

AVIS DE DROIT

SUR LA NATURE DE L'ACTE DE REFUS DE L'ADMISSION PROVISOIRE EN DROIT DE L'ASILE

I. Les faits

La situation typique est la suivante — et c'est par rapport à elle que nous raisonnerons par la suite, sans tenir compte des particularités des cas individuels.

L'étranger s'est vu refuser sa demande d'asile. La décision de refus était accompagnée d'une décision de renvoi, immédiatement exécutoire.

Toutefois, pendant quelques années, la décision de renvoi n'a pas été exécutée.

Puis, à la suite de l'adoption de la circulaire du 21 décembre 2001, l'autorité cantonale saisit l'autorité fédérale — soit l'ODR — pour que celle-ci accorde une admission provisoire.

L'autorité fédérale refuse, et communique ce refus à l'autorité cantonale pour que celle-ci en informe l'étranger concerné.

Dans un cas en tout cas — et nous retiendrons cette procédure comme typique —, l'étranger a recouru contre le refus de l'ODR auprès de la Commission fédérale de recours en matière d'asile.

Cette dernière s'est déclarée matériellement incompétente.

Le recours fut dès lors transmis par la Commission fédérale au Département fédéral de justice et police.

Le Département déclara le recours irrecevable, parce que l'acte déféré devant lui n'était pas une décision.

Un recours de droit administratif déposé contre cette décision auprès du Tribunal fédéral fut déclaré irrecevable, pour incompétence matérielle.

La question à résoudre est clairement posée par cette procédure : le refus de l'ODR constitue-t-il une décision au sens de l'article 5 PA, et est-elle en conséquence susceptible de recours (art. 44 PA) ? C'est sur cette question que

porte le présent avis de droit.

Il ne porte en revanche pas, dans l'hypothèse où ce refus constituerait une décision, sur la détermination de l'instance de recours fonctionnellement et matériellement compétente.

Il ne porte enfin pas non plus sur la question de savoir, pour quelque cas que ce soit, si, le cas échéant, les conditions matérielles d'une admission provisoire sont réunies.

I. L'argumentation des autorités fédérales

Le Département fédéral de justice et police a longuement justifié sa position, et nous commencerons par analyser son argumentation, telle qu'elle motive en particulier une décision prise sur recours le 18 mars 2003 (Rec. B0-0221254/SA/re, N. 299 787, VD II/409'517). En effet, sa portée est générale, et sa validité indépendante du cas particulier : son argumentation peut donc être considérée comme typique.

a) Dans un considérant 6, après avoir rappelé la définition légale donnée par l'article 5 PA, le Département énonce une définition doctrinale et jurisprudentielle : « manifestation de volonté unilatérale de l'Etat destinée à produire des effets juridiques, en ce sens qu'elle a pour objet de régler de manière obligatoire et contraignante un rapport juridique concret soumis au droit administratif ».¹

A la décision s'opposent « des actes qui n'affectent les droits et les obligations de personne, par exemple des renseignements ou avertissements dépourvus de conséquences juridiques » ; tel est le cas d' « une communication, du moment que celle-ci n'a pas pour effet de modifier la situation juridique [de l'administré], de créer un rapport de droit entre lui et l'administration, ni de l'obliger à une situation passive ou active »².

¹ L'arrêt cité est ATF 126 II 300, c. 1a; il concerne le droit de l'environnement. La doctrine : Benoît Bovay, p. 254, 259 ; B. Knapp, p. 214/5 ; A. Grisel, p. 860/1 ; R.H. Haltner, p. 30 ss.

² Le Département se réfère à un arrêt du Tribunal administratif vaudois, RDAF 1999 I 400, c. 1a.

Or, en l'espèce, poursuit le Département — premier argument de ce considérant —, il ne s'agit pas de créer une situation juridique. « L'écrit en cause, adressé à [l'autorité cantonale], [...] a uniquement pour but d'informer [celle-ci] de l'appréciation portée par l'ODR sur la question de l'application en faveur [de l'étranger] de la circulaire du 21 décembre 2001 et de la prise de position formulée par ledit Office aux termes de l'examen du cas particulier ».

L'analyse faite par le Département est incomplète. Selon ses termes, il y a bien un texte dont l'« application » est en cause — la circulaire citée. Mais il semble que cette « application » ne soit pas véritablement une application, puisqu'il n'y a aucune autorité compétente pour prendre une décision d'application : ni l'autorité cantonale (laquelle ne fait que « proposer »), ni l'autorité fédérale (qui ne fait que communiquer ce que le Département appelle son « appréciation »).

L'application ne consisterait donc qu'en une suite d'« écrits » de caractère non décisionnel. L'autorité cantonale émet une « proposition », un avis ou préavis — donc un simple « écrit », dont l'objet est de susciter une « appréciation » sur l'application d'un texte qui, dans un tel processus (et non pas procédure, puisqu'il est censé ne pas y avoir de décision), n'aura en réalité jamais été appliqué, puisque jamais il ne s'y trouve et ne peut s'y trouver une décision.

Il sera donc nécessaire d'examiner ce qu'est l'application de la circulaire en question, ce que nous ferons plus bas.

Second argument du considérant 6: « Au demeurant, il n'était manifestement pas dans la volonté de l'ODR, lors de la communication [faite à l'autorité cantonale], de rendre une décision. Certes, il n'est pas déterminant qu'un acte administratif présente les critères matériels d'une décision pour pouvoir être qualifié de tel. Cependant, dans la mesure où il consiste en une simple lettre explicative, on ne saurait attribuer à l'écrit [c'est-à-dire à la communication en cause] une nature décisionnelle ».

L'argument n'est pas clair. La phrase intermédiaire est inexacte : il suffit — en réalité — qu'un acte administratif « présente les critères matériels » d'une décision pour devoir être qualifié de tel, et cela même si cet acte ne « présente » pas les critères formels. Que l'autorité n'ait eu dans l'idée que d'émettre une « lettre explicative » ne suffit donc pas à dénier à son « écrit » une « nature décisionnelle », si, en réalité, les critères matériels d'une décision sont présents : à savoir un acte dont l'objet est de faire découler des effets juridiques d'une situation individuelle/concrète à partir de normes de droit. La question est donc, à nouveau, celle de savoir ce qui est « appliqué ».

b) Dans un considérant 7, troisième argument. A supposer, dit le Département, qu'une réponse positive aurait constitué une décision (ce qui semble devoir être le cas, puisque, selon les termes employés, « l'intéressé se voit alors, dans cette

hypothèse, être mis au bénéfice d'une admission provisoire et, donc, d'un statut juridique déterminé »), une réponse négative n'a pas « nécessairement » valeur de décision. « En effet, une telle corrélation ne saurait être ipso facto être envisagée dans tous les cas de figure où une prise de position favorable de l'autorité est synonyme de décision. Lorsque l'autorité est saisie d'une demande visant à obtenir la reconsidération d'un rapport juridique définitivement réglé à l'issue d'une procédure administrative ordinaire et qu'elle s'en tient à la décision prise antérieurement sans procéder à un rejet formel de la requête, sa prise de décision ne revêt pas, en ce cas, le caractère d'une décision »³.

Relevons préliminairement qu'il est paradoxal que, quoique fondé sur les mêmes règles, un acte soit une décision quand il est favorable à l'administré, et un simple « écrit » s'il lui est défavorable!

Mais il y a bien plus important. L'argumentation mélange deux aspects. Il s'agit en effet de distinguer deux situations, en fonction des règles qui sont à appliquer.

La première situation est celle où l'autorité a à appliquer le droit matériel, en fonction duquel elle accepte ou rejette une requête : ici, l'admission provisoire, mais la configuration serait la même pour l'octroi d'une subvention, celle d'une autorisation de police, etc. Il n'est pas nécessaire de se demander ici si le rejet doit être envisagé « ipso facto » comme une décision lorsque l'octroi est une décision, situation dans laquelle la question posée est celle de savoir si c'est à juste titre que le droit ou la faculté requis ont été refusés : car ce n'est pas, en l'espèce, dans cette situation que nous nous trouvons.

En effet, nous nous trouvons dans une autre situation : celle où la situation précédente ne se présente qu'après qu'une autre question a été résolue, laquelle n'a qu'une relation indirecte avec le droit matériel applicable au fond. Et cette autre question est celle de savoir si l'intéressé a un droit à ce que l'autorité reconsidère (réexamine; Wiedererwägung) une décision entrée en force.

On peut donc bien opposer, comme le fait le Département, la décision positive d'admission provisoire à un rejet, mais ce rejet ne peut être, dans une telle opposition, que le rejet de l'admission provisoire.

La décision de non-entrée en matière sur une demande de reconsidération (de réexamen) ne s'oppose dès lors pas à une décision positive d'admission provisoire, mais à une décision d'entrée en matière sur la requête de réexamen d'une décision de renvoi immédiat. Et, pour trancher, on n'applique pas les règles du droit d'asile, mais celles sur la modification des décisions administratives. Nous reviendrons sur cette question plus bas.

L'argumentation du Département mélange ces deux situations juridiques différentes.

c) Considérant 8. Après avoir rappelé que les cantons n'ont en la matière que

³ Références données : ATF 123 II 402, c. 1b/bb, 401 ; JAAC 57.36.c. 1 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^e éd., p. 133, 140, 144 ss.

des compétences d'exécution des décisions prises par l'autorité fédérale et n'ont aucune marge d'appréciation, le Département relève qu'« [ils peuvent], assurément, par une démarche s'apparentant à un avis, attirer l'attention des autorités fédérales sur des circonstances susceptibles d'amener ces dernières à revenir sur une décision d'exécution du renvoi ».

Ils disposent aussi de « la faculté de proposer formellement à l'ODR de prononcer l'admission provisoire s'il s'avère que l'exécution de la décision de renvoi n'est pas possible (art. 46 al. 2 LAsi) ». Dans ce cas de figure, une réponse négative « équivaut à une décision que l'étranger concerné pourra attaquer par un moyen de droit ». « Par contre, poursuit le Département, le simple avis formulé par le canton à l'adresse de l'ODR concernant l'existence d'éléments lui paraissant justifier une modification de la décision d'exécution n'entraîne pas formellement l'ouverture d'une procédure, de sorte que la réponse donnée par cette autorité fédérale à la démarche cantonale n'a pas valeur de décision » ; il s'agit d'un acte de « courtoisie » à l'endroit de l'autorité cantonale, et d'un processus de réflexion interne à l'administration » ; et, du fait qu'une réponse positive de l'ODR serait une décision, on ne saurait conclure qu'une réponse négative l'est aussi.

L'argumentation reprend un argument déjà employé (voir ci-dessus). Il n'y a aucun élément nouveau. Il est clair que le canton formule un « simple avis » — celui d'accorder l'admission provisoire pour les motifs qu'il estime justifiés ; mais cet avis ne peut porter que sur l'admissibilité d'une requête qui n'est pas celle de l'autorité cantonale (celle-ci ne dépose pas une requête, mais un avis sur une requête). Et l'autorité fédérale ne statue pas sur un avis, elle statue sur une requête sur la base d'un avis. Cela étant, on ne peut soutenir que cet avis « n'entraîne pas formellement l'ouverture d'une procédure » que si on part de l'idée que l'étranger n'a rien à faire dans ce processus bien que ce soit sa situation qui est en cause.

Or, un tel présupposé va manifestement à l'encontre des droits de la personne : l'acte en cause — l'« écrit » de l'ODR — a des effets non seulement sur l'administration cantonale, mais aussi sur l'étranger. Il est vrai que la législation ne confère à celui-ci aucun droit à être mis au bénéfice de l'admission provisoire ; cela n'empêche pas qu'il a un droit à être traité conformément au droit. On rappelle qu'est « partie » à une procédure administrative toute personne qui a un intérêt digne de protection à son issue (art. 6, 48 PA).

Assurément, on ne peut être partie qu'à une procédure, et pour qu'il y ait procédure, il faut que le processus débouche sur une décision. Mais cette question ne peut être tranchée par l'argument selon lequel l'objet du processus en cause serait le « simple avis » de l'autorité cantonale sans pétition de principe: car c'est précisément ce point qu'il faut établir — c'est-à-dire : est-ce que, réellement, il n'y a pas d'autre objet à ce processus.

A cet égard, admettre que le processus n'a pas d'autre objet que l'avis cantonal revient à faire comme si l'autorité cantonale agissait uniquement de son propre chef et au nom de considérations relatives uniquement à sa propre situation — elle serait même moins, du point de vue de l'étranger, qu'une sorte de gérant d'affaires. C'est comme si le caractère

inexécutable de la décision de renvoi résidait dans les conséquences de cette exécution pour le canton, et non pas dans celles qui en découleraient pour l'étranger.

Or, c'est bien de l'étranger qu'il s'agit. C'est bien lui qui, en sa faveur (et non en faveur de l'administration cantonale !), demande un nouvel examen. Et l'objet du processus est par conséquent cette demande. Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut et le montrerons ci-dessous, le traitement réservé à une telle demande est une décision — non pas de rejet d'une requête d'admission provisoire, mais d'abord de rejet de la requête de réexamen, ce qui n'est pas la même chose⁴.

d) Enfin, dans la dernière partie du considérant 8, le Département observe que sa qualification de non-décision vaut non seulement pour « les empêchements classiques à l'exécution du renvoi que sont l'illicéité et l'inexigibilité du renvoi [art. 44 al. 2 LAsi en relation avec l'art. 14 al. 3, 4 et 6 LSEE], mais aussi pour la nouvelle réglementation des cas de détresse personnelle grave introduite lors de la dernière révision de la loi sur l'asile (art. 44 al. 3 LAsi) »⁵. Il se réfère à la circulaire du 21 décembre 2001, qui traite de la question, qui prévoit « que, lorsqu'une procédure d'asile s'est terminée par une décision d'entrée en force, l'ODR n'ordonne l'admission provisoire, par le prononcé d'une décision formelle, qu'en cas d'acceptation de la proposition cantonale. Dans le cas contraire, cet Office adresse une simple communication écrite à l'autorité cantonale pour l'informer du résultat de sa réflexion, sans prononcer de décision formelle en ce sens ».

Dans la version que nous avons sous les yeux, rien n'est écrit de tel dans la circulaire du 21 décembre 2001. Cela, d'ailleurs, le serait-il, que ce ne serait pas déterminant : car cette circulaire n'est qu'une simple ordonnance administrative et ne saurait rien contenir de contraire à une norme juridique de rang supérieur. Or, la question est précisément de savoir ce que l'ordre juridique prescrit en matière de réexamen de décisions administratives.

Le Département dit aussi qu'on ne peut rien inférer d'une décision de la Commission de recours qui, concernant l'Action humanitaire 2000, a qualifié de décision susceptible de

⁴ Question : la non-transmission par le canton est-elle susceptible de recours ? Le Tribunal administratif vaudois a tranché par la négative, arrêt confirmé sur recours par le Conseil fédéral (voir, par exemple, décision du 15 décembre 2003, 2003/46/AC/ACH/BA).

Motif : Etant donné que l'admission provisoire ne peut être prononcée que par l'ODR, la transmission par le canton ne confère aucun droit ni obligation à l'étranger concerné. Cela n'est que partiellement exact : la non-transmission prive l'étranger de la faculté de faire reconsidérer sa décision par la seule autorité compétente, et, dans la mesure où il aurait un droit, non pas à l'admission provisoire, mais à la reconsidération de la mesure d'exécution immédiate, l'étranger est bien privé d'un droit. On ne s'étendra pas davantage sur cette question, qui ne fait pas l'objet du présent avis.

⁵ On ne voit alors d'ailleurs pas pourquoi un rejet en vertu de l'article 46 al. 2 constitue une décision — le Département le dit cependant quelques lignes plus haut; en effet, l'article 46 al. 2 est de nature procédurale et ne limite en rien le droit matériel de l'article 44.

recours le rejet de requête de réexamen⁶ — on ne peut rien en inférer parce que, semble-t-il, il s'agissait de l'Action humanitaire, et non pas des situations visées par la circulaire du 21 décembre 2001. Toutefois, la Commission a écrit que «nell'ambito di una procedura d'asilo ogni decisione definitiva dell'UFR, almeno sul punto di questione dell'esecuzione dell'allontanamento, e suscettibile d'essere reesaminata in qualunque momento per fatti intervenuti posteriormente alla stessa decisione, e nella misura in cui tali fatti siano suscettibili di modificare il giudizio originario in favore dell'istante»; comme nous le verrons plus bas, le principe posé par la Commission reproduit fidèlement ce qui découle du droit administratif général.

II. La reconsidération des décisions administratives en général

a) Les décisions administratives bénéficient de l'autorité formelle de chose jugée : elles ne peuvent plus être frappées de recours une fois entrées en force.

Cela ne signifie pas qu'elles ne puissent plus être remises en question ; elles ne bénéficient pas de l'autorité matérielle de chose jugée, ou, si l'on préfère, seulement de manière limitée. D'une part, elles doivent être revues en présence d'un motif de révision au sens étroit — nous ne nous y attardons pas, car aucun motif de ce genre n'est invoqué ici. Il importe cependant de relever que, dans une telle hypothèse, l'administré a un droit à ce que l'autorité examine la pertinence et la consistance du motif qu'il invoque et, si ces conditions sont réalisées, à ce que l'autorité reprenne sa décision en fonction des éléments ayant justifié l'admission de ce motif. On relèvera aussi que les motifs de révision, dans ce sens étroit, ont trait à des éléments antérieurs ou concomitants à la procédure qui a mené à la décision dont le réexamen est demandé.

Il existe en outre un autre motif de révision — souvent appelé révision au sens large, ou demande qualifiée de reconsidération, ou de réexamen, ou encore, et c'est la terminologie la meilleure, d'adaptation — et c'est celui qui nous intéresse ici⁷. Il s'agit d'éléments nouveaux, c'est-à-dire postérieurs à la décision à réexaminer, qui ont provoqué une modification notable des circonstances. Ces éléments peuvent être de fait ou de droit. Ils doivent être pertinents : ils doivent être tels qu'ils peuvent avoir pour effet de rendre la décision en cause illégale (non pas forcément : rendent la décision illégale, ce qui sera l'objet de l'examen au fond). Si ces conditions sont réunies, l'autorité est tenue d'entrer en matière sur la demande de réexamen; et, entrant en matière, elle procédera à un tel réexamen, qui la conduira ou non à modifier la décision prise de manière à la rendre conforme à l'ordre juridique, selon les règles de droit matériel applicables.

⁶ JAAC 2002, No 81, p. 981.

⁷ Nous utiliserons par la suite principalement le terme de réexamen.

Ces règles sont de niveau constitutionnel (art. 29 Cst.). Jurisprudence et doctrine sont unanimes sur ce point⁸.

b) Saisie donc d'une demande de réexamen, l'autorité doit procéder dans un ordre déterminé.

Lors de la première phase, l'autorité doit examiner si les éléments sont véritablement nouveaux, s'ils consistent en une modification sensible des circonstances de fait ou de droit, et s'ils sont de nature à influencer sur la validité de la décision qu'elle a prise. Une réponse négative conduit en principe au rejet de la demande de nouvel examen. Une réponse positive conduit à la deuxième phase : le réexamen de la décision en cause.

Dans ce processus, où trouve-t-on des décisions, et, le cas échéant, quel est leur objet ?⁹

1. L'autorité communique à l'intéressé qu'elle confirme purement et simplement sa précédente décision, sans discuter des motifs avancés. Ce faisant, elle considère implicitement que l'administré n'a pas droit au réexamen, faute d'éléments nouveaux pertinents. Dans cette mesure — et dans cette mesure uniquement — on se trouve en présence d'une décision : il y a un effet juridique, qui est l'objet même de cette décision, à savoir la constatation que l'intéressé n'a pas le droit qu'il prétend avoir à une nouvelle procédure.

Puisqu'il s'agit d'une décision, un recours est ouvert : mais il est limité à l'objet de la seconde décision, à savoir la présence d'éléments nouveaux donnant droit à un nouvel examen. Autrement dit, le recours ne portera pas sur les questions de droit matériel telles qu'elles ont été réglées par la première décision (celle dont le réexamen a été demandé).

Le recours sera rejeté si les éléments présentés pour justifier le réexamen ne sont pas suffisants.

2. L'autorité examine les éléments nouveaux présentés et considère qu'ils ne sont pas suffisants pour qu'elle soit tenue d'entrer en matière sur la décision qu'elle a prise.

⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Zurich, 2002, N. 1833 p. 380; Pierre Moor, *Droit administratif II*, 2^e éd., Berne, 2002, p. 342 ss; Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle, 1991, N. 1781 p. 374; André Grisel, *Traité de droit administratif suisse II*, Neuchâtel, 1984, p. 949.

⁹ A. Grisel, *op. cit.*, p. 949/50; P. Moor, *op. cit.*, p. 344.

Cette situation est en réalité la même que la précédente. Ce que l'autorité examine, c'est uniquement la présence des conditions auxquelles elle serait tenue d'entrer en matière. La différence d'avec la situation précédente réside en ce que sa position sur ce point est explicite.

Il s'agit donc aussi d'une décision, qui est également susceptible de recours, avec les mêmes restrictions.

3. Si l'intéressé n'invoque pas des éléments nouveaux suffisants, l'autorité est libre d'entrer en matière ou non. Si elle s'y refuse, on ne se trouve pas en présence d'une décision, puisqu'aucun droit n'est visé par ce refus.

Il n'y a donc pas de recours possible, faute de décision.

Ce troisième cas est différent des deux précédents, en ce sens que la question de la présence et de la pertinence d'éléments nouveaux n'est pas en cause, ni donc non plus un éventuel droit à nouvel examen : cela explique que l'on ne soit pas en présence d'une décision, mais d'une simple communication.

4. Quatrième cas de figure : l'autorité accède à la requête de réexamen et reconsidère la décision qu'elle a prise, en la motivant à nouveau, et cela sans se demander si elle y est tenue ou non : on se trouve en présence d'une nouvelle décision au fond, même si elle est de même contenu que la précédente. Elle pourra être contestée par recours sur tous les points qu'elle aura réexaminés, même ceux qui sont traités de manière identique à ce qu'a fait la première décision.

c) On voit dans quel sens nous avons écrit qu'il ne fallait pas mélanger les deux niveaux pour savoir si on se trouve en présence d'une décision. Parmi les cas de figure présentés ci-dessus, il en est où l'on a des décisions, bien qu'elles n'appliquent pas le droit au fond.

Pour le dire dans les termes utiles à la matière. Les cas de figure 1 et 2 n'ont pas pour objet de statuer sur un rapport juridique du droit d'asile, mais sur un rapport juridique de droit formel, à savoir dans quelles conditions un administré a le droit d'initier une procédure administrative menant à une décision au fond. Les règles applicables ne sont pas celles du droit d'asile, mais celles, de droit administratif général découlant de la Constitution, régissant le droit d'accès à l'autorité. Et c'est uniquement cette question préalable tranchée que, si la réponse est positive, que se poseront les questions de droit de l'asile.

d) Ces règles, on l'a dit, sont de niveau constitutionnel. Elles sont d'application immédiate: elles n'ont pas à être transposées dans une législation. Elles s'imposent donc à toute autorité, à moins que le législateur fédéral en ait décidé autrement — l'immunité de la législation fédérale fait alors obstacle à leur application. C'est ce qui restera à voir plus bas.

e) Appliquées ici, et sous réserve donc de ce qui vient d'être dit sur l'immunité des lois fédérales, le résultat est le suivant¹⁰.

Une décision de renvoi a été prise, avec ordre d'exécution immédiate. A supposer qu'une demande de réexamen qualifiée (ou, selon une autre terminologie, d'une demande de révision au sens large) soit présentée, l'autorité aura pour première tâche de déterminer si sont réunies les conditions auxquelles elle serait tenue d'entrer en matière. Cette détermination fait l'objet d'une décision, puisqu'elle porte sur le droit de l'intéressé à obtenir un réexamen.

Le refus d'entrer en matière sera juridiquement considéré que comme une simple communication, un « simple écrit », seulement si l'intéressé n'a présenté aucun élément nouveau : en effet, ce faisant, il ne prétendait pas avoir un droit à réexamen, et le rejet de la demande n'avait dès lors pas pour objet un droit.

S'il a présenté de nouveaux éléments et prétend avoir droit à un nouvel examen, l'acte par lequel l'autorité se prononce sur cette demande statue sur l'existence d'un tel droit et, le cas échéant, rejette la prétention de nouvel examen : c'est une décision.

¹⁰ Voir notamment Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd., Berne, p. 220.

IV. La législation sur l'asile

Il s'agit ici d'abord d'un bref rappel.

a) Selon l'article 44 al. 1 LAsi, , le rejet d'une demande d'asile ou la non-entrée en matière s'accompagne, en règle générale, d'une décision de renvoi, avec ordre d'exécution immédiate. Cette exécution relève des cantons, qui y sont tenus (art. 46 al. 1).

Si le renvoi ne peut être exécuté parce que l'exécution «n'est pas possible, est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée», l'ODR «règle les conditions de résidence conformément aux dispositions [de la LSEE] relatives à l'admission provisoire» (art. 44 al. 2 LAsi, 14a ss LSEE)).

«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» (art. 44 al. 3 LAsi, 33 OA 1).

b) Dans les cas ainsi réglés par la loi sur l'asile, la question de l'admission provisoire débouche sur une décision au sens de l'article 5 PA.

Ce qui est directement en cause, c'est le droit de l'administré de rester en Suisse au bénéfice d'un titre légal.. L'acte a donc pour objet de régler une situation juridique qui va devenir impérative — qu'elle accorde le *droit* de rester ou qu'elle impose l'*obligation* de partir. Cet objet correspond en tout point à la définition légale de l'article 5 PA.

c) La loi ne contient aucune règle sur les situations dans lesquelles la mesure d'exécution immédiate a été décidée, mais dans lesquelles des éléments nouveaux apparaîtraient qui seraient de nature à rendre l'exécution du renvoi contraire à l'ordre juridique.

Et c'est ce genre de situations qui est l'objet de la circulaire du 21 décembre 2001.

La question est de savoir si, contrairement aux cas visés par l'article 44 al. 2 et 3 LAsi, la qualité de décision peut être déniée au refus d'admission provisoire.

Pour prononcer une admission provisoire, l'autorité doit évidemment reprendre

l'examen de la décision de renvoi avec exécution immédiate qui a précédé: il n'est pas possible d'ordonner l'admission provisoire si celle de renvoi avec exécution immédiate du renvoi est maintenue — elles sont contradictoires.

Il est clair aussi que la décision de renvoi avec exécution immédiate bénéficie de l'autorité de chose jugée. Mais, comme on l'a vu ci-dessus, celle-ci n'exclut pas que l'autorité réexamine sa décision si des éléments de fait ou de droit nouveaux pertinents apparaissent; et on a rappelé que l'administré concerné avait même un droit à réexamen (lequel, on s'en souvient, n'est pas un droit à ce que la décision soit modifiée — cela dépend du droit matériel applicable). Un tel droit, cependant, devrait être refusé si une loi fédérale contenait une disposition contraire.

d) Tel pourrait être le cas si la loi sur l'asile excluait le réexamen des décisions exécutoires.

Explicitement, tel n'est pas le cas.

La doctrine, concernant la loi sur l'asile précédente, a admis le réexamen des décisions de renvoi¹¹.

La nouvelle loi ne peut conduire à un autre résultat.

L'article 44 al. 3 actuel a été adopté pour faire obstacle à la pratique de quelques cantons, qui accordaient des permis humanitaires, en leur ouvrant une autre voie; cette option nouvelle découle du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile¹².

Le Message du Conseil fédéral dit à ce sujet: «La nouvelle conception du modèle prévoit que dans les cas graves de détresse personnelle, on pourra ordonner l'admission provisoire à condition qu'aucune décision d'asile ou de renvoi définitive n'ait été rendue dans les quatre ans suivant le dépôt de la demande d'asile»¹³.

Cela signifie que si une décision de renvoi a été prise dans les quatre ans qui précèdent, une admission provisoire ne peut pas être prononcée pour le motif de détresse personnelle.

¹¹ Walter Kälin, *Grundzüge des Asylverfahrens*, Berne, 1990, p. 193/4; Urs Bolz, *Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht*, Bâle/Francfort s./M., 1990, p. 218.

¹² Message, p. 61 ss.

¹³ FF 1996 II 62.

On ne peut — et c'est un premier point — rien en déduire a contrario quant à l'admissibilité d'une demande de réexamen fondée sur l'un ou l'autre des motifs de l'article 44 al. 2.

Second point. Plus largement, on ne peut rien en déduire a contrario concernant l'admissibilité d'un réexamen de la décision de renvoi exécutoire. En effet, l'article 44 al. 3 veut empêcher qu'en lieu et place d'une décision du droit d'asile non encore prise, le canton ne délivre une autorisation fondée sur la législation sur le séjour des étrangers, et cela en leur offrant une faculté spécifique au droit de l'asile, d'ailleurs plus largement que les motifs de l'article 44 al. 2.

Mais la disposition n'a pas pour objet, tel que cela découle de son but, la situation pour les décisions déjà prises.

La systématique de la loi sur l'asile ne contient donc aucun indice qui donnerait à penser que le réexamen des décisions de renvoi serait exclu. Ajoutons d'ailleurs que le rejet d'une requête d'asile ne fait pas obstacle à une nouvelle demande, si l'étranger peut montrer que «des faits propres à motiver la qualité de réfugié ou déterminants pour l'octroi de la protection provisoire se sont produits dans l'intervalle» (art. 32 lit. e). A majoré minus: si le législateur admet le réexamen pour faits nouveaux s'agissant de l'octroi de l'asile, pourquoi l'exclurait-il pour le réexamen du renvoi?

Dans cette situation, où le droit de l'asile ne contient aucune disposition spécifique, l'application de la loi doit se faire en conformité avec les règles formelles de niveau constitutionnel.

La conclusion s'impose dès lors. Conformément aux exigences constitutionnelles, un étranger a un droit au réexamen des conditions de renvoi immédiat, lorsqu'il invoque des éléments de fait ou de droit nouveaux et pertinents. Et l'autorité est tenue au moins de prendre une décision sur la question de savoir si ces conditions sont remplies ou non.

e) Un mot encore sur la pertinence des éléments à invoquer.

Il s'agit d'abord de tout élément qui serait intervenu postérieurement à la décision de renvoi, qui serait de nature à provoquer l'impossibilité ou l'illicéité de l'exécution du renvoi, ou qui serait de nature à la rendre non raisonnablement exigible (art. 44 al. 2). Si ces éléments s'étaient produits avant la décision de rejet de la demande d'asile, ils auraient également été de nature à ordonner une admission provisoire.

La question se pose de savoir si sont invocables aussi des éléments qui ont trait

aux cas de détresse profonde tels que prévus à l'article 44 al. 3.

La circulaire du 21 décembre 2001 déclare que, «dans le domaine de l'asile, l'examen d'une situation de détresse personnelle grave au sens de l'art. 44 al. 3 LAsi n'entre en principe pas en ligne de compte pour les personnes dont l'exécution du renvoi a été ordonnée»¹⁴. La formulation est trompeuse; en réalité, comme on l'a vu, tout ce que l'on peut déduire de l'article 44 al. 3 est que, pour les personnes à l'égard desquelles aucune décision de renvoi n'a été prise, une admission provisoire est possible en cas de détresse personnelle grave, que, par conséquent, aucune autorisation de séjour ne peut être délivrée et que l'admission provisoire ne peut être accordée que passé ce délai de quatre ans. L'article 44 al. 3 ne vise que ce genre de situation, et non pas celui des personnes à l'égard de qui une décision de renvoi a été prise.

Dans ces conditions et pour ce second genre de situation, la question se pose des motifs — c'est-à-dire des éléments nouveaux — qui pourraient conduire à accorder une admission provisoire. Le Département de justice et police (plus précisément l'OFE et l'ODR) l'a fait en adoptant la circulaire du 21 décembre 2001. Et il l'a fait en adoptant des règles analogues à celles contenues à l'article 44 al. 3 LAsi et 33 OA 1.

Quelle est le fondement juridique de cette ordonnance administrative? Destinée à résoudre un problème à la solution duquel la loi elle-même ne fournit aucune solution, mais qui se pose à raison des règles sur le réexamen des décisions administratives, l'autorité peut définir par avance la pratique qu'elle entend suivre. C'est l'objet même de la circulaire. Ce type d'ordonnance est connu: il s'agit d'une ordonnance dite interprétative, qui repose sur le pouvoir hiérarchique ou sur le pouvoir d'exécution lui-même. Il suffit que l'ordonnance ne contienne rien de contraire à la loi dans l'application de laquelle elle s'insère ni à la constitution.

Or, la circulaire institue pour les étrangers dont le renvoi immédiat a été prononcé, et lorsque ce renvoi n'a pas été exécuté quoique prononcé il y a de nombreuses années, un régime analogue — peut-être même quelque peu plus sévère — à l'hypothèse de l'article 44 al. 3 LAsi: cela ne paraît rien contenir de contraire à la législation sur l'asile, tout en respectant les règles sur le réexamen des décisions.

¹⁴ P. 6.

V. Conclusion

En application des règles générales du droit administratif, découlant du droit constitutionnel, l'acte par lequel l'ODR décide de ne pas entrer en matière sur une demande d'admission provisoire pour des étrangers qui ont fait l'objet d'une décision de renvoi avec exécution immédiate datant de plusieurs années, mais où il n'y pas eu exécution, est une décision.

En effet, toute personne visée par une décision a droit à ce qu'elle soit réexaminée lorsqu'elle invoque des faits nouveaux ou du droit nouveau pertinents, susceptibles de modifier les bases sur lesquelles cette décision a été prise.

L'acte par lequel l'autorité constate, implicitement ou explicitement, que les conditions d'un nouvel examen ne sont pas remplies, porte sur l'existence de ce droit; c'est donc une décision.

Si — et seulement si — les éléments sont tels qu'une entrée en matière est impérative, l'autorité doit entrer en matière pour réexaminer sa précédente décision.

La nouvelle décision qu'elle prend alors a la nature de la précédente.

Pierre Moor

professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Lausanne

Lausanne, le 8 septembre 2004.