

L'instrumentalisation du droit

L'exemple des accords de Dublin

Karine Povlakic¹

Résumé

Les accords de Dublin, qui permettent le renvoi des requérants d'asile vers le premier Etat européen par lequel ils ont transité, prévoient une clause de souveraineté qui stipule que les Etats membres peuvent renoncer à un tel renvoi, de même que l'article 34 de la loi sur l'asile prévoit la renonciation au renvoi pour des motifs humanitaires. Ces dispositions ont la particularité de conforter l'autorité dans l'exercice de ses prérogatives. Elles ne prévoient aucune exception concrète au renvoi des personnes concernées de sorte qu'il s'agit d'un droit instrumentalisé, c'est-à-dire détourné de sa fonction propre qui est de protéger la dignité des personnes ou les prérogatives des personnes contre l'exercice arbitraire du pouvoir.

<u>Avant-propos.....</u>	<u>2</u>
<u>La fonction du droit et le rapport au pouvoir.....</u>	<u>2</u>
<u>Conclusion.....</u>	<u>18</u>
<u>Eléments bibliographiques.....</u>	<u>19</u>

¹ Juriste au Service d'Aide Juridique aux Exilé·e·s (SAJE) à Lausanne, projet de l'Entraide protestante (EPER)

Avant-propos

La fonction du droit et le rapport au pouvoir

On peut définir le droit par sa fonction qui serait, dans une société plurale, de créer le cadre de la résolution des conflits sociaux et de stabilisation de la paix sociale, dans une perspective, disons, de progrès et de prospérité, c'est-à-dire aux fins que chacun en tant que membre de la société y trouve sa place et les conditions de son épanouissement. Le droit est donc la règle édictée en vue de résoudre les conflits interindividuels dans un monde où chacun aspire à vivre en paix. Cette idée a plusieurs corollaires qui sont notamment que chacun existe en tant qu'individu unique et irremplaçable et va chercher au sein de la société à participer aux bénéfices de la vie en collectivité, c'est-à-dire que chacun aspire à la jouissance des mêmes droits qu'autrui, à l'égalité juridique au moins. Le droit en général a donc pour fin de définir les droits individuels, leur portée et leurs limites, la place finalement que chacun occupe par rapport aux autres.

La mise en œuvre de ces principes n'est pas simple. Une des premières difficultés que l'on rencontre à cet égard est celle de l'édition de ce droit et de la définition des libertés. Si chacun définissait son propre droit, la paix sociale éclaterait. Il faut donc établir des institutions communes dont on postule qu'elles sont aptes à représenter les intérêts des particuliers. Ainsi sont nés les gouvernements et autres parlements. Avant de dire quelles sont nos libertés par l'édition de la règle de droit commune à tous, il faut délimiter le cercle des personnes composant la société dont le gouvernement ou le parlement seront les représentants. La délimitation du cercle des membres, ou du cercle des bénéficiaires, provoque *ipso facto* l'exclusion ou la discrimination, pour employer un terme juridique, de toutes les personnes qui ne peuvent pas prétendre à la qualité de membre ou de bénéficiaire légitime. La discrimination signifie donc l'exclusion des bénéfices de la vie en société, la non reconnaissance de la prérogative de prétendre aux mêmes droits qu'autrui.

En ce qui concerne les migrants donc, dès leur arrivée en Suisse, dans un Etat déjà constitué comprenant une population et des représentants des intérêts de cette population, ils se trouvent d'emblée confrontés à deux écueils. Le premier est propre à leur qualité d'étranger qui est qu'ils ne sont pas membres légitimes de la société aussi longtemps qu'ils n'ont pas obtenu le droit d'y exister à part entière, le droit d'y vivre de façon légitime, de s'y établir, d'y constituer sa famille, d'y développer leurs relations sociales et de participer à la vie économique du pays, c'est-à-dire le droit de séjour stable et durable assorti des droits ordinaires de la vie quotidienne tels le droit de travailler, de scolariser ses enfants ou de bénéficier des services socioculturels généralement accessibles à tous. Le migrant qui n'est pas titulaire de ce droit de séjour se trouve dans la situation où concrètement, il n'a pas accès aux bénéfices de la vie en collectivité, c'est-à-dire à la liberté. Il se trouve en situation de discrimination, exclu de la prérogative de s'épanouir librement, de choisir librement son domicile, de constituer librement sa famille, d'accéder librement au marché du travail, etc.

C'est-à-dire encore, l'étranger sans statut n'a pas d'existence ou à tout le moins, n'a pas d'existence reconnue. Ses droits ne sont pas reconnus. Il n'a pas de droits et donc, il ne bénéficie pas des lois, en tout cas pas de celles dont les suisses peuvent se prévaloir, celles dont la fonction est de régler les conflits interindividuels en vue de la réalisation de l'égalité juridique de chacun aspirant à vivre dans la paix sociale et la prospérité économique, ou selon d'autres valeurs librement choisies. Les étrangers sans statut n'ont pas de légitimité sociopolitique et les lois qui s'appliquent à leur égard sont des lois spéciales, qui ne s'appliquent pas aux citoyens, et qui ont pour fonction propre d'organiser l'exercice du pouvoir dans la zone de discrimination. L'étranger sans statut est enfermé dans la zone juridique de la discrimination. Les lois auxquelles il est soumis l'empêchent d'accéder à la jouissance des libertés et le maintiennent sous la domination du pouvoir de contrainte dans l'Etat.

Le second écueil auquel les migrants sans statut sont confrontés tient au problème de l'exercice du pouvoir. En créant des institutions représentatives, les citoyens leur donnent la prérogative d'exercer un pouvoir de sanction ou de contrainte, aux fins de forcer physiquement celui qui rompt la paix sociale, qui menace l'intégrité d'autrui ou de la collectivité, ou qui ne se conforme pas à la solution aux litiges telle qu'elle découle du droit édicté. L'institution représentative, de quelque nature qu'elle soit, parlement, gouvernement ou judiciaire, par définition, est l'autorité qui va exercer du pouvoir sur les personnes, directement ou indirectement peu importe, l'institution X n'étant jamais isolée des autres. On voit que la décision de l'administration confirmée par l'autorité judiciaire sera ensuite exécutée par la force avec le concours de la police en cas de résistance caractérisée du destinataire, et ainsi toutes les institutions sont liées. Or, l'exercice du pouvoir ou de la domination sur les personnes possède, de manière intrinsèque et irréductible, de manière substantielle, une caractéristique sur laquelle il faut toujours rester très vigilant qui est que cette domination aura tendance à s'exercer de manière toujours plus intense, à s'avancer toujours plus avant sur la liberté d'autrui, jusqu'à réduire cette liberté à rien, c'est-à-dire jusqu'à écraser l'existence de la victime. L'exercice du pouvoir dominant s'immisce dans tous les aspects de la vie privée, la liberté personnelle, familiale, économique, sociale, politique, culturelle, dans un mouvement qui devient à la fois exponentiel et obsessionnel, toujours plus loin, au point que l'existence de la victime ne se réduit plus qu'à un seul aspect : elle est enfermée dans une relation directe au pouvoir de domination.

Nous n'allons pas étudier ici tous les tenants et aboutissants de cette théorie de l'exclusion par le droit mais seulement un aspect très spécifique qui est celui de l'instrumentalisation du droit, de l'usage du droit par le dominant, qui à la fois édicte et applique ce droit dans le but de discriminer autrui, de le priver de l'accès aux bénéfices de la vie en collectivité.

Pour cette analyse, nous avons choisi un domaine particulièrement illustratif du phénomène de l'instrumentalisation du droit, qui est celui des accords de réadmission, plus précisément des accords de Dublin, qui sont la version la plus aboutie des formes que peut prendre la discrimination, et la plus extrême de ce type d'accords, spécialement en droit suisse ou par rapport à la pratique helvétique.

Nous allons voir tout d'abord la construction même de ce droit, ce qu'il contient, ses prescriptions ou comment il est vidé de tout droit matériel en faveur des migrants, c'est-à-dire comment ceux-ci ne peuvent pas s'en prévaloir pour protéger leur liberté dont nous avons dit ci-dessus qu'elle consiste en la prérogative, sous forme de légitimité, à établir son domicile, sa vie familiale et privée, ses relations sociales, économiques et culturelles, bref, à exister. Cette question nous amènera à nous interroger sur le rôle du domaine des droits de l'homme, ceux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme en particulier, en rapport avec le problème de la discrimination, ce qui nous conduira à examiner le statut juridique de ces accords. Dans un second temps, nous aborderons le mécanisme de ce droit issu des accords de Dublin, son fonctionnement, par la description des règles de procédure applicables au domaine, qui forment la structure dans laquelle sont censés s'insérer les droits matériels. Comme ces droits matériels sont inexistantes ou presque, la structure procédurale n'a pas de fin ou pas de sens de sorte que les autorités vont avoir tendance à se dégager des contraintes formelles simplement en les violant, ou en leur donnant des significations qu'elles n'ont pas. On arrive ici à l'instrumentalisation du droit c'est-à-dire à l'usage de ce droit à l'avantage exclusif des autorités, comme moyen de légitimer leur action sur les migrants ou leur propre usage de la contrainte, laquelle contrainte provoque l'exclusion, la discrimination, c'est-à-dire l'écrasement de la liberté d'autrui.

I. Les exceptions de droit international aux renvois Dublin

1. Le régime des accords de Dublin

Ce n'est pas le propos ici de présenter l'historique des accords de Dublin, ni le contexte européen dans lequel ils ont été adoptés, et nous nous en tiendrons au descriptif de la partie juridique actuellement en vigueur et applicable aux migrants relevant du domaine de l'asile, savoir le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil européen². Ce règlement, dit règlement « Dublin II », lie les Etats membres de l'Union européenne et les Etats associés aux accords dont la Suisse. Selon son préambule, ce texte s'insère dans le dispositif notamment législatif de l'Union aux fins de « mettre en place progressivement un espace de liberté et de justice ouvert à ceux qui, poussés par les circonstances, recherchent légitimement une protection dans l'Union européenne » (§ 1). En fait de garantie de la liberté, le règlement organise les modalités de « transfert » des demandeurs d'asile d'un Etat à un autre. Ceux-ci n'ont aucune liberté de mouvement à travers les frontières nationales intra-européennes et ils ne peuvent pas choisir l'Etat de refuge. L'idée était de ne pas permettre aux migrants de demander l'asile

² Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers*, du 18 février 2003

dans plusieurs Etats membres et d'obtenir ainsi plusieurs fois l'examen de leurs mêmes motifs, mais le dispositif va bien au-delà de cette idée. Il prévoit le renvoi des intéressés vers le premier Etat de l'Union européenne ou des Etats associés par lequel ils ont simplement transité. C'est-à-dire qu'il organise une distribution de la charge des demandeurs d'asile selon le principe de la responsabilité, afin de stimuler le contrôle sécuritaire des frontières extérieures de l'Union.³ Ainsi, l'Etat qui n'a pas bien contrôlé ses frontières et qui a laissé entrer illégalement des demandeurs d'asile doit en assumer les conséquences, c'est-à-dire gérer l'accueil des étrangers, examiner leur demande d'asile et leur offrir un statut ou assumer la charge de l'exécution de leur renvoi vers leur pays d'origine. Concrètement donc, on observe dans certains Etats une décharge de l'accueil des demandeurs d'asile vers les Etats voisins, et dans d'autres Etats, qui sont localisés aux frontières de l'Europe, comme l'Italie, la Grèce, Malte ou la Pologne, une surcharge de cet accueil.

Les accords de Dublin sont donc une opportunité pour la Suisse qui dispose d'une géographie centrale en Europe. A l'heure actuelle, on estime que 45 à 50 % des nouvelles demandes d'asile déposées en Suisse sont susceptibles de donner lieu à une décision de renvoi vers un Etat tiers prononcé sous l'angle des accords de Dublin.⁴

Sous son aspect strictement législatif, le règlement est rédigé dans un style administratif verbeux et abscond, ce qui rend sa lecture rébarbative et fastidieuse. Mais sa signification n'est pas très compliquée. Après les définitions d'usage où l'on comprend que le règlement s'applique à toute personne qui n'est pas ressortissante de l'Union européenne ou des Etats associés (art. 2), il est dit que sur le principe, l'Etat qui a permis ou qui n'a pas pu empêcher l'entrée d'un migrant extra-européen est obligé de le réadmettre sur son territoire si ce dernier vient à se déplacer dans un autre Etat sans autorisation (art. 16). Il existe deux modalités de réadmission : la « prise en charge » si aucune demande d'asile n'a été déposée dans le premier Etat de transit (art. 19), et la « reprise en charge » si l'étranger avait déjà déposé une demande d'asile dans le premier Etat (art. 20). Cette différence n'a de conséquences que sur le calcul des délais de procédure. Au fond, il suffit que l'Etat sur le territoire duquel l'étranger est indésirable sache ou suppose que cet étranger a transité par un autre Etat auparavant, pour que s'enclenche la procédure de renvoi (art. 5 à 14). Cette connaissance est, dans la très grande majorité des cas, établie sur la base du vaste fichier informatique européen Eurodac, qui centralise les empreintes digitales de tous les étrangers hors Union européenne et Etats associés qui ont eu un contact avec les autorités de l'un de ces Etats, en Europe ou à l'étranger (notamment suite à une demande de visa). Si cette preuve par l'enregistrement des

3 Outre les développements de l'agence Frontex ces dernières années, on annonce la construction d'un mur à la frontière grecque avec la Turquie : « Le ministre grec de la protection du citoyen a annoncé le 5 août 2010 que la Grèce comptait lancer, fin septembre, la procédure pour la construction d'une clôture au niveau de sa frontière avec la Turquie. [...] la clôture comprendra deux barrières parallèles en fil barbelé longues de 10,3 km chacune et d'une hauteur de 2,5 à 3 m. » *Journal de Forum réfugiés*, n°53, novembre 2011, p. 4

4 Voir les statistiques en matière d'asile de l'ODM

http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/zahlen_und_fakten/asylstatistik.html

empreintes digitales fait défaut, de simples indices telles les déclarations de l'intéressé lui-même, qui dit avoir transité par l'Italie par exemple, suffisent (art. 10).⁵

2. La clause humanitaire ou le droit de la famille de rester unie

Les exceptions au principe du renvoi dans l'Etat de premier transit sont inexistantes ou insignifiantes, à part pour les familles dont les membres sont séparés sur le territoire de plusieurs Etats ou risquent de l'être. L'article 6 du règlement permet en principe au mineur non accompagné de se rendre dans l'Etat où se trouvent ses parents. L'article 15, intitulé « clause humanitaire », doit permettre la réunion dans un seul Etat des couples et de leurs enfants. Ce dernier principe est difficile à mettre en œuvre lorsque les couples ne sont pas mariés. Le Tribunal administratif a ainsi déjà nié la réalité de la vie familiale dans plusieurs affaires ce qui a entraîné des renvois et des séparations parfois répétitifs, parce qu'il n'est pas difficile de revenir en Suisse après un renvoi en Italie ou en Autriche.⁶ Malgré cela, la prise en considération de l'existence d'un couple demeure aujourd'hui, dans la jurisprudence, la plus importante exception à l'exécution des renvois Dublin. Cette exception possède les caractéristiques d'un droit matériel, c'est-à-dire sous la forme d'une prérogative dont les intéressés peuvent se prévaloir avec des chances raisonnables de succès, de ne pas être séparés de leurs proches par l'exécution d'un renvoi Dublin.⁷ En 2011, le TAF a rendu cinq arrêts admettant l'existence d'un lien de famille s'opposant à l'exécution du renvoi.⁸

On a vu cependant des familles renvoyées dans un Etat par lequel un seul des membres avait auparavant transité. Dans l'arrêt D-7066/2009 par exemple, la famille a été séparée pendant la fuite. Le mari a transité avec trois enfants par Malte, tandis que l'épouse a transité avec trois autres enfants par l'Italie et toute la famille a été renvoyée à Malte.⁹ Ici donc, les accords

5 D-2028/2011, arrêt du 7 avril 2011 ; E-2070/2011, arrêt du 9 juin 2011 ; D-4509/2011, arrêt du 18 août 2011

6 D-5082/2010, arrêt du 13 août 2010 ; E-2344/2010, arrêt du 28 avril 2010 ; E-5274/2010, arrêt du 27 juillet 2010. Dans cette dernière affaire le TAF va se raviser à la suite d'une demande de révision, et permettre au recourant de demeurer en Suisse auprès de sa fiancée enceinte (E-5989/2010, arrêt du 9 septembre 2010).

7 Par exemple : D-8478/2010, arrêt du 23 février 2011 ; D-8318/2010, arrêt du 4 février 2011 ; D-1597/2011, arrêt du 23 mars 2011

8 D-5888/2010, arrêt du 14 décembre 2010 ; D-3298/2011, arrêt du 29 juillet 2011 ; D-4785/2011 et E-1727/2011 arrêts du 6 septembre 2011 ; [E-2510/2010](#), arrêt du 28 avril 2011

9 D-7066/2009, arrêt du 18 novembre 2009. Voir cependant : E-8648/2010, arrêt du 21 septembre 2011 ; E-3951/2011, arrêt du 5 décembre 2011

de Dublin reçoivent une interprétation très large. Ils permettent l'exécution du renvoi de membres de la famille vers des Etats par lesquels ils n'ont même jamais transité auparavant pourvu qu'un de leurs proches l'ait fait et que l'Etat de destination ait accepté la réadmission de tous. C'est-à-dire que par le jeu du droit à l'unité familiale, on parvient à appliquer les clauses de réadmission à des personnes qui, autrement, échapperaient à un renvoi. Il s'agit ici d'une première forme d'instrumentalisation du droit, où le droit de vivre en famille est utilisé non pas au bénéfice des intéressés, mais comme argument pour étendre le champ d'application personnel des accords de réadmission et satisfaire à la politique de renvoi des étrangers. Ici, la famille n'est pas du tout protégée en tant que famille, puisqu'elle est renvoyée vers un Etat, Malte, où ses conditions de vie seront extrêmement précaires, voire indignes de la personne humaine si l'on se réfère au rapport de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR) notamment, où l'on voit que les demandeurs d'asile souffrent de longues périodes de détention que la Cour européenne des droits de l'homme a qualifiées d'inhumaines et dégradantes¹⁰, et où les familles sont logées sous des tentes, dans des hangars ou dans des porte-à-cabine qu'elles disputent avec les rats, dans les périphéries urbaines.¹¹ Dans cet Etat, la famille n'a aucun lien social préalablement constitué. Elle s'y trouvera en qualité d'étrangers au statut précaire et en situation d'exil, dans un environnement où elle ne parviendra pas à se reconstituer une vie sociale, économique ou affective normale. L'exécution du renvoi prive la famille de conditions de vie décentes, perturbe ou même priverait la scolarisation des enfants qui, originaires d'un pays en guerre (la Somalie) et en situation d'exil depuis plusieurs années ont déjà une scolarisation faible voire nulle, prive encore durablement la famille d'intégration économique ou de perspectives de réinstallation dans le lieu de refuge et, finalement, porte atteinte à la substance même du droit à la vie familiale lequel ne se limite justement pas au droit d'être ensemble, mais inclut les perspectives d'intégration sociale dont tout un chacun a besoin pour mener une existence normale.

3. La clause de souveraineté

On trouve encore dans le règlement Dublin une clause de souveraineté à son article 3 § 2 qui stipule que chaque Etat membre peut examiner une demande d'asile même si cet examen ne lui incombe pas selon les critères de répartition de la charge énumérés dans le règlement. Cette disposition prévoit donc que l'Etat peut souverainement renoncer au transfert et accorder l'asile à qui bon lui semble. Il s'agit d'une prérogative de l'Etat d'exercer sa souveraineté, avec la particularité ici que cette clause est formulée de manière très générale, sans qu'aucun critère ne soit explicité. L'Etat est donc totalement souverain de faire usage ou

10 *Louled Massoud c. Malte*, requête n°24340/08, arrêt du 27 juillet 2010

11 Seraina Nufer, *Malta: Aufnahmebedingungen für Personen aus dem Asylbereich*, OSAR, Berne, novembre 2011

non de cette possibilité, d'accepter sur son territoire des requérants d'asile qui, autrement, auraient pu être renvoyés vers un Etat tiers, en application du règlement lui-même. En outre, l'Etat définit souverainement les critères d'exception.

« Souverainement » a pris le sens en droit suisse d'« arbitrairement », au bon vouloir du Prince, représenté ici par l'office fédéral des migrations (ODM), qui écrit dans ses décisions de renvoi que la clause de souveraineté est une disposition « potestative » ou « discrétionnaire ». C'est-à-dire que l'autorité n'est nullement obligée d'en faire application, ou encore, si l'autorité en fait application, elle décide de plein gré quand, pourquoi et comment. L'autorité possède la maîtrise absolue du processus d'application éventuelle de la clause de souveraineté dont elle fera usage selon des critères internes, qui sont secrets, que le public ne connaît pas et ne peut pas prévoir, et qui sont éventuellement changeants puisque incontrôlables depuis l'extérieur, c'est-à-dire finalement, arbitraires dans le plus large sens du terme. Ces critères sont en réalité essentiellement restrictifs voire inexistantes comme nous allons le voir. Ce qu'il faut retenir ici, c'est que la clause de souveraineté signifie concrètement que l'Etat est souverain. Elle réaffirme un grand principe général de droit international public applicable dans les rapports entre Etats. Les requérants d'asile ne peuvent pas s'en prévaloir parce qu'elle n'a pas de contenu juridique : elle ne prévoit aucun droit en leur faveur à ne pas faire l'objet d'un transfert. Le TAF a d'ailleurs jugé à son égard qu'elle n'est pas directement applicable c'est-à-dire que les requérants d'asile ne peuvent pas l'invoquer ou qu'il n'en découle aucun droit pour eux.¹² En l'absence de critères d'exceptions qui soient compréhensibles, prévisibles et qui se rapportent à la situation personnelle des requérants d'asile, il n'existe aucun droit des personnes concernées à ne pas faire l'objet d'une décision de renvoi.

Si on limite sa vision au règlement Dublin, on peut conclure comme l'a fait le Tribunal administratif fédéral dans un arrêt de principe publié sous ATAF 2010/27¹³, que ce règlement est un contrat entre Etats, c'est-à-dire qu'il contractualise ou formalise la volonté réciproque des Etats de répartir les requérants d'asile entre eux. Dans cette perspective, les requérants d'asile sont les objets de tractations entre Etats, qui décident de leur répartition là ou là, comme s'il s'agissait de marchandises.

Nous sommes ici devant la forme la plus évidente et la plus répandue sans doute d'instrumentalisation du droit, qui consiste à édicter des règles qui organisent l'exercice du pouvoir de contrainte. Ici, l'ODM, le TAF, ont le droit, il suffit qu'ils appliquent le règlement Dublin, d'ordonner l'exécution du renvoi vers un Etat voisin dans 100% des cas (autre que les regroupements familiaux) où il existe une trace quelconque du passage de l'individu dans cet Etat. Le règlement Dublin légitime le pouvoir de l'autorité. La loi est le fondement de

12 ATAF 2010/45, Cour V

13 E-6525/2009, Cour V, arrêt du 29 juin 2010, consid. 7.1

l'action de l'autorité. L'autorité s'appuie sur elle ou l'invoque pour légitimer son pouvoir total d'ordonner le renvoi.

Sur le principe, une décision de renvoi vers l'Italie par exemple est incontestable par la voie du recours parce que l'ODM a le droit absolu, tiré du règlement Dublin, d'ordonner ce renvoi. Les requérants ne peuvent s'appuyer sur aucun droit en leur faveur, la clause de souveraineté n'ayant aucun contenu concret qui les protégerait. Le règlement Dublin est un pan du droit qui s'applique à la zone de discrimination : il définit exclusivement les prérogatives de l'autorité (sous réserve des regroupements familiaux), les requérants d'asile sont des objets de ce pouvoir et ils sont exclus de tous les droits citoyens ordinaires comme ceux de s'établir dans un lieu de refuge, de constituer librement son domicile, de scolariser ses enfants, d'intégration économique, de protection sociale, etc., l'exercice de tous ces droits pour eux étant par nature précaire, transitoire, de pure circonstance. A aucun moment l'exercice de ces droits n'est pris en considération dans l'examen de la situation de ces personnes. C'est-à-dire que ces droits ne sont pas protégés dans l'économie du régime juridique des accords de Dublin. Ils ne font pas partie des éléments pertinents et c'est ainsi que le TAF a pu confirmer le renvoi d'une femme somalienne qui disait n'avoir pas eu assez à manger à Malte et que sa fille n'y avait pas été scolarisée¹⁴. Ou encore cette famille de quatre enfants, en situation d'exil depuis des années, renvoyée déjà trois fois en Pologne depuis la Slovaquie, l'Autriche et la Norvège, dont un des enfants suit une scolarité spéciale, dont la mère souffre de troubles psychiques et le père d'une hépatite C dont le traitement ne doit pas être interrompu, mais le TAF a jugé qu'ils pouvaient être renvoyés une fois de plus en Pologne.¹⁵ On voit ici que la scolarisation de ces enfants a toujours été précaire, toujours de courte durée, à chaque fois dans des langues différentes, avec de longues périodes d'interruptions de plusieurs semaines ou plusieurs mois, et sans aucun suivi d'une période à une autre. La scolarisation en Suisse n'a pas été plus significative que celle qu'ils ont eue en Slovaquie, en Norvège ou en Autriche. Elle a été accessoire et en fin de compte, parfaitement inutile si on se place dans une perspective de stabilisation, seule à même de permettre le développement personnel de l'enfant à travers son intégration sociale. Donc, la scolarisation, la domiciliation, l'intégration sociale et économique, l'intégration politique, le libre épanouissement, tous ces droits ne sont pas protégés par le système Dublin. Et c'est en ce sens que les gens sont discriminés, c'est-à-dire exclus du droit de mener une existence normale. Leur existence est prise dans une autre réalité, beaucoup plus immédiate, qui est la perspective de renvoi de Suisse, l'exil.

4. Le respect des droits de l'homme

14 E-3218/2010, arrêt du 14 mai 2010

15 D-1795/2010, arrêt du 6 mai 2010

Le règlement Dublin s'insère dans tout le droit de l'Etat. Il ne s'agit évidemment pas d'un texte isolé et il doit être interprété à la lumière d'autres régimes de réglementation qui se rapportent également à la situation des requérants d'asile, c'est-à-dire qui ont le même champ d'application personnel et matériel. Parmi eux, on trouve deux textes très importants : la loi sur l'asile¹⁶ et ses ordonnances d'application, et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁷. L'article 34 de la loi sur l'asile tout d'abord est un texte radical. Il dit que, « en règle générale », l'autorité peut ordonner l'exécution du renvoi vers un Etat tiers, en application des accords de Dublin. Selon l'alinéa 3 de cet article, ce principe ne souffre pas d'exception. C'est-à-dire que l'on retrouve ici exactement la même configuration que dans le règlement Dublin, où la loi permet à l'autorité de décider du renvoi tandis que les requérants d'asile concernés ne peuvent se prévaloir d'aucune exception, et que si exception il y a, seule l'autorité en décide souverainement sans que l'on sache quand, comment, ni pourquoi.

L'ordonnance d'exécution de la loi sur l'asile relative à la procédure (OA1)¹⁸ prévoit à son article 29a alinéa 3 que l'ODM peut renoncer au transfert et traiter la demande d'asile pour des raisons humanitaires. Il n'est pas précisé ce que sont des « raisons humanitaires », ce terme étant aussi vague que l'expression « souverain ». Il signifie quelque chose comme « de bon cœur », ce qui est très proche de « de plein gré » et ce qui ne nous éclaire pas sur la manière de considérer les différentes situations des personnes menacées par un renvoi Dublin. Donc, pendant deux ans depuis l'entrée en vigueur des accords de Dublin pour la Suisse en 2009, cette disposition a été totalement ignorée du Tribunal administratif fédéral. Elle était certes mentionnée dans des paragraphes pré-rédigés que l'on peut lire dans pratiquement tous les arrêts, mais elle ne trouvait pas application.¹⁹ C'est-à-dire que pendant près de deux ans, il n'y a pas eu de « raison humanitaire » de renoncer à l'exécution d'un renvoi Dublin à l'issue d'une procédure de recours devant le TAF.²⁰ Seules les familles pouvaient prétendre à ne pas être séparées par un renvoi Dublin, mais il s'agit d'un droit qu'elles revendiquent directement

16 Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998, RSV 142.31

17 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950

18 Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA1), RS 142.311

19 Parmi beaucoup d'autres : E-5651/2010, arrêt du 19 août 2010 ; D-4908/2010, arrêt du 29 septembre 2010

20 La première application à ma connaissance (hors cas de regroupement familial) concernait une femme nigériane victime d'un réseau de prostitution en Italie : E-6323/2010, arrêt du 30 novembre 2010. La seconde exception est appliquée à un jeune homme majeur renvoyé en Grèce tandis que ses parents, ses trois frères et sœur demeureraient en Suisse : D-5888/2010, arrêt du 14 décembre 2010. Dans cette affaire l'ODM avait établi l'âge du jeune homme de manière curieuse en lui attribuant la même date de naissance que sa sœur dont il est le cadet.

de l'article 8 CEDH et d'une jurisprudence assez ferme de la Cour à cet égard.²¹ De sorte que les « raisons humanitaires » se sont dans un premier temps confondues avec le principe de l'unité de la famille, dont la base juridique fondamentale est l'article 8 CEDH, un texte extérieur aux accords de Dublin et même extérieur à la loi sur l'asile, mais dont l'influence juridique n'a pas pu être supprimée par l'adoption ultérieure des accords de Dublin, ni par une révision de la loi sur l'asile. Au minimum donc, les autorités doivent encore respecter le principe de l'unité de la famille, et l'exception « humanitaire » de l'article 29a OA1, ou « souveraine » de l'article 3 § 2 du règlement Dublin va presque immédiatement prendre le sens du droit au respect de l'unité de la famille selon l'article 8 CEDH.²²

Dans un second temps, vers la mi-2010, la Cour européenne des droits de l'homme a annoncé qu'elle allait rendre un arrêt sur la Grèce. Le TAF a alors gelé tous les recours dirigés contre une décision de l'ODM ordonnant un renvoi vers ce pays. En janvier 2011, la Cour condamne comme contraire à l'article 3 CEDH le renvoi des requérants d'asile vers la Grèce, Etat où ils sont détenus sur de longues durées dans des conditions qu'elle a qualifiées d'inhumaines et dégradantes²³, et où après leur libération ils sont abandonnés à eux-mêmes, à la rue, sans aide sociale, sans logement, sans droit de travailler pour nombre d'entre eux, et où ils rencontrent de très importantes difficultés à seulement déposer une demande d'asile en raison de barrières administratives inextricables.²⁴ Dans cet arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour a insisté sur le défaut d'accès à la procédure d'asile et a sanctionné la Grèce parce qu'elle ne met pas en œuvre la directive 2003/9/CE du Conseil européen sur les conditions minimum d'accueil des requérants d'asile (§ 250).²⁵ Elle précise bien cependant qu'on ne peut pas tirer de la Convention européenne des droits de l'homme un droit pour chacun d'être logé, et que les Etats n'ont aucune obligation de fournir une assistance financière aux réfugiés pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie (§ 249).

21 Cette jurisprudence concerne le droit à l'unité familiale. Elle s'applique dans toutes sortes de situations où l'unité de la famille est menacée ou même rompue, tout à fait indépendamment de l'application des accords de Dublin. Par exemple : *Elsholz c. Allemagne*, Requête n° 25735/94, arrêt du 13 juillet 2000, § 43 ; *Ciliz c. Pays Bas*, requête n° 29192/95, arrêt du 11 juillet 2000, § 71

22 Voir par exemple les arrêts D-6223/2009, du 5 novembre 2009 et E-1727/2011, du 6 septembre 2011

23 *A.A. c. Grèce*, requête n°12186/08, arrêt du 22 juillet 2010

24 *M.S.S c Belgique et Grèce*, requête n°30696/09, arrêt de la Grande Chambre du 21 janvier 2011 ; voir aussi l'arrêt du 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, requête n°8687/08

25 Directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31 du 6.2.2003

A la suite de quoi, l'ODM a retiré toutes ses décisions de renvoi vers la Grèce ou presque, de sorte que le TAF n'a rendu cette année que six arrêts faisant application de cette jurisprudence de la Cour suspendant les renvois vers la Grèce.²⁶ Six autres arrêts confirment un renvoi vers la Grèce cependant, deux parce que les requérants ont pu obtenir la protection subsidiaire, une « carte rouge » donnant le droit de travailler, un autre parce que les requérants étaient titulaires d'un visa grec renouvelé chaque année depuis 7 ans, et qu'ils avaient un logement et même un emploi dans cet Etat.²⁷ Donc la clause de souveraineté ou les « raisons humanitaires » de l'article 29a OA1 ont pris le sens enrichi, dès janvier 2011, d'une interdiction des renvois vers la Grèce de requérants d'asile qui n'ont pas pu y obtenir une protection et qui y ont vécu ou transité dans des conditions précaires d'exclusion, sens littéralement calqué sur la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme.

Cette jurisprudence vient opportunément d'être confirmée par la Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), dans un arrêt du 21 décembre 2011, où il a été jugé que les Etats ne peuvent se fonder sur la présomption que les droits de l'homme sont respectés dans les Etats membres du système Dublin et qu'ils doivent tenir compte, dans l'examen de l'éventualité d'appliquer la clause de souveraineté, « des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile ».²⁸

Les exceptions aux renvois Dublin quelque peu prévisibles et réglementées ne découlent donc pas directement des accords de Dublin. Elles sont contraires à la volonté politique des autorités suisses telle qu'elle est exprimée dans l'article 29a OA1 qui veut que les autorités conservent la maîtrise des cas d'exceptions, des cas « humanitaires », terme suffisamment vague et imprécis pour que les requérants d'asile ne puissent pas s'en prévaloir utilement. De fait, l'arrêt de la Cour sur la Grèce ne s'applique qu'aux renvois vers la Grèce et le Tribunal a déjà maintes fois précisé par exemple que la situation en Italie n'est pas du tout la même qu'en Grèce²⁹ de sorte qu'il n'existe pas d'espoir immédiat d'extension de cette jurisprudence à d'autres Etats où l'on voit que les requérants d'asile souffrent de longues périodes de détentions inhumaines et dégradantes comme à Malte³⁰, ou qu'ils sont contraints de vivre à la

26 Voir tableau ci-après

27 E-6012/2011, arrêt du 17 juin 2011 ; D-2131/2011, arrêt du 19 septembre 2011 ; E-5488/2011, arrêt du 27 octobre 2011 ; D-3550/2010, arrêt du 12 décembre 2011 ; D-8600/2010, arrêt du 7 novembre 2011 ; E-5604/2011, arrêt du 17 octobre 2011

28 *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 et C-493/10, 21 décembre 2011, § 106

29 Parmi d'autres : E-3223/2011, arrêt du 14 juin 2011, E-5307/2011, arrêt du 27 septembre 2011

30 Jesuite Refugee Service Malta, *Becoming Vulnerable in Detention*, National Report, Malta, juillet 2010

rue, dans les gares ou dans des parcs publics, sur des cartons, obligés de mendier pour se nourrir, faute de logement, d'aide sociale ni d'aucune forme de soutien, comme en Italie³¹. Pour l'Italie précisément, le TAF a jugé dans un arrêt E-3223/2011 confirmant le renvoi d'un mineur non accompagné originaire d'Erythrée, que :

« même si le dispositif d'accueil et d'assistance sociale souffre de carences et que les requérants d'asile ne peuvent pas toujours être pris en charge par les autorités ou les institutions caritatives privées (y compris lorsqu'en dépit d'un permis de travail ils n'ont pas réussi à trouver un emploi régulier permettant d'assurer leur subsistance), le Tribunal ne saurait en tirer la conclusion qu'il existerait en Italie une pratique avérée de violation systématique de la directive no 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres »³²

Ici, l'instrumentalisation du droit trouve ses limites aussi longtemps que la jurisprudence et l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme seront respectées. L'ODM n'est pas parvenu à s'approprier tout le droit. Une partie lui échappe et retombe aux mains des requérants d'asile qui remplissent l'un ou l'autre des deux critères d'exception issus du domaine des droits de l'homme : le droit des membres de la famille à ne pas être séparés par l'exécution d'un renvoi et le droit à ne pas être renvoyé en Grèce si on n'y dispose d'aucun réseau social d'intégration. Ce sont là cependant des limites qui apparaissent au compte-goutte et dont on ne voit pas qu'elles puissent s'étendre dans un proche avenir à d'autres situations tout aussi critiques, d'une manière claire et prévisible, pour satisfaire au principe de la sécurité du droit.

II. Les exceptions de droit interne aux renvois Dublin

1. Les raisons humanitaires

En 2011, le Tribunal administratif fédéral a rendu un certain nombre d'arrêts positifs³³ que l'on peut répartir en deux tableaux dont voici le premier :

31 Maria Bethke, Dominik Bender, *Zur Situation von Flüchtlingen in Italien, The Living Conditions of Refugees in Italy*, Proasyl, Frankfurt am Main, 28 février 2011 ; *Procédure d'asile et conditions d'accueil en Italie*, OSAR, Juss-Buss, Berne, Oslo, mai 2011 ; *The Italian approach to asylum : System and core problems*, Norwegian Organization for Asylum Seekers (NOAS), Oslo, avril 2011

32 E-3223/2011, arrêt du 14 juin 2011. Le TAF a considéré qu'il suffisait que l'ODM informe les autorités italiennes de la minorité du recourant pour accomplir ses obligations de protection du mineur.

Référence	Date	Langue	Juges		Origine	Destination	Motif
D-7583/2010	24.02.2011	alld	3	h	Irak	Grèce	Compétence de la Suisse
E-4495/2011	02.09.2011	fr	1	h	Cameroun	Espagne	Compétence de la Suisse
D-5888/2010	14.12.2010	alld	3	h	Afghanistan	Grèce	Familial
D-3298/2011	29.07.2011	alld	3	h	Erythrée	Italie	Familial
D-4785/2011	06.09.2011	alld	1	h	Tunisie	Italie	Familial
E-1727/2011	06.09.2011	alld	3	c	Somalie	Italie	Familial
E-2510/2010	28.04.2011	alld	3	h	Kosovo	Italie	Familial-Long séjour en Suisse
E-8648/2010	21.09.2011	alld	5	e	Afghanistan	Italie	Protection des mineurs
E-2835/2010	23.06.2011	alld	3	h	Afghanistan	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
D-2076/2010	16.08.2011	fr	3	h	Afghanistan	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
D-5556/2009	13.09.2011	alld	3	h	Iran	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
E-4730/2010	07.11.2011	fr	1	h	Palestine	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
E-2881/2011	04.11.2011	alld	3	h	Pakistan	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
D-5557/2009	04.10.2011	alld	3	h	Irak	Grèce	<i>MSS c. Belgique et Grèce</i>
E-5265/2011	07.12.2011	alld	3	h	Tibet	Roumanie	Risque de refoulement
E-7221/2009	10.05.2011	alld	3	ce	Russie	Pologne	Médical psychiatrique
E-1495/2010	30.05.2011	alld	3	ce	Russie	Pologne	Médical psychiatrique
E-7771/2010	22.06.2011	alld	3	h	Sri Lanka	Italie	Médical
E-3508/2011	20.07.2011	fr	3	h	Erythrée	Malte	Médical
D-8043/2010	16.12.2011	alld	3	ce	Tchéchén.	Pologne	Médical psychiatrique
E-3951/2011	05.12.2011	fr	3	ce	Syrie	Lituanie	Médical psychiatrique
E-3893/2011	31.10.2011	fr	3	fe	Erythrée	Italie	Médical
E-2131/2010	28.09.2011	fr	3	f	Erythrée	Italie	Médical psychiatrique

h : homme / f : femme / c : couple / e : enfant-s

Ce tableau regroupe les arrêts qui ont conclu à l'annulation définitive du renvoi vers un Etat tiers et à l'examen en Suisse de la demande d'asile. Deux d'entre eux sont relatifs à une mauvaise application des accords de Dublin puisque l'ODM aurait dû conclure à la compétence de la Suisse pour traiter de la demande d'asile. Le tableau montre que cette année, le TAF a admis des exceptions aux renvois Dublin pour des motifs médicaux, qui sont là des exceptions propres au droit suisse, plus précisément, de droit prétorien c'est-à-dire créées par la jurisprudence. Ce sont là les « raisons humanitaires » de l'article 29a OA1 telles qu'interprétées par le TAF en l'absence de toute directive à ce sujet. Notons d'emblée que le TAF n'a jamais considéré que l'article 29a OA1 était inapplicable faute de précision, et n'a pas enjoint aux autorités politiques de reprendre la rédaction de cet article afin de fixer des critères légaux transparents et prévisibles. Le Tribunal s'est contenté de cette formulation et va lui donner corps au cas par cas, selon des critères qui ne sont ni clairs ni transparents, qui apparaissent plutôt comme une manifestation, dans sa forme judiciaire cette fois, de l'exercice du droit du Prince.

En principe, les motifs d'ordre médical en rapport avec le renvoi des étrangers ne relèvent pas du domaine de protection des droits de l'homme, comme le rappelle le TAF à propos d'un somalien atteint du Sida, qui suit une trithérapie : selon l'arrêt de la Cour *N. c. Royaume-*

33 Parmi les arrêts qui ont été publiés sous la rubrique « nouveautés » du site du TAF entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2011

*Uni*³⁴, le renvoi forcé des personnes touchées dans leur santé n'est pas susceptible de constituer une violation de l'article 3 CEDH, sauf si l'intéressé se trouve en phase terminale au point que sa mort apparaît comme relativement proche. En l'occurrence, le Tribunal confirme l'exécution du renvoi de ce somalien en Italie arguant que si les autorités italiennes en venaient à ne pas respecter ses droits fondamentaux (faute d'accès aux soins par exemple), il lui incombait de saisir les juridictions italiennes et au besoin la Cour européenne des droits de l'homme.³⁵ Le TAF a jugé de même pour une femme somalienne mère d'une fille née en Suisse, atteinte du Sida et renvoyée à Malte, sous réserve que l'ODM détermine d'entente avec les autorités maltaises, dans quel camp la recourante pourra être admise avec sa fille.³⁶ Dans une autre affaire, le TAF a jugé par contre qu'un homme érythréen atteint du Sida ne pouvait pas être renvoyé à Malte, parce qu'il y avait vécu pendant deux ans auparavant au cours desquels sa maladie n'avait pas même été diagnostiquée, faute d'accès aux soins.³⁷ Tandis qu'une autre femme seule somalienne atteinte du Sida est renvoyée en Italie, où il existe pourtant des risques élevés qu'elle n'ait pas accès au logement, ni à l'aide sociale, ni aux soins médicaux.³⁸

Dans l'arrêt E-1495/2010, le TAF rappelle que la clause de souveraineté du règlement Dublin et l'article 29a OA1 sont des dispositions potestatives, c'est-à-dire libres d'appréciation, qui ne contiennent pas de critères légaux clairs, c'est-à-dire aucune injonction pour les autorités. Ceci explique les grandes disparités dans le traitement des cas médicaux, outre que le Tribunal considère que l'application de ces clauses doit rester l'exception sinon, cela remettrait en cause l'efficacité du système des renvois ordonnés selon les accords de Dublin. En l'occurrence dans cet arrêt, il s'agit d'une femme originaire de Tchétchénie élevant seule ses trois enfants. Elle a perdu son mari et plusieurs autres membres de sa famille, assassinés. Elle souffre de troubles psychiques attestés par un rapport psychiatrique, ainsi que d'autres troubles de la santé, et elle a tenté de se suicider par ingestion de médicaments dans l'espoir qu'au moins ses enfants ne seraient pas renvoyés seuls en Pologne. Toute la famille échappera au renvoi parce que cette situation critique a attendri le TAF : à cause des problèmes de santé de la recourante et de la configuration familiale, le Tribunal a jugé qu'il y avait lieu de faire application de la clause de souveraineté. Cette clause ou les « raisons

34 *N. c. Royaume-Uni*, requête n°26565/05, arrêt du 27 mai 2008

35 E-2216/2011, arrêt du 31 mai 2011

36 D-1372/2010, arrêt du 10 juin 2011

37 E-3508/2011, arrêt du 20 juillet 2011

38 E-3355/2011, arrêt du 30 mai 2011

humanitaires » signifient cela, que la décision du Tribunal n'est pas fondée sur des critères légaux, qu'elle n'est pas guidée par la loi qui ne désigne nulle part des critères de vulnérabilité. Les exceptions aux renvois Dublin dépendent du bon gré des juges, s'ils seront touchés par les circonstances du cas, de leur propre sens « humain », et alors la loi leur permet de faire une exception. Ce n'est donc pas l'exception elle-même qui s'appuie sur la loi mais le plein droit de l'autorité de décider d'une éventuelle exception.

Une autre affaire dramatique a fait réagir le Tribunal. Il s'agit encore d'une famille originaire de Tchétchénie. Ils ont fui leur pays à la suite d'un incendie criminel qui a détruit leur maison et où leur enfant d'un an est mort. Ils ont vu son corps calciné. Arrivée en Pologne, la mère met au monde un enfant qui doit être hospitalisé pendant un mois, parce que le nourrisson a contracté des problèmes pulmonaires dans l'appartement mis à disposition de la famille, dont les murs étaient noirs de moisissures à cause de la très forte humidité. La famille fuit d'abord en Autriche où elle perd un autre enfant à la suite d'une fausse couche. Ils sont renvoyés en Pologne puis ils décident de venir déposer une demande d'asile en Suisse. Avec le soutien de leurs médecins traitants, ils ont pu verser au dossier plusieurs rapports psychiatriques montrant que les deux parents et leur fille aînée souffrent de traumatismes. Le TAF a ici jugé qu'un ensemble de motifs peut rendre le renvoi vers un Etat tiers problématique d'un point de vue humanitaire et qu'il faut tenir compte des effets sur la santé mentale des requérants d'asile qui peut entraîner une telle mesure.

D'autres cas très vulnérables n'ont pas rencontré les bonnes grâces du Tribunal, notamment de nombreuses femmes isolées qui ont subi des violences graves en Italie, ou encore cette femme qui souffre « d'un état dépressif sévère avec idées suicidaires nécessitant une psychothérapie hebdomadaire » dont le TAF a jugé que les affections « n'atteignent manifestement pas le degré de gravité de nature à mettre la recourante en danger de mort immédiat » et a confirmé son renvoi en Italie³⁹, ou bien cette autre femme irakienne qui a fui son pays après l'assassinat de son père, qui a été violée pendant sa fuite, qui arrive en Grèce avec sa sœur et sa mère, cette dernière décède deux mois après, la recourante accouche d'un enfant qu'elle abandonne à la naissance, au cours de sa fuite elle perd la trace de sa sœur et dépose une demande d'asile en Allemagne. Elle retourne en Grèce. Elle se trouve là-bas sans aucun moyen de subsistance, à la rue, et elle n'est pas parvenue à retrouver son enfant. Elle vient en Suisse où sa sœur est admise provisoirement. Elle souffre de traumatismes multiples et de dépression et les médecins traitants attestent qu'elle a besoin de demeurer auprès de sa sœur, seul membre de sa famille vivant en Europe. Mais le TAF confirme son renvoi en Allemagne.⁴⁰

L'instrumentalisation du droit consiste donc à s'appuyer sur la base légale pour justifier la maîtrise totale de la décision finale, tandis que les destinataires de cette décision ne peuvent

39 D-1786/2010, arrêt du 4 mai 2010

40 D-1716/2010, arrêt du 14 avril 2010

tirer aucun argument juridique (tiré de la loi) pour faire pencher la balance en leur faveur. Ils doivent recourir à des arguments d'ordre émotionnel ou à des supplications, en espérant éveiller l'attention et la bonne conscience du fonctionnaire ou du juge en charge de leur dossier. Le système a donc un caractère fondamentalement arbitraire, où les critères d'exception ne sont en aucune manière définis par le droit et où la loi n'encadre pas l'activité de l'administration qui dispose d'une grande latitude d'appréciation.

2. Les exceptions de procédure

Voici le second tableau des arrêts positifs du TAF publiés en 2011 dans la rubrique « nouveautés » du site :

Référence	Date	Langue	Juges		Origine	Destination	Motif
E-8099/2010	20.01.2011	alld	1	h	Nigeria	Allemagne	Accords Dublin ne s'appliquent pas
D-7490/2010	01.02.2011	alld	3	h	Tunisie	Grèce	Instruction insuffisante
D-8318/2010	04.02.2011	fr	1	fe	Serbie	Suède	Défaut de motivation
D-1597/2011	23.03.2011	fr	1		<i>idem</i>	<i>idem</i>	Formulaire incomplet
D-810/2011	07.02.2011	fr	1	h	Sierra L.	Malte	Instruction insuffisante
D-2931/2011	31.05.2011	fr	1		<i>idem</i>	<i>idem</i>	Défaut de motivation
D-8478/2010	23.02.2011	alld	1	f	Turquie	Autriche	Instruction insuffisante
D-1189/2011	24.02.2011	alld	1	ce	Kosovo	Allemagne	Défaut de motivation
D-1811/2011	31.03.2011	fr	1	h	Irak	<i>Caviardé</i>	Formulaire incomplet
E-609/2011	31.03.2011	fr	1	h	Erythrée	Malte	Instruction insuffisante
E-809/2011	12.04.2011	fr	3	h	Erythrée	Italie	Défaut de motivation
D-1372/2010	10.06.2011	alld	3	fe	Somalie	Malte	Défaut de motivation
D-3515/2011	28.06.2011	fr	1	h	Afghanistan	Italie	Défaut de motivation
E-3355/2011	08.07.2011	fr	3	he	Angola	France	Restitution de l'effet suspensif
E-3673/2011	16.08.2011	alld	3	h	Tunisie	Italie	Instruction insuffisante
E-6612/2011	15.12.2011	alld	1	h	Afghanistan	Italie	Instruction insuffisante
D-5922/2011	02.11.2011	fr	1	h	Afghanistan	Hongrie	Instruction insuffisante
D-4394/2011	14.10.2011	fr	3	h	Erythrée	Italie	Instruction insuffisante

Il s'agit des arrêts où le Tribunal a jugé que l'ODM n'avait pas respecté certains principes de procédure généralement admis en droit administratif, tels l'obligation de motiver ses décisions ou celle d'instruire la cause et d'établir les faits de manière complète et pertinente. Par exemple, dans l'arrêt D-1189/2011, il est reproché à l'ODM de ne pas avoir fait cas de l'existence de famille proche, établie en Suisse, de la recourante qui souffre de troubles psychiques attestés par un rapport médical ; dans l'arrêt D-8478/2010, l'ODM n'a pas tenu compte de la présence du fiancé de la recourante en Suisse, ni de la procédure de mariage en cours ; dans l'arrêt D-2091/2010, l'ODM n'a pas tenu compte de la famille du requérant admise provisoirement en Suisse ; enfin, dans un arrêt E-5607/2010, l'ODM n'a pas établi les faits médicaux alors qu'il ressort d'une note figurant au dossier que le recourant est probablement atteint du Sida.⁴¹

41 D-1189/2011, arrêt du 24 février 2011 ; D-8478/2010, arrêt du 23 février 2011 ; D-2091/2010, arrêt du 9 avril 2010 ; E-5607/2010, arrêt du 19 août 2010

Dans ces affaires, il est très souvent question de la mauvaise foi de l'ODM ou de sa mauvaise volonté dans ses rapports avec les autorités des Etats de destination, ce qui en soi est inquiétant parce que ces manipulations ont pris la forme d'une pratique. Par exemple, le TAF a reproché à l'autorité de première instance d'avoir sciemment caché des faits importants pour la détermination de l'Etat responsable de la demande d'asile, comme un séjour de plus de trois mois hors des frontières européennes (et d'avoir même affirmé dans ces deux affaires que le requérant n'avait pas quitté l'espace Dublin)⁴², d'avoir caché la grossesse d'une requérante et la présence en Suisse du père de l'enfant avec qui elle vit maritalement⁴³, ou la naissance de la fille d'une requérante qui devait être renvoyée à Malte⁴⁴, ou d'avoir donné des informations fausses à l'autorité de l'Etat de destination comme l'affirmation que le fiancé d'une requérante a été renvoyé dans cet Etat alors qu'il se trouve en Suisse⁴⁵.

Ici donc, on voit que lorsque la loi ménage la liberté d'appréciation de l'autorité sur l'application éventuelle de critères d'exception aux renvois Dublin, le respect des règles de procédures perd de sa signification. L'autorité ne voit pas, lorsque l'intéressé a ses empreintes digitales enregistrées dans un Etat tiers et qu'il doit être renvoyé dans cet Etat en application des accords de Dublin, pourquoi il faudrait encore l'entendre sur ses motifs d'asile ou examiner un rapport médical, lesquels n'ont *a priori* aucune incidence objective sur la décision de renvoi. L'autorité ne voit pas non plus pourquoi il faudrait motiver individuellement les décisions de renvoi alors que la solution juridique est exactement la même dans tous les cas (autres que ceux commandés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), et peut se formuler comme ceci :

« Vos empreintes digitales ont été enregistrées dans l'Etat X. Selon les accords de Dublin, il est ordonné votre renvoi dans cet Etat qui est compétent pour le traitement de votre demande d'asile et qui dispose des structures d'accueil et médicales appropriées. Si cet Etat devait vous refuser une aide sociale ou une assistance médicale, il vous appartiendra de saisir les juridictions locales et d'en appeler à la Cour européenne des droits de l'homme au besoin. »

42 E-4495/2011, arrêt du 2 septembre 2011 et E-2751/2010, arrêt du 27 avril 2010

43 E-1727/2011, arrêt du 6 septembre 2011

44 D-1372/2011, arrêt du 10 juin 2011

45 D-1597/2011, arrêt du 23 mars 2011. Il s'agit du deuxième arrêt dans la même affaire, le premier étant l'arrêt D-8318/2010 du 4 février 2011.

D'ailleurs, pendant longtemps, le TAF n'a donné aucune suite à sa jurisprudence sanctionnant des vices de procédure. La plupart des arrêts étaient suivis d'une nouvelle décision de renvoi de l'ODM, rectifiant quelque peu la motivation ici ou là, qui était inévitablement confirmée ensuite par le TAF.⁴⁶

Avec la nouvelle jurisprudence du Tribunal en 2011 sur quelques cas poignants et scrupuleusement choisis, les obligations de procédure prennent un peu de sens. Mais le TAF est déjà rattrapé par la nouvelle pratique de l'ODM qui a établi un nouveau formulaire d'audition pour les cas Dublin, qui consiste en une série de quelques 70 questions standard sur l'identité et le voyage des requérants d'asile et qui porte à la question 7.01 intitulée « *motifs de la demande* » la réponse pré-imprimée : « *motifs pas abordés selon les directives Dublin. (Résultat Eurodac cat. 1)* »

Le non établissement des motifs d'asile est dans la logique juridique de l'article 34 de la loi sur l'asile, qui prévoit de prononcer le renvoi à la suite d'une décision de non entrée en matière sur la demande d'asile, laquelle intervient après une unique audition, dont l'article 26 de la loi sur l'asile indique qu'elle ne porte que sur l'identité et le voyage des intéressés obligatoirement, et facultativement sur les motifs d'asile. Donc bientôt, avec encore une accélération de la procédure d'asile dans les cas Dublin qui empêchera les requérants de déposer les seuls moyens de preuves utiles actuellement, savoir les rapports médicaux psychiatriques signalant la gravité des traumatismes subis, les requérants n'auront plus aucun moyen de faire valoir leur histoire et les persécutions qu'ils ont traversées susceptibles de gagner la compassion des juges, et avec elle la très ténue perspective d'obtenir une annulation de leur renvoi vers un Etat tiers.

3. La zone de violence

⁴⁶ Par exemple : E-1069/2009 (annulation) suivi de E-2131/2010 (confirmation du renvoi d'une femme seule vers l'Italie) ; E-1274/2010 (annulation) suivi de E-3043/2010 (confirmation du renvoi d'une famille vers la Pologne) ; D-7707/2009 (annulation. Une femme et ses trois enfants mineurs ont été renvoyés vers la Pologne. Le TAF ordonne leur retour en Suisse parce que l'exécution du renvoi était illicite pour des motifs de procédure) suivi de D-1628/2010 (le TAF confirme finalement le renvoi de cette femme avec ses trois enfants vers la Pologne) ; D-7985/2009 (annulation. Le TAF ordonne le retour du requérant en Suisse, renvoyé de manière illicite vers la Hongrie) suivi de D-7985/2010 (finalement, le TAF confirme son renvoi vers la Hongrie). Ou encore, E-2221/2010 : après une annulation de la décision de l'ODM faute de motivation, le TAF confirme dans une seconde procédure de recours le renvoi d'une femme seule érythréenne en Italie, mère de deux enfants dont un en bas âge puisqu'il est né en Suisse. Dans cet arrêt le TAF affirme « qu'il est patent que, dans ce pays, outre des structures étatiques d'encadrement et d'accueil, de nombreuses organisations charitables apportent un soutien aux requérants d'asile et ce, même si la qualité de leur intervention n'est pas toujours comparable à ce qui prévaut en Suisse » (p. 6). Egalement pour l'année 2011 : D-810/2011 et D-2931/2011 (deux annulations du renvoi d'un mineur vers Malte) suivis de D-4172/2011 (confirmation du renvoi) ; E-809/2011 (annulation du renvoi d'un mineur vers l'Italie) suivi de E-3223/2011 (confirmation).

La zone de discrimination est une zone où sévit la violence. C'est en cela que la discrimination est dangereuse, parce qu'elle tend à la destruction. Les gens y subissent des régimes de contrainte ou d'exclusion qui tendent à les détruire psychologiquement, socialement, économiquement, politiquement, culturellement, dans tous les aspects de leur vie, également dans leur santé comme conséquence de la précarité, des traumatismes, de la désocialisation, de l'usure morale, et parfois comme conséquence de l'exclusion entraînant le non accès aux soins médicaux. La destruction peut aller encore au-delà, être une destruction physique, également comme conséquence de la précarité et de l'exclusion, qui sont elles-mêmes un effet des régimes discriminatoires. Les gens qui vivent dans la rue comme en Italie, ou pendant des mois en détention dans des conditions critiques comme à Malte, outre la dégradation de leur santé, sont très concrètement exposés à la petite délinquance de survie, aux agressions, menaces, vols, séquestrations et autres viols, et ce sont là des violences destructrices. De même que les tentatives de suicide qui sont anormalement fréquentes dans ce groupe de population.

Il faut considérer que l'exécution du renvoi est une violence en soi, spécialement dans les cas Dublin où ces renvois sont ordonnés indépendamment des situations individuelles, par le seul jeu d'accords internationaux qui n'ont aucune considération pour le respect des personnes. Les renvois sont ordonnés sur la base d'un enregistrement des empreintes digitales. Ce fait n'est pas significatif pour les gens. Il s'agit d'une inscription administrative qui ne se rapporte pas à leur dignité comme personne. Les renvois sont donc ordonnés indépendamment de liens d'intégration dans l'Etat de destination, et même vers l'Etat où les intéressés ont subi de graves violences comme un viol, des privations arbitraires de liberté parfois de longues durées, ou une privation d'accès aux soins médicaux indispensables ou d'une assistance de base comme un abri salubre ou de la nourriture. L'enregistrement des empreintes digitales dans un Etat voisin ne sera jamais, aux yeux des personnes concernées et de celles qui veulent prendre leur défense, une raison légitime suffisante pour ordonner un renvoi. En soi, le traitement purement administratif des personnes, qui ne prend pas en considération le récit de leur vécu et les raisons qui sont les leurs, est choquant, quelles que soient par ailleurs les intentions politiques ayant prévalu à la signature des accords de Dublin. Voyons cette violence que les gens pris dans les régimes de renvois Dublin subissent. Nous avons déjà relaté de nombreuses situations difficiles. Nous nous limiterons ici à deux récits⁴⁷ :

Une jeune femme érythréenne, surprise au saut du lit par les policiers, est renvoyée en Italie « en pyjama, sans chaussures ni sac »⁴⁸. Elle est séparée à cette occasion de sa sœur, qui logeait dans la même chambre et qui, effrayée par ce qu'elle avait vu (sa sœur s'est débattue)

47 Voir d'autres cas documentés par l'Observatoire romand du droit d'asile (ODAE), par exemple : *Double renvoi d'une famille en dépit de sa grande vulnérabilité*, cas 122, www.odae-romand.ch ; ou encore ceux documentés par le SAJE, *Schengen-Dublin : une négation du droit d'asile, Trois exemples concrets*, novembre 2010 (non publié)

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

et demeurée seule, s'est ensuite enfuie du centre d'hébergement. La dame raconte qu'à l'aéroport de Rome, les autorités l'ont prise pour une folle. Elles l'ont laissée aller sans aucune assistance d'aucune sorte. Elle s'est retrouvée à errer dans les rues de Rome à pieds nus et en pyjama, sans argent, sans rien. Elle a été abordée par un homme qui a dit vouloir l'aider. Complètement démunie, elle l'a suivi et elle a été agressée et violée. Elle revient en Suisse très affectée. Une psychothérapie de soutien est mise en place. Les médecins attestent de la sévérité de sa situation, mais l'ODM ordonne un nouveau renvoi vers l'Italie qui est confirmé par le TAF au motif que la requérante n'a pas démontré qu'elle risquerait d'y être à nouveau violée (E-499/2010, consid. 7.4 « Les sévices sexuels dont l'intéressée aurait été victime, même s'ils devaient être conformes à la réalité, ne sauraient justifier l'existence d'un risque concret et sérieux qu'ils puissent se répéter après un nouveau renvoi en Italie »).

Une très jeune femme raconte qu'elle a mis au monde en Italie, un enfant dont la trisomie n'a jamais été diagnostiquée dans ce pays, bien qu'elle y ait vécu une année et demie. Le TAF a confirmé son renvoi en Italie (D-3685/2011) sans attendre les prescriptions des médecins en Suisse qui ont pourtant dûment signalé cette situation aux autorités et insisté sur le besoin de soins après évaluation. Par ailleurs, l'ODM n'a pas établi les faits qui se sont produits en Italie, comme cela est une pratique de l'autorité qui pose des questions superficielles sur les circonstances du séjour dans l'Etat de destination, dans des conditions de célérité de la procédure dans lesquelles les victimes d'événements traumatisants peuvent difficilement s'exprimer. Ces faits parfois très douloureux doivent donc être établis par le réseau de soutien des migrants et la requérante en l'occurrence a fini, après la clôture des procédures la concernant, par raconter ceci à une personne de confiance :

« Je suis arrivée en Sicile en octobre 2009. C'est durant cette période qu'est née ma fille N.

La vie en Sicile était très difficile. Je mangeais une fois par jour dans une salle de distribution des repas. Pour mon enfant, il n'y avait rien, ni couches, ni lait. Mal alimentée moi-même, je ne pouvais pas l'allaiter suffisamment. Elle avait faim et je ne savais pas que faire. En Italie, je ne recevais pas d'argent et je n'avais pas de logement. N. avait souvent les yeux malades, infectés. Il n'y avait aucun contrôle médical. La nuit, quel cauchemar ! Je ne savais pas où dormir avec mon bébé. Souvent, j'avais froid et j'étais très fatiguée. Au bout de 3 mois environ, j'ai quitté la Sicile et je suis venue à Rome.

Là, ce n'était pas mieux. Seule avec mon enfant, j'errais dans la rue, pendant des jours et des jours. J'étais très angoissée et je pleurais. Un jour, j'ai rencontré une dame. Elle m'a accueillie chez elle avec ma fille qui avait alors 8 mois. J'étais à l'abri, mais je devais dormir sur le balcon. Suivant la température, j'avais très chaud, surtout le matin. Le soir et la nuit j'avais froid. Chaque jour, je sortais pour trouver de la nourriture et des habits. J'allais chez les gens de maison en maison pour mendier un peu d'eau, du lait, du pain. N'ayant pas de couches pour N. j'utilisais mes propres vêtements comme protection. Au niveau de l'hygiène, c'était déplorable. Il n'était pas possible de se doucher, ni pour moi, ni pour mon enfant. C'est alors que je me suis aperçue que mon enfant avait des boutons ou des croûtes sur le cuir chevelu et sur les bras. Personne ne s'occupait de nous. Aucun médecin n'a vu ma petite fille.

Entendant parler de la Suisse, j'ai réfléchi. Pour trouver des soins pour N., il fallait que je parte. Ma décision prise, j'ai demandé de l'argent à 5 personnes pour pouvoir quitter l'Italie.

Depuis mon arrivée en Suisse, j'ai appris que ma fille est atteinte d'une grave maladie, la trisomie 21. Je ne sais pas de quoi il s'agit, mais j'ai compris qu'elle a besoin d'aide et moi aussi. »

Ceux qui vivent ainsi dans la marginalité, à même la rue, dans des camps ou enfermés dans des centres de rétention, dans l'illégalité le plus souvent mais pas nécessairement (il y a des réfugiés statutaires qui vivent à la rue en Italie), tous ceux qui n'ont déjà pas accès aux biens de première nécessité, n'auront pas non plus la possibilité de saisir les juridictions locales pour faire valoir leurs droits et la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme est une illusion. Les autorités qui utilisent une telle argumentation pour justifier les décisions de renvoi n'ignorent pas que la protection juridique est nulle dans l'Etat de destination. Cette argumentation est donc accessoire, circonstancielle ou instrumentale. C'est-à-dire qu'elle représente une vision idéale et très théorique des choses, qui consiste à considérer que les droits fondamentaux sont respectés partout en Europe parce que tous ces Etats ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, et qu'ils se définissent eux-mêmes d'ailleurs, comme respectueux de ces droits. En réalité, partout en Europe les migrants sont discriminés et n'ont pas d'ancrage sociopolitique suffisant pour faire respecter leurs droits humains de base. Les renvois Dublin les fragilise plus encore parce qu'ils perdent à chaque déplacement les structures de soutien qui ont pu les accompagner pendant un temps et qui, elles, ne sont pas mobiles. L'argumentation consistant à considérer qu'il appartient au migrant de défendre ses droits là où il se trouve en saisissant les juridictions compétentes tend donc à enjoliver ou à meubler en réalité la raison profonde qui conduit à la décision de renvoi, la seule juridiquement fondée, qui est tout simplement que l'autorité a *le droit*, tiré du règlement Dublin, d'ordonner ce renvoi. Ce droit est *légal* et, comme tel, il n'a besoin d'aucune autre justification.

III. De sombres perspectives

1. Le projet de concentration des requérants d'asile

Les autorités savent que pour atteindre une efficacité totale d'application du règlement Dublin, qui offre à la Suisse des perspectives extraordinaires de décharge du fardeau de l'asile sur les Etats voisins, il faut isoler les requérants d'asile de la société civile. C'est le projet actuellement en cours de révision de la loi sur l'asile.⁴⁹ Les autorités veulent concentrer

49 Rapport du DFJP sur les mesures d'accélération dans le domaine de l'asile, mars 2011

les requérants d'asile dans de grands centres fédéraux, par exemple de 1'200 places, entièrement gérés par l'office fédéral des migrations, d'où la procédure d'asile pourrait être liquidée en 8 jours, une simple formalité administrative, et d'où les renvois Dublin pourront être exécutés directement sans plus aucun risque d'interférences avec des intervenants extérieurs. Depuis ces grands centres fédéraux, les requérants n'auraient en effet, de fait, sans même qu'il soit nécessaire de l'interdire, plus accès ni à la scolarisation, ni aux soins médicaux indépendants, ni aux soins psychiatriques, ni à l'aide juridique indépendante, ils ne feraient plus connaissance de leurs voisins, ils ne pourraient plus chercher du travail, ils n'iront pas aux fêtes de quartier, ni aux cultes dans l'église du quartier, seulement à ceux spécialement organisés pour eux, dans les centres mêmes ou à proximité immédiate, et plus personne d'extérieur n'aurait seulement connaissance de leur existence, laquelle serait réduite cette fois véritablement complètement à La Règle Dublin, qui est que l'autorité décide souverainement dans quel Etat vous avez le droit de demander l'asile, et ce n'est pas la Suisse.⁵⁰

2. Le projet de renforcement de l'efficacité du règlement Dublin

La Commission européenne a rendu public en 2008 un projet de révision du règlement Dublin.⁵¹ Les objectifs de ce projet sont « d'une part, de renforcer l'efficacité du système et, d'autre part, de garantir que l'ensemble des besoins des demandeurs d'une protection internationale sont couverts par la procédure de détermination de la responsabilité » (p. 2). Essentiellement, le projet repose « sur les mêmes principes généraux, en particulier le fait que la responsabilité de l'examen d'une demande incombe en premier lieu à l'État membre qui a joué le rôle principal dans l'entrée ou le séjour du demandeur sur le territoire des États membres, sauf exceptions destinées à protéger l'unité familiale » (p. 6). Il n'y a donc pas de « refonte », car le principe même des renvois de milliers de personnes d'un Etat à un autre n'est pas remis en question, mais seulement un renforcement des bases légales de manière à consolider les obligations des Etats-frontières, qui sont les principaux responsables du traitement des demandes d'asile en Europe. La préoccupation principale de la Commission

50 La mise en œuvre de ce projet surréaliste avance à grands pas grâce à l'adhésion des milieux politiques, y compris du parti socialiste qui, à travers Mme Sommaruga, dirige actuellement le DFJP : Fabian Muhieddine, *Simonetta Sommaruga veut révolutionner l'asile*, « La conseillère fédérale veut créer des centres fédéraux pour accélérer les procédures d'asile », in *24 heures*, 10 mai 2011 ; Yves Petignat, *Asile : Sommaruga impose son rythme*, in *Le Temps*, 20 mai 2011 ; *Procédure d'asile : le projet de Sommaruga décrit*, in *tsrinfo.ch*, 2 août 2011 ; *Asile : le Conseil des Etats accepte le premier tour de vis*, in *La Côte*, 12 décembre 2011 ; *Alarmés, les sénateurs durcissent la loi envers les requérants d'asile*, in *Tribune de Genève*, 12 décembre 2011

51 Commission des Communautés Européennes, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte)*, 2008/0243 (COD), [COM/2008/820/FINAL](#), Bruxelles, 3 décembre 2008

est qu'il subsiste encore des « problèmes d'application pratique et d'efficacité du système » (p. 4), que la politique des « transferts » n'est pas suffisamment efficace.

Ainsi donc, dans ce projet, la « clause de souveraineté » prend la nouvelle appellation de « clause discrétionnaire » et sur le fond, elle demeure sans changement, la Commission ayant simplement substitué le terme « souverainement » à l'expression « pour des motifs humanitaires » (art. 17), sans expliciter aucun critère d'exception aux renvois Dublin, lesquels demeurent à l'entière discrétion des Etats.

La Commission veut renforcer les droits des migrants sur deux axes principalement : une définition plus large du principe de l'unité de la famille et des droits de procédure renforcés. Il s'agit en fait, à bien y regarder, d'adaptations du règlement aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relatives à la protection des familles, de l'unité de la famille, des personnes dépendantes et des mineurs. Nous ne pouvons pas les étudier dans le détail ici mais signalons simplement que ces améliorations demeurent, à mon avis, minimalistes et que leur portée ne s'étend jamais au-delà de ce que la Cour prescrit déjà dans ces matières.

Ainsi, les personnes non mariées qui forment un couple, ou celles qui sont dépendantes d'un tiers comme les personnes âgées ou les mineurs accompagnés par un membre de leur famille élargie, une tante par exemple, pourront prétendre à la réunion dans un seul Etat membre, à la condition cependant que le lien de famille ou de dépendance ait été préalablement constitué avant le départ du pays. Il s'agit là d'une amélioration très relative de la protection de la famille car la guerre ou les troubles dans le pays d'origine, et la fuite consécutive qui peut s'étendre sur plusieurs mois ou même plusieurs années, sont susceptibles d'engendrer d'importants remaniements des liens de famille ou de dépendance. En outre, la condition de l'existence d'une famille préalablement constituée dans l'Etat d'origine n'existe pas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de sorte que les Etats resteront liés par leurs obligations découlant de l'article 8 CEDH qui s'applique aux familles et aux personnes dépendantes ou à charge, quel que soit le lieu où le lien s'est constitué. La portée de cette nouvelle disposition nous paraît donc extrêmement limitée en pratique.⁵²

Le projet contient par ailleurs toute une série de dispositions visant à favoriser le regroupement du mineur non accompagné avec un membre de sa famille et à renforcer la protection du mineur dans la procédure. Il s'agit là d'une simple référence à une jurisprudence par ailleurs très exigeante et détaillée de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à la protection des intérêts des mineurs dans toute procédure administrative.

L'article 5 du projet comprend un droit à un entretien individuel dont on a vu qu'il pouvait potentiellement avoir des répercussions sur l'application des motifs « humanitaires » de

52 Il en va de même de l'extension des possibilités de regroupement familial aux personnes titulaires d'une protection provisoire, qui sont déjà actuellement protégées par le droit à l'unité familiale de l'article 8 CEDH.

l'article 29a OA1 si le requérant parvient à évoquer les événements dramatiques qu'il a vécus.

L'article 26 prévoit un droit de recours contre la décision de renvoi. Actuellement ce droit est fonction du droit interne mais la Cour européenne des droits de l'homme oblige les Etats à prévoir une voie de recours suspensive contre toute décision de renvoi⁵³ de sorte que là aussi, le projet n'est qu'une adaptation aux obligations minimales des Etats membres découlant de la Convention européenne des droits de l'homme.

Finalement, le cœur du projet se trouve à l'article 18 qui prévoit un renforcement de l'obligation de l'Etat de destination d'examiner effectivement la demande d'asile et de protection internationale de la personne qui lui est transférée. C'est ici la Grèce qui est le plus directement visée par les améliorations de « l'efficacité » du système des renvois Dublin, parce que si la Grèce met en place une véritable procédure d'asile, les transferts pourront reprendre.

Conclusion

L'instrumentalisation du droit est un phénomène de la discrimination qui consiste à accaparer le pouvoir de décision dans sa totalité en s'appuyant sur la base légale, c'est-à-dire en se légitimant exclusivement à partir du droit, à l'exclusion d'autres références à la légitimité comme la morale, l'éthique ou les valeurs autrement partagées, comme l'idée que tout un chacun est libre et que nul ne peut priver totalement un individu de cette liberté qui est la matière même de son existence. L'instrumentalisation du droit est une dérive de l'ordre juridique démocratique en ce sens que, si l'autorité possède le pouvoir total de décider souverainement tandis que les destinataires de cette décision n'ont aucune possibilité légalement fondée de faire valoir leur point de vue ou leur situation personnelle, nous ne sommes plus en présence d'une expression démocratique de la loi. Par principe en effet, l'essence même de la loi démocratique est la protection des intérêts particuliers, c'est-à-dire de la dignité des personnes contre les atteintes que l'autorité porte nécessairement, dans l'exercice de ses fonctions, aux libertés. Le régime juridique des accords de Dublin a ceci de discriminatoire qu'il ne prend pas en considération les situations individuelles des migrants lesquels sont définis par le règlement Dublin comme de simples inscriptions au fichier Eurodac associées à un lieu géographique déterminé. Le but nous dit-on est de permettre un accès effectif à une procédure d'asile, mais cela ne fonctionne pas du tout. Pour l'Italie par exemple, cet objectif est trop restrictif car la vie des migrants ne s'épuise pas dans la procédure d'asile, elle se poursuit au-delà. Il n'est pas d'une grande utilité de se voir reconnaître la qualité de réfugié si l'on est contraint par la suite de vivre dans la rue, comme un clochard. En outre, le régime des accords de Dublin est utilisé, dans les Etats dont la

53 *Gebremedhin c. France*, n°25389/05, arrêt du 26 avril 2007

géographie est privilégiée, pour atteindre d'autres objectifs, de gestion des flux migratoires, qui n'ont rien à voir avec la préoccupation d'un accès effectif des demandeurs d'asile à une protection. Au demeurant, même si finalement les conditions d'accueil et de procédure devaient s'améliorer dans les Etats qui sont en déficit actuellement, ce qui paraît très peu probable à moyen terme, il resterait toujours que le renvoi vers un autre Etat ne trouve aucune justification dans le simple fait d'une inscription des empreintes digitales dans une juridiction donnée, si la décision de renvoi n'est pas motivée également par les liens d'intégration que le migrant a avec le lieu de destination. Et il restera toujours cette question qui est de savoir s'il appartient à l'autorité de décider où les gens doivent s'établir.

Lausanne, janvier 2012

Eléments bibliographiques

Alberto ACHERMANN, *Rückübernahmeabkommen : Die Praxis des Schweiz*, in *Annuaire du droit de la migration 2010/2011*, Alberto ACHERMANN *et al.* éd., Stämpfli éditions, Berne, 2011, p. 73

Sabrina GHIELMINI, Constantin HRUSHKA, *Die Wirkung von Fristen in Dublin-Verfahren (Justiziabilität und Berechnung)*, in *ASYL 4/10*, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010, p. 9

Constantin HRUSCHKA, *Rechtliche Standards für Verfahrensabläufe in Dublin-Fällen – eine Zwischenbilanz anhand des Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in *ASYL 2/10*, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010, p. 3

Ruedi ILLES, *Heiligt der Zweck die Mittel ? Von Eröffnung von Verfügungen und des Anordnung von Ausschaffungshaft im Dublin-Verfahren*, in *ASYL 1/10*, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010, p. 10

Francesco MAIANI, *Fitting EU asylum standards in the Dublin equation : recent case law, legislative reforms, and the position of Dublin « associates »*, in *ASYL 2/10*, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010, p. 9

Francesco MAIANI, Constantin HRUSCHKA, *Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité des demandeurs d'asile*, in *ASYL 2/11*, OSAR, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2011, p. 12

Francesco MAIANI, Constantin HRUSCHKA, *Dublin-Rückführungen und die Sicherheit im zuständigen Staat –von einer theoretischen zu einer tatsächlichen Überprüfung?*, in *Annuaire du droit de la migration 2010/2011*, Alberto ACHERMANN *et al.* éd., Stämpfli éditions, Berne, 2011, p. 3

Serge SALMA, *Réadmissions vers la Grèce : le droit européen de l'asile en question*, 2011, <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=readmissionsverslagrece>