérêts. Elles présenteront le contexte actuel et envisagé de la représentation juridique gratuite qui s'élabore. Elles tenteront de montrer la difficulté, voire l'impossibilité de faire valoir un besoin de protection dans un cadre législatif édicté en fonction des intérêts de l'administration, ainsi que la discordance qu'il y a à parler de droit d'asile alors que les mesures d'accélération visent essentiellement l'exécution des renvois de Suisse. Les auteures proposeront enfin une vision constructive du rôle contestataire que peuvent prendre les défenseurs juridiques et la nécessité d'une voix dissonante pour le maintien d'une dynamique d'accueil, mais également pour une réflexion démocratique, où le point de vue de l'administration peut être contesté.

Abréviations utilisées :

RMA : Rapport sur les mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, mars 2011

RF : Rapport final du groupe de travail Confédération/Canton, novembre 2012

PAO : Rapport explicatif sur le projet d'adaptation des ordonnances, février 2013

RE : Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013

OTest : Ordonnance sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile

LAsi : loi sur l'asile, RS 142.31

I. Le contexte de l'élaboration d'une représentation juridique gratuite

La représentation juridique gratuite des requérants d'asile a été pensée dans le cadre d'une refonte du droit d'asile. Les objectifs de cette révision ont premièrement été détaillés dans le *Rapport sur les mesures d'accélération dans le domaine de l'asile* de mars 2011 (RMA). Ils se basent sur le constat que la procédure d'asile actuelle serait trop lente et « trop complexe » et tendent à la remplacer par « une procédure rapide et uniforme » (p. 7 RMA). Le rapport est rédigé par l'office fédéral des migrations (ODM), office auquel incombe la tâche de rendre les décisions en matière d'asile et de contrôler l'exécution des renvois par les cantons.

La question de la protection des personnes demandant l'asile en Suisse n'est abordée à aucun moment et pas une ligne ne lui est consacrée dans les soixante-sept pages du rapport. L'autorité ne s'interroge pas sur les stratégies en matière d'accueil des populations étrangères sollicitant une protection. Elle ne questionne pas non plus sa pratique et semble donc considérer que dans la très grande majorité des cas, le besoin de protection est correctement analysé, ou qu'il peut l'être par un autre pays, et qu'ainsi les renvois ordonnés ne mettent pas en danger l'intégrité physique ou psychique des personnes renvoyées. Au vu de l'absence de débat sur cette question, l'ODM paraît supposer une adéquation entre son appréciation des situations où une personne peut recevoir ou non une protection en Suisse, et l'appréciation de la société civile ou des citoyens. Or, ce que l'expérience démontre, c'est que l'intégration de l'étranger – le fait qu'il ait pu rencontrer des citoyens, partagé son histoire, collaboré à un travail – accroît auprès de ces personnes la reconnaissance de son besoin de protection et augmente du même coup la mobilisation pour qu'il puisse demeurer en Suisse. Ces connaissances se désolidarisent ainsi souvent de l'appréciation faite par les autorités.

Sur la base des présupposés susmentionnés et des statistiques de l'ODM, la majorité des personnes demandant l'asile en Suisse n'ont pas droit à une protection dans notre pays. Le problème principal des autorités devient donc l'exécution effective du renvoi et une grande partie de l'analyse de la situation en Suisse lui est consacrée, soit directement sur les questions proprement techniques du renvoi (p. 21 à 33 RMA), soit indirectement par rapport à tout ce qui gêne ou retarde le renvoi (p. 13 à 20 RMA).

- **La place du judiciaire dans le processus d'asile**

Toute demande d'asile est adressée à l'Etat suisse, représenté par l'ODM. Il établit les faits présentés, juge les faits allégués crédibles ou non, en cas de vraisemblance, estime l'importance du besoin de protection et décide soit de l'octroi de l'asile ou d'une admission provisoire, soit du renvoi. La décision peut être contestée, avec ou sans l'aide d'avocats, et en cas de recours, elle est revue par un ou plusieurs juges.

Il est questionnant que le rapport sur les mesures d'accélération mentionne comme des « points problématiques » le travail des avocats et des juges, tout comme les voies de droit ordinaires et extraordinaires (demande de réexamen ou de révision). (p.18 RMA)

En effet, l'ODM considère que sont « problématiques [...] la lourdeur et le formalisme des procédures », ou que des juges décident selon un certain processus (à juge unique, par trois juges, ou par voie de circulation) est un problème (p. 18 RMA). Par ailleurs, l'autorité estime problématique de compléter ou de traduire des moyens de preuve, parce que cela prend du temps. Faut-il comprendre que les moyens de preuve eux-mêmes sont des entraves au déroulement de la procédure d'asile ?

Les procédures de réexamen sont également des « points problématiques » (p. 20 RMA), parce qu'elles ralentissent le processus de renvoi de Suisse et ne font pas « l'objet du traitement prioritaire nécessaire » (p. 21 RMA). L'ODM précise qu'un tiers des requérants d'asile fait usage de la possibilité de demander un réexamen de sa demande ou de déposer une seconde demande d'asile, et parce que le taux de succès est faible, cet office considère qu'il s'agit-là d'un moyen de « prolonger autant que possible le séjour du requérant », sous-entendu : alors qu'il devrait être renvoyé de Suisse. A aucun moment, le débat s'ouvre sur l'une ou l'autre des autres raisons possibles d'un tel pourcentage de demandes de réouverture du dossier, à savoir une analyse insuffisante des faits ou sous-estimant des dangers encourus, qui pousse le requérant à requérir de bonne foi un réexamen de son besoin de protection.

L'ODM, à tout le moins publiquement, ne remet pas en question sa propre pratique et disqualifie donc les avocats qui « s'emploient à épuiser les nombreuses possibilités de recours afin de prolonger autant que possible le séjour du requérant » (p. 21 RMA), plutôt que de se questionner sur la possibilité d'une insuffisance d'instruction ou sur l'étroitesse de ses critères d'appréciation d'un besoin de protection.

Si l'existence d'avocats, le fonctionnement propre de l'appareil judiciaire et l'usage des voies de recours sont considérés comme des « points problématiques », on peut poser l'hypothèse que, du point de vue de l'autorité, la procédure d'asile semble être plutôt une procédure de renvoi des personnes non désirées ou de gestion des flux migratoires, détachée de l'enjeu plus politique de l'accueil des étrangers ou des enjeux plus humains de la défense d'un besoin de protection.

Cela se confirme par les critiques de l'ODM à l'encontre des autorités cantonales qui n'exécutent pas tous les renvois (p. 20 ou 26 RMA), ne cherchent pas dans tous les cas à obtenir un laissez-passer (p. 27 et 29 RMA), ne disposent pas de suffisamment de places de détention (p. 26 RMA), laissent les gens disparaître après la notification de la décision de renvoi (p. 29 RMA) et versent une aide d'urgence « trop attractive » (p. 27 RMA).

- **La mise en place d'un « pilotage du processus global »**

Du point de vue de l'ODM, l'accélération de la procédure d'asile et de renvoi nécessite le placement de tous les acteurs dans un même lieu, sous l'autorité directe ou indirecte de cet office. Cela permet d'« optimiser le pilotage du processus global » (p. 57 RMA)¹.

Le cœur de la réforme en cours consiste donc essentiellement à créer des grands centres ou des centres satellites autour des centres actuels, pouvant accueillir jusqu'à 1'200 requérants d'asile (400 personnes dans un premier temps : p. 53 RMA, avec un total de 6'000 places disponibles : p. 11 RF²), placés sous le contrôle et les instructions de l'ODM.

Les différents acteurs sont considérés comme « trop axés sur leur propre tâche » (p. 51 RMA). L'ODM propose donc de les regrouper dans ces grands centres fédéraux et de les placer sous son autorité ou son mandat. Les requérants d'asile devraient trouver dans les centres « le conseil et la représentation juridique complète et gratuite, les collaborateurs compétents de l'ODM, le personnel médical, un conseil en vue du retour et, si possible, l'instance de recours » (p. 52 RMA). « Le personnel médical [sera] stationné dans les centres fédéraux et mandaté par la Confédération » (p. 53 RMA) pour un examen de frontière obligatoire et éventuellement l'examen d'autres motifs médicaux soulevés par le requérant.

La procédure est définie par l'ODM selon un déroulement et des délais contraignants qui doivent être strictement respectés. En quelques jours, une décision sera rendue pour 80% des requérants d'asile (p. 53 RMA),

¹ Le rapport explicatif parle également d'un processus global (p. 5 et 12 RE)

² La Confédération dispose actuellement de 1'400 places d'hébergement.

pourcentage réduit à 60% dans le rapport final³. Il s'agirait d'une procédure d'asile en 8 jours avec audition le 2^{ème} jour et la notification de la décision le 7^{ème} jour (p. 8 RF).

- **L'isolement des requérants dans des centres**

L'extension du contrôle administratif sur l'ensemble du processus asile et des acteurs concernés est questionnable et inquiétant du point de vue des libertés individuelles des requérants d'asile, ainsi que du point de vue du respect de l'indépendance des acteurs privés (médecins, avocats essentiellement) et judiciaires (juges administratifs). Il est également très problématique du point de vue de la défense des droits en matière d'asile.

En effet, la défense d'un droit à une protection est rendue très difficile par le fait que l'ODM préconise la mise en place de grands centres qui s'auto-suffisent, afin que les requérants d'asile ne puissent pas « s'intégrer », car cela « rend ensuite plus difficile l'exécution d'un renvoi vers leur pays d'origine » (p. 51 RMA)⁴. Si l'intégration des requérants d'asile rend l'exécution des renvoi plus difficile, c'est parce qu'elle procure aux étrangers des soutiens, des liens ou des ressources sociales qui renforcent l'identité des personnes et leur sentiment d'appartenance, et donc leur capacité personnelle à résister.

Par ailleurs, si la personne est intégrée, il y a plus de témoins de situations perçues comme anormales ou injustes par les connaissances, le monde médical ou scolaire impliqué, voire par les journalistes. Ces différentes personnes ou institutions manifestent aussi leur résistance sous différentes formes. Elles accompagnent par exemple les requérants lors de démarches administratives ou écrivent différentes lettres de soutien et de compassion qui sont adressées aux autorités, les confrontant ainsi à la légitimité de leurs décisions et à leur justesse. Or ce soutien, cette intégration, sont également nécessaires à la défense d'un droit à une protection, car ils légitiment la réalité du besoin – qui ne relève plus de la seule perception de la personne concernée –, renforce la capacité de la personne à s'opposer à la décision administrative et donne de l'épaisseur à cette contestation.

³Dans le rapport final, les requérants d'asile restant dans les centres seraient les cas Dublin (env. 40%) et les cas ne nécessitant pas de clarifications supplémentaires (env. 20%) (p. 6 RF).

⁴ Le rapport final tient le même raisonnement sur la difficulté de renvoyer une personne qui s'est intégrée (p. 5 RF)

II. Une représentation juridique gratuite

- La représentation juridique gratuite envisagée par l'autorité

La présentation qui suit se base essentiellement sur l'ordonnance concernant la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, l'OTest.

Dans les grands centres fédéraux, les requérants indigents, qui n'ont pas de mandataire choisi par eux-mêmes et à leurs frais, se verront attribuer un représentant juridique. Ils auront ensuite une audition sur l'identité et le voyage, et sommairement sur leurs motifs d'asile, ce qui correspond à l'audition sommaire actuelle, avec dépôt des documents d'identité ou des moyens de preuve. Cette audition et le relevé des empreintes digitales composent la « phase préparatoire » (art. 15 OTest), lors de laquelle s'opère le tri entre les procédures dites ordinaires ou accélérées et les procédures étendues.

Ceux qui sont pressentis après cette audition pour « des mesures d'instruction complémentaires » (procédure étendue) sont attribués à un canton et perdent du même coup le bénéfice de la représentation juridique gratuite, puisque celle-ci n'est prévue que pour la procédure dans les grands centres fédéraux⁵. Cependant, selon l'article 110a de la future loi sur l'asile (modifications du 14 décembre 2012), le TAF pourra désigner un mandataire d'office, après le dépôt du recours, si le requérant a été dispensé de payer les frais de procédure, c'est-à-dire s'il est indigent et si le TAF estime que le recours n'est pas d'emblée dépourvu de chances de succès. L'ODM estime toutefois que l'assistance juridique sera rarement octroyée, considérant la majorité des recours comme dépourvus de chance de succès⁶.

⁵ L'article 23 OTest précise : « la représentation juridique est assurée jusqu'à l'entrée en force de la décision en cas de procédure accélérée ou de procédure Dublin, ou jusqu'à ce qu'il soit décidé de réaliser la procédure hors phases de test », c'est-à-dire la procédure élargie. Le rapport final pose clairement le principe d'une cessation de la représentation juridique au moment du passage à la procédure étendue : « A partir du moment où il est décidé qu'un demande d'asile doit être traitée dans le cadre d'une procédure étendue (tri durant la procédure de première instance), le requérant n'a plus droit à ce conseil et à cette représentation juridiques gratuits » (p. 14 RF). La réflexion en cours apporte toutefois une nuance : « Si, durant leur séjour dans le canton, d'autres étapes de procédure déterminantes pour la décision, comme une audition supplémentaire sur les motifs d'asile, ont lieu, les requérants concernés peuvent s'adresser gratuitement à un bureau de conseil juridique du canton (art. 102/ LAsi) » (p. 23 RE).

⁶ Selon l'ODM : « Comme les conditions du besoin et des perspectives de succès du recours continuent d'être requises, les coûts supplémentaires supportés par la Confédération devraient être faibles. » (p. 62 RMA)

L'une des premières étapes de la phase préparatoire consiste à vérifier, à l'aide de la prise d'empreintes, dans le fichier Eurodac, si le requérant doit être renvoyé dans un pays partie aux accords de Dublin. Les cas « Dublin », sont placés dans un centre d'attente sans autre audition jusqu'à l'expiration du délai de réponse à la demande de réadmission (art. 18 OTest). Seul un droit d'être entendu leur est accordé avant la notification de la décision de renvoi⁷.

Les requérants d'asile pour qui l'ODM envisage de rendre une décision de non-entrée en matière ou une décision négative ne nécessitant pas d'autres mesures d'instruction passent en procédure « accélérée » (art. 16 OTest), considérée comme la nouvelle procédure « ordinaire »⁸, qui doit durer de 8 à 10 jours avec une audition sur les motifs d'asile ou un droit d'être entendu.

L'article 31a LAsi, adopté le 14 décembre 2012, précise que dans le cadre de la procédure accélérée, seront rendues spécifiquement les décisions de non-entrée en matière, les décisions négatives à l'encontre de personnes qui ne demandent pas de protection contre une persécution et les décisions négatives lorsque la qualité de réfugié n'est manifestement pas rendue vraisemblable.

Pendant la procédure accélérée, le représentant juridique pourra dispenser un « conseil » au requérant, c'est-à-dire « *l'informer sur les différentes étapes de la procédure et sur ses droits et obligations* » (art. 22 OTest et p. 16 PAO), il pourra assister à l'audition devant l'ODM (art. 26 Otest), il sera consulté lors du tri entre les procédures accélérée et étendue, il pourra prendre position sur le projet de décision⁹ (16 OTest), et finalement la décision est notifiée.

En procédure accélérée, les délais de recours envisagés sont de 9 jours civils pour les décisions matérielles négatives et de 7 jours civils pour les décisions de non-entrée en matière et les décisions négatives à l'encontre des personnes originaires d'un pays sûr (art. 108 du projet de révision de la LAsi, p. 49 RE). Du point de vue de la défense juridique, ces délais sont trop courts pour faire venir des pièces du pays d'origine ou pour produire un

⁷ Article 36 de la future loi sur l'asile.

⁸ Par exemple : p. 52 RMA ou p. 7 RF. Le fait que la procédure considérée comme ordinaire ou normale soit la procédure qui concerne essentiellement les décisions de non-entrée en matière, donc les décisions qui aboutissent à un renvoi, confirme l'hypothèse selon laquelle l'enjeu principal de la loi sur l'asile est devenu le renvoi effectif des personnes qui n'obtiennent pas le droit de rester en Suisse, plutôt que l'octroi de l'asile.

⁹Le projet de décision sera soumis au représentant juridique afin que celui-ci explique quelles sont ses objections, c'est-à-dire quels seraient ses motifs de recours si la décision était rendue sous cette forme. (p. 53 RMA)

certificat médical circonstancié, notamment en cas de troubles psychiques, ou pour faire une recherche sur le pays d'origine. Il n'est donc matériellement pas possible d'apporter des éléments de vraisemblance du récit autrement que par la narration de l'histoire du requérant, dont la crédibilité est dépendante de la seule appréciation de l'auditeur. Si finalement le requérant devait parvenir à se procurer des pièces complémentaires, il est à craindre qu'il ne puisse les faire valoir que par le biais d'une procédure de réexamen ou de révision. Il faut donc s'inquiéter également des différents durcissements envisagés pour rendre plus difficile l'accès aux procédures extraordinaires¹⁰.

Ensuite, en cas de rejet du recours éventuellement déposé par le représentant juridique (p. 16 PAO), les requérants seront transférés dans des grands centres de départ où ils attendront l'exécution du renvoi.

Ainsi, il apparaît que la représentation juridique gratuite en procédure ordinaire n'est prévue pratiquement que pour les situations qui donneront lieu à une décision de non-entrée en matière sur la demande d'asile, dans les grands centres fédéraux.

- **Le prestataire de représentation juridique gratuite**

Pour l'organisation de la représentation juridique, l'ODM propose de mandater un prestataire qui aura la tâche de recruter des représentants juridiques, de les former, de les encadrer ou les instruire en tant qu'employeur, et de leur désigner à chacun un ou plusieurs requérants d'asile à représenter.

Dans l'élaboration de la nouvelle procédure en cours, l'ODM envisage de se décharger de l'une de ses tâches qui est la notification de la décision. Selon les articles 9 et 10 OTest (p. 11 PAO) et l'article 12a du projet de révision de la LAsi en cours (juin 2013), l'ODM remet sa décision au prestataire qui aura un bureau dans le centre et c'est ainsi que la décision sera valablement notifiée. Ce sera donc au prestataire qu'incombera la charge de communiquer la décision au requérant ou à son mandataire à temps, afin d'interjeter un éventuel recours ou simplement pour être informé de l'imminence de son renvoi de Suisse. Le droit du requérant à la notification de la décision disparaît, puisqu'en cas de non remise ou de remise tardive de la décision, il n'y a aucune sanction juridique. L'accélération des

¹⁰ Par exemple, les motifs médicaux invoqués en dehors de la phase préparatoire ne seront pris en considération que s'ils sont prouvés (p. 15 RE) et le délai pour déposer une demande de réexamen est réduit de 90 à 30 jours (art 111b de la révision de la LAsi du 14 décembre 2012).

procédures de renvoi et d'asile a été jugée ici plus fondamentale que la garantie du respect des règles essentielles de procédure.

L'OTest ainsi que le rapport explicatif prévoient ensuite une indemnité forfaitaire pour chaque étape du conseil juridique et une indemnité pour les interprètes (p. 23 RE). Ces textes précisent qu'il faudra trouver « des solutions financièrement avantageuses »¹¹. Cela signifie que le prestataire, pour rentrer dans ses frais, va sans doute fixer un nombre d'heures par étape. Le « conseil » prévu en début de procédure pourra par exemple consister en la remise et l'explication d'un formulaire préparé par le prestataire, qui énumère les étapes de la procédure et les droits et obligations (l'obligation de collaborer et le droit à un recours), rédigé dans la langue de son destinataire avec possibilité de ce dernier de poser une deux questions sur ces formalités. Le conseil juridique pourra ainsi être défini dans son déroulement par le prestataire, être limité à certaines démarches et à un certain temps par démarche, et se dérouler de manière standardisée en fonction du forfait et non pas selon les besoins des personnes représentées.

- **La protection juridique dans le cadre des procédures de non-entrée en matière**

Comme cela a été démontré en amont, la protection juridique gratuite sera essentiellement accordée dans le cadre des procédures de non entrée en matière. En quoi consiste la protection juridique dans ce type de procédures ? Les décisions de non entrée en matière sur la demande d'asile sont fondées sur un critère objectif, sur un acte de procédure figurant dans le dossier, généralement non contestable, permettant à l'autorité de ne pas analyser le besoin de protection invoqué.

L'exemple des cas Dublin est le plus emblématique. Les procédures de renvoi Dublin concernaient en 2012, 9'328 réadmissions acceptées par l'Etat de destination et 4'093 renvois effectivement exécutés, selon les statistiques de l'ODM.

Si on lit l'article 34 LAsi, non pas littéralement mais en fonction de ce qu'il permet à l'autorité administrative de faire, la loi dit : « l'ODM n'entre pas en matière sur la demande d'asile si le requérant a transité par un Etat européen auparavant ». Le transit par un Etat européen est principalement déterminé par la comparaison des empreintes digitales dans le fichier Eurodac. Ainsi, en moins de 24 heures, l'ODM sait par quels Etats européens

¹¹ p. 23 RE et art 102k al 3 du projet de révision de la LAsi.

le requérant d'asile a passé auparavant et, dans les trois semaines à deux mois¹², l'autorité ordonne son renvoi vers cet Etat.

Les motifs d'asile ou de second asile, c'est-à-dire pour lesquels la personne s'oppose à son renvoi dans le pays européen de transit, ne sont pas des critères d'application de l'article 34 LAsi. Dans le rapport final, l'autorité souligne l'absence d'audition dans les procédures Dublin autre que sur l'identité et le voyage (p. 6 RF). En pratique, l'ODM pose quelques questions très superficielles, voire aucune question, sur les circonstances de la fuite ou du séjour en Italie, en Espagne ou en Hongrie, alors que ces pays pratiquent la détention administrative disproportionnée dans des conditions dégradantes et/ou laissent les personnes migrantes sans ressources pour vivre, sans domicile ni aide, dans des conditions miséreuses et insécures.

Le critère de décision ici est le passage dans un Etat européen. C'est un critère objectif, qui est incontestable par la voie du recours. Il figure dans le dossier, par la comparaison des empreintes digitales. La décision de non-entrée en matière se fonde sur cet acte de procédure non contestable et ne s'intéresse ni aux motifs d'asile invoqués, ni à ceux de second asile.

Ainsi, si la loi dit presque littéralement : « l'ODM ordonne le renvoi vers l'Italie », et que la décision de l'ODM dit : « le requérant est renvoyé en Italie », il n'y a rien à interpréter et l'application du droit est correcte.

Il existe cependant une clause de souveraineté. Selon l'article 3 du règlement (CE) n°343/2003, l'Etat souverain a le droit de renoncer au renvoi d'une personne vers un autre Etat membre des accords de Dublin. Ainsi, la clause de souveraineté ne dit pas autre chose que l'Etat est souverain, et qu'il peut librement décider de renoncer à un acte de renvoi d'un étranger se trouvant sur son territoire. On lit aussi à l'article 29a OA1¹³ que l'ODM, dans l'exercice de sa souveraineté, peut renoncer au renvoi Dublin « pour des raisons humanitaires ». Le TAF a jugé que cette disposition est très claire et qu'il n'y a pas lieu de l'interpréter (E-1296/2011¹⁴).

¹² Si le demandeur d'asile a déposé une demande d'asile dans le pays membre responsable de la demande d'asile, ce pays doit se prononcer dans les trois semaines suivant la demande de l'ODM sur la reprise en charge du requérant. Si par contre le requérant n'a pas déposé de demande d'asile, ce délai s'étend à deux mois.

¹³ Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure, RS 142.311

¹⁴ Dans cet arrêt, il est précisé : « que le Tribunal ne voit pas en quoi l'art. 29a al. 3 OA1 ne serait "pas clair", ainsi que l'avancent les intéressés, et ne permettrait pas une application correcte de la clause de souveraineté, les "raisons humanitaires" prévues par cette disposition correspondant en fait aux causes d'inexigibilité de l'exécution du renvoi que connaît la procédure ordinaire, eu égard à la spécificité des Etats parties à la Convention Dublin, [...] »

Pourtant, il est difficile de savoir ce que sont véritablement des « raisons humanitaires » c'est-à-dire dans quels cas concrets suffisamment prévisibles cette exception est susceptible de s'appliquer. C'est pourquoi, lorsque les représentants juridiques rédigent un recours contre une décision de renvoi Dublin, cela revient à devoir expliquer pourquoi telle personne ne devrait pas être renvoyée en Italie, malgré le texte clair de la loi qui dit que l'ODM décide du renvoi en Italie. Cela revient à expliquer pourquoi telle personne ne devrait pas être renvoyée en Italie en fonction des convictions personnelles des mandataires, de leur sensibilité à la souffrance ou à la détresse de leurs mandants, ceci avec des arguments qui ne figurent pas dans la loi, donc au-delà ou en dehors de la loi. Il s'agit pratiquement de convaincre le Tribunal administratif fédéral de l'humanité de la personne qui est défendue, en tentant de définir dans l'abstrait ce qu'est la « souffrance » ou la « détresse » ou le « besoin » de protection. Ce sont des choses difficiles à décrire et les recours consistent essentiellement en des arguments d'ordre moral ou humain disant qu'il n'est pas juste de renvoyer telle personne ou telle famille. Ces arguments n'ont généralement rien de juridique, parce qu'ils ne peuvent pas invoquer la loi de manière spécifique. Ils ne tirent pas leur définition ou leur énumération de la loi.

Cela explique que les taux de succès des recours Dublin soient très bas (0,25%¹⁵). Parce que le cadre législatif lui-même ne donne pas d'indications suffisamment intelligibles sur la manière d'invoquer une protection.

Ainsi, il n'est pratiquement pas possible d'élargir les motifs de recours à des préoccupations plus fondamentales que la simple saisie des empreintes digitales, en se référant par exemple aux critères relatifs à l'accueil des étrangers et à l'accès à la procédure d'asile décrits dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *M.S.S. c. Belgique et Grèce*¹⁶, dont la Cour de justice de l'Union européenne a dit qu'ils s'appliquaient de manière générale à tous les renvois Dublin¹⁷. Le TAF répond à de tels arguments

¹⁵ Entre le 1^{er} janvier et le 30 avril 2013, l'ODM a rendu 2'789 décisions de renvoi Dublin, tandis que le TAF annulé 7 de ces décisions à l'issue d'un recours, soit un taux d'annulation par la voie du recours de 0,25%.

¹⁶ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, arrêt de la Grande Chambre du 21 janvier 2011

¹⁷ *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 et C-493/10, arrêt de la grande chambre du 21 décembre 2011

qu'en Espagne¹⁸, en Bulgarie¹⁹, en République Tchèque²⁰, en Pologne²¹ ou en Italie²², la situation n'est pas la même qu'en Grèce.

Dans une autre affaire, les autorités n'ont pas contesté qu'un couple avait subi une détention arbitraire en Hongrie. La TAF a pourtant rejeté leur recours, arguant qu'il n'était pas prouvé que les recourants subissent une nouvelle détention administrative en cas de renvoi vers la Hongrie qui est un Etat démocratique qui respecte la Convention européenne des droits de l'homme.²³

En conséquence, les procédures de recours contre les décisions de non-entrée en matière, qui devraient constituer l'essentiel de la défense juridique gratuite, n'ont quasiment aucune chance de succès, car l'élément sur lequel se base l'ODM n'est pas contestable (il n'est pas contesté que la personne a passé par un pays tiers sûr, qu'elle n'a pas remis de documents d'identité, qu'elle dépose une deuxième demande d'asile, etc.) et parce que l'autorité n'entre précisément pas en matière sur le besoin de protection, seul véritable objet de la défense juridique.

Dans la pratique, on peut en effet constater que pendant les quatre premiers mois de l'année 2013, sur 4'398 décisions de non entrée en matière rendues par l'ODM, 354 ont fait l'objet d'un recours et seulement 23 recours ont été admis²⁴. Parmi 4'398 décisions de non entrée en matière de l'ODM, seules 23 sont annulées en procédure de recours soit **0,52 %** d'entre elles.

Parmi les 7 arrêts du TAF dans le domaine des renvois Dublin, quatre ordonnent l'examen en Suisse de la demande d'asile (fin de la procédure Dublin : E-4921/2012 ; D-6176/2012 ; D-4075/2012 ; D-65/2013). Les trois autres renvoient la cause à l'ODM pour nouvelle décision, enjoignant à l'ODM de reprendre la procédure Dublin (D-962/2013 ; E-5194/2012 ; D-5920/2012).

Avec 0,52% de chances de succès du recours dans le domaine des décisions de non entrée en matière, dont aucun par principe ne donne lieu à l'octroi d'un statut ni ne détermine l'issue finale de la demande de protection, on peut affirmer que la voie de recours n'a pas d'impact réel sur la procédure conduite par l'ODM, et que le contrôle que l'autorité judiciaire

¹⁸D-372/2013, 30 janvier 2013

¹⁹D-620/2013, 19 février 2013

²⁰D-1374/2013, 22 mars 2013

²¹D-347/2013, 6 février 2013

²²D-266/2013, 25 janvier 2013

²³ D-1794/2013, du 10 avril 2013

²⁴ Voir les tableaux statistiques en annexe

mène sur l'activité de l'administration dans ce domaine est négligeable. Pour plus de la moitié des demandeurs d'asile, qui ne parviendront pas à obtenir l'examen de leurs motifs d'asile, la procédure de recours n'a aucune signification et n'est pas un moyen de faire entendre leur besoin de protection.

- **Quelle nécessité d'une représentation juridique de qualité dans le cadre de procédures majoritairement sans chance de succès ?**

Malgré les chances très minces de contester les décisions prises dans le cadre de la future procédure accélérée, l'ODM souligne la nécessité de faire appel à des représentants juridiques de qualité (par exemple p. 16 PAO). Le rapport sur les mesures d'accélération précise que les représentants juridiques doivent avoir des « solides connaissances du droit d'asile » et que « La qualité de la représentation juridique doit revêtir une priorité élevée » (p. 54 RMA)²⁵. Une défense juridique de qualité se justifie par le fait qu'elle sera prise en charge par les deniers publics, qu'elle doit assurer la crédibilité du système mis en place, qu'elle permettra de rassurer les personnes sceptiques sur l'accélération des procédures envisagées et qu'elle est susceptible d'augmenter le taux d'acceptation des décisions négatives, si la personne a le sentiment d'avoir pu faire valoir ses droits.

Une autre raison peut également expliquer le souci d'une représentation juridique de qualité. C'est que les gens bien formés à la connaissance et au respect de la loi ont une certaine propension à l'accepter comme une justification suffisante en soi, la loi étant le produit de la légitimité démocratique. La formation juridique complète sensibilise au respect des limites imposées par le droit et la pratique, et prévient contre l'usage d'une argumentation humanitaire ou politique en lieu et place d'une argumentation strictement juridique.

Si l'on reprend l'exemple des procédures Dublin, l'ODM insiste sur l'absence d'audition sur les motifs d'asile (p. 6 PAO). Il ne sera donc pas dans le mandat du représentant juridique de les établir et s'il le fait, il ne sera pas un représentant juridique de qualité parce qu'alors manifestement, il ne connaît pas bien les limites que fixe la loi sur l'asile²⁶. Et il est possible

²⁵ Des échanges d'expériences, portant notamment sur l'assurance qualité, auront lieu régulièrement entre l'ODM et le gestionnaire du groupe des représentants juridiques (p. 14 RF).

²⁶ Les faits non établis ne peuvent plus être allégués en procédures de réexamen en l'absence de nouveau moyen de preuve. Voir par exemple les arrêts du TAF infligeant une sanction aux requérants qui ont tenté de compléter l'état de fait après coup : D-1911/2012 du 8 juin 2012 ; D-2416/2012 du 11 mai 2012 ; D-1487/2012 du 21 mars 2012

d'imaginer que selon le prestataire choisi, ce représentant ne sera pas rémunéré pour les heures qu'il aurait passées à essayer de compléter l'état de fait dans le but d'assurer la défense de son mandant, de rendre sa demande de protection intelligible, afin de disposer d'arguments pour la procédure de recours. En effet, sans histoire, il n'y a pas d'arguments et donc pas de recours possible, à l'exception d'un recours strictement formel.

Il y a donc lieu de se demander si la protection juridique gratuite envisagée n'est pas essentiellement pensée comme un conseil sur les chances de succès et dans l'écrasante majorité des cas, comme une explication sur l'*absence* de chance de succès et donc de la nécessité de se préparer à quitter la Suisse.

- **La limitation du champ de compétence du Tribunal administratif fédéral**

Finalement, le champ d'intervention de la défense juridique sera vraisemblablement encore réduit par la suppression de l'opportunité comme motif de recours (futur article 106 al. 1 let. c de la loi sur l'asile) qui devrait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2014. Le TAF définit notamment l'opportunité comme motif de recours de la façon suivante :

« [...] le Tribunal administratif fédéral n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte les règles de droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits. » (A-1779/2006, 15 mars 2007, consid. 2)

L'opportunité permet ainsi de juger si la décision est juste, raisonnable, acceptable, même si elle est basée sur une loi. Cela, bientôt sans doute, le TAF ne pourrait plus en juger. Son champ de compétence pourrait se réduire aux seules questions de l'existence d'une base légale à la décision et de l'interprétation non arbitraire du texte de loi. Le Tribunal ne pourra vraisemblablement plus juger s'il est *juste* ou non de rendre telle ou telle décision.²⁷ Or, on l'a vu, les décisions de l'ODM sont toujours légales dans la mesure où elles sont toujours adoptées par l'autorité compétente et qu'il y a toujours une base légale : l'article 32 ou l'article 34 de la loi sur l'asile. La raison d'être même du recours en matière d'asile, c'est précisément de savoir si la décision est opportune, si elle est juste. C'est le cœur de l'activité du représentant juridique que de contester la justesse de la décision. Par ailleurs, c'est également l'attente légitime non seulement des requérants d'asile, mais aussi de la société civile impliquée, qu'il soit possible

²⁷ Voir cependant l'article nuancé de Thomas Segessenmann, *Wegfall des Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG)*, in ASYL 2/13, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, p. 11

de revoir la justesse et non uniquement la légalité des décisions rendues par l'administration.

En outre, on lit dans le rapport sur les mesures d'accélération que le recours ne devrait pas avoir d'effet suspensif, sauf si le TAF le restitue, sous des conditions qu'il faudrait clarifier et qui devront être contraignantes. Il faudra prévoir la généralisation de la procédure de recours à juge unique avec l'approbation d'un autre juge, le jugement à trois juges devant être réservé pour quelques cas particuliers comme les arrêts de principe (p. 54 RMA).

Ces mesures vont encore appuyer le constat posé en amont, selon lequel le contrôle de l'autorité judiciaire sur l'activité menée par l'administration est négligeable dans le domaine de l'asile.

III. L'asile et la défense de l'asile : un processus sociopolitique

Dans ce rapport sur les mesures d'accélération, tous les jugements de valeur relatifs à la nécessité et à la justesse de la demande d'asile sont ceux de l'ODM et sont imposés au lecteur comme un fait ou une évidence. L'ODM explique par exemple que « l'expérience montre que pour 90% environ des demandes d'asile il n'est pas nécessaire de procéder à des clarifications supplémentaire » ou que « lorsque des clarifications supplémentaires sont nécessaires, une procédure élargie est engagée » (p. 52 RMA), ou encore que les requérants d'asile déboutés sont des « cas dénués de perspectives » (p. 51 RMA). Or, il n'appartient pas uniquement à l'ODM de juger si les faits sont suffisamment établis ou clairs ou si la demande d'asile nécessite de plus amples instructions. La défense juridique a précisément pour objet d'aider les personnes à exposer leurs motifs de manière plus complète ou plus claire et de revendiquer la nécessité d'un examen plus approfondi ou une autre appréciation du besoin de protection. C'est-à-dire que c'est sur l'établissement des faits à examiner que se situent les litiges autour de la décision de renvoi, ou le manque d'acceptation des décisions de l'ODM. C'est parce que les requérants ou ceux qui les accompagnent considèrent que l'autorité n'a pas suffisamment pris en compte leur situation, que la décision de l'ODM est contestable.

L'ODM ne possède pas tout le savoir sur le tri entre les gens qui ont besoin de protection et ceux qui n'en ont pas. Ce tri n'est pas un simple acte

administratif découlant de l'application d'une loi et ne relève pas de la science administrative.

La représentation juridique tout autant que les acteurs de la société civile d'une manière générale ont un rôle à jouer dans l'accueil des étrangers en Suisse et ne sauraient être perçus comme de simples obstrueteurs de procédures administratives.

Ils ont indéniablement un rôle contestataire, de remise en question des décisions des autorités et de contradiction, dans un domaine hautement politique. Leur implication, qui fait partie intégrante du processus d'asile, a une fonction au moins aussi importante que celle de la loi et de l'administration, qui est de maintenir une dynamique de l'accueil et de l'intégration des étrangers dans la société.

C'est pourquoi, dans le contexte tel qu'analysé en amont, faire entendre la détresse des personnes suppose une capacité de résistance à la loi et à la légitimité de la décision administrative [ou même judiciaire] fondée sur la loi. Or, cette résistance ne peut pas être portée par le représentant juridique seul, car elle implique une vision de la démocratie qui, par nature, est partagée avec d'autres et est sans cesse objet de débats.

Les mandataires ne sont pas les seuls intervenants. Ils sont régulièrement interpellés par les médecins ou les psychiatres qui les appellent, un voisin qui accompagne le requérant aux entretiens, l'enseignant qui soutient son élève, ou les membres d'une église que le requérant fréquente qui s'étonnent de sa situation. La défense juridique consiste également à retranscrire la part d'identité, d'épaisseur, de réalité, d'existence que les gens prennent lorsqu'ils sont dans la société civile et qu'ils y créent des liens. Ceux qui connaissent les requérants d'asile renvoient aux mandataires un écho au besoin de protection, une justification, des arguments ou une motivation qui ne se trouvent pas dans la loi, et moins encore dans la pratique des autorités.

Il y a ainsi fort à parier que, dans le contexte où le représentant juridique va se retrouver, avec son mandant, pris entre l'ODM et le TAF (voire le prestataire), dans ces grands centres fédéraux où il n'y aura pas d'accès à d'autres visions de ce qui est juste et légitime que celles énoncées par les autorités, il deviendra pratiquement impossible au représentant juridique – même de qualité – de formuler la détresse ou le besoin de protection de la personne qu'il représente, c'est-à-dire de défendre un autre point de vue sur l'asile.

IV. Conclusion

En conclusion, nous sommes indubitablement dans la démocratie. Notre parlement composé de représentants élus vote des lois que l'administration exécute et il existe une voie de recours auprès d'un Tribunal indépendant et impartial. Mais, posons-nous la question : de quel droit place-t-on des gens dans des grands centres fédéraux, à la cantine bruyante, dans la promiscuité des dortoirs collectifs à 16 lits métalliques superposés quand les matelas ne sont pas directement par terre, avec femmes, enfants, bagages, pendant des semaines, sous le contrôle et la gestion de l'autorité administrative ? De quel droit exclut-on des hommes, des femmes et des enfants des rencontres et du soutien possibles qu'ils pourraient trouver dans la société d'accueil, ainsi que de l'accès au travail, à la scolarisation ou aux cours de langue ? La Cour européenne des droits de l'homme pense que l'enfermement des demandeurs d'asile pendant 7 jours pour les besoins de la procédure d'asile est conforme à l'article 5 CEDH²⁸. Mais « pour les besoins de la procédure d'asile », cela n'est pas une justification en rapport avec notre idéal de démocratie, lequel implique un espace de contrôle public des activités de l'administration (surtout en l'absence de contrôle judiciaire suffisant, comme on l'a vu) et de discussion sur les intérêts collectifs et particuliers à défendre dans un domaine dont les enjeux ne peuvent se résoudre au simple déroulement d'une procédure administrative. En effet, si l'asile, la définition d'un besoin de protection et l'octroi d'une protection, est bien un processus sociopolitique, il présuppose des liens avec la société d'accueil qui ne peuvent se réaliser dans des centres isolés. L'examen du besoin de protection invoqué ne peut être réduit à l'application de critères objectifs qui n'ont pas de rapport avec ce besoin.

Et donc, la loi, et même la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce n'est pas une justification. Ce n'est pas une raison suffisante pour placer les gens dans des centres sous le contrôle de l'autorité. Tout ce qui rend impossible de vivre en dehors des instructions ou de la discipline de l'autorité, ou des jugements de valeur que l'autorité porte sur nous-mêmes et notre attitude, est une atteinte à la dignité fondamentale de l'homme, à sa liberté. Cela touche à l'essence de la démocratie, dont la fin n'est pas de rendre les procédures plus efficaces et plus rapides, ni de protéger les institutions – fussent-elles légales, gratuites ou de qualité – contre la contestation de l'opinion publique (même minoritaire²⁹), mais de

²⁸ *Saadi c. Royaume Uni*, requête n°13229/03, arrêt du 29 janvier 2008

²⁹ Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une société démocratique laquelle impose de tenir compte de l'opinion des minorités. *Bayatan c. Arménie*, requête n°23459/03, arrêt du 7 juillet 2011, § 126

protéger la liberté des personnes, c'est-à-dire leur chance de trouver une place dans la société et de s'y intégrer.

Annexe

Tableaux statistiques

Période du 1^{er} janvier au 30 avril 2013

Office fédéral des migrations

Nouvelles demandes d'asile	Asile	Admission provisoire	Rejet et renvoi	Non entrée en matière et renvoi	Dont NEM Dublin
7'826	969	606	1'231	4'398	2'789
100%	12,3%	7,7%	15,7%	56,2%	
	Total des admissions		Total des renvois		
	1'575		5'629		
	20,1%		71,9%		

Tribunal administratif fédéral

Non entrée en matière (sauf Dublin)			Non entrée en matière Dublin		
Total des recours	Recours admis	Arrêts à juge unique	Total des recours	Recours admis	Arrêts à juge unique
206	16	171	148	7	128
	7,7%	83%		4,7%	86%

Les chiffres proviennent des statistiques mensuelles publiées par l'ODM publiées sur le site, et des arrêts du TAF publiés dans la rubrique « nouveautés » du site pendant la période considérée.