



**SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR ASYLRECHT UND -PRAXIS
REVUE SUISSE POUR LA PRATIQUE ET LE DROIT D'ASILE**

INHALTSVERZEICHNIS/SOMMAIRE

Editorial

- 2 David Bozzini: Les réfugiés érythréens discrédités dans la crise de l'asile en Europe?

Abhandlungen/Développements

- 3 Guido Wizen: Das Recht auf Asylsozialhilfe: Ein kritischer Blick auf dessen Sonderrecht
- 11 Sylvain Félix: Les nouvelles carrier sanctions et les autres présomptions «défiantes» du droit d'asile

Informationen/Informations

- 15 Renvois de personnes atteintes dans leur santé – un rapport de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers et le Groupe sida Genève
- 19 Résumé de la position de l'OSAR concernant le projet d'ordonnance d'exécution relative à la loi sur la nationalité révisée

Rechtsprechung/Jurisprudence

- 20 Kinder im Dublin-Verfahren
- 21 Dublin-Überstellung wegen Nichtanerkennung einer religiösen Ehe (EGMR-Urteil Z.H. und R.H. gg. die Schweiz vom 8. Dezember 2015)

Publikationen/Publications

- 23 Cesla Amarelle und Minh Son Nguyen, Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi) und Marc Spescha et al., Kommentar Migrationsrecht
- 24 Schweizerische Flüchtlingshilfe, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren

Schweizerische
Flüchtlingshilfe
Organisation Suisse
d'Aide aux Réfugiés
CH-3001 Bern



Stämpfli Verlag AG
CH-3001 Bern

Les réfugiés érythréens discrédités dans la crise de l'asile en Europe ?

La « crise migratoire » dont il est question en Europe n'a que peu à faire avec le nombre de réfugiés qui se sont pressés à ses portes depuis l'an dernier. La crise est avant tout celle d'une Europe qui ne sait que faire face à un phénomène qui n'est, ni récent, ni près de s'atténuer. Au lieu donc d'être migratoire, cette crise est avant tout politique : elle résulte des législations nationales aussi bien que des mesures communes en matière d'asile de l'Union européenne. Dans cette mécanique détraquée par la compétition qui oppose chaque pays pour se rendre le moins attractif possible et les mesures militaires qui ne rendent le voyage des indésirables qu'un peu plus long, plus onéreux et surtout plus dangereux, il est important que le débat public n'influence pas notre regard sur les crises qui affectent les pays d'origine des réfugiés.

Parmi les plus nombreux à demander l'asile en Europe, les Érythréens et les Érythréennes sont récemment devenus la cible de débats publics et de manœuvres politiques visant à discréditer leurs prétentions à obtenir une protection et un droit de séjour. Fin 2014, le Danemark a tenté d'infléchir sa politique envers les demandeurs d'asile érythréens en publiant un rapport sur la situation en Érythrée. Après de nombreuses critiques faites sur sa qualité et son parti pris, le gouvernement danois a finalement désavoué ce rapport. En Suisse, c'est en 2009, avec la proposition de révision de la loi sur l'asile visant à reconnaître la désertion comme motif insuffisant à l'octroi de l'asile, que l'UDC s'était ouvertement attaquée aux réfugiés érythréens. Plus récemment, le manque de données pertinentes a conduit certains politiciens à reconsidérer la possibilité de renvois en Érythrée tandis que d'autres se sont essayés à promouvoir l'aide au développement dans ce pays pour endiguer l'exode qui le frappe. Ces projets et ces déclarations montrent à quel point une appréciation raisonnée et solide de la réalité en Érythrée reste embryonnaire dans le débat politique et public en Suisse, tout comme en Europe. Face à cette situation plutôt inquiétante, il semble opportun de rappeler certains éléments.

Les raisons qui poussent des dizaines de milliers d'Érythréens et d'Érythréennes à prendre chaque année des risques inouïs¹ pour venir chercher une protection en Europe laissent peu de place aux motifs économiques. La mobilisation permanente au service national des hommes et des femmes âgés de 18 ans est la raison principale de cet exode qui dure depuis plus de quinze ans. Non seulement,

cette forme d'esclavage ne laisse s'épanouir aucune libertés individuelles et initiatives personnelles mais le service induit également des effets pervers : les mobilisés sont à la merci de leurs supérieurs et des manœuvres de déstabilisations que les élites organisent au sein même de l'État et de l'armée pour se maintenir au pouvoir. Sans aucun moyen de se défendre, les mobilisés, ainsi que leur famille, se retrouvent dans une situation de vulnérabilité et d'insécurité extraordinaire. Le caprice d'un supérieur, un contrôle policier, une dénonciation, la destruction d'une maison, ou la saisie des terres d'un village peut faire basculer l'équilibre précaire des familles et parfois même la santé mentale des individus. Sans procès et sans sentence, les Érythréens et les Érythréennes sont relocalisés, destitués et incarcérés sans savoir ni pour quels motifs, ni pour combien de temps. Au-delà de l'aberration du service national dans sa forme actuelle, c'est aussi la situation qu'il produit – ces risques et cette insécurité autant que les violences physiques – qui pousse les Érythréens et les Érythréennes à fuir leur pays et à déclarer, sur la route des sévices vers l'Europe, qu'il est préférable de mourir en mer que de rester au pays.

A ceux qui avancent que la situation en Érythrée s'est améliorée ces dernières années, il faut rappeler qu'aucun changement majeur n'a eu lieu dans le pays depuis le début de la répression il y a 15 ans. Les annonces faites par le gouvernement érythréen de relancer le processus constitutionnel et de limiter le service national à 18 mois, sont restées des mots jetés en l'air, comme toutes les autres déclarations faites depuis des années. Le régime ne peut pas démobiliser et faire marche arrière sans mettre fin à ses propres jours. Comment alors le prendre au sérieux, croire en sa fiabilité, à ses engagements et à ses responsabilités ? Peut-on raisonnablement financer le développement en Érythrée, sachant que seules les compagnies du parti exploitant des mobilisés seront autorisées à mettre en œuvre les programmes ?

Les Érythréens et les Érythréennes vont continuer d'arriver en Europe. Faciliter leur périple et leur donner les moyens de reconstruire leurs vies représente l'objectif principal sur lequel la Suisse et l'Europe doivent se concentrer. Or, leur vécu dans un contexte liberticide et répressif rend leur intégration difficile. Les Érythréens et les Érythréennes doivent d'abord apprendre à apprendre et regagner confiance en eux et envers les collectivités avant de se prendre en main et devenir enfin les acteurs de leur avenir.

*David Bozzini*²

¹ Parmi ces risques on notera : le passage de la frontière, des marches de plusieurs jours dans le désert, le risque de kidnapping, de viol et de torture au Soudan et en Égypte, le racket, les incarcérations arbitraires et les violences en Libye, l'absence de protection et d'infrastructure d'accueil en Israël (ainsi que la détention illimitée) et bien entendu la traversée de la mer Méditerranée sur des embarcations de fortune et de surcroît surchargées.

² David Bozzini, anthropologue spécialiste de l'Érythrée, est chercheur postdoc au Graduate Center of the City University of New York (CUNY).

Guido Wizent¹

Das Recht auf Asylsozialhilfe: Ein kritischer Blick auf ein Sonderrecht

In der Asylsozialhilfe bestehen gegenüber der allgemeinen Sozialhilfe zahlreiche Besonderheiten und das Asylsozialhilferecht hat sich zu einem eigentlichen Sonderrecht entwickelt. Dieses ist grösstenteils Ausdruck von migrations- und finanzpolitischen Anliegen, die mit den humanitären Zielen der Sozialhilfe in Konflikt geraten. Das Sonderrecht ist in mancher Hinsicht rechtlich fragwürdig, was nachfolgend näher ausgeführt wird.

1. Idee der Sozialhilfe: Angemessene grundrechtliche Entfaltung in Not

Die Idee der rechtlichen Freiheit ist ohne die Gewährung sozialer Rechte unvollständig. Einen zentralen Stellenwert nimmt hierbei das soziale Menschenrecht auf Sozialhilfe² ein, ohne welches die grundrechtliche Entfaltung für notleidende Armutsbetroffene toter Buchstabe bliebe. Die Kernaufgabe der Sozialhilfe liegt darin, in letzter sozialstaatlicher Instanz die Menschenwürde in einer Notlage zu sichern. Zu diesem Zweck ist sie universalistisch als Rettungsanker für alle Bedürftigen konzipiert. Im Zentrum steht die Garantie eines sozialen Existenzminimums: die – stets und notwendig kontextspezifische – Gewährung angemessener Autonomie in Not.³

2. Unterschiedliche Existenzminima in der Sozialhilfe

Trotz der menschenrechtlichen Fundierung erhalten nicht alle ein und dasselbe Existenzminimum. Personen ohne Aufenthaltsbefugnis haben lediglich Anspruch auf Nothilfe (Art. 12 BV) und die Asylsozialhilfe weist ein deutlich geringeres Leistungsniveau als die allgemeine Sozialhilfe

für Einheimische auf.⁴ Zudem bestehen aufgrund der föderalen Strukturen mitunter erhebliche kantonale und gar innerkantonale Unterschiede.

Für Personen aus dem Asylbereich ist die finanzielle Unterstützung aus verschiedenen Gründen unübersichtlich und uneinheitlich. Das hängt mit dem föderalen Aufbau, den oft rudimentären und häufig ändernden Gesetzen, aber auch mit den diversen Personengruppen, die von Rechts wegen unterschieden werden müssen, zusammen. So erhalten manche Asylsuchende wesentlich mehr Geld als andere. Einige wohnen in Asylheimen, andere in Containern oder in Wohnungen. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende leben mancherorts in speziellen Unterkünften, andere zusammen mit Erwachsenen.⁵

3. Asylsozialhilfe im engeren Sinn: Hilfe für Asylsuchende und vorläufig Aufgenommene

Auf Sozialhilfe im Asylbereich besteht ein bundesrechtlicher Anspruch (Art. 81 Asylgesetz, AsylG). In der ersten Aufenthaltsphase in einem Empfangs- und Verfahrenszentrum des Bundes wird der notwendige Lebensunterhalt vor allem durch Sachleistungen abgedeckt. Danach werden die Asylsuchenden den Kantonen zugeteilt, welche in dieser zweiten Phase für die Sozialhilfe zuständig sind. Mitunter wird diese Aufgabe an die Gemeinden delegiert oder sind Hilfswerke hiermit betraut. Jeder Kanton kann die Höhe und Art der Leistungen je nach Aufenthaltsstatus bis zu einem gewissen Grade selbst bestimmen.⁶

- Flüchtlinge et al.: Die anerkannten Flüchtlinge⁷, Staatenlosen und Schutzbedürftigen mit Aufenthaltsbewilligung sind den Einheimischen sozialhilferechtlich gleichgestellt (vgl. schon Art. 23 Genfer Flüchtlingskonvention). Sie werden wirtschaftlich im Rahmen der allgemeinen Sozialhilfe unterstützt.
- Asylsuchende et al.: Hinsichtlich der Asylsuchenden, Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig Aufgenommenen (Art. 86 Ausländergesetz, AuG)⁸ wird das kantonale Sozialhilferecht durch di-

¹ Guido Wizent ist Lehrbeauftragter für Sozialhilferecht an der Universität Zürich und Autor des Buches «Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit».

² Siehe insb. Art. 12 Bundesverfassung (BV, SR 101); Art. 22 und Art. 25 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (AEMR); Art. 9, 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt I (SR 0.103.1); Art. 26 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 1 Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107); Art. 28 Behindertenrechtskonvention (BRK, SR 0.109); ausdrücklich ferner Art. 13 (revidierte) Europäische Sozialcharta (ESC, von der CH noch nicht ratifiziert); Art. 34 Abs. 3 Grundrechtecharta der EU; Art. 17 Abs. 2 Aufenthaltserichtlinie 2013/33/EU (für die CH nicht verbindlich).

³ Z. B. Grube, Christian, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII. Sozialhilfe. Kommentar, 5. Aufl. München 2014, Einl. Rz. 53 f.; zur kontextbezogenen Autonomie beim Art. 12 BV eindrücklich Amstutz, Kathrin: Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002, S. 71 ff., 142 ff.

⁴ Das BGER lässt diese Differenzierungen zu, BGE 131 I 166, E. 8.2.

⁵ Anschaulich: MNA-Charta zu den Anliegen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (MNA) in der Schweiz (MNA-Charta). Erarbeitet von MNA des SAJV-Projekts Speak out! 2014.

⁶ Art. 3 AsylV 2 (Asylverordnung 2; SR 142.312); SODK, Asylgesetzrevisi- (10.052): Unterstützungsleistungen der Kantone im Asylbereich, Sommer 2012 (SODK, Unterstützungsleistungen), Beilage 1; Hänzli, Claudia: Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 59 ff.

⁷ Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge sind den Flüchtlingen gleichgestellt, Art. 59 AsylG und Art. 86 Abs. 1 AuG (Ausländergesetz, SR 142.20).

⁸ Art. 86 AuG verweist auf die Bestimmungen zur Asylsozialhilfe; vorläufig Aufgenommene sind Personen, bei denen sich der Vollzug der Wegweisung als unzulässig, unzumutbar oder unmöglich erwiesen hat, Art. 83 AuG.

verse bundesrechtliche Vorgaben (AsylG und entsprechende Verordnungen) überlagert.

- Ausreisepflichtige Personen (etwa Personen mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid): Diese erhalten keine Sozialhilfe, sondern lediglich Nothilfe, wie sie jeder notleidenden Person, die sich in der Schweiz aufhält, von Verfassung wegen zusteht (Art. 12 BV).⁹

Der Bund gilt den Kantonen die aufgrund der Umsetzung des Bundesrechts entstehenden Kosten mit je nach Personengruppe variierenden Pauschalen ab (Art. 88 ff. AsylG). Bei der Hilfe, die den Asylsuchenden et al. ausgerichtet wird, handelt es sich um die eigentliche *Asylsozialhilfe*, die im Folgenden im Zentrum steht.

4. Inhaltliche Charakteristika der Asylsozialhilfe

Die Asylsozialhilfe bewegt sich in besonderem Masse «in einem Spannungsfeld zwischen Schutz der Menschenwürde der Betroffenen einerseits und der Realisierung asyl-/migrations-, finanz- und gesellschaftspolitischer Interessen und Zielsetzungen andererseits»¹⁰. Mit wenigen Worten lässt sich festhalten, dass es sich bei der Asylsozialhilfe um eine reduzierte Sozialhilfe handelt, die auf die spezifischen Unterbringungssituationen angepasst ist. Die Leistungen werden teils in Form von Naturalien ausgerichtet. Sind Sachleistungen nicht möglich oder sinnvoll, werden Geldbeträge ausbezahlt. Im Einzelnen weist die Asylsozialhilfe stichwortartig folgende generellen Charakteristika auf:¹¹

- Die Asylsuchenden et al. werden in vielen Kantonen zunächst in *Kollektivstrukturen* untergebracht. Erst nach einer gewissen Zeit werden sie auf die Gemeinden verteilt respektive in individuellen Wohnungen untergebracht.
- Der *Ansatz für die Unterstützung* hat von Bundesrechts wegen unter dem Ansatz der allgemeinen Sozialhilfe zu liegen (Art. 82 Abs. 3 AsylG). Der durchschnittliche Grundbedarf liegen 20 bis 60% unter den Ansätzen der allgemeinen Sozialhilfe.¹² Die Höhe hängt auch davon ab, ob die Betroffenen in Kollektivunterkünften oder in individuellen Unterkünften untergebracht sind. Mitunter sind die Ansätze kaum höher als die Nothilfe. Die

vorläufig Aufgenommen werden nur in den Kantonen Basel-Stadt und Zürich von Beginn weg im Rahmen der allgemeinen Sozialhilfe unterstützt.¹³

- Bei den *Grundbedarfen von Kindern und Jugendlichen* werden vereinzelt Abschläge und graduelle Stufungen (zum Beispiel bis 11 Jahre und 12–17 Jahre) vorgenommen.
- Die Unterstützungsleistungen werden oft nicht monatlich, sondern *wöchentlich* oder zweimal im Monat ausbezahlt.
- Es gilt der *Sachleistungsgrundsatz* (Art. 82 Abs. 3 AsylG). Allerdings werden die Asylsuchenden et al. auch mit Geldbeträgen unterstützt, zumal sich die Abgabe von Sachleistungen als administrativ schwierig und aufwendig erweisen kann.
- Es bestehen weitergehende *Sanktionstatbestände* als in der allgemeinen Sozialhilfe. So soll auch unkooperatives Verhalten im Asylverfahren, die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der Umstand der strafrechtlichen Verfolgung (sic!) oder Verurteilung sozialhilferechtlich geahndet werden können (Art. 83 Abs. 1 lit. h–k AsylG).
- Sind die Asylsuchenden et al. erwerbstätig, haben sie zum Zwecke der Rückerstattung eine *Sonderabgabe auf Erwerbseinkommen* zu leisten (Art. 86 AsylG; Art. 88 AuG). Aus demselben Grund können ihre Vermögenswerte durch *Vermögenswertabnahme* sichergestellt werden (Art. 87 AsylG; Art. 88 AuG). Zurückzuerstatten sind nicht «nur» die Sozialhilfeleistungen, sondern auch Reise- und Vollzugskosten sowie die Kosten des Rechtsmittelverfahrens (Art. 85 Abs. 1 AsylG).
- Es besteht eine *Vermutung der fehlenden Eigenmittel* (anfängliches Arbeitsverbot, geringe Bedeutung vorrangiger Sicherungssysteme, Einsatz des Vermögens für die Hilfe von Schleppern).¹⁴

Wesentliche Eigenheiten der Asylsozialhilfe sind somit bereits auf Bundesebene im Asylgesetz angelegt (Art. 80 ff.).

5. Massgeblichkeit der allgemeinen sozialhilferechtlichen Grundsätze?

Obige Besonderheiten laufen grösstenteils einem modernen, autonomie- und fähigkeitsorientierten Sozialhilfeverständnis zuwider. Gleichwohl gehören die Leistungen an Asylsuchende et al. zum *materiellen Sozialhilferecht*. Aufgrund der vielfältigen, nicht selten unklaren Rechts-

⁹ Die Aussetzung des Vollzugs eines Wegweisungsentscheids infolge einer an den UN-Ausschuss gegen Folter eingereichten Beschwerde ändert nichts daran, dass abgewiesene Asylsuchende nur Nothilfe erhalten: BGer, Urteil vom 5. Oktober 2011 (8C_459/2011).

¹⁰ Amstutz, Kathrin: Mindestanforderungen an die Sozialhilfe im Asylwesen, in: *Asyl* 2/2003, S. 28 ff., 28.

¹¹ Übersicht: SODK, Unterstützungsleistungen, Beilagen 1 und 2 (Fn. 5); siehe auch Amstutz (Fn. 2), S. 317 ff.

¹² Illes, Ruedi: Die Ausgestaltung der Sozialhilfe für Vorläufig Aufgenommene, in: *Asyl* 4/06, S. 18 ff., 18.

¹³ Der Kanton LU unterstützt seit 1.1.2016 die vorläufig Aufgenommenen wieder mit Asylsozialhilfe, s. § 7 Kantonale Asylverordnung vom 24.11.2015.

¹⁴ Z. B. Amstutz (Fn. 9), S. 29 (Fn. 12); Wizent, Guido: Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit. Ein Handbuch, Zürich/St. Gallen 2014, S. 547 f.

grundlagen ist allerdings weithin unklar, ob und inwieweit die allgemeinen sozialhilferechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Man denke nur an die zahlreichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Anrechnung von Vermögen und Einnahmen stellen, wie beispielsweise Schongrenzen beim Vermögenseinsatz, Einkommensfreibeträge, Handhabung von Personengemeinschaften usw. Im Sinn rechtsgleicher und voraussehbarer Behandlung sind präzisere Normen angezeigt.¹⁵

Namentlich bleibt auch im Unklaren, in welcher Hinsicht die sozialhilferechtlichen *Strukturprinzipien* zur Anwendung gelangen. So weist WOLFFERS darauf hin, dass die Grundprinzipien der allgemeinen Sozialhilfe massgebend seien, «wo die Fürsorge im Asylbereich keine Sonderregelungen kennt»¹⁶. Die Strukturprinzipien sind nicht dazu gedacht, ausdrückliche Sonderregelungen in ihr Gegenteil zu verkehren, auch wenn sie als Prinzipienormen rechtlich durchaus verbindlich sind.¹⁷

Doch darf nicht übersehen werden, dass einige derart eng mit der Menschenwürde (Art. 7 BV) und der Zielsetzung der Sozialhilfe verbunden sind, dass diese im gesamten Sozialhilferecht, also auch in der Asylsozialhilfe Geltung beanspruchen müssen. Das gilt insbesondere für das Bedarfsdeckungs-, Individualisierungs- und Finalprinzip, welche die Sozialhilfe als grundsätzlich konkrete, gegenwärtige, individuelle und verschuldensunabhängige Hilfe skizzieren.¹⁸

6. Kein geschlossener Kreis existenzsichernder Leistungen

Daraus folgt unter anderem, dass es auch in der Asylsozialhilfe keinen geschlossenen Kreis existenzsichernder Leistungen geben kann (Bedarfsdeckungs- und Individualisierungsprinzip). Die pauschalierende und typisierende Sicherung des *allgemeinen Lebensunterhalts* – Grundbedarf für die allgemeinen Lebenshaltungskosten, Wohnbedarf, medizinische Grundversorgung – ist nur geeignet, einen durchschnittlichen, bei vielen bestehenden Bedarf abzudecken. Für atypische – laufende oder einmalige – Bedarfslagen bzw. unabweisbare Sonderfälle muss stets eine Öffnungsklausel vorhanden sein.¹⁹

In der allgemeinen Sozialhilfe wird von situationsbedingten Leistungen gesprochen. Gerade auch in der Asylsozialhilfe erlangt dieser *besondere Lebensunterhalt* wichtige Bedeutung, speziell bei vulnerablen Personen (z. B. spezielle Unterbringungsformen, medizinische Mehrbedarfe).

7. Verfassungsrechtliche Bedenken

7.1 Unterstützungsansätze: Prozedurale Mängel

Nach den vom deutschen Bundesverfassungsgericht im Existenzsicherungsrecht aufgestellten prozeduralen Massstäben dürften die hiesigen Unterstützungsansätze in der Asylsozialhilfe zu einem grossen Teil verfassungswidrig sein:²⁰ Es ist zu bezweifeln, dass die – wie erläutert je nach Kanton unterschiedlich gestalteten – Ansätze das Kriterium eines tauglichen Berechnungsverfahrens erfüllen respektive ob ihnen überhaupt ein Bedarfsbemessungssystem zugrunde liegt. Auch ist davon auszugehen, dass wesentliche Tatsachen nicht vollständig ermittelt worden sind, da Kostenschätzungen und Schätzungen «ins Blaue hinein»²¹ einem Verfahren realitätsgerechter Ermittlung zuwiderlaufen. Das gesamte Asylsozialhilferecht basiert zudem auf einem kaum nachvollziehbaren Zahlenwerk. Dort, wo die Leistungsansprüche von Kindern pauschal unter denjenigen von Erwachsenen angesetzt worden sind,

¹⁵ In die richtige Richtung insoweit etwa die Asylverordnung im Kanton LU (Fn. 12), wo asylspezifische Zulagen aufgeführt werden (§ 10 ff.) und hinsichtlich Leistungskürzungen (auch) auf das allg. Sozialhilferecht verwiesen wird (§ 13).

¹⁶ Wolffers, Felix: Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 185.

¹⁷ Etwas unklar Ursprung Rudolf; Riedi Hunold Dorothea: Verfahrensgrundsätze und Grundrechtsbeschränkungen in der Sozialhilfe, in: ZBl 8/2015, S. 403 ff., 405, wonach es sich «nicht um zwingende Normen» handle. *Rechtsnormen* teilen sich strukturell in Regeln und Prinzipien auf (Prinzipientheorie); Normen bestehen also auch aus Prinzipien, die mit Robert Alexy als im Einzelfall zu optimierende Gebote aufgefasst werden können, derselbe, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Alexy u. a. (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, S. 217 ff. Prinzipien werden mittels einer Güterabwägung angewendet; deren (zu Unrecht immer wieder bestrittene) Rationalität liegt in der argumentativen, formalen Struktur begründet, aus der neueren Lehre insb. Portocarrero, Quispe: Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung. Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation, Kieler Diss. Baden-Baden 2014. Die sozialhilferechtlichen Strukturprinzipien stellen m. E. Prinzipien im Sinn der Prinzipientheorie dar und die *Bedarfskategorie* («notwendiger Lebensunterhalt») lässt sich erst mit der Prinzipientheorie methodisch adäquat erfassen, Wizent (Fn. 13), S. 200 ff., 206 f., 209 f., 270 ff.

¹⁸ Zum Finalprinzip in der Asylsozialhilfe und der erforderlichen Individualisierung Amstutz (Fn. 9), S. 31, 35. «Diese Prinzipien (...) folgen alle (...) aus dem *Wesen der Sozialhilfe* als Hilfe in einer konkreten gegenwärtigen Notlage für einen bestimmten individuell benennbaren Menschen. Dahinter steht die eigentliche Aufgabe der Sozialhilfe, die *Menschenwürde* zu sichern», Grube (Fn. 2), Einl. Rz. 53 (Hervorhebungen im Original).

¹⁹ Siehe z. B. § 12 Abs. 2 Kantonale Asylverordnung LU (Fn. 12); grundlegend zum Ganzen: BVerfG 9. 2. 2010, 1 BvL 1/09 («Hartz IV-Gesetz»); für die Asylsozialhilfe BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10 (AsylbLG); seither BVerfG 23. 7. 2014, 1 BvL 10/12.

²⁰ Grundlegend: BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rz. 87 ff. (AsylbLG). Es handelt sich um das Gebot prozeduraler Systemkonsistenz, wonach die Grundbedarfe in einem transparenten, folgerichtigen, sach- und realitätsgerechten Verfahren zu bestimmen sind, Hörmann, Jens-Hendrik: Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, Bochumer Diss. Hamburg 2013, S. 201 ff.; siehe auch Wizent (Fn. 13), S. 192 ff., 395 ff.

²¹ Vgl. dazu die Ausführungen von Gysin, Charlotte: Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Diss. Basel/Genf/München 1999, S. 132 Fn. 569, sowie: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 2012, Nationalrat, S. 1948, 2149, 2280; Ständerat, S. 1123, 1259.

stellt sich die Frage nach der empirischen Grundlage. Nicht zuletzt ist eine regelmässige und an sachgerechten Kriterien anknüpfende Anpassung der Beträge (Fort-schreibungsmechanismus) gesetzlich nicht geregelt.

Kurzum: Den Unterstützungsansätzen der Asylsozialhilfe haftet der *Mangel einer nicht hinreichend transparenten Ableitung* an. Angesichts der elementaren Leistungen, die hier auf dem Spiel stehen, werden sich die schweizerische Lehre²² und Rechtsprechung mit diesen Fragen auseinanderzusetzen zu haben. Zumal der sozialhilferechtliche Themenkomplex generell von hoher Brisanz und Aktualität ist. Einen wichtigen Anknüpfungspunkt dürfte das Willkürverbot (Art. 9 BV) darstellen: Es erscheint willkürlich, wenn existenzsichernde Sachverhalte nicht mit der nötigen Sorgfalt und Transparenz ermittelt und fortwährend überprüft werden.

7.2 Unterstützungsansätze: materielle Mängel

Über die prozeduralen Missstände hinaus stellt sich die Frage, ob die Unterstützungsansätze in der Asylsozialhilfe angesichts ihrer ins Auge springenden Differenz gegenüber der allgemeinen Sozialhilfe inhaltlich *evident* unzureichend²³ und ob sie unter *gleichheitsrechtlichen* Gesichtspunkten (Art. 8 Abs. 1 BV) zu rechtfertigen sind.

Hinsichtlich des ersten Aspekts ist festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht einen Abschlag von rund 35 Prozent zu Leistungen der allgemeinen Sozialhilfe als evidenten Verstoss gegen das Recht auf menschenwürdige Existenzsicherung erachtet hat. Bei den Kindern und Jugendlichen belief sich der Abstand gar auf zwischen 27 und 54%. Die Höhe der Geldleistungen war trotz erheblicher Preissteigerungen seit 1993 nicht verändert worden.²⁴ Zumindest bei einem längeren Aufenthalt stellt sich angesichts der erheblichen Abschläge gegenüber der allgemeinen Sozialhilfe auch bei uns die Frage, ob die Ansätze der Asylsozialhilfe nicht evident ungenügend sind.²⁵

In puncto rechtsgleicher Behandlung ist zu beachten, dass im Bereich existenzsichernder Leistungen ein *qualifi-*

ziertes Begründungserfordernis gilt, das den (durchaus weiten) Gestaltungsraum des Gesetzgebers relativiert.²⁶ Der im vorliegenden Zusammenhang immer wieder aufgeführte, hochspekulative *migrationspolitische Rechtfertigungsansatz*, wonach Zuwanderungsanreize zu verringern seien, genügt diesen Anforderungen nicht. Zumal weder belegt noch nachvollziehbar ist, dass das Zuwanderungsverhalten effektiv durch Sozialhilfeleistungen beeinflusst wird. Auch darf nicht auf die Zugehörigkeit oder eine gewisse Verbundenheit zur Schweiz abgestellt werden, da die Sozialhilfe universale Geltung hat und aufgrund Bedürftigkeit erbracht wird.²⁷

Des Weiteren rechtfertigt eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive allein keine Ungleichbehandlung, solange nicht feststeht, ob und wie sich diese wirklich auf existenzsichernde Bedarfe konkret auswirken.²⁸ Abgesehen davon, dass sich zahlreiche Asylsuchende et al. nicht nur für kurze Zeit in der Schweiz aufhalten. Zudem geht auch der Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes oder anderer Länder fehl; massgeblich können nur die hiesigen Lebensverhältnisse in der Schweiz sein (sozioökonomischer Kontext), dem Land, in dem das «Existenzminimum gewährleistet sein muss»²⁹. Schliesslich sind auch finanzpolitische Argumente qualitativ nicht geeignet, den Bedarf einer *bestimmten* Personengruppe einfach herabzusetzen.

Entscheidend ist, dass die unterschiedlichen Ansätze den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen, weshalb grundsätzlich nur effektiv vorhandene *Bedürfnisunterschiede* eine bedarfsrechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen können.³⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat das in seinem bahnbrechenden Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz wie folgt formuliert:³¹

«Ob und in welchem Umfang der Bedarf an existenznotwendigen Leistungen für Menschen mit nur vorübergehendem Aufenthaltsrecht (...) gesetzlich abweichend von dem gesetzlich bestimmten Bedarf anderer Hilfebedürftiger bestimmt werden kann, hängt allein davon ab, ob

²² Amstutz (Fn. 2), S. 151, 356, 377, hat diese Entwicklung im Kontext von Art. 12 BV vorweggenommen: «Die programmatische Ebene der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie bringt (...) *Argumente von erhöhter Bindungskraft* in den politischen Prozess ein, die der Gesetzgeber von Verfassung wegen zu berücksichtigen hat»; sowie: «Der Gesetzgeber hat im Bereich existentieller Leistungen eine erhöhte *Begründungspflicht*; dies gilt insbesondere dann, wenn gesetzliche Änderungen bestimmte Bevölkerungskreise faktisch übermässig stark (negativ) treffen.» (Hervorhebungen im Original).

²³ Zum Kriterium der Evidenz im Kontext von Art. 12 BV Müller, Jörg Paul; Schefer, Markus: Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 771.

²⁴ BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rz. 107 ff.

²⁵ Nichts anderes gilt für die *Nothilferegimes*; zur *Dynamik des Existenzminimums* beim Art. 12 BV insb. Amstutz (Fn. 2), S. 145 f., 332 f.; dieselbe (Fn. 9), S. 38; Müller; Schefer (Fn. 22), S. 769 f.

²⁶ Dies ergibt sich auch aus den Sozialzielen der BV (Art. 41) und dem internationalen Sozialrecht (z. B. KRK), Müller; Schefer (Fn. 22), S. 666 ff., m. H.; Amstutz (Fn. 2), S. 105 f., 292; dieselbe (Fn. 9), S. 35.

²⁷ Z. B. Hörmann (Fn. 19), S. 195 f., m. H.

²⁸ Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten, BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rz. 118.

²⁹ BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rz. 93; Währendorf, Volker, in: Grube/Währendorf (Fn. 2), S. 923.

³⁰ Amstutz (Fn. 9), S. 36, weist darauf hin, dass nicht an den Aufenthaltsstatus als solchen, sondern an die tatsächlichen Verhältnisse anzuknüpfen ist; vgl. auch BGE 131 I 166, E. 8.2; BGE 139 I 272, E. 3.3 und E.3.4; an der *Rechtsprechung* ist zu *bemängeln*, dass die (angeblichen) Bedarfsunterschiede (gesellschaftliche Integration) nicht näher substantiiert werden; zudem überzeugt die Heranziehung migrationspolitischer Argumente nicht; eingehender zum Ganzen Wizent (Fn. 13), S. 98 f., 101 f., 398 ff., 413 ff.

³¹ BVerfG 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rz. 100.

wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfsempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob durch die Kürze des Aufenthalts Minderbedarfe durch Mehrbedarfe kompensiert werden, die typischerweise gerade unter den Bedingungen eines nur vorübergehenden Aufenthalts anfallen.»

Ob die Asylsuchenden et al. aber tatsächlich geringere Bedarfe wie die Einheimischen aufweisen, steht aufgrund der nicht hinreichend transparenten Ableitung nicht fest.

7.3 Sanktionstatbestände (Art. 83 Abs. 1 AsylG): Rechtsstaatliche Mängel

Die weitgehenden Sanktionstatbestände sind in mehrfacher Hinsicht erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt. Diese liegen zunächst darin begründet, dass einige der Tatbestände auf Pflichtverletzungen beruhen, die nichts mit dem *sozialhilferechtlichen Unterstützungsverhältnis* zu tun haben:³² Unkooperatives Verhalten im Migrationsverfahren, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie strafrechtliche Verfolgung (sic!) oder Verurteilung (Art. 83 Abs. 1 lit. h–k AsylG) sind für die Sozialhilfe sachfremd und es ist nicht ihre Aufgabe, derlei Verhalten zu sanktionieren. Dafür sind migrations- und strafrechtliche Massnahmen vorgesehen. Es erscheint m. E. schlicht willkürlich und unverhältnismässig, die Sozialhilfe mit solchen *sach- und funktionsfremden Motiven* zu koppeln respektive sie für sozialhilferechtsfremde Zwecke einzusetzen.³³

Des Weiteren hat der Gesetzgeber den Sanktionskatalog rechtsdogmatisch wenig kohärent und präzise ausdifferenziert. Damit zusammenhängend geht daraus nicht hervor, in welchen Fällen die Leistungen «lediglich» zu kürzen und in welchen sie unmittelbar einzustellen sind. Dies läuft dem *Legalitätsprinzip* (Art. 5 Abs. 1 BV) zuwider und birgt das Risiko *unverhältnismässiger Reaktionen* auf Pflichtverletzungen (Art. 5 Abs. 2 BV), namentlich auch eines unzulässigen Eingriffs in das absolute geschützte *Grundrecht auf Nothilfe* (Art. 12 BV, Kerngehalt).

Mit Recht wird in der Lehre darauf aufmerksam gemacht, dass aufgrund der ohnehin knapp bemessenen Leistungen «für materielle Leistungskürzungen kaum

noch Raum» besteht (Art. 12 BV, Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) und im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes stets zu prüfen ist, «ob einem »Fehlverhalten« eines Asylsuchenden nicht mit andern Mitteln wirksam begegnet werden kann, etwa durch intensivere Kontrolle seitens der Behörden oder einer verschärften Rechenschaftspflicht der unterstützten Person hinsichtlich der Verwendung der Sozialhilfemittel».³⁴

Hinsichtlich des angestrebten *Motivationsprozesses* ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit auch zu berücksichtigen, inwiefern dieser mit einer Leistungskürzung überhaupt erreicht werden kann oder ob im konkreten Fall nicht etwa professionelle persönliche Hilfe (soziale Arbeit) zielführender wäre.

Es ist in erster Linie Sache der kantonalen Gesetz- und Verordnungsgeber, aber auch der Rechtsprechung und Verwaltung, diesen rechtsstaatlichen Defiziten und rechtsdogmatischen Unklarheiten bei der rechtlichen Konkretisierung entgegenzutreten und die einzelnen Pflichten samt Folgen ihrer Verletzung sozialhilferechtlich kohärent und präzise zusammenzustellen.

7.4 Weitere kritische Aspekte (Hinweise)

Über die Unterstützungsansätze und Sanktionstatbestände hinaus gibt es auch andere Aspekte der Asylsozialhilfe, die aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive kritisch sind.

Der *Sachleistungsgrundsatz* tritt in Konflikt mit dem Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsverbot und schränkt die grundrechtliche Autonomie erheblich ein, zumal Sachleistungen nicht einfach per se bedarfsdeckend sind (man denke an eine kindsgerechte Unterkunft, Speisung usw.). Den Asylsuchenden et al. darf jedenfalls nicht generell jegliches «Sackgeld» gestrichen werden.³⁵

Die *Sonderabgabe auf Erwerbseinkommen* führt zu einer sachlich kaum haltbaren faktisch doppelten Besteuerung (Art. 8 Abs. 1 BV) und ist für die vorläufig Aufgenommenen mit Flüchtlingseigenschaft und die Schutzbedürftigen mit Flüchtlingseigenschaft auch völkerrechtlich problematisch.³⁶ Die polizeilich motivierte *Vermögenswertabnahme* ist tendenziell diskriminierend.³⁷

³² Im Sozialhilferecht gibt es zwei Grundkategorien von Pflichten: solche, die auf dem Selbsthilfegedanken beruhen (Selbsthilfe- und Minderungs-pflicht) und solche, welche die sachverhaltliche Feststellung betreffen (Auskunfts- und Meldepflicht), z. B. Vogel, Urs: Rechtsbeziehungen – Rechte und Pflichten der unterstützten Person und der Organe der Sozialhilfe, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 177 ff. Die oben aufgeführten Pflichtverletzungen sprengen diesen Pflichtenkomplex.

³³ Ähnlich Wiebke, Judith; Brehme, Ricardo: Plädoyer für eine Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes, in: Krit. Justiz 47/2014, S. 330 ff., 335; eingehender Wizent (Fn. 13), S. 246 ff.; vgl. demgegenüber BGE 130 I 82, E. 4.2.

³⁴ Z. B. Amstutz (Fn. 2), S. 335 f.; eingehender dieselbe (Fn. 9), S. 30 ff.

³⁵ Z. B. Amstutz (Fn. 2), S. 296 ff., 336; dieselbe (Fn. 9), S. 34, 37; Wiebke; Brehme (Fn. 32), S. 332 ff.; gemäss BGE 135 I 119 verstosse eine ausschliesslich als Naturalleistung für Unterkunft und Verpflegung erbrachte Nothilfe als solche nicht gegen Art. 12 BV.

³⁶ Eingehender Kälin, Walter: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, Gutachten zuhanden UNHCR (Verbindungsbüro für die Schweiz), in: Asyl 4/01, S. 3 ff., 18–29; zu Art. 29 Genfer Flüchtlingskonvention siehe auch (nicht unproblematisch) BVGer 31.11.2012, C-1026/2009, E. 9.4.

³⁷ Ausführlicher zum Ganzen Wizent (Fn. 13), S. 452 ff.

Weitere Fragen bleiben offen: So wird etwa von einem Teil der Lehre nicht zu Unrecht bezweifelt, dass der Bundesgesetzgeber, solange die Kantone verfassungsrechtlich weiterhin für die Sozialhilfe bleiben, im Asyl- und Nothilfebereich über die bundesrechtlichen Subventionen hinaus über *Kompetenzen* im materiellen Sozialhilferecht verfügt.³⁸ Im Bereich der *medizinischen Grundversorgung* wird auf die Problematik der Einschränkung der freien Wahl der Leistungserbringer (Art. 10 Abs. 2 BV)³⁹ und der Beschränkung auf Notversorgungskosten bei Zahnbehandlungen aufmerksam gemacht.⁴⁰ Mit Bezug auf das unmittelbar grundrechtlich geschützte Existenzminimum wird eine *Rückerstattungspflicht* für rechtmässig bezogene Leistungen als unzulässig erachtet.⁴¹

Nicht zuletzt stellen sich auch zahlreiche Fragen hinsichtlich des verfassungs- und völkerrechtlich garantierten Rechts auf eine *angemessene Unterkunft* (Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I, Art. 12 BV), das m. E. auch in der Schweiz mitunter verletzt wird (Ausgrenzungsproblematik, teilweise prekäre Verhältnisse in unterirdischen Zivilschutzanlagen, Randlage). Gerade in Kollektivunterkünften oder unterirdischen Zivilschutzanlagen ist auf die spezifischen Bedürfnisse von *weiblichen Asylsuchenden* und *Kindern* Rücksicht zu nehmen. Auch wenn die Unterbringung eines jungen, ledigen und gesunden Mannes ohne Familienanhang in einer Zivilschutzanlage nach der Rechtsprechung mit Art. 12 BV vereinbar ist, kommt man um eine differenzierte Betrachtung nicht umhin, wobei unter anderem der Zeitfaktor, das Geschlecht, das Alter, der Gesundheitszustand und das Kindeswohl (11 Abs. 1 BV, Art. 3 KKK) zu berücksichtigen sind.⁴²

Kindsgerechte Unterkünfte respektive die Unterstützung von *minderjährigen unbegleiteten Asylsuchenden* (UMA) stellen akute menschenrechtliche Brennpunkte dar. Die Schweiz wurde in diesem Zusammenhang mehrfach gerügt; jüngst befasste sich hiermit gar der UN-Ausschuss gegen Folter, der in seinen Schlussbemerkungen vom August 2015 unter anderem Verbesserungen bei der Unterbringung von UMA (Problematik von Zivilschutzanlagen und ähnliches) fordert.⁴³

³⁸ So z. B. Uebersax, Peter: Nothilfe: Gesetze auf Verfassungsmässigkeit prüfen, in: Plä 4/06, S. 44 ff., 48, m. H.

³⁹ Insb. auch hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage (Art. 82a Abs. 3 AsylG), Coullery, Pascal: Asyl und Krankenversicherung: Die Einschränkung der Wahl des Leistungserbringers aus grundrechtlicher Sicht, in: Asyl 3/03, S. 3 ff.

⁴⁰ Letzteres ist zudem auch völkerrechtlich problematisch, Wizent (Fn. 13), S. 409 f.; siehe auch Planungs- und Behandlungsempfehlungen VKZS. Empfehlungen für Standards von Zahnbehandlungen im Bereich Ergänzungsleistungen, Sozialhilfe und Asylwesen. Einleitung, VKZS Basel 2014, S. 6 f.

⁴¹ So überzeugend Amstutz (Fn. 9), S. 37.

⁴² Amstutz (Fn. 2), S. 214 f., 219 f., 221, 223 f., 226 ff.; vgl. auch EGMR (GK), Urteil vom 04. November 2014, Tarakhel gegen die Schweiz (Nr. 29217/12), Ziff. 118 ff.

⁴³ CAT/C/CHE/CO/7, Empfehlung 18; Schlussbemerkungen UN-Kinderrechtsausschuss, CRC/C/CHE/CO/2-4 (2015), Rz. 69.

7.5 Zwischenfazit: Gleichstellung der vorläufig Aufgenommenen mit den Einheimischen ab dem Entscheid über die vorläufige Aufnahme

Die umrissenen verfassungsrechtlichen Bedenken verschärfen sich für die vorläufig Aufgenommenen. Denn diese halten sich in der Realität gerade nicht nur vorübergehend hier auf, sondern bleiben zum weitaus grössten Teil für immer in der Schweiz.⁴⁴ Namentlich lässt sich bei der Höhe der Unterstützungsansätze das Argument der (möglicherweise) geringeren Bedarfe zufolge eines nur kurzfristigen, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalts nicht anführen, zumal für diese Personengruppe ein gesellschaftlicher und beruflicher Integrationsauftrag besteht (vgl. Art. 55 AuG).

Gibt es aber – speziell auch hinsichtlich der Integration – ab dem Entscheid über die vorläufige Aufnahme keine effektiven Bedürfnisunterschiede (mehr), lässt sich mit dem erhöhten gerichtlichen Kontrollmassstab entgegen der Rechtsprechung eine generelle bedarfsrechtliche Ungleichbehandlung mit den Einheimischen respektive Gleichbehandlung mit den Asylsuchenden nicht (mehr) rechtfertigen.⁴⁵ Vorläufig aufgenommene Ausländer befinden sich gerade nicht in einer vergleichbaren Situation wie die Asylsuchenden.

Für die Gleichbehandlung sprechen im Übrigen auch handfeste *Integrationsgründe*. Vorläufig Aufgenommene müssen – wie anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Flüchtlinge – besser und rascher integriert werden, da sie oft nur über geringe sprachliche und berufliche Fähigkeiten und Möglichkeiten verfügen. Dazu sind sie gleich wie die einheimischen Sozialhilfebeziehenden zu behandeln: «(...) die Gleichbehandlung der vorläufig Aufgenommenen mit anderen Sozialhilfebeziehenden macht es möglich, dass die Integrations- und Sanktionsinstrumente der SKOS beziehungsweise der kantonalen Sozialhilfegesetzgebungen zur Anwendung kommen können».⁴⁶

⁴⁴ Zur Aufenthaltssituation nur Hofstetter, Ruedi: Die Herausforderungen aus der Sicht der Sozialhilfe, in: ZeSO 2/15, S. 25.

⁴⁵ Ähnlich Illes (Fn. 11), S. 21 f.; Trummer, Muriel: Entwicklungen im Bereich des komplementären Schutzes in der Schweiz und in der Europäischen Union, in: Asyl 2/12, S. 10 ff., 19 f.; anders: BGE 130 I 1, E. 3.6. Europarechtlich ist der «*Kurzaufenthalt*» als ein Aufenthalt von bis zu drei Monaten definiert, Wiebke; Brehme (Fn. 32), S. 336.

⁴⁶ Hofstetter (Fn. 43), S. 24 f.; siehe auch Illes (Fn. 11), S. 20 f. Auch das neue Asylrecht lässt hierfür m. E. trotz des Verweises in Art. 86 Abs. 1 AuG durchaus Raum, siehe Wizent (Fn. 13), S. 144; dass der für die Asylsuchenden (neu) zwingend tiefere Ansatz (Art. 82 Abs. 3 AsylG) für die vorläufig Aufgenommenen nicht zwingend sein kann, trägt auch den verfassungsrechtlichen Bedenken sowie dem transnationalen Menschenrechtsschutz (Fn. 1) Rechnung.

8. Schlussbetrachtung: Reflexive demokratische Prozesse

Im Asylsozialhilferecht stehen elementarste Leistungen für eine besonders schutzbedürftige und verletzte Personengruppe im Raum⁴⁷, die vom demokratischen Rechtssetzungsprozess ausgeschlossen ist und die über die sie erfassenden Gesetze nicht befinden konnte. Nehmen Asylsuchende Sozialhilfe in Anspruch, wird gleich «in zweifacher Hinsicht an ein Merkmal mit Diskriminierungspotential angeknüpft (...): den Status der Sozialhilfeabhängigkeit einerseits und den Ausländerstatus andererseits».⁴⁸ Armutsbetroffene Asylsuchende befinden sich in einer vielschichtigen Outsider-Situation.

Das angesprochene demokratische Paradox und die Diskriminierungsproblematik bergen von vornherein das Risiko, dass die rechtliche Freiheit unzulässig beeinträchtigt wird – erst recht in Zeiten, in denen ein formales Demokratieverständnis mit Mehrheitsentscheid im Vordergrund steht («absolute Demokratie»), und nicht die «Kunst des Argumentierens, der Auseinandersetzung, des Verhandelns», die doch «substantiell das Wesen der Demokratie ausmacht».⁴⁹

Die ausgrenzenden Folgen können durch *reflexive* demokratische Prozesse, durch fortlaufende diskursive Neuverhandlung und Reform abgemildert werden. Gefordert sind sämtliche staatlichen Organe und die demokratische Öffentlichkeit. Für die Vermittlung zwischen kontextübergreifenden, transnationalen Normen und der Verfassung sowie demokratischen Mehrheiten hat die türkisch-amerikanische Philosophin SEYLA BENHABIB auf abstrakter Ebene den Begriff der «demokratischen Iterationen» entwickelt. Darunter versteht sie «komplexe öffentliche Debatten, Verhandlungen und Lernprozesse, in denen Institutionen des Rechts und der Politik und die Öffentlichkeit über universalistische Rechtsansprüche streiten, sie kontextualisieren, verteidigen und reformieren».⁵⁰ Mit anderen Worten: Nur durch ein Verhältnis so-

wohl zu Menschenrechten wie auch zu demokratischer Selbstbestimmung lässt sich Zugehörigkeitsgerechtigkeit (just membership), ohne welche soziale Gerechtigkeit und Bedarfsgerechtigkeit auf halbem Weg stehen bleiben, angemessen bestimmen.

Damit zusammenhängend kommt die schweizerische Praxis nicht umhin, sich vermehrt um ein auch *transnationales Verständnis der Asylsozialhilfe* zu bemühen, insbesondere im Zusammenhang mit spezifischen Personengruppen wie Kindern oder Personen mit Behinderung (kinder- und behindertenspezifische Existenzminima usw.), aber auch hinsichtlich geeigneten Verfahren zur Bedarfsbestimmung oder dem besonderen Lebensunterhalt. Dies sollte eingehender untersucht werden, auch mit Blick auf die vorliegend nicht näher beleuchteten kantonalen Nothilferegimes (Art. 12 BV). Für das Recht auf Sozialhilfe bedeutsame Konventionen stellen bei uns gegenwärtig namentlich der UNO-Pakt I, die KRK und BRK, aber auch die Antirassismuskonvention (Art. 2 Abs. 2 und Art. 5 lit. e) dar.⁵¹ Die schweizweit *unterschiedliche* Umsetzung dieser Vorgaben läuft nicht zuletzt der Verminderung der Chancenungleichheit der Armutsbetroffenen zuwider (man denke etwa an kindsgerechte Unterkünfte).

Das Asylsozialhilferecht ist verfassungsrechtlich kritisch. Die Mängel sind systematisch. Vieles spricht deshalb für einen *Paradigmenwechsel*, namentlich bei den vorläufig Aufgenommenen: Abschaffung des Sonderrechts und grundsätzliche Gleichstellung mit der allgemeinen Sozialhilfe.⁵²

Zum Schluss soll einer Gruppe von über 30 unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden aus verschiedenen Kantonen der Schweiz das Wort gegeben werden, die ihr Anliegen wie folgt zusammenfassen:

«Unabhängig davon, ob wir Schweizer oder ausländische Jugendliche sind, bleiben wir alle Menschen. Wir fordern Gleichheit und Solidarität für alle. Wir wollen nicht in einer Schweiz leben, die stets zwischen Ausländer/innen und Schweizer/innen unterscheidet. Denn am Ende wollen alle lernen und sich weiterbilden. Jede/r hat das Recht sich eine Zukunft zu bauen.»⁵³

Das Menschenrecht auf Sozialhilfe leistet einen unverzichtbaren Beitrag zur Verminderung der gesellschaftlich ungleich verteilten grundrechtlichen Chancen. Es ist zu wünschen, dass dessen – rechtlich aufgetragene – *progressive* Verwirklichung (z. B. Art. 41 BV und Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I) im Asylbereich ernster genommen wird als bis anhin.

⁴⁷ Prägnant Benhabib, Seyla: Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger, 1. Aufl. Frankfurt a. M. 2008, S. 162, 166: «Da Flüchtlinge und Asylsuchende oft in speziellen, von der übrigen Gesellschaft abgeschnittenen Unterkünften untergebracht werden und keine Arbeitserlaubnis erhalten, werden sie leicht zum Ziel fremdenfeindlicher Ressentiments und Gewalttaten. (...) Sie werden als quasi-kriminelle Elemente behandelt, deren Interaktion mit der übrigen Gesellschaft schärfstens überwacht werden muss. (...) Auch eine der fortschrittlichsten Rechtsordnungen der Welt wie die europäische weist Flüchtlingen und Asylsuchenden heute noch einen quasi-kriminellen Status zu».

⁴⁸ Amstutz (Fn. 9), S. 37; grundlegend Suter, Alexander: Armut und Diskriminierung. Eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz, Basler Diss. Zürich/St. Gallen 2015.

⁴⁹ Thüer, Daniel: Res publica. Von Menschenrechten, Bürgertugenden und neuen Feudalisten, Zürich/St. Gallen 2011, S. 21.

⁵⁰ Benhabib (Fn. 46), S. 30 ff., 51 ff., 165 ff., 173 ff. Auf das Recht angewendet handelt es sich in ihren Augen um «jurisgenerative Debatten», «in deren Verlauf eine demokratische Nation jene Leitnormen und -prinzipien, zu denen sie sich bekennt, neu interpretiert, und damit zugleich

beweist, dass sie nicht nur der *Gegenstand*, sondern auch *Urheber* der Gesetze ist» (a. a. O., S. 177; Hervorhebungen im Original).

⁵¹ SR o.104; ferner schon Fn. 1.

⁵² Für D ebenso: Wiebke, Brehme (Fn. 32), passim.

⁵³ MNA-Charta, S. 13 (Fn. 4).

Zusammenfassung

Das Menschenrecht auf Sozialhilfe will angemessene Autonomie für notleidende Armutsbetroffene sichern. Trotz der menschenrechtlichen Fundierung steht es nicht allen Personen gleichermaßen zu. Bei der Asylsozialhilfe handelt es sich um eine reduzierte Sozialhilfe, die unübersichtlich geregelt ist und die rechtlich fragwürdige Besonderheiten aufweist. Es ist unklar, inwieweit die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen. Fest steht, dass es auch in der Asylsozialhilfe keinen geschlossenen Kreis existenzsichernder Leistungen geben kann. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht nur hinsichtlich der intransparenten, tiefen Unterstützungsansätze. Die Mängel sind systematisch und verschärfen sich für die vorläufig Aufgenommenen. Vieles spricht für einen Paradigmenwechsel. Eine wesentliche Rolle spielen hierbei reflexive demokratische Prozesse, wobei sämtliche staatlichen Organe und die demokratische Öffentlichkeit gefordert sind.

Résumé

Le droit à l'aide sociale vise à garantir une autonomie raisonnable aux personnes vivant dans la précarité. Bien qu'il se fonde sur les droits de l'homme, ce droit n'est pas le même pour toutes les personnes. L'aide sociale en matière d'asile est une aide sociale réduite dont la réglementation s'avère confuse et qui présente des particularités juridiquement discutables. Il est difficile de déterminer dans quelle mesure les principes généraux sont appliqués. Ce qui est sûr, c'est que l'aide sociale en matière d'asile ne peut pas non plus constituer un circuit fermé de prestations couvrant les besoins vitaux. Les réserves d'ordre constitutionnel ne se limitent pas à l'opacité du système et aux barèmes très bas en vigueur. Les lacunes sont systématiques et s'aggravent pour les personnes admises à titre provisoire. Il y a des arguments indéniables en faveur d'un changement de paradigme. Les processus démocratiques de réflexion, qui représentent un défi pour tous les organes de l'Etat et l'opinion publique démocratique, jouent ici un rôle fondamental.

Sylvain Félix¹

Les nouvelles carrier sanctions et les autres présomptions « déifiantes » du droit d'asile

1. Introduction

Qu'il prêche des intentions peu louables aux sujets de droit ou qu'il cherche à sanctionner des comportements qu'il juge répréhensibles, le législateur suisse a fréquemment recours – en matière de migrations – à des présomptions que l'on peut qualifier de « déifiantes » vis-à-vis des administrés.

Les lignes qui suivent tentent d'illustrer les divers mécanismes présomptifs relevant de cette problématique, à commencer par les nouvelles carrier sanctions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr).

2. Carrier sanctions

2.1 Généralités

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'acquis de Schengen², qui est effective en Suisse depuis le mois de décembre 2008, notre pays est tenu de prévoir des sanctions pécuniaires contre les compagnies aériennes qui violent leurs obligations en matière migratoire (carrier sanctions)³. Le but poursuivi par ces mesures est la réduction du nombre de passagers étrangers dépourvus de documents de voyage ou de visas valables.

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) a toujours exprimé une grande réticence face aux carrier sanctions, qui pourraient empêcher les personnes nécessitant une protection internationale d'obtenir l'asile⁴. Certains commentateurs soulignent cependant que ces sanctions ne violent pas le principe du non-refoulement prévu tant par la Convention relative au statut des réfugiés que par la Convention européenne des droits

de l'homme⁵. En tout état de cause, plusieurs dispositions du droit Schengen en la matière réservent (explicitement) les engagements des Etats découlant de la Convention relative au statut des réfugiés⁶. L'enjeu est évidemment de taille : la lutte contre l'immigration irrégulière ne saurait être menée au détriment des requérants d'asile cherchant la protection de notre pays.

La Suisse a tout d'abord opté pour des carrier sanctions de nature pénale dans la LEtr⁷, avant de soumettre les procédures en question au droit administratif dès le 1^{er} octobre 2015⁸.

Trois mots-clés permettent d'analyser cette révision partielle de la LEtr : présomptions, collaboration et atténuations.

2.2 Présomptions

Une entreprise d'aviation qui transporte un passager dépourvu de visa valable lui permettant d'entrer dans l'espace Schengen via la Suisse est présumée violer son devoir de diligence. Elle peut donc être frappée d'une sanction pécuniaire de CHF 16 000.– dans les cas les plus graves, sauf si cette compagnie prouve, par exemple, que le passager était en possession d'un document savamment contrefait (art. 92 et 122a LEtr).

De même, l'entreprise de transport aérien qui tarde à transmettre au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) les données relatives aux passagers de certains vols sera présumée violer son obligation de communiquer – et donc sanctionnée, à moins qu'elle ne prouve notamment que la transmission de données était techniquement impossible (art. 104 et 122b LEtr).

Cette double présomption a été introduite dans la LEtr, en lieu et place de l'obligation faite à l'autorité administrative de prouver la faute – au sens pénal – commise par les compagnies aériennes dans ce contexte⁹. Ce nouveau paradigme probatoire proposé par le Conseil fédéral – et qui n'a pas été remis en cause durant les débats parlementaires – vise explicitement à optimiser les procédures en question¹⁰.

¹ Sylvain Félix, doctorant en droit. Cet article constitue un développement de la contribution « *Les compagnies aériennes, déléguées des gardes-frontières ?* » parue dans la revue *Vivre Ensemble*, Genève 2015, n° 155, pp. 14-15.

² Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen.

³ Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers du 8 mars 2013, Feuille fédérale (FF) 2013 2277 (ci-après : Message 2013), pp. 2281 et 2290.

⁴ UNHCR, Tool Boxes on EU Asylum Matters. Tool Box 2 : The Instruments, Bruxelles 2003, pp. 518, 527 et 565.

⁵ Hermann Mathias, *ad art. 120a aLEtr*, in Caroni Martina et al., *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, pp. 1228 ss.

⁶ Art. 26 par. 2 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 ; considérant 3 et art. 4 par. 2 de la Directive 2001/51/CE du 28 juin 2001.

⁷ Hermann Mathias, *ad art. 120a et 120b aLEtr*, in Caroni Martina et al., *op. cit.*, pp. 1233 et 1242.

⁸ Art. 122c LEtr. Message 2013, p. 2310.

⁹ Message 2013, pp. 2283 à 2285 et p. 2305.

¹⁰ Bulletin officiel (BO) 2014 E 285-287 ; BO 2014 N 1038-1040. Message 2013, p. 2284.

2.3 Collaboration

La problématique de l'établissement des faits est au cœur de ce nouveau système de sanctions. Les autorités administratives qui appliquent le droit des étrangers et le droit d'asile sont soumises à la maxime inquisitoire, ce qui signifie qu'elles doivent établir d'office les faits pertinents et administrer les preuves utiles¹¹. L'obligation des administrés de collaborer à l'établissement des faits est un corollaire de cette maxime¹². Cette obligation de collaborer n'équivaut en principe pas à une obligation de prouver à charge de l'administré, à moins que la loi ou la jurisprudence n'opèrent un renversement du fardeau de la preuve en sa défaveur¹³. Ce qui est précisément le cas en matière de sanctions contre les compagnies d'aviation : celles-ci doivent en effet prouver le contraire de ce qui leur est reproché (la violation présumée de leur devoir de diligence ou de leur obligation de communiquer), alors qu'il devrait incomber à l'autorité administrative d'établir que ces entreprises d'aviation n'ont pas respecté leurs obligations¹⁴.

Il convient cependant de souligner que, même dans l'hypothèse où le fardeau de la preuve est inversé, l'autorité se doit d'instruire la cause de manière approfondie¹⁵. De manière plus générale, en procédure administrative, la présence d'une présomption défavorable à l'administré ne dispense nullement l'autorité de faire application de la maxime inquisitoire¹⁶.

2.4 Atténuations

Le législateur a introduit – ou repris de l'ancien droit – plusieurs mécanismes, qui apparaissent désormais comme autant d'atténuations à la rigueur de ce nouveau paradigme probatoire :

- la non-application de la présomption de violation du devoir de diligence lorsque l'entrée en Suisse du passager concerné est autorisée¹⁷,
- des motifs de réfutation des présomptions par les compagnies aériennes¹⁸, à qui il est par exemple loisible de produire la preuve qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter de transporter des passagers ne disposant pas des documents de voyage requis¹⁹,
- la possibilité offerte au SEM de s'abstenir d'entamer une procédure à l'encontre d'une compagnie d'aviation dans les cas de peu de gravité²⁰,
- la possibilité offerte au Conseil fédéral de prévoir des exceptions au paiement de l'amende en cas de guerre ou de catastrophe naturelle²¹,
- la réduction du montant de la sanction pécuniaire en cas de collaboration de la compagnie aérienne avec les autorités compétentes²².

L'introduction de présomptions légales en matière de carrier sanctions a principalement été justifiée par les difficultés probatoires auxquelles l'autorité était confrontée dans le cadre de la procédure pénale administrative²³. Selon la doctrine, l'extrême difficulté à se procurer des moyens de preuve est précisément l'un des motifs les plus fréquents du raisonnement consistant à conclure d'un fait connu, facile à établir, l'existence d'un fait inconnu, difficile à établir²⁴ – ces deux faits étant unis par un lien logique²⁵ parfois qualifié d'inférence²⁶. Cette *présomption-preuve* constitue assurément le mécanisme à l'œuvre en matière de carrier sanctions : ainsi l'autorité administrative doit-elle prouver qu'un voyageur dépourvu des documents nécessaires a été transporté (fait connu) pour établir, de manière indirecte, la violation du devoir de diligence (fait inconnu). Quant à la compagnie aérienne concernée, elle a la charge de réfuter cette présomption²⁷.

¹¹ Goeksu Tarkan, *ad art.* 90 LEtr, in Caroni Martina et al., *op. cit.*, pp. 851 ss. ; Matthey Fanny, *ad art.* 8 LAsi, in Amarelle Cesla et Nguyen Minh Son (éds), Code annoté de droit des migrations : Volume IV – Loi sur l'asile (LAsi), Berne 2015, pp. 80 ss. (*citée* : Code annoté IV).

¹² Message 2013, p. 2285 ; Grisel Clémence, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich-Bâle-Genève 2008, pp. 48-53 ; Herzog Ruth, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, in Achermann Alberto et al., Annuaire du droit de la migration 2008/2009, Berne 2009, pp. 34-36.

¹³ Grisel Clémence, *op. cit.*, pp. 60-66 + p. 107.

¹⁴ Grisel Clémence, *op. cit.*, pp. 58-60.

¹⁵ TF, arrêt du 6 septembre 2004, 2A.356/2004 ; Nguyen Minh Son *ad art.* 87 LAsi, in Amarelle Cesla et Nguyen Minh Son (éds), *op. cit.*, pp. 611 et 612.

¹⁶ TAF, arrêt du 16 août 2011, D-2076/2010, c. 4.11 ; Matthey Fanny, *ad art.* 6a LAsi, Maiani Francesco *ad art.* 31a LAsi in Amarelle Cesla et Nguyen Minh Son (éds), Code annoté IV, pp. 70, 71 et 290 ; Nguyen Minh Son, Amarelle Cesla, Le contentieux de l'éloignement à la lumière du principe de non-refoulement, in Amarelle Cesla, Nguyen Minh Son (éds), Le principe de non-refoulement – Fondements et enjeux pratiques, Berne 2010, pp. 140-144 + p. 153.

¹⁷ Art. 122a al. 2 LEtr. Pour la procédure d'asile à l'aéroport : voir art. 22 LAsi.

¹⁸ Message 2013, pp. 2305 à 2310.

¹⁹ Art. 122a al. 3 let. a ch. 4 LEtr.

²⁰ Art. 122a al. 1 LEtr. Message 2013, pp. 2286, 2289, 2305, 2308.

²¹ Art. 122a al. 4 LEtr. Renseignement pris auprès du SEM, le Conseil fédéral n'a pas concrétisé cette disposition dans une ordonnance.

²² Art. 94 LEtr.

²³ Message 2013, pp. 2284 et 2288.

²⁴ Grossen Jacques-Michel, Les présomptions en droit international public, Neuchâtel 1954, pp. 44, 45 et 50 ; Le Roy Yves et Schönenberger Marie-Bernadette, Introduction générale au droit suisse, Zurich 2011, p. 475 ; Häfelin Ulrich, Vermutungen im öffentlichen Recht, in Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel : Festschrift für Kurt Eichenberger, Bâle 1982 pp. 625-627.

²⁵ Terré François, Introduction générale au droit, Paris 2012, pp. 493-495.

²⁶ Caire Anne-Blandine, Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme, Paris 2012, pp. 54, 59 et 123.

²⁷ Message 2013, pp. 2285 et 2288.

3. Autres présomptions « déifiantes »

Les nombreuses présomptions jalonnant le droit d'asile ne sont pas fréquemment désignées comme telles.

Ainsi la saisie des valeurs patrimoniales visant au remboursement des frais occasionnés par les requérants d'asile (art. 87 al. 2 LAsi) nous paraît gouvernée par une présomption implicite de « mauvaise foi » des requérants.

Contrairement à une présomption-preuve, cette disposition légale ne saurait être interprétée comme un mécanisme logique de preuve indirecte obtenue par le déplacement de son objet. Nous sommes en présence ici de l'anticipation d'une réalité insuffisamment connue, indépendamment de considérations factuelles (la « mauvaise foi » des requérants), ayant pour fonction l'attribution de la charge objective de la preuve contraire (la légalité de la provenance des valeurs patrimoniales) à celui qui conteste l'élément postulé (le requérant)²⁸.

Ce procédé est parfois désigné sous le terme de *présomption-postulat*²⁹.

Selon la doctrine, lorsque la présomption-postulat affirme « *un comportement contraire à (l') ordre normal des choses, elle inverse (...) la charge de la preuve en la transférant vers le défendeur* »³⁰.

Ainsi peut-on avancer qu'en matière de saisie de valeurs patrimoniales, le renversement du fardeau de la preuve en défaveur des requérants³¹ est la conséquence d'une présomption implicite de leur « mauvaise foi », impliquant qu'il incombe aux requérants de prouver l'origine des valeurs dont ils disposent.

Le montant minimal de saisie (CHF 500.-), de même que les franchises de CHF 100.- resp. CHF 1000.-³², atténuent la rigueur du système probatoire mis en place par le législateur.

Dans ce contexte, la jurisprudence a reconnu que la pratique du SEM consistant à saisir uniquement, lors de l'arrivée dans un centre d'enregistrement de la Confédération, le montant supérieur à CHF 1000.-³³ s'appuyait sur une présomption : les valeurs que les requérants possèdent alors sont supposées constituer le solde du coût de

leur voyage vers la Suisse³⁴. Cette « présomption(-postulat) dans la présomption », favorable aux requérants, les libère ainsi du fardeau de la preuve de l'origine de ces valeurs.

Une autre présomption déifiante se dissimule au cœur de l'une des modifications non urgentes de la LAsi, adoptées par le Parlement le 14 décembre 2012 et entrées en vigueur le 1^{er} février 2014 (« projet 1 »). En matière de demandes d'asile multiples, l'art. 111c al. 1 LAsi dispose en effet que la demande d'asile formée dans les cinq ans suivant l'entrée en force d'une décision d'asile ou de renvoi est déposée par écrit et dûment motivée. La doctrine a noté que le législateur, « *sans le dire expressément* », avait prévu ici « *une présomption selon laquelle une demande d'asile dans le délai de cinq ans est douteuse, voire abusive* »³⁵. Le motif implicite de cette règle de droit est révélé : l'abus en tant qu'a priori de raisonnement, situé hors du champ probatoire. Plusieurs auteurs désignent ce mécanisme sous le terme de *présomption-concept* et soulignent que la volonté ou l'intention présumées des sujets de droit est le domaine de prédilection de ce type de présomptions³⁶. De manière plus générale, certains ont mis en évidence des présomptions d'abus dans des domaines spécifiques du droit des migrations³⁷.

4. Conclusion

Mécanisme permettant de dépasser l'incertitude pour créer la connaissance nécessaire au système juridique, la présomption facilite assurément la tâche du législateur – et celle du juge³⁸. Cela étant, elle avantage l'une des parties à la procédure et constitue, par conséquent, un obstacle pour

²⁸ Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, pp. 64 ss. + pp. 140 ss.; Grossen Jacques-Michel, *op. cit.*, p. 47.

²⁹ La doctrine reconnaît également l'existence de « présomptions-preuves » de mauvaise foi (Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, p. 75). De manière plus générale, sur les difficultés inhérentes à une catégorisation des types de présomptions : Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, pp. 203 ss. et Grossen Jacques-Michel, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, p. 76.

³¹ Nguyen Minh Son *ad art. 87 LAsi*, in Amarelle Cesla et Nguyen Minh Son (éds), Code annoté IV, p. 611; TAF, arrêt du 11 juillet 2013, C-5051/2011, c. 2.6.

³² Directives du SEM III. Loi sur l'asile, § 8.5.3 (état le 1^{er} juillet 2015) et art. 16 al. 4 Ordonnance 2 sur l'asile.

³³ Directives du SEM III. Loi sur l'asile, § 8.5.3.4 (état le 1^{er} juillet 2015).

³⁴ TAF, arrêt du 11 juillet 2013, C-5051/2011, c. 3.2.

³⁵ Nguyen Minh Son, *ad art. 111c LAsi*, in Amarelle Cesla et Nguyen Minh Son (éds), Code annoté IV, p. 873.

³⁶ Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, pp. 88 ss., spéc. pp. 92-95 (« présomption-concept de mauvaise intention »); Grossen Jacques-Michel, *op. cit.*, pp. 20 ss., spéc. p. 21, cet auteur mettant également en évidence des présomptions-preuves d'intention (*ibid.*, p. 176).

³⁷ Übersax Peter, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in Achermann Alberto et al., Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Berne 2006, pp. 3 ss., spéc. p. 4 et p. 27. Ainsi l'abus de droit peut-il également se manifester dans une « présomption-preuve », ce qui était le cas – à notre sens – de l'art. 33 de l'ancienne LAsi : le législateur présumait *expressis verbis* le caractère abusif d'une demande d'asile déposée dans l'unique but de contrecarrer un renvoi imminent (Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, Berne 2009, pp. 133-134; Matthey Fanny, Procédures d'asile et pluralité de statuts – Du « nomad's land » au « no man's land juridique » : parcours de la personne dont la demande d'asile est refusée, en droit suisse et en droit européen, Bâle 2012, pp. 147-148).

³⁸ Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, pp. 235 + 238; Grossen Jacques-Michel, *op. cit.*, pp. 41 + 44.

l'autre³⁹. Ce constat met en lumière la rigueur des présomptions légales « déifiantes », dont on a vu qu'elles se caractérisent – à l'exception notable des « présomptions-concepts » – par un fardeau de la preuve renversé au détriment de l'administré.

Il nous paraît donc justifié que le législateur cherche à tempérer ce déséquilibre des tâches incombant respectivement à l'autorité administrative et à l'administré, à l'image de la contrepartie à la maxime inquisitoire que représente l'obligation de collaborer⁴⁰.

En ce sens, deux mécanismes apparaissent comme d'indispensables atténuations présomptives :

- les exceptions à l'application de ces présomptions ou aux conséquences qu'elles entraînent (par exemple, en matière de carrier sanctions: la possibilité offerte au Conseil fédéral de prévoir des exceptions au paiement de l'amende/en matière de saisie de valeurs patrimoniales: les franchises).
- la réfragabilité des présomptions concernées.

Dans une même optique de rééquilibrage des charges, il nous semblerait judicieux que le degré de la preuve contraire soit harmonisé à la *vraisemblance*, qui est d'ores et déjà le quantum de preuve d'une atténuation présomptive: la loi dispose en effet qu'il n'y a pas violation du devoir de diligence lorsque l'entreprise de transport aérien *rend vraisemblable* qu'elle a été contrainte de transporter une personne⁴¹. Qui plus est, certaines dispositions de la LAsi font déjà expressément référence à ce degré de preuve⁴²; enfin, la doctrine a relevé qu'une exigence de preuve trop élevée peut porter préjudice à la bonne application du droit⁴³.

Zusammenfassung

Gesetzliche Vermutungen werden insbesondere bei Beweisschwierigkeiten eingesetzt, um die Arbeit des Gesetzgebers und der entscheidenden Behörden zu erleichtern. Gleichzeitig bewirken sie jedoch eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Rechtssubjekte. Der Autor beleuchtet dies am Beispiel der carrier sanctions für Fluggesellschaften. Bei diesen wird von einem bekannten, einfach zu erstellenden Sachverhaltselement (die Beförderung einer Person ohne die notwendigen Papiere) auf ein unbekanntes, schwer feststellbares Element geschlossen (die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Fluggesellschaft). Die Fluggesellschaft muss sodann beweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflicht nicht verletzt hat. Gemäss dem Autor sind die Behörden aber trotz dieser Umkehr der Beweislast nicht vom Untersuchungsgrundsatz entbunden und müssten den Sachverhalt daher vertieft abklären.

Weitere Beispiele von gesetzlichen Vermutungen mit Beweislastumkehr zu Lasten der betroffenen Rechtssubjekte sind die Vermögenswertabnahme und die Mehrfachgesuche, wobei diese anders als die carrier sanctions nicht ohne weiteres durch Beweisschwierigkeiten gerechtfertigt werden können.

Der Autor stellt fest, dass solche gesetzlichen Vermutungen zu einer unausgewogenen Aufgabenverteilung zwischen Behörden und Rechtssubjekten führt. Um dies auszugleichen ist es erstens notwendig, dass das Gesetz Ausnahmen von der Vermutung beziehungsweise vor der entsprechenden Rechtsfolge vorsieht. Zweitens muss die Vermutung widerlegbar sein. Dabei sollte der Beweismassstab des Glaubwürdig-Machens gelten, wie er auch in anderen Bereichen des Asylgesetzes ausschlaggebend ist.

³⁹ Caire Anne-Blandine, *op. cit.*, pp. 263-264; Grossen Jacques-Michel, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰ Cette remarque ne vaut pas uniquement lorsque la présomption en question entraîne un renversement du fardeau de la preuve, mais en présence de toute présomption favorable à l'administration.

⁴¹ Art. 122a al. 3 let. b LEtr.

⁴² Par exemple art. 7 LAsi, art. 22 al. 1^{er} let. b LAsi, art. 26^{bis} al. 3 LAsi (Berger-Steiner Isabelle, *Beweismass: Lehren des Privatrechts für das öffentliche Recht*, in Achermann Alberto et al., *Annuaire du droit de la migration 2008/2009*, Berne 2009, p. 106 + p. 122).

⁴³ Berger-Steiner Isabelle, *Beweismass: Lehren des Privatrechts für das öffentliche Recht*, in Achermann Alberto et al., *Annuaire du droit de la migration 2008/2009*, Berne 2009, p. 110.

Mariana Duarte (ODAE romand), Mélissa Llorens (coordinatrice ODAE romand) et Sascha Moore Boffi (Chargé de projet Discrimination et VIH, Groupe sida Genève)

Renvois de personnes atteintes dans leur santé

Un rapport dénonce des dysfonctionnements alarmants dans la pratique des autorités suisses

Lorsque des personnes étrangères vivant en Suisse sans statut légal ou avec un statut administratif incertain tombent gravement malades, comment examine-t-on le risque qu'elles encourent en cas de retour dans leur pays d'origine ? C'est la question que se posent depuis des années l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers (ODAE romand¹) et le Groupe sida Genève², qui ont publié en mai 2015 leur deuxième étude sur la question³.

Le constat est sans appel : ce n'est qu'en bataillant pendant de longues années, et à l'aide de laborieuses démarches, que les personnes concernées parviennent parfois à faire reconnaître la gravité de leur situation et à obtenir une régularisation ou une admission provisoire pour raisons médicales. De tels cas de figure sont prévus par la loi mais les dysfonctionnements observés dans la pratique sont nombreux. De plus, ces dysfonctionnements ils ne font qu'empirer depuis 2012, avec des conséquences souvent dramatiques sur le plan humain. Le rapport « *Renvois et accès aux soins – 2^e édition actualisée 2015* »⁴ de l'ODAE

¹ Fondé en 2008, l'Observatoire romand du droit de l'asile et des étrangers (ODAE romand) s'efforce d'apporter un éclairage sur les conséquences au plan humain de l'application des lois sur l'asile et sur les étrangers, ainsi que de leurs durcissements successifs. À l'aide de son réseau composé d'une centaine de correspondants dans toute la Romandie, il documente des cas réels permettant d'alimenter un débat public souvent empreint d'amalgames et contre-vérités. www.odae-romand.ch; info@odae-romand.ch.

² Depuis 1987, le Groupe sida Genève, sur mandat du Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé de la République et canton de Genève, renforce et développe des projets de lutte contre le sida à l'intention de la population genevoise dans son ensemble et délivre des prestations aux personnes vivant avec le VIH, parmi lesquelles une assistance juridique confidentielle et gratuite. Il mène également des activités de lutte contre les discriminations liées au VIH/sida par le biais de démarches auprès des instances légales et de campagnes de sensibilisation. Membre depuis 2011 de la Coalition Internationale Sida PLUS, le Groupe sida Genève s'associe par ailleurs à des actions de plaidoyer internationales, notamment en faveur de l'accès aux traitements des personnes vivant avec le VIH au Nord comme au Sud. www.groupesida.ch; info@groupesida.ch.

³ Le rapport « *Renvois et accès aux soins – 2^e édition actualisée 2015* » peut être téléchargé en ligne sur le site odae-romand.ch en français et en allemand ainsi que sur www.groupesida.ch/ressources. Des exemplaires imprimés peuvent être obtenus sur demande. Les cas concrets documentés dans le rapport ont fait l'objet de fiches descriptives également disponibles sur le site de l'ODAE romand.

⁴ Versions électronique du rapport Renvois & accès aux soins 2^e édition actualisée 2015 : http://odae-romand.ch/IMG/pdf/Renvois_accès_aux_soins_2015_final_fr_-_Copie.pdf, http://www.groupesida.ch/media/documents/Renvois&accès_aux_soins_2015_final_fr.pdf.

romand et du Groupe Sida Genève propose une analyse concrète fondée sur onze situations individuelles et concrètes.

1. Cadre légal pertinent

L'état de santé peut être invoqué dans trois cas de figures. Premièrement, il peut entrer en ligne de compte lors d'une demande d'octroi ou de renouvellement d'un permis de séjour (permis B) pour « cas de rigueur » ou « cas d'extrême gravité ». Cette procédure est régie par l'art. 30 al. 1 let. b de la loi sur les étrangers (LEtr) pour les personnes sans statut légal, par l'art. 84 al. 5 LEtr pour les titulaires d'une admission provisoire ou par l'art. 14 al. 2 de la loi sur l'asile (LAsi) pour les personnes en procédure d'asile ou les déboutés. Ces trois articles renvoient à l'art. 31 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) qui liste les critères à prendre en considération pour la reconnaissance d'un cas de rigueur, dont fait partie l'état de santé. Or le fait de remplir un seul de ces critères n'est pas suffisant. S'ils doivent tous être examinés, l'intégration en Suisse demeure prépondérante et l'autorité bénéficie d'une large marge de manœuvre.

Deuxièmement, les personnes faisant valoir des problèmes médicaux peuvent invoquer l'inexigibilité voire l'illicéité de l'exécution du renvoi, en vertu de l'art. 83 al. 4 LEtr et de l'art. 83 al. 3 LEtr qui mènent à l'octroi d'une admission provisoire (permis F)⁵. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF) établit qu'un renvoi est inexigible si la personne « *ne [peut] plus recevoir les soins concrets garantissant des conditions minimales d'existence* ». Dans son évaluation, le TAF tient compte de la gravité de l'état de santé et de l'accès aux soins dans le pays d'origine. L'illicéité de l'exécution du renvoi est examinée au regard des obligations de droit international de la Suisse telles que le principe de non-refoulement vers des pays ou l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants ne peuvent être garantis : Ce n'est que dans les cas les plus graves sur le plan de la santé, que l'illicéité peut être invoqué le seuil de gravité étant plus élevé que celui requis en matière d'inexigibilité.

Le troisième cas de figure concerne les personnes qui risquent le non-renouvellement de leur permis de séjour obtenu par mariage avec un ou une ressortissant-e suisse ou avec une personne titulaire d'une autorisation d'établissement (permis C) lorsqu'une séparation intervient avant trois ans. Une poursuite du séjour est possible notamment en cas de réintégration compromise dans le pays d'origine (art. 50 al. 2 LEtr). L'état de santé peut alors entrer en ligne de compte. Ce critère de réintégration compromise est

⁵ Pour plus d'informations sur ce statut, voir le rapport de l'ODAE romand « *Permis F : admission provisoire ou exclusion durable ?* », octobre 2015. Disponible sur le site odae-romand.ch.

analogue à celui d'inexigibilité de l'exécution du renvoi, à la seule différence que le titre octroyé est une autorisation de séjour et non pas une admission provisoire.

2. Instruction et motivation insuffisante de la part du SEM

Dans plusieurs situations décrites dans le rapport, les décisions du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) qui ont trait à l'accès aux soins dans les pays d'origine sont insuffisamment instruites et motivées. Il arrive par exemple que le SEM ne cite pas les sources sur lesquelles il se fonde pour affirmer qu'un traitement est disponible dans un pays donné. Lorsqu'elles sont citées, ces sources sont souvent obsolètes, partiales ou trop générales. En outre, les sources alternatives sur l'accès aux soins produites par les personnes concernées ou leurs mandataires ne sont que peu ou pas prises en considération. Le TAF lui-même, dans un arrêt de janvier 2010, a utilisé l'une des analyses pays de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR) mais en a tiré des conclusions allant tout à fait à l'encontre des observations contenues dans l'analyse. De plus, l'analyse datait de 2006 et son actualité n'a pas été examinée par le tribunal.⁶

L'Union européenne a défini des critères communs à appliquer dans l'élaboration et l'utilisation des informations relatives aux analyses pays – dits *Country of Origin Information (COI) Standards*. Parmi ces critères figurent l'impartialité, la transparence, l'actualité, la précision, la fiabilité, l'équilibre, l'absence de hiérarchisation, la pertinence et l'utilisation de documents publics et accessibles. Pour les auteurs du rapport « *Renvois et accès aux soins – 2^e édition actualisée 2015* », leur adoption comme critères contraignants pour les autorités permettrait d'assurer le respect du droit d'être entendu, de la maxime inquisitoire et de l'obligation de motiver toute décision administrative ou judiciaire.

Le cas de « Lulja », décrit à la page 15 du rapport, illustre le manque de motivation de certaines décisions. Cette ressortissante du Kosovo, arrivée en Suisse en 2008 à l'âge de 46 ans, souffre d'une maladie chronique et doit suivre un traitement à vie au risque de perdre la vue. À défaut de pouvoir établir avec certitude l'accès effectif à un traitement au Kosovo, le SEM conforte pourtant sa décision en affirmant qu'une aide au retour (limitée à six mois) peut être demandée. Une telle vision à court terme et la légèreté de l'argumentation étonne au vu des lourdes conséquences qu'entraînerait une interruption du traitement pour « Lulja ».

Des statistiques internes du SEM, sollicitées dans le cadre du rapport, indiquent qu'un nombre croissant d'admissions provisoires, octroyées pour raisons médicale

l'étaient sur ordre du TAF. Face à ce constat inquiétant quant à la qualité des décisions du SEM, une interpellation parlementaire a été déposée⁷. Dans sa réponse, le Conseil fédéral invoque une erreur statistique et affirme que les chiffres fournis par le SEM étaient erronés. Il avance la justification suivante : « *[l']impossibilité de mettre correctement en évidence, par le passé, le rapport entre les admissions provisoires pour raisons de santé décidées directement par le SEM et celles prononcées par le Tribunal administratif fédéral (TAF) était due à une erreur technique dans l'évaluation statistique* ». La question de la nature de l'erreur technique demeure pour le moment. Quoi qu'il en soit, les situations documentées par l'ODAE romand et le Groupe Sida Genève démontrent que ce n'est souvent qu'au prix d'une procédure longue et coûteuse que les personnes réussissent à obtenir une autorisation de séjour ou une admission provisoire pour raisons médicales. Pour « Lulja », par exemple, il aura fallu fournir au total huit rapports médicaux et deux rapports d'enquête sur la situation au Kosovo avant que le TAF n'admette les risques encourus en cas de renvoi. Quant à « Nadège » (page 11 du rapport), c'est après 8 ans de procédure et trois recours au TAF que le SEM est finalement revenu sur sa décision de renvoi.

Face aux carences de l'administration, il revient aux personnes concernées et à leurs mandataires de prouver qu'il n'y aura pas un accès effectif aux soins nécessaires dans le pays d'origine. Dans la pratique, les mandataires eux-mêmes doivent mener des recherches laborieuses et coûteuses – dépassant souvent les ressources dont ils disposent. Ce renversement du fardeau de la preuve pousse à s'interroger : toutes les personnes malades menacées de renvoi ont-elles accès à un mandataire ? Et les mandataires, qui travaillent souvent au sein d'œuvres d'entraide ou d'associations, sont-ils tous en mesure d'effectuer des recherches aussi poussées ?

Outre l'insuffisance en matière d'instruction et de motivation, certaines situations documentées dans le rapport montrent que le SEM ne cite pas toujours les sources sur lesquelles il se fonde pour rendre sa décision. En agissant de la sorte, il empêche les personnes concernées de se défendre (cas de « Lany » décrit dans le rapport, page 12) violant ainsi le droit d'être entendu : un principe pourtant garanti par l'art. 29 de la Constitution fédérale. Plus grave encore, dans le cas de « Samira » (page 18 du rapport), le SEM a mené, au stade du recours, des recherches quant à l'accessibilité des soins en Azerbaïdjan. Le TAF a conclu à la violation d'une règle de procédure administrative selon laquelle, au stade du recours, il revient au tribunal et non à l'instance inférieure de mener des instructions. Le fait que le SEM ait en outre dissimulé l'existence de ces recherches met à mal le principe de la bonne foi qui doit guider le travail de l'autorité, qu'elle soit administrative ou judiciaire.

⁶ Voir l'arrêt du TAF D-1719/2007 du 21 janvier 2010 et Rainer Mattern (OSAR), COI Standards : Die Verwendung von Herkunftsländerinformationen (COI) in Entscheiden der Asylinstanzen, Asyl 3/10, 3-12.

⁷ Carlo Sommaruga, Interpellation 15.3698, « *Etrangers non admis en situation de santé précaire. Les procédures d'admission provisoire doivent être améliorées* », 18 juin 2015.

3. Disponibilité générale *versus* accessibilité effective aux soins requis

Récemment, le TAF a souligné qu'une disponibilité générale et souvent tout à fait théorique des soins de santé ou d'un traitement requis n'est pas une garantie que la personne concernée recevra effectivement le traitement ou les soins nécessaires (voir pages 33 ss). De fait, il arrive trop fréquemment que le SEM ignore les prix élevés de certains traitements ou l'absence de commercialisation dans les pays concernés, les ruptures de stocks répétées, l'absence ou les défauts de nombreux équipements essentiels. Il minimise les difficultés d'accès à une assurance maladie. Qui plus est, le coût des soins dépassant souvent les moyens financiers des personnes concernées ou de leurs proches.

La question de l'accès effectif aux soins se pose tout d'abord par rapport à la situation individuelle de la personne concernée, à savoir ses moyens financiers, les éventuelles aides financières auxquelles elle aurait accès, les possibilités d'acquérir un revenu suffisant, ainsi que l'existence d'un réseau familial et l'éventuel soutien que celui-ci peut lui apporter. Les situations de « Halida » (page 10) et de « Nadège » démontrent une tendance des autorités à surévaluer le soutien que peut apporter la famille.

La question de l'accès effectif à un traitement se pose également en lien avec le défaut d'approvisionnement, voire de commercialisation, d'un médicament essentiel. Une synthèse sur l'accessibilité effective des soins et traitements contre le VIH au Cameroun par le Groupe sida Genève figure en annexe du rapport. Elle fait apparaître les nombreux problèmes concrets et actuels qui pourraient empêcher une personne d'accéder aux traitements et aux soins vitaux dans ce pays.

Enfin, des suivis médicaux rigoureux sont parfois nécessaires, en plus de l'accès à un traitement médicamenteux. Cet aspect n'est souvent pas dûment pris en considération, comme en témoignent les observations contenues dans le rapport, même lorsqu'il est attesté médicalement qu'une absence de suivi ou un suivi inadéquat aurait de lourdes conséquences.

Ainsi, selon Sascha Moore Boffi, chargé de projet Discrimination et VIH au Groupe sida Genève et co-auteur du rapport, « [L]es autorités ont une vision très théorique du fonctionnement des systèmes de santé des pays d'origine, une vision qui est souvent en porte-à-faux avec les réalités sur le terrain, alors que l'absence d'un traitement vital équivaut à une mort certaine, notamment s'agissant des personnes vivant avec le VIH ».

4. Manque de prise en compte des avis médicaux

La gravité de l'état de santé peut aussi être sous-estimée lorsque l'autorité fédérale, pourtant *a priori* dépourvue de compétences médicales, balaie des certificats médicaux souvent alarmants.

Dans le cas de « Lulja » par exemple, le risque qu'elle devienne totalement aveugle est remis en cause par le SEM, même s'il est qualifié de « hautement vraisemblable », autant par les médecins en Suisse que par ceux interrogés au Kosovo. Il arrive également que les autorités remettent en question le caractère indispensable d'un traitement spécifique prescrit par les médecins en Suisse. Ainsi, pour « Louise » (page 13 du rapport), le SEM et le TAF ont estimé qu'un traitement antiépileptique différent de celui prescrit pouvait être administré, malgré les avertissements des médecins sur les risques de lésions neurologiques qu'un traitement inadéquat pouvait engendrer.

Cette méfiance à l'égard des certificats fournis par le médecin traitant, ou tout autre praticien choisi par la personne concernée, se fonde sur une jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle « le juge peut et doit tenir compte du fait qu'en règle générale le rapport de confiance établi entre le patient et le praticien consulté peuvent faire pencher ce dernier en faveur du premier »⁸. Ceci implique qu'un juge peut nier la valeur probante d'un certificat médical, pour autant qu'il « dispose d'indices concrets propres à mettre en doute la fiabilité du rapport établi par l'expert privé »⁹. Les données médicales objectives que sont le diagnostic et le traitement prescrit ne devraient-elles pas être considérées comme ne pouvant pas être remise en cause, du moins pas sans arguments médicaux étayés, contre-expertise à l'appui ?

Cette sous-estimation des avis médicaux s'observe particulièrement en cas de problèmes d'ordre psychique. En effet, dans les cas de personnes souffrant de problèmes de santé mentale, la nécessité d'intégrer la stabilité de l'environnement psychosocial dans le processus thérapeutique semble incomprise. Par ailleurs, le risque de suicide évoqué par les médecins est bien souvent interprété comme étant exclusivement en lien avec la précarité du statut administratif de la personne en Suisse et la perspective difficile de son renvoi dans son pays d'origine. Une telle interprétation est patente dans les cas d'« Halida » et de « Louise », pour qui le TAF a estimé qu'il incombait tout simplement aux thérapeutes de préparer leurs patientes à leur renvoi. Si un retour dans un environnement familial peut parfois constituer un moyen de rémission, il est tout de même inquiétant de voir certaines recommandations médicales détournées afin de plaider en faveur d'un renvoi.

L'évaluation faite par les autorités de la gravité de l'état de santé est également questionnée dans le rapport « Renvois et accès aux soins – 2^e édition actualisée 2015 ». Car si, sur le principe, l'exigence d'un seuil de gravité et d'une forte probabilité de dégradation de l'état de santé en cas de renvoi semble raisonnable, certaines situations documentées dé-

⁸ ATF 125 V 351 du 14 juin 1999, consid. 3 a et b, repris dans JICRA 2002/18 p. 146 du 3 août 2002, et arrêt du TAF E-7002/2006 du 27 octobre 2007, consid. 4.3.

⁹ Arrêt du TF 2A_274/1996 du 7 novembre 1996, qui établit que la constatation de fait du médecin lie l'autorité

montrent qu'un risque important de détérioration de l'état de santé, médicalement attesté, ne suffit pas dans la pratique. Dans trois situations décrites dans le rapport, les autorités ont accepté d'octroyer une autorisation de séjour uniquement à partir du moment où le pronostic vital était engagé. Or, dans les trois cas, les médecins avaient fait valoir un risque important de dégradation déjà au début de la procédure. Se pose alors la question de la proportionnalité, au vu des risques dramatiques encourus en cas de renvoi.

Comme le souligne le Dr Thomas Maier, ancien responsable du Service ambulatoire pour victimes de la torture et de la guerre à Zurich, dans sa préface au rapport, « [l]es autorités se comportent parfois de façon étonnamment maladroites en ce qui concerne l'évaluation de la gravité des problèmes de santé et l'on ne peut s'empêcher de penser qu'elles n'ont pas intérêt à voir et à reconnaître ce qui est évident ».

5. La prise en compte de l'état de santé dans l'évaluation de l'intégration

Dans certains cas, les problèmes de santé peuvent fragiliser le processus d'intégration: apprentissage d'une langue, participation à la vie locale, prise d'emploi, etc. Or, l'intégration et la situation financière sont des critères prépondérants pour la reconnaissance d'un cas de rigueur. L'art. 31 al. 5 OASA prévoit que l'indépendance financière soit examinée au regard de l'état de santé. Toutefois, dans la pratique cela n'est pas suffisamment pris en considération, comme en témoignent les cas documentés par l'ODAE romand. Le Groupe sida Genève, qui suit par le biais sa permanence juridique gratuite plusieurs personnes atteintes du VIH pour lesquelles une question de permis de séjour se pose, témoigne également des conséquences sur le plan humain, et parfois sur le traitement médical, qu'entraîne une incertitude liée au statut ou à une décision de renvoi. En effet, la stabilité sociale et professionnelle est d'autant plus nécessaire lorsqu'il faut faire face à la maladie, à l'instar d'« Eve » dont le témoignage figure aux pages 19-20 du rapport. La double vulnérabilité liée à un statut légal précaire et à un état de santé fragile ne devrait-elle pas être davantage prise en considération ?

6 Conclusion

La difficulté à faire reconnaître des problèmes médicaux comme obstacles au renvoi risque de s'accroître encore davantage suite à la dernière révision de la loi sur l'asile, entrée en vigueur en février 2014. D'une part, tout fait médical invoqué tardivement et constaté par un autre médecin que celui mandaté par le SEM ne devra être qu'exceptionnellement admis (nouvel art. 26^{bis} LAsi); d'autre part, la charge de prouver l'inexigibilité de son renvoi pour raisons médicales reposera entièrement sur le requérant ressortis-

sant d'un pays considéré comme « sûr » (nouvel alinéa 5 de l'art. 83 LEtr).

Selon Constantin Hruschka, responsable Protection à l'OSAR et participant à la conférence de presse du rapport, « [i]l deviendra quasi impossible de s'opposer à un renvoi pour raisons médicales alors que déjà aujourd'hui cela s'avère extrêmement difficile. Ces mesures frapperont les plus vulnérables des requérants ».

Zusammenfassung

Die Westschweizer Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (ODAE romand)¹⁰ und die regionale Aids-Hilfe «Groupe sida Genève»¹¹ beschäftigen sich seit Jahren mit der Frage, wie die gesundheitlichen Risiken einer Wegweisung ins Herkunftsland überprüft werden, wenn in der Schweiz wohnhafte Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus oder mit einem unsicheren administrativen Status schwer erkrankt sind. Im Mai 2015 wurde die zweite Studie zu diesem Thema publiziert. Der Befund ist eindeutig: Erst nach jahrelangen Kämpfen und aufwändigen Massnahmen erreichen die betroffenen Personen manchmal, dass der Ernst ihrer Situation anerkannt wird und sie eine Aufenthaltsbewilligung oder eine vorläufige Aufnahme aus medizinischen Gründen erhalten. Derartige Fälle sind zwar im Gesetz geregelt aber in der Praxis existieren zahlreiche Mängel. Zudem verschlechtert sich die Situation seit 2012 laufend. Basierend auf elf konkreten Fällen bietet die Studie «Wegweisung und Zugang zu medizinischer Versorgung – Zweite Auflage 2015»¹² eine Analyse anhand der Praxis.

¹⁰ Die Westschweizer Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (ODAE romand) wurde 2008 gegründet und ist bestrebt, die Konsequenzen der Anwendung des Asyls- und Ausländerrechts sowie deren kontinuierlichen Verschärfungen in menschlicher Hinsicht auszuleuchten. Mithilfe eines Netzwerks von um die hundert Korrespondenten aus der gesamten Westschweiz dokumentiert es reale Fälle und trägt in klärender Weise zur öffentlichen Debatte bei, die häufig von der Vermischung von Sachverhalten und Unwahrheiten geprägt ist. www.odae-romand.ch; info@odae-romand.ch.

¹¹ Die regionale Aids-Hilfe Groupe sida Genève unterstützt und entwickelt seit 1987 im Auftrag des Departements für Arbeit, Soziales und Gesundheit der Republik und des Kantons Genf (DEAS) Projekte zur Bekämpfung von Aids für die gesamte Genfer Bevölkerung und bietet zudem Dienstleistungen für Menschen mit HIV an, darunter auch ein vertraulicher und unentgeltlicher Rechtsbeistand. Durch die Einleitung rechtlicher Schritte und die Durchführung von Sensibilisierungskampagnen trägt sie zudem aktiv zur Bekämpfung von Diskriminierungen im Zusammenhang mit HIV/Aids bei. Seit 2011 ist die Groupe sida Genève Mitglied der internationalen Koalition Sida PLUS und unterstützt ausserdem internationale Advocacy-Aktionen, insbesondere für den Zugang zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit HIV im Norden wie im Süden. www.groupesida.ch; info@groupesida.ch.

¹² Die Version in Deutsch kann hier heruntergeladen werden: http://odae-romand.ch/IMG/pdf/Renvois_acces_aux_soins_2015_final_de_-_Copie.pdf.

Michael Pfeiffer, juriste OSAR

Résumé de la position de l'OSAR concernant le projet d'ordonnance d'exécution relative à la loi sur la nationalité révisée

Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR

Le 24 juin 2014, le parlement suisse a adopté une nouvelle loi sur la nationalité (nLN). Cette loi durcit de manière drastique les conditions d'accès à la naturalisation, notamment en exigeant du candidat d'être en possession d'une autorisation d'établissement. Plusieurs dispositions de la nLN devaient être encore précisées par le biais d'une ordonnance, dont notamment celles portant sur les critères d'intégration à prendre en compte dans l'examen des conditions de naturalisation. Le Conseil fédéral (CF) a soumis à consultation jusqu'au 19 novembre 2015 le projet d'ordonnance d'exécution relative à la loi sur la nationalité révisée (pOLN). L'Organisation suisse d'aides aux réfugiés (OSAR) a été associée à cette procédure et a pris position. L'OSAR, en tant qu'organisation faîtière des organisations de défense des réfugiés et des personnes admises à titre provisoire, a rappelé dans un premier temps que la Convention relative au statut des réfugiés (CR) prévoit que les Etats contractants sont invités à faciliter la naturalisation des réfugiés. Pourtant, la révision de la loi sur l'asile du 14 décembre 2012 a supprimé d'une part le droit à une autorisation d'établissement pour les réfugiés après cinq ans de séjour en Suisse. D'autre part le pOLN ne prend pas en compte la situation particulière des réfugiés et des personnes dans le besoin d'une protection. Dans la mesure où la simple violation de prescriptions légales peut signifier que le candidat porte atteinte à la sécurité et à l'ordre publics, l'OSAR souligne que l'entrée illégale sur le territoire suisse pour y demander une protection ou d'autres délits mineurs en lien avec le droit des étrangers (notamment les condamnations pénales au sens de l'art. 115 LEtr) ne devraient pas porter préjudice dans la procédure de naturalisation. Pour l'OSAR il serait essentiel que l'OLN précise que lors de l'examen du respect de la sécurité et de l'ordre publics, les autorités respectent le principe de proportionnalité et tiennent en particulier compte de la gravité de l'infraction commise et du temps écoulé depuis l'infraction et du comportement de l'inté-

ressé depuis la condamnation. L'OSAR est aussi préoccupée par les exigences élevées requises en matière de compétences linguistiques et de participation à la vie économique. La définition de la « participation à la vie économique » contenue dans le pOLN est trop restrictive puisqu'une autonomie financière totale est exigée. L'OSAR déplore le fait de s'attaquer aux personnes en situation de précarité en les privant de toute perspective de naturalisation, sans considération du nombre d'années passées en Suisse et de leur intégration sociale. Certes, le pOLN prévoit une clause dérogatoire qui permet de tenir compte de cas particulier. L'OSAR appelle toutefois à préciser davantage cette disposition en complétant la liste d'exemples pouvant justifier une dérogation. Le caractère non exhaustif des situations constitutives de « raisons personnelles majeures » justifierait également une mention explicite au respect des principes de proportionnalité et de non-discrimination qui doivent systématiquement être respectés par l'autorité. Elle estime que l'illettrisme doit être explicitement nommé au côté des difficultés d'apprentissage. Par ailleurs, les difficultés particulières d'intégration au marché du travail notamment liées à l'âge (55 ans et plus) et au niveau de qualification doivent pouvoir être considérées comme des éléments permettant une dérogation. L'intégration doit être évaluée au vue de l'ensemble des critères énoncés dans la loi, et non pas uniquement à la capacité de la personne de subvenir financièrement à ces besoins. La dérogation doit permettre de palier l'ensemble des problèmes concrets qui risquent d'apparaître suite aux importantes restrictions prévues dans la nLN et le projet d'ordonnance. L'OSAR souhaite aussi que l'OLN précise les obligations des autorités concernées quant à la transparence des procédures et à la mise à disposition des informations relatives à la procédure pour les candidats à la naturalisation. Finalement, concernant les séjours à l'étranger effectués sur ordre de l'employeur ou à des fins de formation ou de perfectionnement des candidats, le pOLN prévoit que seule une année soit prise en compte dans le calcul de la durée du séjour en Suisse bien que la loi sur les étrangers prévoit qu'une autorisation d'établissement peut être maintenue pendant quatre ans en cas de séjour à l'étranger annoncé à l'autorité. Il serait donc souhaitable que cette durée soit portée également dans l'OLN à quatre ans afin d'assurer une cohérence avec la loi sur les étrangers.

Constantin Hruschka, Leiter Protection SFH

Deutsches Bundesverfassungsgericht zur Überstellung von Familien nach Italien

Beschluss vom 22. Juli 2015 (2 BvR 746/15)

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat am 22. Juli 2015 in einem Einstellungsbeschluss zu einer Verfassungsbeschwerde deutlich gemacht, dass eine Überstellung von Familien mit Kleinstkindern nach Italien ohne konkrete und individuelle Zusicherungen im Einzelfall rechtswidrig ist.

Zum Verfahren

Im Verfahren ging es um eine Familie aus Syrien mit 5 Kindern zwischen 7 und 20 Jahren (davon zwei volljährige Kinder). Die Familie hatte vom zuständigen deutschen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) im September und Oktober 2014 eine Dublin-Wegweisung nach Italien erhalten und sich hiergegen gerichtlich gewehrt. Das zuständige Verwaltungsgericht Minden hatte die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Entscheide gerichteten Beschwerde am 23. März 2015 abgelehnt und dies damit begründet, es genüge dem BAMF mitzuteilen, dass es bestimmte Anforderungen bei der Überstellung einzuhalten habe.

Da hiergegen kein (ordentliches) Rechtsmittel zur Verfügung steht, hatte der Anwalt der Familie Verfassungsbeschwerde eingelegt. Am 30. April 2015 hatte das Bundesverfassungsgericht eine einstweiligen Anordnung gegen die Überstellung erlassen und diese wie folgt begründet: *«Die danach gebotene Abwägung führt zum Erlass der einstweiligen Anordnung. Den Beschwerdeführern, die jedenfalls überwiegend einer im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR <GK>, Tarakhel v. Schweiz, Urteil vom 4. November 2014, Nr. 29217/12, NVwZ 2015, S. 127) besonders schutzbedürftigen Gruppe angehören, droht durch den Vollzug der Abschiebung ein schwerer und nicht ohne weiteres wiedergutzumachender Nachteil. Demgegenüber wiegen etwaige Nachteile infolge eines vorübergehend verlängerten Aufenthalts der Beschwerdeführer in Deutschland weniger schwer, auch wenn es zu einem Ablauf der Überstellungsfrist nach der VO 604/2013 (Dublin III-Verordnung) kommen sollte.»*

Das Verfahren wurde dann am 22. Juli 2015 eingestellt, da das BAMF den Wegweisungsentscheid aufgehoben und mitgeteilt hatte, dass es ein nationales Asylverfahren durchführen werde. Zur Begründung der Aufhebung der eigenen Entscheide hat das BVerfG erklärt:

«Ausweislich einer Stellungnahme des Bundesamts vom 15. Juni 2015 können die verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen an die Überstellung von Familien mit Kleinstkindern (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 17. September 2014 – 2 BvR 939/14 –, NVwZ 2014, S. 1511, – 2 BvR 732/14 und 2 BvR 1795/14 –, jeweils juris sowie – 2 BvR 991/14 –, BeckRS 2014, 56942 und EGMR <GK>, Tarakhel v. Schweiz, Urteil vom 4. November 2014, Nr. 29217/12, NVwZ 2015, S. 127), wonach vor einer Überstellung eine konkrete und einzelfallbezogene Zusicherung der italienischen Behörden einzuholen ist, dass die Familie in Italien eine gesicherte Unterkunft für alle Familien-

mitglieder erhalten werde, im Falle der Beschwerdeführer derzeit nicht erfüllt werden, da seitens Italiens gegenwärtig keine entsprechend konkreten Zusicherungen erteilt werden.»

Kommentar

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich in den Jahren 2014 und 2015 mit einigen Überstellungen von Familien nach Italien beschäftigt und kam dabei in allen Verfahren zum Schluss, dass einzelfallbezogene und konkrete Zusicherungen seitens der italienischen Behörden notwendig seien, um Familien nach Italien zu überstellen und gleichzeitig deutlich gemacht, dass diese bereits im Entscheidungszeitpunkt vorliegen müssen, da sie gerichtlich voll überprüfbar sein müssen. Dies entspricht genau der Linie des BVerfG in seiner Rechtsprechung zu den Garantien (vgl. BVerfG 2015/4) nach der die Garantien als materielle völkerrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Überstellung anzusehen sind und daher bereits im Entscheidungszeitpunkt vorliegen müssen, damit sie vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden können.

Anders als Teile der Schweizer Praxis lässt das deutsche Bundesverfassungsgericht allgemeine oder generelle Zusicherungen nicht ausreichen, um die Rechtmässigkeit einer Überstellung von Familien mit kleinen Kindern herzustellen. Es ist vielmehr eine konkrete, nachvollziehbare und einzelfallbezogene Zusicherung und Information über die genauen Aufnahmemodalitäten seitens Italiens erforderlich, um die Überstellung rechtmässig vornehmen zu können. Diese Voraussetzung ergibt sich – wie das Bundesverfassungsgericht feststellt – eindeutig aus dem Wortlaut des Tarakhel-Urteils.

Für die Frage, welche Personen von der Familieneinheit umfasst sind, sind die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts auch deswegen interessant, weil ohne weitere Diskussion auch die volljährigen Söhne (19 und 20 Jahre alt) in den Entscheidungen mit in den Gesamtfamilienverband einbezogen waren und auch für sie die einstweilige Anordnung erlassen wurde. Dies ist bemerkenswert und zeigt gleichzeitig, dass der Begriff der Familie in Dublin-Verfahren dringend reformbedürftig ist, da solche Konstellationen aus rechtlicher und sozialer Sicht klarerweise nicht dazu führen sollten, dass die Familie an der Altersgrenze getrennt wird. Art. 8 EMRK schützt auch diese familiäre Bande und es ist daher erforderlich in diesen Fällen die Dublin-Verfahren auf die ganze Familie auszudehnen, wie das das deutsche Bundesverfassungsgericht getan hat. Nebenbei sei bemerkt, dass auch in Österreich dieser Ansatz zu den Überstellungen nach Italien gewählt wurde, der eine konkrete und individuelle Zusicherung im Einzelfall fordert (vgl. österreichisches Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen vom 16. Juni 2015 (W185 2106615-1) und vom 17. November 2015 (W175 2117079-1)).

Aus der Sicht des Schutzes des Familienlebens und des Kindeswohls bleibt allerdings weiterhin zu fragen, warum überhaupt so viele Entscheidungen hinsichtlich der Überstellungen von Familien (nicht nur nach Italien) ergehen, es wäre sicherlich – insbesondere im Lichte der starken Betonung des Kindeswohls und der besonderen Schutzbedürfnisse von minderjährigen Kindern durch die Tarakhel-Rechtsprechung – angezeigt, dass die nationalen Asylbehörden, diese Fälle gar nicht erst als Dublin-Fälle behandeln und (zumindest im Regelfall) eine dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung zur Durchführung des nationalen Asylverfahrens bereits auf der behördlichen Ebene fällen.

Prof. Dr. Martina Caroni, LL. M., Universität Luzern

Dublin-Überstellung wegen Nichtanerkennung einer religiösen Ehe

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Z. H. und R. H. gegen die Schweiz, Beschwerde Nr. 60119/12, Kammerurteil vom 8. Dezember 2015

Sachverhalt

Die Beschwerdeführenden, afghanische Staatsangehörige, hatten im Jahr 2010 im Iran in einer religiösen Zeremonie geheiratet. Zum Zeitpunkt des Eheschlusses war die Beschwerdeführerin 14 Jahre alt, der Beschwerdeführer 18 Jahre. Die Ehe wurde im Iran weder registriert noch anerkannt. Im Jahr 2011 verliessen die Beschwerdeführenden den Iran und reisten über Italien in die Schweiz, wo sie ein Asylgesuch stellten. Das damalige Bundesamt für Migration (BFM) wies die Asylgesuche ab, da die Beschwerdeführenden bereits in Italien registriert worden waren und daher Italien für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig sei. Daraufhin gelangte der Beschwerdeführer – die Beschwerdeführerin hatte auf die Erhebung eines Rechtsmittels verzichtet – an das Bundesverwaltungsgericht. Letzteres wies die Beschwerde ab und führte aus, dass es die Beschwerdeführenden unterlassen hätten, eine Heiratsurkunde vorzulegen und zudem die religiöse Heirat in der Schweiz nicht anerkannt werden könne, da die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Hochzeit erst 14 Jahre alt gewesen sei. Eine Anerkennung der Ehe würde gegen den schweizerischen *Ordre public* verstossen. In der Folge wurde der Beschwerdeführer im September 2012 nach Italien überstellt, doch kehrte er drei Tage später illegal wieder in die Schweiz zurück. Bereits im Mai 2012 hatte das BFM beschlossen, das Asylgesuch der Beschwerdeführerin neu zu prüfen und im Juni 2014 wurde die religiöse Ehe der Beschwerdeführenden in der Schweiz anerkannt. Den Ehegatten wurde schliesslich im Oktober 2014 in der Schweiz Asyl gewährt.

Im Rahmen ihrer Individualbeschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) machten die Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) geltend, dass die im September 2012 erfolgte Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien das Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt habe.

Aus den Erwägungen

«42. The Court reiterates that the notion of «family life» in Article 8 is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships (...). When deciding whether a relationship can be said to amount to «family life», a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means (...).

43. In the present case, the second applicant was removed to Italy on 4 September 2012, while the first applicant was allowed to stay in Switzerland for the duration of her asylum application. Before the FAC [Federal Administrative Court], the second applicant argued that he should not be separated from the first applicant as they were religiously married. In its decisions of 20 March 2012 and 3 May 2012, the FAC considered that the applicants' religious marriage was invalid under Afghan law and in any case was incompatible with Swiss *ordre public* due to the first applicant's young age (...).

44. The Court does not see any reason to depart from the findings of the FAC in this respect. Article 8 of the Convention cannot be interpreted as imposing on any State party to the Convention an obligation to recognise a marriage, religious or otherwise, contracted by a 14 year old child. Nor can such obligation be derived from Article 12 of the Convention, which reads as follows: «[m]en and women of marriageable

age have a right to marry and found a family, according to the national laws governing the existence of this right». Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law, and given the sensitive moral choices concerned and the importance to be attached to the protection of children and the fostering of secure family environments, this Court must not rush to substitute its own judgment in place of the authorities who are best placed to assess and respond to the needs of society (...).

At the time of the removal of the second applicant to Italy, the national authorities were therefore justified in considering that the applicants were not married, all the more so, given the fact that the applicants had not yet taken any steps to seek recognition of their religious marriage in Switzerland.

45. In any case, even if the relationship existing between the applicants in 2012 had qualified as «family life» under Article 8 of the Convention (...), the Court notes that the second applicant returned to Switzerland only three days after having been removed to Italy, and was not expelled thereafter although his stay in Switzerland was illegal. He was *de facto* allowed to remain in Switzerland and to request a re-examination of his asylum application, which eventually succeeded.

The Court also notes that the applicants did not argue that the first applicant, who was not a Swiss resident and was only tolerated on Swiss territory for the purposes of her asylum application, was ever prevented from joining the second applicant after the latter had been expelled to Italy.

46. Bearing in mind the margin of appreciation afforded to States in immigration matters, the Court finds that a fair balance has been struck between the competing interests at stake, namely the personal interests of the applicants in remaining together in Switzerland while waiting for the outcome of the first applicant's asylum application, on the one hand and, on the other, the public order interests of the respondent Government in controlling immigration (...).

47. In view of the above considerations, the Court finds that the implementation of the decision to remove the second applicant to Italy did not give rise to a violation of Article 8 of the Convention.»

Kommentar

Der EGMR kam in seinem Urteil somit zum Schluss, dass im Zeitpunkt der Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien die Beschwerdeführenden nicht verheiratet waren und daher durch die Überstellung des Beschwerdeführers das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht verletzt worden ist. Das vorliegende Urteil lädt aus verschiedenen Gründen zu einigen Bemerkungen ein.

Zunächst, weil es sich um eines der relativ seltenen Urteile zu Art. 8 EMRK handelt, bei dem der Gerichtshof das Bestehen einer positiven Verpflichtung, zum Schutz des Familienlebens Massnahmen zu ergreifen, prüft. Es handelt sich dabei meist um Fälle, in denen es um die erstmalige Erteilung einer fremdenrechtlichen Bewilligung an Personen geht, die entweder noch nie in den betreffenden Staat eingereist waren oder sich dort bislang illegal aufgehalten haben. In ständiger Praxis führt der Gerichtshof in entsprechenden Fällen aus, wie bei Eingriffen habe der Staat auch bei positiven Verpflichtungen eine angemessene Abwägung zwischen den privaten Interessen und den Interessen des Staates vorzunehmen. Dabei hänge die Verpflichtung des Staates, Angehörige von Personen, die auf seinem Territorium leben, zuzulassen, von den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab. So sei etwa zu berücksichtigen, ob einem Familienleben im Herkunftsland unüberwindbare Hindernisse entgegenstünden, ob die betreffenden Personen die öffentliche Sicherheit gefährden oder migrationsrechtliche Bestimmungen umgangen haben, sowie der Umstand, ob den Betroffenen bei der Gründung des Familienlebens der prekäre Aufenthaltsstatus bewusst war.

Das Urteil bekräftigt zudem, dass weder aus Art. 8 EMRK noch aus dem in Art. 12 EMRK verankerten Recht auf Ehe eine Verpflichtung abgeleitet werden könne, eine Minderjährigenehe anzuerkennen. Nach Art. 45 IPRG werden im Ausland gültig geschlossene Ehen in der Schweiz anerkannt. Besitzt die Braut oder der Bräutigam das Schweizer Bürgerrecht oder haben beide in der Schweiz Wohnsitz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe nur anerkannt, wenn der Eheschluss nicht

mit der Absicht der Umgehung der schweizerischen Regelungen über die Eheungültigkeit im Ausland erfolgt ist. Die Anerkennung wird zu dem verweigert, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar wäre (Art. 17 und Art. 27 IPRG). Der *Ordre public* ist betroffen, «wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden» (BGE 131 III 182, E. 4.1 185). Dies ist insbesondere bei polygamen Eheschlüssen sowie bei der Ehe zwischen engen Blutsverwandten der Fall, gilt aber auch bei im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen, wenn die Braut und/oder der Bräutigam im Zeitpunkt des Eheschlusses nicht ein gewisses Mindestalter erreicht haben. Die schweizerische Praxis geht dabei davon aus, dass Ehen mit Personen unter 16 Jahren – dem Zeitpunkt der sexuellen Mündigkeit nach Art. 187 StGB – die Anerkennung wegen Verstosses gegen den *Ordre public* zu verweigern sei, sofern die betroffene Person nicht zwischenzeitlich das 16. Altersjahr vollendet hat. Im vorliegenden Fall haben denn auch die zuständigen Genfer Behörden im Juni 2014 – und somit kurz vor dem 18. Geburtstag der Beschwerdeführerin – die im Iran geschlossene religiöse Ehe anerkannt.

Zu betonen ist, dass aus dem Umstand, dass ein im Ausland erfolgter Eheschluss in der Schweiz nicht anerkannt worden ist, jedoch nicht auf die grundsätzliche Bedeutungslosigkeit der entsprechenden Beziehung für das Asylverfahren geschlossen werden kann. Denn sowohl die AsylV1 als auch die Dublin-III-Verordnung kennen einen erweiterten Familienbegriff. Nach Art. 2 lit. g Dublin-III-Verordnung gelten als Familienangehörige auch nicht verheiratete Partner, die mit der asylsuchenden Person in einer dauerhaften Beziehung leben, sofern «nach dem Recht oder nach den Gepflogenheiten des betreffenden Mitgliedsstaats nicht verheiratete Paare ausländerrechtlich vergleichbar behandelt werden wie verheiratete Paare». Art. 1a lit. e AsylV1 hält denn auch fest, dass in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebende Personen Ehegatten gleichgestellt sind. Dies ist insbesondere für die Zuständigkeitskriterien im Dublinverfahren von Bedeutung. Im vorliegenden Fall hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 23. November 2013 (unpubliziertes Urteil Nr. D-866/2013) festgehalten, dass die Beziehung zwischen den Beschwerdeführenden dauerhafter Natur sei, das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers somit nicht von vornherein aussichtslos erscheine und daher der vom BFM wegen Aussichtslosigkeit verlangte Prozesskostenvoraussschuss von 600 Franken (Art. 111d Abs. 3 AsylG) nicht gerechtfertigt sei.

Impressum

Redaktion/Rédaction

Martina Caroni, Denise Efonyai, Constantin Hruschka, Stephanie Motz, Fanny Mathey, Adriana Romer, Thomas Segessenmann.

Mitarbeitende dieser Nummer/Collaborateurs de ce numéro

David Bozzini, anthropologue spécialiste de l'Erythrée, chercheur postdoc au Graduate Center of the City University of New York (CUNY); Guido Wizen, Lehrbeauftragter für Sozialhilferecht an der Universität Zürich; Sylvain Félix, doctorant en droit; Mariana Duarte, ODAE romand; Mélisse Llorens, coordinatrice ODAE romand; Sascha Moore Boffi, chargé de projet discrimination et VIH, Groupe sida Genève; Michael Pfeiffer, Jurist SFH; Constantin Hruschka, Leiter Protection SFH; Martina Caroni, Prof. Dr. LL.M., Universität Luzern; Anne Kneer, Doktorandin und Gerichtsschreiberin BvGer; René Worni, Redaktor SFH.

Herausgeberin/édité par

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, Organisation Suisse d'Aide aux Réfugiés OSAR. Die Redaktion entscheidet unabhängig über die Publikation von Beiträgen. La rédaction est indépendante quant au choix de publications.

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

CHF 71.50 für vier Nummern

CHF 71.50 pour 4 numéros

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Inserate/Annonces

Stämpfli AG, Inseratemanagement, Postfach, 3001 Bern, Telefon 031 300 63 84, Telefax 031 300 63 90

Abonnemente/Abonnements

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, Email: periodika@staempfli.com

Druck/Impression

Stämpfli AG, Bern

Verlag/Editeur

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwendungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.
Tous les droits d'auteur et d'édition sur cette revue et sur chacune de ses parties sont réservés. La réimpression, la reproduction, la mise sur microfilm, l'enregistrement sur un support électronique de données, ainsi que toute autre forme d'exploitation de chacune des parties de cette revue sont soumis à l'autorisation de l'éditeur.

Bestelltalon/Bon de commande

Ich abonniere die Zeitschrift ASYL/
Je commande la revue ASYL:

ab 2016 zu Fr. 71.50/Jahr

dès 2016 à Fr. 71.50-/an

inkl. 2,5% MWSt und Versandkosten

- Sämtliche bisher erschienenen ASYL-Nummern (einzelne Ausgaben sind vergriffen) Fr. 60.–
Tous les numéros d'ASYL parus jusqu'à maintenant (quelques éditions sont épuisées) Fr. 60.–

Name/nom _____

Strasse/rue _____

PLZ/Ort/NPA/lieu _____

Datum/date _____

Unterschrift/signature _____

Einsenden an/envoyer à:

Stämpfli Verlag AG, Postfach, CH-3001 Bern
Telefon 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88

Cesla Amarelle und Minh Son Nguyen, Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi) und Marc Spescha et al., Kommentar Migrationsrecht

Innerhalb weniger Monate erschienen in der zweiten Hälfte des Jahres 2015 zur Freude der Studierenden, Migrationsforscher_innen und Praktiker_innen im Migrationsbereich zwei für den Asylbereich sehr relevante, Gesetzeskommentare umfassend behandelnde Standardwerke. Dabei handelt es sich zum einen um den «Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)» von CESLA AMARELLE und MINH SON NGUYEN in französischer Sprache und um die vierte Auflage des «Kommentars Migrationsrecht» von MARC SPESCHA ET AL., in welchem zum ersten Mal auch das Asylgesetz eingehend kommentiert wird. Im Folgenden werden mit besonderem Fokus auf das Asylrecht in aller Kürze die besonderen Stärken der einzelnen Publikationen beleuchtet und eine vorsichtige Aussage darüber getroffen werden, welches Werk sich für wen besonders eignet.

Im Spätsommer 2015 erschien mit dem «Code annoté» der zurzeit einzige umfassende und sich nur auf das Asylgesetz konzentrierende Gesetzeskommentar. Bedingt durch den Erscheinungstermin konnten die im Juli 2015 in Kraft getretenen Änderungen des AsylG nicht mehr berücksichtigt werden. Der Kommentar gliedert sich als viertes Werk in die fünfteilige Reihe der «Code annoté de droit des migrations» ein, welche zum Ziel hat, einen Gesamtüberblick des Migrationsrechts mittels Gesetzeskommentaren zu veröffentlichen. Auf knapp 1000 Seiten wird in französischer Sprache jede einzelne Bestimmung des Asylgesetzes detailliert und ausführlich erläutert. Dies gilt insbesondere auch für Bestimmungen, welche für Asylrechtspraktiker_innen bisher weniger im Zentrum des Schaffens stehen. Auf so einen umfangreichen und kompletten Kommentar haben nicht nur die Rechtsvertreter_innen, sondern insbesondere auch die Gerichte und Behörden gewartet. Dank des sehr schematischen und immer gleichen Aufbaus jedes kommentierten Artikels gelingt es, sich trotz des Umfangs schnell einen Überblick über die Bestimmung inklusive detaillierter Verweise auf die nationale und internationale Rechtsprechung zu verschaffen. Neben der ebenfalls sehr ausführlichen Bibliographie am Anfang des Buches ist an dieser Stelle auch auf die überaus praktischen Literatur- und Materialienhinweise zu Beginn einer Vielzahl der Artikel hinzuweisen, welche die weiterführende Suche nach Informationen zusätzlich vereinfacht. Dabei wird sowohl die einschlägige französische als auch die deutschsprachige Literatur berücksichtigt. Hilfreich sind zudem die Verweise am Ende eines Artikels auf weitere, im jeweiligen Zusammenhang stehende Bestimmungen sowie die oftmals vorhandene kritische Würdigung des Artikels selber. Das Werk orientiert sich auch im Inhaltsverzeichnis ausschliesslich an den Gesetzesbestimmungen, weshalb gewisse Vorkenntnisse über das Asylgesetz respektive eine praktische Auseinandersetzung damit die Anwendung dieses Kommentars erleichtern. Somit richtet sich diese Publikation in erster Linie an Juristen, welche im Asylrechtsbereich tätig sind sowie Studierende im Migrationsrecht.

Der bisher einzige Asylgesetzkommentar in deutscher Sprache wurde im November 2015 in der vierten Auflage des Kommentar Migrationsrechts zum ersten Mal publiziert. Hier ist der Gesetzesstand der Oktober 2015. Durch die in der Kommentierung des AsylG enthaltenen Verweise auf die im selben Werk kommentierten Bestimmungen des Ausländergesetzes und anderen relevanten Bestimmungen des Migrationsrechts erscheint dieser Kommentar insbesondere auch für Praktiker_innen des weiter gefassten Migrationsrechts und nicht nur spezifisch für Asylrechtspraktiker_innen äusserst interessant. Die Verweise

innerhalb des Buches vermögen die komplexen Zusammenhänge dieser ineinandergreifenden Thematiken des Migrationsrechts aufzuzeigen und einen in dieser Form bisher nicht existierenden Mehrwert zu generieren. Die aufgrund der umfassenden Thematik des gesamten Buches im Vergleich zum «code annoté» mitunter summarische Kommentierung der Artikel des Asylgesetzes erlaubt es einen schnellen Überblick über den jeweiligen Artikel, die relevanten Aspekte, die dazugehörige nationale und internationale Rechtsprechung sowie weiterführende Literatur zu gewinnen. Aufgrund der Form als Gesetzeskommentar richtet sich auch dieses Werk in erster Linie an Jurist_innen und Studierende in diesem Bereich. Jedoch ist es auch aufgrund des übersichtlichen Inhaltsverzeichnisses, welches sich nach den Kapitel- und Abschnittsüberschriften des Gesetzes richtet, auch für interessierte Nichtjuristen möglich, die gesuchten Informationen in nützlicher Zeit zu finden. Neben der auch in der vierten Auflage nach wie vor umfassenden und sorgfältigen Kommentierung des Ausländergesetzes sowie des Freizügigkeitsabkommens zeichnet sich der «Kommentar Migrationsrecht» auch durch den Kommentar zu den Bestimmungen der Ausschaffungsinitiative aus, welcher insbesondere für Strafrechtler_innen als Orientierungshilfe dienen kann. Die enthaltenen unkommentierten Auszüge des internationalen Rechts, der Bundesverfassung sowie der für das Migrationsrecht relevanten Gesetze und Verordnungen des Migrationsrechts ermöglichen eine schnelle Konsultation und erleichtern dank der getroffenen Auswahl der Bestimmungen die Navigation durch den Paragrafenschwungel des gesamten Migrationsrechts.

Bemerkenswerter Weise ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es trotz des schnellen Voranschreitens der Gesetzgebung und der Praxis im Asylrecht insbesondere auch aufgrund der immerzu volatilen Lage in den Herkunfts- oder den zuständigen Dublin-Staaten den Herausgebenden und Autor_innen beider Publikationen so weit als nur möglich gelungen ist, eine umfassende als auch aktuelle Darstellung der heutigen Asylrechtspraxis zu veröffentlichen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass es nach wie vor in der Verantwortung der Benutzer_innen liegt, sich immerzu über allfällige Änderungen der Praxis – aktuell sicherlich insbesondere im Bereich der Dublin-Rechtsprechung – zu informieren.

Zusammenfassend und keinesfalls in absoluter Weise zu verstehen, lässt ein einfacher Vergleich den Schluss zu, dass sich für eine vorwiegend detaillierte juristische Beschäftigung mit dem Thema Asyl der «code annoté» mit der detaillierten Kommentierung jeder einzelnen Gesetzesbestimmung und weiterführenden Literatur- und Materialienhinweisen zu empfehlen ist. Wird eher nach einem praktischen juristischen Überblick über das gesamte Migrationsrecht gesucht, ist der Kommentar Migrationsrecht sicherlich unter anderem mit seinen prägnanten Kommentierungen des Ausländergesetzes, des Asylgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens eine sehr gute Wahl. Dies entspricht auch dem eigenen Anspruch den die Herausgebenden für ihr jeweiliges Werk formuliert haben. Angesichts der Qualität beider Werke werden sie sich sicherlich als aktuelle Standardkommentare für die juristische Theorie und Praxis etablieren.

*Anne Kneer, Doktorandin und Gerichtsschreiberin
am Bundesverwaltungsgericht*

Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen, Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi), Stämpfli Verlag AG, Bern 2015, ISBN 978-3-7272-8879-1, 944 Seiten

Marc Spescha et al., Kommentar Migrationsrecht, Orell Füssli, Zürich 2015, ISBN 978-3-280-07322-3, 4., überarbeitete und erweiterte Auflage, 1100 Seiten

Schweizerische Flüchtlingshilfe (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren

Kaum ein anderes Rechtsgebiet ist derart in Bewegung wie das Asylrecht. Eine Teilrevision jagt die nächste und es ist fast ein Ding der Unmöglichkeit, den Überblick zu behalten. Das nunmehr in zweiter Auflage vorliegende Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren der Schweizerischen Flüchtlingshilfe bietet in diesem Dschungel von sich in rascher Folge ändernden Bestimmungen und sich überlagernden Rechtsquellen eine wertvolle Orientierungshilfe. Der Wert des Buches geht freilich darüber hinaus. Es zeichnet nämlich die einzelnen Schritte des Asyl- und Wegweisungsverfahrens sowie die Konsequenzen für die Betroffenen detailliert nach. Dabei werden neben den Grundlagen auch die aktuelle Rechtsprechung nationaler Gerichte und internationaler Organe sowie die einschlägige behördliche Praxis erfasst.

Aufbau und Inhalt der zweiten Auflage folgen der Struktur der im Jahr 2009 erschienenen ersten Auflage, behandeln aber noch konsequenter die einzelnen Verfahrensschritte. So ist es sehr begrüssenswert, dass das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nunmehr ein eigenes Kapitel im hinteren Teil des Werkes erhalten hat. Ebenso erleichtert z. B. die Zusammenfassung der Voraussetzungen und Gründe für Ein- bzw. Ausschluss sowie Beendigung der Flüchtlingseigenschaft in einem einzigen Kapitel deren Erfassung im Gesamtkontext. Die Neuauflage beschränkt sich aber nicht nur auf eine Aktualisierung und teilweise Neustrukturierung, sondern greift auch neue Themen auf bzw. reflektiert die seit der ersten Auflage eingetretenen politischen und rechtlichen Veränderungen. So finden sich etwa neben Ausführungen zum Testbetrieb auch Hinweise zur Neustrukturierung des Asylbereichs, zu Opfern geschlechtsspezifischer Verfolgung sowie zu Opfern von Menschenhandel und Asylsuchenden mit einer Behinderung. Trotz der deutlichen Umfangssteigerung im Vergleich zur ersten Auflage, weist die nunmehr vorliegende zweite Auflage rund 200 Seiten mehr auf.

Der Text ist griffig und wird neu auch durch ein gutes Dutzend Abbildungen ergänzt, die insbesondere Prüfungs- und Verfahrensabläufe visualisieren.

Das Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren überzeugt gleichermassen als Nachschlagewerk – erlauben doch die logische und verständliche Titelsezung als auch das detaillierte Sichtwortverzeichnis ein rasches Auffinden gesuchter Passagen – wie auch als Grundlagenwerk, da die bereits erwähnte klare, schnörkellose und angenehm nichtjuristische, aber gleichwohl präzise Sprache auch jenen, die (noch) nicht mit dem Asylverfahren vertraut sind, einen raschen Zugang zur Materie ermöglicht. Das Handbuch wird somit weiterhin sowohl für Praktikerinnen und Praktiker – sei dies als Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter oder Vertreterinnen und Vertreter von Hilfswerken – als auch für Richterinnen und Richter, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber, Behördenmitglieder, Studierende sowie ganz allgemein für alle Interessierten ein Standardwerk darstellen.

Dem neuen Autorenteam ist es mit der zweiten Auflage des Handbuches zum Asyl- und Wegweisungsverfahren gelungen, eine bereits bislang wichtige Publikation zu einem unverzichtbaren Werk zu machen. Dafür gebührt den elf Verfasserinnen und Verfassern ein grosses Lob und der Dank all jener, die sich beruflich oder aus privatem Interesse mit Flüchtlings- und Asylfragen befassen.

Prof. Dr. Martina Caroni, Universität Luzern

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Auflage, Haupt, Bern 2015, 547 Seiten, ISBN 978-3-258-07772-7, Preis Fr. 75.–

Organisation Suisse d'Aide aux Réfugiés OSAR, Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2^e édition, Haupt, Berne, à paraître en 2016, prix Fr. 75.–