

QUESTIONS CHOISIES CONCERNANT LA REPRÉSENTATION JURIDIQUE DES REQUÉRANTS D'ASILE DANS LE CADRE DE LA REFORME DE LA LOI SUR L'ASILE

Pour la Commission des droits de l'Homme, Mes Léonard Micheli, Arnaud Moutinot, Roxane Sheybani et Brice van Erps

Le 25 septembre 2015, le Parlement a approuvé le Projet de modification de la loi sur l'asile (ci-après: «P-LAsi») dont le délai référendaire est arrivé à échéance le 14 janvier 2016. Le Projet propose une refonte de la Loi sur l'asile¹ ayant pour but d'accélérer la procédure d'asile, soit l'examen d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Pour ce faire, le Projet implique notamment une centralisation des procédures d'asile au sein des centres d'enregistrement fédéraux, ainsi que la représentation juridique des requérants d'asile lors des étapes déterminantes de leur procédure.

Cette contribution examine les principales caractéristiques de la représentation des requérants d'asile et de la rémunération de l'avocat dans le cadre de la nouvelle procédure d'asile.

I. Gestion de la représentation juridique par un prestataire privé

A teneur de l'article 102f P-LAsi, les conseils prodigués et la représentation juridique dans les centres de la Confédération seront gérés, dans chaque centre, par un prestataire, entité privée dont la désignation fera l'objet, pour chaque centre, d'un appel d'offres de la Confédération.

Lors de la phase test effectuée à Zurich, ce mandat a été attribué à l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (ci-après: «OSAR») pour ce qui concerne le centre de la Confédération à Zurich.

L'article 102i P-LAsi énonce les tâches du prestataire, notamment l'organisation des conseils aux re-

quérants et la désignation des représentants légaux, ce qui a pour but d'assurer la qualité, l'objectivité et l'indépendance des conseils et de la représentation². On peut relever que la proximité apparente du prestataire et des représentants juridiques qu'il mandatera avec les membres du Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après: «SEM»), soit l'autorité décisionnelle, peut être de nature à péjorer le rapport de confiance entre le mandant et le mandataire.

De manière générale, le prestataire semble bénéficier d'une importante marge de manœuvre. Les avocats désirant défendre les requérants d'asile devront s'adresser au prestataire, celui-ci étant chargé de désigner les mandataires des requérants.

II. Conseils

L'article 102g P-LAsi prévoit le droit des requérants d'asile à être conseillés au sujet de leur procédure d'asile durant leur séjour dans les centres de la Confédération.

Ce conseil constitue une information à laquelle les requérants d'asile ont droit. L'amalgame ne doit donc pas être fait avec un Conseil, synonyme de défenseur.

Les informations dispensées dans le cadre du conseil concernent notamment les droits et obligations du requérant durant la procédure. Cette disposition ne devrait pas dispenser l'autorité de son obligation de notifier formellement au requérant d'asile ses droits et obligations.

¹ LAsi, RS 142.31.

² DFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102i, p. 46. Le Projet de modification ainsi que le Rapport explicatifs sont disponibles sur le lien suivant: https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/gesetzgebung/aend_asylg_neustruktur.html.

Le Projet reste muet quant aux compétences requises des personnes habilitées à fournir le conseil. Elle se limite à mentionner que seront habilitées à le faire les personnes qui «à titre professionnel conseillent des requérants». A teneur du Rapport explicatif, cette formulation permet aux «personnes qui jouissent d'une certaine expérience professionnelle dans le domaine de l'asile, sans pour autant être titulaire d'un diplôme universitaire en droit»³ d'assumer le rôle de conseiller, comme c'est le cas actuellement. Il incombera ainsi au prestataire, qui doit veiller à la qualité du conseil et de la représentation juridique de fixer des critères de qualité et de veiller à la bonne formation des conseillers. Conditionner, dans la loi, le conseil et la représentation juridique à un critère d'expérience plus qu'au seul critère professionnel aurait paru plus opportun. Telle qu'elle est, la formulation du Projet de loi paraît exclure, avec la notion de «professionnel», les bénévoles qualifiés.

III. Représentation juridique dans les centres de la Confédération

L'article 102h P-LAsi traite de la représentation juridique à proprement parler. La représentation juridique automatique des requérants d'asile est bienvenue car elle pallie une lacune actuelle affectant leurs droits procéduraux, les requérants d'asile n'étant actuellement pas représentés automatiquement. Comme nous le verrons, il est toutefois à regretter que cette défense ne se poursuive pas après l'attribution du requérant d'asile à un canton. Quant à la cohabitation du conseil et du représentant avec l'autorité, celle-ci risque d'induire en erreur les requérants d'asile et de mettre à mal le lien de confiance nécessaire à une défense efficace.

Sans créer de monopole de l'avocat, les qualités requises pour être habilité comme représentant sont plus restrictives en ce qu'elles n'ouvrent ce mandat qu'au titulaire d'un diplôme en droit qui, à titre professionnel, conseille et représente des requérants et qu'à l'avocat. Il appartiendra aux avocats intéressés de se manifester auprès des prestataires en vue d'être désignés par lui.

A. Début de la représentation

L'attribution prévue par le Projet d'un représentant juridique «en vue du premier entretien préparatoire et dans la suite de la procédure d'asile» doit être saluée car elle signifie que l'assistance juridique est appelée à intervenir dès le début de la procédure.

Les termes «en vue de» semblent impliquer que le représentant juridique ne devrait pas être désigné à la dernière minute (contrairement aux avocats intervenant dans le cadre des détentions administratives), mais qu'il devrait au contraire bénéficier du temps nécessaire à la préparation du cas avec le requérant.

Il convient de préciser qu'aucune détention administrative n'intervient à ce stade et que, dès lors, les impératifs de célérité de traitement de la procédure d'asile qui gouvernent le Projet de loi ne sauraient justifier un temps de préparation insuffisant pour le représentant et son client. Le risque demeure néanmoins, à l'instar de ce qui peut être observé dans les procédures en mesures de contraintes devant le Tribunal administratif de première instance.

L'article 102h al. 1 P-LAsi mériterait dès lors d'être clarifié sur ce point, le temps nécessaire à la préparation de la défense ayant fait l'objet d'une abondante

³ DFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102i, p. 46

jurisprudence⁴ ne demandant qu'à être codifiée.

B. Choix du représentant juridique

S'agissant ensuite du choix du représentant juridique, le Projet prévoit, à l'instar des aides juridictionnelles classiques, la possibilité, pour le requérant, de renoncer aux offices du représentant désigné au profit d'un Conseil choisi (et rémunéré) par lui. Cet élément ne soulève pas de problèmes particuliers, problèmes qui pourraient en revanche survenir s'agissant de la possibilité de changer de mandataire.

Le Projet de loi est muet sur ce point, le Rapport explicatif précisant au sujet de cette disposition que le requérant pourrait le faire pour de justes motifs, citant en exemple les persécutions liées au sexe, qui devraient permettre au requérant de se voir attribuer un représentant du même sexe que lui⁵.

Pour le surplus, le mécanisme de changement de mandataire n'est absolument pas explicité dans le Projet de loi qui ne comporte aucune précision sur l'autorité compétente, les voies de recours ou autres.

C. Renonciation à l'assistance juridique

Selon l'article 102h al. 1 P-LAsi, un requérant d'asile peut renoncer aux services d'un Conseil juridique gratuit. Cette disposition est potentiellement dangereuse dans la mesure où le requérant pourrait se voir encouragé à le faire. Il serait opportun que ce choix n'intervienne qu'après le premier entretien. En d'autres termes, l'attribution d'un représentant juri-

dique serait automatique et ce n'est qu'a posteriori que le requérant serait en droit d'y renoncer.

D. Durée de l'assistance juridique

Pour les cas Dublin⁶ et les procédures accélérées, le Projet prévoit que l'assistance juridique soit octroyée jusqu'à l'entrée en force de la décision (article 102h al. 2 P-LAsi).

En apparence logique, cette disposition pose néanmoins la question des voies de recours dans les cas Dublin, voies de recours pour lesquelles l'assistance judiciaire est régie par l'article 54 al. 2 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: «PA»), applicable par renvoi de l'article 102m al. 2 P-LAsi. Cette disposition crée une disparité entre les cas Dublin et les autres dont il sera traité dans le cadre de l'analyse de l'article 102m P-LAsi.

S'agissant des procédures étendues, l'assistance juridique perdure jusqu'à ce qu'il soit décidé de suivre une telle procédure, décision prise à l'issue de la première audition du requérant⁷ et qui implique que l'assistance juridique soit ensuite prise en charge par les cantons en application des articles 102l et 102m P-LAsi.

Cette disposition pose également le problème des suites de la décision négative. En effet, dans le cas où la décision serait suivie d'une détention administrative fondée sur la Loi sur les étrangers⁸, il paraît cohérent que le mandataire originellement en charge de la procédure d'asile se charge de la défense du

⁴ Parmi de très nombreux autres: affaire CrEDH, *Penev c. Bulgarie*, Arrêt du 7 janvier 2010, Req. No 20494/04, par. 44.

⁵ DFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102h, p. 45.

⁶ Les causes auxquelles s'applique le Règlement n°604-2013 du 26 juin 2013 (dit «Dublin III»), soit notamment celles relatives à des requérants d'asile ayant traversé un Etat de l'espace Schengen, sont communément appelées «cas Dublin».

⁷ DFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102h, p. 45.

⁸ LEtr, RS 142.20.

requérant devant les autorités compétentes, sauf à obliger un nouveau mandataire à reprendre le dossier *ab ovo*, sous les fortes contraintes de temps propres à ce type de procédure.

E. Indemnisation du représentant

L'article 102k al. 1 P-LAsi énonce de manière non-exhaustive les tâches pour lesquelles le représentant est indemnisé. Chacune de ces tâches est indemnisée forfaitairement.

Le montant et les conditions d'octroi de l'indemnité seront fixés par le Conseil fédéral (al. 3). Cette question est largement soustraite au débat démocratique et on peut s'interroger sur la portée d'une indemnité qui, selon la loi, devra être basée sur des «*solutions financièrement avantageuses*».

De manière générale, l'indemnisation du représentant présente les mêmes écueils que l'ensemble du système de représentation des requérants d'asile. En effet, l'Etat verse l'indemnité au prestataire et non au représentant du requérant. Outre les inutiles complications qu'engendre un tel procédé, celui-ci prive le représentant ainsi que le requérant de leur qualité pour agir en cas de refus d'indemnisation.

Le Projet ne précise d'ailleurs pas à qui il incombera de décider de l'octroi ou du refus d'indemnisation. Si cette compétence devait appartenir au prestataire, on notera qu'un tel système accorderait à un organisme indéfini et possiblement privé un pouvoir décisionnel ayant des conséquences directes sur l'accès à la justice. Ici encore, les qualités requises

du prestataire et ses attributions futures sont bien trop incertaines pour prévenir tout risque d'arbitraire.

Il s'ensuit que le Projet ne précise pas l'autorité, respectivement l'entité, compétente pour décider de l'octroi ou de refus d'indemnisation et ne propose aucune voie de droit pour contester un éventuel refus.

F. Représentation juridique dans le cadre de la procédure de recours

1. Limitation de la représentation aux cas qui ne sont pas d'emblée voués à l'échec

Le Message du Conseil fédéral précise qu'il «*convientra [...] de veiller à limiter la représentation juridique dans des procédures de recours aux cas qui ne sont pas d'emblée voués à l'échec, une éventualité qui devrait, par exemple, concerner de nombreux cas Dublin*»⁹. Cette limitation de la représentation juridique appelle deux remarques.

Premièrement, si la notion de «*voué à l'échec*» est d'ores et déjà usitée à l'envi, elle n'en reste pas moins regrettable. La limite fluctuante qui sépare les cas réellement voués à l'échec de ceux qui constituent le fer de lance de l'évolution jurisprudentielle invite à la circonspection. Interdire les seconds revient à scléroser la jurisprudence dans une interprétation du droit limitée à l'évidence. Pareil frein à la défense se méprend, au surplus, sur la capacité du défenseur d'estimer lui-même la pertinence d'un recours.

Deuxièmement, qu'une telle limite concerne de

⁹ DDFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102k, p. 47; message concernant la modification de la loi sur l'asile, 3 septembre 2014, ad art. 102m, p. 7875.

nombreux cas Dublin ne saurait être saluée. Le Traité de Dublin¹⁰ établit les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. Ce texte n'a ni la vocation ni la prétention d'établir plus qu'une procédure interétatique de répartition des compétences. La Cour européenne des droits de l'Homme a, déjà par deux fois, dû brider son application en raison de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les pays de destination. Limiter les recours des cas Dublin signifie augmenter consciemment le risque de telles violations.

2. Renonciation au recours

Selon l'article 102h al. 2 P-LAsi, «*le représentant légal informe le requérant d'asile au plus tôt s'il n'entend pas interjeter recours*». Il appartient donc au représentant légal et non au requérant d'asile de renoncer au recours. Cette disposition s'annonce en contradiction flagrante avec les règles du mandat qui impliquent que le mandant instruisse le mandataire qui s'exécute au mieux de ses compétences¹¹.

Il est clair que ce même mandataire aura l'obligation d'avertir son mandant d'un recours voué à l'échec et l'on peut imaginer que l'insistance du mandant à interjeter recours dans ce cas pourrait, suivant les circonstances, constituer un juste motif de résiliation du mandat.

Autoriser en revanche le mandataire à prendre seul la décision de renoncer au recours avec comme unique garde-fou de l'inviter à le faire au plus tôt n'est pas seulement redondant avec l'interdiction de résiliation du mandat en temps inopportun¹², mais surtout

dangereux en ce qu'il institutionnalise une défense timide. Ce d'autant que sa surveillance paraît totalement illusoire dans la mesure où l'on ne voit guère de quelle manière la décision du représentant légal de renoncer à recourir serait sujette à contrôle. A ce titre, il doit être noté que la loi est à nouveau muette sur les motifs qui autoriseraient une telle renonciation et n'est pas plus loquace s'agissant des voies de droit.

IV. Représentation juridique après l'attribution à un canton

L'article 102I P-LAsi régit la représentation juridique après l'attribution du requérant d'asile à un canton. Cette disposition est extrêmement succincte et attribue au Conseil fédéral la compétence de préciser les nombreuses notions juridiques indéterminées qu'elle contient. Dès lors, la critique de cette norme se bornera au peu qu'elle révèle.

En vertu de l'article 102I P-LAsi, le Conseil fédéral devra énoncer quelles étapes de la procédure de première instance sont déterminantes pour la décision. Seules ces étapes seront indemnisées.

On peine à concevoir quels actes entrepris par un représentant juridique ne sont pas déterminants. Cette disposition le postule néanmoins. Pareil tutorat imposé au défenseur est d'autant moins louable qu'il limite l'accès à la justice. S'il paraît normal d'exclure de l'assistance juridique certaines démarches, tel que l'accompagnement social, ne justifiant pas le concours d'un représentant juridique, il ne saurait être fait usage de cette limitation pour brider le man-

¹⁰ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

¹¹ Art. 394 à 401 CO.

¹² Art. 404 al. 2 CO.

dataire dans son activité.

Compte tenu de la diversité et de la singularité des causes, le défenseur doit bénéficier d'une marge de manœuvre complète afin d'assurer son mandat. Les moyens de droit ne sauraient connaître d'autres limites que celles consacrées par la procédure administrative.

A. Cas d'octroi automatique à l'assistance judiciaire

L'article 102m al. 1 P-LAsi liste de manière strictement exhaustive les cas dans lesquels l'assistance judiciaire est *automatique* pour autant que le requérant d'asile se soit d'ores et déjà vu dispensé de payer les frais de procédure.

Un premier problème concerne les conditions d'une telle dispense qui ne sont aucunement traitées par le Projet.

Le Rapport explicatif suggère, après avoir précisé que la nécessité d'une assistance judiciaire doit être *présumée*, que les conditions en question seraient, classiquement, l'indigence et les chances de succès d'un recours non voué à l'échec¹³.

Si tel est bien le cas, l'on comprend qu'une assistance judiciaire soit *strictement* limitée aux cas listés dans cette disposition alors même qu'elle ne serait octroyée qu'en cas d'indigence et de chances de succès raisonnables du recours. L'assistance judiciaire dans le cadre d'un recours disposant de bonnes (voire d'excellentes) chances de succès et

émanant d'un requérant indigent mais ne figurant pas dans la liste des cas prévus par l'article 102m P-LAs¹⁴ se verrait ainsi niée, ce qui semble en contradiction flagrante avec l'article 29 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (ci-après: «Cst»)¹⁵.

L'inconstitutionnalité de cette disposition paraît d'autant plus importante qu'elle nierait l'aide d'un mandataire à une personne pourtant déjà dispensée des frais de procédure et qui aurait donc d'ores et déjà été jugée démunie et présentant un recours non dénué de chances de succès.

A notre sens, l'article 102m P-LAsi devrait être formulé de façon à garantir une aide juridictionnelle à toute personne démunie présentant un recours non dépourvu de chances de succès, les cas listés pouvant être mentionnés comme les cas dans lesquels l'aide d'un mandataire serait automatique.

B. Droit à l'assistance judiciaire pour les procédures Dublin, des procédures de révision et des demandes multiples

L'article 102m al. 2 P-LAsi renvoie le requérant aux conditions d'octroi classiques de l'assistance judiciaire fixées à l'article 65 al. 2 PA s'agissant des procédures Dublin, des procédures de révision et des demandes multiples.

On ne voit pas en quoi une distinction devrait être opérée entre les procédures listées à l'alinéa 1 de cette disposition et les autres.

¹³ DDFJP, Rapport explicatif, Projet de modification de la loi sur l'asile, Restructuration du domaine de l'asile, juin 2013, ad art. 102h, p. 24.

¹⁴ Tel que par exemple une décision de renvoi pure (le refus d'asile ayant été prononcé antérieurement) ou une décision de refus d'asile non-assorti d'un renvoi).

¹⁵ Etienne GRISEL, *Egalité, les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^e éd., Berne 2009, N 537 et suivants.

Soit une démarche judiciaire est raisonnable (sur le plan des chances de succès) et son initié n'a pas les moyens de la financer, et l'assistance judiciaire devrait être accordée, soit elle ne l'est pas et elle doit être refusée.

La disparité proposée par le Projet pour ces différentes démarches paraît contraire à l'article 29 al. 3 Cst ainsi qu'au principe d'égalité.

V. Domicile de notification

Il n'est usuellement pas nécessaire de rappeler l'importance du respect des délais de procédure, c'est pourtant ce que le législateur a estimé nécessaire de faire à l'article 102j P-LAsi. Les délais que vise à mettre en place le nouveau P-LAsi dans le cadre de la procédure accélérée sont extrêmement brefs. Le représentant légal dispose de vingt-quatre heures pour donner son avis sur le projet de décision négative¹⁶. Tout manquement à ce délai, et toute absence du représentant légal à une étape de la procédure où sa participation est requise vaudra renonciation et n'empêchera pas les actes notifiés par le SEM de déployer leur plein effet.

A la brièveté des délais s'ajoute toutefois un obstacle procédural surprenant, puisque les actes de l'autorité ne sont pas notifiés au représentant légal mais au prestataire. C'est à ce dernier qu'il incombe d'assurer la transmission en temps utile au représentant, le cas échéant de désigner urgemment un nouveau à même de réagir dans le bref délai.

Toute l'idée du Projet de loi, selon laquelle la qualité de la procédure accélérée sera assurée par une

assistance au requérant d'asile, est donc fortement tempérée par cette disposition. La responsabilité du prestataire et du représentant légal – qui devront faire preuve d'une grande disponibilité et d'une grande flexibilité dans leur organisation – est importante, alors que, pour sa part, l'autorité est affranchie de la sienne dès qu'elle a notifié l'acte au prestataire.

On entrevoit aisément les difficultés qu'un tel système va engendrer quant à l'engagement des responsabilités des uns et des autres en cas de défaut de réponse du mandataire dans le délai ou d'absence du représentant à une étape-clef de la procédure.

VI. Conclusion

Les pièges actuels de la procédure d'asile sont déjà bien connus de nos confrères qui la pratiquent régulièrement mais aussi des organisations d'aide aux réfugiés qui conseillent ces personnes dans les bureaux juridiques et autres permanences. L'analyse des quelques dispositions qui vous est présentée ici laisse à penser que le praticien qui épaulera les requérants d'asile dans ces procédures accélérées devra faire preuve d'une grande disponibilité et réactivité dans ces affaires. Par ailleurs, vu l'importante marge que la loi lui laisse à cet égard, nous observons que la mise en œuvre de ce système de procédure accélérée – et ses limites et apports –, dépendra grandement du prestataire et de la façon dont il exécutera son mandat, dialoguera avec ou s'imposera face au SEM. Il nous faudra donc attendre de connaître le ou les prestataires désignés pour le centre Romand et de voir sa pratique lors des premières procédures accélérées pour mesurer le plein impact de ce nouveau type de procédure sur

¹⁶ Ce bref délai est constitutif de la pratique au sein du centre test de Zurich où l'OSAR a été mandatée comme prestataire de janvier 2014 à septembre 2015: <https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html>.

la défense des requérants d'asile.

Il doit également être noté que si le Projet prévoit un certain renforcement de la représentation juridique des requérants d'asile dans le cadre des procédures accélérées, ce même Projet tend plutôt à limiter ladite représentation dans la procédure étendue traitée dans les cantons. Or, c'est précisément dans ces procédures étendues, qui sont par nature des *cas limites*, que le concours de l'avocat se révèle particulièrement précieux pour le requérant d'asile.

Sur ce point également, le Projet mérite d'être accueilli avec vigilance par les cantons qui conservent leur marge de manœuvre dans ce cadre et devraient faire en sorte que la représentation initiale assurée par le Projet se poursuive dans de bonnes conditions s'agissant des suites de la procédure relevant de leur dicastère. Le rôle de l'avocat sera crucial et il lui reviendra de veiller au respect des garanties procédurales fondamentales.