LANDESRECHT — DROIT NATIONAL — DIRITTO NAZIONALE

1 Staat – Volk – Behörden
Etat – Peuple – Autorités
Stato – Popolo – Autorità

27

Extrait de l'arrêt de la Cour V
dans la cause X. contre Office fédéral des migrations
E-6525/2009 du 29 juin 2010

Non-entrée en matière sur une demande d'asile (Dublin). Critères d'interprétation et applicabilité directe de dispositions du règlement Dublin. Etat responsable pour l'examen d'une demande d'asile après l'échéance du délai de transfert prévu par le règlement. Arrêt de principe.

Art. 34 al. 2 let. d LAsi. Art. 19 par. 3 et 4 et art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (ci-après: règlement Dublin II).

1. **Qualité pour recourir au sens de l'art. 48 al. 1 let. c PA dans un cas de non-entrée en matière sur une demande d'asile « Dublin ». Persistance d'un intérêt à recourir, digne de protection, même après que le transfert a été effectué (consid. 1.3).**
2. **Demande de réexamen d'une décision de non-entrée en matière sur une demande d'asile « Dublin ». La question de savoir si les personnes concernées peuvent se prévaloir d'une violation du règlement Dublin II est une question de fond et non une question de recevabilité de la demande (consid. 2).**

3. Un requérant d'asile peut, dans un recours, se prévaloir de la violation d'une disposition du règlement Dublin II, à la condition que celle-ci soit applicable directement, autrement dit « self-executing » (consid. 4 à 6).

4. Tant l'art. 19 par. 3 et 4 que l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II, relatifs au délai de transfert à l'Etat compétent, sont applicables directement. Ces dispositions ont un contenu clair et précis, et visent à garantir le droit du requérant à voir sa demande d'asile examinée dans un délai raisonnable (consid. 6.4).

5. Si le transfert n'est pas exécuté dans le délai prescrit, l'Etat qui l'avait requis devient, selon le règlement, responsable pour l'examen de la demande d'asile. L'application de cette règle ne se justifie pas en cas d'abus de droit. Elle ne se justifie exceptionnellement pas non plus, en cas de transfert tardif, lorsque l'Etat de destination a, par des actes concluants, continué à reconnaître sa responsabilité au-delà de l'échéance du délai (consid. 7.3). Exception admise en l'espèce en raison des circonstances très particulières du cas (consid. 8 et 9).

Nichteintreten auf Asylgesuch (« Dublin-Verfahren »). Auslegungskriterien und direkte Anwendbarkeit von Bestimmungen der Dublin-II-Verordnung. Für die Behandlung des Asylgesuchs zuständiger Staat nach Ablauf der in der Verordnung vorgesehenen Überstellungsfrist. Grundsatzurteil.

Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG. Art. 19 Abs. 3 und 4 sowie Art. 20 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsanghörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (nachfolgend: Dublin-II-VO).

1. Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG bei einem Entscheid betreffend Nichteintreten auf ein Asylgesuch gemäss Dublin-II-VO. Fortbestehen eines schutzwürdigen Rechtsschutzinteresses, selbst wenn die Überstellung bereits erfolgt ist (E. 1.3).

2. Gesuch um Wiedererwägung eines Entscheids betreffend Nichteintreten auf ein Asylgesuch gemäss Dublin-II-VO. Ob die betroffenen Personen eine Verletzung der Dublin-II-VO geltend machen können, ist eine Frage der materiellen Prüfung, nicht eine Sachurteilsvoraussetzung (E. 2).

3. Ein Asylgesuchsteller kann in einer Beschwerde die Verletzung einer Bestimmung der Dublin-II-VO geltend machen, falls diese direkt anwendbar, das heisst « self-executing », ist (E. 4 bis 6).

4. Art. 19 Abs. 3 und 4 beziehungsweise Art. 20 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 Dublin-II-VO, welche die Fristen zur Überstellung in den zuständigen Staat regeln, sind direkt anwendbar. Sie sind inhaltlich hinreichend klar und bestimmt und bezwecken, das Recht des Beschwerdeführers zu garantieren, dass sein Asylgesuch innert angemessener Frist behandelt wird (E. 6.4).

5. Wird die Überstellung nicht innert der vorgesehenen Frist vollzogen, wird gemäss Dublin-II-VO der um Überstellung ersuchende Staat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig. Keine Anwendung findet diese Regelung bei Rechtsmissbrauch, und ausnahmsweise auch dann nicht, wenn bei verspäteter Überstellung der Bestimmungsstaat seine Zuständigkeit durch konkludentes Verhalten auch nach Ablauf der Frist weiterhin anerkennt (E. 7.3). Bejahung dieser Ausnahmekonstellation im konkreten Verfahren aufgrund der sehr besonderen Umstände des vorliegenden Falles (E. 8 und 9).

Non entrata nel merito di una domanda d'asilo (Dublino). Criteri di interpretazione e applicabilità diretta delle disposizioni del regolamento Dublino. Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo dopo la scadenza del termine di trasferimento previsto dal regolamento. Sentenza di principio.

Art. 34 cpv. 2 lett. d LAsi. Art. 19 par. 3 e 4 e art. 20 par. 1 punto d e par. 2 del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (qui di seguito: regolamento Dublino II).

1. **Diritto di ricorrere ai sensi dell'art. 48 cpv. 1 lett. c PA in un caso di non entrata nel merito di una domanda d'asilo « Dublino ». Persistenza di un interesse degno di protezione a ricorrere anche dopo che il trasferimento è stato effettuato (consid. 1.3).**
2. **Domanda di riesame di una decisione di non entrata nel merito di una domanda d'asilo « Dublino ». La questione di sapere se le persone interessate possono far valere una violazione del regolamento Dublino II è una questione di merito e non una questione di ricevibilità della domanda (consid. 2).**
3. **Un richiedente l'asilo può far valere la violazione di una disposizione del regolamento Dublino II, a condizione che tale disposizione sia direttamente applicabile, ossia « self-executing » (consid. 4 a 6).**
4. **L'art. 19 par. 3 e 4, rispettivamente l'art. 20 par. 1 punto d e par. 2 del regolamento Dublino II, relativi al termine di trasferimento verso lo Stato competente, sono direttamente applicabili, in quanto formulati in modo chiaro e preciso e tendenti a garantire al richiedente il diritto all'esame della sua domanda d'asilo entro un termine ragionevole (consid. 6.4).**
5. **Se il trasferimento non è effettuato nel termine prescritto, lo Stato che l'aveva richiesto diventa, secondo il regolamento Dublino II, competente per l'esame della domanda d'asilo. Tuttavia, il richiedente l'asilo non può far valere tale regola in caso di abuso di diritto. Eccezionalmente tale regola non può essere applicata nemmeno se, in caso di trasferimento tardivo, lo Stato di destinazione ha, con degli atti decisivi, continuato a riconoscere la sua competenza oltre la scadenza del termine (consid. 7.3). Eccezione ammessa nella fattispecie in ragione delle circostanze molto particolari del caso in esame (consid. 8 e 9).**

Les intéressés ont déposé, le 14 décembre 2008, une demande d'asile en Suisse. Sur la base du système européen de comparaison des signalements dactyloscopiques des demandeurs d'asile (EURODAC), l'Office fédéral des migrations (ODM) a constaté qu'ils avaient déjà été dactyloscopiés en Italie, où ils avaient déposé le 6 juillet 2008 une

demande d'asile. Ils ont tous deux catégoriquement nié avoir séjourné dans ce pays.

Le 15 janvier 2009, l'ODM a transmis à l'Italie, via le réseau de communication électronique DubliNet, une requête aux fins de reprise en charge des intéressés. Les autorités italiennes n'ont pas répondu à la requête.

Par décision du 23 mars 2009, notifiée le 27 mars 2009 par l'autorité cantonale compétente, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile des intéressés et a prononcé leur renvoi immédiat en Italie. Leur transfert, organisé pour le 27 mars 2009, n'a pas pu être réalisé du fait que l'intéressée, qui avait dépassé le terme prévu pour sa grossesse, n'a pas pu embarquer dans l'avion. Quelques jours plus tard, elle a mis au monde un fils. La décision du 23 mars 2009 n'a pas fait l'objet d'un recours et est entrée en force.

Par courrier du 20 août 2009, les intéressés ont demandé à l'ODM le réexamen de sa décision de non-entrée en matière et de renvoi vers l'Italie. Ils ont fait valoir que la situation avait notablement changé puisqu'ils n'avaient pas pu être transférés vers l'Italie dans le délai de six mois à compter de l'acceptation de la reprise en charge par ce pays et qu'en conséquence la responsabilité pour l'examen de leur demande incombait désormais à la Suisse, conformément au règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (Journal officiel de l'Union européenne [JO] L 50/1 du 25.02.2003, ci-après: règlement Dublin II).

Par décision du 16 septembre 2009, notifiée au mandataire des recourants, l'ODM a déclaré la demande irrecevable, au motif que l'Italie, qui avait temporairement restreint le nombre des transferts depuis la Suisse, avait accepté sa responsabilité au-delà du délai de six mois et que les intéressés ne pouvaient tirer aucun droit subjectif du règlement Dublin II qui leur permettrait de contester cette déclaration de responsabilité, à l'exception du cas – en l'occurrence non réalisé – où une déclaration de responsabilité violerait leurs droits fondamentaux.

Le 6 octobre 2009, les recourants ont été transférés en Italie, à l'insu de leur mandataire. Par acte du 16 octobre 2009, ce dernier a déposé un

recours contre la décision de l'ODM du 16 septembre 2009, en faisant valoir en particulier que l'échec du transfert en Italie, dans le délai prévu par le règlement Dublin II, ne leur était en aucun cas imputable. Par courrier du 30 octobre 2009, il a encore fait savoir au Tribunal administratif fédéral (TAF) qu'il avait pu rétablir le contact avec ses mandants et a demandé que ceux-ci soient autorisés à revenir en Suisse.

Le TAF a rejeté le recours. Les considérants 4 à 7 ci-après ont fait l'objet de la décision de principe adoptée par les Cours IV et V dans leur séance du 1er juin 2010.

Extrait des considérants:

1.
1.1 (...)

1.2 (...)

1.3 Il se pose encore la question de savoir si les recourants avaient, lors du dépôt du recours, et ont encore à ce jour un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification. En effet, postérieurement à la décision entreprise, prononcée le 16 septembre 2009, les recourants ont été transférés en Italie. Ce transfert a eu lieu le 6 octobre 2009, soit avant le dépôt de leur recours.

1.3.1 Les recourants ont fait valoir en substance qu'en raison de l'écoulement du temps, à savoir de l'expiration, au 29 juillet 2009, du délai de six mois depuis l'acceptation des autorités italiennes, la responsabilité pour l'examen de leur demande d'asile n'incombait plus à l'Italie, mais à la Suisse, comme le prévoit l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II. Selon leur argumentation, la décision de non-entrée en matière, prononcée le 23 mars 2009, ne serait ainsi plus conforme au règlement. Ils ont également fait valoir que la naissance de leur enfant créait une situation nouvelle, devant conduire l'ODM à revoir cette décision, en tant qu'elle prononçait le renvoi et l'exécution de cette mesure vers l'Italie, en raison des risques que constituaient pour un enfant en bas âge, les conditions d'accueil des requérants d'asile en Italie, cette mesure n'étant plus raisonnablement exigible.

1.3.2 Conformément à l'art. 48 al. 1 let. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), a

qualité pour recourir contre une décision quiconque a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt n'est en principe réputé digne de protection que s'il subsiste, au moment où statue l'autorité de recours, un intérêt actuel et pratique à l'admission du recours, respectivement à l'examen des griefs soulevés. L'intérêt est pratique lorsque le préjudice causé par la décision existe concrètement encore à ce moment et peut être écarté par une admission du recours. La jurisprudence ne renonce à l'exigence d'un intérêt actuel que lorsqu'elle ferait obstacle au contrôle d'un acte qui pourrait se reproduire dans des circonstances semblables ou similaires, qui soulève une question de principe à la résolution de laquelle il existe un intérêt public important et qui ne pourrait guère faire l'objet, dans un nouveau cas d'espèce, d'un contrôle judiciaire à temps (cf. ATAF 2010/13 consid. 3.2 p. 166 s., ATAF 2009/9 consid. 1.2.1 p. 123, ATAF 2007/20 consid. 2.4.1 p. 231, ATAF 2007/12 consid. 2.1 p. 124; cf. aussi VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 48, n° 15 p. 952 s.; ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, [VwVG], Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Zurich/Saint-Gall 2008, ad art. 48, n° 21 s. p. 648; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 49).

1.3.3 Certes, en vertu d'une jurisprudence constante, en cas d'exécution d'un renvoi, les questions de l'illicéité, de l'inexigibilité et de l'impossibilité de cette mesure ne se posent plus après le départ de Suisse, dès lors que l'admission provisoire est une mesure de substitution de l'exécution du renvoi; de la sorte, il n'y a en principe plus d'intérêt actuel à la procédure de recours (Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2000 n° 24 consid. 2b p. 216). L'incidence du départ de Suisse du requérant d'asile est ici différente de celle qu'elle a dans le cadre d'une procédure portant sur l'exécution du renvoi. En effet, la décision visée à l'art. 20 par. 1 point e du règlement Dublin II, que l'Etat membre requérant doit notifier au demandeur d'asile concerné, relative à la reprise en charge par l'Etat membre de l'espace Dublin responsable de l'examen de la demande d'asile, a un caractère binaire: elle contient, d'une part, une décision constatant l'absence de compétence de l'Etat membre requérant, pour

l'examen de la demande d'asile ainsi que la compétence d'un autre Etat, et, d'autre part, la décision, qui découle de ce constat, de transférer l'intéressé à l'Etat compétent, assortie des indications relatives à la mise en œuvre de ce transfert. Ainsi, la décision sur la compétence est étroitement liée au transfert. Il s'ensuit que, même après la mise en œuvre du transfert, la personne concernée a encore un intérêt pratique et actuel à obtenir un contrôle judiciaire de la décision sur la compétence, portant en particulier sur la vérification d'un risque de refoulement en cascade ou d'une violation de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) (cf. ATAF 2010/1 consid. 3.5 p. 8 s. et 5.4 p. 15). Conformément à l'art. 29*a* de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), un tel contrôle, par-devant une autorité judiciaire, doit être garanti, dès lors que des droits protégés par la CEDH sont en jeu (cf. HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter 20 juillet 2009, p. 10, et in: EMRK und die Schweiz – La CEDH et la Suisse, Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller [éd.], Saint-Gall 2010, p. 68). La question de savoir si l'exigence d'un intérêt pratique et actuel peut, suivant les cas, porter atteinte à la garantie de l'accès au juge tirée de l'art. 29*a* Cst. et de la CEDH et si, dans de telles situations, elle ne doit être autorisée qu'exceptionnellement, en application d'une base légale formelle, peut demeurer indécise (cf. MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in: Pratique judiciaire actuelle [PJA] 2/2008 p. 147 ss; voir aussi ATAF 2009/9 consid. 1.2.1 p. 124).

1.3.4 Il ressort de ce qui précède que, dans un cas d'application du règlement Dublin II, même lorsque le transfert a déjà été effectué, un requérant d'asile peut encore avoir un intérêt actuel et pratique à requérir la reconnaissance de la responsabilité de la Suisse pour l'examen de la demande d'asile. Au cas où la compétence de la Suisse, respectivement l'absence de compétence de l'Etat précédemment déclaré comme responsable est admise, les autorités suisses devront accorder à l'étranger concerné une autorisation de retour. Le transfert à l'autre Etat n'épuise ainsi en principe pas l'intérêt à recourir du demandeur d'asile concerné.

1.3.5 En l'espèce, dès lors que les griefs du recours portent sur des questions concrètes (et non simplement virtuelles), que le préjudice allégué existe encore au moment du prononcé du présent arrêt et qu'il ne saurait être levé que par un jugement annulant la décision attaquée, un intérêt actuel et pratique doit être reconnu aux recourants. En effet, si le recours était admis, la décision constatant que la Suisse n'est pas compétente devrait être annulée, respectivement l'ODM serait tenu d'admettre sa compétence pour l'examen de la demande d'asile et, partant, d'autoriser les personnes intéressées à revenir en Suisse et à y séjourner jusqu'à l'issue de la procédure (art. 42 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile [LAsi, RS 142.31]).

1.3.6 Par ailleurs, l'intérêt des recourants à l'annulation de la décision entreprise n'a pas non plus été éteint par des circonstances postérieures à leur transfert en Italie; il demeure actuel. En effet, les recourants ont encore récemment manifesté leur intérêt concret à obtenir un jugement d'annulation. Bien qu'ils ne disposent pas d'une adresse fixe en Italie, ils peuvent toujours être atteints par le biais de leur mandataire qui a conservé le contact avec eux et peut les joindre (cf. JICRA 1997 n° 18 p. 148 ss, JICRA 1993 n° 17 p. 106 ss).

1.3.7 En conclusion, les recourants ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée conformément à l'art. 48 al. 1 let. c PA.

1.4 (...)

1.5 (...)

2.

2.1 La demande de réexamen (aussi appelée demande de nouvel examen ou de reconsidération), définie comme une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération de la décision qu'elle a prise et qui est entrée en force, n'est pas expressément prévue par la PA. La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst., RO 1 37), qui correspond, sur ce point, à l'art. 29 al. 2 Cst. et à l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions sur recours (cf. ATF 127 I 133 consid. 6 p. 137, ATF 109 Ib 246 ss; KARIN SCHERRER, in: Praxiskommentar VwVG, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 66 nos 16 ss

p. 1303 s.; ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, p. 156 ss, spécialement p. 160; URSINA BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zurich 1985, p. 171 ss, spécialement p. 179 et 185 s. et réf. cit.; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 947 ss).

En principe, une demande de réexamen ne constitue pas une voie de droit (ordinaire ou extraordinaire). Partant, l'ODM n'est tenu de s'en saisir que dans deux situations: lorsqu'elle constitue une « demande de reconsidération qualifiée », à savoir lorsqu'une décision n'a pas fait l'objet d'un recours (ou que le recours interjeté contre celle-ci avait été déclaré irrecevable) et que le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie (cf. ATAF 2010/4 consid. 2.1.1 p. 43; JICRA 2003 no 7 consid. 1 p. 42 s., JICRA 1995 no 21 p. 199 ss, JICRA 1993 no 25 consid. 3b p. 179), ou lorsqu'elle constitue une « demande d'adaptation », à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision concernée (ou, en cas de recours, depuis le prononcé de l'arrêt sur recours).

2.1.1 La demande d'adaptation tend à faire adapter par l'autorité de première instance sa décision parce que, depuis son prononcé, s'est créée une situation nouvelle dans les faits ou exceptionnellement sur le plan juridique, qui constitue une modification notable des circonstances (JICRA 1995 no 21 consid. 1b p. 203 s. et réf. cit.; ATF 109 Ib 253 et jurisprudence citée; cf. également PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2e éd., Berne 2005, p. 275; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd. Berne 2002, p. 347; KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 160; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS-PETER, Öffentliches Prozessrecht und Grundzüge des Justizverfassungsrechts des Bundes, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, p. 12 s.). Conformément au principe de la bonne foi, le requérant ne peut pas, par le biais d'une telle demande, invoquer des faits qu'il aurait pu invoquer précédemment (JICRA 2000 no 5 p. 44 ss).

2.1.2 La demande d'adaptation doit également être suffisamment motivée (cf. JICRA 2003 n° 7 p. 41), en ce sens que l'intéressé ne peut pas se contenter d'alléguer l'existence d'un changement de circonstances,

mais doit expliquer, en substance, en quoi les faits dont il se prévaut représenteraient un changement notable des circonstances depuis la décision entrée en force; à défaut, l'autorité de première instance n'entre pas en matière et déclare la demande irrecevable.

2.1.3 Lorsque l'autorité de première instance n'est pas entrée en matière sur une demande de réexamen, le requérant peut simplement recourir en alléguant que l'autorité a nié à tort l'existence des conditions requises pour l'obliger à statuer au fond, et l'autorité de recours ne peut qu'inviter cette dernière à examiner la demande au fond, si elle admet le recours (cf. ATF 109 Ib 246 consid. 4a p. 251; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 45.68; GRISEL, op. cit., p. 949 s.; KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 164). L'objet du litige est en effet défini par les points du dispositif de la décision querellée (« l'objet de la contestation ») expressément attaqués par le recourant. Les conclusions du recourant ne peuvent s'étendre au-delà de « l'objet de la contestation »; celles qui en sortent, en particulier les questions portant sur le fond de l'affaire lorsqu'il s'agit d'une décision d'irrecevabilité, ne sont pas recevables (cf. ATAF 2010/12 consid. 1.2.1 p. 150 s., ATAF 2010/4 consid. 2 p. 42, ATAF 2009/54 consid. 1.3.3 p. 777 s.; JICRA 1998 n° 27 p. 228 ss; ATF 131 II 200 consid. 3.2 p. 203, ATF 130 V 138 consid. 2.1 p. 140, ATF 125 V 413 consid. 1 p. 414 s. et la jurisprudence citée; KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 148 ss; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, Berne 1992, p. 8 s. n. 2.2; MOOR, op. cit., p. 438, 444 et 446 s.). Une exception paraît justifiée lorsque sans s'en tenir strictement aux conditions de recevabilité, l'autorité inférieure a clairement indiqué que dans l'hypothèse où elle serait entrée en matière, la demande aurait dû être rejetée (cf. JICRA 1998 n° 27 p. 228 ss, JICRA 1993 n° 25 p. 175 ss).

2.1.4 Lorsque l'autorité entre en matière et, après réexamen, rend une nouvelle décision au fond, ce nouveau prononcé peut faire l'objet d'un recours pour des motifs de fond, au même titre que la décision initiale (arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2A.506/2003 du 6 janvier 2004, in: Semaine judiciaire 2004 I, p. 389 consid. 2; ATF 113 Ia 146 consid. 3c p. 153 s.). Dans cette hypothèse, le litige a pour objet la décision sur réexamen et non pas la décision initiale.

2.2 En l'occurrence, en invoquant la naissance d'un enfant et surtout l'expiration du délai autorisant leur transfert durant six mois (cf.

consid. 1.3.1), les recourants ont allégué une modification notable des circonstances depuis le prononcé de la décision de non-entrée en matière de l'ODM du 23 mars 2009. Il s'agit, à l'évidence, de motifs de réexamen qui, au regard de leur substance, étaient recevables conformément à la jurisprudence et à la doctrine précitées (cf. consid. 2.1). C'est donc à tort que l'ODM a déclaré leur demande irrecevable.

2.2.1 Cependant, en dépit du dispositif d'irrecevabilité, il apparaît clairement, à la lecture des motifs de sa décision, que l'ODM ne s'est pas prononcé sur la base de conditions de recevabilité, mais est en fait entré en matière sur la demande et l'a rejetée avec des arguments matériels, tenant à la responsabilité imputée aux recourants de l'échec du transfert initialement prévu le 27 mars 2009, aux restrictions ayant porté sur les transferts vers l'Italie dans le courant de l'été 2009 communiquées par les autorités italiennes, à la prolongation de la déclaration de responsabilité de l'Italie et à l'absence d'un droit des recourants à se prévaloir d'une violation du règlement Dublin II.

Contrairement à ce que semble soutenir l'ODM, la question de savoir si les recourants peuvent se prévaloir d'une violation du règlement Dublin II (à savoir d'une applicabilité directe dudit règlement, cf. consid. 5 et 6) est une question de droit matériel, qui doit être distinguée de celle portant sur les voies de droit et la recevabilité d'un recours (cf. THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 2/2003, p. 77 ss, spécialement p. 114).

2.2.2 Dans les considérants qui suivent, le TAF s'attachera donc à examiner si les motifs pour lesquels l'ODM a rejeté la demande de réexamen des recourants sont fondés.

3. (...)

4.

4.1 Conformément à l'art. 1 de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (AAD, RS 0.142.392.68), le règlement Dublin II et le règlement (CE) nº 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) nº 343/2003 du Conseil établissant les

critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 222/3 du 5.9.2003, ci-après: règlement modalités d'application de Dublin) sont applicables en droit suisse et entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne (UE) (voir aussi art. 29 al. 2 et paragraphe conclusif dudit règlement, et message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords [« accords bilatéraux II »], du 1er octobre 2004, FF 2004 5593, spécialement 5628 s. et 5748 s., ci-après: message accords bilatéraux II). Lorsqu'une directive ou un règlement du droit européen sont intégrés dans une annexe d'un accord bilatéral, ils en deviennent partie intégrante; formellement, la Suisse n'est pas directement liée par cette directive ou par ce règlement, mais par son engagement de droit international public de respecter l'accord bilatéral qui les comprend. Partant, le règlement Dublin II et le règlement portant modalités d'application de Dublin ont pris effet dans l'ordre juridique interne de la Suisse sans qu'aucune mesure de réception dans le droit national n'ait été nécessaire. Ainsi, ils sont immédiatement valables en droit suisse et, à ce titre, s'imposent à tous les organes de l'Etat, dès leur entrée en vigueur à l'égard de la Suisse (cf. ANGELA JORNS, Das Dublin-System: die Assoziierung der Schweiz und die Konsequenzen für Asylsuchende, in: PJA 12/2009, p. 1589 ss, spécialement p. 1597; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Annuaire suisse de Droit européen 2004/2005, Berne/Zurich 2005, p. 287 ss, spécialement p. 303, note 79 [ci-après: WÜGER, Bilaterale Verträge II).

4.2 A teneur de l'art. 20 par. 1 point e al. 1 du règlement Dublin II, l'Etat membre requérant notifie au demandeur d'asile la décision relative à sa reprise en charge par l'Etat membre responsable. Cette décision est motivée. Elle est assortie des indications de délai relatives à la mise en œuvre du transfert et comporte, si nécessaire, les informations relatives au lieu et à la date auxquels le demandeur doit se présenter s'il se rend par ses propres moyens dans l'Etat responsable. Cette décision est susceptible d'un recours ou d'une révision. Ce recours ou cette révision n'a pas d'effet suspensif, sauf lorsque les tribunaux ou les instances compétentes le décident, au cas par cas, si la législation nationale le permet.

Selon l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II, l'Etat membre qui accepte (expressément ou tacitement) la reprise en charge est tenu de reprendre le demandeur d'asile sur son territoire. Le transfert s'effectue conformément au droit national de l'Etat requérant, après concertation entre les Etats concernés, dès qu'il est matériellement possible, mais au plus tard dans un délai de six mois à compter de l'acceptation de la demande aux fins de reprise en charge ou de la décision sur le recours ou la révision en cas d'effet suspensif (art. 20 par. 1 point d règlement Dublin II). Si le transfert n'est pas exécuté dans le délai de six mois, la responsabilité incombe à l'Etat membre auprès duquel la demande d'asile a été introduite. Ce délai peut être porté à un an au maximum s'il n'a pas pu être procédé au transfert ou à l'examen de la demande en raison d'un emprisonnement du demandeur ou à dix-huit mois au maximum si le demandeur d'asile prend la fuite (art. 20 par. 2 règlement Dublin II).

4.3 Pour la mise en œuvre du règlement Dublin II, le dispositif législatif interne a été complété par l'introduction de l'art. 29*a* dans l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 (OA 1, RS 142.311), qui rappelle que l'ODM examine sa compétence relative au traitement d'une demande d'asile selon les critères fixés dans le règlement Dublin II (al. 1), précise que l'ODM prononce une décision de non-entrée en matière après que l'Etat de l'espace Dublin requis a accepté la prise ou la reprise en charge du requérant d'asile (al. 2) et que l'ODM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent (al. 3).

Le législateur n'a toutefois ni modifié ni abrogé l'art. 34 al. 2 let. d LAsi aux termes duquel l'ODM n'entre, en règle générale, pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant peut se rendre dans un Etat tiers compétent, *en vertu d'un accord international*, pour mener la procédure d'asile et de renvoi. Au contraire, cette disposition concrétise désormais, en droit interne, la décision visée à l'art. 19 par. 1 et 2 et à l'art. 20 par. 1 point e du règlement Dublin II, à rendre sous réserve de l'application de la clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 dudit règlement.

5.

5.1 L'examen de la question matérielle (cf. consid. 2.2.1 in fine) de savoir si les recourants sont en droit de se prévaloir du règlement Dublin II, plus particulièrement du par. 1 point d et du par. 2 de son art. 20,

exige d'abord de la part du TAF qu'il rappelle les règles générales applicables en la matière en droit suisse (consid. 5.2), puis qu'il définisse sa marge de manœuvre dans l'interprétation de ces dispositions réglementaires (consid. 5.3) avant de passer à la vérification de leur caractère directement applicable (consid. 6).

5.2 Le fait que le règlement Dublin II (comme les trois autres règlements cités à l'art. 1 par. 1 AAD) soit immédiatement valable en droit suisse, sans aucune transposition dans le droit interne, ne signifie pas pour autant que toutes ses normes soient directement applicables, et donc justiciables devant le TAF.

5.2.1 Les dispositions de l'AAD et des règlements précités ne peuvent être invoquées devant l'administration, respectivement le juge, par les particuliers, que si elles sont directement applicables dans un cas concret (cf. Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, intitulé: La relation entre le droit international et le droit interne, FF 2010 2067 ss, spécialement 2089 [ci-après: rapport du CF]; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007, n° 28, p. 81; YVO HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtliche Normen, in: Revue de droit suisse 2007 I 137 ss, spécialement p. 141; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Droit constitutionnel suisse, Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [éd.], Zurich 2001, p. 188 et 202; CHRISTOPHE WILHELM, Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse, Zurich 1993, p. 85 à 97 et p. 131).

5.2.2 Pour que des normes de droit international public soient directement applicables, il faut qu'elles posent des règles de droit suffisamment précises et claires, soient adressées à l'administration et au juge, et aient pour objet des droits et des obligations pour les particuliers, de telle sorte qu'elles puissent être effectivement appliquées dans un cas d'espèce (cf. arrêt du TF 2A.593/2005 du 6 septembre 2006; ATF 126 I 240 consid. 2b p. 242, ATF 124 III 90, ATF 120 Ia 1 consid. 5b p. 11).

La question de savoir si la précision et la clarté des règles de droit sont suffisantes est à résoudre par voie d'interprétation. Ces règles doivent être aptes à régler un état de fait, de sorte à permettre le syllogisme juridique, conformément au principe de la légalité (cf. Rapport du CF, FF 2010 2105 s.; HANGARTNER, op. cit., p. 149; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005 [ci-après: WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht], p. 225 et doctrine citée). Enfin, pour que le justiciable puisse être légitimé à les invoquer devant le TAF, il faut encore prendre en considération le but, le contexte et les particularités de l'accord international concerné et enfin l'intérêt individuel à une protection élevée, ce qui est notamment le cas lorsque des droits fondamentaux sont touchés (cf. RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., Bâle 2009, no 3647, p. 731; THÜRER, op. cit., p. 188 ss; HANGARTNER, op. cit., p. 151 s.).

Lorsqu'une norme d'un accord international n'a pas pour but de concéder des droits ou d'imposer des obligations à un particulier, ou du moins de protéger ses intérêts individuels, son applicabilité directe est exclue (cf. WÜGER, Bilaterale Verträge II, p. 293).

5.3 Il appartient à la Suisse, par l'entremise de ses tribunaux, de résoudre la question de l'applicabilité directe de telle ou telle disposition de l'AAD, respectivement d'un règlement auquel renvoie cet accord. En effet, l'AAD n'entraîne aucun transfert de compétences juridictionnelles à une instance supranationale. Dans ces conditions, le TAF examine d'une manière autonome la portée qu'il convient d'accorder au règlement Dublin II (cf. message accords bilatéraux II, FF 2004 5593, spéc. 5749; voir aussi TOBIAS JAAG/MAGDA ZIHLMANN, Institutionen und Verfahren, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU, Handbuch, Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals [éd.], Zurich/Bâle/Genève, 2007, p. 75 ss, spécialement p. 80).

5.3.1 Comme relevé par le TF, confronté à un problème d'interprétation, le juge suisse n'a donc ni l'obligation ni même la possibilité d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE; anciennement Cour de justice de la Communauté européenne [CJCE]), mais doit le résoudre seul en se conformant aux règles d'interprétation habituelles déduites de la Convention de Vienne

du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111, ci-après: Convention de Vienne). Pour ce qui est de l'interprétation des accords internationaux, la Convention de Vienne pose des principes directeurs, qui sont relativement semblables aux méthodes d'interprétation valant pour les normes générales et abstraites que la jurisprudence fédérale a consacrées. Ainsi, l'art. 31 par. 1 de cette convention prescrit que le traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Quant à l'art. 32 par. 1 in initio, il précise qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à ces dispositions laisse en particulier le sens ambigu ou obscur (let. a). Il n'appartient toutefois pas au juge de remédier par voie d'interprétation à une éventuelle lacune d'un traité international, en étendant l'application de celui-ci au-delà de son texte. Une telle application extensive n'entrerait en ligne de compte que si l'on pouvait déduire avec certitude du contexte ou de la genèse du traité que l'expression de la volonté des parties à la convention est inexacte (cf. ATF 135 V 339, consid. 5.3 et réf. cit.; voir aussi ATAF 2010/7 consid. 3.5).

5.3.2 Toutefois, compte tenu du fait que l'AAD consacre l'objectif des parties contractantes de parvenir à une application et à une interprétation aussi uniformes que possible des dispositions visées à l'art. 1, en particulier de celles du règlement Dublin II (cf. art. 5 par. 1 AAD), qu'il met en place un mécanisme prévoyant une procédure de vérification de cette uniformité et de règlement des différends en la matière (art. 6 et art. 7 AAD), qu'il a un caractère dynamique (par ses clauses de reprise des nouveaux actes communautaires postérieurs à la signature de l'accord) et que sa validité est juridiquement liée à celle de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (RS 0.362.31), le TAF interprétera les normes européennes applicables à l'espace Dublin de manière dynamique.

Le principe de l'uniformité des règles applicables au sein de l'espace Dublin va loin dans la mesure où non seulement ce sont les mêmes règles qui s'appliquent, mais elles doivent encore être appliquées simultanément et de la même manière dans tout l'espace Dublin (cf. ANNE CORNU, Les

aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin, in: Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner [éd], Genève/Bâle/Munich/Bruxelles/Paris 2006, p. 207 ss, spécialement p. 218 et 241; OLIVIER MACH, La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse, in: Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner [éd], Genève/Bâle/Munich/Bruxelles/Paris 2006, p. 169 ss, spécialement p. 174).

En particulier, le TAF mettra l'accent sur les principes d'interprétation téléologiques, mais sans forcément accorder au principe européen dit de l'*effet utile* – axé sur la prise en compte complète des facteurs d'intégration juridique afin de permettre au droit européen de déployer tous ses effets – la même importance que les instances judiciaires internes à l'UE (cf. arrêt du TF H31/06 du 4 juillet 2007 consid. 8.4; voir aussi COTTIER/ EVTIMOV, op. cit., spécialement p. 108 ss). C'est d'autant plus justifié que la Suisse n'est pas liée complètement au système de l'asile européen (consid. 4.3). Par ailleurs, dans le cadre de l'espace Dublin, la pratique des Etats membres de l'UE, sur un certain nombre de points dont celui examiné dans le présent arrêt, n'est ni suffisamment transparente ni totalement uniforme. Ainsi, le TAF reprendra, d'une manière aussi adéquate que possible, les éléments de la jurisprudence européenne (lorsqu'ils existent), voire de celle de certains pays membres de l'UE, afin d'assurer une situation juridique parallèle, pour autant que de justes motifs ne plaident pas pour une solution contraire.

5.3.3 En conclusion, pour trancher les questions qui se posent, le TAF appliquera les principes du droit suisse en matière d'applicabilité directe en interprétant le règlement Dublin II conformément aux règles usuelles valant pour l'interprétation des traités, mais aussi aux objectifs de l'AAD, en particulier à celui d'homogénéité des situations juridiques.

6.

6.1 Compte tenu des principes exposés ci-dessus, le TAF va donc s'attacher dans les considérants qui suivent à examiner si l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II est directement applicable et peut donc être invoqué par un particulier dans le cadre d'un recours. Pour ce faire, il dira s'il est possible d'admettre une applicabilité *générale* directe de l'AAD ou des textes auxquels celui-ci renvoie (qui permettrait aux particuliers de faire valoir des droits en justice) ou au contraire de

l'exclure (consid. 6.2 et 6.3). Il vérifiera ensuite s'il peut, par voie d'interprétation, déduire des buts et objectifs du règlement Dublin II et de la disposition concernée une applicabilité directe de cette disposition (consid. 6.4).

6.2 Comme indiqué plus haut (consid. 5.3.2), le TAF peut prendre en considération la jurisprudence de la CJUE sur la reconnaissance d'un « effet direct » du règlement Dublin II dans l'ordre juridique interne aux Etats de l'UE, pour autant qu'il y en ait une. En effet, ce principe de l'« effet direct » est, dans ses résultats, analogue à celui d'applicabilité directe du droit suisse (cf. STEPHAN BREITENMOSER/MICHAEL ISLER, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, in: PJA 9/2002, p. 1005 ss, spécialement p. 1007).

6.2.1 Conformément à la jurisprudence de la CJUE, fondée en particulier sur l'art. 288 al. 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-art. 249 al. 2 du traité instituant la Communauté européenne [TCE], JO C 115/47 du 9.5.2008, spécialement p. 171 s.), ainsi que sur la nature et la fonction du règlement dans le système des sources du droit communautaire, et retenant que le règlement a une portée générale et est « immédiatement applicable » (expression qui correspond en droit suisse à celle de « validité immédiate ») dans tous les Etats membres, un règlement de la Communauté européenne (CE; aujourd'hui: UE) est *apte à conférer* aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger (voir notamment arrêt du 13 octobre 2005 *Richard Dahms GmbH contre Fränkischer Weinbauverband eV*, C-379/04, point 13 et jurisprudence citée).

6.2.2 D'une part, le fait qu'un règlement soit, par nature, apte à conférer des droits aux particuliers ne signifie pas qu'il leur confère nécessairement des droits. Selon la CJUE, il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit communautaire, de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie (cf. arrêt du 29 janvier 2009, *Migrationsverket [Suède]/Petrosian*, C-19/08, point 34).

6.2.3 D'autre part, il ne ressort à la connaissance du TAF d'aucun arrêt de la CJUE que les dispositions du règlement Dublin II sont, de manière générale, d'effet direct.

6.2.4 En résumé, le TAF ne saurait en inférer qu'en droit européen toutes les dispositions du règlement Dublin II sont d'effet direct, dès lors que la question de savoir si elles sont aptes à conférer aux particuliers des droits doit justement être résolue en prenant en considération la nature et la fonction des normes dudit règlement.

6.3 Compte tenu, d'une part, de l'absence de toute jurisprudence de la CJUE reconnaissant explicitement et de manière générale l'effet direct du règlement Dublin II et, d'autre part, des règles applicables en droit suisse à la détermination du caractère « self-executing » des normes internationales, le TAF ne saurait déduire du contenu de l'art. 1 AAD une applicabilité générale directe ni de cet accord ni des textes auxquels celui-ci renvoie, permettant aux particuliers de déduire des droits en justice (cf. WÜGER, Bilaterale Verträge II, p. 295 et 297 s.; ANNE PETERS/MYRIAM JUNG, Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II, in: PJA 8/2005, p. 960 s.; JOËLLE DRUEY, Le système de Dublin, in: Laurent Moreillon [éd.], Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne, Bâle 2008, p. 37 ss, spécialement p. 105). En particulier, il ne saurait déduire du message relatif à l'approbation des accords bilatéraux II (cf. message accords bilatéraux II, FF 2004 5872) que le CF a admis que les normes du règlement Dublin II étaient, d'une manière générale, directement applicables dans ce sens qu'elles étaient d'emblée justiciables, indépendamment de toute vérification, disposition par disposition.

6.3.1 Une négation générale ou continuelle de l'applicabilité directe des normes auxquelles renvoie l'AAD serait de nature à perturber de manière sensible l'équilibre entre les Etats membres de l'espace Dublin, de sorte à empêcher le parallélisme et la similitude de la protection juridique que l'on soit en Suisse ou dans un autre Etat associé à l'espace Dublin ou encore dans un Etat de l'Union européenne, Etat partie de l'espace Dublin (cf. COTTIER/EVTIMOV, op. cit., spécialement p. 104; JOËLLE DRUEY/EDIVIA LOPEZ, L'impact du droit communautaire confronté aux Accords bilatéraux impliquant la Suisse, in: Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne, Bâle 2008, p. 361 s.).

6.3.2 Au contraire, et à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine suisses (consid. 5.2 et 5.3), il s'agit, dans chaque cas particulier, d'apprécier si la disposition concernée du règlement Dublin II est

directement applicable, autrement dit de vérifier si elle ne crée des droits que pour les Etats concernés ou si elle vise également la protection des requérants d'asile (cf. aussi DRUEY/LOPEZ, op. cit., p. 333 ss, spécialement p. 358; PETERS/JUNG, op. cit., p. 960 s.; BREITENMOSER/ISLER, op. cit., p. 1007).

6.4 Pour déterminer si l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II, valable pour la *reprise* en charge de demandeurs d'asile (cité au consid. 4.2) est directement applicable et donc invocable devant le TAF, il convient donc de vérifier à la lumière des principes exposés ci-dessus, si les conditions en sont remplies. Les solutions qui seront dégagées dans la suite du présent arrêt seront valables mutatis mutandis également pour l'art. 19 par. 3 et par. 4 dudit règlement, disposition qui comprend des normes analogues portant sur la prise en charge de demandeurs d'asile.

Assurément, le contenu de cette disposition est suffisamment précis et clair pour servir de fondement au jugement dans le présent litige. Il paraît tout aussi évident qu'il s'adresse aux autorités appliquant le règlement et non au législateur. Il reste à vérifier s'il concerne exclusivement les relations entre les autorités suisses et les autorités des autres Etats membres de l'espace Dublin, comme le soutient l'ODM, ou s'il a également pour objet les droits et les obligations des requérants d'asile et leurs intérêts individuels à une protection élevée, comme cela ressort implicitement de l'argumentation des recourants.

6.4.1 La réponse à cette dernière question ne ressort pas directement du texte de la disposition, comme cela est parfois le cas (cf. par exemple ATF 124 III 90 concernant l'art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant [RS 0.107, ci-après: CDE]). Elle ne peut en conséquence être obtenue que sur la base d'une interprétation du sens et du but de cette disposition, ainsi que du règlement Dublin II dans le cadre duquel cette dernière est insérée.

6.4.2 Bien qu'elle soit relativement abondante, la doctrine suisse en matière d'accords bilatéraux ne s'est jusqu'à présent guère intéressée à la question de l'applicabilité directe en Suisse de l'AAD et, en particulier, des dispositions du règlement Dublin II.

Certains auteurs l'admettent de manière générale, dès lors que celles-ci sont suffisamment détaillées et touchent les requérants d'asile dans leurs

situations juridiques individuelles (cf. WÜGER, Bilaterale Verträge II, p. 306; CONSTANTIN HRUSCHKA, Überlegungen zum Rechtsschutz in Dublin-Verfahren, in: ASYL 3/09 p. 3 ss).

D'autres se posent la question de manière explicite sans la trancher ni de manière générale ni pour telle ou telle disposition (cf. DRUEY/LOPEZ, op. cit., p. 388; CHRISTINE KADDOUS, La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse, in: Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner [éd], Genève/Bâle/Munich/Bruxelles/Paris 2006, p. 88 s.). PETERS/JUNG présument l'applicabilité directe des dispositions du règlement Dublin II lorsque celles-ci sont suffisamment claires et précises, dès lors que ce règlement a aussi pour but d'en finir avec le phénomène du « race to the bottom » (cf. PETERS/JUNG, op. cit., p. 955 ss, spécialement p. 961).

Enfin, pour quelques auteurs, le règlement Dublin II ne contient pour l'essentiel aucun droit (ou « droit subjectif ») pour les particuliers. A leur avis, dans le cadre de l'application du règlement Dublin II, ceux-ci ne pourraient se prévaloir d'une violation dudit règlement que si cette violation emportait simultanément violation d'un droit qui leur serait conféré par le droit communautaire (européen) et le droit international, en particulier par la Convention du 21 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30, ci-après: Conv. réfugiés) et la CEDH. Par voie de conséquence, à défaut d'un droit en ce sens, les requérants d'asile ne sauraient contester une décision qui ne respecterait pas les délais fixés pour le transfert (cf. MATHIAS HERMANN, Das Dublin System, Eine Analyse der europäischen Regelungen über die Zuständigkeit der Staaten zur Prüfung von Asylanträgen unter besonderer Berücksichtigung der Assoziation der Schweiz, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 66 ss, p. 126 et p. 156; JORNS, op. cit., p. 1599).

6.4.3 Les auteurs autrichiens FILZWIESER/LIEBMINGER, sur lesquels l'ODM s'appuie expressément dans la décision attaquée et dans sa réponse au recours, estiment quant à eux que le règlement Dublin II ne confère au requérant d'asile, dans tous les cas où le règlement Dublin II aurait été appliqué de manière erronée, aucun « droit subjectif » qui lui permettrait de s'opposer à un transfert et d'exiger que l'examen de sa demande ait lieu par l'Etat où il a déposé sa demande en dernier lieu. Ils considèrent que la décision de transfert peut être attaquée uniquement lorsqu'elle viole des droits tirés de la CEDH ou encore

exceptionnellement si elle est arbitraire, dans le sens qu'elle résulte d'une application grossièrement fausse du règlement, contraire au principe de la bonne foi. Ils estiment en effet que, dans les autres cas, la vérification d'une acceptation de responsabilité par les instances de recours de l'Etat requérant pourrait poser des problèmes insolubles en matière de preuve et conduirait à des retards de procédure incompatibles avec le principe de célérité (CHRISTIAN FILZWIESER/BARBARA LIEBMINGER, Dublin II-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 2e éd., Vienne/Graz 2007, nos 9 et 10 ad art. 19 § 2, p. 139 ss).

Dans la troisième édition de l'ouvrage précité, les auteurs FILZWIESER/SPRUNG mentionnent à titre d'exemple que serait constitutive d'un arbitraire, contre lequel un particulier peut se défendre, l'hypothèse où deux Etats prolongent d'un commun accord des délais prévus par le règlement Dublin II ou ignorent de manière manifeste des normes de compétence prévues par le règlement. En dehors de ces situations, ils partagent l'opinion défendue par HERMANN, selon laquelle le règlement Dublin II ne confère aux requérants d'asile aucun droit subjectif déductible en justice (cf. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3e éd., Vienne/Graz 2010, no 8 ad art. 19 § 2, p. 151).

6.4.4 Selon un avis de doctrine, la CJUE aurait, dans son arrêt Petrosian précité (arrêt du 29 janvier 2009 *Migrationsverket [Suède]/ Petrosian*, C-19/08), exprimé clairement le droit justiciable pour les individus concernés de faire valoir, sur la base du seul droit communautaire, et donc du règlement Dublin II, le non-respect de tout délai lorsque ce non-respect conduit à un changement de compétence, et d'obtenir de ce fait l'annulation d'un transfert (cf. CONSTANTIN HRUSCHKA, Humanitäre Lösungen in Dublin-Verfahren, in: Asylmagazin 7-8/2009, Berlin/Bonn, p. 5 ss). Toutefois, le TAF ne partage pas cet avis. En effet, la considération tirée par la Cour du respect de la protection juridictionnelle garantie par un Etat membre, était liée à la considération du respect de l'autonomie procédurale des Etats membres, laquelle permet aux législations nationales de prévoir ou de ne pas prévoir l'effet suspensif au recours; le raisonnement de la Cour visait ainsi à ne pas léser les Etats requérants dans les situations dans lesquelles un effet suspensif était accordé au recours par rapport à celles où le recours en était dépourvu. En outre, on ne saurait tirer de cet arrêt des

conclusions sur des points qui n'étaient pas soumis expressément à la Cour par le juge national (cf. ATF 130 II 113 consid. 6.1; voir aussi LAURENT MERZ, Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal 2009/1 p. 248 ss, spécialement p. 258).

6.4.5 La position de FILZWIESER/SPRUNG, voire celle de HERMANN en tant qu'elle semble influencée en partie par la doctrine et la jurisprudence allemandes, n'est pas transposable telle quelle en droit suisse. Le constat selon lequel le règlement Dublin II n'accorde aucun droit (subjectif) aux demandeurs d'asile concernés ne veut pas pour autant dire que ceux-ci ne seraient pas fondés à se prévaloir d'une violation du règlement Dublin II. La théorie allemande des droits subjectifs publics, qui protège contre le libre arbitre de l'autorité et qui trouve son expression dans l'art. 19 al. 4 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (Bundesgesetzblatt, 1949 1), est fondée sur un régime d'actions (et non de recours) et est étrangère à l'ordre juridique suisse, du moins depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la justice fédérale (cf. HANGARTNER, op. cit. p. 146; WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht, p. 123 ss; ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration: un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand?, Berne 1998, p. 47, 82, 89 ss).

Au contraire, la question de savoir si des particuliers peuvent faire valoir leurs droits en justice est résolue, en droit public suisse, d'abord dans le cadre de la qualité pour agir selon l'art. 6 et l'art. 48 PA (cf. consid. 1.2 et 1.3) et des griefs admissibles (cf. art. 49 PA et art. 106 LAsi), puis sur la base du droit matériel. Comme on l'a vu, est déterminant, lorsqu'il s'agit du droit international, le point de savoir si la norme visée contient des droits ou des obligations de particuliers ou du moins y touche d'une manière importante (cf. consid. 5.2).

6.4.6 Il convient donc de vérifier si l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II – disposition qui comprend, comme sanction du non-respect du délai de six mois, un renversement de compétence pour l'examen de la demande d'asile – a pour objet des droits et des obligations pour les demandeurs d'asile ou touche à leurs intérêts individuels d'une manière importante. Pour procéder à cet examen, le

TAF prendra en considération le but, le contexte et les particularités du règlement et de la disposition concernés (cf. consid. 5.2).

6.4.6.1 Historiquement, le règlement Dublin II est issu de la Convention de Dublin sur la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes du 15 juin 1990 (JO C 254 du 19.08.1997, p. 1), conçue comme une mesure d'accompagnement d'ordre sécuritaire au service des contrôles migratoires, et non comme un instrument d'asile. Il précède l'harmonisation, sur le plan européen, des droits nationaux sur l'asile et l'immigration. Il est complémentaire au système de Schengen et destiné à supprimer les effets négatifs de l'abolition des contrôles aux frontières intérieures de la CE que sont les phénomènes de migrations secondaires (choix par les demandeurs d'asile d'un Etat de la CE accordant un cadre juridique de protection ou/et d'accueil plus élevé) et du tourisme de l'asile ou « asylum shopping » (demandes d'asile multiples, parallèles ou successives). Il s'agissait ainsi de mettre en œuvre un système précis de répartition des demandes d'asile fondé sur la responsabilité d'un seul Etat participant (principes « one chance only » et de l'unicité de l'Etat compétent); ce système devait avoir pour but collatéral d'empêcher le phénomène des réfugiés en orbite (cf. DRUEY, op. cit., p. 50 à 53; FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., p. 24; HERMANN, op. cit., p. 9 et 50 ss). Une fois déterminée, la responsabilité entraîne pour l'Etat membre concerné l'obligation d'admettre le demandeur d'asile sur son territoire et de traiter sa demande (cf. SÉGOLÈNE BARBOU DES PLACES, Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile, in: European University Institute, Department of Law, Florence [Italy], http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/Index.aspx > Publications > Search Law Publications in Cadmus > LAW Articles > Eui Law 2004/6, consulté le 25 janvier 2010, p. 4 et 17; voir aussi KAY HAILBRONNER/CLAUS THIERY, Schengen II and Dublin: Responsability for Asylum Applications in Europe, Commun Market Law Review 34 [1997], p. 957 ss; KAY HAILBRONNER/CLAUS THIERY, Schengen II und Dublin – Der zuständige Asylstaat in Europa, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Baden-Baden, 1997/2, p. 55 ss).

6.4.6.2 Le règlement Dublin II établit ainsi des critères objectifs permettant de déterminer l'Etat responsable pour l'examen d'une demande

d'asile et fixe des délais raisonnables pour chacun des stades de la procédure de détermination de l'Etat responsable.

De manière générale, il établit le principe de l'unicité de l'Etat compétent; tout Etat participant peut cependant manifester une prérogative souveraine et examiner une demande d'asile, même s'il n'est pas responsable en vertu des critères indiqués dans le règlement (cf. message accords bilatéraux II, FF 2004 5593, spécialement 5738). Il précise aussi qu'il respecte les droits fondamentaux de l'UE (cf. considérant n° 15), notamment l'interdiction de la discrimination, le droit d'être entendu et le droit à une protection judiciaire effective (cf. HERMANN, op. cit., p. 21 s.), droits également garantis par l'art. 8, l'art. 29, l'art. 29*a* et l'art. 30 Cst. Les droits fondamentaux constituent ainsi une source de droit européen supérieure aux instruments de droit dérivé, parmi lesquels figure le règlement Dublin II (cf. DRUEY, op. cit., p. 91 ss).

En particulier, le règlement Dublin II consacre le droit à un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié (cf. considérant n° 4 du préambule dudit règlement). Il présume expressément que tous les Etats membres sont des pays sûrs et respectent le principe de non-refoulement (cf. considérant n° 2; voir également le protocole [n° 29] sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne [JO C 321 du 29.12.2006], annexé au TCE [JO C 340 du 10.11.1997]), tel que défini par la Conv. réfugiés, de sorte que l'on peut en principe exclure tout risque de refoulement en cascade. Il n'institue pas des obligations supplémentaires (cf. HERMANN, op. cit., p. 18), mais confirme que les Etats membres demeurent liés par les obligations matérielles et formelles (portant sur les garanties d'accès effectif à une procédure permettant de vérifier le respect du principe de non-refoulement) qui leur incombent en vertu des instruments de droit international auxquels ils sont parties (cf. considérant n° 12); il s'agit en particulier de la CEDH, de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105), du pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et de la CDE.

En définitive, le règlement Dublin II s'insère, sans le modifier, dans le tissu formé par les principes généraux de droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes non seulement aux Etats membres de l'UE, mais aussi à la Suisse. Il n'accorde pas aux

demandeurs d'asile de droits supplémentaires (sous réserve de la question relative à leurs droits spécifiques en matière de protection des données, laquelle n'a pas à être abordée dans le cadre du présent litige).

6.4.6.3 Toutefois, on ne saurait d'emblée tirer de ce constat la conclusion que les demandeurs d'asile ne pourraient pas se prévaloir de la violation de la règle prévue à l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 (consid. 4.4), respectivement à l'art. 19 par. 3 et 4, relative au délai imparti pour le transfert en cas de prise ou reprise en charge d'un requérant d'asile et à la sanction du non-respect de ce délai, parce qu'il s'agirait d'une simple règle de procédure conférant exclusivement des droits aux Etats de l'espace Dublin.

En effet, à la lueur du texte même du règlement Dublin II, il appert que le principe de l'unicité de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile (art. 3 par. 1 deuxième phrase) est aussi un principe concrétisant le droit du requérant d'asile à l'examen de sa demande ancré à l'art. 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JO C 364/01 du 18.12.2000, p. 12), droit d'ailleurs également reconnu en droit suisse (art. 2 al. 1 et art. 18 LAsi). C'est dans cet esprit que le considérant n° 15 du préambule souligne que le règlement respecte les principes de ladite charte, en particulier le droit d'asile garanti par son art. 18, ainsi que les droits fondamentaux dont il vise à assurer le plein respect. Le considérant n° 4 du préambule du règlement Dublin II retient que la méthode pour déterminer l'Etat responsable « devrait, en particulier, permettre une détermination rapide de l'Etat membre responsable *afin de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié* et ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile ».

6.4.6.4 S'agissant plus particulièrement du délai imparti pour le transfert en cas de prise ou de reprise en charge d'un demandeur d'asile, il est intéressant de relever que la Convention de Dublin, qui a précédé le règlement Dublin II, prévoyait un délai d'un mois seulement pour le transfert (cf. BIRGIT SCHRÖDER, Das Dubliner Übereinkommen, thèse Berlin/Francfort-sur-le Main 2004, p. 75). En revanche, elle ne prévoyait pas, du moins pas explicitement, de sanction en cas de non-respect de ce délai. Dans le règlement Dublin II, le délai pour le transfert a été étendu à six mois et ce délai a été assorti d'une clause complémentaire selon laquelle la responsabilité incombe à l'Etat membre auprès duquel la

(dernière) demande d'asile a été introduite, si le transfert n'est pas effectué dans le délai de six mois. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'Etat qui avait précédemment accepté sa responsabilité peut s'opposer à un transfert au-delà de ce délai en invoquant le fait que, selon le règlement, il n'est plus responsable.

6.4.6.5 Cette règle de transfert de compétence à l'échéance du délai de six mois, qui n'existait pas dans la Convention de Dublin, n'a toutefois pas pour seul but de préserver l'intérêt de l'Etat concerné face à un transfert intervenant longtemps après qu'il ait expressément ou tacitement donné son accord. Il convient de rappeler ici que le but du règlement est également, selon le considérant n° 4 de son préambule, de garantir un accès « effectif » à la procédure de détermination de la qualité de réfugié et de ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile. Il s'agissait d'éviter non seulement l'« asylum shopping », par lequel un requérant se déplace pour choisir le pays qui lui paraît le plus favorable pour le dépôt de sa demande et les demandes d'asile multiples, mais également une situation de « réfugiés en orbite », qui se trouvent dans la situation où aucun Etat ne se considère comme responsable du traitement de leur demande. Cette règle nouvelle et spéciale de compétence, qui est obligatoire, a ainsi pour but évident de garantir qu'une demande d'asile soit examinée à l'échéance d'un délai maximal donné, et doit en conséquent être comprise comme une disposition adoptée dans l'intérêt du requérant d'asile, pour éviter la création d'une catégorie de « réfugiés en orbite » (cf. FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., n° 34 ad art. 19 § 4, p. 168 et n° 11 ad art. 20, p. 173).

En effet, le but de cette disposition ne pourrait jamais être atteint si l'on permettait aux seuls Etats concernés de s'en prévaloir. Tant que le transfert ne lui est pas annoncé, l'Etat désigné comme responsable avant l'échéance du délai n'aurait aucune raison de se manifester ni a fortiori d'invoquer la sanction prévue par le règlement. Si le requérant d'asile lui-même ne peut pas en tirer une situation juridiquement défendable, il se trouve dans la position où sa demande d'asile pourrait – par hypothèse –ne jamais être examinée en raison d'un conflit de compétence négatif entre les deux Etats concernés et ainsi être contraint à devenir un « réfugié en orbite ».

C'est d'ailleurs la situation dans laquelle se trouvaient les recourants au moment où ils ont déposé leur demande de reconsidération. A ce moment-là, le délai de six mois était échu sans que leur transfert ait été concrètement organisé (depuis l'accouchement du [...] avril 2009) et donc ils ne pouvaient plus se sentir assurés ni que l'Italie examinerait leur demande d'asile ni a fortiori à quelles conditions et dans quel délai.

6.4.6.6 On peut légitimement en conclure que le requérant d'asile, bien qu'il n'ait pas un droit au choix de l'Etat responsable, a le droit, dans l'application du règlement Dublin II, de se prévaloir de toute violation du règlement Dublin II qui atteindrait d'une manière générale un de ses droits, fondamentaux ou non, et spécialement celui d'un accès effectif, et dans un délai raisonnable, à une procédure d'examen de sa demande. Vu les développements qui précèdent, le TAF arrive à la conclusion que tel est en particulier le cas de l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 (respectivement de l'art. 19 par. 3 et 4; cf. consid. 6.4) du règlement Dublin II, dès lors que ces dispositions ont aussi pour objet le droit des requérants d'asile à l'examen de leur demande d'asile, malgré l'avis des auteurs minoritaires précités (consid. 6.4.2 in fine).

Même si l'on devait admettre un doute à ce sujet, il conviendrait, vu le degré de précision et de clarté de la norme (cf. consid. 6.4), d'aboutir à la même solution, en prenant en compte le principe d'uniformité des règles applicables au sein de l'espace Dublin (cf. consid. 5.3.2).

6.4.7 La pratique d'autres Etats liés par le règlement Dublin II conforte le TAF dans sa conviction que le requérant d'asile peut se prévaloir de la norme précitée. Ainsi, l'Asylgerichtshof autrichien a jugé qu'en vertu de l'art. 19 par. 4, respectivement de l'art. 20 par. 2 combiné à une disposition de la loi nationale, l'expiration du délai de six mois devait conduire à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat autrichien dans l'examen de la demande d'asile, lorsqu'une prolongation de ce délai pour des motifs d'emprisonnement ou de fuite n'entrait pas en ligne de compte (décision S12 267475-0/2009 du 16 novembre 2009, http://www.ris.bka.gv.at > Informationen: Zum RIS > Judikatur > Asylgerichtshof, consulté le 25 janvier 2010). Le Conseil d'Etat français a jugé, pour sa part, dans un cas concret de transfert vers l'Autriche, que rien ne permettait d'affirmer que cet Etat ait maintenu son accord au transfert au-delà de l'expiration du délai de six mois et que le refus des autorités françaises d'assumer, après l'expiration de ce délai, la responsabilité de l'examen de

la demande d'asile constituerait une *atteinte grave et manifestement illégale* au droit des recourants de solliciter le statut de réfugié (ordonnance du Conseil d'Etat français n° 267360 du 14 mai 2004, publiée sous http://www.legifrance.gouv.fr > jurisprudence administrative, consulté le 25 janvier 2010); cette pratique a été notamment confirmée dans une ordonnance du Conseil d'Etat français n° 334865 du 31 décembre 2009 (publiée sous http://www.legifrance.gouv.fr > jurisprudence administrative, consulté le 15 avril 2010).

Dans ces conditions, et conformément à une interprétation dynamique (cf. consid. 5.2 et 5.3), il importe de répondre affirmativement à la question de savoir si les recourants peuvent se prévaloir en justice d'une violation de l'art. 19 par. 4, respectivement de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II afin de permettre au TAF d'examiner ce grief de manière plus approfondie et, le cas échéant, de lui permettre d'adopter au fond, dans les cas d'espèce dont il sera saisi, des solutions qui préservent ainsi, au moins dans leur résultat, une situation juridique parallèle à ces autres Etats de l'espace Dublin.

6.4.8 Dès lors que l'on doit reconnaître un caractère « self-executing » à la disposition invoquée par les recourants, c'est à tort que l'ODM a considéré que cette norme s'adressait aux seuls Etats et que les recourants ne pouvaient en tirer aucune prétention invocable en justice.

7.
7.1 Le fait que l'art. 20 par. 1 point d et par. 2 du règlement Dublin II soit une disposition applicable directement ne signifie pas encore qu'un requérant d'asile puisse, en se basant sur cette disposition, exiger que sa demande soit examinée par tel ou tel Etat. Encore faut-il pour cela que son droit à l'examen de sa demande d'asile, protégé par cette disposition, soit violé ou sérieusement compromis. A cet égard, il convient de rappeler à titre préliminaire que, si le règlement Dublin II reconnaît le droit de tout requérant d'asile à ce que sa demande soit examinée, il se base également, en tant que contrat entre Etats, sur le principe qu'une demande d'asile ne doit être examinée que par un seul Etat (principe « one chance only ») et sur le principe que le requérant lui-même n'a pas le droit de choisir l'Etat responsable de l'examen de sa demande.

7.2 L'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II fixe un critère de responsabilité clair: si le transfert n'est pas exécuté dans le délai de six mois, la responsabilité retourne à l'Etat membre auprès duquel la demande d'asile a été introduite. Ce délai peut être porté à un an au maximum s'il n'a pas pu être procédé au transfert ou à l'examen de la demande en raison d'un emprisonnement du demandeur d'asile ou à dix-huit mois au maximum si le demandeur d'asile prend la fuite. Le règlement ne prévoit pas d'autre motif de prolongation du délai de transfert (cf. FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., n° 35 ss ad art. 19 p. 168 s.; cf. également art. 9 par. 2 et par. 3 du règlement d'application du règlement Dublin II a contrario).

7.2.1 La prolongation de délai ne doit pas être confondue avec le report du point de départ du délai de transfert en cas de recours auquel l'effet suspensif a été accordé (cf. arrêt du 29 janvier 2009 *Migrationsverket [Suède]/Petrosian*, C-19/08). Dans un tel cas, l'arrêt sur recours, s'il est négatif, fait partir à nouveau, ab ovo, le délai de six mois. Ainsi, une décision d'octroi d'effet suspensif (ou d'autres mesures provisionnelles qui empêchent l'exécution du transfert) le dernier jour du délai de six mois fera courir un nouveau délai le lendemain du jour où cette décision aura pris fin, au plus tard le lendemain du prononcé d'un arrêt au fond (cf. GREGOR HEISSL, Frist zur Rücküberführung nach der Dublin II-Verordnung, in: Fremden- und Asylrechtliche Blätter, Vienne, 2/2009-II, p. 21 ss).

7.2.2 Dans l'espace Dublin, chaque Etat membre est responsable vis-à-vis de tous les autres de son action en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et doit en assumer les conséquences dans un esprit de solidarité et de loyale coopération. Ainsi, le délai de transfert, qui dans la Convention de Dublin était d'un mois, a été étendu à six mois pour permettre à l'Etat requérant d'organiser le transfert. Le principe de célérité des procédures oblige cet Etat en charge du transfert à prendre les dispositions utiles et à agir dans ce délai. En d'autres termes, l'Etat en charge du transfert a, à cet égard, une obligation de diligence. Il y va d'abord de la responsabilité de l'Etat défaillant, lequel doit assumer les conséquences d'un échec du transfert, ensuite de l'intérêt inverse de l'Etat acceptant d'être déchargé de cette responsabilité, et enfin de l'intérêt du requérant d'asile concerné à voir sa demande d'asile examinée; en effet, comme déjà relevé au consid. 6.4.6.5, ce critère de responsabilité a également pour finalité d'éviter des catégories de réfugiés dont la

demande n'est examinée dans aucun Etat pendant des mois, voire des années (cf. FILZWIESER/SPRUNG, op. cit. n° 34 ad art. 19 p. 168; cf. également l'exposé des motifs de la Commission européenne à l'appui de sa proposition du 26 juillet 2001 pour un règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présenté dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, ad art. 20, consulté le 19 avril 2010 sur http://ec.europa.eu > index > justice, liberté et sécurité – direction générale > centre de documentation > asile > pays responsable > 30.10.2001 COM [2001] 447 final). En fixant à six mois le délai ordinaire au terme duquel la responsabilité « retourne » à l'Etat requérant qui n'a pas effectué le transfert, le règlement Dublin II tient compte à la fois du temps nécessaire pour organiser le transfert et, dans la fixation des responsabilités entre Etats, de la nécessité d'assurer une certaine célérité. Il s'agit d'un critère spécial de responsabilité dont la réalisation dépend du comportement de l'Etat requérant en charge du transfert, et non d'une application de la clause de souveraineté (cf. FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., n° 34 ad art. 19 p. 168 et n° 1 ad art. 13 p. 112).

7.2.3 Cela étant, il convient d'observer que la faculté de prolonger le délai de transfert jusqu'à douze mois en cas d'emprisonnement et à dix-huit mois en cas de fuite du requérant d'asile ne met pas en péril le droit à l'examen d'une demande d'asile. Dans ces derniers cas, l'Etat concerné n'est pas en mesure d'effectuer le transfert malgré le respect de son obligation de diligence, parce que le requérant d'asile, par son comportement, compromet lui-même un examen rapide de sa demande. Partant, celui-ci ne saurait prétendre être lésé dans son droit à voir sa demande examinée dans un délai raisonnable. On peut aussi subsumer sous le terme « fuite » le cas où le requérant se serait soustrait de façon intentionnelle et systématique au contrôle des autorités dans le but de faire obstacle à l'exécution d'une mesure d'éloignement le concernant (cf. ordonnance du Conseil d'Etat français n° 307401 du 17 juillet 2007, http://www.legi france.gouv.fr > jurisprudence administrative, consulté le 11 mai 2010, cité in: FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., n° 36 ad art. 19 p. 168).

7.3 Les conditions d'application de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II étant rappelées, il reste à se demander si, à l'échéance du délai de transfert, un requérant d'asile peut exiger que la Suisse entre en matière sur sa demande d'asile en dépit de l'acceptation par l'autre Etat de sa responsabilité au-delà dudit délai.

7.3.1 Lorsque le requérant d'asile, qui se prévaut de l'échéance du délai de six mois de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II (ou du délai de douze ou dix-huit mois s'il y a eu prolongation pour l'un des motifs de l'art. 20 par. 2 et que l'Etat de destination en a été avisé), se trouve encore en Suisse, l'ODM doit en principe, en application de cette disposition, entrer en matière sur la demande, puisque le règlement Dublin II désigne la Suisse comme Etat compétent. Le fait pour un Etat de refuser, après l'échéance du délai de six mois, d'examiner la demande d'asile, alors que le requérant se trouve toujours sur son territoire et qu'il n'a aucune garantie que l'Etat initialement requis ne s'opposera pas au transfert ou que le transfert puisse être effectué dans un délai raisonnable, reviendrait à léser le droit du requérant à l'examen de sa demande d'asile (cf. arrêt du Conseil d'Etat français précité). Il y a toutefois lieu de réserver l'abus de droit. En effet, conformément à un principe général du droit que l'on retrouve dans le droit suisse (cf. art. 2 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]; cf. entre autres PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, in: Traité de droit privé suisse II/1, Bâle 2009, p. 213 ss) ainsi que dans de nombreux droits nationaux, et qui est également consacré à l'art. 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'abus de droit ne saurait être protégé. On doit ainsi admettre que, selon les circonstances, la prétention du requérant d'asile, tendant à ce que l'Etat désigné comme responsable postérieurement à l'échéance du délai, se charge de l'examen de sa demande, pourrait exceptionnellement apparaître comme objectivement dénuée d'intérêt, et donc abusive, parce que ni le droit à l'examen de sa demande ni le principe de célérité que cette disposition a pour but de garantir n'apparaîtraient comme mis en péril dans le cas concret. Tel pourrait être le cas lorsque l'Etat requis, informé du transfert tardif, l'a explicitement accepté par avance et qu'il existe suffisamment d'indices concrets que ce transfert sera effectué dans un délai relativement bref; dans un tel cas, le droit du requérant à l'examen de sa demande pourrait ne pas être compromis.

7.3.2 Lorsque le requérant d'asile, qui se prévaut de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II, a déjà été transféré à l'autre Etat, la question de la responsabilité pour l'examen de la demande se présente différemment. En effet, ce transfert est susceptible d'entraîner un changement notable de circonstances conduisant à une attraction de compétence. Comme rappelé ci-dessus, le système mis en place par le règlement Dublin II a pour but que toute demande d'asile soit examinée, mais qu'elle ne le soit que par un seul Etat (« one chance only »; cf. HAILBRONNER/THIERY, Schengen II und Dublin, op. cit., p. 56). En soi, le système ne s'oppose pas à ce qu'un Etat non compétent selon les critères fixés par le règlement, se charge de l'examen de la demande d'asile, ce pour autant bien entendu que d'autres droits de la personne, notamment à l'unité de la famille, ne soient pas lésés. Il y a changement notable de circonstances lorsque, sur la base des particularités du cas d'espèce, on doit considérer comme acquis que l'Etat de destination continue de reconnaître sa responsabilité et se charge de l'examen de la demande d'asile en dépit du transfert intervenu hors délai. Il s'agit toutefois d'une présomption qui peut être renversée par l'intéressé s'il fournit des indices objectifs et concrets que l'Etat de l'espace Dublin dans lequel il réside dorénavant n'assume pas cette responsabilité. Dans l'appréciation de la valeur des indices produits, l'autorité pourra se montrer d'autant plus exigeante que le séjour dans cet Etat de l'espace Dublin aura duré.

8. Au vu de ce qui précède, et compte tenu du fait que les recourants ont déjà été transférés en Italie, il convient dans le présent considérant d'examiner si la Suisse est devenue l'Etat responsable pour l'examen de la demande d'asile en application de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II, disposition dont les recourants peuvent se prévaloir ou s'il y a lieu, en raison d'un changement notable de circonstances rendant caduque l'application de cette règle de compétence, de conclure à une responsabilité de l'Italie pour l'examen de la demande d'asile (par attraction de compétence).

8.1 En l'occurrence, le transfert des recourants n'a pas eu lieu dans le délai de six mois dès l'acceptation (tacite) initiale par les autorités italiennes de la demande de reprise en charge adressée par l'ODM à l'Unité Dublin italienne le 15 janvier 2009, délai qui arrivait à échéance le 29 juillet 2009 (...). Le non-respect de ce délai n'était pas dû à un emprisonnement des intéressés, qui aurait permis de prolonger le délai à

douze mois (cf. art. 20 par. 2 règlement Dublin II), ni à une fuite des recourants qui aurait permis une prolongation jusqu'à dix-huit mois. A cet égard, les observations faites par l'ODM en préambule de sa décision du 16 septembre 2009 ne sont pas soutenables. La recourante a accouché quelques jours après la date initialement prévue pour le transfert. A la date pour laquelle celui-ci avait été organisé, le terme prévu pour sa grossesse était déjà atteint. Indépendamment du fait que de telles circonstances ne sont pas assimilables à une fuite des recourants (cf. consid. 7.2.3), on ne saurait affirmer, à l'instar de l'autorité inférieure, qu'elle a, par son comportement, fait obstacle au transfert. C'est ignorer les risques auxquels elle s'exposait, pour elle et son enfant, en prenant l'avion dans de telles circonstances. Au demeurant, il est notoire que les compagnies d'aviation n'acceptent pas de prendre en charge des passagères à ce stade de leur grossesse. Une telle affirmation de la part de l'autorité inférieure est aussi incongrue que choquante. Cela dit, force est de constater que la naissance de l'enfant a, en l'occurrence, empêché l'ODM de procéder au transfert à la date initialement prévue.

8.2 Comme les recourants l'ont fait valoir dans leur demande de reconsidération, l'échéance du délai de six mois prévu à l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II a ainsi eu pour conséquence que, selon le critère de responsabilité fixé par cette disposition, la Suisse est devenue l'Etat responsable pour l'examen de la demande d'asile. Le 6 octobre 2009, les recourants ont toutefois été transférés en Italie. Ce transfert tardif est intervenu pour des raisons et à la suite de circonstances particulières qu'il convient de rappeler à ce stade du raisonnement.

8.2.1 Les autorités suisses ont adressé le 15 janvier 2009 leur requête aux fins de reprise en charge aux autorités italiennes. Celles-ci ont accepté tacitement leur responsabilité en ne répondant pas à la demande. A partir de cette date, l'ODM, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, a organisé sans tarder le transfert et prévenu les autorités italiennes, le 24 mars 2009, que les intéressés seraient transférés le 27 mars suivant par vol Genève/Rome-Fiumicino. La procédure à l'égard de l'Italie était ainsi conforme aux exigences du règlement Dublin II. En outre, l'Italie a été dûment informée, par télécopie du (...) avril 2009, des raisons pour lesquelles le transfert n'avait pas pu avoir lieu à la date pour laquelle il avait été annoncé, à savoir en raison de la naissance de l'enfant, le (...) avril 2009.

8.2.2 Après cette naissance, il restait à l'ODM et aux autorités cantonales un peu moins de quatre mois pour la mise en œuvre du transfert. Cela aurait été suffisant dans le cas d'espèce si les autorités italiennes n'y avaient pas fait obstacle par leurs lettres-circulaires adressées les 18 et 19 juin 2009 aux unités Dublin des Etats membres de l'espace Dublin restreignant, ou suspendant, les transferts vers l'Italie (lesquelles ont encore été suivies d'une nouvelle lettre le 28 juillet 2009). Le 4 août 2009, l'ODM a passé commande des billets pour le transfert des recourants par avion en date du 6 octobre 2009. Dès la fin de la période estivale concernée par les obstacles italiens au transfert, soit le 3 septembre 2009, cet office a informé l'unité Dublin de Rome de la date et du plan de vol relatif à ce transfert, tout en se référant à sa demande initiale du 15 janvier 2009. Il apparaît ainsi que les autorités suisses compétentes ont agi de bonne foi vis-à-vis des autorités italiennes et avec diligence, compte tenu des circonstances. De même, les autorités italiennes étaient alors parfaitement en mesure de comprendre qu'il s'agissait d'un transfert hors délai de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II. Elles ne s'y sont aucunement opposées; pour le moins, elles n'ont pas répondu au fax qui l'annonçait. Etant donné que l'Italie avait elle-même mis des obstacles aux transferts Dublin durant les mois de juillet et août 2009, et compte tenu de fait que les Etats sont tenus de collaborer de bonne foi entre eux à la réalisation des buts recherchés par le règlement Dublin II, les autorités suisses pouvaient légitimement s'attendre à ce que les autorités italiennes ne se prévalent pas de l'art. 20 par. 2 du règlement Dublin II pour s'opposer au transfert, avant ou après que celui-ci ait eu lieu; en effet, un refus de l'Italie aurait pu être considéré comme constitutif d'un comportement contraire à la bonne foi dans les relations entre Etats.

8.2.3 Ainsi, force est au TAF de reconnaître un changement de circonstances au sens du consid. 7.3.2. En effet, il ressort clairement des particularités du cas que les autorités italiennes ont autorisé les recourants à entrer en Italie, à l'aéroport de Rome-Fiumicino, sans les avoir acheminés dans un Centro di identificazione ed espulsione, comme il est d'usage pour les personnes n'ayant pas accès à une procédure d'asile. Les autorités italiennes ont, par actes concluants, accepté leur responsabilité pour l'examen de la demande des recourants. Enfin, elles n'ont pas, dans les semaines voire les mois qui ont suivi le transfert des

recourants, communiqué aux autorités suisses, d'une manière quelconque, qu'elles ne se considéraient plus comme responsables pour l'examen de la demande. Dans ces conditions, il appartenait aux recourants de fournir des indices objectifs et concrets que, contrairement à la présomption que l'Italie a accepté sa responsabilité, leur Etat de résidence ne s'est pas chargé de l'examen de leur demande d'asile. Bien qu'ils aient été invités, par ordonnance du 15 décembre 2009, à s'exprimer sur l'état de leur procédure d'asile en Italie et sur leurs démarches auprès des autorités italiennes après leur transfert, ainsi que sur les résultats de celles-ci, moyens de preuve à l'appui, ils n'ont apporté aucun indice objectif et concret de nature à renverser la présomption d'acceptation de responsabilité de l'Italie. Dans leur réplique du 8 janvier 2010, les recourants ont uniquement allégué que la police d'aéroport leur avait dit qu'elle ne pouvait rien faire pour eux, qu'ils devaient « aller en ville » et « se débrouiller ». Cette seule allégation illustre tout au plus que le dispositif mis en place à l'aéroport de Rome-Fiumicino pour l'hébergement des requérants transférés est lacunaire. Elle ne suffit en tout cas pas à renverser la présomption que l'Italie s'est chargée de l'examen de leur demande d'asile.

9. Vu les circonstances particulières du cas, notamment le fait que les autorités italiennes ont été informées de l'exécution (hors délai) du transfert, que l'ODM pouvait légitimement s'attendre à ce que l'Italie, qui avait mis des restrictions aux transferts durant l'été, continue d'accepter sa compétence et que ce transfert a été effectué, après l'échéance des restrictions italiennes, conformément au principe de la diligence et aux règles de la bonne foi, il convient d'admettre que l'Italie a, par actes concluants, admis sa responsabilité pour l'examen de la demande d'asile des recourants. Les recourants n'ont pas renversé cette présomption de responsabilité, alors qu'il leur appartenait de faire valoir tous faits et d'offrir tous moyens de preuve utiles, notamment ceux qu'il leur était plus aisé qu'à l'ODM de se procurer. Ils n'ont ainsi pas été en mesure d'apporter les éléments de fait qui auraient permis un réexamen, dans un sens qui leur aurait été favorable, de la décision initiale de refus d'entrée en matière assortie d'un renvoi Dublin, datée du 23 mars 2009.