45

Extrait de l'arrêt de la Cour V
dans la cause A. contre Office fédéral des migrations
E-5644/2009 du 31 août 2010

Non-entrée en matière sur une demande d'asile (Dublin). Etat responsable pour l'examen d'une demande d'asile. Clause de souveraineté. Empêchements au transfert tirés d'une violation du droit international public ou de raisons humanitaires.

Art. 34 al. 2 let. d et art. 44 LAsi. Art. 83 LEtr. Art. 29*a* al. 3 OA 1. Art. 3 par. 2 première phrase 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). Art. 3 CEDH. Art. 33 Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Art. 3 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après: CDE).

1. **L'art. 3 par. 2 première phrase du règlement Dublin II (clause de souveraineté) n'est pas directement applicable. Toutefois, un requérant d'asile peut, dans un recours, se prévaloir de la violation d'une norme de droit international public directement applicable ou d'une norme de droit interne, en particulier de l'art. 29*a* al. 3 OA 1, faisant obstacle au transfert envisagé; si son argument est fondé, la clause de souveraineté doit être appliquée et la responsabilité de la Suisse pour l'examen d'une demande d'asile admise (consid. 5).**
2. **Le règlement Dublin II présume que tous les Etats membres de l'espace Dublin respectent leurs obligations tirées du droit international public. En principe, cette présomption vaut en l'absence d'une pratique avérée, dans l'Etat de destination du transfert, de violation systématique des normes communautaires minimales. Elle peut être renversée par des indices sérieux que, dans le cas concret, les autorités de cet Etat ne respecteraient pas le droit international (consid. 7.4 et 7.5).**
3. **La notion juridique indéterminée de « raisons humanitaires » au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1 est plus restrictive que celle de « mise concrète en danger » retenue à l'art. 83 al. 4 LEtr (consid. 8.2).**

4. Le grief selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'art. 3 CDE, n'aurait pas ou pas suffisamment été pris en considération se confond avec le moyen tiré d'une absence de prise en considération de raisons humanitaires conduisant à la renonciation au transfert (consid. 8.3).

5. Lorsqu'une décision de non-entrée en matière Dublin doit être prononcée parce qu'un autre Etat membre de l'espace Dublin est responsable de l'examen de la demande d'asile et que la clause de souveraineté ne s'applique pas, le renvoi doit être prononcé sans examen séparé d'un éventuel empêchement à l'exécution de cette mesure; inversement, la reconnaissance d'un empêchement au transfert n'emporte pas le règlement des conditions de séjour par l'octroi de l'admission provisoire au sens de l'art. 44 al. 2 LAsi et de l'art. 83 LEtr, mais uniquement l'obligation pour les autorités suisses d'examiner la demande d'asile (consid. 8.2.3 et 10.2).

Nichteintreten auf Asylgesuch (Dublin-Verfahren). Für die Prüfung des Asylgesuchs zuständiger Staat. Souveränitätsklausel. Überstellungshindernisse aus internationalem öffentlichem Recht oder aus humanitären Gründen.

Art. 34 Abs. 2 Bst. d und Art. 44 AsylG. Art. 83 AuG. Art. 29*a* Abs. 3 AsylV 1. Art. 3 Abs. 2 erster Satz 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 Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (nachfolgend: Dublin-II-VO). Art. 3 EMRK. Art. 33 FK. Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (nachfolgend: KRK).

1. Art. 3 Abs. 2 erster Satz Dublin-II-VO (Souveränitätsklausel) ist nicht direkt anwendbar. Allerdings kann sich ein Asylgesuchsteller in einem Beschwerdeverfahren auf die Verletzung einer direkt anwendbaren Bestimmung des internationalen öffentlichen Rechts oder einer Norm des Landesrechts – insbesondere Art. 29*a* Abs. 3 AsylV 1 –, welche einer Überstellung entgegenstehen, berufen. Ist die Rüge begründet, muss die Souveränitätsklausel angewendet werden und die Schweiz ist zuständig zur Prüfung des Asylgesuchs (E. 5).

2. Die Dublin-II-VO setzt voraus, dass alle Mitgliedstaaten des Dublin-Raums ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nach-

kommen. Grundsätzlich gilt diese Vermutung, solange nicht erhärtet ist, dass der Zielstaat der Überstellung seinen Mindestverpflichtungen aus dem EU-Gemeinschaftsrecht systematisch nicht nachkommt. Die Vermutung kann umgestossen werden durch ernsthafte Hinweise darauf, dass die Behörden des zuständigen Staates im konkreten Fall das internationale Recht nicht respektieren würden (E. 7.4 und 7.5).

3. **Der unbestimmte Rechtsbegriff der « humanitären Gründe » im Sinne von Art. 29*a* Abs. 3 AsylV 1 ist restriktiver auszulegen als der Begriff der « konkreten Gefährdung » in Art. 83 Abs. 4 AuG (E. 8.2).**
4. **Die Rüge, das Kindeswohl im Sinne von Art. 3 KRK sei nicht oder nicht ausreichend gewürdigt worden, überschneidet sich mit jener der Nichtberücksichtigung der humanitären Gründe, welche zum Verzicht auf die Überstellung führen müssten (E. 8.3).**
5. **Individuelle Wegweisungsvollzugshindernisse sind nicht zu prüfen, wenn ein Nichteintretensentscheid in einem Dublin-Verfahren zu treffen ist, weil ein anderer Staat des Dublin-Raums zur Behandlung des Asylgesuchs zuständig und die Souveränitätsklausel nicht anwendbar ist. Demgegenüber führt die Anerkennung von Überstellungshindernissen nicht zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 44 Abs. 2 AsylG und Art. 83 AuG, sondern zieht einzig die Verpflichtung der Schweizer Behörden nach sich, das Asylgesuch zu prüfen (E. 8.2.3 und 10.2).**

Non entrata nel merito di una domanda d'asilo (Dublino). Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo. Clausola di sovranità. Impedimenti al trasferimento derivanti da una violazione del diritto internazionale pubblico o da motivi umanitari.

Art. 34 cpv. 2 lett. d e art. 44 LAsi. Art. 83 LStr. Art. 29*a* cpv. 3 OAsi 1. Art. 3 par. 2 prima frase 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). Art. 3 CEDU. Art. 33 Convenzione del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati. Art. 3 Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (qui di seguito: CDF).

1. **L'art. 3 par. 2 prima frase del regolamento Dublino II (clausola di sovranità) non è direttamente applicabile. Tuttavia un richiedente l'asilo può far valere, nell'ambito di un ricorso, la violazione di una norma di diritto internazionale pubblico direttamente applicabile o di una norma di diritto interno, in particolare dell' art. 29*a* cpv. 3 OAsi 1, che pone dei limiti al trasferimento previsto; se tale censura risulta fondata, la clausola di sovranità va applicata e la responsabilità della Svizzera per l'esame di una domanda d'asilo va ammessa (consid. 5).**
2. **Il regolamento Dublino II presuppone che tutti gli Stati membri dello spazio Dublino rispettino i loro obblighi derivanti dal diritto internazionale pubblico. In principio tale presunzione vale in assenza di una prassi nello Stato di destinazione del trasferimento di una violazione sistematica delle norme minime di diritto comunitario. Tale presunzione può essere rovesciata in presenza di seri indizi che, nel caso concreto, le autorità dello Stato in questione non rispettino il diritto internazionale (consid. 7.4 e 7.5).**
3. **Il concetto giuridico indeterminato di « motivi umanitari » ai sensi dell'art. 29*a* cpv. 3 OAsi 1 è più restrittivo rispetto a quello di « concreta messa in pericolo » dell'art. 83 cpv. 4 LStr (consid. 8.2).**
4. **La censura secondo cui l'interesse superiore del fanciullo ai sensi dell'art. 3 CDF non sarebbe stato preso in considerazione, o non lo sarebbe stato in modo sufficiente, si confonde con quella della non presa in considerazione di motivi umanitari, che porta alla rinuncia del trasferimento (consid. 8.3).**
5. **Se una decisione di non entrata nel merito Dublino va emessa perché un altro Stato membro dello spazio Dublino è competente per l'esame della domanda d'asilo e se la clausola di sovranità non si applica, l'allontanamento va pronunciato senza alcun esame separato dell'esistenza di un eventuale impedimento all'esecuzione di tale misura; inversamente il riconoscimento di un impedimento al trasferimento non comporta il regolamento delle condizioni di soggiorno con la concessione dell'ammissione provvisoria ai sensi dell'art. 44 cpv. 2 LAsi e dell'art. 83 LStr, bensì solo l'obbligo per le autorità svizzere di esaminare la domanda d'asilo (consid. 8.2.3 e consid. 10.2).**

A. a déposé, le 8 janvier 2009, une demande d'asile en Suisse pour elle-même et ses deux enfants. Elle a été entendue le 14 janvier 2009 par l'Office fédéral des migrations (ODM). Par décision du 31 août 2009, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile de A., a prononcé son renvoi avec ses enfants en Italie et ordonné l'exécution immédiate de cette mesure. L'ODM a considéré que l'Italie, qui avait tacitement accepté sa requête aux fins de reprise en charge de A. et de ses enfants, était l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile. Il a estimé que l'exécution du renvoi de A. et de ses enfants vers l'Italie était licite, raisonnablement exigible et possible. A. a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF). Elle a fait valoir que les conditions de dénuement complet dans lesquelles elle allait être à nouveau contrainte de vivre avec ses enfants en Italie constituaient un traitement inhumain ou dégradant. Elle a également fait référence à certains cas de non-respect par l'Italie de mesures provisoires contraignantes adoptées par la Cour européenne des Droits de l'Homme (Cour eur. DH) dans le cadre d'expulsions ayant eu lieu en particulier vers la Tunisie. Elle a conclu de ce qui précède que l'exécution de son renvoi en Italie était contraire au principe de non-refoulement et à l'intérêt supérieur de ses enfants. Elle a également fait valoir que l'exécution de son renvoi en Italie n'était pas raisonnablement exigible, compte tenu de sa situation de femme seule avec deux enfants en bas âge. Sur invitation du TAF du 17 septembre 2009, A. a produit, le 13 octobre 2009, une attestation du 22 septembre 2008 du représentant de l'association Centro Astalli pour l'assistance aux immigrés à B., dont il ressort notamment qu'elle a été autorisée à utiliser l'adresse de l'association à B. dès le 22 septembre 2008. A. a affirmé que ce document prouvait qu'elle avait dû recourir aux services d'une association caritative pour sa survie, tout en précisant que les autorités italiennes avaient une capacité d'accueil des demandeurs d'asile largement insuffisante.

Le TAF a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

3.

3.1 Aux termes de l'art. 34 al. 2 let. d de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31), en règle générale, l'ODM n'entre 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.

3.2 En application de l'art. 1 ch. 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), l'ODM examine la compétence relative au traitement d'une demande d'asile selon les critères fixés dans le règlement (CE) n° 343/2003 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 25.2.2003, ci-après: règlement Dublin II). S'il ressort de cet examen qu'un autre Etat est responsable du traitement de la demande d'asile, l'ODM rend une décision de non-entrée en matière après que l'Etat requis a accepté la prise ou la reprise en charge du requérant d'asile (cf. art. 1 et art. 29*a* al. 1 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 [OA 1, RS 142.311]).

4. En l'occurrence, étant réputée avoir accepté la reprise en charge de la recourante et de ses enfants à l'échéance, le 24 juin 2009, du délai réglementaire de deux semaines, à défaut d'avoir répondu à la requête de l'ODM du 10 juin 2009, l'Italie est l'Etat membre désigné comme responsable par les critères énoncés au chap. III du règlement Dublin II. Ce point n'est pas contesté par la recourante. Celle-ci fait en revanche valoir qu'à titre dérogatoire, la Suisse devrait examiner la demande d'asile qu'elle lui a présentée, le 26 août 2009, en application de l'art. 3 par. 2 première phrase du règlement Dublin II. Après avoir rappelé sommairement les conditions d'application de l'art. 3 par. 2 première phrase du règlement Dublin II dans sa jurisprudence (consid. 5) (…), le TAF vérifiera s'il existe un empêchement au transfert des intéressés vers l'Italie, soit pour des raisons de non-conformité aux engagements de la Suisse relevant du droit international (consid. 7), soit pour des raisons humanitaires (consid. 8).

5. Aux termes de l'art. 3 par. 2 première phrase du règlement Dublin II, par dérogation au par. 1, chaque Etat membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement.

Cette disposition, appelée « clause de souveraineté » consacre le droit pour les Etats membres de renoncer au transfert en fonction des obligations de leur droit interne et du droit international public auquel ils sont

liés. Elle ne comporte pas les critères matériels de renonciation à un transfert, mais seulement une autorisation aux Etats membres de l'espace Dublin de renoncer à un transfert, lorsque des droits tirés de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) ou d'autres accords internationaux (directement applicables ou « self-executing ») sont violés ou lorsque le droit objectif interne est violé. Par définition, une telle autorisation ne donne aux particuliers aucun droit ni aucune obligation. Elle permet simplement aux autorités suisses d'éviter d'être confrontées dans les cas d'espèce au conflit entre l'application des critères du règlement Dublin II, lesquelles conduiraient à un transfert, et l'application d'une autre norme de droit international ou d'une norme de droit interne qui conduirait à la renonciation à une telle mesure. Elle n'est donc, en tant que telle, pas directement applicable ou « self-executing » (cf. ATAF 2010/27 consid. 5). Cette interprétation n'empêche pas les particuliers de se prévaloir d'une violation du droit international, en particulier de l'art. 3 CEDH, ou encore d'une violation du droit interne en tant que celui-ci admet l'existence de raisons humanitaires (consid. 8) dépassant, dans leur champ d'application, les conditions strictes d'illicéité d'un transfert (consid. 7). Ainsi, un requérant d'asile ne peut se prévaloir de cette clause de souveraineté qu'en combinaison avec une autre norme de droit fédéral.

6. (...)

7.

7.1 Sur le plan matériel, la recourante a d'abord fait valoir qu'en application de l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II, la Suisse était, à titre dérogatoire, tenue d'examiner sa demande d'asile, même si cet examen ne lui incombait pas en vertu desdits critères, dès lors que l'exécution de son renvoi vers Italie serait contraire au droit international (« illicite »), car contraire à l'art. 3 CEDH et à l'art. 3 al. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107, ci-après: CDE).

7.2 Il convient d'abord d'observer que la Suisse est tenue d'appliquer la clause de souveraineté ancrée à l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II lorsque le transfert envisagé viole des obligations de droit international public (dans le même sens, voir CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3e éd., Vienne/Graz 2010, no 8, p. 74), en particulier des normes impératives du droit international général (« jus cogens » au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [RS 0.111]; cf. aussi: 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 2086 s.), dont le principe du non-refoulement et l'interdiction de la torture.

7.3 L'Italie est également partie à la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30, ci-après : Conv. réfugiés), à la CEDH, à la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105), de même qu'à la CDE, et à ce titre, en applique les dispositions. En tant qu'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, l'Italie est tenue de conduire la procédure d'asile dans le respect des dispositions de ces conventions (cf. 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 ss, spécialement 5653, ci-après: message accords bilatéraux II; cf. également les considérants introductifs nos 2, 12 et 15 du règlement Dublin II).

7.4 Conformément à la jurisprudence de la Cour eur. DH, l'expulsion ou le renvoi par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'art. 3 CEDH, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse ou le renvoie vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition (cf. Cour eur. DH, arrêt *Saadi c. Italie*, no 37201/06, 28 février 2008, § 125–126 et jurisprudence citée).

7.4.1 Il appartient aux requérants d'asile de produire des éléments (ou des motifs substantiels) susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que si la mesure incriminée était mise à exécution, ils seraient exposés à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'art. 3 CEDH. Lorsque de tels éléments sont produits, il incombe à l'autorité saisie de dissiper les doutes éventuels à ce sujet. Mais lorsque des informations données par des requérants d'asile permettent sérieusement de douter de la véracité de leurs déclarations, il incombe à ceux-ci de fournir une explication satisfaisante pour les incohérences de leurs récits (cf. Cour eur. DH, arrêt *F. H. c. Suède*, no 32621/06, 20 janvier 2009, § 95, Cour eur. DH, arrêt *Saadi c. Italie* no 37201/06, 28 février 2008, § 129). Enfin, lorsque l'Etat de destination est un Etat partie à la CEDH qui observe d'une manière générale ses obligations con-

ventionnelles, c'est au plaignant d'apporter à la Cour, en ce qui le concerne, la preuve du contraire (Cour eur. DH, décision *Harutioenyan et consorts c. Pays-Bas*, n° 3700/07, 1er septembre 2009, § 26).

7.4.2 La Cour eur. DH a précisé qu'un transfert, dans le cadre de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 sur la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile (JO C 254/1 du 19.08.1997), n'enfreint pas l'art. 3 CEDH s'il existe dans l'Etat de destination des garanties de procédure appropriées, de quelque type que ce soit, incluant une possibilité de recours effectif, qui protègent le requérant d'asile contre un refoulement immédiat ou sommaire vers son pays d'origine, s'il devait présenter des arguments substantiels selon lesquels il risque d'y être torturé ou maltraité (cf. Cour eur. DH, décision *T. I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98, 7 mars 2000). Elle a toutefois admis que, dans le cadre d'un transfert fondé sur le règlement Dublin II, il convient de présumer le respect, par l'Etat de l'Union européenne de destination, de ses obligations ressortant de la directive n° 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres (JO L 31/18 du 6.2.2003, ci-après: directive « Accueil ») et de la directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (JO L 326/13 du 13.12.2005, ci-après: directive « Procédure »). Cette présomption vaut tout au moins en l'absence, dans cet Etat, d'une pratique avérée de refoulements de requérants d'asile provenant du même pays et en présence d'une possibilité de dépôt, auprès d'elle, d'une requête assortie d'une demande de mesures provisionnelles fondée sur l'art. 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1998 (RS 0.101.2). Il appartient ainsi aux requérants d'asile concernés d'apporter la preuve du non-respect, par l'Etat de destination du transfert, de ses obligations internationales (Cour eur. DH, décision *K. R. S. c. Royaume-Uni,* n° 32733/08, 2 décembre 2008, voir aussi Cour. eur. DH, décision *Robert Stapleton c. Irlande,* n° 56588/07, 4 mai 2010).

7.5 Le règlement Dublin II présume expressément que tous les Etats membres sont des pays sûrs et respectent le principe de non-refoulement, tel que défini par la Convention relative au statut des réfugiés, de sorte que l'on peut en principe exclure tout risque de refoulement en cascade (cf. consid. n° 2 du règlement Dublin II; voir également le Protocole [n° 29] sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne [JO C 321E/306 du 29.12.2006]) annexé au Traité

instituant la Communauté européenne. La jurisprudence européenne ne met pas en cause cette présomption. Dans ces conditions, vu la présomption de respect du droit international public par l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile, il appartient au requérant d'asile visé par un transfert de la renverser en s'appuyant sur des indices sérieux qui permettent d'admettre que, dans son cas précis, les autorités de cet Etat ne respecteraient pas ce droit. A cet égard, en l'absence d'une pratique avérée de violation systématique des normes communautaires minimales, dont il est prévisible qu'elle perdurerait au-delà du délai de transfert de six mois (cf. dans le même sens, Cour constitutionnelle d'Autriche, arrêt G 179 du 1er octobre 2007, 180/07-6, consid. III, p. 10, disponible sur http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site, consulté le 16.06.2010), il ne suffit pas d'invoquer des cas isolés de violation par cet Etat de l'art. 3 CEDH, voire d'autres dispositions du droit international. Au contraire, la possibilité d'une telle violation doit être démontrée dans les circonstances de l'espèce comme suffisamment concrète ou précise (cf. Cour eur. DH, décision *T. I. c. Royaume-Uni*, no 43844/98, 7 mars 2000).

7.6 La recourante a d'abord invoqué que l'exécution de son renvoi avec ses enfants vers l'Italie était contraire à l'art. 3 CEDH, dès lors qu'elle serait contrainte d'y attendre avec ceux-ci une réponse sur sa demande d'asile dans des conditions de dénuement complet analogues à celles subies précédemment.

7.6.1 A supposer l'existence d'une obligation positive des Etats d'assurer un certain niveau de vie aux requérants d'asile en vertu de l'art. 3 CEDH (cf. Cour eur. DH, arrêt *Mogoç c. Roumanie*, no 20420/02, 13 octobre 2005, § 114 et Cour eur. DH, arrêt *Müslim c. Turquie*, no 53566/99, 26 avril 2005, § 85; NUALA MOLE, Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme, 4e éd., Strasbourg, juin 2008, p. 117 à 123), question laissée en l'occurrence indécise, la recourante n'a toutefois pas établi que ses conditions de vie et celles de ses enfants en Italie aient été précédemment suffisamment pénibles pour atteindre un degré de gravité tel qu'ils puissent passer pour avoir été soumis à un traitement contraire à cette disposition conventionnelle dans ce pays et pour risquer sérieusement de l'être également dans le futur.

7.6.2 En effet, invitée par décision incidente du 17 septembre 2009 à apporter la preuve par pièces de ses conditions de séjour en Italie, la recourante a uniquement produit l'attestation du 22 septembre 2008 de l'association Centro Astalli pour l'assistance aux immigrés à B. Il ressort de celle-ci qu'elle a été prise en charge par cette association.

7.6.3 Le dispositif italien d'accueil décentralisé des demandeurs d'asile (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) implique de nombreuses ONG aux niveaux national et local, dont l'association Centro Astalli à B. inscrite au registre des associations œuvrant en faveur de l'intégration sociale des immigrés établi par le Ministère italien du travail et des politiques sociales et gérant un centre d'accueil et d'hébergement pour demandeurs d'asile à B. (cf. Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Droit d'asile en Italie: l'accès aux procédures et le traitement des demandeurs, juin 2005, p. 9; Rapport du 14 décembre 2005 de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, sur sa visite en Italie 10–17 juin 2005 à l'attention du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire, CommDH[2005]9 chap. VI let. J p. 48 s.; http://www.lavoro.gov.it > Immigrazione > Registro associazioni ed enti > Elenco degli iscritti aggiornato al 7 maggio 2009; http://www.centroastalli.it > associazione centro astalli, consulté le 15 octobre 2009). En outre, l'Italie a dû mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive « Accueil », au plus tard le 6 février 2005 (cf. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, 26 novembre 2007, COM[2007] 745 final, p. 2; art. 26 par. 1 de cette directive). Les décisions négatives quant à l'octroi des avantages prévus par cette directive doivent pouvoir faire l'objet d'un recours dans le cadre des procédures prévues dans le droit national italien (cf. art. 21 de cette directive).

7.6.4 Vu que le respect, par l'Italie, de ses obligations ressortant de la directive « Accueil » doit être présumé en l'absence d'une pratique avérée de violation systématique, par ce pays, de ces normes communautaires minimales, que l'intervention du Centro Astalli à B. correspondait à un mandat public et ne saurait être interprétée comme constituant un acte de charité palliant des insuffisances de l'Etat italien, l'argument de la recourante selon lequel son transfert en Italie l'exposerait à devoir y vivre avec ses enfants, comme par le passé sans aucune forme d'assistance, est mal fondé; il l'est d'autant plus qu'elle n'a en rien établi (par un faisceau d'indices concrets convergents) que tel serait le cas. Au demeurant, si la recourante était effectivement contrainte par les circonstances à mener en Italie, avec ses enfants, une existence non conforme à la dignité humaine, il lui appartiendrait de faire valoir ses droits directement auprès des auto-

rités italiennes, voire auprès de la Cour de justice de l'Union européenne ou encore de la Cour eur. DH.

7.7 La recourante a ensuite fait valoir que l'exécution de son renvoi vers l'Italie l'exposerait à un renvoi en Erythrée, en violation du principe de non-refoulement ancré à l'art. 33 Conv. réfugiés et à l'art. 3 CEDH.

7.7.1 Lors de son audition du 14 janvier 2009, comme dans son mémoire de recours, la recourante ne s'est pas clairement exprimée sur l'état de la procédure d'asile qu'elle avait introduite en Italie le 19 septembre 2003. Invitée par décision incidente du 17 septembre 2009 à apporter la preuve par pièces des conditions administratives de son séjour en Italie, en particulier de l'état de la procédure d'asile introduite en Italie et des éventuelles décisions de renvoi prises par l'Italie à son encontre, la recourante a uniquement produit l'attestation du 22 septembre 2009 de l'association Centro Astalli à B. Il ressort de celle-ci qu'un permis de séjour lui a été délivré par les autorités italiennes en août 2008. Ainsi, la recourante n'a établi ni que les autorités italiennes avaient rejeté sa demande d'asile ni qu'elles avaient pris une quelconque décision en vue de son renvoi en Erythrée.

7.7.2 Cela étant, en l'absence d'une quelconque décision d'expulsion exécutable de la part des autorités italiennes à son encontre, son argument ne relève que de spéculations ou de simples suppositions. Elle n'a aucunement établi, ou du moins rendu vraisemblable, qu'elle n'avait pas accès en Italie à une procédure d'examen de sa demande d'asile conforme à la directive « Procédure ». Il lui est vain de se référer aux cas exceptionnels de non-respect par l'Italie de demandes formulées par la Cour eur. DH au titre de l'art. 39 de son règlement, ce d'autant plus que sa situation n'est en rien comparable à celle des personnes expulsées par l'Italie vers la Tunisie dans le cadre de la loi italienne 155/2005 (« loi Pisanu ») sur les mesures d'urgence pour combattre le terrorisme international (cf. Rapport du 16 avril 2009 de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie du 13 au 15 janvier 2009, p. 22 à 26 et les commentaires de l'Italie en annexe à ce rapport, p. 45 s., CommDH[2009]16; Mémorandum du 28 juillet 2008 par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Italie les 19-20 juin 2008, p. 18 à 21 et les commentaires de l'Italie en annexe à ce mémorandum, p. 31 à 34, CommDH[2008]18). Aucun élément concret ne donne à penser qu'en ce qui la concerne l'Italie pourrait manquer à ses obligations découlant du principe de non-refoulement ancré à

l'art. 33 de la Conv. réfugiés ou à l'art. 3 CEDH. D'ailleurs, bien qu'une minorité de demandeurs d'asile érythréens n'ait reçu ni l'asile ni une protection subsidiaire en Italie et qu'il faille admettre que des décisions de renvoi aient été rendues à leur endroit, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés n'a – selon une information reçue par le TAF le 12 juillet 2010 – aucune connaissance de cas de refoulements vers l'Erythrée qui auraient été effectués par les autorités italiennes. La recourante n'a donc manifestement pas réussi à renverser la présomption du respect par l'Italie de ce principe. Le transfert de la recourante et de ses enfants dans ce pays n'est donc pas contraire aux obligations de la Suisse découlant des dispositions conventionnelles précitées.

7.8 Au vu de ce qui précède, le transfert de la recourante et de ses enfants en Italie ne viole ni l'art. 3 CEDH ni l'art. 33 de la Conv. réfugiés.

7.9 (...)

7.10 En définitive, le transfert de la recourante et de ses enfants vers l'Italie s'avère conforme aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

8.

8.1 La recourante a également fait valoir que l'exécution de son renvoi vers l'Italie était « inexigible ».

8.2 Il s'agit ici de vérifier s'il existe un empêchement au transfert de la recourante vers ce pays au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1, aux termes duquel l'ODM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent.

8.2.1 Il ressort du texte et de la systématique de cette disposition que sont visées des personnes se trouvant en Suisse et pour lesquelles l'ODM renonce, pour des raisons humanitaires, au prononcé d'une décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi, en dépit de la responsabilité d'un autre Etat pour le traitement de la demande d'asile. En effet, l'intitulé de l'art. 29*a* OA 1 comprend explicitement une référence à l'art. 34 al. 2 let. d LAsi; le texte de cette disposition ne saurait manifestement viser les personnes qui se trouvent dans un autre Etat membre de l'espace Dublin, ordinairement compétent pour l'examen de leur demande, et qui devraient être prises ou reprises en charge par la Suisse pour des raisons humanitaires au sens de l'art. 15 du règlement Dublin II (« clause humanitaire »). Le TAF ne partage pas l'avis exprimé par l'ODM dans quelques réponses données à des recours dans d'autres procédures analogues (...), selon lequel l'art. 29*a* al. 3 OA 1 viserait les de-

mandes d'un autre Etat Dublin adressées à la Suisse en vue d'y transférer un requérant d'asile pour des motifs humanitaires tirés de l'art. 15 du règlement Dublin II, et non la clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 dudit règlement. La position du TAF correspond d'ailleurs aussi à celle relevée lors des débats du Conseil national (CN) à propos de l'initiative parlementaire Sommaruga, selon laquelle l'ODM a renoncé, dans de nombreux cas, au prononcé d'une décision de non-entrée en matière en application de l'art. 29*a* OA 1; de l'avis du CN, qui n'a pas donné suite à l'initiative, cette disposition « concrétise » l'art. 34 LAsi, de sorte qu'il n'y a aucun besoin de légiférer (cf. Iv. pa. 09.459 du 6 novembre 2009 « Pour une réelle clause humanitaire dans la loi sur l'asile contre l'arbitraire résultant de la Convention de Dublin », intervention de la Conseillère nationale Humbel Ruth, au nom de la Commission des institutions politiques, BO 2010 N 429).

8.2.2 L'art. 29*a* al. 3 OA 1 est une norme rédigée sous forme potestative (Kann-Vorschrift). Le concept juridique indéterminé de « raisons humanitaires » réserve ainsi aux autorités une certaine marge d'appréciation dans son interprétation et son application aux différents cas d'espèce. Ce concept doit être interprété plus restrictivement que celui de « mise concrète en danger » (ou « inexigibilité ») retenu à l'art. 83 al. 4 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20), dès lors que les Etats membres de l'espace Dublin ne sont manifestement pas susceptibles actuellement de tomber dans une situation de guerre ou de violence généralisée et sont réputés disposer de conditions d'accessibilité à des soins de médecine générale ou urgents nécessaires à la garantie de la dignité humaine, au moins pour le temps que durera la procédure d'asile (cf. Jurisprudence et Informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile 2003 n° 24 consid. 5b p. 157; voir aussi l'art. 13, l'art. 15 et l'art. 21 de la directive « Accueil »). Une pratique restrictive dans l'interprétation de la notion de « raisons humanitaires » se justifie en particulier pour préserver l'équilibre atteint entre les intérêts suisses et ceux de l'Union européenne dans la conclusion parallèle des négociations des accords bilatéraux II, étant précisé que la conclusion de l'AAD faisait partie des objectifs essentiels des négociateurs suisses (cf. message accords bilatéraux II, FF 2004 5635).

8.2.3 Il convient de préciser ici que la reconnaissance d'un empêchement au transfert pour des raisons humanitaires, au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1, n'emporte, en tout état de cause, pas le règlement des conditions de séjour par l'octroi de l'admission provisoire au sens de l'art. 44 al. 2 LAsi et de l'art. 83 LEtr, mais uniquement l'obligation pour les autorités suis-

ses d'examiner la demande d'asile, dès lors qu'elles renoncent au transfert vers un Etat membre de l'espace Dublin.

8.3 En l'occurrence, pour les motifs déjà exposés ci-avant (consid. 7.6), la recourante n'a pas rendu vraisemblable que son transfert en Italie, avec ses enfants, exposerait sa famille mono-parentale à un dénuement complet. Par ailleurs, l'Italie est également le lieu de séjour du père des enfants, dont on peut attendre qu'il contribue également à l'entretien des enfants, cas échéant qu'il y soit invité par les autorités italiennes à la demande expresse de la recourante. Au demeurant, l'accès à des soins essentiels ainsi qu'à la garantie du minimum vital en Italie est présumé et la recourante n'a apporté aucun indice personnel et concret de nature à renverser cette présomption.

Comme toute mesure de renvoi, un transfert fondé sur la réglementation Dublin doit respecter le principe constitutionnel de la proportionnalité: partant, lors de la pondération des aspects humanitaires avec l'intérêt public qui leur est opposé, il convient de tenir compte du principe consacré à l'art. 3 CDE, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (cf. par analogie, ATAF 2009/51 et ATAF 2009/28; voir aussi Cour eur. DH, arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, 6 juillet 2010, § 136 à 138 et § 146). Toutefois, le règlement Dublin II ne confère pas à la recourante le droit de choisir l'Etat membre offrant, à son avis, les meilleures conditions d'accueil comme Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile, même en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant prévu par l'art. 3 al. 1 CDE. Les éventuelles difficultés de réintégration en Italie des enfants de la recourante, âgés de (…), ne sont manifestement pas constitutives de raisons humanitaires, compte tenu de la pesée des intérêts en présence, et ce d'autant moins que ces enfants ont vécu pratiquement durant toute leur enfance en Italie.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'admettre un empêchement au transfert en Italie de la recourante et de ses enfants pour des raisons humanitaires tirées de l'art. 29*a* al. 3 OA 1.

9. Le transfert de la recourante vers l'Italie ne se heurtant à aucun obstacle fondé sur le droit international ou sur l'art. 29*a* al. 3 OA 1, il n'y a pas lieu d'appliquer la clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 première phrase du règlement Dublin II. Ainsi, l'Italie demeure l'Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile au sens du règlement Dublin II et est tenue de reprendre en charge la recourante, avec ses enfants, dans les conditions prévues à l'art. 20 du règlement Dublin II. Partant, c'est à bon

droit que l'ODM n'est pas entré en matière sur sa demande d'asile en application de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi et qu'il a prononcé son transfert vers cet Etat.

10.

10.1 Dans ces conditions, c'est également à juste titre que l'ODM a prononcé le renvoi de Suisse en application de l'art. 44 al. 1 LAsi (en l'absence d'un droit à une autorisation de séjour, cf. art. 32 let. a OA 1).

10.2 Il ressort de la systématique du règlement Dublin II que la non-entrée en matière sur la demande d'asile et le renvoi (ou transfert) forment une seule et même décision indissociable. Il n'y a pas de place pour un véritable examen séparé des conditions empêchant l'exécution du transfert, une fois qu'il a été décidé que la clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II ne s'appliquait pas. En d'autres termes, il n'y a, à ce stade du raisonnement, plus de place pour un examen d'un empêchement au renvoi, tiré de l'illicéité de l'exécution du renvoi au sens de l'art. 83 al. 3 LEtr, comme c'est le cas dans les autres cas de figure de non-entrée en matière, dès lors que ce point a déjà été jugé au consid. 7 qui précède. La question de l'exigibilité de l'exécution du renvoi au sens de l'art. 83 al. 4 LEtr ne se pose pas non plus, du moins dans l'acception que lui réserve la jurisprudence (consid. 8.2.3): il suffit à cet égard de se référer au consid. 8 relatif à l'absence de raisons humanitaires au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1. Enfin, l'exécution du renvoi est par définition possible, dès lors que l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile est tenu en vertu de l'art. 20 par. 1 point d du règlement Dublin II de réadmettre la recourante sur son territoire dans le délai réglementaire. Il n'y a donc ici logiquement pas non plus de place pour un examen séparé d'une éventuelle renonciation au transfert pour impossibilité de l'exécution du renvoi au sens de l'art. 83 al. 2 LEtr.