

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG**  
**SUR LE PROJET DE LOI RELATIF AU DROIT D'ASILE ET A DES FORMES**  
**COMPLEMENTAIRES DE PROTECTION**

Le Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg se voit obligé de réagir face au projet de loi n° 5437 relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection appelé à remplacer la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création 1. d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile ; 2. d'un régime de protection temporaire, actuellement en vigueur.

Investi par la loi du 10 août 1991 sur la profession des avocats de la mission de l'examen de toutes les questions intéressant l'exercice de la profession et la défense des droits des avocats, le Conseil de l'Ordre se doit, en effet, de réagir face à certains aspects de cette nouvelle législation régissant le droit d'asile au Luxembourg dans la mesure où ceux-ci bousculent des points élémentaires des droits de la défense respectivement des principes généraux de droit unanimement admis.

Il s'agit en particulier de trois dispositions qui suscitent notre vive préoccupation à savoir l'absence de tout recours contre la décision ministérielle de recourir à la procédure accélérée (article 20) , la suppression du double degré de juridiction (articles 17, 20 et 23) et le maintien en rétention des demandeurs d'asile jusqu'à une période maximale de douze mois (article 20 §1, f).

1. L'absence de tout recours contre la décision ministérielle de recourir à la procédure accélérée

Il résulte de l'exposé des motifs que la nouvelle loi aura pour objectif principal de réduire la durée de la procédure d'asile. Il est indéniable que la durée excessive qui caractérise actuellement cette procédure, est à l'origine de nombreux problèmes dont la situation dramatique des demandeurs d'asile déboutés et invités à quitter le Luxembourg au bout de plusieurs années après un début d'intégration constitue l'illustration la plus frappante.

En vue d'atteindre cet objectif en principe tout à fait louable, le Gouvernement propose la mise en place notamment d'une procédure accélérée pour l'examen de certaines catégories de demandes d'asile destinée à aboutir à une décision ministérielle dans un délai maximum de deux mois (article 20 (2) du projet de loi).

Si l'accélération des procédures d'asile est de l'intérêt de tous- tant des demandeurs d'asile qui seront fixés sur leur sort dans un délai rapproché que du droit d'asile lui-même qui retrouvera une efficacité qui faisait souvent défaut par le passé - elle ne doit cependant pas se faire au détriment des droits de la défense les plus élémentaires.

Or, il résulte de l'article 20 (5) du projet de loi que « *la décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée n'est susceptible d'aucun recours* ».

Il existe en droit administratif luxembourgeois un principe fondamental, consacré par l'article 2 § 2 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif selon lequel « *le recours devant le tribunal administratif (...) est admis même contre les décisions qualifiées par la loi et les règlements de définitives ou en dernier ressort* ».

Même si le libellé non équivoque de l'article précité permet de douter de l'applicabilité effective de l'article 20 (5) du projet de loi, ce dernier constitue néanmoins une dérogation inédite à ce principe fondamental que les seules considérations d'accélération d'une procédure ne sauraient justifier.

Le fait que la décision d'ouverture d'une procédure accélérée ne soit susceptible d'aucun recours comporte en outre un risque non négligeable de préjuger sur le sort réservé à un éventuel recours en réformation devant le Tribunal administratif contre une décision de refus.

En effet, l'article 20 (1) énumère treize hypothèses qui permettent au ministre de faire examiner une demande d'asile dans le cadre de la procédure accélérée. Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'il « *apparaît clairement que le demandeur ne remplit pas les conditions requises pour prétendre au statut conféré par la protection internationale* » (article 20 (1), b), que « *le demandeur provient d'un pays d'origine sûr au sens de l'article 21* » (article 20 (1), c) ou encore si « *le demandeur ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son éloignement du territoire* » (article 20 (1) i).

Une décision administrative qui n'est susceptible d'aucun recours est pourvue de l'autorité de la chose décidée et s'impose de la sorte non seulement à l'administré, mais également aux juridictions administratives. Il est ainsi non seulement de la décision portant ouverture de la procédure accélérée, mais également des motifs à la base de cette décision.

Il se pose dès lors la question si le Tribunal administratif ne sera pas juridiquement lié par la constatation à la base de la décision ministérielle suivant laquelle, par exemple le demandeur « *ne remplit pas les conditions requises pour prétendre au statut conféré par la protection internationale* » et ne saura dès lors que rejeter un recours introduit contre une décision de refus prise à l'issue de la procédure accélérée. Le sort réservé à la demande d'asile serait de la sorte scellée dès la décision portant ouverture de la procédure accélérée.

En vue de concilier tant les soucis d'éviter tout ralentissement exagéré des procédures d'asile que le respect des droits élémentaires de la défense, le Conseil de l'ordre se rallie dès lors à l'avis du Conseil d'Etat du 3 mai 2005 et préconise l'introduction d'un droit de recours contre la décision d'ouverture d'une procédure accélérée en même temps que le recours contre la décision de refus prise à l'issue de ladite procédure.

## 2. La suppression du double degré de juridiction

Actuellement, sous l'empire de la loi coordonnée du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile, à l'exception des délais de recours ramenés à 1 mois au lieu des 3 mois du droit commun, les demandeurs d'asiles bénéficient comme tout autre justiciable du double degré de juridiction introduit en droit luxembourgeois par la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions administratives.

Les articles 17, 20 et 23 du projet de loi prévoient d'abroger le double degré de juridiction en rapport avec les recours dirigés à l'encontre des décisions d'incompétence, d'irrecevabilité ou encore des décisions rendues à l'issue de la procédure accélérée. Toutes ces décisions seront susceptibles d'un seul recours en réformation devant le Tribunal administratif qui statuera en premier et en dernier ressort.

Dans son avis du 5 mai 2005 sur le projet de loi n°5437, le Conseil d'Etat a été sans équivoques quant à l'intention du Gouvernement de supprimer le double degré de juridiction en matière de droit d'asile respectivement de l'amputer pour instaurer en appel un recours contre la légalité, inédit en droit luxembourgeois.

Nous nous permettons de citer à cet égard le passage le plus éloquent de l'avis du Conseil de l'Etat : « *Le souci de rapidité ne peut toutefois légitimer la suppression des garanties de l'Etat de droit de manière aussi fondamentale dans un domaine touchant aux droits de justiciables particulièrement vulnérables. Si la réduction des délais de recours et la fixation de délais endéans lesquels les juridictions sont invitées à statuer peuvent constituer des mesures que le justiciable doit accepter dans certaines situations, il en est autrement de la décision de supprimer le double degré de juridiction. Le Conseil d'Etat observe que la possibilité d'interjeter appel n'a pas entraîné de blocages de l'institution. Les affaires sont traitées dans des délais très brefs. (...) Aucun motif d'efficacité ne pourra dès lors être valablement invoqué pour justifier cette dérogation fondamentale au régime de droit commun* »

Le Conseil d'Etat a dès lors annoncé son opposition formelle à la suppression du double degré de juridictions et partant le défaut de dispense du second vote constitutionnel pour le projet sous sa forme actuelle. La Commission parlementaire des Affaires étrangères et de l'immigration vient cependant d'annoncer dans son rapport du 30 novembre 2005 relatif au projet de loi qui nous occupe, que le pouvoir législatif n'entendait pas tenir compte des critiques du Conseil d'Etat et voulait maintenir à tout prix la suppression du double degré de juridictions.

Les juridictions administratives sous leur forme actuelle de même que la voie de l'appel devant la Cour administrative ont été introduits en droit luxembourgeois suite à l'arrêt « Procola » de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au cas où le projet en question aboutit dans sa teneur actuelle, une avancée fondamentale pour les droits de la défense en matière administrative serait remise à néant pour une catégorie particulière de justiciables ; les demandeurs d'asile.

A côté du fait qu'il s'agit en l'occurrence de justiciables particulièrement vulnérables, tel que l'a retenu à juste titre le Conseil d'Etat, il y aurait de la sorte un précédent dangereux ouvrant une brèche dans l'application généralisée du double degré de juridiction.

Comment justifier par des seules considérations d'opportunité – un hypothétique gain de temps dans l'aboutissement de la procédure d'asile – qu'il y aurait à l'avenir en matière administrative un double degré de juridiction généralisé, mais, en méconnaissance du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, une seule voie de recours pour les demandeurs d'asile ?

A lire l'exposé des motifs du projet de loi, la suppression du double degré de juridiction est motivé par le seul souci de réduire les délais de procédure.

Mis à part les considérations de principe qui précèdent, il faut cependant constater que l'accélération de la procédure doit également être recherchée en amont des recours juridictionnels, à savoir au niveau de l'instruction des demandes d'asile par les soins du Ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration.

En pratique, il faut constater qu'en fonction des pays d'origine des demandeurs d'asile, la durée de l'instruction de la demande varie fortement et peut atteindre dans des cas extrêmes plus que 48 mois avant qu'une première décision ministérielle ne soit rendue.

Or, à l'opposé de cette phase non contentieuse qui est dépourvue de délais contraignants, il existe déjà la procédure administrative contentieuse de droit commun munie de délais contraignants qui font en sorte que sa durée pour la 1<sup>ère</sup> instance dépasse rarement les sept mois, à supposer que les parties épuisent toutes les possibilités d'échanges de mémoires leur conférées par la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

En instance d'appel, les délais de procédure sont encore plus courts dans la mesure où tous les mémoires doivent y être communiqués dans le mois de sorte que la Cour administrative est à même de statuer dans un délai maximum de 5 mois, y compris, le délai d'appel qui est d'un mois.

Hormis des cas exceptionnels où en cours de procédure surgissent de nouveaux éléments de fait ou de droit nécessitant une instruction supplémentaire par les parties, la durée de la procédure devant les juridictions administratives est dès lors fixée à l'avance.

Sous l'égide de la nouvelle loi, il n'en sera pas de même pour la phase non contentieuse dont le déroulement célère dépend de la seule volonté ou capacité de l'Administration sans que la loi ne prévoie la moindre sanction à cet égard.

En effet, si l'article 20 (2) du projet de loi dispose que la décision dans le cadre de la procédure accélérée doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la décision d'ouverture de ladite procédure, aucune sanction n'est rattachée au non respect de ce délai.

Actuellement, sous l'empire de l'article 10 de la loi coordonnée du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile, une décision déclarant une demande comme manifestement infondée ou comme irrecevable doit intervenir « *au plus tard dans un délai de deux mois à partir de l'introduction de la demande d'asile* ».

A plusieurs reprises, les juridictions administratives ont décidé que ce délai n'était pas prévu à peine de nullité et que le demandeur d'asile ne subirait aucun préjudice du fait de l'inobservation de ce délai (TA, 19 juillet 2000, n°12080 du rôle, confirmé par arrêt n°12251C du 15 septembre 2000).

Il est donc fort à craindre qu'il en sera de même avec le délai de deux mois prévu à l'article 19 (4) du projet de loi.

On ne peut qu'en tirer la conclusion amère que l'objectif de l'accélération des procédures d'asile a été accompli sur le seul dos de la procédure devant les juridictions administratives, jugée à tort comme unique responsable de la durée des procédures et sans égards au respect des droits de la défense.

D'ailleurs, il faut noter qu'en pratique, l'abolition de l'instance d'appel ne répondra pas à l'objectif recherché d'accélérer de manière considérable la procédure dans la mesure où le projet de loi dispose dans son article 19(4) : « *Par dérogation à la législation en matière de procédure devant les juridictions administratives, il ne pourra y avoir plus d'un mémoire de la part de chaque partie, y compris la requête d'appel* ».

Le délai d'appel de même que le délai pour déposer le mémoire en réponse étant chaque fois d'un mois, la juridiction d'appel sera donc en mesure de statuer dans une période maximale de 2 mois. Cette brève période supplémentaire ne saurait venir justifier une dérogation fondamentale au régime de droit commun.

\*

Enfin, si le double degré de juridiction est maintenu de manière formelle en ce qui concerne les décisions de refus du statut de réfugié prise à l'issue d'une procédure dite normale, l'article 19 (4) du projet de loi dispose cependant que contre les décisions du Tribunal administratif rejetant un recours en réformation contre une décision ministérielle de refus de la demande d'asile, « *appel peut être interjeté devant la Cour administrative statuant comme juge de l'annulation* ».

D'après l'exposé des motifs, la Cour administrative examinera uniquement les moyens de légalité, mais ne se prononcera pas sur le fond (rapport de la commission parlementaire du 30 novembre 2005, p. 36).

A nouveau, il s'agit d'une dérogation sans précédent au droit commun de la procédure devant les juridictions administratives qui soulève un grand nombre de questions juridiques sans pour autant atteindre le but recherché de l'accélération des procédures.

En effet, à supposer que l'instance d'appel s'analysera dorénavant en un recours en annulation « classique », force est de constater que cela ne saurait empêcher la Cour administrative de procéder à l'examen de « *l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée* » et de rechercher « *si la mesure prise est proportionnelle par rapport aux faits établis* » (TA, 21 mai 2003, n°15738 du rôle, confirmé par arrêt n°16646C du 9 décembre 2003).

En suivant cette jurisprudence constante, le fond de l'affaire n'échappera dès lors pas à l'examen des juges d'appel, n'en déplaise au législateur.

A supposer que ce dernier ait l'intention d'instaurer un pourvoi en cassation devant la Cour administrative, inexistant en droit administratif luxembourgeois, il faut constater que le texte du projet de loi de même que les travaux parlementaires restent muets quant aux formes et procédures à respecter tant par les parties que par les juges de sorte que l'on serait en présence d'un vide juridique.

En tout état de cause, que la Cour administrative statue comme juge de l'annulation ou comme juge du fond, les délais dans lesquels les arrêts pourront être rendus restent identiques et cette innovation législative sera donc dépourvue de tout effet utile sur l'accélération des procédures.

Pour parler avec le Conseil d'Etat, il s'agit en l'occurrence d'une « *curiosité procédurale qu'il serait préférable d'abandonner* » (avis du 3 mai 2005, p.20).

3. Le maintien en rétention des demandeurs d'asile jusqu'à une période maximale de douze mois

L'article 10 (1) du projet de loi énumère quatre cas qui permettent au ministre de placer un demandeur d'asile dans une structure fermée pour une durée maximale de trois mois.

De manière générale, il faut rappeler que la privation de la liberté de toute personne doit rester exceptionnelle et ne peut en aucun cas intervenir sur base de critères arbitraires, ce d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence de personnes qui, par définition, n'ont commis aucune infraction pénale.

Or, au moins deux des cas permettant au ministre de priver un demandeur d'asile de sa liberté d'aller et de venir reposent plus sur une appréciation subjective dans le chef de l'autorité administrative plutôt que sur des critères objectifs susceptibles d'un contrôle juridictionnel effectif.

Il en est ainsi de l'article 10 (1), a), au cas où la demande d'asile « *a été déposée dans le but de prévenir un éloignement de la personne concernée alors que celle-ci se trouve en séjour irrégulier au Luxembourg* ».

Hormis le cas très exceptionnel où l'entrée sur le territoire luxembourgeois s'est fait moyennant un titre de voyage valable, tout demandeur se trouve en séjour irrégulier au Luxembourg aussi longtemps qu'il n'a pas formellement introduit une demande d'asile.

Le libellé assez vague de l'article 10 (1), a) du projet de loi est ainsi susceptible de s'appliquer à la personne de bonne foi qui arrive au Luxembourg un vendredi en dehors des heures d'ouverture du bureau d'accueil des demandeurs d'asile et est appréhendée deux jours plus tard en situation de séjour irrégulier alors qu'elle n'avait matériellement pas la possibilité d'introduire une demande d'asile. Cette même personne dépendra alors du bon vouloir des fonctionnaires en charge de son dossier dans la mesure où sa mise en rétention sera fonction de l'analyse subjective que ceux-ci feront des raisons ayant motivé l'introduction de sa demande d'asile.

L'article 20, b) du projet de loi permet au ministre la mise en rétention lorsque « *le demandeur refuse de coopérer avec les autorités dans l'établissement de son identité ou de son itinéraire de voyage* ».

Il est un fait qu'un certain nombre de demandeurs d'asile donnent délibérément une fausse identité dans le but de faire obstacle à une instruction rapide de leur dossier respectivement un rapatriement ultérieur vers leur pays d'origine.

A l'opposé, il faut cependant constater que la majorité des demandeurs d'asile sont dépourvus de pièces d'identité ou de titre de voyage alors que très souvent ces documents ont été retenus par les passeurs qui ont organisé leur entrée clandestine sur le territoire luxembourgeois.

Ces personnes auront donc beaucoup de difficultés à produire des informations permettant d'établir leur identité et, à nouveau, seront tributaires de l'analyse subjective opérée par l'Administration. Si par malheur celle-ci est d'avis que les concernés ne coopèrent pas à l'établissement de leur identité, ils feront l'objet d'une mesure de placement.

Ceci est d'autant plus grave que l'article 10 (2) permet au ministre de prolonger la mesure de placement au cas où il y aurait refus de coopérer à l'établissement de l'identité « sans que la durée de rétention totale ne puisse dépasser douze mois ».

De l'aveu même du législateur, il s'agit en l'espèce d'un moyen dissuasif pour les demandeurs qui pourraient être tentés de cacher leur véritable identité (rapport de la commission parlementaire du 30 novembre 2005, p.24).

De la sorte, la mesure de placement devient une contrainte par corps administrative prise sans décision judiciaire préalable et basée sur une appréciation subjective par l'Administration du comportement du demandeur d'asile.

Il y aura ainsi également une différence de traitement flagrante entre les demandeurs d'asile et les personnes en séjour irrégulier sur le territoire luxembourgeois.

Par application de l'article 15 (2) de la loi du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers, les personnes en séjour irrégulier peuvent faire l'objet d'une mesure de placement pour une durée d'un mois, mesure renouvelable « en cas de nécessité absolue » sans pouvoir dépasser une durée totale de trois mois.

Tout comme un demandeur d'asile peut être amené à cacher sa véritable identité, une personne en séjour irrégulier peut refuser toute coopération à l'établissement de son identité. Or, à l'opposé des demandeurs d'asile, elle devra en tout état de cause être libérée à l'issue d'une période de trois mois si le ministre n'a pas réussi à établir dans ce même laps de temps son identité et donc à exécuter une mesure d'expulsion ou de refoulement.

L'article 10 (2) du projet de loi ne prévoit aucun critère objectif comparable à celui de la nécessité absolue de la loi du 28 mars 1972 qui justifierait une privation de la liberté d'un demandeur d'asile pour une période pouvant aller jusqu'à douze mois.

Cette mesure viole dès lors le principe de proportionnalité devant régir toute atteinte au liberté fondamentale dans la mesure elle porte atteinte à la liberté individuelle des demandeurs au-delà de ce qui est strictement nécessaire et utile.

Luxembourg, le 6 décembre 2005

Charles KAUFHOLD  
Bâtonnier