



**ETAT DE VAUD**  
*Service de justice, de  
l'intérieur et des cultes*

Département des institutions et  
des relations extérieures

Place du Château 1  
1014 LAUSANNE

*Justice et législation*

Lausanne, le 8 avril 2005

Monsieur Jean-Claude Mermoud  
Conseiller d'Etat  
Chef du département des institutions et des  
relations extérieures (DIRE)  
Château cantonal  
1014 Lausanne

***Rencontre avec la délégation du CE - conformité des renvois des "378 requérants vaudois"***

Monsieur le Chef de département,

A votre demande, le SG-DIRE nous a transmis les avis de droit de Me Nguyen et du SPOP sur la conformité des renvois des « 378 requérants vaudois ». Il est requis du SJIC d'examiner dans quelle mesure ce dernier document peut être validé.

Nous avons reçu ce dossier le 4 avril dernier et il nous est demandé de nous prononcer sur ces opinions d'ici au 8 avril 2005. La complexité juridique et les enjeux politiques de cette problématique auraient rendu nécessaire une analyse aussi poussée que celles que nous pouvons constater dans les avis soumis (notamment sur les différentes sources citées), ce que le délai à disposition ne nous permet malheureusement pas. Le présent avis de droit vous est dès lors transmis sous cette réserve.

Sur le fond, nous avons repris point par point l'argumentation présentée par le SPOP.

**ad ch. 3.1 : « Répartition des compétences entre Confédération et cantons en droit d'asile »**

L'art. 46 al. 1 de la loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi) précise clairement que « *le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision [fédérale] de renvoi* » (nous soulignons). Certes, comme le soutient Me Nguyen, la LAsi ne prévoit pas de sanction (hormis la suspension du forfait assistance) si le canton ne s'exécute pas, et c'est en cela effectivement un « devoir d'ordre ».

Cette absence de sanction formelle n'autorise évidemment pas le canton à s'opposer à une décision de renvoi rendue par l'ODM. A lire l'avis de droit de Me Nguyen, on a l'impression que de par la marge de manœuvre laissée aux cantons en matière d'exécution des renvois, et en particulier quant à l'utilisation des mesures de contraintes, cantons et Confédération disposeraient en quelque sorte, de facto, de compétences partagées quant à la décision de renvoi, le requérant non renvoyé ayant la possibilité de poursuivre, légalement ou de facto, son séjour sur le territoire cantonal et, par conséquent, helvétique. Or, c'est perdre de vue que le droit fédéral a institué une hiérarchie claire quant aux compétences dans ce domaine : il appartient à la seule Confédération de décider du principe du renvoi, les cantons ne disposant de compétences, et, par conséquent, d'une certaine marge de manœuvre, que sur les modalités dudit renvoi. A titre de comparaison, la répartition des compétences entre cantons et Confédération dans ce domaine est similaire à celle entre Ordre judiciaire et Service pénitentiaire en matière de condamnation pénale. Il ne viendrait à l'idée de personne de penser que le SPEN puisse, de son propre chef, renoncer à exécuter une peine prononcée par une autorité de justice pénale.



En cela, nous rejoignons entièrement les conclusions du SPOP. Le fait de disposer de compétences en matière d'exécution des renvois ne signifie pas que les cantons peuvent ou non les exécuter, car cela reviendrait à remettre en cause le principe même du renvoi, qui est de la compétence exclusive de la Confédération.

Nous précisons toutefois qu'il ne ressort expressément ni de la Constitution fédérale, ni de la Constitution vaudoise que notre canton a « *une obligation générale de respecter les décisions fédérales* ». Ces textes consacrent avant tout l'obligation du canton de « *collaborer* » avec la Confédération, ce qui n'exclut formellement pas de s'opposer cas échéant à une décision fédérale au motif, par exemple, qu'elle violerait la souveraineté d'un canton ou empièterait sur une compétence cantonale. Les différentes mesures évoquées par le SPOP (moyens d'exécution de la Confédération, médiation, réclamation de droit public) ne sont d'aucune pertinence ici, puisque ces mesures concernent des cas où le canton s'opposerait sans droit à une décision.

Si le canton doit s'opposer à une décision fédérale de renvoi, ce ne serait pas en vertu de sa compétence en matière d'exécution, mais bien soit (a) parce que la décision fédérale serait entachée de nullité, soit (b) parce que la loi le prévoit en habilitant le canton à proposer une admission provisoire (en réalité, en demandant l'admission provisoire, le canton ne refuse pas d'exécuter une décision fédérale, refus qui le placerait dans l'illégalité, mais introduit une nouvelle procédure qui pourrait amener l'ODM à revoir sa décision). Nous allons examiner ces deux hypothèses aux chiffres 3.3 et 3.4 ci-après.

### **ad ch. 3.2 : « Les 378 et la protection de la bonne foi »**

Nous passerons rapidement sur cet aspect dans la mesure où l'argumentaire développé par le SPOP à cet égard nous a pour l'essentiel convaincus.

Au point 3.2.1, on peut ajouter que même dans son rapport de 2002, le Conseil d'Etat indique qu'il n'y a pas lieu de traiter toutes les personnes concernées de la même manière et que les décisions fédérales ne seront pas respectées que « *dans des cas très particuliers* » (v. rapport cité par Nguyen sous ch. 33). Dès lors, il apparaît d'autant plus douteux de vouloir ensuite appliquer ce rapport en bloc aux « 378 ». Comme l'indique le SPOP, des déclarations de politique générale ne sauraient se substituer aux actes concrets des autorités fédérales et cantonales à l'égard de chacun des « 378 ». A cet égard, on relève encore que ces derniers ont tous reçu la décision de renvoi de l'ODM, décision qui n'a jamais été remise en cause, ni par acte formel, ni par d'éventuelles omissions cantonales.

Concernant le point 3.2.2, nous nous référons à ce que nous avons indiqué ci-dessus concernant les compétences en matière de renvoi : l'inexécution d'un renvoi par le canton place à la fois celui-ci et le requérant objet du renvoi dans l'illégalité. En effet, le canton n'étant pas compétent pour remettre en cause le principe du renvoi, il ne peut que l'exécuter, disposant tout au plus du choix des modalités d'exécution.

Quant au requérant dont le renvoi n'est pas exécuté, il ne s'en voit pour autant nanti du droit de demeurer sur territoire helvétique, mais tout au plus d'une possibilité matérielle. Dès lors, il paraît quelque peu audacieux d'affirmer qu'en n'exécutant pas les renvois décidés par l'ODM, le Conseil d'Etat et le Grand Conseil vaudois auraient créé une situation légale, voire en ayant l'apparence.

S'agissant du chiffre 3.2.5, on peut ajouter que si la condition n° 5 peut également être remplie lorsque l'autorité qui a agi était seulement supposée compétente, on ne saurait admettre qu'il y ait pu y avoir confusion en l'espèce, les « 378 » ayant tous reçu une décision de renvoi émanant de la Confédération. Ils devaient donc savoir que leur droit de résider sur territoire helvétique dépendait de l'ODM, et non des autorités cantonales.



Nous sommes ainsi d'avis qu'au moins la condition n° 1, mais aussi les conditions n° 2, 3 et 5, ne sont globalement pas réalisées, confirmant l'analyse du SPOP à propos de chacune d'elles.

En revanche, nous réservons les cas particuliers, dans lesquels il se pourrait que toutes les conditions soient réalisées pour certains RA/AP déboutés. Il leur appartiendra toutefois de le démontrer.

Cette éventualité serait de toute façon limitée par le principe selon lequel l'autorité ne pourra, au nom de la protection de la bonne foi, « *créer une institution qui n'existe pas légalement, ni une compétence nouvelle* » (ATF 98 Ia 602, 606, Aschwanden ; Moor, Droit administratif, T. 1, 1<sup>ère</sup> éd., p. 359 ; nous soulignons). Admettre l'application du droit à la protection de la bonne foi en l'espèce reviendrait à créer une compétence cantonale que la loi ne prévoit pas et, donc, à contraindre le canton de Vaud à demeurer dans l'illégalité quant à l'exécution de décisions de renvoi définitives et exécutoires.

**ad ch. 3.3 : « La nullité des décisions et leur contrôle préjudiciel »**

Cette question est l'une des plus délicates de cette problématique, car s'il est avéré, comme le pense Me Nguyen, que les décisions que le DFJP a rendues dans les cas d'espèce sont nulles, alors le canton pourrait ne pas avoir d'autre choix que de renoncer à exécuter les renvois.

Or, cette qualification repose essentiellement sur la nature des refus d'entrer en matière de l'ex-ODR : sont-ce ou non des « décisions » au sens technique du terme ? Ce qui est certain, c'est qu'une réponse négative ferait tomber l'argumentation de Me Nguyen et le canton n'aurait plus à s'interroger sur la nullité des décisions fédérales de ce point vue.

Le SJIC ne peut pas trancher cette question dans la mesure où il n'a été mis en possession ni des « décisions » de refus d'entrer en matière de l'ex-ODR, ni des recours, ni des décisions d'irrecevabilité du DFJP. Le serait-il que sa position pourrait ne pas être différente : sur la base des dossiers complets, les services juridiques des autorités fédérales (et le DFJP !) considèrent que ce ne sont pas là des décisions, alors que sur la même base, un avis de droit du professeur Moor parvient à la conclusion inverse et soutient qu'il s'agit bien là de « décisions » au sens technique.

Nous allons supposer dans la présente analyse, comme le fait le SPOP, que les refus de l'ODM sont des décisions. Nous avons d'ailleurs déjà rendu dans ce sens un avis de droit du 14 septembre 2004 à votre attention, lequel considérait l'analyse du professeur Moor comme pertinente.

Dans ce cas, force est d'admettre avec Me Nguyen que les « décisions » de l'ex-ODR sont viciées, dans la mesure où elles ne contiennent apparemment ni motivations, ni indication des voies de recours.

Toutefois, la sanction de tels vices n'est pas la nullité, mais l'annulabilité pour violation du droit d'être entendu. Le défaut d'indication des voies de recours n'est en outre pas déterminant, l'art. 20 al. 1 LSEE, ou l'obligation générale faite au justiciable de se renseigner sans attendre, permettant de réparer ce vice dans le cadre d'un recours. Quant à la violation du droit d'être entendu, elle peut aussi être « guérie » de cette manière.

En l'occurrence, recours il y a eu, puisque dans certains cas au moins, le DJFP a été saisi (*nous rappelons toutefois que nous n'avons pas pris connaissance des décisions évoquées, et nous nous réservons naturellement de modifier notre interprétation dès lors que nous aurons pu les analyser*).

En l'espèce, il apparaît donc qu'il n'y a pas eu de déni de justice formel, le DFJP ayant reçu et jugé les arguments des recourants, avant de motiver ses décisions en indiquant ses sources de jurisprudence et de doctrine. Il a ensuite décliné formellement sa compétence matérielle, sans pour autant transmettre, en application de l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA),



les dossiers à une autre autorité compétente. Il y aura probablement considéré qu'aucune voie de recours n'était ouverte contre les refus de l'ODM, auxquels il aura dénié le caractère décisionnel, estimant que les conditions de l'art. 5 PA n'étaient pas réalisées. Il n'en demeure pas moins que cette autorité est ce faisant bel et bien entrée en matière.

La décision du DJFP était elle-même attaquable dans le cadre d'un recours, soit au moyen d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (bien qu'il est difficile, sans avoir vu les refus de l'ODM, d'évaluer si ledit recours n'est pas exclu en vertu de l'art. 100 al. 1 lit. b de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 - OJ), soit au moyen – subsidiaire au premier – du recours administratif au Conseil fédéral en application de l'art. 72 lit. a PA.

L'autorité de recours aura probablement dans le cas d'espèce tranché à titre préjudiciel si les refus de l'ODM constituait ou non une décision. Nous relevons que le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours de droit administratif, mais qu'il ne s'est pas prononcé sur la nature décisionnelle de ces refus, probablement en raison de l'application de l'art. 100 al. 1 lit. b OJ.

L'argumentation du DFJP nous paraît certes difficilement soutenable. Cela signifie-t-il pour autant que ses décisions d'irrecevabilité sont nulles ? Nous en doutons fortement, dans la mesure où les cas de nullité ne se rencontrent que pour des vices de procédure, et non quant à l'argumentation au fond (*est nulle p. ex., la décision rendue par une autorité manifestement incompétente*).

L'annulabilité, quant à elle, suppose le dépôt d'un recours. Ces voies de recours existent et elles ont été utilisées. Les autorités de recours ont statué après les avoir instruits, conformément aux lois de procédure applicables. Le DFJP a donc bien rendu une décision sur recours qui, faute d'avoir été contestée avec succès, est juridiquement valable. L'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est également à notre sens totalement respecté.

Au demeurant, si l'on devait considérer les décisions du DFJP comme entachées de nullité, les développements qui précèdent montrent que le moins qu'on puisse en dire, c'est que cette nullité ne serait alors ni patente, ni manifeste, ainsi que le souligne le SPOP.

Nous ajouterons même que reconnaître cette nullité dans le cas d'espèce pourrait nuire gravement à la sécurité du droit, car cela signifierait que les refus de l'ODM constituent bien des décisions sujettes à recours auprès du DFJP, décisions qui, jusqu'à preuve du contraire, seraient valables puisque l'autorité de recours refuse de les revoir ! Si l'on suit l'argumentation de Me Nguyen sur ce point, cela signifierait que les décisions de l'ODM ne deviendraient jamais exécutoires et que les « 378 » seraient des admis provisoires de fait !

Il importe finalement peu pour le canton, à ce stade, de savoir si le DFJP s'est trompé ou non : seul compte le fait que sa décision soit entrée en force et, par conséquent, exécutable. Sur ce point, on relève que l'avis de droit du professeur Moor pourrait pousser certains requérants déboutés à tenter à nouveau leur chance auprès du DFJP. Si, effectivement, les actes de l'ODM ne contiennent aucune indication de voie de droit, l'administré ne devant pas être préterité par cette absence d'indication, ce dernier aurait pu recourir au delà du délai ordinaire si celui-ci ne lui a pas été signifié. Cela étant, il nous paraît douteux que le DFJP revienne sur la pratique qu'il a instaurée en la matière.

Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'arbitrer d'une manière ou d'une autre le conflit juridique opposant les autorités fédérales aux requérants déboutés. Dans ce contexte, on relève que l'Etat de Vaud ne dispose d'aucun moyen d'action sur le plan juridique : même si un recours devait s'avérer possible contre certaines des décisions rendues, le canton de Vaud n'aurait pas qualité pour agir. Comme le relève justement le professeur Moor dans son avis, le canton n'a agi qu'en tant qu'intermédiaire dans ces dossiers, la seule partie à la procédure était le requérant lui-même, et non le canton.



On peut déduire de tout cela que ni l'avis de droit du professeur Moor, ni celui de Me Nguyen ne change quoi que ce soit à la position du canton de Vaud : il est naturellement lié par les décisions rendues par la Confédération dans ce domaine.

Nous en concluons que le canton n'a effectivement pas, dans le cas d'espèce, à procéder au contrôle préjudiciel des décisions du DFJP dans le cadre de l'exécution des renvois.

**ad ch. 3.4 : « La compétence du canton de proposer l'admission provisoire »**

Me Nguyen est d'avis que l'art. 14b al. 1 LSEE a un champ d'application plus vaste que les art. 44 al. 5 et 46 al. 2 LAsi, au motif qu'il ne contiendrait aucune limitation quant au moment où le canton peut proposer l'admission provisoire, ni quant au motif de l'admission provisoire.

Il estime que bien qu'elle appartienne à la LSEE et non à la LAsi, cette disposition s'applique en l'espèce en raison notamment, d'une part, du renvoi général de l'art. 44 al. 2 LAsi « *aux dispositions de la LAsi relatives à l'admission provisoire* » et, d'autre part, de la non-conformité à la norme supérieure de l'art. 17 al. 1 de l'ordonnance fédérale sur l'exécution des renvois et de l'expulsion d'étrangers, du 11 août 1999 (OERE – RS 142.281).

Me Nguyen en conclut que le canton a la faculté, à ce stade, de proposer l'admission provisoire s'il estime que le renvoi est impossible, illicite, inexigible ou place le RA/AP débouté dans une situation de détresse personnelle.

Il n'est pas contestable qu'en matière d'asile, les règles applicables sont d'abord à rechercher dans la LAsi, qui est une *lex specialis* par rapport à la LSEE. Or, il existe dans la LAsi une section particulière – *la section 5, qui regroupe les art. 44 à 48* -, qui traite du renvoi et de l'admission provisoire.

Il découle clairement de ces dispositions que le canton a la possibilité de proposer une admission provisoire dans les cas suivants :

- avant la décision de rejet par l'ODM d'une demande d'asile : dans tous les cas de figure (art. 44 al. 5 LAsi) ;
- après la décision de renvoi : s'il s'avère que « *l'exécution du renvoi n'est pas possible* » (art. 46 al. 2 LAsi).

La LAsi ne prévoit pas d'autre cas dans lesquels le canton aurait la compétence de proposer une admission provisoire. Le renvoi de l'art. 44 al. 2 LAsi à la LSEE permet-il d'aller rechercher dans celle-ci s'il existe d'autres cas ? La réponse doit clairement être négative.

En effet, le renvoi de l'art. 44 al. 2 LAsi porte expressément sur « *les conditions de résidence* », et non sur la compétence. Ces conditions se trouvent réglées aux articles 14c à 14f LSEE, mais non pas à son art. 14b !

Le seraient-elles qu'il faudrait relever alors que l'art. 14b al. 1 LSEE ne fait que rappeler que le canton figure parmi les autorités susceptibles de pouvoir demander une admission provisoire... sans pourtant lui accorder ici de nouvelles compétences en matière d'asile, puisque celles-ci sont déjà fixées dans la LAsi (ni d'ailleurs lui faire l'obligation de demander cette admission plutôt que d'exécuter le renvoi décidé par l'ODM).



L'art. 17 al. 1 OERE précise l'art. 46 al. 2 LAsi, lui ôtant toute ambiguïté : « *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...* ». La réserve faite ensuite à l'art. 33 al. 7 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure, du 11 août 1999 (OA1 – RS 142.311) ne concerne que les cas où le canton est consulté dans le cadre de l'art. 44 al. 5 LAsi pour détresse personnelle grave.

Dans la mesure où cette ordonnance dépend de la LAsi, qu'elle précise, et que l'ensemble de la réglementation pertinente en la matière se trouve dans la législation spécialement consacrée à l'asile, l'on ne voit pas en quoi l'art. 17 OERE contreviendrait à une disposition de la LSEE.

Nous parvenons ainsi à la conclusion, tout comme le SPOP dont nous confirmons pour le surplus l'argumentation, que le canton de Vaud n'est pas en mesure de proposer une admission provisoire pour les « 378 » en dehors du cas où l'exécution du renvoi s'avèrerait impossible. Cette interprétation est d'ailleurs bien celle que le Conseil fédéral a donnée à l'art. 46 al. 2 LAsi dans son message :

*«... 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 des 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 »*  
(FF 1996 II 65-66).

Il est dès lors incontestable que les auteurs de cette disposition ont clairement voulu limiter ici la compétence du canton aux seuls cas d'impossibilité.

**ad ch. 3.5 : « La Convention internationale des droits de l'enfant »**

Me Nguyen invoque la Convention internationale des droits de l'enfant, afin que le canton puisse examiner de cas en cas si elle est respectée dans le cadre du renvoi des familles.

Il découle de ce qui précède que le canton n'est pas habilité, au moment de l'exécution des renvois, à remettre en question la licéité de la mesure, qui a déjà été examinée par les autorités fédérales.

Nous souscrivons ainsi totalement aux conclusions du SPOP sur ce point.

**ad ch. 3.6 : « L'analyse du problème sous l'angle de la révision de la LAsi »**

Il n'y a pas le moindre doute sur le fait que, juridiquement, les travaux en cours aux Chambres fédérales ne changent strictement rien au droit positif actuel, ni à l'obligation immédiate faite au canton de procéder à l'exécution des renvois.

Ici encore, nous confirmons l'analyse du SPOP.



## **CONCLUSIONS**

L'avis de droit du SPOP, et qui a fait l'objet d'une note au CD-DIRE du 31 mars 2005, présente une analyse pertinente de la situation. Nous en soulignons au demeurant la qualité.

Sous réserve et dans la mesure des points développés dans la présente, nous rejoignons le SPOP dans l'essentiel de ses conclusions.

**Le SJIC est ainsi en mesure de valider les points n° 2, 3, 4, 5 et 7 des conclusions figurant au chapitre 4 de la note établie le 31 mars 2005 par le SPOP à l'attention du CD-DIRE concernant la conformité du renvoi des « 378 ».**

Demeurant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, nous vous prions de croire, Monsieur le chef de département, à l'assurance de notre considération respectueuse.

- Annexes :
- note du SPOP au CD-DIRE, du 31.3.2005
  - avis de droit de Me Minh Son Nguyen, du 4.3.2005
  - avis de droit du SJIC du 14 septembre 2004
  - avis de droit du professeur Moor, du 8 septembre 2004