

**Note à :** Monsieur Jean-Claude Mermoud, Chef du Département IRE

**De :** SPOP

**Date :** 31.03.2005

**Concerne :** L'avis de droit de Me NGUYEN sur la conformité du renvoi des « 378 »

---

### 1. But de la note

Vous proposer une analyse juridique de l'avis de droit de Me NGUYEN.

### 2. Contexte

Me NGUYEN a été mandaté par l'Eglise évangélique réformée du Canton de Vaud, l'Eglise Catholique et la Communauté israélite pour examiner si le renvoi du groupe des « 378 » requérants d'asile déboutés est conforme au droit.

### 3. Analyse

L'avis de droit de Me NGUYEN commence par un rappel des faits qui ont conduit à la situation actuelle, sur lesquels il ne paraît pas nécessaire de revenir, mis à part pour préciser que l'admission provisoire collective des ressortissants kosovars dont il est fait allusion au paragraphe 5 a duré d'avril à août 1999 seulement, et non pendant deux ans. L'analyse juridique de Me NGUYEN se divise ensuite en six thèmes, qu'il convient de reprendre point par point.

#### 3.1. « La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en droit d'asile » (paragraphe 18 et suivants)

Dans ce chapitre, Me NGUYEN constate que la compétence pour reconnaître la qualité de réfugié, octroyer l'asile ou prononcer l'admission provisoire appartient uniquement aux autorités fédérales, en vertu des art. 25 et 44 de la loi sur l'asile (LAsi), de même que le prononcé du renvoi (art. 44 al. 1 LAsi). Pour leur part, les cantons assurent l'exécution du renvoi (art. 46 LAsi).

Me NGUYEN voit toutefois dans l'art. 46 LAsi un « devoir d'ordre », dans la mesure où il n'existe pas de sanction juridique directe, mais simplement une « conséquence de type financier » (arrêt du remboursement des frais d'assistance). Dès lors, selon lui, il n'y aurait aucune obligation pour le canton d'exécuter le renvoi et celui-ci pourrait donc, en cas de désaccord avec les autorités fédérales sur une décision de renvoi, permettre à l'intéressé de rester *de facto* dans le canton, « sans pour autant être mis au bénéfice d'un droit de présence ».

A l'appui de cette conclusion, Me NGUYEN cite l'ouvrage de Nicolas WISARD. Cet auteur admet pourtant ensuite que « *toutefois, il convient de souligner que l'absence de sanction formelle ne doit pas être interprétée comme une incitation à l'inexécution, soit à l'illégalité ; elle permet simplement de comprendre pourquoi peuvent être aujourd'hui pratiqués des « moratoires » dans l'exécution de certains renvois sans*

*que les autorités fédérales puissent intervenir efficacement* » (WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, p. 199).

Les conclusions de Me NGUYEN, à savoir non seulement qu'il n'existe aucune sanction formelle en cas de non exécution par le canton d'une décision de renvoi, mais encore qu'une telle absence autoriserait le canton à ne pas mettre en œuvre les décisions fédérales lorsqu'elles ne correspondent pas à ses attentes, sont surprenantes.

A ce sujet, il nous semble que le passage de l'ouvrage de N. WISARD cité par Me NGUYEN doit être replacé dans son contexte. En effet, il constatait que le législateur a renoncé à insérer une sanction directement applicable par l'Office fédéral des réfugiés en cas d'inaction du canton à exécuter les décisions fédérales, qui avait été proposée par un groupe de Conseillers nationaux.

L'exécution des décisions fédérales par les cantons est une obligation clairement inscrite dans la Constitution fédérale à son art. 44 :

- Al. 1 : La Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux.*
- Al. 2 : Ils se doivent respect et assistance. Ils s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire.*
- Al. 3 : Les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation.*

La constitution vaudoise rappelle cette obligation à son art. 5 :

- Al. 1 : Le canton collabore avec la Confédération, les autres cantons, les régions voisines et les autres Etats ou leurs populations. Il est ouvert à l'Europe et au monde.*

L'art. 7 de la Constitution vaudoise énonce ensuite le principe de l'activité de l'Etat régie par le droit :

- Al. 1 : Le droit est le fondement et la limite de l'activité étatique.*
- Al. 2 : Cette activité est exempte d'arbitraire et répond à un intérêt public ; elle est proportionnée au but visé. Elle s'exerce conformément aux règles de la bonne foi et de manière transparente.*
- Al. 3 : Toute activité étatique respecte le droit supérieur.*

Ainsi, le canton a une **obligation constitutionnelle** générale de respecter les décisions fédérales, d'assister la Confédération dans ses tâches et de collaborer avec elle. Il doit respecter le droit fédéral et le mettre en œuvre. Le canton est donc tenu de par sa propre Constitution et de par la Constitution fédérale d'exécuter les décisions fédérales.

Dans ce cadre, le **principe de la bonne foi**, qui est un principe général du droit suisse inscrit tant dans la Constitution fédérale que dans la Constitution vaudoise, lie les autorités cantonales. Celles-ci doivent agir de bonne foi vis-à-vis des autorités fédérales. Ce principe impose donc au canton de respecter ses obligations et ses engagements.

En règle générale, les rapports entre la Confédération et les cantons sont « *empreints d'une grande courtoisie. Il suffit que le Conseil fédéral « invite » les Gouvernements confédérés à répudier une attitude qu'il juge illégale pour qu'aussitôt ceux-ci obtempèrent à son « vœu* ». *L'invitation est une sommation polie* » (J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, T. I, p. 303).

Lorsque le canton est en désaccord avec la Confédération, la Constitution commande d'abord que les deux collectivités cherchent un terrain d'entente **par la voie de la négociation ou de la médiation** (art. 44 al. 3 Constitution fédérale). Si ces méthodes échouent, la voie judiciaire est éventuellement ouverte, par le

biais de la **réclamation de droit public** devant le Tribunal fédéral, en particulier pour faire reconnaître que telle ou telle collectivité est compétente, ou que tel acte cantonal est nul.

Le Conseil fédéral peut introduire une telle procédure, mais n'y est pas tenu et peut passer directement à des **moyens d'exécution**. Lorsque la loi ne prévoit rien de particulier, l'exécution fédérale peut être ordonnée par le Conseil fédéral (art. 186 al. 4 Constitution fédérale). Les moyens d'action envisageables, bien que peu nombreux, existent néanmoins. Il s'agit notamment des moyens de contrôle (soumission d'actes normatifs cantonaux à l'approbation), des pressions financières (p.ex. refus de remboursements, refus d'allouer les parts cantonales), d'exécution par substitution, de gestion de l'administration par commissaires fédéraux ou encore d'exécution militaire (AUBERT, op. cit., p. 304s ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, t. I, p. 374). L'utilisation de l'exécution fédérale est extrêmement rare, les conflits ayant toujours été réglés par la voie de la négociation ou par la voie de l'action de droit public.

Dans le cas des « 378 », la voie de la négociation a déjà été utilisée et a abouti au **protocole d'accord** signé en mai 2004 par le Conseil d'Etat vaudois et le Chef du Département fédéral de justice et police. S'il décidait unilatéralement de ne pas respecter cet engagement, le canton commettrait un acte politique lourd de conséquence dans ses relations avec la Confédération. Celle-ci ayant déjà fait usage de pressions financières à son égard (arrêt du remboursement des frais d'assistance), on peut se demander si d'autres mesures d'exécutions ne pourraient être envisagées à l'avenir.

Il convient en outre de souligner qu'une telle décision de la part du Conseil d'Etat constituerait également une violation de la Constitution vaudoise, et créerait une inégalité de traitement par rapport aux requérants d'asile déboutés qui ne sont pas concernés par la circulaire Metzler et dont les situations sont pourtant similaires.

En dernier lieu, nous mentionnerons à nouveau l'ouvrage de WISARD, selon qui *« par principe, l'autorité qui prend une décision est tenue en vertu de la légalité, d'en assurer l'exécution sur la même base, indépendamment du devoir d'assistance du canton aux autorités fédérales prévu en termes généraux à l'art. 43 PA [loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative] »* (op. cit., p. 198). Il est en outre intéressant de voir que dans son ouvrage sur le droit public des étrangers, Me NGUYEN parle de la compétence exécutive des cantons en ces termes : *« bien que les autorités cantonales doivent exécuter un ordre de renvoi, elles bénéficient d'une certaine marge de manœuvre. Suivant le principe de la proportionnalité, elles ne sont pas tenues d'intervenir par la contrainte à l'égard d'un étranger qui ne part pas dès l'échéance du délai de départ. Elles peuvent différer dans le court terme et pour des motifs d'opportunité (modalités pratiques de l'exécution) »* (NGUYEN, Droit public des étrangers, p. 634 s.). On remarque ici que **l'obligation des cantons d'exécuter les renvois ne fait pas de doute, sous réserve d'une petite marge de manœuvre quant au choix des modalités d'exécution.**

**Dès lors, au vu de ce qui précède, nous concluons qu'il est erroné de considérer, non seulement qu'il n'existe aucune sanction formelle en cas de non exécution par le canton d'une décision de renvoi, mais encore que le canton est libre de ne pas mettre en œuvre les décisions fédérales lorsqu'elles ne correspondent pas à ses attentes.**

### **3.2. « Les 378 et la protection de la bonne foi » (paragraphe 26 et suivants)**

Dans ce chapitre, Me NGUYEN passe en revue les conditions de la reconnaissance de la bonne foi de l'administré, et arrive à la conclusion que les « 378 » pouvaient de bonne foi croire que les renvois ne seraient pas exécutés, et qu'en conséquence, en vertu du principe de la protection de la bonne foi, le canton ne peut procéder désormais à cette exécution. Me NGUYEN admet toutefois que les « 378 » ne peuvent croire de bonne foi qu'ils ont le droit de résider en Suisse du fait que le comportement du canton de Vaud ne lie pas les autorités fédérales.

Ainsi, Me NGUYEN, par son raisonnement, arrive à la conclusion très paradoxale que la protection de la bonne foi interdit au canton d'exécuter le renvoi des « 378 », sans pour autant que leur bonne foi ne leur donne un quelconque droit de rester en Suisse. Les « 378 » peuvent-ils réellement de bonne foi rester en Suisse et bénéficier des avantages de la Loi sur l'asile alors qu'ils savent n'avoir aucun droit de séjourner en Suisse ?

La protection de la bonne foi est un principe général du droit suisse inscrit explicitement dans la constitution fédérale. Elle découle du constat que les parties à un rapport juridique « *doivent pouvoir placer une confiance mutuelle dans la véracité de leurs déclarations et l'exactitude de leurs comportements* » (MOOR, Droit administratif, t. I, 1<sup>ère</sup> édition, p. 358). Au nom de la protection de la bonne foi, l'autorité peut exceptionnellement « *déroger à la loi. Plus précisément, elle pourra adapter le régime légal dans la mesure nécessaire à son respect (...). Mais elle ne pourra pas créer une institution qui n'existe pas légalement, ni une compétence nouvelle (ATF 98 Ia 602, 606, Aschwanden)* » (MOOR, op. cit., p. 359). Il est encore nécessaire qu'aucun intérêt public supérieur ne s'y oppose (dans un tel cas, l'administré de bonne foi se contentera d'une indemnisation). Ainsi, « *la règle est que le principe de la légalité prime : celui de la bonne foi ne l'emporte qu'en présence de circonstances exceptionnelles, dans lesquelles l'application de la loi entrerait manifestement en contradiction avec son but même* » (MOOR, op. cit., p. 359). Dans ce cadre, la bonne foi de l'administré est reconnue et protégée uniquement lorsque cinq conditions cumulatives sont réunies.

Du principe de la bonne foi se déduit la notion de l'abus de droit. En effet, si la bonne foi de l'administré doit être protégée, il ne peut toutefois être avantagé lorsqu'il agit de mauvaise foi. Ainsi, « *il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit subjectif apparaît, dans un cas concret, manifestement contraire au droit ou lorsqu'une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée* » (MOOR, op. cit., p. 363).

Dès lors, il apparaît d'emblée que le principe de la bonne foi est invoqué ici de manière abusive car il est manifestement utilisé dans le but d'obtenir un avantage illicite, à savoir la possibilité de rester illégalement en Suisse pour une durée indéterminée, et de travailler ou de recevoir l'assistance sociale des requérants d'asile. En tout état de cause, il nous semble douteux que les conditions nécessaires pour que la bonne foi des intéressés soit reconnue quant à l'exécution du renvoi sont toutes effectivement réunies. Il convient donc d'examiner ces conditions l'une après l'autre.

### **3.2.1. L'autorité a agi sans réserve, dans un cas concret, vis-à-vis d'une personne déterminée.**

Il ressort de cette première condition qu'on ne peut reconnaître de façon systématique la bonne foi des administrés, mais qu'il est nécessaire d'examiner si les conditions sont remplies au cas par cas. En effet, ne peuvent se prévaloir du principe de la bonne foi que les administrés qui sont les destinataires de l'acte ou de l'omission de l'autorité (MOOR, op. cit., p. 359).

Néanmoins, Me NGUYEN estime que cette condition est réalisée pour l'ensemble des « 378 », dans la mesure où les kosovars et les bosniaques ont été expressément mentionnés dans un rapport du Conseil d'Etat de 2002 sur la politique d'asile du canton de Vaud, et que les autres ont vu leurs permis de séjour, leur assistance sociale ou leur autorisation de travailler prolongés régulièrement, mais qu'il « *ne semble pas qu'il y ait eu des réserves expresses* » quant à l'usage des mesures de contrainte.

En premier lieu, on remarque que Me NGUYEN s'intéresse ici uniquement à l'aspect de l'usage des mesures de contrainte dans l'exécution du renvoi, et non au principe même de l'exécution du renvoi, alors que la conclusion de son raisonnement est que les « 378 » pouvaient de bonne foi croire que le canton ne procéderait pas à l'exécution de leur renvoi. Me NGUYEN occulte donc, dans l'examen de cette première condition, la question de savoir si le canton a concrètement laissé croire, sans réserve, vis-à-vis de personnes déterminées, qu'il n'exécuterait pas les renvois ! En effet, lorsqu'il est question de procéder à l'exécution du renvoi, l'éventualité de recourir à des mesures de contrainte est sous-entendue. Conclure à

ce que le canton ne peut exécuter les renvois parce qu'il n'a pas mentionné expressément la possibilité de recourir aux mesures de contrainte lorsqu'il a manifesté sa volonté d'exécuter les renvois est contraire à la logique.

Nous constatons ensuite qu'il ne ressort pas du rapport du Conseil d'Etat mentionné (ci-après : rapport de 2002) que la politique cantonale décrite consistait à surseoir indéfiniment aux renvois des personnes concernées, mais plutôt que ces suspensions ont été décidées en contradiction avec la loi fédérale dans des cas bien particuliers et pour une période limitée, compte tenu de la situation prévalant dans les Etats de provenance. Par ailleurs, le rapport a été rédigé par le Conseil d'Etat à l'attention du Grand Conseil, afin de lui présenter sa politique en matière d'asile. Il paraît donc douteux de considérer qu'un tel rapport soit un acte concret et sans réserve du gouvernement en faveur des « 378 ».

On remarque à ce propos que, pour l'examen de cette condition, Me NGUYEN ne mentionne pas ici le rapport répondant au postulat Philippe Leuba de 2003 (ci-après : rapport de 2003) qu'il cite dans l'examen de la deuxième condition, dont le passage suivant, concernant le traitement des dossiers refusés par l'Office fédéral après examen sous l'angle de la circulaire : « *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* ».

Il est en outre erroné de prétendre que le canton n'a jamais émis de réserves quant à l'exécution du renvoi ou à propose de l'usage des mesures de contraintes. En effet, chaque personne concernée par une mesure de renvoi est obligatoirement convoquée au SPOP à l'approche de l'échéance de son délai de départ pour l'entretien « Asile 31 », dont le but est de lui rappeler le contenu des décisions fédérales et son obligation de quitter la Suisse. Pendant cet entretien, le texte suivant est lu au requérant, traduit dans une langue qu'il comprend : « *Nous vous informons que si vous refusez de partir ou de collaborer pour l'obtention des documents d'identité permettant un départ, vous vous exposerez à des mesures de contrainte prévues par la loi (LMC) pouvant aller de la mise en garde à vue jusqu'à la détention (LSEE, art. 13)* ».

Lors de l'envoi du dossier à l'Office fédéral dans le cadre de la circulaire Metzler, le SPOP a averti les intéressés par un courrier indiquant qu'ils « semblent » en remplir les conditions, que l'Office fédéral est la « seule autorité compétente » pour l'octroi de l'admission provisoire, et que le résultat de cette démarche leur serait communiquée dès que l'autorité fédérale aurait statué, à savoir dans le premier semestre 2004. Ensuite, lorsque le résultat de la procédure a été connu, les personnes refusées par l'ODM ont été informée par un courrier rédigé comme suit : « (...) *Par la présente, nous avons le regret de vous informer que, après examen de votre cas, l'autorité fédérale a refusé de vous octroyer l'admission provisoire. Nous attirons votre attention sur le fait que ce refus de la Confédération ne pourra en aucune manière être remis en cause par les autorités cantonales vaudoises. Par conséquent, ces dernières devront impérativement exécuter le renvoi (...)* ». Les intéressés ont en outre été convoqués au SPOP, afin de leur présenter le programme d'aide au retour et de leur expliquer la procédure de renvoi.

Enfin, il convient de rappeler que les personnes concernées dont le séjour en Suisse a été toléré uniquement par le canton se sont généralement vus remplacer leurs permis N par une attestation mentionnant :

*« Le Service de la Population, Division Asile, certifie par la présente que la (les) personne(s) susmentionnée(s) fait (font) l'objet d'une décision fédérale de renvoi de Suisse prononcée le JJ.MM.AAAA, définitive et exécutoire et est (sont) autorisée(s) à résider dans le canton de Vaud jusqu'à l'échéance ci-dessous.*

***Délai imparti pour quitter la Suisse : JJ.MM.AAAA***

***Le départ est exigible à tout instant dès la date susmentionnée*** »

Pour les requérants dont le permis N ou F pouvait encore être établi (essentiellement les personnes dont le renvoi était exécutoire mais pour lesquelles aucun document de voyage n'avait pu être obtenu par la division rapatriement du Département fédéral de justice et police), ces documents comportaient la mention de l'entrée en force de leur décision de renvoi.

De ce qui précède, nous arrivons à la conclusion que **la première condition pour admettre la bonne foi des « 378 » n'est pas remplie**, pour les motifs suivants :

- les rapports du Conseil d'Etat de 2002 et 2003 ne sont pas des actes ou omissions concrets et sans réserve à destination des « 378 » ;
- de nombreuses réserves quant à l'éventualité de l'exécution du renvoi et de l'usage des mesures de contraintes ont été faites concrètement pendant le séjour en Suisse de l'ensemble des « 378 ».

### **3.2.2. L'autorité a manifesté d'une manière ou d'une autre sa position et a de ce fait créé une apparence de droit.**

Citant à nouveau le rapport du Conseil d'Etat de 2002 ainsi que le rapport de 2003, Me NGUYEN arrive à la conclusion que le Conseil d'Etat a manifesté sa volonté de ne pas appliquer les décisions fédérales et de ne pas faire usage de mesures de contrainte, créant de ce fait une apparence de droit car les personnes concernées ne pouvaient pas se rendre compte que le comportement de l'administration n'était pas en concordance avec le droit fédéral.

Une nouvelle fois, Me NGUYEN dissocie la notion d'exécution du renvoi, explicitement envisagée par le Conseil d'Etat dans son rapport de 2003, et la notion d'usage des mesures de contrainte. Cette distinction n'a toutefois pas lieu d'être.

Le principe de la bonne foi protège l'administré contre les comportements contradictoires de l'administration, à savoir lorsque celle-ci crée une apparence de droit sur laquelle l'administré s'est basé pour adopter un certain comportement. 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. Il n'est pas interdit, même dans cette situation, à l'autorité de changer sa pratique pour des motifs pertinents – elle y est même tenue si le droit a changé : mais elle ne peut le faire rétroactivement, ni même sans informer les personnes intéressées de son intention, lorsque l'effet en est la perte d'un droit ou l'irrecevabilité d'un moyen de droit* » (MOOR, op. cit., p. 362).

Dans le premier rapport cité par Me NGUYEN, le Conseil d'Etat présente la politique cantonale en matière d'asile. Il est notamment rappelé que le canton fait usage au maximum de la latitude dont il bénéficie, et peut être amené, **dans des cas très particuliers**, à « ne pas appliquer les décisions fédérales ». Il est toutefois uniquement question de « **surseoir au retour** » ou « **différer le renvoi** » en raison de la situation prévalant de le pays d'origine des intéressés. Ainsi, même si l'hypothèse de l'exécution du renvoi n'est pas explicitement mentionnée à l'égard des intéressés dans ce rapport de 2002, il est clair que ces mesures étaient provisoires et ne visaient pas l'ensemble des « 378 ». Il convient en outre de rappeler qu'au moment où ce rapport a été rédigé, les dossiers étaient en cours de traitement par le canton, suite à l'adoption de la circulaire Metzler. De ce fait, la question de l'exécution du renvoi des personnes concernées ne se posait pas encore.

Il convient également de souligner que le rapport de 2002 avait avant tout pour but de rappeler la politique suivie jusqu'alors par le Canton : « *Au vu de l'évolution dans ce domaine et des implications politiques, juridiques, sociales et financières, le moment est venu de refaire le point de la situation et d'expliquer les critères qui ont orienté la politique cantonale d'asile au cours des dernières années* » (rapport de 2002, p. 3)

En revanche, comme nous l'avons vu plus haut, il est clairement mentionné dans le rapport de 2003 que les personnes dont le renvoi a été maintenu par les autorités fédérales à l'issue de l'examen de leur

situation sous l'angle de la circulaire Metzler n'auraient « plus d'autre solution que le retour dans leur pays » et que l'exécution des renvois serait assurée par les autorités cantonales.

Nous remarquons enfin que la réponse du Conseil d'Etat de juin 2004 au député Jean-Yves PIDOUX s'inscrit dans le contexte du financement de la fondation FAREAS. A la question « *quelle politique d'asile le Conseil d'Etat sera-t-il en mesure de proposer désormais, compte tenu de la situation présente et des prochaines restrictions imposées par la Confédération ?* », le Conseil d'Etat a répondu qu'il « *entend poursuivre dans la voie qu'il a définie dans le Rapport au Grand Conseil sur la politique de l'asile dans le canton de Vaud de septembre 2002, dont les axes essentiels sont l'accueil, le retour et la lutte contre les abus* ». Il n'y est pas question de la problématique des renvois des « 378 », mais exclusivement de savoir si, dans le contexte d'un assainissement des finances de la FAREAS, la politique d'accueil et d'aide au retour sera poursuivie.

Parallèlement, l'Etat de Vaud a publié plusieurs communiqués de presse sur la problématique des dossiers présentés dans le cadre de la circulaire Metzler. Le 26 août 2003, il a été rappelé que « *la politique défendue par Pierre Chiffelle est d'obtenir de la part de la Confédération un maximum d'autorisations de séjour en Suisse pour des requérants ou des groupes de requérants qui ont vécu des situations particulièrement traumatisantes ou qui répondent aux critères de la circulaire Metzler* ». Fin mai 2004, le protocole d'engagement conclu entre le Conseil d'Etat et le Département fédéral de justice et police a été publié dans son intégralité. Un communiqué de presse a ensuite rappelé l'historique de l'affaire et indiqué que « *pour [les personnes] dont l'ODR n'est pas revenue sur sa décision antérieure de renvoi, le Gouvernement rappelle qu'il s'est engagé auprès de la Confédération à exécuter les décisions fédérales et à mettre en œuvre des mesures de contrainte si nécessaire. Il attend des personnes concernées qu'elles saisissent l'opportunité qui leur est offerte de repartir avec une aide substantielle plutôt que sous la contrainte* ».

Il ressort de ce qui précède que le canton de Vaud n'a pas manifesté d'une manière ou d'une autre qu'il entendait ne jamais appliquer les décisions fédérales de renvoi à l'égard des « 378 » mais a, au contraire, indiqué expressément sa volonté de respecter le droit fédéral. Nous rappelons à ce sujet que les personnes concernées ont généralement eu, de manière individuelle, des indications claires et explicites quant à la possibilité d'une exécution de leur renvoi et l'usage de mesures de contrainte (cf. paragraphe 3.2.1 *supra*). Dès lors, il est douteux qu'on puisse considérer que l'autorité ait créé une apparence de droit.

Cela étant, même en admettant que dans son rapport de 2002, le Conseil d'Etat aurait laissé entendre qu'il avait l'intention de ne pas appliquer les décisions de renvoi pour certaines catégories de requérants d'asile déboutés, cela ne concerne pas l'ensemble des « 378 ». Il est en outre tout à fait admissible que l'autorité change sa pratique à l'égard des intéressés pour des motifs pertinents (cf. MOOR, cité *supra*), changement qu'elle aurait d'ailleurs annoncé dans le rapport de 2003.

Dès lors, nous arrivons à la conclusion que **la deuxième condition pour admettre la bonne foi des « 378 » n'est pas remplie.**

### **3.2.3 Se fondant sur le comportement de l'administration, l'administré doit avoir pris des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice.**

Sont visées ici les dispositions irréversibles que l'administré a prises sur la base de l'apparence de droit créée par l'autorité (MOOR, op. cit., p. 361-362). Comme nous l'avons constaté plus haut, on ne peut considérer que les autorités ont créé une apparence de droit vis-à-vis des « 378 ». En conséquence, **cette troisième condition n'est pas réalisée non plus.**

Selon Me NGUYEN, le préjudice subi par les « 378 » est constitué par le fait que ceux-ci se sont intégrés professionnellement et socialement en Suisse. Toutefois, la question de l'intégration de ces personnes a justement été examinée à deux voire trois reprises par les autorités fédérales sous l'angle de la circulaire.

Celles-ci ont estimé que le retour de ces personnes dans leur pays d'origine ne constituait pas un cas personnel d'extrême gravité et donc que les intéressés ne subiraient pas de préjudice irréparable.

L'hypothèse même que le renvoi d'une personne vers son pays d'origine crée un préjudice irréparable ne peut de toute manière se concevoir que dans le cas où cela reviendrait à mettre concrètement sa vie en danger. Dans un tel cas, l'Office fédéral des migrations doit prononcer une admission provisoire pour inexigibilité du renvoi (art. 14a al. 4 LAsi), ce qui sort du champ d'application de la circulaire Metzler.

### **3.2.4 La législation n'a pas été changée entre le temps où l'administration a eu son comportement et celui où la bonne foi est invoqué.**

Cette condition est remplie.

### **3.2.5 L'autorité qui a agi doit avoir été compétente ou être censée avoir été compétente**

Me NGUYEN reconnaît ici que seules les autorités fédérales sont compétentes pour autoriser le séjour en Suisse des « 378 ». Dès lors, ceux-ci ne peuvent se prévaloir de leur bonne foi pour obtenir une quelconque autorisation de séjour.

Il considère toutefois que les cantons ont une compétence propre en matière d'exécution du renvoi et d'usage des mesures de contrainte, qui leur donne le droit de ne pas exécuter les décisions fédérales de renvoi. Pour arriver à cette conclusion, il nie la théorie du lien confédéral, qui interdit au canton de priver une décision fédérale de ses effets. Selon lui, la Loi fédérale sur l'asile, en confiant aux cantons le soin d'appliquer les décisions fédérales de renvoi, leur donne une marge de manœuvre qui leur permet, cas échéant, de ne pas donner suite aux décisions de renvoi et de tolérer la présence des étrangers concernés sur son territoire. Dès lors, il considère que le canton est bien compétent pour ne pas appliquer les renvois et les mesures de contraintes pour permettre aux étrangers concernés de rester *de facto* en Suisse, et qu'en conséquence la dernière condition de la bonne foi est remplie.

Comme nous l'avons vu au paragraphe 3.1 ci-dessus, les cantons ont une **obligation constitutionnelle** générale de respecter les décisions fédérales, d'assister la Confédération dans ses tâches et de collaborer avec elle, de respecter le droit fédéral et de le mettre en œuvre, ainsi qu'une obligation légale d'exécuter les décisions de renvoi (art. 46 LAsi). Les cantons sont donc tenus de par la Constitution fédérale d'exécuter les décisions fédérales. En cas de violation de cette obligation par un canton, la Confédération a la possibilité de prendre des mesures à son encontre.

Le canton a effectivement une certaine **marge de manœuvre** en matière d'exécution des renvois. Mais, de même que Me NGUYEN l'indique dans son ouvrage sur le droit des étrangers (cf. *supra* paragraphe 3.1), cette marge se situe **exclusivement dans les modalités de mise en œuvre de l'exécution du renvoi**, en vertu du principe de proportionnalité. Il s'agit, par exemple, de déterminer si le renvoi d'une personne peut se faire de façon « autonome » dans un avion de ligne normal, s'il doit être accompagné par la police jusqu'à l'aéroport ou s'il doit être mis en détention administrative (mesure de contrainte). Dans tous les cas, le renvoi doit avoir lieu et si nécessaire le canton doit faire usage des mesures de contrainte.

Admettre que le canton aurait la compétence de ne pas exécuter une décision fédérale de renvoi et de tolérer le séjour et la prise d'emploi de l'étranger concerné sur son territoire, revient à admettre que le canton est compétent pour octroyer des autorisations de séjour sur son territoire, usurpant ainsi les compétences fédérales.

Dès lors, nous concluons que **le canton n'est pas compétent** pour ne pas exécuter les décisions fédérales. **La cinquième condition pour l'admission de la bonne foi n'est donc pas remplie.**



### 3.2.6 Conclusion relative au chapitre « les 378 et la protection de la bonne foi »

Il ressort de ce qui précède que les « 378 » ne peuvent se prévaloir de leur bonne foi, dans la mesure où quatre des cinq conditions requises ne nous paraissent pas réunies.

En tout état de cause, même dans l'hypothèse où l'on admettait que les conditions sont réunies pour la reconnaissance de leur bonne foi, il conviendrait encore de se demander dans quelle mesure elle pourrait déboucher sur une exception à l'exécution du renvoi des intéressés. En effet, comme on l'a vu plus haut (paragraphe 3.2), la protection de la bonne foi ne peut déboucher sur la création d'une institution qui n'existe pas légalement ou d'une compétence nouvelle. Or, en l'espèce, admettre la bonne foi des « 378 » dans le sens voulu par Me NGUYEN revient à **créer une compétence nouvelle** du canton de Vaud à leur octroyer une sorte de permis d'établissement vaudois, **institution qui n'existe pas**.

En outre, la protection de la bonne foi ne l'emporte que lorsqu'aucun intérêt public supérieur ne s'y oppose, faute de quoi elle est remplacée par une indemnisation équitable. Dans la mesure où les autorités fédérales semblent désormais déterminées à sanctionner les manquements du canton en matière de police des étrangers, il nous paraît que l'intérêt public à conserver de bonnes relations avec la Confédération afin de ne pas prêter les droits de l'ensemble de la population vaudoise constitue un **intérêt public supérieur** ; dans cette hypothèse, l'aide au retour organisée à l'intention des intéressés constituerait une forme d'**indemnisation équitable**.

### 3.3 « La nullité des décisions et leur contrôle préjudiciel » (paragraphe 38 et suivants)

Dans ce chapitre, Me NGUYEN examine la validité des refus de l'ODM d'octroyer l'admission provisoire aux « 378 » dans le cadre de la circulaire ainsi que des décisions d'irrecevabilité du DFJP rendues à l'encontre des recours interjetés contre les refus de l'ODM.

#### 3.3.1 Les refus de l'ODM

Se fondant sur l'avis de droit du Professeur MOOR du 08.09.2004, il part du principe que les refus de l'ODM sont des décisions « au sens technique du terme », susceptibles de recours. En conséquence, il estime :

- a) que ces décisions sont viciées car elles ne sont pas motivées et n'indiquent pas les voies de droit, et
- b) qu'en outre elles ne peuvent être réparées selon la théorie de la guérison du fait de l'absence de voie de droit.

Le raisonnement de Me NGUYEN repose entièrement sur la qualification de « décision » des réponses négatives de l'ODM et devient donc contestable si l'on n'adhère pas à cette opinion. C'est justement cette qualification de décision qui est réfutée par les autorités fédérales. Nous nous intéressons ici uniquement aux conclusions de Me NGUYEN, à savoir dans l'hypothèse où les actes considérés sont effectivement des décisions.

Selon la doctrine, « *les exigences tenant à la forme de la décision, au contenu et aux modalités de la notification sont sanctionnées de manière diverse. D'une part, certaines violations peuvent être aisément réparées. Par exemple, si la décision n'a pas été motivée, l'intéressé qui a recouru recevra connaissance des motifs par le mémoire de réponse de l'autorité et sera autorisé à répliquer (...). C'est pourquoi une première maxime est que le vice n'a pas de sanction s'il peut être réparé sans préjudice pour les parties* » (MOOR, op. cit., p. 200). Ainsi, « *selon la théorie de la « guérison », la violation du droit d'être entendu de la part d'une instance précédente peut être exceptionnellement réparée par l'instance supérieure lorsqu'elle jouit du même pouvoir d'examen* » (BOVAY, Procédure administrative, p. 242).

Concernant le défaut d'indication des voies de recours, la sanction n'en est pas la nullité, car ce vice peut être réparé (MOOR, op. cit. p. 211). A ce sujet, la doctrine mentionne en effet que « **si aucune indication de la voie de droit n'est donnée, on peut attendre du justiciable, s'il entend attaquer une décision et n'a reçu aucune indication, qu'il se renseigne auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué. Chacun sait en effet que les décisions deviennent définitives si elles ne sont pas attaquées dans un certain délai. L'absence de toute indication incite naturellement à se renseigner sans attendre. La règle de la bonne foi s'applique aussi au justiciable et à son mandataire, qui ne sauraient être protégés en cas de faute lourde de leur part. On ne peut donc pas admettre, en pareille situation, qu'un recours soit déposé dans n'importe quel délai** » (BOVAY, op. cit., p. 272).

En vertu de l'art. 20 al. 1 LSEE, les décisions de l'Office fédéral des migrations peuvent faire l'objet d'un recours au Département fédéral de justice et police (DFJP), si la Commission suisse de recours en matière d'asile n'est pas compétente. Il s'agit ici d'une compétence générale du Département fédéral de revoir les décisions prises par l'Office fédéral. Par ailleurs, l'art. 8 al. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative prévoit que l'autorité qui se tient pour incompétente transmet sans délai l'affaire à l'autorité compétente. Il est donc erroné et contraire à la bonne foi de considérer qu'il n'existe aucune voie de recours contre ces décisions, puisque le DFJP a une compétence générale en matière de police des étrangers, et que pour le cas où il ne serait pas compétent, il a l'obligation de transmettre la requête.

Au vu de ce qui précède, nous arrivons aux conclusions suivantes :

- En prenant l'hypothèse que les réponses de l'ODM soient des décisions, et donc des décisions présentant des vices quant à leur contenu, ces vices sont réparables en procédure de recours ; ces décisions ne sont donc ni nulles, ni annulables.
- Il est contraire au principe de la bonne foi de considérer qu'il n'y a pas de voie de droit contre ces décisions.

### 3.3.2 Les jugements du DFJP

Un certain nombre de personnes ont fait recours en 2002 et 2003 auprès de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) ou auprès du DFJP, contre les premiers refus de l'ODM dans le cadre de la circulaire. La CRA a transmis les recours portés devant elle au DFJP, pour raison de compétence. Le DFJP a déclaré tous les recours irrecevables, considérant que les refus de l'ODM ne pouvaient être assimilés à des décisions. Certaines personnes ont ensuite tenté de recourir au Tribunal fédéral, mais celui-ci s'est déclaré incompétent à raison de la matière.

Actuellement, de nouvelles procédures ont été entamées auprès du DFJP contre les refus de l'ODM d'admettre provisoirement certaines personnes présentées à nouveau après le réexamen effectué par le Groupe de travail mixte.

Me NGUYEN considère que ces jugements du DFJP sont nuls car ils reviennent à priver les intéressés du droit de recourir, droit fondamental reconnu de longue date par le Tribunal fédéral et inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme. Il en conclut que tous les jugements du DFJP sont nuls car ils constituent des dénis de justice formel, et que le canton doit donc différer le renvoi de l'ensemble des « 378 » (même ceux qui n'ont pas fait recours) jusqu'à ce que le DFJP « daigne admettre une voie de recours ».

Une autorité commet un déni de justice formel lorsqu'elle refuse de statuer, c'est-à-dire lorsqu'elle garde « *le silence sur une demande qui exige une décision (...). Qu'une telle demande soit présentée hors délai, qu'elle ne revête pas la forme prescrite, qu'elle s'adresse à un organe incompétent, qu'elle apparaisse d'emblée mal fondée, elle ne peut rester sans réponse* » (A. GRISEL, Traité de droit administratif, t. I, p. 369). Ainsi, « *l'autorité compétente doit le cas échéant précisément répondre qu'elle est incompétente – sauf si son incompétence est absolument manifeste* » (MOOR, op. cit., p. 193).

Il ressort de ce qui précède qu'il n'y a pas eu de déni de justice formel de la part du DFJP, puisque cette autorité a examiné les requêtes et y a répondu. Dès lors, il n'y a pas eu violation du droit fondamental à obtenir justice, ni violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Les recourants ont pu présenter leurs arguments quant à la recevabilité de leur recours. Le DFJP a pris en compte ces arguments et a motivé de manière détaillée ses décisions en se basant sur la jurisprudence et la doctrine. Il n'a déclaré les recours irrecevables en raison de l'absence de décision qu'après avoir longuement examiné la question ; il est donc entré en matière sur le recours.

**En conséquence, il est douteux que le canton puisse considérer que les décisions du DFJP sont nulles et se baser sur ce constat pour ne pas procéder au renvoi de l'ensemble des « 378 » en vertu du contrôle préjudiciel de la nullité des décisions. Dès lors il est inutile d'examiner si le canton pourrait procéder à ce contrôle préjudiciel d'une manière globale pour les « 378 ».**

Il convient en outre de rappeler qu'il ne suffit pas que la décision présente un vice pour qu'une autorité puisse constater à titre préjudiciel la nullité d'une décision rendue par une autre autorité. Il faut encore que ce vice soit **patent et manifeste**, et que l'admission de cette nullité ne lèse pas gravement la sécurité du droit.

A ce sujet, il paraît douteux que le canton puisse considérer que les jugements du DFJP contiennent des vices patents et manifestes dès lors que :

- il s'agit de jugements rendus par l'autorité compétente pour revoir les décisions en matière de droit des étrangers en général et en matière d'admission provisoire en particulier ;
- ces jugements sont motivés sur la base de la jurisprudence et de la doctrine du droit administratif fédéral ;
- les argumentations des recourants sont reprises et développées dans les considérants du jugement.

En outre, au niveau cantonal, le Tribunal administratif du canton de Vaud a également considéré que les refus du canton de présenter des dossiers de requérants d'asile déboutés à l'ODM en vertu de la circulaire ne constituaient pas non plus des décisions formelles susceptibles de recours.

### **3.4 « La compétence du canton de proposer l'admission provisoire » (paragraphe 52 et suivants)**

Dans ce chapitre, Me NGUYEN examine la compétence du canton pour proposer l'admission provisoire des requérants d'asile. Il considère que l'art. 14b al. 1 LSEE prime sur l'art. 17 de l'Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE) en vertu de la primauté de la loi sur les ordonnances. En conséquence, il en conclut que le canton peut proposer à l'ODM d'admettre provisoirement un requérant d'asile débouté dont le renvoi est inexigible ou illicite, et peut en outre recourir auprès de la CRA en cas de refus de l'ODM.

Cette conclusion posée, il considère que le canton a un intérêt digne de protection à pouvoir proposer l'admission provisoire à l'ODM et de recourir en cas de décision négative. Il préconise dès lors que le canton réexamine tous les dossiers sous l'angle de l'impossibilité, de l'inexigibilité et de l'illicéité et les présente cas échéant à l'ODM en vue d'une admission provisoire.

Il convient de rappeler ici le contenu de certaines dispositions :

Art. 14b al.1 LSEE : L'admission provisoire peut être proposée par le Ministère public de la Confédération ou l'autorité cantonale de police des étrangers.

Art. 44 LAsi :

Al. 1

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; il tient compte du principe de l'unité de la famille.

Al. 2 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.

Al. 3 L'admission provisoire peut en outre être ordonnée dans les cas de détresse personnelle grave, lorsqu'aucune décision exécutoire n'a été rendue dans les quatre ans qui ont suivi le dépôt de la demande d'asile.

Al. 4 Lors de l'examen du cas de détresse personnelle grave, il sera notamment tenu compte de l'intégration des intéressés en Suisse, des conditions familiales et de la scolarité des enfants.

Al. 5 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.

Art. 46 LAsi :

Al. 1 Le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision de renvoi.

Al. 2 S'il s'avère que l'exécution du renvoi n'est pas possible, le canton demande à l'office d'ordonner l'admission provisoire.

Art. 17 al. 1 OERE : 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.

L'art. 44 LAsi prévoit que l'Office fédéral des migrations, lorsqu'il rejette une demande d'asile, prononce le renvoi et l'exécution du renvoi (al. 1). Il doit alors examiner d'office si l'exécution du renvoi est possible, licite et raisonnablement exigible. Ainsi, s'il arrive à la conclusion que le renvoi n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible, il devra prononcer l'admission provisoire de l'intéressé, en application des dispositions de la LSEE (al. 2). Si la procédure ordinaire d'asile a duré plus de 4 ans, l'Office devra en outre vérifier que l'intéressé ne se trouve pas dans une situation de détresse personnelle grave (al. 3).

L'admission provisoire pour détresse personnelle grave n'existe pas dans la LSEE. C'est une particularité du droit de l'asile. L'examen de la détresse personnelle grave doit avoir lieu d'office lorsque la procédure ordinaire a duré plus de quatre ans à compter du dépôt de la demande. Lors de cet examen, l'Office fédéral doit permettre au canton de demander l'admission provisoire (art. 44 al. 5). Si l'Office ne donne pas suite à cette demande, le canton dispose d'un droit de recours auprès de la CRA (art. 105 al. 2 LAsi).

Le texte du cinquième alinéa de cette disposition démontre que le canton ne peut intervenir dans le cadre de l'examen du caractère exécutable du renvoi que dans l'hypothèse où la procédure ordinaire a duré plus de quatre ans. Cette intervention est clairement limitée à ce cas de figure et a lieu avant la clôture définitive de cette procédure ordinaire. L'art. 44 n'envisage pas que le canton puisse proposer l'admission provisoire dans un autre cas de figure.

L'art. 46 LAsi énonce ensuite que le canton est tenu d'exécuter les décisions de renvoi (al. 1). Dans ce cadre, si cette exécution s'avère finalement objectivement impossible, le canton pourra demander à l'Office de prononcer l'admission provisoire. Ici encore, on remarque que la compétence du canton pour proposer l'admission provisoire donnée par cette disposition de la LAsi s'inscrit uniquement dans l'hypothèse de l'impossibilité de l'exécution du renvoi. Il n'est laissée aucune place aux autres motifs d'admission provisoire.

Au sujet de cette disposition, la CRA a précisé, dans un arrêt du 19 août 2002 (JICRA 2002/17), que « l'art. 46 al. 2 LAsi prévoit que, si au terme d'une procédure d'asile l'exécution du renvoi s'avère impossible, le canton demande à l'ODR d'ordonner l'admission provisoire. Cette disposition est le pendant, en procédure d'asile, de la règle générale, valable en droit des étrangers, figurant à l'art. 14 b al. 1 LSEE. »

Il découle de ce qui précède que l'art. 46 al. 2 LAsi, de même que l'art. 44 al. 5 LAsi, constitue une loi spéciale pour le droit d'asile par rapport à la règle générale de l'art. 14 b al. 1 LSEE. Une maxime générale du droit suisse est en effet que la loi spéciale déroge à la loi générale (*lex specialis derogat generali*). Ainsi, il nous paraît que l'art. 17 al. 1 OERE est fondé sur une base légale contenue dans une norme de rang législatif qui constitue une loi spéciale par rapport à l'art. 14 b al. 1 LSEE. Cette disposition est donc parfaitement valable et applicable.

Pour le surplus, le renvoi de l'art. 44 al. 2 LAsi aux dispositions de la LSEE concerne uniquement le règlement des conditions de séjour par l'Office (« ...l'office règle les conditions de résidence... »), et non la compétence du canton en matière d'admission provisoire.

**Dès lors, il nous paraît que les paragraphes 54 à 64 de l'avis de droit de Me NGUYEN ne peuvent être suivis. L'art. 14 b al. 1 LSEE n'étant pas applicable en droit d'asile, les cantons ne sont pas habilités à proposer l'admission provisoire des « 378 » et de tous les requérants d'asile en général pour d'autres motifs que l'impossibilité du renvoi.**

En outre, il nous paraît difficile de considérer que le canton a un intérêt digne de protection dans le cas d'espèce, puisque l'arrêt de la prise en charge de l'assistance d'une partie des « 378 » est dû au fait que le canton n'a pas procédé au renvoi. Le principe de la bonne foi est un principe général du droit suisse qui lie également les cantons !

Par ailleurs, on ne voit pas dans quelle mesure une demande émanant du canton aurait plus de chance qu'une demande de réexamen présentée par la personne directement concernée. Les intéressés peuvent en effet adresser en tout temps une telle demande à l'Office fédéral des migrations et sont mieux à même de défendre leur position.

### **3.5 « La Convention internationale des droits de l'enfant » (paragraphe 65 et suivants)**

Dans ce chapitre, Me NGUYEN examine si la Convention internationale des droits de l'enfant pourrait être invoquée pour faire reconnaître l'illicéité du renvoi des familles, ainsi que dans le cadre de l'usage des mesures de contraintes.

Après avoir rappelé le contenu de la Convention, il conclut que le Groupe d'analyse pourrait s'en inspirer pour examiner la faisabilité du retour. Il considère en outre que la Convention doit obliger le canton à prendre en compte les effets sur les enfants mineurs de l'usage des mesures de contrainte contre l'un de ses parents.

Analyser la faisabilité du retour au regard de la Convention constitue un examen du caractère licite du renvoi. Or, comme on l'a vu plus haut (paragraphe 3.4), le canton n'est pas habilité à demander l'admission provisoire d'un requérant d'asile pour illicéité du renvoi. En conséquence, cet argument ne peut être avancé que par les personnes directement concernées dans le cadre d'une procédure extraordinaire.

Concernant l'usage des mesures de contrainte, les autorités sont liées par le principe de proportionnalité. Elles sont notamment tenues de prendre en compte la situation familiale des personnes concernées avant d'ordonner une mesure de contrainte. En outre, la légalité et l'adéquation d'une mise en détention administrative doivent impérativement être examinées dans les 24 heures par une autorité judiciaire, au terme d'une procédure orale. Cette procédure est donc conforme à la Convention des droits de l'enfant. Par ailleurs, comme le mentionne Me NGUYEN, le canton de Vaud n'a jamais requis la mise en détention d'une personne mineure et n'envisage pas de le faire.

### **3.6 « L'analyse du problème sous l'angle de la révision partielle de la LAsi » (paragraphe 74 et suivant)**

Dans ce chapitre, Me NGUYEN relève que le projet de révision de la loi sur l'asile propose, à son article 14, une possibilité nouvelle de régulariser le séjour de requérants d'asile bien intégrés. Il estime donc que le canton devrait attendre l'entrée en vigueur de cette disposition afin d'en faire bénéficier les « 378 ». Cela reviendrait donc à donner un effet anticipé à ce projet de norme.

Selon la doctrine, « *avant d'être adoptée une norme n'est qu'un projet : elle ne peut déployer aucun effet juridique en tant que telle* » (MOOR, Droit administratif, t. II, p. 151). Autrement dit, le projet de loi ne peut fonder un droit pour les « 378 » de rester en Suisse jusqu'à son adoption.

Cette conclusion s'impose d'autant plus que le projet actuel est loin d'être définitif, puisqu'il doit être une nouvelle fois réexaminé par le Conseil national. Il n'est du reste pas exclu qu'un référendum soit lancé contre la révision de la loi sur l'asile. L'entrée en vigueur de la révision de la loi sur l'asile ne se fera donc vraisemblablement pas au 1<sup>er</sup> janvier 2006, mais plutôt au 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Il convient également de souligner que selon la formulation actuelle du projet, l'approbation des autorités fédérales est nécessaire à l'octroi du permis. Il n'est donc pas certain que cette disposition, si elle est adoptée en l'état, apporte une réelle solution pour les « 378 ». Me NGUYEN convient d'ailleurs lui-même que cette proposition se fonde sur le critère de l'opportunité et non sur une argumentation juridique.

Dès lors, compte tenu du principe de légalité et d'égalité de traitement, il est douteux que le canton puisse raisonnablement donner suite à cette requête. Il convient en outre de rappeler que les autorités fédérales ne sont plus disposées à tolérer « l'exception vaudoise ».

#### 4. Conclusion

Au vu de ce qui précède, nous arrivons aux conclusions suivantes :

- La Constitution fédérale et la Constitution vaudoise obligent le Canton de Vaud à collaborer avec les autorités fédérales, ainsi qu'à respecter et exécuter ses décisions. Le non respect de ces obligations peut entraîner des sanctions de la part de la Confédération.
- En cas de désaccord entre le Canton et la Confédération, la voie de la négociation ou de la médiation doit toutefois être privilégiées. Dans le cas d'espèce, la voie de la négociation a déjà eu lieu et a débouché sur un accord. Le principe de la bonne foi ainsi que le principe de la paix confédérale exigent que le Canton respecte ses engagements.
- La protection de la bonne foi ne peut pas être reconnue aux « 378 », car les conditions n'en sont pas remplies. Reconnaître la bonne foi des « 378 » reviendrait en outre à usurper une compétence exclusive de la Confédération, et entrerait en conflit avec un intérêt public supérieur.
- Le canton ne peut considérer que les refus de l'ODM et les jugements rendus par le DFJP sont nuls. Le Canton n'est donc pas en droit de refuser de les appliquer.
- L'art. 14 b al. 1 LSEE ne s'applique pas en droit d'asile. Les art. 44 al. 3 à 5 et 46 LAsi constituent des lois spéciales qui dérogent à cette disposition et constituent les bases légales de l'art. 17 OERE. Le Canton n'est donc pas habilité à demander l'admission provisoire pour motif d'inexigibilité ou d'illicéité en faveur de requérants d'asile déboutés.
- Il n'est de toute manière pas prouvé qu'une demande émanant du canton aurait plus de chance qu'une demande de réexamen présentée par la personne directement concernée. Les intéressés sont en effet mieux à même de défendre leur position.
- Un projet de loi n'a aucun effet juridique. Le Canton ne peut donc pas se fonder sur le projet de révision de la LAsi pour prolonger encore le séjour en Suisse des « 378 », d'autant plus que le projet risque vraisemblablement de subir encore des modifications et que l'entrée en vigueur de cette révision sera retardée en raison d'un probable référendum populaire.