

Avis de droit

Introduction

1. L'Eglise évangélique réformée du Canton de Vaud, l'Eglise catholique, ainsi que la Communauté israélite ont demandé au soussigné d'établir un avis de droit sur la situation juridique des 378 personnes dont le sort est actuellement incertain. Il s'agit en particulier de savoir si leur renvoi est conforme aux règles de droit actuellement en vigueur.
2. On répondra à la question posée en faisant d'abord un bref rappel de la situation (ch. 1). Puis on procèdera à l'analyse juridique proprement dite en traitant des thématiques suivantes : la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en droit d'asile (ch. 2.1), les 378 et la protection de la bonne foi (ch. 2.2), la nullité des décisions et leur contrôle préjudiciel par le canton (ch. 2.3), la compétence du canton de proposer l'admission provisoire (ch. 2.4), la Convention internationale des droits de l'enfant (ch. 2.5), et l'analyse du problème sous l'angle de la révision partielle de la LAsi (ch. 2.6).

1. **Rappel des faits et état des lieux**

1.1. *De 1991 à 2001*

3. Les guerres qui ont dévasté l'ex-Yougoslavie ont été à l'origine de la présence de bon nombre de Bosniaques et de Kosovars dans le Canton de Vaud.
4. En Bosnie-Herzégovine, la guerre a eu lieu entre 1991 et 1995. A la suite des accords de paix de Dayton du 14 décembre 1995, les autorités fédérales se sont montrées restrictives en matière d'admission, cela malgré l'avis nuancé émis par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) au sujet des retours vers la Bosnie-Herzégovine.

C'est pour cette raison qu'en 1997 et 1998, le Conseil d'Etat du canton de Vaud, eu égard à des considérations éthiques, a pris la décision de ne pas renvoyer plusieurs groupes de ressortissants bosniaques. En date du 3 décembre 1997, il a

décidé de prolonger, au 30 avril 1998, le délai de départ des familles mixtes et des personnes appartenant à une ethnie minoritaire dans leur commune d'origine. 86 personnes ont pu bénéficier de cette mesure. Par décision du 15 avril 1998, l'Exécutif vaudois a prolongé au 30 juin 1999 le délai de départ des familles mixtes et des familles monoparentales avec enfants mineurs, savoir 107 personnes. Le même jour, il a également décidé de permettre à plusieurs jeunes personnes (26), sans leur famille, de rester dans le canton pour terminer leur formation. Cette politique de non-renvoi s'est poursuivie, en ce sens que dès 2000, le Conseil d'Etat a décidé de suspendre le renvoi de ressortissants bosniaques en difficultés graves, en particulier les survivants de Srebrenica. Il a en effet considéré que l'Office fédéral ne prêtait pas un « égard suffisant envers ce qui a été une véritable tragédie européenne (7 à 8000 hommes et adolescents massacrés) » (Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la politique d'asile dans le Canton de Vaud 1991-2001, avril 2002, ci-après : Rapport 2002, p. 54,).

5. Pour ce qui est du Kosovo, la guerre a eu lieu entre 1998 et 1999. Compte tenu du conflit, le Conseil d'Etat vaudois a décidé, en date du 22 avril 1998, de suspendre les renvois des ressortissants kosovars. Peu après, soit le 12 juin 1998, le Conseil fédéral a pris une décision analogue pour toute la Suisse et a accordé une admission provisoire collective.

Deux années plus tard, les autorités fédérales ont levé l'admission provisoire collective, et ont fixé un calendrier des renvois fondés sur des quotas minimaux que chaque canton devait respecter jusqu'au 31 mai 2001. Comme les autres cantons, le Canton de Vaud a été consulté. Il a adhéré à la politique de renvoi préconisée, mais a émis des réserves relatives au renvoi des minorités ethniques. En outre, le chef d'alors du Département des institutions et des relations extérieures a émis des directives prévoyant que les dossiers des personnes vulnérables ou présentant des difficultés graves devaient être examinés de manière individuelle en vue soit de la suspension du renvoi, soit d'une intervention auprès de l'ODR pour réexamen. Même si le canton a respecté les quotas de renvois fixés par les autorités fédérales, il n'a pas renvoyé tous les requérants d'asile déboutés. C'est pour cette raison que dès le 1^{er} juin 2001, le financement fédéral pour ces Kosovars a pris fin (Rapport 2002, p. 54-55).

6. Mis à part les Bosniaques et les Kosovars, il faut signaler d'autres groupes relevant également du droit d'asile, savoir les personnes en provenance d'Albanie, de la Turquie, de la Somalie, de l'Erythrée, de l'Ethiopie, de l'Angola, de la République démocratique du Congo (ex-Zaïre), de la Syrie ou encore de l'Irak.
7. Au mois de décembre 2001, à la suite de nombreuses interventions, tant dans le domaine de l'asile, que dans celui des sans-papiers, les autorités fédérales, savoir l'ex-IMES et l'ex-ODR ont adopté, en date du 21 décembre 2001, la « circulaire Metzler ».

1.2. Dès 2002

8. Le Canton de Vaud a saisi les possibilités offertes par la circulaire Metzler pour obtenir la régularisation des requérants d'asile déboutés mais non renvoyés.
9. Dès le 1^{er} janvier 2002 les services de l'Etat de Vaud ont examiné plusieurs centaines de dossiers concernant environ 2000 personnes.
10. En tout, 1280 cas ont été présentés, cela par plusieurs envois successifs.
11. Les 26 et 28 mai 2004, un accord a été conclu entre le Conseil d'Etat et le Département fédéral de justice et police (DFJP). Il comporte d'un côté les engagements du DFJP (examen individuel dans un état d'esprit positif selon la circulaire Metzler, indication d'un taux d'acceptation de plus de 50%, soutien à l'exécution du renvoi) et de l'autre côté les engagements du Conseil d'Etat (respecter et exécuter les décisions fédérales en matière d'asile, assurer l'exécution du renvoi jusqu'à la fin de l'année 2004 par les programmes d'aide au retour et par la prise de mesures de contrainte si nécessaire, ne pas présenter de nouveaux cas notamment).
12. De ce groupe de 1280 personnes, 175 cas en provenance d'Ethiopie et d'Erythrée ont été écartés sans examen par l'ODR, car ce dernier a considéré que s'ils ne pouvaient pas être renvoyés de force à cause du refus de leur pays d'origine de les

reprendre, ils pouvaient retourner chez eux de leur propre gré. Il restait alors 1105 cas, dont 582 ont obtenu l'admission provisoire, au contraire des 523 autres, représentant 186 dossiers. C'est de là qu'est parti le chiffre emblématique de 523.

13. Pour être précis, à l'occasion de la conférence de presse du Conseil d'Etat le 12 août 2004, il n'y avait plus 523, mais 507 car 5 personnes ont quitté la Suisse de leur propre gré, 6 ont reçu entre temps une admission provisoire par une autre procédure et 5 ont obtenu l'asile.
14. Il faut relever qu'en dehors de l'accord du 28 mai 2004, 118 personnes ont entrepris de leur propre chef une procédure de régularisation et ont, de ce fait, obtenu l'admission provisoire.
15. La situation des « 523 » a suscité de nombreuses réactions. Plusieurs opérations ont été mises sur pied (Maisons de la migration, manifestations, pétitions, interventions du Grand Conseil, des Eglises, avis de droit du Professeur Pierre Moor, intervention des Municipalités, etc.). De son côté, Amnesty International a proposé et obtenu la mise sur pied d'un groupe de travail mixte (GTM). A l'issue de cette étape, 47 personnes ont été régularisées. S'y ajoutent 4 cas d'admission provisoire après retransmission, mais hors du cadre du GTM, et 74 cas de règlement sur une base autre que la circulaire Metzler. A cela, il faut tenir compte de 20 départs volontaires survenus entre temps. C'est de tous ces éléments que résulte le nouveau chiffre emblématique de 378. Sous réserve des modifications ultérieures, le décompte est le suivant :

523
./ 47
./ 4
./ 74
./ <u>20</u>
378

16. Le 18 janvier 2005, le Conseil d'Etat a pris la décision de suspendre l'usage des mesures de contrainte à l'encontre des familles avec enfant (s), des femmes kosovares isolées et des survivantes de Srebrenica. Par contre, les célibataires et couples sans enfants n'ont pas pu bénéficier de cette mesure.
17. L'Exécutif a prévu de faire le point vers mi-avril. Entre temps, un Groupe d'analyse de la faisabilité et de l'accompagnement au retour a été mis sur pied.

2. Analyse juridique

2.1. *La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en droit d'asile*

2.1.1. La répartition des compétences en matière d'admission

18. Dans le domaine du droit d'asile, la reconnaissance de la qualité de réfugié, l'octroi de l'asile, de l'admission provisoire, ou encore de la protection provisoire (possibilité non utilisée jusqu'à ce jour), relèvent de la compétence des autorités fédérales.
19. En effet, selon l'article 25 LAsi, « *l'office* [c'est-à-dire l'office fédéral] statue sur la demande d'asile et sur le renvoi du requérant de Suisse ». Quant à l'article 44 LAsi, il est libellé comme suit : « Si l'exécution du renvoi n'est pas possible, est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée, *l'office* règle les conditions de résidence conformément aux dispositions de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) relatives à l'admission provisoire. »

2.1.2. La répartition des compétences en matière de renvoi

20. Selon la LAsi, la décision de renvoi est du ressort des autorités fédérales. En effet, d'après l'article 44, alinéa 1 LAsi, « lorsqu'il rejette la demande d'asile ou qu'il refuse d'entrer en matière, *l'office* prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution ».
21. Cependant, l'exécution du renvoi et l'usage des mesures de contrainte sont le fait des cantons.

22. D'après l'article 46 LAsi, l'exécution des décisions de renvoi est assurée par les cantons. Selon la disposition légale, ils sont tenus de le faire. Mais en réalité il s'agit d'un devoir d'ordre (NICOLAS WISARD, *Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 198-199), dès lors qu'il n'y a aucune sanction juridique directe. La seule conséquence est de type financier : la Confédération ne rembourse pas les frais d'assistance engagés pour les requérants d'asile déboutés mais non renvoyés.
23. Au sujet des mesures de contrainte, l'article 13b LSEE donne la compétence à l'autorité cantonale en ces termes : « Si une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité cantonale compétente peut, aux fins d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ci-après : (...) »
24. Il en va de même de l'article 13c LSEE : « La détention est ordonnée par l'autorité du canton qui est compétent pour l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. »
25. Il ressort de ce qui précède que, dans le système de la LAsi, si la décision de renvoi est prise par l'autorité fédérale, il revient au canton d'en assurer l'exécution, au besoin par l'usage des mesures de contrainte. Autrement dit, lorsqu'il y a une divergence de vue entre un canton et la Confédération sur la question du départ d'un requérant d'asile débouté, le non-usage des mesures de contrainte permet à l'intéressé de rester, de facto, dans le canton, sans pour autant être mis au bénéfice d'un droit de présence.

2.2. Les 378 et la protection de la bonne foi

2.2.1. La protection de la bonne foi

26. La Constitution fédérale mentionne le principe de la bonne foi à deux endroits. Selon l'article 5, alinéa 3 Cst. « les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi ». En outre, d'après l'article 9 Cst. « toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. ».

27. La bonne foi est un élément essentiel à tout rapport juridique, car les parties « doivent pouvoir placer une confiance mutuelle dans la véracité de leurs déclarations et l'exactitude de leurs comportements » (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume I, Berne, 1994, p. 428).
28. Le droit à la protection de la bonne foi est un droit fondamental. Cette protection peut faire échec au principe de la légalité (JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich-Bâle-Genève, 2003, ad art. 9, n° 11, p. 97 ; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle et Francfort sur le Main, 1991, n° 512, p. 109).
29. Du point de vue de l'administration, le principe de la bonne foi s'analyse sous deux angles : les renseignements inexacts, d'une part, et les comportements contradictoires, d'autre part.
30. Compte tenu des circonstances du dossier, on ne s'intéresse qu'à la thématique des comportements contradictoires. Selon PIERRE MOOR, « lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit, elle est liée par les conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité (théorie des 'actes concluants'). Il ne suffit pas pour cela que, pendant un certain temps, l'autorité n'intervienne pas à l'encontre d'un état de fait illégal, et encore moins que, par ignorance ou faute d'actualité du problème, elle soit en quelque sorte neutre (ATF 118 Ia 384 ; RDAF 1990, p. 55) : il faut qu'elle manifeste d'une manière ou d'une autre sa position. Il n'est pas nécessaire pour autant qu'elle le fasse par un acte explicite ; elle sera liée si l'administré, sachant qu'elle est au courant, peut de bonne foi conclure de son mutisme qu'elle considère la situation comme régulière ou qu'elle a renoncé à exiger la prestation qu'il doit (ZBI 1973, p. 82 ; 1986, p. 228 ; 1993, p. 76 ; RDAF 1982, p. 137). (...) Pour qu'il y ait contradiction, il faut évidemment qu'il s'agisse de la même autorité, des mêmes intéressés, de la même affaire ou d'affaires identiques (ATF 111 V 81 ; 118 Ib 312) ». Au surplus, il doit s'agir de l'autorité compétente, et l'administré doit avoir pris des dispositions irréversibles (PIERRE MOOR, *op. cit.*, p. 432).

31. On peut résumer comme suit les conditions d'application :
- a) L'autorité a agi, sans réserve, dans un cas concret, vis-à-vis d'une personne déterminée.
 - b) L'autorité a manifesté d'une manière ou d'une autre sa position et a, de ce fait, créé une apparence de droit.
 - c) Se fondant sur le comportement de l'administration, l'administré doit avoir pris des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice.
 - d) La législation n'a pas été modifiée entre le temps où l'administration a eu son comportement et celui où le principe de la bonne foi est invoqué.
 - e) L'autorité qui a agi doit avoir été compétente ou être censée avoir été compétente.

2.2.2. La conséquence juridique pour les 378

32. On doit d'abord déterminer si, dans notre dossier, les autorités vaudoises ont agi, sans réserve, dans un cas concret, vis-à-vis de personnes déterminées.

Une réponse affirmative s'impose, car pour les 378 personnes concernées, il y a eu de la part du Conseil d'Etat et de l'administration des actes concrets. Les ressortissants bosniaques et les Kosovars ont été explicitement mentionnés dans le Rapport de 2002 sur la politique de l'asile du canton de Vaud (voir pages 53-55). En ce qui concerne les personnes en provenance d'autres régions, mais également incluses dans les 378, elles ont toutes bénéficié, à de multiples reprises, du renouvellement de leur possibilité de rester dans le canton. Elles ont également pu obtenir les prestations d'assistance ou encore le droit d'exercer une activité lucrative. Au vu des dossiers, il ne semble pas qu'il y ait eu des réserves expresses qui ont été émises quant à l'usage des mesures de contrainte. C'est dire que la première condition requise est réalisée.

33. Au regard de la seconde condition, les autorités vaudoises doivent avoir manifesté d'une manière ou d'une autre leur position et ont, de ce fait, créé une apparence de droit.

Dans le Rapport de 2002 sur la politique d'asile du canton de Vaud, le Conseil d'Etat a, de manière explicite, exposé sa position en ces termes :

« Au vu des conséquences humaines découlant de (...) décisions rendues souvent après plusieurs années de séjour en Suisse, le Conseil d'Etat considère qu'il est de sa responsabilité d'appliquer les décisions fédérales avec discernement. Dans ce but, aussi bien les situations globales qu'individuelles sont examinées à la lumière de critères tels que le lien confédéral, la responsabilité morale, les conséquences financières et l'égalité de traitement. Certains critères peuvent être contradictoires. Sur la base de cet examen, les autorités cantonales peuvent être amenées à appliquer les décisions fédérales à la lettre, à faire usage au maximum de la latitude dont bénéficie le canton en la matière, ou encore, dans des cas très particuliers, à ne pas appliquer les décisions fédérales. » (Rapport 2002, p. 9 et 47 ss). S'agissant des ressortissants Bosniaques, « en 1997 et 1998, le Conseil d'Etat, guidé par des considérations éthiques au regard de la situation prévalant en Bosnie-Herzégovine après les accords de paix de Dayton, a pris à plusieurs occasions des décisions contraires à des décisions fédérales en matière de renvoi (...) Dès 2000, le Conseil d'Etat a décidé de surseoir au retour des requérants Bosniaques en « difficultés graves », plus particulièrement ceux qui avaient été affectés par les effroyables événements de juillet 1995 à Srebrenica, l'ODR ne prêtant pas, à son avis, un égard suffisant envers ce qui a été une véritable tragédie européenne (7 à 8000 hommes et adolescents massacrés » (Rapport 2002, p. 52-53). En ce qui concerne les Kosovars, le Conseil d'Etat a eu la même approche : suspension des renvois par décision du 22 avril 1998, compte tenu de l'intensification du conflit ; différer le renvoi des personnes vulnérables ou en difficultés graves (mères seules avec enfants mineurs, personnes malades ou âgées) ou intervenir auprès des autorités fédérales lorsque le renvoi pouvait être considéré comme non-exigible (Rapport 2002, p. 53-54).

On relève en outre que dans son Rapport du 18 septembre 2003, publié au mois de décembre 2003, le Conseil d'Etat a répondu comme suit à une des questions posées par le député Philippe Leuba.

« **Première question** : Quels sont les principes qui dictent la politique d'asile du Canton, en particulier lorsqu'il n'applique pas les décisions fédérales en la matière ?

Réponse du Conseil d'Etat :

Les principes que suit le Conseil d'Etat sont décrits dans son rapport d'avril 2002 au Grand Conseil sur la politique d'asile du Canton de 1991 à 2001. Construits en fonction des événements qui ont marqué le domaine de l'asile durant la dernière décennie, caractérisée par les conflits successifs en ex-Yougoslavie, les principes en question fondent une pratique humanitaire et réaliste qui porte sur trois axes : l'accueil, le retour et la lutte contre les abus. En renvoyant au dit rapport pour ce qui est de l'articulation de l'action étatique sur ces trois axes, nous développerons ici le volet du retour et plus particulièrement celui des renvois des requérants d'asile déboutés. En la matière, le Conseil d'Etat entend appliquer le droit fédéral et les décisions des autorités fédérales, tout en ne perdant pas de vue que le fédéralisme concède une certaine liberté d'action aux cantons et qu'il est légitime de vouloir appliquer les décisions fédérales avec discernement. A ce propos, en adoptant, le 21 décembre 2001, une circulaire sur le traitement des cas personnels d'extrême gravité, les autorités fédérales elles-mêmes ont reconnu l'opportunité de régimes d'exception. Par effet de cette circulaire, l'ODR autorise actuellement les cantons à proposer des admissions provisoires même pour des requérants qui ont fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire et qui dès lors se trouvent en phase de renvoi, lorsque l'exécution de ce dernier serait considérée comme trop rigoureuse en raison, notamment, de la durée du séjour dans notre pays et de la bonne intégration sociale et professionnelle. Sur cette base, le canton de Vaud analyse les dossiers pouvant être soumis à l'ODR au regard des critères fédéraux. Dans ces circonstances, et en tenant compte des conditions qui empêchent la présentation d'un dossier dans le cadre de la circulaire, telles que l'existence d'une récente décision négative ou l'absence durable d'indépendance financière, il n'est pas étonnant que le nombre des cas soumis aux autorités fédérales soit relativement important puisque la pratique cantonale s'est de fait inspirée, avant l'heure, des mêmes critères de tolérance aujourd'hui admis par la Confédération. Aussi, depuis le début de l'année 2002, le Canton a déjà proposé les dossiers de 500 personnes et a obtenu pour l'instant 118 admissions provisoires. Pour ce qui est des dossiers refusés, le Canton n'aura guère d'autre choix que d'informer les personnes concernées qu'il a essayé de plaider au mieux leur cause auprès des autorités fédérales mais qu'il n'y a plus d'autres solutions pour eux que le retour dans leur pays. L'exécution du renvoi sera assurée par les autorités cantonales. Dans ce contexte, par décision du 9 avril 2003, le Conseil d'Etat a mis en œuvre un programme cantonal d'incitation au retour destiné à soutenir la réinstallation dans le pays d'origine des personnes devant quitter la Suisse. Ce programme s'adresse actuellement, soit à fin mai 2003, à 274 personnes. » (Rapport 2003, p. 35). On constate qu'à aucun moment l'usage des mesures de contrainte n'a été mentionné.

Au mois de juin 2004, répondant à une des questions du député Jean-Yves Pidoux, le Conseil d'Etat a dit expressément qu'il entendait poursuivre dans la voie qu'il a définie dans le Rapport au Grand Conseil sur la politique d'asile dans le canton de Vaud de septembre 2002.

La politique définie par le Conseil d'Etat a été soutenue par le Grand Conseil qui a, entre autres, voté les crédits demandés.

A notre sens, on ne saurait, d'un côté, affirmer de manière péremptoire que les autorités vaudoises ont agi de manière illégale, car la répartition des compétences prévue par la LA_{si} est elle-même problématique (loi imparfaite). En effet, il est de notoriété que dans le domaine du droit des étrangers en général et dans celui du droit d'asile en particulier, au vu du contexte socio-politique, et des circonstances historiques, les approches peuvent diverger entre un canton et la Confédération. Malgré cet état de fait, la LA_{si} institue quand même un système dans lequel la décision de renvoi est prise par l'office fédéral, mais l'exécution du renvoi (le cas échéant au moyen de mesures de contrainte) est assurée par le canton. C'est dire qu'il y a un flou inhérent aux normes fédérales en matière de renvoi. Au vu de la situation, les autorités vaudoises ont fait usage, au maximum, de la marge de manœuvre dont bénéficie le canton pour prendre en considération la situation particulière de groupes de personnes très spécifiques.

D'un autre côté, on constate que le canton n'était pas franchement à l'aise dans ses rapports avec les décisions fédérales, d'où ce souci de justifier sa démarche et d'expliquer les critères utilisés (lien confédéral, responsabilité morale, respect de la sécurité publique, conséquences financières, égalité de traitement, effet d'attraction du canton, conséquences pour le requérant, conséquences sur le plan économique, acceptabilité par la population) (Rapport 2002, p. 47-49).

Cela dit, à partir du moment où il s'agit d'une politique qui a été voulue par l'Exécutif, et approuvée par le Grand Conseil (voir à ce sujet la discussion du 8 octobre 2002 sur le Rapport 2002 sur la politique d'asile du canton de Vaud), il y a lieu d'admettre que la situation est légale, ou du moins qu'elle en a l'apparence. Partant, on ne saurait soutenir que les personnes étrangères concernées devaient se rendre compte que le comportement de

l'administration pouvait être vu comme n'étant pas en concordance avec le droit fédéral.

Au vu de ce qui précède, on considère que la seconde condition est réalisée.

34. D'après la troisième condition, les 378 doivent, se fondant sur le comportement de l'administration, avoir pris des dispositions qu'ils ne sauraient modifier sans subir un préjudice. A notre sens, cette condition est également remplie, car durant toutes ces années où leur présence était admise par les autorités vaudoises, les intéressés se sont intégrés, tant socialement que professionnellement. Ils ont ainsi construit une nouvelle existence, tissé des liens et créé un réseau d'amis, appris un métier, exercé un, voire plusieurs emplois. Leurs enfants ont été scolarisés ; et il n'est pas rare de constater que plusieurs d'entre eux ne parlent que le français et presque plus la langue de leurs parents. Ceux qui ont été traumatisés ont pu trouver, dans le canton de Vaud, un encadrement adéquat pour leur traitement. De manière globale, on peut s'attendre à ce qu'un renvoi forcé constitue pour eux un déracinement et les place dans une situation personnelle d'extrême rigueur. Cela dit, il y a lieu ici d'examiner chaque personne, chaque famille, afin de déterminer, avec rigueur et précision, le type et l'intensité du préjudice subi en cas de renvoi forcé.
35. La quatrième condition est l'absence de modification législative. A l'évidence, cette condition est remplie, car la LAsi n'a pas été modifiée depuis, étant précisé qu'une révision partielle est en cours.
36. Au regard de la cinquième condition, il y a lieu de déterminer si, s'agissant du dossier des 378, la compétence de l'administration vaudoise est donnée.

C'est sans doute la partie la plus délicate de l'analyse du problème sous l'angle de la protection de la bonne foi.

Comme on l'a exposé plus haut (ch. 2.1), en droit d'asile, les cantons ne bénéficient d'aucune compétence de fond en matière d'admission. Seule l'autorité fédérale est habilitée à dire si un étranger soumis au droit d'asile a ou non le droit de séjourner en Suisse. Sous cet angle, la cinquième condition

requis pour l'application du principe de la bonne foi n'est pas réalisée. C'est dire que les étrangers intéressés ne peuvent pas se prévaloir du principe de la protection de la bonne foi pour soutenir qu'ils ont le droit de séjourner en Suisse.

On a vu qu'en matière d'exécution et d'usage des mesures de contrainte, le canton est, par contre, seul compétent (voir à ce sujet art. 13b LSEE : « si une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité cantonale *compétente* peut, aux fins d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ci-après : (...) » ; art. 13c LSEE : « la détention est ordonnée par l'autorité du canton qui est *compétent* pour l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. ». Il n'est pas aisé de déterminer de manière claire si cette compétence suffit à admettre l'application des règles de la protection de la bonne foi. Sur ce point, deux conceptions entrent en opposition :

- D'un côté, en raison du lien fédéral (PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern, 2004, p. 327 ss, n° 25 ss), dite compétence ne saurait habiliter le canton à ne pas prendre de mesure d'exécution et de priver ainsi une décision fédérale de l'effet qu'elle vise. La décision de l'autorité fédérale reste de plein droit, elle demeure exécutoire. Dans ces conditions, une déclaration ou un comportement de l'autorité chargée uniquement de l'exécution ne peut lier l'autorité qui a pris la décision à exécuter.
- D'un autre côté, en attribuant au canton la compétence de procéder à l'exécution et, le cas échéant, de faire appel aux mesures de contrainte, la LA_{si} lui laisse une certaine marge de manœuvre. Suivant les circonstances, et eu égard au principe de la proportionnalité, le canton a le choix d'utiliser ou non ces mesures pour exécuter une décision fédérale de renvoi. Partant, même s'il n'est pas compétent pour accorder à l'étranger le droit de séjourner sur son territoire, le canton dispose d'une compétence en matière d'exécution du renvoi. Le non-usage de ces mesures signifie que l'étranger a la possibilité de poursuivre, de facto, son séjour sur le territoire cantonal.

A notre sens, compte tenu du fait que le droit d'asile est un domaine sensible tant du point de vue éthique que politique, il est illusoire de penser que l'on peut choisir entre l'une ou l'autre des deux interprétations en faisant abstraction du contexte socio-politique.

On considère, quant à nous, que la seconde interprétation, qui correspond à celle adoptée par le Conseil d'Etat, est celle qui doit primer, car l'argument du lien confédéral ne concerne que la relation entre la Confédération et l'Etat de Vaud. Or, ce qui nous intéresse ici ce n'est ni cette relation, ni la relation entre les 378 et la Confédération (droit de séjourner en Suisse), mais précisément les rapports juridiques entre le Canton de Vaud et ce groupe de requérants d'asile déboutés (exécution du renvoi). Dans cette optique, à partir du moment où les textes légaux prévoient expressément que le canton est seul compétent en matière d'exécution du renvoi, il y a lieu d'admettre que la cinquième condition requise est, dans ces limites, réalisée.

37. Au vu de ce qui précède, on estime que les cinq conditions requises par la protection de la bonne foi sont remplies, du moins s'agissant de la question de l'exécution du renvoi. En d'autres termes, au sujet des personnes concernées par la présente analyse, les autorités vaudoises ne sauraient procéder à l'exécution du renvoi sans violer le droit fondamental à la protection de la bonne foi. Mais il faut préciser que cette protection ne confère pas aux intéressés le droit de séjourner en Suisse, car pour ce qui est de l'admission, le canton n'est pas compétent et, partant, son comportement ne saurait lier la Confédération.

2.3. La nullité des décisions et leur contrôle préjudiciel

2.3.1. Les notions de nullité et de contrôle préjudiciel

38. Un acte nul ne doit pas être exécuté, ni sa violation sanctionnée, par quelque autorité que ce soit (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, volume II, Berne, 2002, p. 307). En outre, l'autorité a la compétence de constater d'office la nullité.
39. Il y a trois moyens pour faire constater la nullité : saisir l'autorité de recours, saisir l'autorité qui a rendu la décision ou la porter devant une tierce autorité, laquelle est compétente pour statuer

la nullité à titre préjudiciel (PIERRE MOOR, *op. cit.*, volume II, p. 307-308).

40. S'agissant de la nullité, c'est une sanction extrême, par rapport à l'annulabilité. Elle vise donc des cas extrêmes. Il faut, à cet effet, la réalisation de trois conditions :
- Le vice doit être grave en fonction de l'importance de norme violée. « La violation d'une norme constitutionnelle fondamentale, portant atteinte à la dignité humaine, celle d'une règle d'organisation procédurale essentielle, seront des causes de nullité » (PIERRE MOOR, *op. cit.*, volume II, p. 311).
 - Le vice est patent et manifeste.
 - L'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit.

2.3.2. La conséquence juridique pour les 378

41. On rappelle que la partie « Asile » de la circulaire Metzler définissait les critères permettant aux cantons de proposer l'admission provisoire. Elle donnait ainsi la possibilité d'engager une nouvelle procédure afin de procéder à une nouvelle analyse des dossiers litigieux. En particulier, il ne s'agissait nullement de la reprise de la procédure d'asile au sens strict du terme, car les problèmes relatifs à la qualité de réfugié et à l'octroi de l'asile n'étaient pas abordés. Au vu de l'objectif poursuivi, la procédure avait plutôt trait à la question de l'octroi de l'admission provisoire, cela au regard des critères liés essentiellement à l'intégration. L'enjeu était de taille pour les personnes intéressées, et pour le canton, car en cas de décision positive, l'étranger bénéficie d'un droit de présence *via* l'admission provisoire, et le canton reçoit à nouveau les forfaits financiers propres au régime du droit d'asile.
42. Pour l'ex-ODR, ainsi que le Département fédéral de justice et police, les refus prononcés en application de la circulaire Metzler ne sont pas des décisions au sens technique du terme. Il n'y a donc pas de recours possible. La Commission de recours en matière d'asile (CRA) et le Tribunal fédéral ont été saisis, mais ces deux instances ont déclaré qu'elles étaient *matériellement* incompétentes (Décision de la CRA du 7 octobre

2002 ; ATF 2A.170/2003 du 24 avril 2003). Elles ne se sont toutefois pas prononcées sur la nature décisionnelle ou non du refus de l'ex-ODR (aspect *fonctionnel* de la recevabilité).

43. En outre, il est également constant que l'ex-ODR n'a jamais motivé de quelque manière que ce soit ses refus.
44. Dès lors, on doit se poser la question de savoir si on est ici en présence d'un cas de nullité.
45. On rappelle que dans son avis de droit du 8 septembre 2004 (Asyl 2004/4, p. 18 ss), le Professeur Pierre Moor a relevé que le refus de l'ex-ODR était une décision au sens technique du terme, donc susceptible de recours. Il a démontré, point par point, que les arguments invoqués par l'ex-ODR, ainsi que le Département fédéral de justice et police n'étaient pas fondés.
46. A notre sens, il faut distinguer entre les décisions de l'ex-ODR et celles du DFJP.
47. S'agissant des premières, l'absence de motivation, et le fait que les voies de droit n'aient pas été indiquées constituent des violations du droit d'être entendu (art. 29 Cst.). Même si le Tribunal fédéral considère que ce droit est de nature formelle (ATF 121 Ia 232 ; ATF 120 Ib 383), il n'est pas exclu, dans des circonstances particulières, qu'une éventuelle violation puisse être réparée devant l'autorité de recours (théorie de la guérison ; voir à ce sujet LORENZ KNEUBÜHLER, *Die Begründungspflicht*, Bern-Stuttgart-Wien, 1998, p. 212 ss ; BENOIT BOVAY, *op. cit.*, p. 241 ss). Comme il n'existe aucune voie de droit, et donc aucune possibilité de 'guérison', les décisions de l'ex-ODR demeurent viciées.
48. En ce qui concerne les décisions d'irrecevabilité du DFJP, on considère qu'elles sont nulles pour les raisons suivantes :
 - Dans un Etat de droit, l'existence d'une voie de recours est un des éléments essentiels du droit de la procédure administrative, car elle permet d'assurer la protection juridique des particuliers, le contrôle de l'application du droit, ainsi que la protection des fondements de l'Etat de droit, et de la démocratie (ULRICH ZIMMERLI, WALTER KÄLIN, REGINA

KIENER, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne, 2004, p. 4).

Dénier au refus de l'office fédéral le caractère d'une décision, c'est au fond priver les personnes intéressées, et le canton du droit de recourir pour faire contrôler la validité formelle et matérielle de dit refus.

Or, depuis 1877 déjà, le Tribunal fédéral admet que le droit d'obtenir justice est un droit fondamental (ATF 3, 425). Et l'autorité commet un déni de justice formel si elle refuse d'entrer en matière (ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume II, Berne, 2000, p. 566 ; voir également BENOIT BOVAY, *Procédure administrative*, Berne, 2000, p. 244 ss ; ULRICH ZIMMERLI, WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, *op. cit.*, 2004, p. 6).

- En outre, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, on considère qu'il y a là une violation de l'article 13 CEDH qui oblige les Etats à instituer des recours effectifs dans les cas où un particulier invoque qu'une autorité l'a lésé dans l'un de ses droits ou libertés tels que consacrés par la Convention (art. 3 et 8 CEDH pour ce qui nous concerne). Il est à préciser que l'article 13 CEDH est *self executing* (ATF 111 Ib 68). L'application de l'article 13 CEDH suppose que l'individu se prétende à cette disposition de manière plausible et défendable victime d'une violation des droits reconnus par la Convention (arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme Kudla c. Pologne, 26 octobre 2000, Rec., 2000-XI, RTDH, 2002, 179 ; Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A, vol. 116 ; Silver c. Grande-Bretagne, 25 mars 1983, série A, vol. 61).
 - C'est dire que les décisions d'irrecevabilité prises par le DFJP sont des violations d'une norme constitutionnelle fondamentale et celles d'une règle d'organisation procédurale essentielle. Elles sont donc nulles et peuvent être contrôlées préjudiciellement par le canton dans la mesure où il est compétent pour procéder à leur exécution.
49. Cela dit, il existe un problème de taille. Ce n'est qu'à de rares occasions que le DFJP a été saisi à la suite du refus de l'ex-ODR. Formellement, on ne peut parler de décisions du DFJP

frappées de nullité que dans la mesure où cette autorité a été saisie par un recours. A défaut, on ne saurait affirmer qu'il a commis un déni de justice formel. En bonne logique, on doit procéder par étapes :

- Tout d'abord, s'agissant des 378, le canton ou les personnes intéressées doivent déposer un recours contre les refus de l'ex-ODR, cela dans un délai de 30 jours dès la connaissance du motif de nullité (on applique ici le principe de la bonne foi).
 - Si le DFJP refuse d'entrer en matière, la décision d'irrecevabilité pour cause d'absence de compétence fonctionnelle est nulle, ce qui ouvre la voie du contrôle préjudiciel.
 - En raison de leur nullité, les décisions négatives du DFJP ne déploient aucun effet juridique et le canton n'est pas tenu de les exécuter.
50. A notre sens, compte tenu de la prise de position très claire du DFJP, il est absurde d'exiger le dépôt d'un recours pour chacun des cas litigieux, puis, au vu des décisions d'irrecevabilité, que le canton statue à titre préjudiciel pour ne pas exécuter le renvoi.
51. C'est pourquoi, la solution la plus adéquate nous paraît être celle-ci :
- La position du DFJP étant déjà connue, il n'y a pas lieu de recourir.
 - Partant, aussi longtemps que le DFJP refuse de voir dans le refus de l'ex-ODR une décision susceptible de recours (compétence fonctionnelle), le canton est habilité à soutenir qu'il s'agit là d'un cas de déni de justice formel.
 - Dès lors, le canton ne saurait prendre le risque de renvoyer des personnes qui pourraient, contrairement à l'avis de l'ex-ODR, se trouver dans une situation de détresse personnelle grave au sens de la circulaire Metzler. Il est ainsi en droit de différer l'exécution du renvoi, jusqu'à ce que le DFJP daigne admettre l'existence d'une voie de recours.

2.4. *La compétence du canton de proposer l'admission provisoire*

2.4.1. La portée de l'article 14b, alinéa 1 LSEE en droit d'asile

52. La LSEE et la LAsi prévoient, à plusieurs endroits, la possibilité pour le canton de proposer l'admission provisoire.

Selon l'article 14b, alinéa 1 LSEE « l'admission provisoire peut être proposée par (...) l'autorité cantonale de police des étrangers ».

D'après l'article 44, alinéa 5 LAsi, « avant de rejeter une demande d'asile, l'office ou la commission de recours donne la possibilité au canton de demander, dans un délai raisonnable, l'admission provisoire ou l'exécution du renvoi. »

L'article 46, alinéa 2 LAsi a la teneur suivante : « s'il s'avère que l'exécution du renvoi n'est pas possible, le canton demande à l'office d'ordonner l'admission provisoire ». Au sujet de cette disposition, le Message du Conseil fédéral (FF 1996 II 65-66) relève ce qui suit : « L'impossibilité du renvoi ou de l'expulsion est comprise, en droit d'asile comme en droit des étrangers, comme une notion coiffant l'illicéité, l'impossibilité de l'exiger et l'impossibilité matérielle de l'exécution. Or l'exécution de cette disposition montre que l'impossibilité résulte avant tout de facteurs matériels – non décelables au moment de la prise de la décision de renvoi – qui consistent, par exemple, en l'absence de moyens de transport, en l'impossibilité d'obtenir des documents de voyage ou en la fermeture de frontières. Par ailleurs, l'ODR et la CRA examinent, lorsqu'ils prennent une décision, la question de savoir s'il est licite et possible d'exiger l'exécution du renvoi ; aussi les cantons ne peuvent-ils plus se prononcer à ce sujet. Pour cette raison, il nous semble opportun de tenir compte de cette situation et d'insérer désormais le terme de 'pas possible' dans le texte de la loi. »

53. Les articles 44, alinéa 5 et 46, alinéa 2 LAsi ne trouvent application qu'en droit d'asile. En outre, s'agissant de la première disposition, elle intervient à un moment précis de la procédure, savoir avant que l'office ou la commission de recours ne rejette la demande d'asile et pour un motif particulier : la détresse personnelle grave. Quant à la seconde, elle vise l'impossibilité du retour (JICRA 2002 n° 17, p. 140-141).
54. De par sa teneur, l'article 14b, alinéa 1 LSEE a un champ d'application plus vaste que les deux articles mentionnés plus haut. Il n'y a aucune limitation ni quant au moment où le canton

peut intervenir, ni quant au motif d'admission provisoire (voir JAAC 62.52 où il est question de la licéité du renvoi d'un Sri Lankais).

55. Mais, compte tenu du fait qu'il figure dans la LSEE, et non dans la LAsi, on doit déterminer s'il peut être invoqué en droit d'asile.
56. A suivre certains auteurs, la réponse est négative, car ils considèrent qu'en droit d'asile, un canton ne peut proposer un cas à l'Office fédéral des migrations, en vue de l'admission provisoire, que dans la mesure où le renvoi est impossible ou dans l'hypothèse de l'article 44, alinéa 5 LAsi (MARTINA KAMM, DENISE EFIONAYI-MÄDER, ANNA NEUBAUER, PHILIPPE WANNER, FABIENNE ZANNOL (avec la collaboration de ANNIKA FAUCK), *Admis mais exclu ? L'admission provisoire en Suisse*, Berne, 2003, p. 33 ss). Ils s'appuient à cet effet sur l'article 17, alinéa 1 OERE qui est libellé comme suit : « lorsque l'office fédéral a statué en matière d'asile et de renvoi, les autorités compétentes ne peuvent demander une admission provisoire que si l'exécution du renvoi est impossible. Demeure réservé l'art. 33, al. 7, de l'ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile ». En outre, le passage du Message du Conseil fédéral cité plus haut (n° 52) plaiderait également en ce sens.
57. A notre sens, les limites fixées à l'article 17, alinéa 1 OERE sont discutables, car elles restreignent de manière excessive la compétence des cantons de proposer l'admission provisoire. On expose ci-après plusieurs arguments qui montrent que le libellé de l'article 17, alinéa 1 OERE est contraire à la teneur de l'article 14b, alinéa 1 LSEE :
- Tout d'abord, il n'y a, dans la LAsi, aucune disposition qui interdit, de manière explicite, au canton de proposer l'admission provisoire en raison de l'illicéité ou de l'inexigibilité du renvoi.
 - Ensuite, à lire attentivement le Message du Conseil fédéral (FF 1996 II 65-66), l'article 46, alinéa 2 LAsi empêchent les cantons de se *prononcer* sur l'illicéité ou l'inexigibilité du renvoi, et non de *proposer* à l'office fédéral d'accorder l'admission provisoire sur la base de ces motifs d'inexécution. On rappelle que selon l'ancien droit, le canton pouvait, à certaines conditions, octroyer une autorisation de séjour à un requérant d'asile lorsque quatre ans au moins s'étaient

écoulés depuis le dépôt de la demande d'asile. A notre sens, c'est cela qui n'est plus possible avec la LAasi actuellement en vigueur, et non la compétence de proposer l'admission provisoire.

- On observe que l'article 44, alinéa 2 LAasi renvoie aux articles 14a ss LSEE en ces termes : « si l'exécution du renvoi n'est pas possible, est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'office règle les conditions de résidence conformément aux dispositions de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) relatives à l'admission provisoire. » La LAasi n'exclut donc ni de manière expresse, ni de manière implicite l'application de l'article 14b, alinéa 1 LSEE. Au contraire, le renvoi général signifie que dans la perspective de la LAasi, l'article 14b, alinéa 1 LSEE a pleinement sa place.

- En outre, les articles 14a ss LSEE ont été introduits en 1986 (FF 1986 I 14 ss). Malgré leur ancrage dans la LSEE, ils ont été adoptés essentiellement en vue d'instaurer, selon la conception traditionnelle, un régime de substitution aux renvois de requérants d'asile déboutés (NICOLAS WISARD, *op. cit.*, p. 357) ; en réalité, compte tenu de l'usage qui en a été fait de l'institution de l'admission provisoire, on est plutôt en présence d'un régime de protection qui est subsidiaire par rapport à celui du réfugié reconnu (WALTER KÄLIN, *Die Menschenrechtlichen Grundlagen des Flüchtlingsschutzes*, intervention du 12 octobre 2004, Symposium sur le droit d'asile, HCR-OSAR, p. 5 ss).

- En doctrine, on considère également que l'article 14b, alinéa 1 LSEE trouve application en droit d'asile. Tel est par exemple le cas de Walter Stöckli, président de chambre à la Commission de recours en matière d'asile. Dans la partie consacrée au droit d'asile de l'ouvrage collectif intitulé *Ausländerrecht*, il mentionne expressément l'article 14b, alinéa 1 LSEE dans le chiffre 8.81 portant notamment sur la question de la compétence des autorités habilitées à proposer l'admission provisoire : « Dementsprechend kann auch nur eine Behörde, die für die Durchführung der Entfernungsmassnahme zuständig wäre, eine solche Ersatzmassnahme beantragen (Bundesamt für Ausländerfragen, Bundesanwaltschaft, kantonale Fremdenpolizeibehörden ; *Art. 14b Abs. 1 ANAG* – c'est nous qui

souignons) beziehungsweise verfügen (Bundesamt für Flüchtlinge ; Art. 14a Abs. 1 ANAG) » (WALTER STÖCKLI, *Asyl*, in : *Ausländerrecht*, Basel-Genf-München, 2002, ch. 8.81, p. 352).

- L'article 14b, alinéa 1 LSEE est donc applicable également en droit d'asile. Compte tenu du fait qu'il a le rang d'une loi au sens formel, il prime sur l'article 17, alinéa 1 OERE, car ce dernier a un rang inférieur (ordonnance émanant du Conseil fédéral). Autrement dit, l'exécutif ne saurait, dans une ordonnance, restreindre le champ d'application d'une norme de rang légal, sans violer la loi.
- Au regard des garanties internationales, il nous paraît erroné de ne pas reconnaître au canton la compétence de proposer l'admission provisoire en raison de l'illicéité du renvoi. En effet, les garanties qui protègent un étranger contre le refoulement sont des composantes de la liberté personnelle. Elles ont valeur de droit constitutionnel imprescriptible et inaliénable (JICRA 1995 n° 9). Dès lors qu'au stade de l'exécution du renvoi des éléments pertinents rendent, par exemple, l'exécution contraire à un droit imprescriptible (notamment le principe de non-refoulement au sens de l'article 3 CEDH, ou de l'article 3 de la Convention de l'ONU contre la torture), l'autorité cantonale d'exécution doit avoir la possibilité de saisir l'office fédéral et requérir l'admission provisoire pour cause d'illicéité du renvoi (WALTER KÄLIN, *Grundriss des Asylverfahrens*, Basel, p. 194 ; *le même*, *Das Verhältnis zwischen Wegweisungsentscheid und fremdpolizeilichen Verfahren*, in : *Asyl 1992/2+3*, p. 31). MARIO GATTIKER, ne dit pas autre chose. Même s'il considère que les cantons « ne peuvent pas procéder à un réexamen matériel de la licéité ou de l'exigibilité du renvoi », il apporte cependant la précision suivante : « les autorités cantonales sont toutefois, elles aussi, liées par le principe de non-refoulement. Si elles ont connaissance de l'existence ou d'indices de dangers non encore vérifiés mais probables en cas de refoulement, elles ont le pouvoir et le devoir de soumettre la question aux autorités d'asile et de différer d'autant l'exécution du renvoi. » (MARIO GATTIKER, *La procédure d'asile et de renvoi*, Berne, 1999, p. 34).
- Mis à part ce qui précède, le canton a un intérêt digne de protection à pouvoir proposer l'admission provisoire et, en cas de décision négative de l'office fédéral, à recourir. En

effet, le remboursement forfaitaire des frais d'assistance par la Confédération dépend de l'octroi ou non d'une admission provisoire (JICRA 2002 n° 17, p. 140 ss ; voir également l'art. 14c, al. 5 LSEE : « pour chaque étranger admis provisoirement, la Confédération verse au canton le forfait prévu à l'art. 83 al. 1 lit. a LAsi »). Il y a donc un intérêt financier évident qui est en jeu. C'est pourquoi, limiter la compétence de proposer l'admission provisoire uniquement en cas d'impossibilité du renvoi, comme le postule l'article 17, alinéa 1 OERE, c'est au fond priver le canton de la faculté de réduire les charges financières qu'il doit assumer, alors qu'un renvoi paraît illicite ou inexigible.

- De plus, il est constant que l'étranger intéressé a la possibilité de demander le réexamen de son cas (voie de droit extraordinaire) en invoquant par exemple l'illicéité ou l'inexigibilité du renvoi. Partant, on voit mal comment il est interdit au canton de faire ce qui est admissible pour le requérant d'asile débouté, dès lors que le premier dispose également d'un intérêt digne de protection.
- Enfin, dans le cadre de la circulaire « Metzler », les cantons avaient la possibilité de proposer l'admission provisoire. Au vu des motifs pouvant être invoqués, il ne s'agissait ni de l'impossibilité du renvoi ni d'un cas d'application de l'article 44, alinéa 5 LAsi. C'est dire que l'interdiction de l'article 17, alinéa 1 OERE est, en pratique, très relative.

58. Au vu de ce qui précède, on considère que le canton a la faculté de proposer (et non d'accorder) l'admission provisoire s'il estime que le renvoi est impossible, illicite, inexigible ou place le requérant d'asile débouté dans une situation de détresse personnelle.

2.4.2. La conséquence juridique pour les 378

59. S'agissant du cas d'espèce, le Groupe d'analyse a été créé à l'initiative du Conseil d'Etat.
60. A l'issue de sa première réunion, il semble que ce groupe ait accepté d'examiner non seulement la question de l'accompagnement au retour, mais également sa faisabilité.

61. On pourrait en déduire que le canton a pris la décision d'examiner tous les dossiers au regard de l'ensemble des motifs pouvant conduire à l'admission provisoire (impossibilité, illicéité, inexigibilité, détresse personnelle grave) afin de déterminer s'il y a lieu ou non de proposer l'admission provisoire à l'ODM.
62. On rappelle qu'il n'est pas question ici pour le canton de statuer sur le fond, faute de compétence. Les dossiers sont examinés uniquement dans l'optique d'une transmission ou non à l'ODM.
63. En l'état actuel des choses, il nous est impossible de nous prononcer, dans le cadre de ce présent avis de droit, sur chacun des dossiers des 378 personnes concernées.
64. Par contre, on peut d'ores et déjà faire les observations suivantes :
 - Pour une partie des dossiers concernant plus de 170 personnes, la procédure est toujours pendante devant la Commission de recours en matière d'asile, et les intéressés bénéficient de l'effet suspensif. A notre sens, il serait opportun qu'ils fassent valoir eux-mêmes les arguments relatifs à l'illicéité ou encore à l'inexigibilité du renvoi. Le rôle du canton pourrait, dans ces cas, consister à appuyer les éléments présentés par les intéressés, dès lors qu'il est dans son intérêt (financier entre autres) qu'ils obtiennent l'admission provisoire.
 - Dans certains dossiers, on trouve une décision négative rendue, récemment, sur recours, par la CRA. Dès lors que cette autorité vient d'examiner de manière complète le cas, il ne nous paraît pas indispensable qu'il soit à nouveau analysé en vue de la proposition de l'admission provisoire, à moins d'alléguer des faits nouveaux pertinents.
 - Il faut préciser que le Groupe de travail mixte (GTM) a procédé à une étude complète des dossiers au regard des critères de la circulaire Metzler. Comme il s'agit d'une application par analogie de l'article 44, alinéa 3 LAsi, il n'y a aucun sens à refaire le même travail au motif que ce n'est plus dite circulaire qui est invoquée, mais la disposition légale. Comme précédemment, il faut réserver le cas des faits nouveaux pertinents.

- C'est dire que le nombre de dossiers à analyser en vue de la proposition de l'admission provisoire à l'ODM pour des motifs relevant de l'impossibilité, de l'illicéité ou de l'inexigibilité du renvoi devrait être limité.

2.5. **La Convention internationale des droits de l'enfant**

65. S'agissant des 378, la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après : CDE) présente un double intérêt. Elle permet au canton de proposer l'admission provisoire pour cause d'illicéité du renvoi si les droits qu'elle prévoit sont violés. En outre, la CDE est susceptible de faire obstacle à l'usage des mesures de contrainte lorsque cela porte atteinte aux droits de l'enfant.
66. La CDE accorde à une personne mineure un ensemble de droits et de libertés de nature civile, politique, sociale, économique et culturelle. Elle consacre pour la première fois l'enfant sujet de droit (ALSTON PHILIP, *Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant*, in : *Bulletin des droits de l'homme* 1991, p. 1 ; S. COSSY, *Le statut du requérant d'asile mineur non accompagné dans la procédure d'asile*, Lausanne, 2000, p. 205 ss ; HAUSAMMANN CHRISTINA, *Die Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Auswirkungen auf die schweizerische Rechtsordnung*, Bern, 1991). Selon l'article 3, alinéa 1 CDE, « dans toutes décisions concernant les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cet intérêt se définit par le fait de lui reconnaître certains droits et de dégager l'individualité et la spécificité de l'enfant. Il impose en outre de tenir compte des besoins différents des enfants jusqu'à leur majorité. A cela, il convient d'ajouter le principe de la survie et du développement de l'enfant. L'article 6, alinéa 1 CDE prévoit que les Etats reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie. Ce droit ne se limite pas seulement à l'existence physique mais il garantit également l'ensemble des fonctions corporelles et morales nécessaire à l'existence (pour toutes ces questions voir S. COSSY, *op. cit.*, p. 209 ss).

67. Le Comité des droits de l'enfant, l'organe chargé de surveiller la façon dont les États s'acquittent des obligations qu'ils ont contractées au titre de la Convention relative aux droits de l'enfant, a promulgué plusieurs textes dont notamment les « Observations générales » (ci-après : OG).
68. Deux d'entre elles sont particulièrement importantes pour le présent cas, savoir l'Observation générale n° 4 (2003) intitulée « La santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant », et l'Observation générale n° 5 (2003) « Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 3, 42 et 44, par. 6) ».
69. Au vu de leur portée, on se permet de citer de larges extraits :
- « Lorsqu'un État ratifie la Convention relative aux droits de l'enfant, il s'engage en vertu du droit international à l'appliquer. L'application est le processus par lequel les États parties prennent des mesures pour assurer l'exercice de tous les droits consacrés par la Convention à tous les enfants relevant de leur juridiction. L'article 4 fait obligation aux États parties de prendre «toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires» pour assurer l'application des droits contenus dans la Convention. » (OG, n° 5, p. 2, § 1).
 - « (...) Dans le contexte de la Convention, les États sont tenus de considérer leur rôle comme consistant à s'acquitter d'obligations juridiques claires envers chaque enfant. La mise en œuvre des droits fondamentaux des enfants ne doit pas être perçue comme un acte de charité envers eux. » (OG, n° 5, p. 4, § 11).
 - « L'émergence d'une démarche fondée sur les droits de l'enfant dans toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires est nécessaire si l'on veut appliquer d'une manière effective et intégralement la Convention, en particulier, dans l'optique des dispositions suivantes qui ont été mises en évidence par le Comité en tant que principes généraux:

Article 2: Obligation pour les États de respecter les droits qui sont énoncés dans la Convention et de les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans discrimination aucune (...).

Article 3 1): L'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants. Cet article vise les décisions prises par «les institutions publiques ou privées de protection sociale, les tribunaux, les autorités administratives ou les

organes législatifs». Le principe énoncé requiert des mesures d'intervention de la part de toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires. Chaque institution ou organe législatif, administratif ou judiciaire est tenu de se conformer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en se demandant systématiquement comment les droits et les intérêts de l'enfant seront affectés par ses décisions et ses actes ; par exemple, par une loi ou une politique proposée ou déjà en vigueur, une mesure administrative ou une décision judiciaire, y compris celles qui n'intéressent pas directement les enfants mais peuvent avoir des répercussions sur eux.

Article 6: Droit inhérent de tout enfant à la vie et obligation pour les États parties d'assurer dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant. Le Comité attend des États qu'ils interprètent le terme «développement» au sens le plus large et en tant que concept global, embrassant le développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social. Les mesures d'application devraient viser à assurer le développement optimal de tous les enfants.

Article 12: Droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur «toute question l'intéressant» et à ce que ses opinions soient dûment prises en considération (disposition self executing selon le Tribunal fédéral ; ATF 124 III 90 et SJ 2004 I 581). Ce principe, qui met en exergue le rôle de l'enfant en tant que participant actif à la protection et à la surveillance de ses propres droits, s'applique également à toutes les mesures adoptées par l'État pour appliquer la Convention (...) »(OG, n° 5, p. 4ss, § 12).

- « Pour garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants (par. 1 de l'article 3) et que toutes les dispositions de la Convention soient respectées dans la législation et au stade de l'élaboration et de l'exécution des politiques à tous les niveaux de gouvernement, il faut qu'existe un processus permanent d'analyse des effets des décisions sur les enfants (qui prévoit les effets de toute proposition de loi, de politique ou de crédits budgétaires touchant les enfants et l'exercice de leurs droits) et d'évaluation de ces effets (évaluation des effets concrets de l'application des décisions). Ce processus doit être intégré dans le gouvernement à tous les niveaux et le plus précocement possible dans les dispositifs d'élaboration des politiques. » (OG. n° 5, p. 12, § 45).

S'agissant des adolescents, voici ce que dit le Comité des droits de l'enfant :

- « L'adolescence est une période caractérisée par une évolution rapide sur les plans physique, intellectuel et social, y compris dans le domaine des relations sexuelles et de la capacité de procréer, du fait que l'acquisition progressive de la capacité à assumer des comportements et des rôles propres aux adultes implique de nouvelles responsabilités qui nécessitent l'acquisition de connaissances et de compétences

nouvelles. Si les adolescents sont généralement considérés comme un groupe de population en bonne santé, ils se trouvent à une période de leur vie où leur santé ou leur épanouissement peuvent être sérieusement compromis car ils sont relativement vulnérables et incités par la société, et notamment par leurs pairs, à adopter des comportements à risque. Ils doivent en outre construire leur personnalité et gérer leur sexualité. Ce passage à l'âge adulte correspond aussi, en général, à une période de changements positifs favorisés par la grande capacité d'apprentissage dont ils font preuve, par leur aptitude à découvrir des situations nouvelles et variées, à façonner et à exercer leur sens critique, à prendre goût à la liberté, à faire preuve de créativité et à se faire des amis. » (OG, n° 4, p. 1, § 2).

- « Dans l'exercice des obligations qui leur incombent de favoriser la santé et l'épanouissement des adolescents, les États parties doivent toujours tenir pleinement compte des quatre principes généraux de la Convention. De l'avis du Comité, les États parties doivent prendre toutes les mesures nécessaires d'ordre législatif, administratif ou autres, pour garantir aux adolescents l'exercice de leur droit à la santé et à l'épanouissement qui est reconnu dans la Convention et veiller à son application » (OG, n° 4, p. 12, § 39).

70. En ce qui concerne les 378, il y a lieu tout d'abord d'identifier les enfants et jeunes gens jusqu'à l'âge de 18 ans révolus.
71. A partir du moment où le Groupe d'analyse a pris, semble-t-il, la décision d'examiner également la question de la faisabilité du retour, on considère que pour les dossiers où il y a un enfant mineur, il est indispensable de procéder à une analyse de fond afin de déterminer si les exigences de la CDE sont respectées.
72. Dans le domaine des mesures de contrainte, la loi interdit expressément la mise en détention en phase préparatoire ou en vue du refoulement à l'encontre d'enfants et d'adolescents de moins de 15 ans révolus (art. 13c al. 3 2^{ème} phr. LSEE), ce qui signifie que, théoriquement, une personne mineure ayant entre 16 et 18 ans est susceptible d'être visée par de telles détentions. Mais en pratique les autorités vaudoises ne soumettent pas les mineurs aux mesures de contrainte.
73. Cela dit, lorsque les autorités décident d'appliquer les mesures de contrainte à l'encontre d'une famille, elles s'en prennent à l'un des parents, plus précisément au père. En pareille hypothèse, même si ce n'est pas la personne mineure qui est visée par la détention, elle en subit indéniablement les conséquences. C'est pourquoi, eu égard aux exigences de la

CDE, il est indispensable, pour chaque cas, d'analyser les effets de la détention du parent sur les enfants.

2.6. *L'analyse du problème sous l'angle de la révision partielle de la LAsi*

74. La LAsi subit actuellement une révision partielle. Après le passage devant le Conseil national, le projet a été examiné par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats. Cette autorité a non seulement décidé de supprimer l'admission à titre humanitaire votée par le Conseil national mais a également repris les mesures de durcissement supplémentaires proposées par le chef du Département fédéral de justice et police. Cela dit, elle a introduit une nouvelle possibilité de régularisation qui déroge au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile.

Il s'agit de l'article 14 projet-LAsi CIP-CE dont la teneur est la suivante :

« Sous réserve de l'approbation de l'office, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la présente loi, si les trois conditions suivantes sont réunies :

- a. la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans au moment du dépôt de la demande d'asile ; et
- b. le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités ; et
- c. il existe un cas personnel d'extrême gravité en raison d'intégration poussée.

« Lorsqu'il entend faire usage de cette possibilité, le canton le signale immédiatement à l'office. La personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation de l'office. »

75. Il est difficile de savoir si ce nouveau système entrera ou non en vigueur. Si tel était le cas, probablement le 1^{er} janvier 2006, ce serait une opportunité pour le Canton de Vaud de représenter les dossiers en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour.

Conclusions

Au vu de ce qui précède, voici nos conclusions :

- Moyennant le maintien de l'interprétation adoptée jusqu'à maintenant par le Conseil d'Etat, il est possible de considérer que le régime de la protection de la bonne foi est applicable à la situation des 378 dans leur relation avec l'Etat de Vaud. Il signifie que le canton ne peut pas, au risque de se contredire, procéder à l'exécution du renvoi sans violer le droit fondamental à la protection de la bonne foi.
- Les décisions négatives prises par l'office fédéral dans le cadre de la procédure particulière prévue par la circulaire Metzler sont viciées. En outre, aussi longtemps que le DFJP persiste à considérer qu'il n'y a pas de décision susceptible d'être attaquée par un recours devant lui (compétence fonctionnelle), le canton est en droit de ne pas procéder au renvoi.
- Le Groupe d'analyse ayant accepté, semble-t-il, d'examiner la question de la faisabilité du renvoi, on considère qu'il y a lieu de faire appel à la possibilité prévue à l'article 14b, alinéa 1 LSEE. Cela veut dire concrètement que plusieurs dossiers devront être examinés à l'aune des dispositions sur les obstacles au renvoi, afin de déterminer s'il y a lieu ou non de proposer à l'ODM d'accorder l'admission provisoire. C'est dans ce contexte qu'il y a lieu de prendre en considération les exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant.
- Enfin, en raison de la révision partielle de LAsi, plus particulièrement de l'introduction de l'article 14 projet-LAsi par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats, on estime qu'il est judicieux d'attendre l'entrée en vigueur de cette disposition et de saisir les possibilités nouvelles qu'elle offrira.

Vevey, le 4 mars 2005

Minh Son NGUYEN, av.
Chargé de cours à la faculté de droit de l'UNIL