

Berne, le 28 janvier 2010

Modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière

Prise de position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR

1 Remarques générales

L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR remercie d'avoir été invitée à prendre position et le fait de la manière suivante:

L'OSAR estime que le projet présenté va dans le bon sens avec son idée que les procédures de non-entrée en matière, compliquées et peu contrôlables, soient largement remplacées par une procédure matérielle. Il convient de saluer cette proposition en particulier dans la perspective de l'eurocompatibilité de la procédure d'asile suisse, condition impérative de la participation au système de Dublin. De même, la volonté de réétudier la question de la protection juridique est un aspect foncièrement positif.

Toutefois, ceux qui pâtiront de la procédure raccourcie telle que proposée seront exclusivement les requérants d'asile, en raison de la réduction du délai de recours. Cette option n'est pas adéquate selon l'OSAR car, si la procédure d'asile est actuellement trop longue, ce n'est pas tant en raison de la procédure de recours qu'en raison, au contraire, du fait que, suite aux mesures d'économies répétées et imprévues adoptées par le passé, l'Office fédéral des migrations (ODM) dispose d'un effectif insuffisant et accumule une très forte quantité de demandes pendantes. Il en va de même du Tribunal administratif fédéral (TAF). Or, la réduction du délai de recours n'aura aucun effet sur cette problématique qui a également de lourdes réper-

Weyermannsstrasse 10
Postfach 8154
CH-3001 Bern

Für Paketpost:
Weyermannsstrasse 10
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch

PC-Konto
30-16741-4
Spendenkonto
PC 30-1085-7



cussions financières. Certes, le projet prévoit aussi que l'ODM et le TAF prennent des décisions plus rapides. Toutefois, les délais d'ordre proposés ne sont pas contraignants et peuvent sans autre être dépassés par les autorités dans la pratique. La réduction par deux du délai de recours dans la procédure matérielle met cependant en péril le droit à un recours effectif et doit dès lors être refusée. **L'OSAR exige le maintien du délai de recours de 30 jours.**

L'OSAR lutte depuis des années pour que la protection juridique dans la procédure d'asile soit consacrée dans la loi. Lors de chaque révision antérieure, elle a demandé la création d'une base juridique qui oblige la Confédération à financer la consultation juridique pour requérants d'asile, comme tel est le cas depuis longtemps dans d'autres pays européens. L'OSAR salue ainsi en principe la proposition du Conseil fédéral de modifier la loi sur cette question. Toutefois, les dispositions envisagées dans le projet ne sont guère convaincantes dans leur forme actuelle. **L'OSAR est uniquement prête à abandonner le système éprouvé depuis plus de 35 ans de la représentation des œuvres d'entraide pour autant qu'en contrepartie, il soit créé une base solide pour un financement convaincant de la protection juridique, qui prévoit non seulement le financement de la consultation juridique, mais aussi des contributions de la Confédération pour la représentation des requérants d'asile.**

Le fait que les œuvres d'entraide se déclarent disposées à renoncer à leur mandat légal de représentation dans la procédure d'asile montre à quel point elles considèrent que l'amélioration de la protection juridique est essentielle. La représentation des œuvres d'entraide, qui a fait ses meilleures preuves dans l'observation de la procédure, ne peut cependant être supprimée que si, de son côté, la Confédération s'engage à garantir durablement une consultation et une représentation juridiques aux requérants d'asile et à ancrer dans la loi cette garantie comme relevant de la procédure.

A partir de cette option de base, l'OSAR est d'avis qu'il est nécessaire de corriger le projet sur les points suivants:

- **Le délai de recours de 15 jours est trop court (art. 108):** aucune autre procédure administrative en Suisse ne connaît des délais si brefs. Or, la procédure d'asile est un domaine où le choix d'un court délai de recours est particulièrement problématique car il faut à chaque fois établir des faits qui se sont produits à l'étranger. **L'OSAR demande dès lors le maintien du délai de recours de 30 jours dans la procédure matérielle de l'asile.**
- **La protection juridique doit être nettement renforcée et mieux ancrée dans la loi (art. 17 al. 4):** les mesures d'accompagnement proposées par l'ODM dans le contexte de la réduction du délai de recours (conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances, respectivement octroi d'un délai supplémentaire) sont insuffisantes. Il faut une réglementation claire disant que la Confédération verse des contributions pour la consultation juridique (qui comprend évidemment des conseils aussi bien en matière de procédure qu'en matière d'évaluation des chances) et qu'elle finance également la représentation juridique dans certains cas. Il s'agit de créer des conditions cadres pour faire en sorte que la personne ait un accès effectif et à temps aux services de conseils nécessaires. Sinon, le droit de recourir sera vidé de sa substance.

- **Les dispositions sur la consultation juridique et en matière d'évaluation des chances, respectivement sur la représentation juridique doivent impérativement être précisées (art. 94):** le projet est trop vague. Si les œuvres d'entraide sont prêtes à renoncer au système de la représentation des œuvres d'entraide bien ancré dans la loi, il faut en contrepartie aussi créer de solides bases légales pour le nouveau système de consultation juridique et de représentation juridique dans certains cas.

1.1 Lacunes dans la protection juridique

La protection juridique des requérants d'asile présente de graves lacunes. Tout récemment, la Suisse a une nouvelle fois reçu des critiques au niveau international: dans ses recommandations du 30 octobre 2009 sur la mise en œuvre du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques en Suisse, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a critiqué les carences de la protection juridique dans la procédure d'asile et a invité les instances responsables à donner aux requérants d'asile accès à la protection juridique en leur garantissant une assistance juridique gratuite.¹

Certes, il existe déjà actuellement dans toute la Suisse un système de consultation juridique pour requérants d'asile. Ce système n'est toutefois financé que par les œuvres d'entraide grâce aux dons récoltés et à des fonds propres. Les moyens sont toutefois très limités et la situation financière des bureaux de consultation juridique est précaire. La Constitution fédérale consacre certes le droit à une protection juridique gratuite à certaines conditions. Son octroi est une tâche étatique. Dans la procédure d'asile, cet octroi est pratiquement exclu en première instance – justement parce que les autorités invoquent le système de consultation existant qui n'est pas cofinancé par l'Etat.² Dans la procédure de recours, il n'est accordé qu'à des conditions très restrictives. De son côté, l'OSAR a demandé à répétition reprises à la Confédération d'assumer ses responsabilités dans ce domaine et de soutenir financièrement la consultation juridique.

Compte tenu de l'importance des biens juridiques en cause et du fait que les œuvres d'entraide sont de leur côté prêtes à renoncer au système de leur représentation, qui fonctionne et qui est bien ancré dans la loi, les dispositions proposées par l'ODM sur la protection juridique doivent être précisées et complétées de telle sorte que la protection juridique soit effectivement garantie et que le nouveau système ait une base légale solide. A ce stade, le projet est beaucoup trop vague et indéterminé. Contrairement au droit en vigueur, il est question, dans le projet, non plus de consultation et représentation juridiques, mais seulement et nouvellement de «conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances». Il n'est pas non plus expressément prévu de créer un droit à un conseil juridique gratuit.³ Ce modèle n'est pas approprié si, comme telle est l'intention déclarée de la Confédération, il est censé accroître «la légitimité de la procédure d'asile sous l'angle de l'Etat de droit»⁴.

¹ Voir la documentation sur http://humanrights.ch/home/de/Schweiz/Politik/Innenpolitik/idart_7328-content.html?zur=825.

² JICRA 2001/11 consid. 6, 6b/bb, 2004/9 consid. 3, 3b.

³ Voir Rapport explicatif du DFJP relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière, p. 10 ad art. 17 al. 4.

⁴ Idem, ch. 1.4, p. 8.

1.2 L'accélération de la procédure nécessite des mesures d'accompagnement

Le projet prévoit des délais extrêmement courts pour le dépôt d'un recours contre des décisions matérielles. Un droit administratif spécial doit à nouveau être créé pour le domaine de l'asile. On ne trouve des délais de recours aussi brefs dans aucune autre procédure administrative de Suisse. Compte tenu de l'importance des biens juridiques en jeu, l'OSAR demande le maintien du délai de recours de 30 jours dans la procédure matérielle. Cela également parce qu'il n'existe qu'une instance de recours dans la procédure d'asile.

Par ailleurs, la réduction des délais de recours entraînerait un nouveau transfert de charges sur les cantons. Certes, les démarches en vue de l'obtention de documents de voyage peuvent être entamées dès la notification de la décision de renvoi. Toutefois, il est irréaliste de s'attendre à ce que ces documents puissent être obtenus durant le délai de recours de 15 jours. Cela ne serait même pas possible dans les cas où les intéressés collaborent à l'obtention des papiers. Les décisions concernant des requérants d'asile qui ne recourent pas seraient exécutoires 15 jours plus tôt. Les requérants d'asile en question passeraient plus rapidement dans le système de l'aide d'urgence avec la conséquence d'une augmentation probable des personnes dépendant de l'aide d'urgence à la charge des cantons sans que ceux-ci ne reçoivent davantage de subsides de la part de la Confédération.

Si la Confédération veut s'en tenir aux délais brefs, elle doit impérativement créer, en tant que mesures d'accompagnement, les conditions cadres qui s'imposent pour que chaque personne qui demande l'asile obtienne à temps le conseil et la représentation juridiques nécessaires pour pouvoir déposer un recours efficace également dans un délai raccourci. Aujourd'hui, du temps précieux se perd souvent pour trouver un bureau de consultation, organiser une traduction pour la consultation et demander le dossier de la procédure. En outre, il peut arriver que, pendant la période où s'écoule déjà le délai de recours, les requérants soient attribués à un autre lieu de séjour ou soient mis en détention. Tous ces processus prennent du temps. En plus, tous les cantons ne disposent plus de bureaux de consultation pour requérants d'asile, la disponibilité de ces bureaux est limitée et devra l'être davantage en raison de pertes financières. Eu égard à la brièveté du délai de recours, l'ODM doit impérativement supprimer ces obstacles, faute de quoi l'accès à temps au conseil et à la représentation juridiques et la gratuité de ces possibilités ne sont pas assurés.

2 A propos des dispositions en détail

2.1 Art. 17 al. 4 LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 17 al. 4</p> <p>⁴ La Confédération veille à ce que les requérants puissent accéder à un conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances.</p>	<p>Art. 17 al. 4 <u>NOUVEAU</u></p> <p>La Confédération garantit l'accès à une consultation et à une représentation juridiques.</p> <p>Art. 17 al. 5 <u>NOUVEAU</u></p> <p>La Confédération garantit que chaque demandeur d'asile puisse bénéficier gratuitement d'une consultation juridique lors de toutes les phases de la procédure.</p> <p>Art. 17 al. 6 <u>NOUVEAU</u></p> <p>La Confédération fournit des contributions à des tiers pour la représentation juridique des demandeurs d'asile. Les mineurs non accompagnés ainsi que les victimes de violence psychique, physique ou sexuelle sont d'office mis au bénéfice d'une telle représentation.</p>

L'OSAR demande depuis des années que la Confédération assume sa responsabilité en matière de protection juridique et crée des bases pour une consultation et une représentation juridiques financées par l'Etat. La protection juridique ne peut être réellement améliorée que si la consultation juridique est envisagée comme faisant partie de la procédure.

Plusieurs pays européens connaissent un système de protection juridique étendu dans la procédure d'asile. En Belgique et en Finlande, les requérants d'asile ont accès à une consultation et à une représentation juridiques aussi bien en première instance que dans la procédure de recours. Le Danemark prévoit le même droit dans la procédure de deuxième instance, comme la Grande-Bretagne, l'Irlande et les Pays-Bas. Quant à l'Union européenne, elle s'efforce aussi de renforcer la protection juridique des requérants d'asile en leur garantissant la gratuité de la consultation juridique. Ce souci s'exprime notamment dans la directive de l'UE sur le retour⁵ que la Suisse doit reprendre dans le cadre de l'acquis de Schengen (voir art. 13, 19

⁵ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

et 20)⁶ et les nouvelles propositions de la Commission européenne pour une directive de l'UE relative à la procédure entendent aussi améliorer la protection juridique.⁷

La disposition proposée par l'ODM est inadéquate pour garantir la protection juridique des requérants d'asile. La formulation «conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances» laisse présumer que la disposition vise moins les droits des personnes intéressées qu'une optimisation de la procédure. Il est bien entendu qu'une consultation sur la procédure d'asile porte forcément sur les droits des intéressés dans la procédure et qu'une évaluation des chances suppose toujours l'examen juridique du cas d'espèce. On ne comprend dès lors pas pourquoi la Confédération utilise de nouveaux concepts peu clairs au lieu de s'en tenir à la notion courante de «consultation juridique». En voulant introduire des termes nouveaux – et étroitement conçus – c'est comme si elle ne pouvait toujours pas se décider à reconnaître son obligation d'assurer la protection juridique dans le domaine de l'asile. Cette approche n'est toutefois pas convaincante parce qu'elle est sans lien avec les buts fixés par le Conseil fédéral.

Selon le Rapport explicatif (p. 8), le nouveau système devrait servir à informer les requérants d'asile et à accroître ainsi la légitimité de la procédure sous l'angle de l'Etat de droit. L'OSAR salue cette intention. C'est un fait qu'une bonne procédure de première instance, qui comprend également une consultation détaillée, est mieux acceptée et peut – grâce au contrôle des décisions par des conseillères et conseillers juridiques indépendants – éviter des recours inutiles.

Pour réaliser ce but, la consultation juridique doit impérativement être donnée sans préjugés et de manière indépendante afin qu'elle soit perçue comme fiable par les intéressés. Il faut créer en outre des conditions pour que les conseillères et conseillers puissent travailler avec sérieux et diligence. A défaut, l'instrument n'aura guère qu'un rôle d'alibi inutile et les œuvres d'entraide ne seront en aucun cas prêtes à le laisser remplacer le modèle éprouvé de la représentation des œuvres d'entraide.

L'avis est unanime que la Suisse doit avoir une procédure d'asile équitable. Cela signifie au minimum qu'un organisme indépendant intervienne pour les requérants d'asile, leur explique leurs droits dans la procédure et leur fournisse une évaluation sérieuse et professionnelle de leur cas. Si la consultation juridique arrive au résultat que la procédure a jusqu'ici été menée de manière irrégulière, respectivement que le cas individuel n'a pas été correctement analysé par l'autorité, il doit être possible, après la consultation, d'intervenir comme mandataire et, éventuellement, de déposer un recours. La représentation juridique devrait être ordonnée d'office au moins pour les personnes vulnérables.

Il serait opportun que la Confédération prévoie également des possibilités de financer l'activité de mandataire de la consultation juridique dans le domaine de la représentation juridique. Par ailleurs, il serait nettement préférable pour le déroulement de la procédure, mais aussi pour limiter les dépenses, que des conseillères et conseillers juridiques spécialisés en droit d'asile se chargent des mandats et qu'on

⁶ Voir aussi la procédure de consultation terminée le 5 septembre 2009 sur l'avant-projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen), sous www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2009.html#EJPD.

⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale dans les Etats membres, du 21 octobre 2009, p. 43 s. (EUR-Lex 52009PC0554).

évite ainsi une surcharge de l'autorité de deuxième instance due à la multiplication des recours en partie inutiles déposés par des mandataires non juristes, telle qu'on la connaît aujourd'hui en raison des ressources limitées des bureaux de consultation juridique. En sachant clairement que les conseillères et conseillers juridiques font toujours un recours contre la décision de l'ODM lorsque cela est nécessaire et indiqué, les personnes concernées accepteraient probablement beaucoup mieux, le cas échéant, l'avis de ces conseillères et conseillers qui leur diraient que, dans leur cas, un recours serait dépourvu de toute chance de succès.

Déjà actuellement, les bureaux de consultation juridique des œuvres d'entraide travaillent d'après un modèle qui détermine les critères que doivent remplir les cas pour être pris en charge. Dans la majorité des cas, des recours ne sont pas déposés. Comme, faute de capacités en personnel, l'offre des œuvres d'entraide ne touche pas tous les requérants d'asile, beaucoup de recours sont déposés par des tiers non juristes en particulier dans la procédure aux centres d'enregistrement.

L'OSAR plaide pour un concept global: l'art. 17 al. 4 LAsi doit servir de base pour la garantie de la protection juridique. Les alinéas 5 et 6 qu'elle demande d'ajouter à cette disposition doivent régler la consultation et la représentation juridiques dans ce contexte.

Dans sa teneur, la proposition de l'OSAR prend modèle sur la proposition de modification faite par la Commission européenne au sujet des articles 18 et 19 de la directive de l'UE sur la procédure.⁸ Il y est prévu que les Etats membres devront garantir gratuitement la consultation juridique et/ou la représentation juridique dans toute la procédure d'asile (actuellement seulement dans la procédure de recours). Cette mesure pourra certes être limitée aux personnes qui ne disposent pas des moyens financiers nécessaires, mais, il faut le souligner, la volonté de la Commission est de ne plus réserver l'octroi de l'assistance judiciaire dans la procédure de recours aux seuls cas présentant des chances de succès suffisantes. Il s'agit en outre également de garantir une protection accrue des besoins particuliers des mineurs non accompagnés et des victimes de la violence.

En raison non seulement de ses activités dans le cadre du mandat des œuvres d'entraide mais aussi de son rôle de coordination dans le domaine de la consultation juridique, l'OSAR est au bénéfice d'une longue expérience en matière de coordination. Elle s'engage à développer un système opérationnel pour améliorer la protection juridique.

2.2 Remarque à propos de la procédure à l'aéroport, art. 23 LAsi

Déjà lors de la dernière révision, l'OSAR s'est déclarée très préoccupée par les délais trop courts dans la procédure à l'aéroport. Elle n'a pas changé d'avis. Aujourd'hui, la procédure à l'aéroport bénéficie de l'offre des œuvres d'entraide dans le domaine de la consultation juridique, qui se maintiennent sans contributions fédérales. Les délais de la procédure à l'aéroport ne sont cependant tolérables que si

⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection dans les Etats membres (nouvelle version), du 21 octobre 2009 (COM (2009) 554 final).

l'ODM cofinance la protection juridique et rend possible à temps l'accès à la consultation juridique.

Dans un de ses arrêts, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a abordé la problématique de la protection juridique dans la procédure à l'aéroport et s'est exprimée de la manière suivante sur la question:

«Le requérant qui n'est pas représenté par un avocat doit en outre, grâce à des mesures organisationnelles, avoir la possibilité, si nécessaire avec le concours d'un interprète, de bénéficier gratuitement d'une consultation spécialisée en droit d'asile pour pouvoir évaluer les chances de succès d'un éventuel recours. Cette consultation peut être donnée par toute personne ou organisation compétente, indépendante des autorités de décision, disponible dans la zone de l'aéroport et spécialiste des questions relevant du droit d'asile. Il appartient au législateur et à l'autorité chargée de l'exécution de la loi sur la procédure d'asile de décider des modalités de cette consultation, en particulier des personnes ou organisations compétentes pour la donner. La consultation peut comprendre également une aide dans la formulation des conclusions à présenter au tribunal et de leur motivation et dans la recherche d'un avocat prêt à agir comme mandataire. Compte tenu de la brièveté des délais fixés par la loi pour l'introduction d'une demande et la prise de la décision judiciaire dans la procédure à l'aéroport (voir, à ce sujet, e ci-dessous), il apparaît nécessaire que la consultation puisse intervenir déjà le jour de la notification des décisions administratives et qu'elle soit également possible pendant les fins de semaine.»⁹ [traduit de l'allemand]

2.3 Art. 29a LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 29a (nouveau) Collaboration à l'établissement des faits</p> <p>Le Conseil fédéral peut conclure des accords de coopération avec des Etats tiers et des organisations internationales dans le but de faciliter l'établissement des faits. Ces accords peuvent notamment prévoir l'échange d'informations dans le but de déterminer les motifs qui ont poussé le requérant à fuir son Etat d'origine ou de provenance, l'itinéraire qu'il a emprunté ainsi que les Etats tiers dans lesquels il a séjourné.</p>	<p>Ajouter une phrase 3 <u>NOUVELLE</u>:</p> <p>Toutefois, aucune information sur des cas individuels ne peut être recherchée pendant la procédure de première instance.</p>

Pour la protection des requérants d'asile, il s'agit de préciser clairement que les autorités d'asile n'ont pas le droit, pendant la procédure en cours, de rechercher dans le pays d'origine des données et informations qui permettraient des déductions concrètes au sujet du requérant d'asile de la part des autorités de ce pays. Sinon, cela peut aussi bien mettre en danger les membres de la famille restés dans le pays

⁹ BVerfGE 1994, 166, C I d, www.servat.unibe.ch/dfr/bv094166.html.

d'origine (persécution réfléchie) que créer des motifs objectifs postérieurs à la fuite. Des demandes semblables aux autorités de pays tiers ou à des organisations internationales sur place ne sont pas non plus admissibles. L'UNHCR pourrait assumer, dans le cadre de ses compétences tirées de l'art. 113 LAsi, une fonction de surveillance en ce qui concerne l'échange de données.

2.4 Remarque à propos de la suppression de l'art. 30 LAsi, représentation des œuvres d'entraide

Le projet de révision prévoit de supprimer la représentation des œuvres d'entraide et, en contrepartie, de créer les conditions légales d'un conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances.

L'OSAR est d'accord avec la suppression prévue, mais pour autant que la Confédération instaure un système efficace de protection juridique qui renforce les droits des requérants d'asile dans la procédure. Or, les réglementations proposées par le projet en la matière ne sont pas suffisantes.

Actuellement, l'OSAR coordonne la représentation des œuvres d'entraide dans le domaine de l'asile avec ses œuvres d'entraide affiliées. Les représentants des œuvres d'entraide (ROE) observent l'audition des requérants d'asile en quelque sorte au nom de la société civile. Leur présence à des fins d'observation renforce la confiance en l'objectivité de l'audition et augmente la légitimité de la procédure. Les ROE ont pour tâche d'observer que le déroulement des auditions demeure correct et juste. La seule présence des ROE s'est très souvent révélée exercer un effet positif sur la qualité et l'atmosphère des auditions. La Suisse a une pratique particulièrement bonne en ce qui concerne l'observation des auditions. En revanche, le système actuel présente de sérieuses carences dans le domaine de la consultation et de la représentation juridiques. La représentation des œuvres d'entraide n'a en effet qu'un rôle neutre d'observateur sans jouir des droits d'une partie à la procédure et la consultation juridique ne bénéficie d'aucun soutien étatique (voir les considérations faites ci-dessus ad art. 17 al. 4 ainsi que les remarques introductives).

Si l'on renonce à l'avenir à la présence des ROE, le contrôle de la qualité des auditions sera laissé uniquement aux autorités puisqu'il n'y aura plus d'observateur neutre. Aujourd'hui, les problèmes qui surviennent lors de l'audition peuvent être discutés directement avec l'autorité. Le feed-back fourni par les ROE permet à l'ODM de manière continue d'améliorer la qualité des auditions et garantit que les standards de la procédure soient respectés et maintenus partout au sein de l'ODM.

Renoncer à ce contrôle de qualité au niveau de la procédure de première instance pourrait entraîner que le contrôle se déplace au niveau plus coûteux du recours. En effet, les problèmes de procédure ne pourraient être constatés qu'après coup et corrigés qu'au niveau du recours. Ou alors, ces problèmes ne seraient plus perçus ou ne le seraient qu'à la suite d'analyses longues et coûteuses.

Par ces motifs, l'OSAR demande à la Confédération de mettre au point des modèles alternatifs de garantie de la qualité par des tiers.

2.5 Remarque à propos de l'art. 31 LAsi

L'art. 31 LAsi prévoit que les autorités cantonales participent à nouveau davantage à la procédure. L'OSAR avait salué la centralisation de la procédure en mains de l'ODM lors de la dernière révision. De son point de vue, la participation antérieure des cantons n'avait pas fait ses preuves. Il y avait eu alors des doublons avec les surplus de temps et de coût qu'ils engendrent. La Confédération devrait mettre suffisamment de ressources à la disposition de l'ODM pour qu'il puisse être renoncé à la participation des cantons dans le domaine de la préparation des décisions. **L'OSAR refuse ainsi la modification proposée.**

2.6 Art. 31a LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
	<p>Proposition pour la création d'une procédure au sujet de la compétence, qui clarifie matériellement les points suivants:</p> <ul style="list-style-type: none"> - critères selon Dublin, - absence de motifs substantiels permettant d'admettre une violation du principe du non-refoulement, - accès à une procédure d'asile équitable, - exigibilité du séjour dans l'Etat tiers, - relations avec la Suisse, resp. avec l'Etat tiers, - capacité de voyager de la personne.
<p><i>Art. 31a (nouveau) Décisions de l'office</i></p> <p>¹ En règle générale, l'office n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant:</p> <p>a. peut retourner dans un Etat tiers sûr, au sens de l'art. 6a, al. 2, let. b, dans lequel il a séjourné auparavant;</p> <p>b. peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi;</p> <p>c. peut retourner dans un Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant;</p> <p>d. peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers pour lequel il possède déjà un visa et dans lequel il peut demander protection;</p>	<p>Subsidiairement:</p> <p><u>Compléter l'al. 2:</u></p> <p>au regard du principe du non-refoulement visé à l'art. 5, al. 1, ou à l'art. 3 CEDH.</p> <p><u>Ajouter un NOUVEL alinéa 2bis:</u></p> <p>L'al. 1, let. a et c à e, n'est pas applicable dans les cas où l'al. 1, let. b, entre en considération.</p> <p>Supprimer l'al. 3.</p>

e. peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits.

² L'al. 1, let. c à e, n'est pas applicable lorsque l'office est en présence d'indices d'après lesquels l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe du non-refoulement visé à l'art. 5, al. 1.

³ L'office n'entre pas en matière sur la demande d'asile qui ne satisfait pas aux conditions fixées à l'art. 18. Cette disposition s'applique notamment lorsque la demande d'asile est déposée exclusivement pour des raisons économiques ou médicales.

⁴ Dans les autres cas, l'office rejette la demande d'asile lorsque la qualité de réfugié n'est ni prouvée ni rendue vraisemblable ou s'il existe un motif d'exclusion au sens des art. 52 à 54.

L'OSAR refuse l'art. 31a AP-LAsi parce qu'elle considère que la procédure de non-entrée en matière actuellement en vigueur pour l'examen de Dublin n'est pas adéquate. Certaines questions doivent faire l'objet d'un examen matériel également dans la procédure de Dublin et dans le cas des réglementations au sujet des Etats tiers. C'est la raison pour laquelle l'OSAR avait proposé, dans le cadre de la commission d'experts, de créer, pour les cas relevant de Dublin et ceux impliquant un ou des Etats tiers, une procédure particulière portant sur la question de la compétence et comportant un examen limité sur certaines questions. En plus des critères de Dublin (relations familiales), il faudrait également clarifier l'existence éventuelle d'obstacles au renvoi s'opposant au transfert dans l'Etat tiers.

Cela correspond du reste également aux propositions de la Commission européenne sur la réforme de la procédure de Dublin, respectivement de l'art. 5 al. 2 du règlement de Dublin.¹⁰

Le nouveau délai de procédure de première instance prévu par le projet à l'art 37, qui doit également s'appliquer dans les cas relevant de Dublin, est totalement irréaliste et ne peut d'emblée pas être tenu dans les procédures de Dublin. Dans la pratique, une procédure de Dublin ne peut guère aboutir à une décision dans un délai de dix jours ouvrables. Cet élément aussi montre que la procédure de non-entrée en matière telle qu'elle est pratiquée n'est pas compatible avec le système de Dublin.

¹⁰ Vgl. COM (2008) 820 final du 3 février 2008, 2008/0243 (COD), Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, art. 5. La Commission s'y exprime comme suit: «l'entretien individuel sert à faciliter la détermination de l'Etat membre responsable, et notamment à permettre au demandeur de fournir les informations pertinentes nécessaires à l'identification correcte de cet Etat membre, ainsi qu'à informer oralement le demandeur sur l'application du présent règlement.»

Subsidiairement, l'OSAR propose des compléments au texte du projet de loi. Tout d'abord, il faut impérativement, dans le cadre de la protection contre le refoulement, faire référence également au principe du non-refoulement du droit international public contenu dans la CEDH et donc compléter l'al. 2 dans ce sens.

En outre, il faut préciser que les autres clauses en matière d'Etats tiers (let, a, c, d, e) ne peuvent entrer en application dans les cas où une demande d'asile a été déposée dans un Etat membre de Dublin, comme le prévoit l'art. 4 al. 1 du règlement de Dublin.

Il s'agit de supprimer l'al. 3 phrase 2 qui renvoie à l'art. 18 LAsi, car il est inutile, la réglementation correspondant à la jurisprudence actuelle.

2.7 Art. 36 LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 36 Procédure précédant les décisions</p> <p>¹ En cas de décision de non-entrée en matière fondée sur l'art. 31a, al. 1, le droit d'être entendu est accordé au requérant. Il en va de même si:</p> <p>a. le requérant a trompé les autorités sur son identité, le dol étant constaté sur la base d'un examen dactyloscopique ou d'autres moyens de preuve;</p> <p>b. la demande du requérant s'appuie de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés;</p> <p>c. le requérant se rend coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer.</p> <p>² Dans les autres cas, l'audition a lieu selon l'art. 29.</p>	<p>Al. 1:</p> <p>Supprimer la phrase 2 et l'énumération figurant aux let. a à c.</p>

L'OSAR œuvre pour que tous les requérants d'asile soient auditionnés par l'ODM sur leurs motifs d'asile avant la décision. A son avis, il s'agit là d'une condition impérative pour permettre une décision matérielle prise avec sérieux sur la qualité de réfugié. L'art. 36 al. 1 phrase 2 doit être refusé.

Dans les cas décrits aux lettres a à c de l'al. 1 (constatation d'une tromperie sur l'identité, grave violation de l'obligation de collaborer et fondement de la demande d'asile seulement sur des documents falsifiés), la Confédération part du principe que les demandes d'asile en question ont un « caractère abusif ». Actuellement, ces cas sont tranchés dans la procédure de non-entrée en matière. A l'avenir cependant, il

faudra des décisions matérielles (examinant entièrement la demande d'asile) également dans ces cas sans toutefois que les requérants ne soient auditionnés. L'OSAR refuse cette réglementation d'exception pour la nouvelle procédure.

Une décision matérielle tranche en particulier la question de savoir si la personne est un réfugié ou non. L'ODM doit ainsi, dans les cas susmentionnés également, examiner la qualité de réfugié – cela est exigé du reste par le système de Dublin. Un examen de la question du renvoi a aussi de toute façon lieu. Comme l'ODM est tenu d'instruire les faits autant que nécessaire jusqu'à ce qu'il puisse trancher le cas, les requérants d'asile doivent être auditionnés en tous les cas sur les éléments pertinents. Une décision matérielle n'est cependant possible qu'après une audition de la personne sur ses motifs de fuite. Dans ses propositions de modification de la directive sur la procédure, la Commission européenne pose elle aussi le principe d'une audition pour tous, également dans les cas de demandes d'asile abusives.¹¹ Dès lors, il n'est pas raisonnable – également eu égard à une procédure uniforme au niveau européen – de ne garantir que le droit d'être entendu, éventuellement par écrit.

Même l'accélération de la procédure visée par l'ODM ne justifie pas cette option spéciale. L'ODM prévoit de décider rapidement sur les cas dits «abusifs». La seule garantie du droit d'être entendu est censée accélérer la procédure. L'ODM part toutefois de fausses hypothèses. Des prises de position écrites avec des délais de réponses ne permettront guère des décisions plus rapides qu'un entretien direct. La plupart des procédures concernées sont de toute manière menées dans les centres d'enregistrement. Or, il devrait être possible d'y organiser une audition pour chaque requérant d'asile. Lorsque les demandes se révèlent effectivement peu substantielles, l'audition ne durera pas longtemps.

L'ODM devrait au contraire se décider à mettre en œuvre le nouveau système de manière déterminée et conséquente. En créant une nouvelle fois une exception pour certaines catégories de cas, il fait un pas en arrière qui engendre de nouvelles confusions. Les requérants d'asile doivent se voir accorder la possibilité de prendre effectivement position et éventuellement de poser des questions. Cela en présence d'un ou une interprète. Par principe, l'OSAR considère que la procédure qui ne fait que garantir un droit d'être entendu sous la forme écrite n'est pas suffisante.

¹¹ Proposition de la Commission de l'UE pour une refonte de la directive sur la procédure (2009) 554 final du 21 octobre 2009, Remarques ad art. 13 du projet, p. 36 s.

2.8 Art. 94 LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p><i>Art. 94 (nouveau)</i> Contributions fédérales pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances</p> <p>¹ La Confédération verse des contributions à des tiers pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances.</p> <p>² Le Conseil fédéral fixe le montant des contributions forfaitaires et les conditions de leur octroi.</p> <p>³ L'octroi des contributions est effectué dans le cadre de contrats de prestations de droit public.</p>	<p>Contributions fédérales pour la consultation et la représentation juridiques</p> <p>Al. 1 La Confédération verse des contributions à l'organisation faîtière des œuvres d'entraide autorisées pour ses frais administratifs dans le domaine de la consultation juridique et en matière d'évaluation des chances.</p> <p>Al. 2 La Confédération octroie aux organismes indépendants autorisés une contribution forfaitaire appropriée par requérant d'asile pour la consultation juridique. Elle tient compte à ce sujet du temps effectivement nécessaire à une consultation de qualité.</p> <p>Al. 3 La Confédération verse aux organismes indépendants autorisés une indemnité appropriée, en fonction du temps consacré, pour la représentation juridique.</p> <p>Al. 4 L'octroi des contributions est effectué dans le cadre de contrats de prestations de droit public.</p>

La proposition formulée par l'OSAR s'inspire du mandat actuellement ancré dans la loi dans le domaine de la représentation des œuvres d'entraide. Comme déjà relevé, la formulation proposée par l'ODM est trop vague. Le financement de la protection juridique doit être réglé sur une base légale aussi solide que l'a été le mandat de la représentation des œuvres d'entraide (ROE).

La Confédération devrait verser – de manière analogue à la réglementation applicable à la ROE – un forfait approprié pour chaque requérant d'asile (aujourd'hui par audition où la ROE est présente). Cela comprend, en plus des frais pour la consultation et la représentation juridiques, également les frais d'interprètes et une part des frais administratifs.

La Confédération est priée de verser des indemnités également dans le domaine de la représentation juridique. Elle devrait s'y montrer prête si le Tribunal administratif fédéral s'en tient à sa pratique de n'accorder qu'avec retenue l'assistance judiciaire gratuite dans la procédure d'asile.

Si la Confédération a réellement l'intention de renforcer la protection juridique des requérants d'asile, il faut un engagement plus contraignant de sa part. La réglementation proposée par l'ODM ne suffit pas.

Enfin, il faut régler dans la loi elle-même les principes selon lesquels le Conseil fédéral fixe les contributions.

2.9 Art. 107a LA_{si}, proposition de l'OSAR

Droit actuel	Proposition de l'OSAR
<p><i>Art. 107a phrase 2</i></p> <p>Lorsque des indices sérieux laissent présumer que les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 sont violés par le pays en question, l'effet suspensif peut être accordé.</p>	<p>Complément et précision à la phrase 2</p> <p>Lorsque des indices sérieux laissent présumer que les droits garantis notamment par le Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 sont violés par le pays en question, l'effet suspensif doit être accordé.</p>

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'effet suspensif doit être accordé dès qu'il existe des indices d'une violation des droits protégés par la Convention. Il s'agit dès lors de saisir cette occasion pour adapter la teneur actuelle de l'art. 107a phrase 2 à cette jurisprudence.

En plus de la CEDH, il y a d'autres instruments internationaux qui protègent des droits humains comme par exemple la Convention sur les droits de l'enfant ou encore la Convention sur le statut des réfugiés. Or, le risque d'une violation de ces autres instruments doit également entraîner l'octroi de l'effet suspensif. Dans l'exemple des transferts Dublin vers la Grèce, les personnes concernées ne risquent pas seulement l'éventualité d'un refoulement dans l'Etat persécuteur (art. 3 CEDH) mais, dans les faits, elles n'ont de surcoût pas accès à une procédure d'asile équitable, ce qui équivaut à une violation de la Convention sur le statut des réfugiés. En accord avec l'acquis de l'asile de l'UE et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit de préciser la disposition pour que d'autres instruments de protection puissent être pris en considération.

2.10 Art. 108 LA_{si}

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 108 al. 1 et 2</p> <p>¹ Le délai de recours commence à courir dès la notification de la décision; il est de quinze jours pour les décisions et de dix jours pour les décisions incidentes.</p> <p>² Le délai de recours contre les décisions rendues en vertu de l'art. 23, al. 1, et contre les décisions de non-entrée en matière est</p>	<p>Al. 1:</p> <p>Remplacer «quinze» par «trente»</p> <p>Ajouter un al. 3 <u>NOUVEAU</u></p> <p>L'ODM communique immédiatement la décision à l'organisme compétent en matière de</p>

de cinq jours ouvrables.	consultation et de représentation juridiques. Il transmet au requérant son dossier complet en même temps que la décision.
--------------------------	---

Compte tenu de l'importance des intérêts juridiques en jeu tels que la liberté et la protection de la vie et de l'intégrité corporelle, le délai de recours proposé est beaucoup trop court. L'OSAR demande le maintien du délai de recours actuel de trente jours. Les requérants d'asile doivent avoir une chance réelle de pouvoir consulter un bureau de consultation, respectivement d'avoir accès à des conseils juridiques même s'ils doivent changer de lieu de résidence ou être mis en détention. Un délai de 15 jours est inacceptable d'autant plus qu'il n'aura finalement pas vraiment pour effet de réduire la durée de la procédure.

Aucune autre procédure administrative ne connaît des délais aussi courts que ceux proposés par l'ODM. Lorsqu'il arrive que des lois de procédure administrative prévoient des délais de moins de 30 jours, ces délais sont la plupart du temps de 20 jours.¹² Dans tous ces cas cependant, contrairement à la procédure d'asile, il n'y a pas qu'une seule instance de recours. Comme le recours au Tribunal administratif fédéral est en règle générale la seule possibilité de se défendre contre une décision négative en matière d'asile, il faut conserver le délai actuellement en vigueur.

L'argument que les cas relevant à l'heure actuelle de la procédure de non-entrée en matière jouiraient en revanche d'un délai prolongé par rapport au délai auquel ils sont actuellement soumis n'est pas convaincant. Selon les statistiques, 17'326 demandes d'asile ont été traitées en première instance en 2009. 7678 d'entre elles ont abouti à des décisions de non-entrée en matière. Presque la moitié de ces derniers cas (3486) s'inscrivait dans la procédure de Dublin, cas qui resteraient soumis à la procédure de non-entrée en matière dans le nouveau droit proposé (voir explications ad art. 31a AP-LAsi, p. 5). Dans la grande majorité des décisions de première instance, il s'agissait dès lors de décisions matérielles. Ces cas seraient très notablement défavorisés au regard des impératifs de la protection juridique.

En 2009, le Tribunal fédéral a retenu que des délais excessivement courts (en l'espèce, il s'agissait d'un délai de 10 jours pour prendre connaissance d'une publication officielle) peuvent violer le droit à un recours effectif.¹³

On voit d'autant moins pourquoi il faudrait déroger aux délais habituels dans la procédure d'asile que l'établissement des faits y est plus difficile que dans la plupart des autres procédures et qu'il nécessite pratiquement toujours des clarifications à l'étranger.

Une conclusion rapide de la procédure d'asile correspond certes à un intérêt public prépondérant. Toutefois, le fait de raccourcir le délai de recours ne permettra pas d'atteindre cet objectif. Les quelques jours pouvant être ainsi épargnés – au préjudice des requérants d'asile – dans des procédures qui durent souvent des mois voire des années n'entraîneront pas une réduction de la durée de la procédure. La réduction prévue des délais d'ordre (art. 37 et 109 LAsi) n'y changera rien non plus car

¹² Voir délai d'opposition de 20 jours dans la procédure de droit administratif du canton de Lucerne, § 119, RS LU 40; délai d'opposition de 20 jours dans le droit de procédure administrative du canton de Zoug, § 36 RS ZG 162.1, délai d'opposition de 20 jours en cas de décision pénale; § 135 SPO, RS LU 305; délai de recours de 20 jours dans le droit de procédure administrative du canton de Zoug, § 43, RS ZG 162.1.

¹³ ATF 135 II 78.

ces délais ne sont pas contraignants et sont déjà maintenant le plus souvent (largement) dépassés. La durée de la procédure ne pourra réellement être diminuée que si les effectifs de l'ODM et du Tribunal administratif fédéral sont augmentés. Toutefois, une telle mesure n'est pas prévue.

Si la Confédération ne se déclare pas prête à faciliter et à soutenir notablement l'accès à la consultation juridique, la diminution du délai aura pour conséquence que les bureaux de consultation ne pourront plus être consultés à temps et que des recours infondés seront de plus en plus déposés par des mandataires non juristes, ce qui aura pour effet final d'allonger encore la procédure. De même, la brièveté extrême du délai de recours entraînera, lorsqu'il ne sera pas possible de le tenir, une masse supplémentaire de demandes en reconsidération et en révision, ce qui rallongera encore la procédure.

Le potentiel d'économies évoqué par l'ODM se répercutera en charges supplémentaires pour les cantons. Si les requérants d'asile déboutés ne déposent pas de recours, il n'est pas réaliste, même s'ils se montrent coopératifs, de penser que l'obtention de papiers les concernant pourra avoir lieu dans les deux semaines. La décision qui les concerne deviendra cependant plus rapidement exécutoire avec le délai de recours raccourci. Ces personnes relèveront alors de l'aide d'urgence devant être accordée par les cantons. Dès lors, si l'ODM économise deux semaines d'aide sociale, elle ne fait, en réalité, que charger de ces frais les cantons compétents en matière d'exécution.

A titre de comparaison: le délai de la procédure d'asile allemande auquel se réfère le rapport explicatif est certes de 14 jours pour le dépôt du recours, mais il est complété en ce sens que le recours peut être motivé dans le délai d'un mois en vertu du § 74 al. 2 AsylVerfG, si bien qu'en Allemagne aussi, les requérants d'asile disposent en fait de 30 jours.

2.11 Art. 109 LAsi

Proposition de l'ODM	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 109 al. 1, 2 (abrogé) et 4</p> <p>1 En règle générale, le Tribunal administratif fédéral statue dans un délai de cinq jours ouvrables sur les recours déposés contre les décisions rendues en vertu de l'art. 23, al. 1, et contre les décisions de non-entrée en matière.</p> <p>2 Abrogé</p> <p>4 Dans les autres cas, le Tribunal administratif fédéral statue en règle générale dans un délai de 20 jours.</p>	<p>Al. 2 <u>NOUVEAU</u></p> <p>Le Tribunal administratif fédéral statue sans délai sur les demandes visant à obtenir l'effet suspensif selon l'art. 107a. Jusqu'à cette décision, le transfert du requérant ne peut pas être exécuté.</p>

L'OSAR demande l'adjonction d'un nouvel alinéa 2 à l'art. 109 LAsi pour qu'il soit bien clair qu'aucun transfert de requérants d'asile ne puisse être exécuté dans la procédure de Dublin pendant que la décision sur l'octroi de l'effet suspensif est attendue.

Une protection juridique efficace au sens de l'art. 13 CEDH suppose qu'une chance réaliste soit donnée aux recourants d'agir selon les voies de droit à leur disposition sans risquer l'exécution d'une mesure violant la Convention et pouvant entraîner pour eux des préjudices irréparables. L'ODM transfère toutefois bien des requérants d'asile dans d'autres Etats Dublin bien qu'un recours ait été déposé et que le Tribunal administratif fédéral n'ait pas encore statué sur la demande d'octroi de l'effet suspensif. Cette pratique étant inadmissible selon la Cour européenne des droits de l'homme, il convient de prévoir une disposition disant clairement qu'il faut attendre la décision du tribunal sur la question de l'effet suspensif. Cela correspond du reste à la proposition de modification présentée par la Commission au sujet de la procédure de Dublin, ad art. 26 al. 3 et 4:

«(3) En cas de recours contre la décision (de transfert) visée à l'article 25 ou de demande de révision de cette dernière, la juridiction mentionnée au paragraphe 1 du présent article statue d'office aussi rapidement que possible et, en tout état de cause, dans un délai de sept jours ouvrables à compter de l'introduction du recours ou de la demande de révision, que l'intéressé soit autorisé ou non à rester sur le territoire de l'Etat membre concerné en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision.

(4) Aucun transfert n'est exécuté tant que la juridiction n'a pas statué conformément au paragraphe 3. La décision de ne pas autoriser l'intéressé à rester sur le territoire de l'Etat membre concerné en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision est motivée.»

Susanne Bolz, responsable du service juridique, avec la collaboration du groupe de travail juridique («Fachgruppe Recht») de l'OSAR