



Rapport explicatif

**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**

du 16 décembre 2009

Table des matières

1	Grandes lignes du projet.....	3
1.1	Contexte	3
1.2	Réglementation et pratique actuelles en cas de NEM (art. 32 à 35a LAsi).....	4
1.3	Conclusions de la commission d’experts	5
1.4	Grandes lignes de la nouvelle réglementation.....	6
1.5	Prochaines étapes du projet de modification de la LAsi et de la LEtr.....	8
2	Commentaires article par article.....	10
2.1	Commentaires relatifs aux modifications de la LAsi	10
2.1.2	Chapitre 2: Requérants, Section 1: Généralités	10
2.1.3	Chapitre 2: Requérants, Section 2: Demande d’asile et entrée en Suisse.....	11
2.1.4	Chapitre 2: Requérants, Section 3: Procédure de première instance	11
2.1.5	Chapitre 4: Octroi de la protection provisoire et statut des personnes à protéger, Section 4: Fin de la protection provisoire et retour	16
2.1.6	Chapitre 5: Aide sociale et aide d’urgence, Section 1: Octroi de prestations d’aide sociale, de l’aide d’urgence et d’allocations pour enfants.....	16
2.1.7	Chapitre 6: Subventions fédérales	16
2.1.8	Chapitre 8: Voies de droit, Section 2: Procédure de recours au niveau fédéral	17
2.2	Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur les étrangers	18
2.2.1	Chapitre 10: Fin du séjour, Section 5: Mesures de contrainte.....	18
3	Conséquences financières et incidences sur le personnel.....	20
4	Constitutionnalité et droit international public.....	20

Rapport

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

Lors de la consultation sur le projet de révision de la loi sur l'asile (LAsi ; RS 142.31) et de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20), Amnesty International (AI), Caritas, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), le Parti socialiste Suisse (PSS) et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) ont signalé un manque de clarté dans la systématisation des motifs de non-entrée en matière et des dispositions dérogatoires qui s'y rapportent. Aussi a-t-il été suggéré de substituer une procédure matérielle accélérée à la procédure de non-entrée en matière. Si cette proposition, qui a déjà fait l'objet de nombreuses discussions depuis quelques années, n'est pas nouvelle, pour les raisons exposées ci-après, elle n'a jamais été suivie jusqu'à présent.

Le programme d'allégement budgétaire 2003 (PAB 03), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, a introduit une nouvelle réglementation, en vertu de laquelle les personnes dont la décision de non-entrée en matière (NEM) est devenue exécutoire sont désormais exclues du régime de l'aide sociale. Partant, elles n'ont plus droit, en cas de nécessité, qu'à la seule aide d'urgence (suppression de l'aide sociale). En revanche, les personnes frappées d'une décision matérielle exécutoire en matière d'asile continuaient à se voir accorder l'aide sociale. En cas de NEM, un remaniement de la systématique de classification des motifs de non-entrée en matière se serait donc avéré incompatible avec cette réglementation particulière concernant l'aide sociale et l'aide d'urgence. Depuis le 1^{er} janvier 2008, toutefois, la suppression de l'aide sociale s'applique également aux personnes frappées d'une décision matérielle exécutoire en matière d'asile. Ainsi, l'une des différences essentielles entre la procédure de non-entrée en matière et la procédure matérielle a disparu.

La LAsi prévoit de nombreux motifs de non-entrée en matière dont on attendait un effet dissuasif sur le dépôt de demandes d'asile manifestement infondées. Les premières expériences réalisées concernant l'absence de documents de voyage ou de pièces d'identité (art. 32, al. 2, let. a, LAsi) – motif de non-entrée en matière entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 – montrent que cette mesure n'a guère eu l'effet escompté. Bien que cette nouvelle disposition soit en vigueur depuis plus de deux ans, elle n'a pas permis, pour l'essentiel, de régler le problème de la non-remise des documents de voyage ou des pièces d'identité. Si seuls 24,7 % des requérants d'asile remettaient leurs documents de voyage ou leurs pièces d'identité en 2006 et si, en répercussion passagère au nouveau motif de non-entrée en matière, ce taux est certes passé à 32,9 %¹ en 2007, il est retombé à 27,6 % dès 2008. Pour la période de janvier à octobre 2009, ce taux s'est élevé à 28,8 % (état au 5 novembre 2009).

Par ailleurs, nombreux sont les motifs de non-entrée en matière pour lesquels l'Office fédéral des migrations (ODM) doit vérifier au préalable s'il existe des indices de persécution pertinents au regard du droit d'asile. De même, il y a lieu de contrôler après chaque NEM si le renvoi est effectivement possible, licite et raisonnablement exigible. Ces vérifications entraînent

¹ Cette valeur découle aussi de l'augmentation passagère du nombre des demandes d'asile déposées par des ressortissants roumains (Roms), qui ont remis leurs documents de voyage et leurs pièces d'identité à l'ODM. En 2007, l'ODM avait en effet enregistré 539 demandes d'asile déposées par des personnes en provenance de Roumanie, pour seulement 62 en 2006 et plus que 23 en 2008.

régulièrement des questions de procédure parfois complexes, sur lesquelles le Tribunal administratif fédéral (TAF) peut être amené à statuer ; les coûts d'instruction de la procédure sont alors au moins aussi importants qu'en cas de décision matérielle d'asile.

Dans ce contexte, une adaptation et une simplification de la procédure de non-entrée en matière se justifient. Le 24 août 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a chargé une commission d'experts formée de représentants des cantons, des autorités judiciaires², des œuvres d'entraide, des milieux de l'enseignement et de la recherche, de même que de l'administration fédérale d'examiner les conséquences de la procédure de non-entrée en matière en vigueur et de lui soumettre des propositions d'amélioration. La commission d'experts a terminé ses travaux le 30 octobre 2009 et élaboré un projet visant à simplifier de manière notable les dispositions procédurales dans le domaine de l'asile, dans le respect du droit constitutionnel et du droit international public, et, partant, à remanier les processus liés à la procédure d'asile, procédure de recours comprise, de manière à les rendre plus efficaces.

1.2 Réglementation et pratique actuelles en cas de NEM (art. 32 à 35a LAsi)

La LAsi prévoit actuellement treize motifs de non-entrée en matière (art. 32 à 35a LAsi) qui renvoient à des demandes manifestement infondées et abusives. Nombre de ces motifs nécessitent de contrôler au préalable s'il existe des indices de persécution pertinents au regard du droit d'asile, ce qui implique l'ouverture d'une procédure d'asile matérielle. Tel est le cas lorsqu'il n'y a pas de demande d'asile (art. 32, al. 1, en relation avec l'art. 36, al. 1, let. a, LAsi), lorsque le requérant ne remet pas de document de voyage ou de pièce d'identité (art. 32, al. 2, let. a, LAsi), lorsqu'il a déjà déposé une ou plusieurs nouvelles demandes (art. 32, al. 2, let. e, LAsi), lorsqu'une demande d'asile déposée dans l'Espace économique européen a été rejetée (art. 32, al. 2, let. f, LAsi), lorsqu'il dépose abusivement une demande d'asile ultérieure (art. 33 LAsi), lorsqu'il n'y a pas de risque de persécution à l'étranger (art. 34 LAsi) ou lorsque la procédure d'asile est rouverte après le classement de la demande (art. 35a LAsi). Dans tous ces cas, il y a en règle générale lieu de procéder à une audition du requérant.

De plus, il arrive fréquemment que le TAF ou le Comité contre la torture (CAT) du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (HCDH) renvoient des cas de recours à l'ODM suite à une NEM afin que l'office les réexamine, le plus souvent en l'invitant à traiter une nouvelle fois la demande sous l'angle matériel, ce qui entraîne un double examen de ces cas³.

En vertu d'un arrêt de principe de l'ancienne Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA, aujourd'hui remplacée par le TAF), il n'y a en outre pas lieu de suivre la procédure matérielle dès lors que sont remplies les conditions prévues pour rendre une NEM et ce, quand bien même, dans un cas d'espèce, l'exécution d'une procédure matérielle serait considérablement plus simple⁴.

² Le TAF n'a pas souhaité prendre part à la commission d'experts.

³ Dans son arrêt du 12 juin 2009, le TAF a renvoyé une NEM à l'ODM en priant cet office de la réexaminer, du fait que l'on ne saurait conclure ipso facto qu'une NEM (dissimulation d'identité) exclue l'existence d'un motif d'asile. Dans ce cas, l'ODM a dû procéder à l'examen matériel de la demande (ATAF D-3444/2009). Dans sa décision du 26 novembre 2007, le CAT a jugé qu'un retour fondé sur une NEM en l'absence de documents d'identité violait la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture; RS 0.105). Il motive sa décision sur le fait que la Suisse a examiné la demande d'asile dans le cadre d'une procédure purement formelle et non matérielle.

⁴ Extrait de l'arrêt de principe Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile, JICRA 2002/15: « Les motifs de non-entrée en matière sont réglés aux art. 32 à 34 LAsi. Les dispositions en matière de NEM n'étant pas formulées sous la forme de dispositions potestatives, l'ODR ne dispose d'aucune marge de

1.3 Conclusions de la commission d'experts

Pour l'essentiel, la commission d'experts a examiné de manière détaillée trois variantes de substitution à la procédure de non-entrée en matière, de même que l'introduction d'une procédure matérielle accélérée.

Variante 1

Cette option prévoit de faire une distinction entre procédure de non-entrée en matière, procédure matérielle accélérée et procédure matérielle ordinaire. La procédure de non-entrée en matière devrait désormais être réservée aux seuls cas Dublin (art. 34, al. 2, let. d, LAsi) ainsi qu'aux cas dans lesquels le requérant est renvoyé dans un pays tiers que le Conseil fédéral a qualifié de sûr (art. 34, al. 2, let. a, LAsi).

Pour les autres motifs de non-entrée en matière (par exemple la dissimulation d'identité ou la violation de l'obligation de collaborer), il convient désormais d'exécuter une procédure matérielle accélérée et dans tous les autres cas, une procédure matérielle ordinaire.

Les trois procédures se distinguent par les conséquences juridiques qui en découlent. La procédure de non-entrée en matière et la procédure matérielle accélérée, par exemple, devraient être assorties de délais de traitement plus courts que la procédure matérielle ordinaire. Le choix de la procédure ne doit avoir lieu qu'une fois que les faits ont fait l'objet d'une instruction juridiquement valable, puisqu'en sa qualité d'autorité de première instance, l'ODM ne dispose d'aucun acte de procédure antérieur, et du fait que, dans la procédure d'asile, les faits pertinents pour la décision à rendre ne sont souvent connus que lors de la prise de décision.

Variante 2

Une autre option examinée par la commission d'experts prévoit de faire une distinction entre procédure accélérée et procédure ordinaire. Le choix de la procédure ne devrait cependant pas être effectué qu'une fois que les faits ont été établis à satisfaction de droit, mais dès l'audition du requérant.

La procédure accélérée doit être appliquée lorsque la demande paraît manifestement infondée (par exemple en cas de violation de l'obligation de collaborer; les motifs de non-entrée en matière correspondants sont alors nommés exhaustivement). Dans le cadre de la procédure accélérée, seule une instruction sommaire de l'état de fait est réalisée. Il fait appel à des moyens de preuve limités (telles que mesures propres à établir l'identité du requérant, contrôle des actes et recherches internes à l'office). De courts délais de traitement de la demande et de recours doivent être fixés. Dans la procédure accélérée, cette option prévoit aussi bien les NEM (pour les procédures Dublin et lorsque le retour dans un pays tiers qualifié de sûr est possible) que les décisions matérielles. Dans les autres cas, une procédure ordinaire est engagée et les faits doivent faire l'objet d'une instruction exhaustive sans restriction quant aux moyens de preuve examinés.

Variante 3

Une troisième option prévoit également une procédure accélérée et une procédure ordinaire. Lorsque le résultat de la procédure apparaît évident (c'est-à-dire aussi bien lorsque la demande d'asile est manifestement infondée, comme en cas de violation de l'obligation de collaborer, que lorsque la qualité de réfugié est évidente), la procédure accélérée doit être appliquée. Contrairement à l'option précédente, des NEM et des décisions matérielles en matière d'asile

manœuvre dans l'appréciation des conséquences juridiques. L'ODR doit en revanche rendre une décision de non-entrée en matière en présence d'un état de fait au sens des art. 32 à 34 LAsi. »

seraient possibles tant dans la procédure ordinaire que dans la procédure accélérée et il n'y aurait pas de restriction des moyens de preuve.

Conclusions

Chacune des trois variantes mène à une épuration des motifs de non-entrée en matière, dont l'articulation manque actuellement de cohérence. Un examen plus approfondi fait cependant apparaître qu'aucune des trois variantes explorées n'entraînerait une simplification des procédures qui soit satisfaisante.

Dans la *première variante*, la transposition des motifs de non-entrée en matière que connaît le régime actuel en une procédure matérielle accélérée pose les mêmes difficultés de délimitation par rapport à la procédure ordinaire que dans le droit en vigueur. La seule différence entre la procédure matérielle accélérée et la procédure ordinaire réside dans le raccourcissement des délais de traitement et de recours. Dans ces conditions, la majorité des membres de la commission d'experts estime qu'il n'est pas possible de simplifier la procédure d'asile.

En ce qui concerne les *seconde et troisième variantes*, certains membres de la commission d'experts estiment par ailleurs problématique que le choix de la procédure doive avoir lieu dès la première audition du requérant. En pratique, il arrive en effet souvent que des faits (tels que la falsification des moyens de preuve ou l'invocation d'allégations mensongères) n'apparaissent qu'à un stade plus avancé de la procédure. Ces cas devraient en principe être traités dans le cadre de la procédure accélérée. Cependant, le fait d'opter ultérieurement pour la procédure accélérée compliquerait inutilement la procédure d'asile et entraînerait des retards en raison des litiges suscités par les questions de procédure.

De même, une partie des experts de la commission a rejeté, pour des raisons d'ordre pratique, la limitation des moyens de preuve dans la procédure accélérée (seconde variante). Une personne qui tromperait les autorités en matière d'asile sur son identité serait par exemple soumise à la procédure accélérée. Dans les cas où, pour établir dans quelle mesure les faits sont juridiquement valables, des mesures d'instruction plus approfondies sont nécessaires et qu'il y a par exemple lieu de s'adresser à la représentation suisse du pays d'origine ou de provenance d'un requérant, la procédure ordinaire devrait tout de même être appliquée. Une telle inégalité de traitement au seul motif de la nécessité d'établir les faits ne se justifie pas.

1.4 Grandes lignes de la nouvelle réglementation

Les réflexions exposées au chiffre 1.3 ci-dessus ont amené la commission d'experts à se déclarer favorable à une simplification fondamentale de la procédure et des processus. Aussi y a-t-il lieu de ne plus faire de distinction qu'entre la procédure de non-entrée en matière, assortie d'un délai de recours de cinq jours (comme jusqu'à présent), et une procédure matérielle d'asile uniformisée assortie d'un nouveau délai de recours général de quinze jours (actuellement 30 jours). La commission d'experts ne recommande pas d'introduire une procédure d'asile supplémentaire accélérée au vu des problèmes de délimitation et de procédure que n'irait pas sans entraîner cette option.

La procédure de non-entrée en matière devrait être réservée aux seuls cas Dublin (art. 31a, al. 1, let. b, AP-LAsi) ainsi qu'aux cas dans lesquels le requérant est renvoyé dans un Etat tiers sûr (art. 31a, al. 1, let. a et c à e, AP-LAsi). Cette approche garantit une uniformité de règlement de tous les motifs prévoyant un renvoi dans un Etat tiers sûr et non dans l'Etat d'origine du requérant (art. 34, al. 2, LAsi).

Il ne sera toujours pas entré en matière sur les requêtes des personnes qui ne déposent pas une demande d'asile au sens de l'art. 18 LAsi (art. 32, al. 1, LAsi). Tel est par exemple le cas lorsque la requête invoque des motifs d'ordre *exclusivement* médical ou économique (art. 31a, al. 3, AP-LAsi).

Les autres cas feront l'objet d'une décision matérielle en matière d'asile. Lorsqu'il est appelé à rendre une NEM, l'ODM devra désormais statuer dans un délai de cinq jours ouvrables (art. 37, al. 3, AP-LAsi; aujourd'hui dix jours ouvrables). La durée de traitement sera aussi raccourcie pour le TAF (cf. art. 109 AP-LAsi). Le délai de recours de cinq jours ouvrables contre les NEM est maintenu. Comme jusqu'à présent, le recours n'a pas d'effet suspensif, sauf pour les cas Dublin (art. 107a LAsi).

Dans la procédure matérielle, l'ODM est désormais appelé à statuer dans un délai de dix jours ouvrables (art. 37, al. 2 ; AP-LAsi) aujourd'hui: vingt jours ouvrables, mais trois mois si d'autres mesures d'instruction sont nécessaires). La durée de traitement auprès du TAF doit aussi être raccourcie (art. 109 AP-LAsi).

Chacune des procédures ne doit prévoir l'établissement des faits selon les principes généraux de la procédure administrative que dans la mesure où cette démarche est nécessaire pour motiver la décision d'une manière qui soit juridiquement valable. Les dispositions actuelles concernant les mesures d'instruction, propres à établir les faits avec la précision requise (art. 38, 40 et 41 LAsi), sont superflues et doivent donc être abrogées.

S'agissant de la procédure matérielle, le délai de recours doit être réduit de 30 à quinze jours (art. 108, al. 1, AP-LAsi). Un intérêt public prépondérant commande que la procédure d'asile puisse être close rapidement, si bien qu'il se justifie de déroger au délai de recours usuel de 30 jours prévu par la procédure administrative de la Confédération (art. 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative, PA; RS 172.021). Aussi convient-il de clore au plus vite la procédure en cas de demandes d'asile déposées par des requérants qui n'invoquent pas de motifs pertinents au regard du droit d'asile et qui, partant, ne dépendent pas de la protection de la Suisse, afin de faciliter et d'accélérer leur renvoi de Suisse et de préserver leur capacité de retour dans leur pays d'origine. Par contre, les personnes qui obtiennent l'asile en Suisse doivent pouvoir bénéficier au plus vite de mesures d'intégration en Suisse pour leur permettre de s'intégrer rapidement. Les autres pays européens prévoient également des délais de recours comparables dans leur procédure d'asile (par exemple quatorze jours en Allemagne, quinze jours en Belgique, dix jours en Grande-Bretagne).

Une majorité d'experts de la commission estime ne pouvoir soutenir un raccourcissement général du délai de recours de la procédure matérielle que si des mesures d'accompagnement supplémentaires sont prévues pour améliorer la protection juridique des requérants d'asile. C'est pourquoi la représentation lors de l'audition (art. 30 et 94 LAsi), actuellement assumée par les œuvres d'entraide, devrait désormais être remplacée par une prestation de la Confédération en faveur des requérants d'asile portant sur un conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances (art. 94 AP-LEtr). Cet instrument devrait leur permettre de bénéficier sans tarder de conseils ayant trait à leurs perspectives de succès et sur les possibilités qui s'offrent à eux sur le plan juridique dans la procédure d'asile.

L'introduction de cette prestation de conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances, assurée par des tiers avec lesquels l'ODM peut conclure des contrats de prestations correspondants, n'entraînerait aucun frais supplémentaire puisqu'elle impliquerait automatiquement la suppression de la représentation que les œuvres d'entraide doivent actuellement assumer lors de chaque audition. Elle a été instaurée dans le cadre de l'introduction

de la loi sur l'asile. Vu la grande expérience et le professionnalisme des auditions, ce statut d'observateur ne se justifie plus aujourd'hui. Du reste, les requérants d'asile ont toujours la possibilité de se faire accompagner à une audition ou de s'adjoindre un représentant légal mandaté à titre privé.

Les prestataires de services qui assument le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances doivent bénéficier d'une contribution forfaitaire versée par la Confédération en lieu et place des contributions actuellement accordées aux œuvres d'entraide pour les auditions. Un conseil gratuit, objectif et équitable permet globalement d'améliorer la protection juridique des requérants et pourrait contribuer à éviter le dépôt de recours manifestement voués à l'échec. De plus, il accroît la légitimité de la procédure d'asile sous l'angle de l'Etat de droit, d'autant plus que les actuels représentants des œuvres d'entraide n'ont qu'un statut d'observateurs. Une autre mesure d'accompagnement prolonge à dix jours le délai supplémentaire accordé pour régulariser un recours, actuellement de sept jours (cf. art. 110, al. 1, AP-LAsi). Cette modification permettra au TAF d'accorder au requérant un délai supplémentaire convenable pour régulariser son mémoire de recours si ce dernier est insuffisamment motivé.

Cet instrument garantit que le requérant puisse effectivement faire usage de son droit de recours bien que le délai soit raccourci (cf. art. 29a de la Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).

Pour obtenir un effet dissuasif durable contre les requêtes abusives, il est indispensable que les demandes d'asile puissent être traitées de manière rapide et efficace. La réglementation proposée par la commission d'experts entraînerait globalement une nette réduction de la durée de la procédure dans le domaine de l'asile. Si 2671 NEM et 3800 décisions matérielles de refus de l'asile avaient été rendues en 2007, ces chiffres sont passés à 3073 NEM et 4483 décisions matérielles de refus en 2008. Depuis janvier de l'année en cours, l'entrée en application de la procédure Dublin a cependant modifié cette tendance. De janvier à octobre 2009, le nombre des NEM s'est élevé à 6155 et celui des décisions matérielles de refus à 4680. Sur l'ensemble des NEM prononcées, près de 2800 l'ont été sur la base des dispositions procédurales relatives aux Etats tiers (soit essentiellement Dublin). Selon la proposition de la commission d'experts, ces cas devraient également continuer à faire l'objet d'une NEM.

Bien que le projet prévoie l'examen matériel de certains cas reposant sur des éléments considérés aujourd'hui comme des motifs de non-entrée en matière, dans l'ensemble, la procédure d'asile pourrait être nettement accélérée et simplifiée. Dans le domaine des coûts de l'aide sociale, on peut escompter des économies de l'ordre de 2,5 millions de francs (cf. ch. 3).

La proposition de se limiter à quelques motifs clairs de non-entrée en matière devrait en outre permettre d'éviter à l'avenir que le TAF ou le CAT ne renvoient des NEM à l'ODM pour qu'il procède une nouvelle fois à leur examen matériel. Cette option augmentera l'efficacité de la procédure de recours et préviendra le double examen des demandes d'asile. Dans la procédure en première instance, les simplifications prévues raccourciront les processus sans compromettre les garanties procédurales ouvertes aux requérants concernés.

1.5 Prochaines étapes du projet de modification de la LAsi et de la LEtr

Lors de sa session du 19 décembre 2008, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur la modification de la LAsi et de la LEtr. La consultation a duré du 15 janvier 2009 au 15 avril 2009. Le présent projet de modification supplémentaire se fonde sur les résultats de la consultation. Sur la base de l'art. 3, al 1, let. b, de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061), une consultation est également nécessaire sur ce point.

Après l'évaluation des résultats de la consultation, toutes les propositions de modification, y compris le nouveau projet, doivent être reprises dans un message et soumis au Conseil fédéral.

Le DFJP est conscient de l'interdépendance entre les différentes propositions de modification et entend s'assurer que les modifications correspondantes soient coordonnées.

2 **Commentaires article par article**

2.1 Commentaires relatifs aux modifications de la LAsi

2.1.2 Chapitre 2: Requérants, Section 1: Généralités

Art. 17 *Dispositions de procédure particulières*

Ad al. 4

Pour toutes les décisions matérielles en matière d’asile, le délai de recours passera de 30 à 15 jours (art. 108, al. 1, AP-LAsi; cf. explications fournies au ch. 1.4). Comme mesure d’accompagnement au raccourcissement du délai de recours dans la procédure matérielle, la représentation par une œuvre d’entraide sera désormais remplacée, pour toutes les auditions (art. 30 et 94 LAsi), par une prestation de la Confédération en faveur des requérants d’asile portant sur un conseil en matière de procédure et d’évaluation des chances par des tiers. Cet instrument devrait leur permettre de bénéficier sans tarder de conseils ayant trait à leurs perspectives de succès et à leurs possibilités sur le plan juridique dans la procédure d’asile. Il permettra d’éviter des recours inutiles et d’améliorer globalement la protection juridique des intéressés.

Le soutien proposé dans le cadre du conseil en matière de procédure et d’évaluation des chances n’entraînera aucun droit général à un conseil juridique gratuit en faveur des requérants d’asile. La Confédération veille simplement à ce que le requérant ait accès à ce conseil et verse à cette fin des contributions aux tiers qui offrent ces prestations (art. 94 AP-LAsi).

Aux termes de l’art. 29 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l’assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l’assistance gratuite d’un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Ce droit constitutionnel s’applique à toutes les personnes se trouvant en Suisse, requérants d’asile compris. Une réglementation conforme est prévue à l’art. 65 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

La directive sur le retour⁵, un développement de l’acquis de Schengen qui doit être repris d’ici au début 2011, dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que l’assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement conformément aux réglementations nationales (art. 13, par. 4, de la directive sur le retour). Ils peuvent prévoir que cette assistance et/ou cette représentation soient soumises aux conditions énoncées à l’art. 15, par. 3 à 6 de la directive 2005/85/CE⁶, qui n’est pas contraignante pour la Suisse. Aussi l’assistance et/ou la représentation gratuites peuvent-elles être limitées aux cas où le recours a des chances d’aboutir et où la personne concernée ne dispose pas des moyens financiers nécessaires. Cette interprétation est conforme à l’art. 65, al. 1, PA (voir de même le message du Conseil fédéral du 18 novembre 2009 relatif à la directive sur le retour).

La LAsi prévoit, dans sa teneur actuelle, que les autorités cantonales compétentes désignent immédiatement une personne de confiance chargée de représenter les intérêts des mineurs non accompagnés aussi longtemps que dure la procédure d’asile (art. 17, al. 3, LAsi). Ce représentant veille aux intérêts du mineur s’agissant d’actes de procédure déterminants dans le cadre de la procédure d’asile à l’aéroport, du séjour dans un centre d’enregistrement et de

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 (directive sur le retour).

⁶ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, non contraignante pour la Suisse.

procédure (CEP) ou de la procédure après l'attribution de l'intéressé à un canton. Selon la jurisprudence, la personne de confiance doit avoir des connaissances juridiques suffisantes, notamment en matière de procédure d'asile, afin d'être en mesure d'apporter un soutien efficace⁷.

2.1.3 Chapitre 2: Requérants, Section 2: Demande d'asile et entrée en Suisse

Art. 22 *Procédure à l'aéroport*

Ad al. 6

L'accès des requérants d'asile à un conseil en matière de procédure et à une évaluation des chances (art. 17, al. 4 et art. 94 AP-LAsi) et la suppression de la représentation par une œuvre d'entraide lors des auditions entraînent l'abrogation de l'art. 30 LAsi (Représentant des œuvres d'entraide). Le renvoi figurant à l'art. 22, al 6, LAsi doit par conséquent être supprimé.

Art. 23 *Décisions à l'aéroport*

Ad al. 1

Cette modification est de nature rédactionnelle et vise à systématiser les adaptations proposées.

2.1.4 Chapitre 2: Requérants, Section 3: Procédure de première instance

Art. 27 *Répartition entre les cantons*

Ad al. 4, phrase introductive, et let. c

Afin de garantir l'efficacité de la procédure d'asile et de renvoi, les décisions d'asile en première instance doivent autant que possible être rendues dans les CEP, y être notifiées et être exécutées par les autorités du canton dans lequel se situe le CEP. Dans un tel cas, le requérant n'est en principe pas attribué à un canton.

En ce qui concerne les demandes d'asile complexes et en particulier en lien avec les délais prescrits dans la procédure Dublin, il peut arriver que la durée de séjour maximale de 60 jours dans les CEP soit insuffisante (cf. art. 16, al. 2, de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure; OA 1; RS 142.311) et que des personnes concernées doivent dès lors être attribuées aux cantons. Aussi les personnes pour lesquelles la date d'exécution du renvoi depuis un CEP n'est pas prévisible devront-elles désormais pouvoir être attribuées aux cantons (art. 27, al. 4, let. c, AP-LAsi).

Art. 29 *Audition sur les motifs de la demande d'asile*

Ad al. 3

De nature rédactionnelle, cette modification découle de l'abrogation de l'actuel art. 30 LAsi, qui prévoit la présence d'un représentant des œuvres d'entraide à l'audition.

Art. 29a *Collaboration à l'établissement des faits*

Nouveau

Selon les principes généraux de la procédure administrative, les faits ne doivent être établis que dans la mesure où ils permettent de rendre une décision juridiquement valable. Les dispositions correspondantes de la LAsi (actuels art. 38, 40 et 41 LAsi) étant dès lors superflues, il convient de les abroger afin de simplifier la législation. La délégation des

⁷ Cf. en particulier JICRA 2003/1 et 2006/14

compétences habilitant le Conseil fédéral à conclure des accords de coopération avec des Etats tiers et des organisations internationales dans le but de faciliter l'établissement des faits (art. 41, al. 3, LAsi) constitue cependant une disposition spécifique du droit d'asile, raison pour laquelle elle doit désormais être en substance reprise à l'art. 29a LAsi. Comme jusqu'à présent, il convient, lors de la conclusion de tels accords, d'observer la protection des données (art. 98 LAsi).

Art. 30 *Représentant des œuvres d'entraide*

Abrogé

Se référer aux explications fournies à propos des art. 17, al 4, et 94 AP-LAsi.

Art. 31 *Préparation des décisions par les cantons*

Selon le droit en vigueur, le personnel cantonal n'est habilité à préparer que les NEM et les décisions matérielles en matière d'asile qui ne requièrent pas d'instructions complémentaires⁸. Il s'agit des décisions d'asile positives sans autres mesures d'instruction (art. 38 LAsi), de l'octroi de la protection provisoire sans autres mesures d'instruction (art. 39 LAsi) ainsi que des décisions matérielles de rejet de la demande sans autres mesures d'instruction (art. 40 LAsi). Cette restriction n'est pas justifiée. Durant les périodes de fort afflux des demandes d'asile, il peut être parfaitement indiqué que le personnel cantonal prépare également, sous la direction de l'ODM, des décisions matérielles nécessitant des instructions complémentaires. La préparation de ces décisions doit continuer à se faire en accord avec les cantons.

Le terme de «fonctionnaires cantonaux» doit en outre être remplacé par celui de «personnel cantonal régi par des rapports de travail de droit public», puisque le statut de fonctionnaire a été aboli par la modification des législations cantonales en la matière.

Art. 31a *Décisions de l'office fédéral*

Nouveau

Ad al. 1

L'art. 31a, al 1, AP-LAsi prévoit désormais cinq motifs de non-entrée en matière: les motifs de non-entrée en matière visés par le principe de l'Etat tiers sûr (art. 31a, al. 1, let. a et c à e, AP-LAsi) ainsi que le motif de non-entrée en matière lié au fait qu'un autre Etat Dublin est responsable de l'exécution de la procédure d'asile (art. 31a, al. 1, let. b, AP-LAsi). L'actuel art. 34, al 2, LAsi précise qu'en règle générale, l'office n'entre pas en matière sur une demande d'asile si le requérant peut être renvoyé dans un Etat tiers sûr (principe de l'Etat tiers sûr). Ces motifs de non-entrée en matière devraient être repris sans modification matérielle de l'art. 34, al 2, let. a à c et e, LAsi.

En signant l'accord d'association à Dublin⁹ en vigueur depuis le 12 décembre 2008, la Suisse reprend le principe selon lequel *un seul Etat* est responsable de l'exécution de la procédure d'asile dans l'espace Dublin. Lorsque l'ODM considère qu'il appartient à un autre Etat Dublin de mener la procédure, il lui adresse une demande de prise ou de reprise en charge en vue du transfert du requérant. Si cet Etat donne suite à sa requête, l'ODM rend une NEM et renvoie l'intéressé dans l'Etat en question (*procédure Dublin*). Ce motif de non-entrée en matière (art. 34, al. 2, let. d, LAsi) devrait également être repris sans modification matérielle dans l'art. 31a, al 1, let. b, AP-LAsi.

⁸ Aucune convention de ce type n'a encore été conclue avec les cantons.

⁹ RO 2008 515

Sont ainsi réglés par la procédure de non-entrée en matière visée à l'art. 31a, al. 1, tous les motifs pour lesquels il est prévu que les personnes concernées puissent être renvoyées dans un Etat tiers sûr. La suppression de ces motifs aurait pour conséquence que l'asile devrait être accordé en Suisse au requérant remplissant les conditions posées à la reconnaissance de son statut de réfugié et ce, quand bien même il pourrait retourner dans un Etat tiers sûr. Des NEM doivent aussi pouvoir être rendues dans la procédure Dublin, du fait qu'en procédant à l'examen matériel d'une demande d'asile, la Suisse endosserait la responsabilité de l'exécution d'une procédure d'asile ou de renvoi. Une telle situation serait contraire au principe même du règlement Dublin¹⁰. Il est par conséquent nécessaire de continuer à prévoir les motifs de non-entrée en matière déjà évoqués.

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, il ne devrait pas être entré en matière dès lors qu'une requête n'est pas considérée comme une demande d'asile au sens de cette loi (cf. explications fournies concernant l'al. 3). Les autres motifs de non-entrée en matière de la LAsi devraient être supprimés. C'est notamment le cas du motif de non-entrée en matière lié au fait que le pays d'origine ou de provenance du requérant est sûr (art. 34, al. 1, LAsi). Il prévoit que le Conseil fédéral désigne les pays d'origine ou de provenance de requérants dans lesquels ces derniers ne risquent pas d'être persécutés (cf. art. 6a, al. 2, let. a, LAsi). Selon le droit en vigueur, si le requérant vient d'un Etat où il ne risque pas d'être persécuté, l'office n'entre pas en matière sur sa demande (art. 34, al. 1, LAsi). De telles demandes d'asile devront désormais être examinées dans le cadre d'une procédure matérielle. Cela se justifie du fait que même la réglementation actuelle impose de vérifier dans chaque cas d'espèce, dans le cadre d'une procédure de non-entrée en matière, s'il existe des indices de persécution. Or, une telle procédure est finalement assimilable à un examen matériel. Le Conseil fédéral doit cependant pouvoir continuer à désigner les Etats d'origine et de provenance qui sont sûrs. On s'assure ainsi qu'une procédure matérielle rapide puisse être exécutée dans ces cas.

D'autres motifs de non-entrée en matière qui devraient être supprimés sont par exemple le fait de tromper les autorités sur son identité (art. 32, al. 2, let. b, LAsi), de se rendre coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer (art. 32, al. 2, let. c, LAsi) ou de remettre des moyens de preuve faux ou falsifiés (art. 32, al. 2, let. b, LAsi). Dans chacun de ces cas, des décisions matérielles devraient être rapidement prononcées et être assorties d'un délai de recours plus court, puisque au vu de leur comportement abusif, les intéressés n'ont manifestement pas besoin d'être protégés par la Suisse. Dans de tels cas d'abus, il n'y a pas non plus lieu de procéder désormais à une audition et seul le droit d'être entendu doit être accordé à l'intéressé (cf. art. 36, al. 1, AP-LAsi).

Ad al. 2

L'actuel art. 34, al. 2, LAsi précise qu'en règle générale, l'office n'entre pas en matière sur une demande d'asile si le requérant peut être renvoyé dans un Etat tiers sûr (*principe de l'Etat tiers sûr*). Lorsque le requérant a des proches parents en Suisse, lorsqu'il a manifestement la qualité de réfugié ou lorsque l'office est en présence d'indices d'après lesquels l'Etat tiers n'offre pas de protection efficace au regard du principe du non-refoulement, il traite la demande par la procédure matérielle conformément au droit en vigueur (art. 34, al. 3, LAsi).

Vu qu'aucune obligation de droit international n'exige de la Suisse qu'elle traite matériellement, au regard du principe de l'Etat tiers sûr, les demandes d'asile de personnes ayant des proches parents en Suisse, il convient d'abroger la disposition d'exception de l'art. 34, al. 3, let. a, LAsi.

S'agissant de la disposition d'exception prévue à l'art. 34, al. 3, let. b, LAsi (le requérant a manifestement la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 LAsi), la Suisse n'est pas non plus

¹⁰ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25.2.2003, p. 1).

tenue d'accorder protection à un requérant d'asile lorsque l'Etat tiers peut la lui offrir (principe de subsidiarité). Cette disposition d'exception empêche qu'une personne déjà susceptible d'être protégée dans un Etat tiers sûr et qui dépose une demande d'asile en Suisse puisse être renvoyée dans l'Etat en question. Au vu de ce qui précède, il convient également d'abroger cette disposition d'exception.

En revanche, l'art. 34, al. 3, let. c, LAsi (il existe des indices d'après lesquels l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe du non-refoulement) doit être maintenu. A ce titre, la demande d'asile doit être traitée matériellement dès lors que l'on est en présence d'indices d'après lesquels l'Etat tiers est susceptible de violer ce principe dans certains cas d'espèce. Seuls les Etats tiers (Etats de l'UE et de l'AELE, art. 31a, al. 1, let. a, AP-LAsi) et les Etats Dublin (art. 31a, al. 1, let. b, AP-LAsi) que le Conseil fédéral désigne comme sûrs offrent des garanties que le principe du non-refoulement soit respecté, raison pour laquelle ces faits n'entrent pas dans le champ d'application de la disposition d'exception prévue à l'art. 31a, al. 1, AP-LAsi. Le terme «en règle générale» utilisé à l'art. 31a, al. 1, AP-LAsi (phrase introductive) indique clairement que l'ODM est en tout temps libre de traiter matériellement, dans le cadre de la procédure Dublin, les demandes d'asile émanant de personnes en provenance d'Etats tiers sûrs (art. 31a, al. 1, let. a, AP-LAsi). Tel est par exemple le cas lorsque le droit constitutionnel ou le droit international s'opposent, dans un cas d'espèce, à un renvoi. Même s'agissant d'Etats tiers sûrs ou d'Etats Dublin, il y a lieu de toujours vérifier si l'exécution du renvoi est licite ou si elle peut être raisonnablement exigée (art. 44, al. 2, LAsi).

La proposition d'abroger la disposition d'exception de l'art. 34, al. 3, LAsi, figure déjà dans le projet de consultation sur la modification de la LAsi et de la LEtr. Comme l'art. 34 LAsi doit être abrogé, il faut intégrer cette proposition à l'art. 31a AP-LAsi.

Ad al. 3

L'al. 3 correspond en substance à l'actuel art. 32, al. 1, LAsi. Par rapport à ce dernier, il convient de préciser de surcroît que l'office n'entre pas en matière lorsque la demande d'asile est déposée exclusivement pour des raisons économiques ou médicales. Cette précision est conforme à la pratique actuelle de l'ODM.

Ad al. 4

Une procédure matérielle d'asile doit être effectuée pour les autres demandes d'asile qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 31a, al. 1 et 3, AP-LAsi.

Art. 32 à 35a

Motifs de non-entrée en matière

Abrogés

Se référer aux explications fournies concernant l'art. 31a AP-LAsi.

Art. 36 *Procédure précédant les décisions*

Nouveau

Cette disposition fixe que seul le droit d'être entendu est accordé au requérant pour les NEM fondées sur l'art. 31a, al. 1, AP-LAsi; dans ce cas de figure, il n'y a pas d'audition (art. 29 LAsi).

Si la personne concernée invoque par exemple des motifs d'ordre exclusivement économique ou médical (cf. art. 31a, al. 3, AP-LAsi), une audition a lieu. Il est en effet nécessaire de déterminer, dans le cas d'espèce, s'il existe aussi des motifs pertinents au regard du droit d'asile.

Seul le droit d'être entendu doit également être accordé si le requérant a trompé les autorités sur son identité, si sa demande s'appuie de manière déterminante sur des moyens de preuve

faux ou falsifiés ou si le requérant s'est rendu coupable d'une autre violation grave de son obligation de collaborer (art. 36, al. 1, let. a à c, AP-LAsi). Dans tous ces cas, il y a lieu de prendre rapidement une décision matérielle, puisque au vu de leur comportement abusif, les intéressés ne dépendent manifestement pas de la protection de la Suisse (cf. explications fournies concernant l'art. 31a, al. 1, AP-LAsi).

Dans les autres cas, il y a lieu de procéder à une audition conformément à l'art. 29 LAsi.

Art. 37 *Délais concernant la procédure de première instance*

Ad al. 1 et 2, al. 3 (abrogé)

Selon l'actuel art. 37, al. 1, LAsi, la NEM doit en règle générale être prononcée dans les dix jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande. Ce délai d'ordre doit être réduit à cinq jours ouvrables. Par souci de systématisation, l'étendue de l'obligation de motiver les NEM devra désormais être réglée à l'art. 37a, AP-LAsi.

Les décisions matérielles doivent désormais être prises dans les dix jours ouvrables (actuellement vingt jours ouvrables) qui suivent le dépôt de la demande (art. 37, al. 2, AP-LAsi). Cette disposition devrait en principe également s'appliquer lorsque, à l'examen de la demande d'asile, des instructions complémentaires, tel le contrôle de documents, s'avèrent nécessaires. L'actuel art. 37, al. 3, LAsi doit dès lors être abrogé. Toutefois, si des instructions nécessaires à l'établissement des faits exigent davantage de temps (par exemple lorsqu'une requête est adressée à une représentation suisse à l'étranger), ces délais d'ordre peuvent être dépassés, d'où l'utilisation du terme « en règle générale ». Il peut également être nécessaire de dépasser le délai d'ordre imparti dans le cadre d'une procédure Dublin, l'ODM devant en effet attendre que l'Etat Dublin compétent garantisse la prise en charge avant de pouvoir prononcer la NEM.

La réduction des délais concernant la procédure de première instance vise toutefois à inciter l'ODM à exécuter rapidement la procédure de première instance, dans la mesure où cela est possible tant objectivement que juridiquement.

Art. 37a *Motivation*

Nouveau

Les NEM devront, comme auparavant, être motivées sommairement. La réglementation concernant l'étendue de l'obligation de motiver les décisions matérielles est régie par les garanties générales de procédure fixées à l'art. 29 Cst., en vertu desquelles une décision ne doit être motivée que dans la mesure nécessaire pour garantir un recours effectif. Il n'est donc pas nécessaire de régler expressément dans la LEtr les décisions matérielles. Les autorités doivent respecter les garanties générales de procédure de la Cst. également lors de la motivation sommaire.

Art. 38 *Octroi de l'asile sans autres mesures d'instruction*

Abrogé

Tant la procédure de non-entrée en matière que la procédure matérielle ne requièrent généralement l'établissement des faits conformément aux principes de la procédure administrative que dans la mesure nécessaire pour motiver la décision d'une manière qui soit valable juridiquement. Les dispositions de la LAsi relatives à l'établissement des faits (art. 38, 40 et 41 LAsi) doivent dès lors être abrogées.

Art. 39 *Octroi de la protection provisoire*

Du fait que les dispositions relatives à l'établissement des faits doivent être abrogées, l'art. 39 LAsi doit être adapté en conséquence. Les termes « sans autres mesures d'instruction » doivent dès lors être supprimés.

Art. 40 *Rejet sans autres mesures d'instruction*

Abrogé

Se référer aux explications concernant l'art. 38 AP-LAsi.

Art. 41 *Autres mesures d'instruction*

Abrogé

Se référer aux explications fournies concernant l'art. 38 AP-LAsi.

2.1.5 Chapitre 4: Octroi de la protection provisoire et statut des personnes à protéger, Section 4: Fin de la protection provisoire et retour

Art. 76 *Fin de la protection provisoire et retour*

Ad al. 3

Cette adaptation rédactionnelle est liée à l'abrogation de l'art. 30 LAsi (Représentant des œuvres d'entraide) et de l'art. 35 LAsi (Non-entrée en matière en l'absence de risque de persécution à l'étranger).

Art. 78 *Révocation*

Ad al. 4

Cette adaptation rédactionnelle est liée à l'abrogation de l'art. 30 LAsi (Représentant des œuvres d'entraide).

2.1.6 Chapitre 5: Aide sociale et aide d'urgence, Section 1: Octroi de prestations d'aide sociale, de l'aide d'urgence et d'allocations pour enfants

Art. 80 *Compétence*

Ad al. 1

Cette adaptation rédactionnelle est liée à l'abrogation de l'art. 30 LAsi (Représentant des œuvres d'entraide).

2.1.7 Chapitre 6: Subventions fédérales

Art. 94 *Contributions fédérales pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances*

Nouveau : titre, al. 1 à 3

La Confédération verse des contributions pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances. Le Conseil fédéral devrait fixer, par voie d'ordonnance, des contributions forfaitaires neutres sur le plan des coûts. Dans le cadre de contrats de prestations de droit public, les prestataires recevraient ainsi une contribution correspondant au maximum à l'indemnité versée actuellement par audition aux œuvres d'entraide. Cette indemnité s'élève aujourd'hui à 305 francs par audition (art. 80, al. 2, de l'ordonnance sur l'asile relative au financement, OA 2; RS 142.312).

Afin de garantir l'offre de conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances, l'ODM conclut des contrats de prestations de droit public avec des tiers. Il pourra par exemple s'agir d'œuvres d'entraide reconnues ou de personnes disposant de connaissances juridiques. L'étendue et l'organisation du conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances ainsi que son financement seront précisés contractuellement en fonction des critères que le Conseil fédéral fixera dans l'ordonnance.

2.1.8 Chapitre 8: Voies de droit, Section 2: Procédure de recours au niveau fédéral

Art. 108 *Délais de recours*

Ad al. 1 et 2

Ad al. 1

S'agissant de la procédure matérielle, le délai de recours doit être réduit de 30 à quinze jours (art. 108, al. 1, AP-LAsi ; cf. explications fournies concernant le ch. 1.4). Comme mesure d'accompagnement au raccourcissement du délai de recours dans la procédure matérielle, la représentation par une œuvre d'entraide lors de l'audition (art. 30 LAsi) sera désormais remplacée par une prestation de conseil en faveur des requérants d'asile qui bénéficie d'une contribution de la Confédération et porte sur la procédure et l'évaluation des chances (cf. art. 17, al. 4, et 94 AP-LAsi). Dans les contrats de prestation conclus avec les mandataires, il faudra aménager le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances en tenant compte du délai de recours raccourci. Une autre mesure d'accompagnement consiste à prolonger le délai supplémentaire accordé pour régulariser un recours (cf. art. 110, al. 1, AP-LAsi).

La nouveauté proposée est conforme au droit constitutionnel ainsi qu'au droit international public, puisque les garanties générales de procédure, en particulier le droit à un recours effectif, restent garanties (art. 29a Cst. et art. 13 CEDH). Ni la CEDH ni les autres prescriptions internationales ne connaissent un délai minimal pour déposer un recours contre une décision d'asile négative.

Le recours formé contre une décision incidente commence à courir dès la notification de la décision et reste fixé, comme actuellement, à dix jours.

Ad al. 2

L'al. 2 correspond à l'actuel al. 2 et ne comporte pas de modification matérielle. Les changements apportés sont de nature uniquement rédactionnelle.

Art. 109 *Délais de traitement des recours*

Ad al. 1 et 2 (abrogé) et al. 4

Ad al. 1

Selon l'actuel art. 109, al 1, LAsi, le TAF statue dans un délai de six semaines sur les recours déposés contre les NEM ainsi que sur les décisions matérielles en matière d'asile sans autres mesures d'instruction. Désormais, ce délai d'ordre sera ramené à cinq jours ouvrables pour les NEM. Le renvoi à l'art. 40 LAsi tombe, puisque cette disposition doit être abrogée. Comme déjà actuellement, le TAF devra statuer dans un délai de cinq jours ouvrables sur les recours formés contre des décisions rendues à l'aéroport (art. 23, al. 1, AP-LAsi). Par souci de systématisation, cette disposition figurera désormais à l'al. 1.

Ad al. 2

L'al. 2 doit être abrogé, car en principe, le TAF doit statuer dans un délai de cinq jours ouvrables sur toutes les décisions rendues en vertu de l'al. 1. S'agissant d'un délai d'ordre, il peut cependant être dépassé si nécessaire, d'où l'utilisation du terme « en règle générale ».

Ad al. 4

Le TAF statue en règle générale dans un délai de 20 jours (au lieu de deux mois actuellement) sur les recours formés contre une décision matérielle. De plus, le renvoi à l'art. 41 LAsi doit être biffé, puisque cette disposition devrait être supprimée. S'agissant d'un délai d'ordre, il peut cependant être dépassé si nécessaire, d'où l'utilisation du terme « en règle générale ».

Art. 110 *Délais de procédure*

Ad al. 1

Comme mesure d'accompagnement au raccourcissement du délai de recours dans la procédure matérielle (art. 108, al. 1, AP-LAsi), le délai supplémentaire accordé pour régulariser un recours, actuellement de sept jours, sera prolongé à dix jours. Cette modification permettra au TAF d'accorder au requérant un délai supplémentaire convenable pour régulariser son mémoire de recours si ce dernier est insuffisamment motivé.

2.2 Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur les étrangers

2.2.1 Chapitre 10: Fin du séjour, Section 5: Mesures de contrainte

Art. 76 *Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion*

Ad al. 1, let. b, ch. 1, 2 (abrogé) et 5

Ad al. 1, let. b, ch. 1 et 2 (abrogé)

L'art. 76, al 1, let. b, ch. 2, LEtr établit que lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée si une NEM a été prononcée au sens de l'art. 32, al 2, let. a à c et de l'art. 33 LAsi. Ces motifs prévoient qu'il n'est pas entré en matière sur une demande d'asile si le requérant ne remet pas un document de voyage ou une pièce d'identité aux autorités dans un délai de 48 heures, s'il a trompé les autorités sur son identité, s'il s'est rendu coupable d'une violation de son obligation de collaborer ou s'il dépose une demande d'asile dans le but d'empêcher l'exécution imminente d'un renvoi ou d'une expulsion. Du fait que ces motifs de non-entrée en matière doivent être abrogés, il y a lieu de supprimer également l'art. 76, al 1, let. b, ch. 2, LEtr.

Pour qu'une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion puisse toujours être ordonnée en cas d'abus, l'art. 76, al 1, let. b, ch. 1, AP-LEtr doit être complété. Désormais, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion doit être ordonnée après qu'une décision matérielle de refus a été rendue en première instance si la personne refuse de décliner son identité, dépose plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ou ne donne pas suite à une convocation (art. 75, al. 1, let. a, LEtr). De plus, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion doit désormais également pouvoir être ordonnée après qu'une décision matérielle de refus a été rendue en première instance si la personne séjourne illégalement en Suisse et dépose une demande d'asile dans le but manifeste d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion (art. 75, al. 1, let. f, LEtr). Ce complément à l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 1, AP-LEtr garantit qu'une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion puisse toujours être ordonnée en cas d'abus et ce, en dépit de la suppression des motifs de non-entrée en matière déjà mentionnés.

La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion constitue une mesure privative de liberté soumise à l'art. 5 CEDH. Celui-ci prévoit que la privation de liberté doit reposer sur une base légale, faire l'objet d'une procédure équitable et être nécessaire et proportionnée à l'objectif visé.

L'intérêt public au motif de détention proposé réside dans le fait qu'il permet d'assurer et d'exécuter un renvoi ou une expulsion lorsque le comportement du requérant est abusif. Dans les cas visés à l'art. 76, al 1, let. b, ch. 1, AP-LEtr, il s'agit de personnes ayant déposé une demande d'asile abusive. Comme les intéressés ne dépendent manifestement pas de la protection de la Suisse, il doit être possible de les renvoyer. Des mesures moins sévères visant à assurer l'exécution du renvoi, comme l'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEtr), sont souvent inefficaces. En vertu de l'art. 80 LEtr, l'autorité compétente doit examiner, dans chaque cas d'espèce, si la détention

est proportionnée au but visé (c'est-à-dire à la fois adéquate, nécessaire et proportionnée, au sens étroit du terme).

Ad al. 1, let. b, ch. 5

Vu l'abrogation des art. 32 à 35a LAsi et comme les NEM seront désormais réglées à l'art. 31a, al 1 et 3, AP-LAsi, cette disposition doit être adaptée en conséquence. L'expression «si la demande d'asile a fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière» regroupe les motifs de non-entrée en matière visés à l'art. 31a, al 1 et 3, AP-LAsi.

3 Conséquences financières et incidences sur le personnel

Les modifications de loi proposées devraient aussi permettre de réaliser des économies. Il n'est toutefois pas possible de chiffrer exactement les économies réalisables, vu l'impossibilité de prévoir avec précision comment évolueront le nombre, la qualité et le profil des demandes d'asile. Il convient cependant de partir du principe que les dispositions proposées auront des répercussions globalement positives, puisque la modification de loi proposée concernant le remplacement de la procédure de non-entrée en matière actuelle vise à accélérer la procédure, à raccourcir la durée individuelle de séjour des personnes en procédure d'asile, notamment par l'adaptation des délais de recours, et à induire une réduction des effectifs des personnes en procédure d'asile qui génèrent des dépenses. De plus, il est plus que probable que les gains d'efficacité réalisés dans le déroulement de la procédure permettront de réaliser des économies supplémentaires difficiles à chiffrer précisément.

Bien que certains des motifs de non-entrée en matière aujourd'hui en vigueur doivent désormais être soumis à un examen matériel et que le délai de recours prévu dans de tels cas soit prolongé, de cinq jours actuellement à quinze jours, globalement, le nouveau projet permettra d'accélérer nettement la procédure, puisque dans de nombreux cas pour lesquels une décision matérielle négative est aujourd'hui rendue, le délai de recours sera finalement raccourci de 30 jours, sous le régime actuel, à quinze jours selon le projet de loi. Dans le domaine des coûts d'aide sociale, l'on est en droit d'escompter des économies annuelles de l'ordre de 2,5 millions de francs. Le calcul de ce montant se fonde sur les estimations suivantes: dorénavant, des procédures matérielles seront effectuées pour 3000 NEM environ, ce qui, compte tenu du délai de recours de quinze jours, devrait prolonger la procédure de dix jours. A l'inverse, le raccourcissement du délai de recours de 30 à quinze jours devrait conduire pour quelque 5000 procédures matérielles à une accélération à raison de quinze jours par cas. Le forfait global s'élevant à 55 francs par jour, il en découle, d'une part, des coûts supplémentaires de 1,6 millions de francs, d'autre part une économie de 4,1 millions, soit une économie nette d'environ 2,5 millions de francs (cf. explications fournies au ch. 1.4).

Les contributions pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances n'entraîneront pas de frais supplémentaires pour la Confédération. Dans le message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LAsi et de la LEtr, il sera tenu compte de la décision prise par le Conseil fédéral à l'occasion de l'adoption, en mai 2008, du rapport sur les subventions. Il y sera prévu d'évaluer les conseils en matière de procédure et d'évaluation des chances.

Les modifications proposées des art. 27 et 31 LAsi n'amèneront, elles non plus, aucuns frais supplémentaires. L'art. 27 LAsi règle exclusivement l'attribution des personnes visées aux cantons. Il s'agit en l'occurrence de cas dans lesquels le renvoi à partir des CEP ne peut être exécuté en raison de la durée de séjour maximale de 60 jours. Cette réglementation correspond à la pratique de l'ODM et ne génère donc pas de coût supplémentaire. La modification de l'art. 31 LAsi permettra d'éviter des cas en suspens, lesquels contribuent à une hausse des coûts d'aide sociale. Par conséquent, cette proposition n'engendre pas non plus des frais supplémentaires.

Les modifications de loi proposées n'auront vraisemblablement aucune incidence sur le personnel.

4 Constitutionnalité et droit international public

Le projet de modification de la LAsi et de la LEtr est fondé sur l'art. 121 Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et

d'établissement des étrangers). Il est conforme à la Constitution ainsi qu'au droit international public (se référer aux commentaires des dispositions spécifiques).