

Séjour dans les centres fédéraux :

Les rouages de la discrimination

Karine Povlakic

Notre propos est d'exposer, à partir d'une situation pratique, certains mécanismes de discrimination qui s'appuient sur la loi et le fonctionnement régulier des institutions. Nous prendrons un exemple en rapport avec les évolutions actuelles du droit d'asile, qui tendent vers une concentration toujours plus importante des procédures d'asile et de renvoi dans de grands centres fédéraux.

Nous définirons la discrimination comme le contraire de la démocratie participative. Ce sera donc l'espace, contrôlé par l'autorité, où les particuliers sont privés de leur autonomie, du bénéfice de leurs droits, et ne parviennent pas à participer à la prise des décisions les concernant.

Or, les centres fédéraux sont des zones géographiques, juridiques et sociologiques placées sous le contrôle de l'administration, qui y édicte non seulement les critères d'admission à l'asile et le mode de participation des intéressés à la procédure, mais également les règles de comportement auxquelles les gens doivent se soumettre au quotidien. Les requérants d'asile n'y exercent pas de libertés qui produisent du bien-être, avec lesquelles « on construit des choses »¹. La liberté personnelle au sens large, le droit de s'autodéterminer et de conduire sa vie, y est accaparée par le Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM) dans un rapport de sujétion qui entraîne une discrimination, c'est-à-dire une *exclusion du bénéfice de ses droits*.

Certaines façons d'édicter la loi, de l'appliquer et de l'interpréter provoquent ces phénomènes d'exclusion. C'est ce que nous voulons décrire à partir d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) du 9 mars 2017, **F-4036/2017**.

1. L'arrêt sur la durée du séjour au centre fédéral

1.1 La plainte

Un jeune afghan a déposé une demande d'asile au centre d'enregistrement de Vallorbe. Après son audition, il est transféré au centre fédéral des Rochat qui est un lieu d'hébergement des hommes sans charges de famille en attente de l'issue d'une

¹ Selon l'expression du journaliste soudanais interrogé par Anne-Claire Adet dans son court métrage « Bunkers », Genève, 2016

procédure Dublin. Jusqu'à son attribution cantonale, il aura passé 109 jours dans les centres fédéraux, soit 19 jours de plus que les 90 jours maximum fixés par la loi.

Il explique dans son recours avoir enduré une situation de promiscuité pénible, logé dans des dortoirs collectifs meublés de lits métalliques superposés, avec de nombreuses personnes avec qui il n'a aucun lien social, ni familial. Tous les lieux sont bruyants et encombrés de gens, particulièrement le réfectoire qui est aussi la salle de séjour (où se trouve la télévision).

Les centres sont soumis à des disciplines internes en matière d'horaires des repas, du lever et du coucher, d'attribution des tâches ménagères, d'entrée et de sortie du centre. La fouille est systématiquement entreprise à chaque entrée. Il n'est pas autorisé d'amener de la nourriture. Les sanctions de différents comportements tel le retour en retard au centre, au-delà de 17h00, peuvent être prononcées à tout moment, oralement et sans formalité.

Les communications avec l'extérieur sont très limitées. Les résidents n'ont pas d'accès à internet, ne peuvent pas disposer de leur téléphone portable qui est saisi pendant toute la durée du séjour au centre, et les deux cabines téléphoniques du centre ne fonctionnent pas bien : elles peuvent recevoir des appels mais pas en transmettre.

En outre, le centre est très isolé. Il est situé dans la montagne. Le premier village et la première station de bus se trouvent à 6 km à pieds. Le recourant a séjourné aux Rochat pendant les trois mois d'hiver où le paysage était enneigé ce qui limitait considérablement les sorties.

Le recourant n'a pas de famille ni de connaissances en Suisse. Il n'avait donc pas le loisir de se rendre chez des proches pendant les fins de semaine, de sorte qu'il a passé 109 jours confiné au centre fédéral.

Il se plaignait d'une atteinte à sa sphère privée, à la liberté personnelle d'organiser son quotidien comme bon nous semble, sans être surveillé quotidiennement par des agents de sécurité mandatés par l'Etat, d'une atteinte au droit au respect de son intimité à cause des fouilles quotidiennes et des sanitaires communs qui rendent impossible d'échapper au regard des autres. Le recourant a en outre enduré des restrictions de ses communications et de ses déplacements.

1.2 Le jugement

Une fois passées les considérations sur la recevabilité du recours et les citations de jurisprudences antérieures, la réponse concrète du Tribunal est que le recourant n'a pas démontré en quoi la prolongation de 19 jours de son séjour au centre fédéral a porté atteinte à ses droits fondamentaux (consid. 3.2.2 *in fine*, p. 29).

2. Commentaire selon la méthode juridique

Il existe deux façons de décrire l'action des autorités. La première consiste à se positionner à l'intérieur du droit, dans l'ordre juridique. C'est la méthode académique.

On traite de la réponse du Tribunal en se référant aux lois, à la jurisprudence existantes, à la doctrine et à notre compréhension de celles-ci.

Selon cette méthode, il faut rechercher quels sont les droits dont le recourant peut se prévaloir pour échapper à une situation qu'il perçoit comme contraignante.

En l'occurrence, **l'article 16** de l'ordonnance 1 sur l'asile (OA1) stipule que la durée du séjour dans un centre fédéral ne dépasse pas 90 jours. Pour de justes motifs, elle peut être prolongée de quelques jours.

Dans son jugement, le Tribunal a reconnu que le séjour dans un centre fédéral ne devait atteindre le maximum légal qu'« exceptionnellement », conformément aux promesses du SEM faites dans le rapport de juin 2010 sur la modification des ordonnances (consid. 3.1). En outre, les 19 jours supplémentaires ont « largement excédé » les « quelques jours » autorisés par la loi pour de justes motifs (consid. 3.2).

Cependant, il ne s'agit là que d'obligations de l'administration, lesquelles ne sont pas sanctionnées en cas de non-respect.

Nous avons en effet affaire ici à un « acte matériel » de l'autorité. Les actes matériels sont tous les actes entrepris par le SEM sur la vie des requérants d'asile dans les centres fédéraux : attribution d'un lit dans un dortoir, distribution de la nourriture ou des produits d'hygiène, accès à la consultation médicale, saisie du téléphone portable, durée du séjour dans le centre, etc...

Or, il n'existe pas de voie de recours contre les actes matériels, seulement contre les actes juridiques, les décisions.

L'article 25a PA² prévoit bien un recours, mais seulement en cas d'« acte illicite », ainsi que l'expose la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 128 II 156), c'est-à-dire dans les cas de mauvais traitements au sens de l'article 3 CEDH tels des violences physiques ou un harcèlement psychologique caractérisé, suffisamment reconnaissable, ou en cas de séquestration, qui est une privation de liberté non prévue par la loi, interdite par l'article 5 CEDH.

Ainsi, le recourant n'est pas sujet de droit. Entendez que l'article 16 OA1 ne lui confère pas de droit dont il pourrait se prévaloir en justice. Son droit à ne pas séjourner dans un centre fédéral au-delà de 90 jours, à supposer qu'il existe, n'est pas justiciable. Le recourant ne peut pas en obtenir le respect par la voie du recours.

Si le droit interne ne prévoit pas de voie de recours, une telle voie pourrait-elle être fondée sur une Convention internationale ?

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aucun arrêt à ma connaissance ne porte sur le respect de la sphère privée des hommes seuls, adultes,

² Loi sur la procédure administrative, RS 172.021

demandeurs d'asile, placés dans des centres. Deux préoccupations occupent le juge de Strasbourg : que les intéressés aient accès au minimum vital qui leur permet de survivre³, et qu'ils ne soient pas enfermés sans garanties légales contre la détention arbitraire⁴. Il est arrivé que la Cour condamne les mauvaises conditions de détention lorsque les détenus sont confrontés à une surpopulation couplée à de l'insalubrité (matelas sales, vermine, sanitaires bouchés, absence de promenade, pas d'accès à l'air frais pendant des semaines voire des mois, pas d'accès au médecin...)⁵.

Dans ses recommandations de février 2017, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) soutient que les règles de fonctionnement appliquées dans les centres fédéraux sont de plus en plus souvent qualifiées de disproportionnées par la doctrine, en raison de la durée du séjour dans des conditions qui restreignent considérablement l'organisation du quotidien et l'entretien de contacts sociaux⁶.

La CFR se réfère ici implicitement à une liberté plus large que la liberté de mouvement, qui aurait une base juridique dans l'article 8 CEDH, qui est le droit à la protection de sa sphère privée, de son autonomie personnelle et de son intégration sociale.

L'ouverture d'une voie de droit pourrait donc être envisagée sur le fondement de l'article 13 CEDH, le droit à un recours effectif pour se plaindre d'une violation de l'article 8 CEDH. La difficulté sera de se référer à une jurisprudence utile de la Cour, qui traite d'une situation similaire.

Un autre écueil est la situation de dépendance des requérants au SEM, qui ont beaucoup d'hésitation à engager ce genre de recours par crainte pour l'issue de leur demande d'asile. Ces contestations sur les conditions de séjour dans les centres fédéraux sont donc rares. En outre, elles entraînent le gel du traitement de la demande d'asile ce qui n'est pas dans l'intérêt du demandeur. Dans le cas qui nous occupe, l'audition sur les motifs d'asile n'a toujours pas eu lieu depuis une année et quatre mois que la demande est déposée.

On doit donc conclure ici que les perspectives sont plutôt mauvaises de faire évoluer la jurisprudence vers une reconnaissance de la qualité de sujet de droits des requérants d'asile hébergés dans des centres fédéraux.

3. Critique sous l'angle de la discrimination

La seconde façon de traiter cette affaire consiste à décrire un rapport de pouvoir, un rapport binaire entre deux entités, ici, le recourant et le SEM.

³ Parmi d'autres : *V.M. et autres c. Belgique*, requête n°60125/11, arrêt du 7 juillet 2015, § 134 sv.

⁴ Parmi d'autres : *O.M. c. Hongrie*, requête n°9912/15, arrêt du 5 juillet 2016

⁵ Parmi d'autres : *Aden Ahmed c. Malte*, requête n°55352/12, arrêt de la Grande chambre du 23 juillet 2013

⁶ Commission fédérale contre le racisme (CFR), *Requérants d'asile dans l'espace public*, Avis de droit établi par Regina Kiener et Gabriela Medici, février 2017, § 36 p. 18

C'est la méthode militante, ou non spécialiste, celle du citoyen ou de n'importe qui donne son opinion. La description du rapport de forces en effet est essentiellement factuelle, c'est-à-dire un point de vue.

Colette Guillaumin dans *L'idéologie raciste* explique que la discrimination résulte d'une position de domination d'un groupe de personnes sur un autre. La discrimination est le produit d'un rapport de forces.

3.1 L'appropriation des gens

Une personne ou un groupe est discriminé s'il est assujéti. Les centres fédéraux sont des lieux idéals d'appropriation et de soumission des migrants. Le TAF explique que, dans ces centres, les requérants sont dans un rapport de sujétion au SEM, un « rapport de dépendance », qui leur impose de « supporter certaines contraintes pouvant limiter leur liberté » (consid. 3. 2.2.1 p. 24).

Voyons ici quelques-unes de ces contraintes que les gens doivent « supporter » ou endurer en tant que groupe de personnes assujéties à l'autorité, donc discriminées.

Le sommeil Trouver du repos dans les dortoirs de ces centres fédéraux où jusqu'à 30 personnes sont hébergées (en moyenne une quinzaine) est impossible. Il y a toujours de l'agitation, du remue-ménage, des gens qui parlent, qui ont le sommeil perturbé et bruyant. La promiscuité est particulièrement dérangeante. Les lits superposés sont étroits (80 cm) et collés deux à deux ce qui donne l'impression d'être dans le même lit que son voisin. Certains hommes racontent qu'ils passent la nuit à veiller et à repousser leur voisin à chaque fois qu'il se retourne dans son sommeil. Sur plusieurs semaines, apparaît un état d'épuisement, de découragement et de nervosité dus au manque de repos, qui affecte le moral.

La discipline Les requérants doivent se soumettre à toutes sortes de règles d'organisation, pour la distribution du nécessaire de toilette ou des repas, les heures de sortie, les fouilles quotidiennes, les tâches ménagères ou d'autres obligations. Le non-respect des horaires, parfois seulement de deux minutes, ou les altercations avec le personnel du centre entraînent des sanctions, qui sont pratiquement quotidiennement prononcées, oralement, sans formalités. Il n'y a pas de transparence ni de véritable procédure. Les gens ne peuvent pas se défendre. Ils voient les autres être sanctionnés ce qui crée en outre une pression psychologique, un sentiment de dépendance aux injonctions du personnel et l'impression de se trouver en milieu carcéral. Certaines contraintes ne sont pas très claires dans leur motivation. Un requérant raconte n'avoir pas été autorisé à faire la lessive depuis son arrivée au centre, soit pendant un mois. D'autres n'ont pas été autorisés à se rendre dans leur famille pendant le week-end. Les sanctions les plus courantes sont la suppression de l'argent de poche ou l'interdiction de sortie pendant une journée.

L'attente L'attente est particulièrement éprouvante. Chaque jour, on se lève avec l'espoir que son numéro de fiche individuelle apparaîtra sur le tableau des attributions cantonales. Lors de séances collectives d'information, le SEM annonce que

le séjour maximal est de 90 jours. 90 jours à ne rien faire d'autre que se nourrir à heures fixes, tourner en rond sans activités et cogiter, c'est très long. Au-delà, le recourant se demandait ce qu'on allait faire de lui. Aucune information individuelle n'est fournie. Il n'a pas été averti qu'il y aurait une prolongation du séjour au centre fédéral dans son cas, ni n'a reçu d'explication.

3.2 Les mécanismes (l'instrumentalisation du droit)

Un des mécanismes de la discrimination est l'instrumentalisation du droit, c'est-à-dire l'usage du droit dans le but de discriminer. Ici, le Tribunal a invoqué l'article 25a PA (recours contre les actes matériels en cas d'acte illicite) ce qui a privé le recourant du bénéfice de l'article 16 OA1 et entraîné le rejet du recours.

Cette solution est un choix. Elle n'est nullement induite par la loi, qui n'est pas claire sur la voie de recours dans de telles affaires. Il ne ressort pas non plus de l'article 16 OA1 que les requérants ne peuvent pas s'en prévaloir. Le Tribunal a fait le choix, politique, de refuser aux requérants l'ouverture d'un espace juridique de discussion sur leur situation dans les centres fédéraux par la voie du recours.

Les Tribunaux n'ont pas toujours été dans ce sens. Dans un arrêt 2A.282/2003 du 29 septembre 2003, le Tribunal fédéral a jugé qu'il était trop long de maintenir la recourante pendant 7 jours au centre fédéral, alors qu'elle avait déclaré à l'audition qu'elle était venue rejoindre son mari, réfugié en Suisse.

Dans une autre affaire, D-7129/2008, du 28 novembre 2008, le TAF a jugé que le SEM devait répondre à une demande des requérants de rendre une décision écrite en matière d'assignation au centre, respectivement d'attribution à un canton. Une décision d'assignation au centre est une décision du SEM susceptible d'un recours ordinaire au sens de l'article 105 LAsi.

Dans notre arrêt, le TAF a en fait suivi la première jurisprudence du TF sur les centres d'enregistrement (ATF 128 II 156). Mais le Tribunal fédéral est une instance de recours contre les décisions cantonales, et ses compétences dans le domaine de l'asile sont très limitées. Il se justifiait à l'époque (2001), du point de vue du TF, de restreindre son pouvoir d'examen à l'arbitraire. Depuis, le TAF a été créé et doté de la compétence spéciale d'examiner les décisions des autorités fédérales, plus particulièrement celles en matière d'asile. Il va donc plutôt à l'encontre des attributions du TAF de refuser d'examiner les conditions de séjour dans les centres fédéraux. Par comparaison, le TF a toujours affirmé que les conditions de délivrance de l'aide d'urgence, aussi dans des centres mais cantonaux, sont justiciables avec un plein pouvoir de cognition sur tous les aspects de cette « aide ».

3.3 Les droits floués

Dans la zone de discrimination, les gens sont privés de leurs droits en général, non seulement de leurs droits fondamentaux, mais aussi des garanties de procédure ou de

garanties qui peuvent paraître évidentes pour nous mais qui ne le sont pas du tout dans la pratique.

Ainsi, dans notre affaire, le recourant a été floué du droit au respect de la loi, de ses droits procéduraux et du droit à un recours effectif.

Le droit au respect de la loi Nous l'avons dit, aux yeux du SEM, l'article 16 OA1 n'est qu'un vague impératif. Il n'est pas rare selon mon expérience que les requérants séjournent plus de trois mois au centre fédéral et parfois plus de quatre mois. La loi est bien là qui fixe une limite, à mon avis déjà bien trop large, mais même cette limite, on ne sait pas comment en obtenir le respect.

Les droits procéduraux Il existe très peu d'arrêts sur le séjour au centre d'enregistrement. Ceci est dû aux carences en matière de procédure.

Le séjour obligatoire dans un centre fédéral surveillé, sauf à renoncer à sa demande d'asile, est une assignation à un lieu de séjour. Cette assignation n'est jamais formalisée par une décision écrite. Elle est automatique, de par la loi. A la base donc, il n'existe pas d'acte susceptible de recours.

De sorte que la durée du séjour au centre n'est jamais motivée et le requérant n'est jamais convié à participer. Ceux qui pourraient loger dans leur famille, ou qui sont malades ou pour qui le séjour dans un tel centre leur rappelle les violences vécues en prison dans leur pays d'origine, ne savent pas comment exprimer leurs particularités, qui ne sont donc pas prises en compte. Les résidents des centres fédéraux ne peuvent donc pas exercer les droits de base en matière de procédure d'assignation à un lieu de séjour.

Le droit à un recours effectif On l'a vu, ils n'ont pas non plus de droit à un recours effectif s'il est fondé sur l'article 25a PA, qui est un recours en responsabilité de l'Etat pour acte illicite ou faute de l'agent. De telles plaintes, outre qu'elles ne sont pas courantes, reposent sur la démonstration, toujours très complexe lorsque le tort est moral, d'un lien de causalité, et sur des exigences de preuve très élevées. Les requérants n'ont aucune preuve face au SEM. Ils n'ont pas même le droit de posséder leur téléphone portable pour prendre des photos par exemple. Cette voie de recours n'est pas du tout praticable dans leur situation.

Il n'existe donc pas, en pratique, de voie de recours pour se plaindre d'une atteinte à la vie familiale et privée, à la liberté de mouvement ou au non-accès aux soins médicaux, ou pour se plaindre de la proportionnalité et de la nécessité de l'assignation à un lieu de séjour pour des motifs propres à la personne du requérant ou en raison de la longue durée.

4. Les chances de succès

Ces considérations nous amènent à une réflexion sur les « chances de succès », une expression que l'on entend souvent en lien avec la future instauration d'une représentation juridique mandatée par le SEM, dans les centres fédéraux.

Pour l'affaire qui nous occupe, en l'absence d'acte illicite, un éventuel recours contre les diverses formes d'atteintes aux libertés personnelles ou à la liberté de mouvement dans les centres fédéraux n'a pas de chances de succès.

Les « chances de succès », dans l'esprit du SEM, signifient que le juriste qui évalue l'opportunité de déposer un recours doit connaître la jurisprudence du TAF, c'est-à-dire être « qualifié », et doit adapter sa vision aux prescriptions de cette jurisprudence, c'est-à-dire renoncer à agir lorsque, prospectivement, le recours ne serait pas admis par le TAF faute de précédent. Le rôle du mandataire juridique qualifié et rémunéré par la Confédération serait alors d'expliquer la décision du SEM à son destinataire, puis d'expliquer le contenu de la jurisprudence du TAF pour convaincre son interlocuteur de l'inutilité de procéder.

Ce sont particulièrement les procédures Dublin qui sont visées par ce cadrage de la défense juridique. Ces décisions, de renvoi vers un autre Etat européen, sont très liées au séjour dans les centres fédéraux puisqu'elles concerneront principalement les résidents de longue durée, comme c'est actuellement le cas.

Or, les recours, dans les cas Dublin, présentent à peu près la même configuration que les recours sur les conditions de séjour dans les centres fédéraux. La voie de droit est limitée à la démonstration d'une illégalité, à l'exclusion des motifs d'opportunité. Le rôle du Tribunal par conséquent est essentiellement cassatoire, ce qui entraîne un simple report du renvoi Dublin, très rarement une réforme de la décision. En outre, **l'article 29a OA1** qui prévoit le renoncement à un renvoi Dublin dans les cas « humanitaires » est, en l'état actuel de la jurisprudence, une simple déclaration d'intention, à laquelle le SEM n'est pas lié faute de concrétisation des motifs dits « humanitaires », dont on ignore le contenu.

Le SEM ne souhaite aucune concrétisation de ces raisons « humanitaires » qui limiteraient sa marge de manœuvre.

On se retrouverait donc dans un contexte où les requérants exposés à un renvoi Dublin viendraient déposer une demande d'asile au centre fédéral, où ils séjourneraient tout le temps de leur procédure jusqu'à leur expulsion, au besoin, au-delà des 140 jours prévus par la future ordonnance, sans réelle possibilité de se défendre contre l'emprise de l'autorité sur leur personne, leurs libertés, ou leur devenir. Ni par le jeu de l'assignation à un centre de renvoi, ni contre l'ordre de renvoi lui-même ils n'ont de réelles perspectives juridiques de faire valoir leur vulnérabilité, leur besoin de protection ou les liens de famille qu'ils auraient en Suisse. On va vers une situation de cloisonnement d'un groupe de population sous la seule appréciation du SEM, où l'ordre judiciaire n'exerce pas de réel contrôle de l'activité de l'administration, et où la société civile et les défenseurs du droit d'asile n'ont pas d'accès.

Le rôle de soutien de situations humainement perçues comme critiques va peser sur les épaules des futurs mandataires qualifiés, dont il sera attendu qu'ils respectent l'ordre ainsi établi, plus particulièrement en limitant d'eux-mêmes les risques de recours à ceux ayant des chances objectives de succès.

La notion de « chances de succès » a ici pour objet de faire échec à une défense engagée des requérants d'asile. Ce vocable laisse en effet entendre que les défenseurs qui ne se conforment pas aux critères actuels des autorités, agissent trop librement selon des considérations personnelles hasardeuses, ce qui contribue à des pratiques abusives du droit de faire recours.

Or, la défense de l'asile et des droits des personnes en général, ne peut pas être uniquement prospective. Une telle restriction entraînerait une rigidification du droit autour de pratiques administratives et judiciaires qui nous sont présentées comme définitives. La pratique des recours selon les « chances de succès » aboutirait à une sclérose du droit.

Le droit d'asile est inachevé sur bien des points, comme nous venons de le voir. Le rôle de la défense est de le faire évoluer. Nous sommes des créateurs de chances. Les chances n'existent pas avant nous. Nos actions contribuent à les faire naître.

Un recours puis un autre tendent à briser les barrières que les autorités installent de toutes parts qui enferment les migrants dans une zone de discrimination, où ils sont privés de l'exercice de leurs droits, et assujettis aux décisions de l'autorité administrative jusque dans l'organisation de leur quotidien, leur sphère privée, ou l'entretien des relations familiales ou sociales, dans tous les aspects de leur existence.

Il incombe aux mandataires, quelles que soient leurs qualifications, de contribuer à faire évoluer la jurisprudence, justement parce qu'ils font le lien entre les migrants dont ils portent les revendications, et le pouvoir judiciaire, dont le rôle, nous dit la Constitution, est de réguler l'activité de l'administration lorsqu'elle empiète sur les droits des particuliers.

Donc, on ne pourra pas considérer que le débat est déjà clôt, ni à propos d'une prétendue impossibilité de se plaindre des conditions de vie dans les centres fédéraux, ni concernant une prétendue souveraineté du SEM sur les ordres de renvoi Dublin. Nous espérons que l'une et l'autre jurisprudences, parce que les gens sont titulaires de droits, ont encore une chance de se contredire elles-mêmes et de progresser vers une réelle protection des gens.

Lausanne, 2017