



Cour V
E-6525/2009
{T 0/2}

Arrêt du 29 juin 2010

Composition

Jean-Pierre Monnet (président du collège),
Gérald Bovier, Markus König,
Walter Stöckli (président de cour) et Bruno Huber, juges,
Isabelle Fournier, greffière.

Parties

A. _____,
B. _____,
C. _____,
Somalie,
représentés par (...), Service d'Aide Juridique aux Exilé-
e-s (SAJE),
recourants,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Asile (non-entrée en matière) et renvoi Dublin (recours
contre une décision en matière de réexamen) ; décision
de l'ODM du 16 septembre 2009 / N (...).

Faits :**A.**

Les recourants ont déposé, le 14 décembre 2008, une demande d'asile en Suisse. Ils ont été sommairement entendus par l'ODM, le 24 décembre 2008, au Centre d'enregistrement et de procédure (CEP) de Vallorbe.

Selon leurs déclarations, les recourants auraient quitté la Somalie le 5 décembre 2008, en voiture à destination d'Addis Abeba, d'où ils auraient pris l'avion à destination de Paris, où ils seraient arrivés le 13 décembre 2008, après une escale à Dubai. Le lendemain, un passeur les aurait conduits en voiture jusqu'à Genève. Ils auraient voyagé avec un faux passeport, sous une identité d'emprunt.

Lors de cette audition sommaire, les recourants ont été invités à se déterminer sur le résultat d'une comparaison d'empreintes digitales dont il ressortait qu'ils étaient entrés le 2 juillet 2008 en Italie, à Lampedusa et y avaient déposé le 6 juillet 2008 une demande d'asile. Ils ont, tous deux, catégoriquement nié avoir séjourné en Italie. Interrogés sur les motifs qui pourraient s'opposer à leur renvoi en Italie, ils ont réitéré leurs déclarations, selon lesquelles ils n'avaient jamais séjourné dans ce pays et refusaient d'y être transférés.

Selon une note interne, datée du 14 décembre 2008, la recourante était enceinte de quatre mois. Le 5 janvier 2009, ils ont été attribués au canton de D._____.

B.

Le 15 janvier 2009, l'ODM a transmis aux autorités italiennes, via le réseau de communication électronique « DubliNet », une requête aux fins de reprise en charge des intéressés, en vertu de l'art. 16 § 1 point c) 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 », également appelé « Dublin II », JO L 50 du 25.2.2003).

Les autorités italiennes n'ont pas répondu à la requête. Par courriel du 29 janvier 2009, l'ODM leur a, en conséquence, fait savoir qu'il

considérait l'Italie comme responsable pour l'examen de la demande d'asile des intéressés et les a priées de lui communiquer, dans un délai de deux jours ouvrables, les détails pratiques relatifs au transfert.

Par courriel du 12 février 2009, l'ODM a informé l'autorité cantonale compétente des résultats de la demande de reprise en charge par l'Italie. Il l'a invitée à organiser le départ à destination de Rome.

C.

Par décision du 23 mars 2009, devant être notifiée par l'autorité cantonale compétente, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile des recourants et a prononcé leur renvoi immédiat en Italie.

L'ODM a relevé que, contrairement à leurs déclarations selon lesquelles ils n'auraient jamais séjourné en Italie, le résultat de la comparaison dactyloscopique établissait que les intéressés étaient entrés illégalement en Italie, à Lampedusa, le 2 juillet 2008 et qu'ils avaient déposé une demande d'asile dans ce pays le 6 juillet 2008, faits ressortant du fichier EURODAC. Il a constaté que les autorités italiennes n'avaient pas répondu à sa requête aux fins de reprise en charge à l'échéance, le 29 janvier 2009, du délai imparti et qu'en conséquence la compétence de l'Italie pour le traitement de la demande d'asile des intéressés était définie par défaut.

L'ODM a, par ailleurs, relevé que l'Italie était un Etat tiers respectant le principe du non-refoulement au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31) et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu d'examiner la question de l'interdiction du refoulement en relation avec l'Etat d'origine ou de provenance des intéressés et qu'il n'existait pas non plus « d'indice de violation de l'art. 3 de la convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) en cas de retour des intéressés vers l'Italie ». Il a considéré que ni la situation politique régnant en Italie ni aucun autre motif ne s'opposait au renvoi dans cet Etat, lequel était raisonnablement exigible. Il a estimé qu'il était réalisable et que son exécution était possible dans la mesure où les autorités italiennes, qui n'avaient pas répondu dans le délai imparti, étaient compétentes pour l'examen de la demande d'asile des intéressés.

D.

Par courriel « DubliNet » du 24 mars 2009, l'ODM a informé les autorités italiennes compétentes que les recourants seraient transférés en date du 27 mars 2009, par vol Genève / Rome Fiumicino.

Selon le rapport de la police cantonale, les intéressés ont été interpellés le 27 mars 2009, vers 7h. du matin, à leur domicile, par des agents de la police qui leur ont notifié la décision de l'ODM, du 23 mars 2009. A._____ a signé l'accusé de réception et s'est déclaré prêt à quitter le territoire. Son épouse a, quant à elle, refusé de signer l'accusé de réception. Après discussion, les recourants ont été emmenés à l'aéroport. Là, la recourante, qui disait avoir un malaise, a été auscultée par un médecin, la compagnie d'aviation ne transportant les femmes enceintes de plus de sept mois que sur présentation d'un certificat médical. Le médecin a constaté que la recourante avait déjà dépassé le terme prévu de sa grossesse, l'accouchement ayant été prévu pour le 22 mars 2009, de sorte qu'elle ne pouvait embarquer. Les recourants ont été ramenés à leur centre d'hébergement.

Le (...) avril 2009, la recourante 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.

E.

Par courrier du 20 août 2009, les recourants 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 « Dublin ». Ils ont conclu à l'annulation de la décision du 23 mars 2009 et à ce que l'ODM se déclare compétent pour traiter leur demande d'asile.

F.

Le 3 septembre 2009, l'ODM a informé les autorités italiennes

compétentes que les intéressés allaient être transférés le 6 octobre 2009 et leur ont indiqué le plan de vol.

G.

Par décision du 16 septembre 2009, notifiée par pli recommandé avec avis de réception directement à leur mandataire, l'ODM a déclaré irrecevable la demande de reconsidération des intéressés datée du 20 août 2009.

En préambule, il a observé que la recourante avait, par son comportement, empêché l'exécution du renvoi en date du 27 mars 2009.

Il a relevé que l'Italie restreignait le nombre des transferts depuis la Suisse, de sorte que l'impossibilité d'effectuer le transfert dans les délais devait être imputée aux autorités italiennes et non aux autorités suisses et que, de ce fait, l'Italie acceptait un transfert au-delà du délai de six mois. Il a considéré que le fait que l'Italie accepte sa responsabilité au-delà du délai ne pouvait être invoqué ni dans le cadre d'un recours ni dans le cadre d'une demande en révision (à l'exception des cas où cette prolongation de la déclaration de responsabilité violait les droits fondamentaux tels que reconnus dans la CEDH), car aucun droit subjectif ne pouvait être tiré du règlement « Dublin ». Il a estimé qu'en l'occurrence les requérants ne faisaient pas valoir une telle violation et qu'aucun élément ne ressortant du dossier ne permettait de l'établir.

H.

Le 6 octobre 2009, les recourants ont été transférés en Italie.

I.

Par acte du 16 octobre 2009, déposé par l'entremise de leur mandataire qui n'était pas informé du transfert intervenu le 6 octobre 2009, acte reçu le 19 octobre 2009, les intéressés ont fait recours contre la décision de l'ODM, du 16 septembre 2009, en demandant à titre de mesures provisionnelles la suspension de l'exécution de leur renvoi.

Ils ont souligné que l'échec du transfert en Italie ne leur était en aucun cas imputable et que la responsabilité en incombait à l'ODM, qui n'avait d'aucune façon tenu compte du fait que la recourante était au terme de sa grossesse à la date où leur départ avait été organisé. Ils

ont également fait valoir qu'il avaient quitté l'Italie à la fin 2008 parce que leurs conditions de vie y étaient devenues absolument intolérables, qu'ils n'y bénéficiaient d'aucun accompagnement social, et par voie de conséquence d'aucune aide financière, d'aucun logement et d'aucune nourriture, et qu'au vu de la grossesse de la recourante, ils n'avaient eu d'autre alternative que de quitter ce pays pour déposer une demande d'asile en Suisse. Ils ont ajouté que ces conditions de vie en Italie, avec un enfant en bas âge, les placeraient dans une situation de grande détresse et que l'exécution de leur renvoi ne serait pas licite, serait contraire au principe de non-refoulement, et violerait l'art. 3 CEDH ainsi que la convention internationale sur les droits de l'enfant.

J.

Par ordonnance du 20 octobre 2009, et dans l'ignorance du fait que le transfert avait déjà eu lieu, le juge chargé de l'instruction a suspendu, à titre de mesures pré-provisionnelles, l'exécution du renvoi des recourants.

A réception du dossier de l'autorité inférieure, il a, par ordonnance du 21 octobre 2009, rejeté la demande de mesures provisionnelles des recourants, en constatant que ces derniers avaient déjà été transférés en Italie le 6 octobre 2009, soit avant même le dépôt de leur recours. Le mandataire des recourants a été invité à faire connaître au Tribunal le lieu de séjour des intéressés et leur adresse actuelle et à se déterminer sur la question de leur intérêt à recourir.

K.

Par courrier du 30 octobre 2009, le mandataire des recourants a fait savoir au Tribunal qu'il avait pu rétablir le contact avec ses mandants, transférés en Italie à son insu. Il a déclaré que ces derniers avaient été, à leur arrivée à l'aéroport de Rome, « expédiés » en ville où personne ne les avait accueillis, de sorte qu'ils étaient contraints de dormir dans des lieux publics et, réduits à demander la charité, ne pouvaient manger à leur faim, ce qui mettait en péril la santé de leur enfant. Il lui a demandé d'autoriser ses mandants à titre de mesures provisionnelles à revenir en Suisse jusqu'à droit connu sur le recours.

L.

Par ordonnance du 13 novembre 2009, constatant que l'Italie était tenue d'appliquer la directive européenne relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats

membres et en l'absence d'indices concrets que les recourants auraient entrepris - et en vain - des démarches auprès des autorités ou institutions privées chargées d'un mandat public, compétentes en matière d'assistance, le juge chargé de l'instruction a estimé qu'il n'était pas indiqué de revenir sur son ordonnance du 21 octobre 2009 et a rejeté, en l'état, la demande de mesures provisionnelles.

M.

Invité à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet dans sa réponse datée du 27 novembre 2009. Il a tout d'abord souligné que l'Italie restreignait régulièrement le nombre des transferts pour des motifs non prévus par le règlement Dublin, en joignant, « à titre exemple », « trois lettres d'information » émanant des autorités italiennes. Il s'agit de deux lettres-circulaires adressées les 18 et 19 juin 2009 aux unités Dublin des Etats membres de l'espace Dublin et d'une lettre du 28 juillet 2009 à l'unité Dublin suisse, afin de limiter pour des raisons dites de rationalisation, voire de suspendre durant certaines périodes (liées à l'organisation du sommet du G8 ou à l'afflux de touristes durant les vacances d'été) les transferts en Italie.

L'ODM a ensuite relevé que les autorités italiennes avaient été informées, le (...) avril 2009, du fait que le transfert prévu le 27 mars 2009 avait dû être reporté en raison du comportement de la recourante, qu'elles avaient ensuite été avisées, le 3 septembre 2009, que le transfert était prévu pour le 6 octobre 2009, et qu'elles n'avaient pas répondu. Il a fait valoir que leur silence devait être interprété comme un accord tacite tel que prévu par la procédure Dublin ordinaire, conformément « au principe international de l'effet utile selon lequel les Etats membres doivent agir de façon à rendre le droit communautaire le plus efficace possible ». Dans l'intérêt de la sécurité juridique, la validité d'un transfert devrait ainsi être encore acceptée même une fois que le délai a expiré, au cas où son exécution à temps a été rendu impossible par l'Etat responsable. L'ODM a encore souligné que les autorités italiennes avaient tacitement accepté la prolongation de leur responsabilité non seulement par leur silence, mais encore en acceptant l'entrée, le 6 octobre 2009, des intéressés sur leur territoire national. Il a enfin soutenu en substance que l'objectif principal du règlement Dublin était que chaque requérant d'asile ait accès à la protection d'un Etat membre quel qu'il soit, et que cela ne donnait pas le droit à l'intéressé de déposer un recours ou une demande de révision contre chaque

violation du règlement « Dublin » (en l'absence d'une violation de ses droits fondamentaux, en particulier de la convention conclue à Genève le 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et de la CEDH).

N.

Par ordonnance du 15 décembre 2009, les recourants ont été invités à se déterminer sur la réponse de l'ODM. Le contenu essentiel des circulaires des autorités italiennes annexées à la réponse de l'ODM leur a été communiqué.

Dans leur réplique du 8 janvier 2010, les recourants ont déclaré maintenir leurs conclusions. Ils ont notamment contesté leur responsabilité dans l'échec du transfert prévu pour le 27 mars 2009, en soulignant que la recourante avait accouché quelques jours plus tard et qu'il eût été insensé pour elle de prendre l'avion à un stade aussi avancé de sa grossesse. Au contraire, il aurait appartenu aux autorités suisses de trouver un arrangement avec les autorités italiennes afin que le transfert pût avoir lieu dans les six mois suivant le 29 janvier 2009 (date à laquelle la compétence a été définie par défaut). Ils ont reproché à l'ODM de n'avoir pas procédé à un nouvel examen de leur situation qu'eût exigé le fait qu'ils avaient désormais un enfant en bas âge. Ils ont également souligné qu'ils n'avaient aucunement été informés de la communication faite aux autorités italiennes le 3 septembre 2009, s'agissant du transfert prévu pour le 6 octobre 2009 et qu'une telle manière de procéder violait les règles les plus élémentaires de procédure concernant le droit d'être entendu. Ils ont enfin allégué qu'ils n'avaient toujours pas d'adresse fixe en Italie, où ils se trouvaient toujours dans une situation des plus précaires.

Les recourants ont réitéré leur demande de mesures provisionnelles tendant à ce que soit organisé leur retour en Suisse et qu'ils soient autorisés à y séjourner jusqu'à la clôture de la procédure.

O.

Par courrier du 4 février 2010, le mandataire des recourants a communiqué au Tribunal l'adresse d'un ami des recourants en Italie, par l'intermédiaire duquel ceux-ci pouvaient être joints.

P.

Les autres faits ressortant du dossier seront évoqués si nécessaire dans les considérants qui suivent.

Droit :**1.**

1.1 En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, il statue de manière définitive sur les recours contre les décisions rendues par l'ODM concernant l'asile et le renvoi, conformément à l'art. 33 let. d LTAF, à l'art. 105 LAsi et à l'art. 83 let. d ch. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

1.2 Les recourants ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure et sont spécialement atteints par la décision attaquée (art. 48 al. 1 let. a et b PA, applicable par les renvois de l'art. 105 LAsi et de l'art. 37 LTAF).

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 § 2 du règlement « Dublin ». 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 PA, a qualité pour recourir 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. arrêt du TAF en la cause C-586/2008 du 5 février 2010, consid. 3.2 ; Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse [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, commentaire ad art. 48 PA, in : Praxiskommentar VwVG, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (éd.), Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 15, p. 952s. ; ISABELLE HÄNER, commentaire ad art. 48 PA, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, (VwVG), Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (éd.), Zurich/St. Gall 2008, n° 21s., 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 § 1 point e) du règlement « Dublin », 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 oeuvre de ce transfert. Ainsi, la décision sur la compétence est étroitement liée au transfert. Il s'ensuit que même après la mise en oeuvre 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 CEDH (cf. ATAF 2010/1 consid. 3.5 p. 8 s et 5.4 p. 15). Conformément à l'art. 29a de la Constitution fédérale 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.), St. 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. 29a 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 indéterminée (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 : AJP/PJA 2/2008 p. 147ss ; 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 », 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 LAsi).

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 Le recours est présenté dans la forme (cf. art. 52 PA) et le délai (cf. art. 50 PA et art. 108 al. 1 LAsi) prescrits par la loi.

1.5 Au vu de ce qui précède, le recours est recevable.

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 du 29 mai 1874 (aCst), qui correspond, sur ce point, à l'art. 29 al. 2 Cst. et de 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 246ss ; KARIN SCHERRER, commentaire ad art. 66 PA, in : Waldmann/Weissenberger (éd.), op. cit. n°s 16 ss p. 1303 s ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren*

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

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 n° 7 consid. 1 p. 42 s, JICRA 1995 n° 21 p. 199 ss, JICRA 1993 n° 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 n° 21 consid. 1b p. 203 s. et réf. cit. ; ATF 109 Ib 253 et jurispr. cit. ; 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. 12s). 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 n° 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 ; JAAC 45.68 ; GRISSEL, op. cit., p. 949s. ; 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. arrêt du TAF en la cause A-2853/2008 du 11 mars 2010, consid. 1.2.1, ATAF 2010/4 consid. 2 p. 42, ATAF 2009/54 p. 774 ss, 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. 414s., et jurisp. cit. ; KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 148ss ; JEAN-FRANÇOIS POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, Berne 1992, p. 8s. n. 2.2 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2002, p. 438, 444 et 446s.). 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. 228ss, 1993 n° 25 p. 175ss).

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 2A.506/2003 du 6 janvier 2004, SJ 2004 I p. 389, consid. 2; ATF 113 la 146 consid. 3c p. 153-154). 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 précités (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 requérants 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 requérants à se prévaloir d'une violation du règlement « Dublin ».

Contrairement à ce que semble soutenir l'ODM, la question de savoir si les requérants peuvent se prévaloir d'une violation du règlement « Dublin » (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, ZBJV, vol. 139, 2003, p. 77ss, spéc. p. 114).

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

3.

3.1 Dans sa décision du 16 septembre 2009, l'ODM a rejeté la demande de reconsidération des intéressés sur la base de plusieurs motifs. Il a considéré qu'en l'absence de l'invocation d'une violation d'un droit fondamental tels que ceux garantis par la CEDH, une déclaration de responsabilité émise dans le cadre d'une décision ne pouvait pas faire l'objet d'un recours ou d'une demande de révision.

Dans sa réponse au recours, du 27 novembre 2009, il a précisé que l'absence d'une possibilité de recours ou d'une demande de révision

reposait sur le constat que le règlement « Dublin » n'accordait aux particuliers aucun droit subjectif à contester une pareille décision.

En outre, l'ODM a soutenu que par ses restrictions communiquées au courant de l'été 2009 l'Italie avait rendu impossible l'exécution à temps du transfert, que les autorités de ce pays n'avaient pas répondu à la communication de l'ODM du 3 septembre 2009 selon laquelle le transfert allait être effectué le 6 octobre 2009 et que leur silence valait acceptation de la prolongation du délai réglementaire de six mois ; à son avis, « toute autre interprétation serait contraire au principe international de l'effet utile selon lequel les Etats membres doivent agir de façon à rendre le droit communautaire le plus efficace possible ».

3.2 Le litige porte donc essentiellement sur la question de savoir si l'ODM était tenu, sur réexamen, d'annuler la décision de non-entrée en matière du 23 mars 2009 et d'admettre sa compétence en tant qu'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile, en raison de la violation alléguée du règlement « Dublin » intervenue postérieurement à la décision dont le réexamen est sollicité.

3.3 Dans ces conditions, le Tribunal examinera dans un premier temps d'abord la place du règlement « Dublin » dans l'ordre juridique suisse et les dispositions applicables (consid. 4), puis les conditions générales dans lesquelles un particulier peut, selon le droit suisse, se prévaloir en justice de normes du droit international dont fait partie le règlement « Dublin » (consid. 5) et enfin si c'est effectivement le cas pour l'art. 20 § 2 du règlement « Dublin » invoqué par les recourants (consid. 6). Dans un second temps, il conviendra de rappeler les conditions d'application de l'art. 20 § 2 et de vérifier 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 (consid. 7), et enfin d'apprécier dans le cas d'espèce si l'ODM aurait dû, en application de cette disposition, annuler sa décision de non-entrée en matière ou si, au contraire l'Italie demeurerait responsable de l'examen de la demande d'asile (consid. 8 et 9).

4.

4.1 Conformément à l'art. 1 de l'accord 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, du 26 octobre 2004 (ci-après : accord d'association « Dublin » ou AAD, RS 0.142.392.68), le règlement « Dublin » et le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission, du 2 septembre 2003, portant modalités d'application 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 « modalités d'application de Dublin », JO L 222/3 du 5.9.2003) sont applicables en droit suisse et entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne (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, n° 04.063, FF 2004 5593, spéc. 5628s et 5748s). 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 » et le règlement « 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 : *AJP/PJA* 12/2009, p. 1589ss, spéc. p. 1597 ; DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II*, in : *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht [SJER]* 2004/2005, Berne/Zurich 2005 [ci-après : WÜGER, *Bilaterale Verträge II*, in : *SJER* 2004/2005] p. 287ss, spéc. p. 303, note 79).

4.2 A teneur de l'art. 20 § 1 point e) al. 1 du règlement « Dublin », 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 oeuvre 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 § 1 point d) et § 2 du règlement « Dublin », 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 § 1 point d). 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 § 2).

4.3 Pour la mise en oeuvre du règlement « Dublin », le dispositif législatif interne a été complété par l'introduction de l'art. 29a dans l'ordonnance 1 sur l'asile (OA1, 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 (CE) n° 343/2003 (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 § 1 et 2 et à l'art. 20 § 1 point e) du règlement « Dublin », à rendre sous

réserve de l'application de la clause de souveraineté de l'art. 3 § 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 », plus particulièrement des § 1, point d) et § 2 de son art. 20, exige d'abord de la part du Tribunal qu'il rappelle les règles générales applicables en la matière en droit suisse (consid. 5.2), puis qu'il définisse sa marge de manoeuvre 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 » (comme les trois autres règlements cités à l'art. 1 § 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 Tribunal.

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. CONSEIL FÉDÉRAL, La relation entre droit international et droit interne, Rapport 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 [ci-après : rapport], FF 2010 2067 ss, spéc. 2089 ; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007, n° 28, p. 81 ; YVO HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtliche Normen, in : ZSR 2007 I 137ss, spéc. p. 141 ; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in : Verfassungsrecht der Schweiz / 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 Tribunal fédéral en la cause 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. CONSEIL FÉDÉRAL, rapport, FF 2010 spéc. 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 Tribunal, 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, n° 3647, p. 731 ; THÜRER, op. cit., p. 188ss ; HANGARTNER, op. cit., p. 151s.).

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, in : SJER 2004/2005 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 Tribunal examine d'une manière autonome la portée qu'il convient d'accorder au règlement « Dublin » (cf. message 04.063 précité, 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. 75ss, spéc. p. 80).

5.3.1 Comme relevé par le Tribunal fédéral, 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 (convention de Vienne, RS 0.111). 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. jurispr. cit. ; voir aussi ATAF 2010/7 consid. 3.5).

5.3.2 Toutefois, compte tenu du fait que l'accord d'association « Dublin » 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 » (cf. art. 5 § 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 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 d'association à

Schengen du 26 octobre 2004 (AAS, RS 0.362.31), le Tribunal 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. 207ss, spéc. 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, p. 169ss, spéc. p. 174).

En particulier, le Tribunal 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'Union européenne (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2007 en la cause H31/06, consid. 8.4 ; voir aussi COTTIER/EVTIMOV, op. cit., ZBJV, vol. 139, 2003, spéc. p. 108-110). 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'Union européenne, sur un certain nombre de points dont celui examiné dans le présent arrêt, n'est ni suffisamment transparente ni totalement uniforme. Ainsi, le Tribunal 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'Union, 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 Tribunal appliquera les principes du droit suisse en matière d'applicabilité directe en interprétant le règlement « Dublin » 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 Tribunal va donc s'attacher dans les considérants qui suivent à examiner si l'art. 20 § 1 point d) et § 2 du règlement « Dublin », 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 » 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 Tribunal peut prendre en considération la jurisprudence de la CJUE sur la reconnaissance d'un « effet direct » du règlement « Dublin » dans l'ordre juridique interne aux Etats de l'Union européenne, 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 : AJP/PJA 9/2002, p. 1005ss, spéc. 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 spéc. p. 171s) 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 (aujourd'hui : Union européenne) est *apte à conférer* aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger (voir not. arrêt de la CJCE du 13 octobre 2005 en l'affaire Richard

Dahms GmbH c/ Fränkischer Weinbauverband eV, C-379/04, point 13 et jurispr. cit.).

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 de la CJCE du 29 janvier 2009 en l'affaire *Migrationsverket [Suède] c/ Petrosian*, C-19/08, point 34).

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

6.2.4 En résumé, le Tribunal ne saurait en inférer qu'en droit européen toutes les dispositions du règlement « Dublin » 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 » et, d'autre part, des règles applicables en droit suisse à la détermination du caractère « self-executing » des normes internationales, le Tribunal 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*, in : SJER 2004/2005, p. 295 et 297 s ; ANNE PETERS/MYRIAM JUNG, *Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II*, in : AJP/PJA 8/2005, p. 960s ; JOELLE DRUEY, *Le système de Dublin*, in : Laurent Moreillon (éd.), *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse / Union européenne*, Bâle 2008, p. 37ss, spéc. p. 105). En particulier, il ne saurait déduire du message relatif à l'approbation des accords bilatéraux bilatéraux II (cf. message précité, FF 2004 5872) que le Conseil fédéral a admis que les normes du règlement Dublin 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 continue 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., ZBJV, vol. 139, 2003, spéc. p. 104 ; DRUEY/LOPEZ, op. cit., p. 361s).

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 » 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 JOELLE 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, op. cit., p. 333ss, spéc. p. 358 ; PETERS/JUNG, op. cit., AJP/PJA 8/2005, p. 960 s ; STEPHAN BREITENMOSER/MICHAEL ISLER, op. cit., p. 1007).

6.4 Pour déterminer si l'art. 20 § 1 point d) et § 2 du règlement « Dublin », valable pour la *reprise* en charge de demandeurs d'asile (cité au consid. 4.2) est directement applicable et donc invocable devant le Tribunal, 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 § 3 et § 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 [CDE, RS 0.107]). 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 » 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 ».

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*, in : SJER 2004/2005, p. 306 ; CONSTANTIN HRUSCHKA, *Überlegungen zum Rechtsschutz in Dublin-Verfahren*, in : ASYL 3/09 p. 3ss).

D'autres se posent la question de manière explicite sans la trancher ni de manière générale ni pour telle ou telle disposition (cf. JOELLE DRUEY / EDIVIA LOPEZ, *op. cit.* p. 388 ; CHRISTINE KADDOUS, *La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in : *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents*, *op. cit.* p. 88s). Anne Peters/Myriam Jung présument l'applicabilité directe des dispositions du règlement « Dublin » 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. ANNE PETERS/MYRIAM JUNG, *op. cit.*, AJP/PJA 8/2005, p. 955ss, spéc. p. 961).

Enfin, pour quelques auteurs, le règlement « Dublin » 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 », 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 relative au statut des réfugiés du 21 juillet 1951 (convention de Genève, RS 0.142.30) 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, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 66ss, p. 126 et p. 156 ; ANGELA 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 » ne confère au requérant d'asile, dans tous les cas où le règlement « Dublin » 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 fautive 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-Verordnung, 2e éd., Vienne/Graz 2007, nos 9 et 10 ad art. 19 § 2, p. 139ss).

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 » 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 » ne confère aux requérants d'asile aucun droit subjectif déductible en justice (cf. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, 3e éd., Vienne/Graz 2010, n° 8 ad art. 19 § 2, p. 151).

6.4.4 Selon un avis de doctrine, la CJUE aurait, dans son arrêt Petrosian précité, exprimé clairement le droit justiciable pour les individus concernés de faire valoir, *sur la base du seul droit communautaire*, et donc du règlement « Dublin », 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, p. 5ss). Toutefois, le Tribunal 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 : RDAF 2009/1 p. 248ss, spéc. 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 jurisprudence allemandes, n'est pas transposable telle quelle en droit suisse. Le constat selon lequel le règlement « Dublin » 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 ». La théorie allemande des droits subjectifs publics, qui protège le libre arbitre de l'autorité et qui trouve son expression dans l'art. 19 al. 4 de la Constitution allemande, 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. YVO HANGARTNER, *op. cit.* p. 146 ; WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht*, p. 123ss ; 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, 89ss).

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 ci-dessus) 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 § 1 point d) et § 2 du règlement « Dublin » - 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 Tribunal 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 » est issu de la convention de Dublin 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 Communauté européenne que sont les phénomènes de migrations secondaires (choix par les demandeurs d'asile d'un Etat de la Communauté européenne 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 oeuvre 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. JOELLE DRUEY, op. cit., p. 50 à 53 ; FILZWIESER/SPRUNG, op. cit., p. 24 ; MATHIAS HERMANN, op. cit., p. 9 et 50ss). 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, <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 : responsibility for asylum applications in Europe, *Commun Market Law Review* 34, 1997, p. 957ss ; KAY HAILBRONNER/CLAUS THIERY, Schengen II und Dublin - Der zuständige Asylstaat in Europa in : ZAR 1997/2, p. 55ss).

6.4.6.2 Le règlement « Dublin » 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 04.063 précité, FF 2004 5593, spéc. 5738). Il précise aussi qu'il respecte les droits fondamentaux de l'Union européenne (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.), tous droits également protégés par les art. 8, 29, 29a et 30 Cst. Les droits fondamentaux constituent ainsi une source de droit européen supérieure aux instruments de droit dérivé, parmi lesquels figure le règlement « Dublin » (cf. JOËLLE DRUEY, op. cit., p. 91ss).

En particulier, le règlement 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 n° C 321 du 29 décembre 2006], annexé au TCE, JO C 340 du 10 novembre 1997]), tel que défini par la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 (ci-après : conv. réfugiés, RS 0.142.30), de sorte que l'on peut en principe exclure tout risque de refoulement en cascade. Il n'institue pas des obligations supplémentaires (cf. MATHIAS 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 (ci-après : conv. torture, RS 0.105), du pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (pacte II, RS 0.103.2) et de la CDE.

En définitive, le règlement « Dublin » 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'Union européenne, 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 § 1 point d) et § 2 (cf. consid. 4.4), respectivement à l'art. 19 § 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 », il appert que le principe de l'unicité de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile (art. 3 § 1 2^e 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 du 18.12.2000, p. 12), droit d'ailleurs également reconnu en droit suisse (art. 2 al. 1 et 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 » 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 », 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 », 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 », de se prévaloir de toute violation du règlement « Dublin » 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 Tribunal arrive à la conclusion que tel est en particulier le cas de l'art. 20 § 1 point d) et § 2 (respectivement de l'art. 19 § 3 et 4, cf. consid. 6.4 in initio) du règlement, 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 in initio), 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 » conforte le Tribunal 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 § 4, respectivement de l'art. 20 § 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'entraîne pas en ligne de compte (décision du 16 novembre 2009 en l'affaire S12 267475-0/2009, 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 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 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 § 4, respectivement de l'art. 20 § 2 du règlement « Dublin » afin de permettre au Tribunal d'examiner ce grief de manière plus approfondie et, 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 § 1 point d) et § 2 du règlement « Dublin » 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 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 § 2 du règlement « Dublin » 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 18 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^{os} 35 ss ad art. 19, p. 168 s ; cf. également art. 9 § 2 et § 3 du règlement d'application du règlement « Dublin » 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 précité de la CJCE du 29 janvier 2009 en l'affaire Migrationverket [Suède] c/ 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 FABL 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](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 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 18 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, www.legifrance.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 § 2 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 § 2 du règlement Dublin (ou du délai de douze ou 18 mois s'il y a eu prolongation pour l'un des motifs de l'art. 20 § 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 » 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 CC ; 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 européenne 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 § 2 du règlement « Dublin », 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 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. KAY HAILBRONNER/CLAUS THIERY, Schengen II und Dublin, op. cit., ZAR 1997/2, 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 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 § 2 du règlement Dublin, 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 (cf. let. B ci-dessus). 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 § 2), ni à une fuite des recourants qui aurait permis une prolongation jusqu'à 18 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 § 2 du règlement « Dublin » 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 ». 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 oeuvre 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 § 2 du règlement « Dublin ». 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, les autorités suisses pouvaient légitimement s'attendre à ce que les autorités italiennes ne se prévalent pas de l'art. 20 § 2 du règlement « Dublin » 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 Tribunal de reconnaître un changement de circonstances au sens du considérant 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, continuât 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.

10.

Les recourants allèguent encore, comme autre fait conduisant à une modification notable de circonstances justifiant à leur avis le réexamen de la décision du 23 mars 2009, la naissance de leur enfant ainsi que les conditions de vie en Italie avec un enfant en bas âge. Contrairement à leur argumentation, il ne s'agit pas véritablement de faits nouveaux qu'ils n'auraient pas pu faire valoir dans le cadre d'un recours contre la décision précitée (cf. consid. 2.1.1). En tout état de cause, ils devaient s'attendre, dès l'entrée en force de cette décision, à un transfert vers l'Italie. Conformément aux règles de la bonne foi, ils auraient dû agir bien plus tôt s'ils entendaient faire valoir que la présence d'un enfant constituait désormais un obstacle rendant illicite ce transfert. Enfin, les recourants n'ont apporté aucun fait ou moyen de preuve pertinent de nature à rendre vraisemblable que les conditions de vie en Italie les placeraient dans une situation de grande détresse et que leur transfert violerait l'art. 3 CEDH ainsi que la CDE. S'ils devaient tomber dans une situation constituant une atteinte à leurs droits fondamentaux, il leur demeurerait loisible, le cas échéant, de saisir les autorités juridictionnelles italiennes compétentes, et, en dernier lieu, la Cour européenne des Droits de l'Homme voire la CJUE. Il n'y a donc pas lieu d'annuler pour cette raison la décision du 23 mars 2009. Il suffit ici de renvoyer aux motifs pertinents, qui demeurent valables, de l'ordonnance du Tribunal du 13 novembre 2009 selon laquelle les recourants n'ont pas démontré avoir entrepris - et en vain - des démarches auprès des autorités ou institutions privées chargées d'un mandat public, compétentes en matière d'assistance et donc que l'Italie aurait violé dans leur cas concret la directive européenne relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres ; en particulier, les explications complémentaires fournies le 8 janvier 2009 ne sont pas de nature à modifier ce point de vue.

11.

Enfin, l'argument des recourants relatif au manque d'information sur la date du transfert est mal fondé. Contrairement à la décision de non-entrée en matière avec renvoi « Dublin » du 23 mars 2009, qui n'a pas été notifiée de manière régulière (cf. arrêt du 2 février 2010 en la cause E-5841/2009, partiellement publié dans ATAF 2010/1 précité), la décision dont est recours a été valablement notifiée au mandataire des recourants. Ceux-ci étaient donc en état de recourir de manière efficace contre cette dernière décision. L'ODM n'ayant pas accordé des mesures provisionnelles suspendant l'exécution de la décision de refus d'entrée en matière et de renvoi « Dublin », entre-temps entrée en force, et la décision entreprise n'accordant « aucun effet suspensif », il aurait été conforme au devoir de diligence des recourants – qui n'ont invoqué aucun empêchement à agir plus tôt - de déposer leur recours dès notification à leur mandataire de la décision attaquée, et sans attendre les derniers jours du délai de recours de trente jours. Le fait qu'ils n'ont pas été informés de la date du transfert déjà prévue n'est pas une condition de validité de la décision portant sur la demande de réexamen, et ce d'autant moins que l'art. 20 § 1 point e) du règlement « Dublin » n'est pas applicable à une procédure de réexamen.

12.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal arrive à la conclusion que la décision de l'ODM, déclarant irrecevable (recte: rejetant) la demande des intéressés tendant à la reconsidération de la décision de non-entrée en matière, du 23 mars 2009, est fondée. Le recours doit donc être rejeté.

13.

13.1 Vu l'issue de la cause, les frais de procédure devraient être mis à la charge des recourants (art. 63 al.1 PA).

13.2 Ceux-ci ont toutefois demandé à être dispensés des frais de procédure eu égard à leur indigence. Les conclusions du recours ne pouvaient être considérées comme, d'emblée, vouées à l'échec, leur demande doit être admise, en application de l'art. 65 al. 1 PA). En conséquence, il n'est pas perçu de frais de procédure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Il est constaté que, par sa décision du 16 septembre 2009, l'ODM a rejeté au fond la demande de réexamen.

2.

Le recours est rejeté.

3.

La demande d'assistance judiciaire est admise.

4.

Il n'est pas perçu de frais.

5.

Le présent arrêt est adressé au mandataire des recourants, à l'ODM et à l'autorité cantonale compétente.

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Pierre Monnet

Isabelle Fournier

Expédition :