

## **Note relative aux mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus**

*Thierry Tanquerel, professeur honoraire à l'Université de Genève*

### **I. Introduction**

Par courriel du 4 avril 2020, Madame Amanda Ioset, secrétaire générale de Solidarités sans frontières, a sollicité du soussigné la rédaction d'une note analysant la conformité au droit des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus.

Il était en substance demandé au soussigné de se prononcer sur les questions suivantes :

- a. La constitutionnalité et la légalité des mesures prises par le Conseil fédéral dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus, à savoir, d'une part, le maintien des procédures, notamment des auditions, et, d'autre part, les dérogations au droit en vigueur prévues par le Conseil fédéral en matière de procédure.
- b. Les moyens de droit permettant le cas échéant de contester lesdites mesures.
- c. Les conséquences juridiques des garanties insuffisantes de protection sanitaire dans les centres d'asile.
- d. La conformité au droit de l'impossibilité de demander l'asile aux frontières.

La présente note est consacrée à la réponse aux trois premières questions. La dernière question, qui comporte un aspect important de droit international, pourra faire, le cas échéant, l'objet d'une autre note.

### **II. Les mesures prises par le Conseil fédéral**

En date du 1<sup>er</sup> avril 2020, le Conseil fédéral a adopté, en se fondant sur l'article 185 alinéa 3 de la Constitution fédérale (Cst.) l'ordonnance sur les mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus (Ordonnance COVID-19 asile ; ci-après : l'ordonnance)<sup>1</sup>.

Selon son article 1, l'ordonnance « ordonne les mesures nécessaires pour assurer un hébergement approprié aux requérants d'asile et garantir le bon déroulement des procédures d'asile dans le contexte de la propagation du coronavirus (COVID-19) ».

On observera d'emblée que l'ordonnance ne prévoit aucune suspension des procédures d'asile. Il conviendra donc d'examiner si, juridiquement, le Conseil fédéral était tenu d'ordonner une telle suspension et si, en refusant de le faire, il a violé le droit.

L'ordonnance prévoit des mesures concernant l'utilisation de constructions militaires (art. 2) ou civiles (art. 3) pour les besoins de la procédure d'asile. Ces dispositions n'ont pas à être

---

<sup>1</sup> RS 142.318.

analysées en tant que telles, mais leur application peut avoir une influence sur la possibilité de garantir une protection sanitaire suffisante dans les centres d'asile.

En ce qui concerne la procédure proprement dite, l'ordonnance comporte essentiellement deux mesures.

D'une part, le nombre de personnes présentes dans une même pièce aux auditions menées lors de la procédure d'asile est limité (art. 4 al. 1). Si le requérant et le chargé d'audition du SEM se tiennent dans la même pièce (art. 4 al. 2), les autres personnes participant à l'audition – comme l'interprète (art. 29 al. 1<sup>bis</sup> LAsi), le représentant juridique (art. 102<sup>h</sup> LAsi), l'accompagnant ou l'interprète mandatés par le requérant (art. 29 al. 2 LAsi), ou encore le représentant des œuvres d'entraide (art. 30 LAsi, dans sa teneur antérieure au 1<sup>er</sup> mars 2019) – peuvent se tenir dans une autre pièce et interagir avec le requérant et le chargé d'audition par des moyens techniques appropriés (art. 4 al. 3).

D'autre part, si le représentant juridique compétent ne peut participer à une audition en raison des circonstances liées au coronavirus, le SEM mène l'audition et celle-ci produit ses effets juridiques même en son absence (art. 6 al. 1). Il en va de même, dans le cadre des procédures encore régies par l'ancien droit, de la participation des représentants des œuvres d'entraide (art. 6 al. 2).

Selon les règles posées par l'ordonnance, il est donc possible, suivant les circonstances, qu'un requérant soit entendu seul face au chargé d'audition, avec uniquement un interprète présent dans une pièce séparée.

Il faut encore noter que la notification des décisions peut se faire directement au requérant si les circonstances liées au coronavirus empêchent une notification au prestataire chargé de fournir la représentation juridique (art. 7).

En quelque sorte en compensation de ces mesures, qui restreignent les droits procéduraux des requérants, le délai de recours contre les décisions de rejet en procédure accélérée rendues en vertu de l'article 31a alinéa 4 LAsi est porté à 30 jours (art. 10) au lieu de 7 jours ouvrables selon l'article 108 alinéa 1 LAsi.

Par ailleurs, le délai de départ en cas de décisions renvoi en procédure accélérée peut être porté à 30 jours (art. 9 al. 1), au lieu de 7 jours (art. 45 al. 2, deuxième phrase, LAsi).

### **III. Le fondement de l'ordonnance**

Contrairement à l'ordonnance du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19)<sup>2</sup>, qui se fonde sur l'article 7 de la loi fédérale du 22 septembre 2012 sur les épidémies (Lep)<sup>3</sup>, l'ordonnance asile se fonde

---

<sup>2</sup> RS 818.101.24.

<sup>3</sup> RS 818.801.

directement sur l'article 185 alinéa 3 Cst. Tel est aussi le cas des autres ordonnances liées à la lutte contre l'épidémie de COVID-19 et à l'atténuation de ses conséquences.

Intitulé « Sécurité extérieure et intérieure », l'article 185 Cst., prévoit à son alinéa 3 que le Conseil fédéral « peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ». La deuxième phrase de l'alinéa précise que ces ordonnances doivent être limitées dans le temps.

La doctrine francophone parle, au sujet des ordonnances fondées sur l'article 185 alinéa 3 Cst., d'ordonnances de police<sup>4</sup>, alors que l'on trouvera plutôt l'expression « Notverordnungen » (« ordonnances d'urgence ») dans la doctrine alémanique<sup>5</sup>.

Comme le souligne cette dernière expression, la condition fondamentale permettant au Conseil fédéral d'adopter une ordonnance sur la base de l'article 185 alinéa 3 Cst. est l'existence d'une situation extraordinaire de danger pour l'ordre public ou la sécurité intérieure ou extérieure, qui requiert une réaction rapide de la Confédération<sup>6</sup>. Si l'expression « troubles » peut sembler renvoyer à des situations de conflit ou d'insurrection, elle n'exclut nullement que la menace soit, comme en l'espèce, d'ordre sanitaire. Dans le cas présent, il est difficilement contestable que la pandémie du COVID-19 représente une menace grave et actuelle pour la santé publique (qui est une composante de l'ordre public) et pour la sécurité intérieure du pays. Le recours à l'article 185 alinéa 3 Cst. doit donc être considéré comme admissible sur le principe.

Les ordonnances fondées sur l'article 185 alinéa 3 doivent être limitées dans le temps, ce qui est le cas de l'ordonnance asile, puisque celle-ci a effet jusqu'au 6 août 2020 pour ses articles 2 et 3 et jusqu'au 6 juillet 2020 pour ses autres dispositions (art. 12).

Les ordonnances fondées sur l'article 185 alinéa 3 Cst. doivent en outre respecter la Constitution, ledit article ne conférant pas au Conseil fédéral le pouvoir de déroger à celle-ci<sup>7</sup>. Il en résulte en particulier que d'éventuelles restrictions aux droits fondamentaux doivent respecter les principes d'intérêt public et de proportionnalité mentionnés à l'article 36 alinéas 2 et 3 Cst.<sup>8</sup> Ces principes doivent d'ailleurs être respectés par les ordonnances de police (ou d'urgence) dans leur ensemble<sup>9</sup> dans la mesure où leur procédure d'édition s'écarte de la procédure législative ordinaire.

<sup>4</sup> ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I : L'Etat, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2013, n° 1623 ss ; PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER, VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I : Les fondements, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2012, p. 249.

<sup>5</sup> PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., § 46, n° 25 ss ; URS SAXER, Art. 185, in : Ehrenzeller et al. (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., n° 67 ss.

<sup>6</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 249.

<sup>7</sup> Il existe cependant une discussion en doctrine sur la question de savoir si une ordonnance fondée sur l'art. 185 al. 3 Cst. peut empiéter en cas de nécessité sur les compétences des cantons, cf. SAXER (note 5), n° 98. Cette question n'est pas pertinente pour l'objet de la présente note.

<sup>8</sup> AUER/MALINVENI/HOTTELIER (note 4), n° 1627.

<sup>9</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 249; SAXER (note 5), n° 99.

La doctrine est divisée sur la question de savoir dans quelle mesure les ordonnances fondées sur l'article 185 alinéa 3 Cst. peuvent s'écarter de la législation fédérale en vigueur. Pour certains auteurs, suivant en cela le Message du Conseil fédéral relatif à la réforme de la Constitution fédérale, ces ordonnances doivent respecter les lois et les arrêtés adoptés par l'Assemblée fédérale<sup>10</sup>. Elles peuvent compléter les dispositions légales en vigueur (*praeter legem*), mais non y déroger (*contra legem*)<sup>11</sup>. Pour d'autres auteurs, il est dans la nature même du droit d'urgence de permettre, lorsque la situation l'exige absolument, de déroger à des dispositions législatives<sup>12</sup> ; le Tribunal fédéral est allé implicitement dans le même sens<sup>13</sup>. La crise sanitaire actuelle, qui a vu le Conseil fédéral adopter plusieurs ordonnances dérogeant à la législation en vigueur, confirme le bien-fondé de cette dernière thèse. L'interprétation restrictive de l'article 185 alinéa 3 Cst. prônée par une partie de la doctrine aurait clairement empêché le Conseil fédéral d'agir efficacement dans un moment où, pour des raisons sanitaires, il était impossible de réunir rapidement les Chambres.

Il faut donc admettre que le recours à l'article 185 alinéa 3 relativise le principe de la légalité sous un double aspect : d'une part, une ordonnance contenant des dispositions primaires peut être édictée en se fondant directement sur la Constitution, donc sans délégation législative, d'autre part, ces dispositions peuvent, si la situation l'exige absolument, déroger aux normes légales en vigueur.

C'est donc essentiellement sous l'angle de leur justification par un intérêt public prépondérant et de leur proportionnalité que la constitutionnalité des dispositions d'une ordonnance fondée sur l'article 185 alinéa 3 Cst. doit être examinée. C'est dans ce cadre que doit être analysée la question de savoir si le danger auquel l'ordonnance prétend répondre justifie les mesures qu'elle contient.

#### **IV. L'absence de recours direct contre l'ordonnance**

Il faut encore souligner que, conformément à l'article 189 alinéa 4 Cst., la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)<sup>14</sup> ne prévoit aucun recours au Tribunal fédéral contre les ordonnances du Conseil fédéral (art. 82 et 86 al. 1 *a contrario* LTF), y compris donc celles fondées sur l'article 185 alinéa 3 Cst. La loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF)<sup>15</sup> ne prévoit non plus pas de recours contre les ordonnances du Conseil fédéral, le recours au Tribunal administratif fédéral n'étant ouvert que contre des décisions (art. 31 et 33 LTAF). Il n'est donc pas possible d'interjurer un recours direct auprès d'un tribunal contre l'ordonnance asile.

<sup>10</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 4), n° 1629 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 249; Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, p. 426.

<sup>11</sup> RENÉ RHINOW, MARKUS SCHEFER, PETER UEBERSAX, Schweizerische Verfassungsrecht, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, n° 2702.

<sup>12</sup> SAXER (note 5), n° 103 ; TSCHANNEN (note 5), § 46, n° 26.

<sup>13</sup> ATF 137 II 431.

<sup>14</sup> RS 173.110.

<sup>15</sup> RS 173.32.

Il est en revanche admis, de jurisprudence constante<sup>16</sup>, que la constitutionnalité d'une ordonnance du Conseil fédéral peut être examinée à titre préjudiciel par les tribunaux à l'occasion d'un recours contre une décision l'appliquant, à savoir dans le cadre d'un contrôle concret de sa constitutionnalité, et cela par toute juridiction compétente pour connaître de la décision en cause<sup>17</sup>. La constitutionnalité de l'ordonnance asile pourra donc le cas échéant être contrôlée à l'occasion d'un recours contre une décision l'appliquant. Il sera rappelé ici que, dans le domaine de l'asile, si un recours est généralement ouvert devant le Tribunal administratif fédéral, le recours au Tribunal fédéral est, quant à lui pour l'essentiel exclu (art. 83 let. d LTF).

## V. La non-suspension des procédures d'asile

### 1. *Le principe*

Comme déjà relevé plus haut<sup>18</sup>, l'ordonnance ne prévoit pas la suspension des procédures d'asile.

Le Conseil fédéral a justifié le maintien des procédures d'asile par le respect des obligations internationales de la Suisse. Selon le communiqué du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> avril 2020, « [I]es personnes qui ont besoin de la protection de notre pays doivent l'obtenir rapidement même dans la situation actuelle et celles qui n'y ont pas droit doivent quitter la Suisse, lorsque c'est possible, à la suite d'une décision d'asile négative. Une suspension des procédures d'asile engendrerait par ailleurs des problèmes de capacités dans les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA) et remettrait en cause les mesures d'hygiène et de comportement recommandées par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) pour faire face à la crise du coronavirus. La santé de toutes les personnes qui participent au système de l'asile a la priorité absolue. ».

Ces justifications ne convainquent pas. Premièrement, on ne voit pas quel engagement international de la Suisse serait violé par le fait que le renvoi de requérants déboutés serait retardé de quelques semaines ou de quelques mois. Certes, à l'inverse, une suspension des procédures pourrait retarder la reconnaissance du statut de réfugié d'autres requérants. Mais tant que ceux-ci peuvent rester en Suisse, on peut considérer que le retard dans la reconnaissance de leur statut de réfugié est justifié par la nécessité de protéger leur santé en leur épargnant les risques posés par la poursuite de la procédure.

Il est malaisé de déterminer quelles sont les motivations réelles du maintien des procédures d'asile pendant la période de crise sanitaire actuelle. On peut supposer qu'il s'agit de ne pas perdre la force de travail de fonctionnaires actuellement payés ou de faire passer la charge des requérants déboutés aux cantons. De tels motifs paraissent bien futiles en regard des risques sanitaires que la poursuite actuelle des procédures fait courir aux personnes qui y participent.

---

<sup>16</sup> Par exemple ATF 142 II 415, 419, c. 2.2 ; 136 I 197, 201, c. 4.2.

<sup>17</sup> Cf. MICHEL HOTTELIER, Juridiction constitutionnelle fédérale, in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (éd.), Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Zurich/Bâle/Genève, 2020, p. 1095 ss, n° 44 ss.

<sup>18</sup> *Supra* ch. II.

Ces motifs peuvent en outre être relativisés par le fait qu'avant même l'apparition de la crise du coronavirus, de nombreuses procédures duraient déjà bien plus longtemps que ne le prévoit l'article 37 LAsi, y compris après l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure d'asile.

**Le fait que l'ordonnance asile ne prévoit pas de suspension des procédures est donc éminemment critiquable du point de vue sanitaire, humanitaire et éthique. Il n'en découle pas pour autant automatiquement que l'ordonnance serait inconstitutionnelle au motif qu'elle ne comporterait pas une telle mesure.** Il faudrait pour cela que l'on puisse établir l'existence d'une obligation constitutionnelle de prévoir la suspension des procédures dans l'ordonnance. Or, d'un point de vue strictement juridique, il paraît difficile de fonder une telle obligation.

Premièrement, la suspension des procédures peut, en pratique, intervenir sans que l'ordonnance ne le prévoie expressément. Les délais de l'article 37 LAsi sont en effet des délais d'ordre et l'ordonnance prévoit en outre expressément qu'ils peuvent être dépassés dans une mesure raisonnable en raison de circonstances liées au coronavirus (art. 8). Il semblerait d'ailleurs que, dans les faits, le nombre d'auditions convoquées dans la période actuelle soit nettement plus faible qu'à l'ordinaire.

Deuxièmement, il n'est pas exclu que, dans certains cas, des auditions puissent se dérouler dans le respect des recommandations sanitaires de l'office fédéral de la santé publique (OFSP). Tel pourrait être le cas d'audition se déroulant dans des centres fédéraux (donc sans déplacement du requérant), si un interprète et un représentant juridique domiciliés à proximité, ainsi que des locaux appropriés sont disponibles.

**La question de la constitutionnalité du maintien des procédures d'asile doit donc être posée non pas abstraitement à propos de l'ordonnance, mais dans chaque cas concret d'application.**

## *2. L'application du principe et les voies de droit*

Dans ce contexte, les autorités compétentes devraient renoncer à toute audition concernant des personnes à risque ou ne pouvant être organisée dans le strict respect des recommandations de l'OFSP. La dernière hypothèse apparaît particulièrement probable pour les procédures encore soumises à l'ancien droit ou dans le cadre de la procédure étendue, pour lesquelles le déplacement de plusieurs personnes à Berne est requis.

C'est le lieu de souligner que tant les administrations publiques que les établissements d'hébergement (les centres pour requérants d'asile relevant à notre avis des deux catégories et les bureaux du SEM de la première) sont tenus, en vertu de l'article 6 alinéa 4 en relation avec l'article 6 alinéa 3 lettres j et n de l'ordonnance 2 COVID-19, de respecter les recommandations de l'OFSP.

Dans les cas où une audition ne peut être organisée sans violer les recommandations de l'OFSP, la convocation à cette audition ne peut pas être contestée immédiatement en tant que décision incidente en raison de la règle de l'article 107 alinéa 1 LAsi. Dans les circonstances actuelles, l'application de cette règle apparaît comme inconstitutionnelle, dans la mesure où l'organisation de l'audition en cause serait susceptible de mettre en danger la vie ou l'intégrité physique de

l'intéressé<sup>19</sup>, protégées par l'article 10 alinéas 1 et 2 Cst. Son application est cependant imposée par l'article 190 Cst.

L'application de l'article 107 alinéa 1 LAsi pourrait donc empêcher de vérifier à temps si la convocation d'une audition est susceptible de violer le droit à la vie d'un requérant en le soumettant, en raison du non-respect des recommandations de l'OFSP, à un risque de contracter le COVID-19. On peut cependant imaginer que l'instance de recours l'écarte dans la mesure où serait invoqué l'article 2 CEDH en relation avec les articles 6 et 13 CEDH.

Une autre voie consisterait à contester non pas la convocation de l'audition en tant que telle, mais les conditions matérielles de son organisation, en tant qu'acte matériel de l'Etat. Si ces conditions ne respectent pas les recommandations sanitaires en vigueur concernant le COVID-19 et mettent donc en danger la vie ou l'intégrité physique du requérant, l'organisation de l'audition pourrait constituer un acte matériel illicite de l'Etat fondé sur le droit fédéral. Le requérant pourrait alors exiger, en vertu de l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)<sup>20</sup> une décision sujette à recours visant à ce qu'il soit renoncé provisoirement à l'audition ou à ce que les conditions d'organisation soient modifiées afin que les recommandations de l'OFSP puissent être strictement respectées.

On notera encore que si une contamination devait survenir à la suite d'une audition, la responsabilité de la Confédération serait engagée conformément à l'article 3 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (LRCF)<sup>21</sup>.

### 3. *La question de l'établissement des faits médicaux*

Dans la situation actuelle de pandémie, qui bouleverse complètement l'organisation du système de santé suisse, il peut se révéler difficile, voire impossible, de trouver des professionnels de santé disponibles dans les délais ordinaires pour effectuer les examens nécessaires à l'établissement des faits médicaux au sens de l'article 26a LAsi.

Il va de soi que les considérations qui précèdent concernant les conditions d'organisation des auditions s'appliquent également à l'organisation des examens médicaux.

Le maintien des procédures d'asile nonobstant la crise sanitaire actuelle ne justifie en aucun cas que la procédure d'établissement des faits médicaux puisse être bâclée ou que l'autorité puisse se prononcer sur la base d'hypothèses qu'elle aurait développées en l'absence d'établissement des faits conforme à l'article 26a LAsi. L'ordonnance ne prévoit nullement qu'il soit possible d'ignorer cette disposition. Ainsi, lorsqu'il n'est pas possible en l'état de l'appliquer, la procédure devra, de fait, être suspendue.

<sup>19</sup> La vie ou l'intégrité physique des autres participants à l'audition serait aussi potentiellement mise en danger ; le cas de ces personnes ne sera toutefois pas examiné ici, car leur rapport juridique avec la Confédération est tout à fait différent de celui auquel sont soumis les requérants d'asile.

<sup>20</sup> RS 172.021.

<sup>21</sup> RS 170.32.

## VI. Le placement des autres participants dans une pièce séparée

Le droit à un interprète peut être rattaché au droit d'être entendu garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst. En effet, si la personne partie à une procédure administrative ne comprend pas l'objet de celle-ci et si elle ne peut se faire comprendre de l'agent de l'Etat menant ladite procédure, on ne saurait admettre qu'elle a été « entendue » au sens de l'article 29 alinéa 2 Cst. Cela est particulièrement vrai lorsque la procédure implique des auditions orales. Celles-ci ne constitueraient que des mascarades si les intéressés étaient dans l'incapacité de répondre aux questions posées lors de l'audition faute de les comprendre et faute de pouvoir se faire comprendre de la personne qui les interroge. Dans le cadre de l'asile, l'article 29 alinéa 2 LAsi prévoit que, pour l'audition sur les motifs de la demande d'asile, « au besoin, le SEM fait appel à un interprète » ; le requérant peut aussi se faire accompagner d'un interprète de son choix (art. 29 al. 3 LAsi).

Il est aussi largement admis que le droit de se faire assister ou de se faire représenter découle de l'article 29 alinéa 2 Cst.<sup>22</sup>. Quant au droit à l'assistance judiciaire gratuite, il est consacré à l'article 29 alinéa 3 Cst.<sup>23</sup>. Ces garanties sont concrétisées dans la LAsi, par le droit d'être accompagné, lors de l'audition sur les motifs de la demande d'asile, par une personne de son choix (art. 29 al. 2 LAsi), ainsi que par le droit à une représentation juridique prévu par les articles 102h ss LAsi. Pour les procédures encore soumises à l'ancien droit, la présence lors des auditions d'un représentant des œuvres d'entraide constitue aussi une contribution au droit à l'assistance juridique (art. 30 LAsi dans sa teneur antérieure au 1<sup>er</sup> mars 2019).

L'article 29 Cst. s'appliquant à « toute personne » et les requérants d'asile étant incontestablement « parties » à la procédure d'asile, ils sont titulaires du droit à un interprète et du droit de se faire assister ou de se faire représenter découlant de l'article 29 alinéa 2 Cst.

Il résulte des articles 4 et 5 de l'ordonnance que la personne de confiance ou le mandataire accompagnant le requérant pour les auditions, l'interprète mandaté par le SEM ou choisi par le requérant, de même que le représentant juridique du requérant, respectivement le représentant des œuvres d'entraide, peuvent se tenir dans une autre pièce que le requérant et le chargé d'audition et interagir avec ceux-ci à l'aide de moyens techniques appropriés.

Le fait que ces personnes se trouvent dans une autre pièce est susceptible d'entraver la communication avec le requérant et le chargé d'audition, de provoquer des malentendus et de réduire l'aide que ces personnes peuvent apporter au requérant. La mesure prévue par les articles 4 et 5 de l'ordonnance constitue donc une atteinte au droit d'être entendu des requérants.

<sup>22</sup> JACQUES DUBEY, *Droit fondamentaux*, Vol. II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle, 2018, n° 4082 s.

<sup>23</sup> Id., n° 4084 ; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle, 2018, n° 1579 ss.

On peut cependant hésiter à qualifier cette atteinte de grave par principe et dans tous les cas. Tel ne sera sans doute pas le cas si la communication entre les deux pièces n'est pas seulement sonore, mais implique également la vidéo-conférence.

Même si la communication n'est que sonore, il n'est pas sûr que l'on puisse considérer que l'atteinte au droit d'être entendu est d'emblée si grave que la mesure est, dans l'abstrait, disproportionnée par rapport à son objectif sanitaire. Une contestation qui se fonderait uniquement sur cette circonstance sans que soit allégués des éléments concrets – comme des malentendus dans la traduction des questions ou des réponses, ou dans la compréhension de la situation par le requérant – n'aurait, à notre avis, que peu de chance d'aboutir.

Cela étant, dans chaque cas, il conviendra de s'assurer que l'audition a été menée dans le souci de respecter au mieux le droit d'être entendu de la personne auditionnée. Les articles 4 et 5 de l'ordonnance ne sauraient en aucun cas constituer un prétexte pour mener les auditions de manière expéditive. Le risque de malentendu devra faire l'objet d'une attention particulière. S'il apparaît que ce risque est concrètement présent dans un cas d'espèce, par exemple, parce que l'interprète a manifestement des difficultés à effectuer sa mission, il conviendra de renoncer à poursuivre l'audition et la reconvoquer lorsque la situation sera redevenue normale.

Ce sera le rôle du Tribunal administratif fédéral d'être suffisamment strict, sur recours, pour garantir que ces principes auront été respectés.

## VII. La possibilité de mener des audiences hors la présence du représentant juridique

C'est à son article 6 que l'ordonnance contient la restriction la plus claire des droits des requérants d'asile par rapport à la législation en vigueur. Cet article prévoit en effet que si le représentant juridique désigné dans le centre de la Confédération ou à l'aéroport ou le représentant juridique dans la procédure étendue ne peuvent pas participer à une audition en raison des circonstances liées au coronavirus, le SEM mène l'audition et celle-ci produit ses effets juridiques même en leur absence. Le même principe s'applique au représentant des œuvres d'entraide dans les procédures encore menées selon l'ancien droit.

Il doit être souligné qu'il s'agit là d'une restriction très sérieuse des droits des requérants dans la procédure d'asile. Comme il cela a été relevé plus haut<sup>24</sup>, l'attribution d'un représentant juridique aux requérants constitue une manière de concrétiser pour ceux-ci le droit à être représenté et le droit à une assistance judiciaire gratuite garantis par l'article 29 alinéas 2 et 3 Cst. Cette représentation juridique constitue aujourd'hui un droit légal consacré par la LAsi. Or, l'ordonnance supprime ce droit dans les cas où les circonstances liées au coronavirus empêchent la participation du représentant juridique à une audition convoquée nonobstant ces circonstances.

---

<sup>24</sup> *Supra* ch. VI.

Il apparaît donc que, dans la pesée des intérêts entre la nécessité de maintenir les procédures d'asile pendant la crise sanitaire et celle de maintenir les garanties constitutionnelles et légales d'être entendus des requérants d'asile, le Conseil fédéral a fait primer la première. Ce résultat nous paraît insoutenable.

On rappellera d'abord que les motifs ayant conduit à la non-suspension des procédures d'asile pendant la crise sanitaire ne relèvent pas du respect des obligations internationales de la Suisse, comme l'affirme à tort le Conseil fédéral, mais de considérations administratives et financières qui n'apparaissent nullement essentielles dans la situation actuelle.

A l'inverse, ce sont des garanties de procédure très importantes des requérants qui sont écartées, sans que cela ne soit compensé par l'extension du délai de recours. En effet, une fois qu'une audition s'est, par hypothèse, mal déroulée pour un requérant d'asile en raison du fait qu'il a été laissé sans appui juridique pendant celle-ci, même un délai de recours allongé ne permettra pas d'effacer le résultat de cette audition.

La mesure est en outre paradoxale sous l'angle de l'hypothèse qu'elle envisage, à savoir une situation suffisamment grave pour qu'il ne soit pas possible au représentant juridique d'assister à une audition, mais suffisamment normale pour que l'audition puisse être organisée.

On ne voit pas en quoi il serait indispensable de maintenir des auditions dans la procédure d'asile si la situation sanitaire est telle qu'il est impossible au représentant juridique de la personne concernée d'y assister. Le souci d'utiliser les forces administratives à disposition à un moment donné ne saurait constituer un intérêt public primant ici les droits de partie des requérants d'asile.

L'article 6 de l'ordonnance, en ce qu'il supprime un droit constitutionnel et légal des requérants d'asile, sans que cela ne soit justifié par une nécessité relevant d'un intérêt public prépondérant, viole le principe de proportionnalité que doivent respecter toutes les dispositions d'une ordonnance fondée sur l'article 185 alinéa 3 Cst.

Les auditions menées en application de l'article 6 de l'ordonnance sont donc viciées formellement.

Comme cela a été relevé plus haut à propos de la non-suspension des procédures<sup>25</sup>, la convocation d'une audience ne peut être contestée pour elle-même comme décision incidente, en raison de la règle de l'article 107 alinéa 1 LAsi. C'est donc dans le cadre d'un recours contre la décision finale que le vice de procédure pourra être invoqué. L'argumentation consistera à soutenir que, quand bien même l'audition aurait été menée en conformité à l'article 6 de l'ordonnance, celui-ci étant lui-même inconstitutionnel, le non-respect des dispositions de la LAsi qui prévoient la présence du représentant juridique justifie l'annulation de la décision (par hypothèse défavorable au recourant) sans qu'il soit nécessaire d'examiner si, matériellement, celle-ci est bien fondée.

---

<sup>25</sup> *Supra* ch. V./2.

### VIII. Conséquences juridiques du non-respect des recommandations de l'OFSP dans les centres pour requérants

Il existe de sérieuses raisons de craindre que les recommandations de l'OFSP ne puissent être respectées dans les centres fédéraux ou cantonaux pour requérants d'asile. Or, comme cela a déjà été relevé, le respect de ces recommandations y est obligatoire en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19<sup>26</sup>.

Il appartient donc à la Confédération, respectivement aux cantons, pour les centres qui en dépendent, de veiller au respect des recommandations de l'OFSP. Ni l'une ni les autres ne peuvent se décharger de cette responsabilité sur les prestataires privés auxquels ils auraient confié la gestion desdits centres. Il leur incombe de prendre toutes les mesures pour que, le cas échéant, les gestionnaires privés et toute entité privée chargée de tâches à l'intérieur ou en relation avec la gestion des centres respectent les recommandations de l'OFSP.

Si néanmoins les recommandations ne sont pas respectées, la gestion des centres en violation desdites recommandations constituera un acte matériel illicite de l'Etat – soit la Confédération ou les cantons pour leurs centres respectifs – susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique, voire à la vie, des requérants devant séjourner dans les centres en cause.

Comme, aussi bien pour les centres fédéraux que pour les centres cantonaux, l'acte matériel de gestion serait fondé sur le droit fédéral, à savoir la LAsi (art. 24 ss et 28 LAsi), l'article 25a PA serait applicable. Ainsi, les requérants d'asile concernés pourraient exiger une décision de l'autorité fédérale ou cantonale compétente, sujette à recours, sur la cessation de l'acte illicite (soit en pratique la mise en œuvre des recommandations). Compte tenu des délais et de l'urgence de la situation, une telle démarche constituerait sans doute davantage un moyen de pression juridique, voire médiatique s'il fait l'objet d'une publicité, qu'une voie efficace permettant une modification de la situation matérielle en raison d'une décision de l'autorité compétente ou de l'instance de recours.

Par ailleurs, au cas où un requérant serait atteint dans sa santé en raison du non-respect des recommandations de l'OFSP dans le centre au sein duquel il séjourne, la responsabilité de la Confédération sera engagée en vertu de la LRFC et celle des cantons en vertu de leurs dispositions légales respectives sur la responsabilité de l'Etat<sup>27</sup>.

### IX. Conclusions

L'ordonnance asile pouvait, sur le principe, être valablement édictée sur la base de l'article 185 alinéa 3 Cst. Elle ne peut pas faire l'objet d'un recours direct auprès d'un tribunal.

<sup>26</sup> *Supra* ch. V./2.

<sup>27</sup> Pour le canton de Genève, il s'agirait de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC – RS/GE A 2 40).

Il est difficile d'affirmer que l'ordonnance serait d'emblée et en tant que telle inconstitutionnelle en raison du fait qu'elle ne prévoit pas la suspension des procédures d'asile.

Dans la mesure où certains actes de procédure, comme des auditions, ne pourraient être accomplis, dans un cas concret, dans le respect des recommandations de l'OFSP, le fait de les maintenir constituerait un acte illicite pour lequel une requête de décision pour qu'il y soit renoncé serait recevable en vertu de l'article 25a PA. En cas d'atteinte à la santé résultant de l'organisation de l'audition en question, la responsabilité de la Confédération selon la LRFC serait engagée.

Le fait de prévoir, lors des auditions, deux pièces séparées pour le requérant et le chargé d'audition, d'une part, les autres participants, d'autre part, ne paraît pas, dans l'abstrait, inconstitutionnel. Mais cela renforce les risques de malentendus ou de conseil ineffectif lors de l'audition, ces vices pouvant être invoqués dans un recours contre la décision finale.

Le fait de permettre la tenue d'une audition hors de la présence du représentant juridique de la personne concernée (ou du représentant des œuvres d'entraide) constitue une restriction d'un droit constitutionnel et légal des requérants qui n'apparaît pas conforme au principe de proportionnalité et qui est donc inconstitutionnelle.

La Confédération et les cantons sont responsables du respect des recommandations de l'OFSP dans leurs centres pour requérants respectifs. Si ces recommandations ne sont pas respectées, cet acte matériel illicite pourra être contesté par la procédure de l'article 25a PA. En cas d'atteinte à la santé, la responsabilité de la Confédération, respectivement des cantons, sera engagée.

Genève, le 20 avril 2020

Thierry Tanquerel

Professeur honoraire à l'Université de Genève