

Politique migratoire et d'asile : la Suisse au ban de la légalité ?

4^{ème} RAPPORT ANNUEL D'OBSERVATION

NOVEMBRE 2011

FONDÉ EN 2008, L'[OBSERVATOIRE ROMAND](#) DU DROIT D'ASILE ET DES ÉTRANGERS S'EST DONNÉ POUR MISSION DE MONTRER CERTAINES CONSÉQUENCES, [SUR LE PLAN HUMAIN](#), DE L'APPLICATION DU DROIT D'ASILE ET DES ÉTRANGERS. CE QUATRIÈME RAPPORT PRÉSENTE UNE [SYNTHÈSE DES OBSERVATIONS](#) EFFECTUÉES ENTRE SEPTEMBRE 2010 ET OCTOBRE 2011.

Ce rapport contient de nombreux liens, pointant notamment vers des descriptions de cas publiées par l'ODAE romand, d'où l'intérêt de s'en procurer la version électronique, qui peut être téléchargée sur notre site internet www.odae-romand.ch.

Abréviations fréquemment utilisées

| | |
|------|---|
| CEDH | Convention européenne des droits de l'homme |
| LAsi | Loi sur l'asile |
| LEtr | Loi sur les étrangers |
| NEM | Décision de non-entrée en matière |
| ODAE | Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers |
| ODM | Office fédéral des Migrations |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers (ODAE), novembre 2011.

INTRODUCTION

UNE DÉRIVE CONTINUE QUI RISQUE DE COÛTER CHER

Avec l'interdiction du mariage des personnes sans statut légal, la Suisse a franchi un nouveau cap en matière de privation des droits les plus élémentaires dans le domaine du droit des étrangers, quitte à frôler l'illégalité. La [condamnation du Royaume-Uni par la Cour européenne des droits de l'homme](#) pour avoir mis en place des mesures similaires d'interdiction du mariage, ainsi que plusieurs arrêts courageux des Tribunaux cantonaux, dont celui du Tribunal administratif vaudois à ce sujet, semblent annoncer la non-application d'une disposition discriminatoire, disproportionnée et inutile, en ce qu'elle n'ajoute rien aux dispositions déjà en vigueur pour lutter contre les mariages dits « blancs ».

Un destin similaire sera probablement réservé à l'initiative relative au renvoi des criminels étrangers. La Suisse a déjà été [condamnée par la Cour européenne](#) en raison du manque de proportionnalité prévalant dans les dispositions en vigueur. Si celles-ci deviennent davantage restrictives et systématiques, il semble alors tout à fait illusoire de penser qu'elles passeront le test de la conformité avec le droit international.

Dans le domaine du droit des étrangers, nous observons toujours des cas de personnes qui ne peuvent être régularisées, malgré de longs séjours en Suisse et une intégration exemplaire. Ces vies se font en Suisse dans l'illégalité, car ce pays ne leur reconnaît pas de place, alors que certaines personnes sont nées ici ! Elles n'y ont pas une vie, mais toute leur vie. La situation est tout aussi incongrue pour les personnes de nationalité

suisse qui ne peuvent faire venir les membres de leur famille que selon des conditions bien plus restrictives que celles dont bénéficient les citoyens européens résidant en Suisse ([« Alim »](#), [« Jahara »](#)). Une discrimination que les députés ont décidé de maintenir en septembre 2011.

Dans le domaine de l'asile, on observe la poursuite du refus des autorités d'assouplir l'application de l'accord de Dublin, dont la clause de souveraineté permettrait à la Suisse d'examiner les demandes d'asile de personnes vulnérables ayant transité dans des pays tels que l'Italie et Malte. Par ailleurs, le manque d'instruction de la part de l'Office fédéral des migrations pour établir les faits ([« Aran »](#)) et la restriction de l'accès au recours à travers l'exigence d'avances de frais rendent particulièrement difficile l'obtention du statut de réfugié ([« Kofi »](#)).

Les mesures récemment annoncées en matière d'asile passent manifestement à côté de ces questions. Leur mise en œuvre pourrait au contraire réduire davantage les possibilités de mettre en avant ses motifs d'asile et d'avoir accès à un recours effectif. Les propositions de modifications octroient en effet un rôle encore plus prépondérant aux preuves recueillies dans les Centres fédéraux d'enregistrement et de procédure, alors que nombre d'allégations requièrent du temps et l'intervention de la société civile pour être étayées ([« Yeshi »](#)).

Ce rapport vise à rappeler que derrière un débat houleux, saturé d'informations parfois erronées et de nouvelles annonces, les vies de nombreuses personnes sont touchées au quotidien par un durcissement continu.

DROIT DES ÉTRANGERS

Le droit des étrangers en Suisse est conçu de sorte à laisser aux autorités un large pouvoir d'appréciation, que ce soit dans le cadre d'une demande de permis humanitaire ou de regroupement familial. En théorie, il doit favoriser, sur la base de cette marge d'appréciation, un examen au cas par cas dans le respect de la proportionnalité entre limitation de l'immigration et respect de la vie privée et familiale. Or, durant la période observée, les autorités ont continué d'user de ce pouvoir de façon restrictive, sans trop prendre en considération les coûts humains engendrés.

REGULARISATION DES PERSONNES SANS STATUT LÉGAL

Un examen au cas par cas trop restrictif

Les dispositions légales en matière d'octroi de permis humanitaires et de regroupement familial sont utilisées pour pallier, tant bien que mal, l'absence de régularisations collectives de personnes sans statut légal¹. Or, bien que dans de nombreux cas, ces migrant-e-s soient bien enraciné-e-s en Suisse², la possibilité d'y séjourner légalement leur demeure interdite. Les renvois prononcés ont souvent pour conséquence de déraciner des jeunes qui ont passé toute leur adolescence en Suisse ou de nier la relation qui existe entre un parent étranger et son enfant suisse, même mineur, lorsque les autorités les séparent. Dans d'autres cas, l'interdiction de demeurer en Suisse entraîne une précarisation des personnes qui décident de tout de même rester en Suisse illégalement, car elles ne peuvent faire face à de tels déchirements. Face à cette réalité et à celle de l'intégration de fait d'environ 100'000 « sans-papiers », les milieux de défense des personnes sans statut légal ont déposé, le 13 octobre 2011, devant le Conseil fédéral et le Parlement, une pétition intitulée « Stop à l'hypocrisie » portant plus de 20'000 signatures.

- ③ *« Yunus »³, originaire de Turquie, revient en Suisse en 2002 pour exercer pleinement son rôle de père auprès de sa fille suisse psychologiquement fragile. Il dépose deux ans plus tard une demande de regroupement familial qui lui est refusée en raison notamment d'une condamnation pour séjour illégal. Or, selon le service cantonal de protection de l'enfance, il constitue, en tant que père, « le seul élément stable de la famille ». Ce n'est que suite à un recours au Tribunal fédéral que « Yunus » obtient finalement un permis.*

¹ Denise Efonayi-Mäder et al., *Visage des sans-papiers en Suisse. Evolution 2000-2010*, Commission fédérale pour les questions de migration, décembre 2010.

² Ci-après, le masculin (migrant / étranger / requérant) sera utilisé afin de rendre la lecture plus fluide.

³ *Refus de permis pour le père de deux enfants qui vivent en Suisse*, cas 137, 19 janvier 2011, odae-romand.ch.

La voie vers une deuxième génération de « sans-papiers »

Pendant la période observée, de nombreux jeunes gens et jeunes femmes ayant vécu ici une longue et cruciale étape de leur vie – l'adolescence – se sont vu refuser un droit de séjour en Suisse. Un manque d'intégration est souvent reproché à ces jeunes, parce qu'ils n'auraient pas d'assez bons résultats scolaires ou de qualifications professionnelles suffisantes. Cependant, d'autres facteurs, tels que le réseau social et familial, ainsi que la maîtrise du français et une conduite irréprochable au sein de la société, permettraient de prouver le contraire.

Une autre discrimination vient creuser encore davantage la différence entre les migrants à vocation universitaire, et ceux qui se tournent vers un apprentissage. Si pour les premiers, leur statut d'« irrégulier » ne les empêche pas d'effectuer des études, l'accès à l'apprentissage est fermé aux seconds (en raison précisément de leur statut « illégal »). La [motion Barthassat](#)⁴ devrait toutefois permettre aux jeunes « sans-papiers » de pouvoir accéder à une formation professionnelle. Par ailleurs, [un récent arrêt du Tribunal fédéral](#)⁵ vient également donner un nouvel éclairage sur cette question. Les juges du TF ont en effet estimé que l'intégration d'un étranger peut être réussie dès lors qu'il est indépendant financièrement, maîtrise une langue nationale et respecte les lois suisses. Exiger en outre une haute qualification reviendrait à imposer une « intégration exceptionnelle ». Dans cette optique, une telle condition ne devrait pas non plus être requise pour ces jeunes étrangers.

- ⊙ [« Tiago »](#)⁶ vit en Suisse depuis ses 11 ans. Dix ans plus tard, le TAF lui refuse définitivement l'octroi d'un permis, estimant qu'il n'a pas d'assez bons résultats scolaires et d'attaches professionnelles. Pourtant, sa demande de permis est motivée par l'objectif d'entreprendre une formation professionnelle qui n'est pas possible sans régularisation. On lui reproche un manque d'intégration, alors qu'il a toujours travaillé et qu'il est fort apprécié de son entourage.

- ⊙ [« Emmanuel »](#)⁷ est arrivé en Suisse à l'âge de sept ans avec ses parents bénéficiaires d'une carte de légitimation. Suite au départ de ses parents, il est placé chez une connaissance, mais l'octroi d'un permis B lui est refusé bien qu'il ait passé 13 années en Suisse. Motif : scolarité pas assez brillante. « Emmanuel » s'est ainsi vu, lui aussi, refuser l'accès à une formation professionnelle faute d'avoir un titre de séjour valable.

⁴ 08.3616 – Motion du Conseiller national Luc Barthassat, *Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal*, 2 octobre 2008. Approuvée par le Conseil des Etats le 14 septembre 2010.

⁵ Tribunal fédéral, 2C_430/2011, arrêt du 11 octobre 2011.

⁶ *Régularisation refusée pour « Tiago » qui a vécu toute son adolescence en Suisse*, cas 131, 30 novembre 2010, odae-romand.ch.

⁷ *En Suisse depuis l'âge de 7 ans, il devait savoir que son séjour serait provisoire*, cas 153, 27 juin 2011, odae-romand.ch.

Des familles séparées... au nom de « l'intérêt supérieur » de qui ?

Le principe régissant l'examen des demandes de regroupement familial veut que soient mis sur la balance, d'un côté, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie familiale et privée et, de l'autre, l'intérêt collectif de contrôler l'immigration et d'assurer l'ordre public. Or, dans cette balance, la tendance est de faire passer l'intérêt public avant les droits individuels, y compris ceux des ressortissants suisses.

Lorsqu'il s'agit de personnes ayant commis des délits, l'intérêt public a un poids déterminant dans la plupart des cas observés, quelle que soit la gravité des faits et même lorsqu'il s'agit de personnes s'étant depuis parfaitement réinsérées dans la société, exerçant de façon effective leur rôle de parent d'un enfant suisse et dont le risque de récidive paraît extrêmement faible. Il s'agit là d'une politique du risque zéro, souvent au détriment du droit à la vie familiale de très jeunes enfants suisses qui ont un père étranger menacé par un renvoi. Dans de tels cas, on pourrait sans doute parler non pas de double, mais de triple peine : après avoir purgé une peine suite à une condamnation pénale, on inflige à un étranger une seconde punition – le renvoi – qui, lorsqu'il s'agit d'une séparation avec un proche resté en Suisse, entraîne une souffrance pour celui-ci. Sur le plan humain, cela paraît particulièrement difficile à justifier dans une société démocratique, et pourtant ce ne sont pas les exemples qui manquent.

En octobre 2011, la Suisse a été [condamnée](#) par la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir prononcé une décision d'interdiction de séjourner en Suisse jugée disproportionnée. En effet, selon la Cour de Strasbourg, les faits pris en considération étaient des délits de jeunesse qui ne sauraient justifier une telle décision⁸. Cette condamnation vient corroborer la jurisprudence du Comité onusien chargé de contrôler l'application du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui a estimé, dans une [récente décision](#)⁹, que le droit au respect de la vie privée et familiale doit primer notamment lorsqu'une personne a séjourné longtemps dans le pays, y a ses principales attaches familiales et s'efforce de se réadapter socialement après avoir payé sa dette à la société.

Dès lors, il semble inimaginable que la Suisse, qui doit pourtant maintenant mettre en œuvre l'initiative pour le renvoi des criminels étrangers, puisse durcir encore davantage sa législation en la matière sans se faire sanctionner au niveau international.

⁸ Cour EDH, *Emre c. Suisse* (n° 2), Requête n° 5056/10, arrêt du 11 octobre 2011.

⁹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Nystrom c. Australie*, Communication n° 1557/2007, constatations publiées le 18 juillet 2011.

- ⊙ L'ODM estime que « [Saïdou](#) »¹⁰ ne peut rester en Suisse, alors qu'il a un enfant suisse âgé de 7 ans, notamment parce que, par le passé, il a fait l'objet de condamnations pénales. Or, il exerce depuis toujours son droit de visite auprès de son enfant dont il est très proche et n'a plus connu de condamnation depuis 2001. Un recours est pendant devant le TAF.

REGROUPEMENT FAMILIAL

Une discrimination à l'égard des Suisses injustifiable... sauf aux yeux du législateur

En tant que signataire de l'[Accord sur la libre circulation des personnes](#) (ALCP), la Suisse a transposé, dans la nouvelle loi sur les étrangers, le droit européen en matière de regroupement familial ([art. 42 al. 2 LEtr](#)). En vertu de l'ALCP et de l'[arrêt Metock](#)¹¹ de la Cour de justice de l'Union européenne qui vient élargir davantage sa portée, la Suisse se trouve dans l'obligation d'octroyer des permis par regroupement familial aux membres étrangers de la famille de ressortissants de l'Union européenne résidant en Suisse, même si ces parents n'ont pas au préalable séjourné légalement dans un Etat européen. Cela concerne à la fois leurs descendants jusqu'à l'âge de 21 ans et leurs ascendants.

La nouvelle jurisprudence européenne est venue accentuer l'écart déjà existant entre les conditions imposées aux Suisses et aux ressortissants d'Etats non-européens qui souhaitent faire venir des membres étrangers de leur famille, et celles dont bénéficient les citoyens européens vivant en Suisse. En effet, seuls les ressortissants européens sont exonérés des délais prévus à [l'article 47 LEtr](#), à savoir, cinq ans pour formuler une demande de regroupement familial pour des enfants jusqu'à l'âge de 12 ans, et 12 mois pour les adolescents jusqu'à 18 ans. Ainsi, par exemple, un ressortissant belge qui vit en Suisse et est marié à une femme non-européenne, pourra faire venir l'enfant de sa femme sans autre limite que si cet enfant a moins de 21 ans. À sa place, un Suisse devra procéder dans un certain délai et ne pourra plus le faire si l'enfant a passé 18 ans.

Ces différences de traitement sont d'autant plus problématiques que les critères de « raisons familiales majeures » prévues à ce même article 47 LEtr, permettant d'échapper à l'application stricte des délais en matière de regroupement familial, sont presque impossibles à remplir.

¹⁰ Décision de renvoi du père d'un enfant suisse à cause de son passé pénal, cas 133, 13 décembre 2010, odae-romand.ch.

¹¹ CJCE (grande chambre), *Blaise Baheten Metock e.a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Affaire C-127/08, arrêt du 25 juillet 2008.

Suite à l'arrêt Metock précité, le Tribunal fédéral (TF) a estimé dans un [arrêt de septembre 2009](#)¹² qu'il convenait de supprimer cette discrimination à l'égard des Suisses sur la base de [l'article 14 CEDH](#) et de [l'article 8 de la Constitution fédérale](#). Même si cette tâche incombe en premier lieu au législateur, le Tribunal se réserve le droit d'appliquer directement ces dispositions, ce qu'il n'a pas encore fait à ce jour. Lors de la session parlementaire de septembre 2011, [l'initiative parlementaire d'Andy Tschümperlin](#), visant à modifier la loi fédérale sur les étrangers en ce sens, a toutefois été rejetée. Il reste à savoir si ce sont les juges de Lausanne ou ceux de Strasbourg qui empêcheront, en premier, cette discrimination dans le droit suisse.

- ⊙ *« [Alim](#) »¹³ est élevé par ses grands-parents en Turquie car sa mère l'a abandonné et son père vit en Suisse. Celui-ci devient entre temps suisse, et demande, lorsque les grands parents malades ne peuvent plus s'occuper d'Alim, à ce que celui-ci puisse venir le rejoindre. L'ODM refuse, sous prétexte qu'Alim est assez grand et que c'est dans son intérêt de rester en Turquie, alors qu'il est loin de son père et âgé de 16 ans.*

- ⊙ *« [Jahara](#) »¹⁴, somalienne réfugiée au Kenya, dépose une demande de regroupement familial à l'ambassade suisse pour vivre auprès de ses filles naturalisées suisses. Bien qu'elle ait fui une guerre civile meurtrière et se retrouve isolée dans un camp, l'ODM estime que la condition de « raisons familiales majeures » n'est pas remplie, et qu'elle doit se contenter de l'argent que ses filles pourront lui envoyer.*

- ⊙ *« [Ratana](#) »¹⁵ vit en Suisse depuis 2005 et épouse un ressortissant suisse. En 2009, alors que sa fille âgée de 13 ans est menacée de contraintes sexuelles, voire de mariage forcé en Thaïlande, les époux demandent le regroupement familial. Comme la demande est formulée hors délai, des « raisons familiales majeures » sont invoquées. Le TF rejette définitivement la demande en 2011, tout en reconnaissant que sa décision entraîne une inégalité de traitement au vu des conditions dont peuvent bénéficier les européens résidant en Suisse dans la même situation.*

¹² ATF 136 II 5, du 29 septembre 2009.

¹³ *Livré à lui-même en Turquie, il ne peut pas rejoindre son père en Suisse*, cas 148, 19 avril 2011, odae-romand.ch.

¹⁴ *Une mère somalienne seule et exilée ne peut pas rejoindre ses filles suisses*, cas 152, 22 juin 2011, odae-romand.ch.

¹⁵ *Regroupement familial : discrimination d'un Suisse par rapport à des Européens ?*, cas 136, 6 janvier 2011, odae-romand.ch.

MIGRANTES VICTIMES DE VIOLENCES CONJUGALES

Dénoncer la violence subie implique toujours un risque de renvoi

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les étrangers en 2008, l'ODAE romand a souligné la problématique liée au cadre légal qui devrait permettre à une femme bénéficiant d'une autorisation de séjour par regroupement familial, suite à un mariage avec un citoyen suisse ou un titulaire d'un permis C, de quitter son mari violent sans risquer la perte du permis, cela même si la séparation intervient avant trois années de vie commune. En réalité, il s'agit d'une possibilité soumise au pouvoir d'appréciation des autorités, et non pas d'un droit. Ainsi, malgré la mention explicite de cette possibilité à [l'article 50 LEtr](#), des difficultés persistent pour ces femmes.

En vertu d'une jurisprudence du Tribunal fédéral de novembre 2009¹⁶, le cumul des violences conjugales avérées avec la preuve d'une réintégration presque impossible dans le pays d'origine n'est plus systématique : les violences peuvent suffire à elles seules, à condition qu'elles aient atteint un certain degré d'intensité. Or, l'évaluation de cette intensité par des autorités administratives non spécialisées s'avère délicate. Par exemple, des éléments probants tels que les certificats de spécialistes sont souvent moins pris en considération que les classements de plaintes pénales pour violences conjugales.

C'est pour cela que, malgré une avancée au niveau de la jurisprudence, la [motion Roth-Bernasconi](#)¹⁷ visant à lever le cumul des conditions, quelle que soit l'intensité de la violence, a été maintenue. Lors de sa session spéciale du 28 septembre 2011, le Conseil national l'a pourtant rejetée, et aucune modification de l'article 50 LEtr n'est ainsi envisagée. Et ce malgré les nombreuses recommandations émises par les Nations Unies, [la dernière en date](#) émanant du Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels en novembre 2010¹⁸. Ces recommandations visent à ce que la loi soit modifiée afin de ne pas encourager les femmes migrantes à rester dans une situation de violence faute de garanties de pouvoir garder leur permis.

- ☉ *N'ayant pu faire renouveler son permis suite à la séparation, « [Madja](#) »¹⁹ se résout à retourner vivre auprès de son mari violent. A ce moment-là, elle doit tout de même faire de nombreux recours avant de pouvoir enfin obtenir une nouvelle autorisation de séjour. Alors que dès le départ, même pendant leur séparation, les autorités cantonales auraient dû renouveler son permis en se basant sur l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 2009.*

¹⁶ ATF 136 II 1, du 4 novembre 2009. Cette jurisprudence a été intégrée à la directive de l'ODM relative au regroupement familial, état au 1^{er} juillet 2011.

¹⁷ 10.3515 – Motion de la Conseillère nationale Maria Roth-Bernasconi, *Garantir la protection des migrantes victimes de violence*, 17 juin 2010.

¹⁸ Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Suisse, 26 novembre 2010.

¹⁹ *Menacée d'expulsion, elle préfère retourner vivre auprès de son mari violent*, cas 151, 16 mai 2011, odae-romand.ch.

- ① Voir également notre rapport thématique [« Femmes étrangères victimes de violences conjugales »](#)²⁰.

²⁰ ODAE romand, *Femmes étrangères victimes de violences conjugales*, mars 2011, odae-romand.ch.

DROIT D'ASILE

Le droit d'asile en Suisse est marqué par une volonté claire de rendre la Suisse moins attractive : les lois et pratiques sont de plus en plus conçues pour être dissuasives et expéditives. Par le biais des accords Schengen/Dublin, l'Europe offre à la Suisse une occasion en or de renvoyer des demandeurs d'asile vers d'autres pays, même si ceux-ci sont moins à même de les accueillir. Certains réfugiés se retrouvent donc, sans examen de leur demande, renvoyés vers des conditions de vie humainement inacceptables. Ce faisant, la Suisse ne se rend-elle pas complice de violations des droits fondamentaux ?

RENOIS DUBLIN

Application presque systématique, y compris pour les personnes vulnérables

L'application stricte par la Suisse de l'Accord de Dublin²¹ permet le renvoi massif, vers d'autres pays européens, de personnes cherchant une protection. Même les plus vulnérables d'entre elles sont renvoyées sans avoir pu faire valoir les traumatismes subis. Et pourtant, ce même accord permettrait d'éviter des drames humains si la clause de souveraineté était appliquée, notamment dans le cas des personnes les plus vulnérables (mineurs non accompagnés, familles avec enfants en bas âge, femmes enceintes, personnes gravement affectées dans leur santé physique ou psychique). C'est donc sciemment que la Suisse ne fait usage de cette clause qu'avec une réticence extrême.

Au 31 octobre 2011, sur 8'374 décisions de non-entrée en matière prises depuis le début de l'année, plus de 70% (6'104) concernaient des cas où la Suisse estimait un autre pays de l'espace Dublin compétent pour l'examen de la demande d'asile. Ainsi, plus de 40% des quelque 17'000 demandes d'asile traitées par la Suisse depuis janvier 2011 peuvent en théorie être écartées par le biais d'un renvoi « Dublin ». Dans les faits, pendant la même période, la Suisse a procédé à 3'285 transferts de ce type. En sens inverse, elle a accepté de recevoir pour examen 436 requérants se trouvant dans d'autres pays de l'espace Dublin²². Bien qu'il ne ressorte des statistiques de l'ODM en matière d'asile aucun chiffre sur le nombre de situations où la Suisse a décidé d'appliquer la clause de souveraineté, il s'avère que c'est souvent par l'impossibilité pratique d'effectuer – dans un délai de 6 mois (tel que prévu dans le cadre de l'accord de Dublin) – le transfert vers l'Etat européen compétent, que ces demandes finissent par être examinées en Suisse.

²¹ L'Accord de Dublin est entré en vigueur en Suisse le 12 décembre 2008, et reprend le [Règlement \(CE\) No 343/2003](#) (aussi appelé Règlement Dublin II).

²² Office fédéral des migrations, Statistiques en matière d'asile, [Aperçu par années](#) (état du 30.09.2011) et [Aperçu par mois](#) (état du 31.10.2011).

Le déséquilibre entre entrées et transferts sous Dublin, dû à la situation géographique de la Suisse, a pour conséquence de surcharger des pays « limitrophes » de l'Union européenne, lesquels sont moins bien préparés pour accueillir des requérants d'asile dans de bonnes conditions. Vu que le droit d'asile a pour but d'assurer une protection effective en cas de persécution, cette gestion humainement douteuse ne peut être conforme à l'esprit de la Convention de Genève de 1951 ou de la Convention contre la torture de 1984. Un pays qui se veut respectueux des valeurs humanitaires ne peut se contenter d'un tel bilan. Dans leur discours officiel, les autorités fédérales se déclarent pourtant satisfaites²³.

- ⊙ [« Ribkha »](#)²⁴, jeune femme érythréenne, demande l'asile en Suisse. Elle est renvoyée en Italie suite à une décision de non-entrée en matière « Dublin ». Sans aucun moyen de subsistance dans ce pays et devant s'adonner à la prostitution, elle revient en Suisse. Bien qu'informées de sa fragilité psychique, les autorités suisses décident de la renvoyer à nouveau. Au moment où arrive la police, « Ribkha » saute depuis le balcon du 3^e étage. Comme le délai de 6 mois pour son transfert vers l'Italie expire peu de temps après sa déféstration, elle finit par obtenir l'examen de sa demande en Suisse, suivi de l'octroi, par l'ODM, d'un permis B réfugié.
- ⊙ Une [requérante érythréenne](#)²⁵ doit vivre dans un squat en Italie en attendant l'examen de sa demande d'asile. Lorsqu'elle apprend qu'elle est enceinte, elle rejoint la Suisse où elle dépose une nouvelle demande d'asile. Malgré les nombreux rapports qui indiquent les conditions de vie déplorables dans de tels squats, l'ODM puis le TAF confirment son transfert « Dublin ».
- ⊙ Cas plus anciens : [« Ahmed »](#) et [« Aliya »](#)²⁶, [« Bilal »](#)²⁷, [« Maia »](#)²⁸.
- ⊙ Voir également notre note thématique [« Dublin : la Suisse crée des drames en renonçant à sa souveraineté »](#)²⁹.

²³ Voir à cet égard l'évaluation officielle : Office fédéral des migrations, [Accord de Dublin : bilan positif pour la Suisse](#), Communiqué, 7 avril 2009.

²⁴ Un geste désespéré qui aurait pu être évité, cas 155, 12 juillet 2011, odae-romand.ch.

²⁵ Le TAF estime qu'une requérante peut élever son bébé dans un squat en Italie, info brève du 27 septembre 2011, odae-romand.ch.

²⁶ Accords de Dublin : renvoi sur Malte...dans l'intérêt de la famille ?, cas 100, 10 février 2010, odae-romand.ch.

²⁷ La Suisse le renvoie dans un pays tiers où il n'a connu que la détention, cas 120, 17 août 2010, odae-romand.ch.

²⁸ Double renvoi Dublin d'une famille en dépit de sa grande vulnérabilité, cas 122, 30 août 2010, odae-romand.ch.

²⁹ Dublin : la Suisse crée des drames humains en renonçant à sa souveraineté, note thématique 007, 16 juillet 2007, odae-romand.ch.

QUELQUES AVANCÉES RÉCENTES

À l'heure actuelle, le principal frein à l'application presque systématique des renvois « Dublin » demeure le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans un [arrêt de janvier 2011](#)³⁰, a confirmé ce que de nombreux acteurs du terrain clamaient depuis longtemps : les renvois « Dublin » vers la Grèce violent les droits fondamentaux des requérants d'asile. Le Tribunal administratif fédéral a ensuite repris la jurisprudence de la Cour européenne dans une [décision du 16 août 2011](#)³¹. Dorénavant, c'est aux autorités suisses de prouver que le renvoi vers la Grèce est licite dans un cas précis. La charge de la preuve est donc désormais renversée.

D'autre part, le TAF a ordonné le renforcement des garanties en matière d'examen des demandes de mineurs non accompagnés tombant sous l'égide de l'Accord de Dublin. Dans un arrêt rendu en septembre 2011³², le Tribunal a exigé que pour de tels cas, la présence d'une personne de confiance dès l'audition sommaire soit systématique, car c'est déjà à l'issue de telles auditions qu'une décision de renvoi peut être prononcée, contrairement à une procédure d'asile ordinaire. De plus, selon le TAF, l'Office fédéral des migrations doit s'assurer que les mineurs non accompagnés ont effectivement déposé une demande d'asile dans le pays vers lequel le renvoi est envisagé. L'Office doit aussi, en cas de renvoi, vérifier que leur prise en charge est assurée concrètement par une institution spécialisée. Dans le doute, la Suisse doit reconnaître souverainement sa compétence et traiter la demande d'asile. Il reste à voir comment cette jurisprudence sera appliquée par l'ODM à l'avenir.

APPRÉCIATION DE LA VRAISEMBLANCE

Un examen empreint de méfiance et une instruction souvent insuffisante

Les cas documentés par l'ODAE révèlent souvent un manque de sérieux dans l'examen des demandes d'asile effectué par l'ODM. Alors qu'un détail suffit à discréditer les dires du requérant d'asile, les arguments mis en avant par l'autorité pour rejeter une demande sont régulièrement discutables. À ce sujet, les résultats d'une enquête interne révélée dans la presse montraient que les fonctionnaires de l'ODM eux-mêmes estiment à 80% que leurs décisions ne sont pas fondées sur des critères objectifs³³. Le manque d'instruction rend plus que jamais indispensable l'accès au droit de recours. Rejeter des demandes pour des raisons peu sérieuses ou suite à une instruction bâclée rallonge souvent inutilement les procédures.

³⁰ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Requête n° 30696/09, arrêt du 21 janvier 2011.

³¹ Arrêt TAF D-2076/2010, du 16 août 2011.

³² Arrêt TAF E-8648/2010, du 21 septembre 2011. Voir également un article paru dans *Le Temps*, *Une jurisprudence pour mieux traiter les requérants mineurs non accompagnés*, 8 octobre 2011.

³³ *Passage difficile pour l'Office fédéral des migrations*, 28 juin 2011, rsr.ch.

- ⊙ *Sans procéder à un examen médical, l'ODM conteste la vraisemblance du récit de « [Aran](#) »³⁴, réfugié tamoul arrivé en Suisse en 2008, alors qu'il avait montré à son auditeur ses nombreuses cicatrices issues d'actes de torture. Un recours devant le TAF est en suspens.*
- ⊙ *Cas plus anciens : « [Mehdi](#) »³⁵, « [Haile](#) »³⁶.*

OBSTACLES AU DROIT DE RECOURS

Un recours excessif à des obstacles de procédure

EXIGENCE D'AVANCES DE FRAIS

Les autorités judiciaires et administratives peuvent demander des avances de frais lorsque des recours qui leur sont adressés leur semblent manifestement voués à l'échec. Dans les cas Dublin cités plus haut, vu le caractère presque systématique des décisions de non-entrée en matière par l'ODM, une telle avance de frais peut être exigée même pour des personnes qui obtiendraient certainement une protection dans le cadre d'une procédure d'asile ordinaire.

Il arrive ainsi que des recours ne puissent être examinés au fond, parce que le requérant n'a pas été en mesure de payer l'avance de frais, ce qui a comme conséquence que le TAF déclare le recours irrecevable. Pourtant, lors d'un réexamen ultérieur, plusieurs cas débouchent sur une issue positive ce qui a pour conséquence que le demandeur d'asile obtient une protection. Il arrive aussi que des requérants réussissent à emprunter avec peine ces sommes juste à temps pour que leur recours puisse être examiné. Cette contrainte va à l'encontre du besoin d'assurer un droit de recours effectif à des personnes qui ont fait face à des persécutions et qui n'ont souvent que peu de moyens. Cette pratique, qui repose sur un pouvoir d'appréciation, pourrait être changée sans modification législative : en l'état, rien n'oblige une instance de recours à exiger une avance de frais ([art. 63 al. 4 de la loi fédérale sur la procédure administrative](#)).

- ⊙ *« [Ribkha](#) »³⁷, requérante érythréenne psychologiquement fragile, ne peut faire réexaminer une décision de renvoi « Dublin » vers l'Italie parce qu'il lui est impossible d'avancer 600.- francs de frais à l'ODM. Alors qu'elle est psychiquement vulnérable et détient des preuves de l'aggravation de son état*

³⁴ Des cicatrices de torture n'incitent pas l'ODM à procéder à des vérifications, cas 139, 8 février 2011, odae-romand.ch.

³⁵ Vraisemblance des motifs : le TAF désavoue l'analyse de l'ODM, cas 099, 9 février 2010, odae-romand.ch.

³⁶ L'ODM niait sa nationalité, le recours permet de rétablir la vérité, cas 112, 10 mai 2010, odae-romand.ch.

³⁷ Un geste désespéré qui aurait pu être évité, cas 155, 12 juillet 2011, odae-romand.ch.

de santé, la demande d'avance de frais n'est pas levée et une nouvelle décision de renvoi est alors prononcée.

- ⊙ *« Kofi »³⁸ se voit imposer une avance de frais de 600.- francs par le TAF car son recours serait manifestement « voué à l'échec ». Et pourtant, suite au dépôt d'une demande de réexamen devant l'ODM, celui-ci lui octroie l'asile en seulement quelques semaines.*
- ⊙ *Cas plus ancien : « Samila »³⁹.*

CAS DE RIGUEUR ADMIS AU BON VOULOIR DES CANTONS

Afin de permettre la régularisation de personnes ayant séjourné pendant de longues années en Suisse après une demande d'asile infructueuse, une disposition a été inscrite dans la loi sur l'asile pour admettre des cas de rigueur ([art. 14 al. 2 LAsi](#)). Cependant, un refus cantonal de préavis favorablement auprès de l'ODM l'octroi d'un permis humanitaire fondé sur cette disposition ne peut faire l'objet de recours. Chaque canton détient donc un pouvoir discrétionnaire quant à la suite qu'il entend donner à une telle demande. L'absence de voie de recours contre de telles décisions cantonales ne permet pas de garantir une égalité de traitement entre les personnes concernées. Ces personnes ne peuvent effectivement déposer une demande de régularisation que dans le canton auquel elles ont été attribuées.

Le Tribunal fédéral a jugé, dans un [arrêt de principe de décembre 2010](#)⁴⁰, que l'impossibilité de faire recours contre un préavis cantonal va à l'encontre de [l'article 29a de la Constitution fédérale](#) en ce que cela viole la garantie de l'accès au juge. Le TF concède qu'il doit néanmoins appliquer l'art. 14 al. 2 LAsi en raison du caractère déterminant des lois fédérales. Une [motion parlementaire](#) visant à instaurer un droit de recours vient en outre d'être rejetée par le Conseil national en septembre 2011⁴¹.

- ⊙ *« Chris »⁴² arrive en Suisse en 2005 et s'intègre parfaitement en attendant l'examen de sa demande d'asile. Après le rejet de sa demande par l'ODM puis par le TAF, il demande à l'autorité cantonale l'octroi d'un permis humanitaire. Face à ce nouveau refus, il se retrouve sans voie de recours possible, alors qu'il travaille et détient de nombreuses lettres de soutien de son entourage social et professionnel.*

³⁸ Il obtient l'asile après avoir frôlé le renvoi faute de pouvoir payer une avance de frais, cas 149, 21 avril 2011, odae-romand.ch.

³⁹ Procédure accélérée au CEP : traumatismes psychiques négligés, cas 024, 7 février 2008, odae-romand.ch.

⁴⁰ ATF 137 I 128, consid. 4.3.2.

⁴¹ 10.4107 – Motion de la conseillère nationale Katharina Prelicz-Huber, Procédures d'asile. Instaurer un droit de recours en matière d'examen des cas de rigueur, déposée le 17 décembre 2010 et rejetée le 28 septembre 2011.

⁴² Le canton de Fribourg bloque une demande de permis pourtant exemplaire, cas 129, 2 novembre 2010, odae-romand.ch.

Des mesures logistiques au détriment d'un examen juste et individualisé

La loi sur l'asile est un chantier permanent. Sous l'égide de Simonetta Sommaruga, alors qu'une révision démarrée par sa prédécesseur Eveline Widmer-Schlumpf était encore pendante, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a successivement rédigé un [Rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile](#)⁴³ en mars 2011 puis a proposé, en septembre 2011, des [mesures complémentaires à court terme](#)⁴⁴.

Sur la base de nos observations actuelles, il est possible d'affirmer que plusieurs propositions du DFJP poseront problème. Le Département souhaite par exemple instaurer un examen médical au moment de l'arrivée du demandeur d'asile au Centre d'enregistrement et de procédure. Si la mesure est à saluer d'un point de vue de l'accès aux soins, elle inquiète en revanche sur la question de l'indépendance du médecin vis-à-vis de l'autorité, et surtout sur la possibilité ultérieure pour le demandeur d'asile de faire valoir un problème médical qui n'a pas été signalé lors de cette première visite.

Il apparaît notamment que certains problèmes médicaux, en particulier les problèmes psychologiques liés à des traumatismes causés par des tortures ou des violences sexuelles, mettent un certain temps à être dépistés, et nécessitent une relation de confiance entre le demandeur d'asile et le thérapeute qu'une visite unique ne suffira vraisemblablement pas à établir.

- ⊙ Voir le cas de [« Yeshi »](#)⁴⁵ qui n'a pu établir un lien de confiance avec sa thérapeute et lui avouer les sévices sexuels qu'elle a subis qu'à un stade avancé de sa procédure d'asile.

⁴³ DFJP, *Rapport sur des mesures d'accélération dans le domaine de l'asile*, mars 2011

⁴⁴ Conseil fédéral, *Message complémentaire concernant la modification de la loi sur l'asile (Mesures à court terme)*, 23 septembre 2011, FF 2011 6735.

⁴⁵ *Brisée par des viols, elle reste par erreur 7 mois à l'aide d'urgence*, cas 010, 18 juin 2007, odae-romand.ch

AUTRES OBSERVATIONS

INTERDICTION DU MARIAGE POUR LES SANS-PAPIERS

Une nouvelle mesure déjà vouée à l'illégalité

Suite à une modification du Code civil ([art. 98 al. 4 CC](#)) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, il est désormais presque impossible pour une personne sans statut légal de se marier en Suisse. Cette modification fait suite à une initiative parlementaire (dite *Lex Brunner*) dont le but affiché était de diminuer le nombre de mariages dits « blancs ». Or, d'autres dispositions existent déjà à [l'art. 97a CC](#)⁴⁶ pour empêcher la conclusion du mariage « *lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers* ». Cela n'a toutefois pas empêché l'adoption d'une nouvelle modification du Code civil.

Le nouvel article 98 al. 4 CC est clair et sans exception : il est indispensable d'établir la légalité de son séjour en Suisse pour pouvoir entamer une procédure préparatoire au mariage. Cela implique qu'une personne sans statut légal désirant se marier doit, soit le faire dans son pays d'origine, soit y retourner pour demander à l'ambassade de Suisse un visa en vue de mariage, procédure qui peut durer de nombreux mois et aboutir à la perte d'un emploi. Sans compter que, s'agissant de personnes déboutées de l'asile, un retour au pays implique parfois une mise en danger. Cette disposition affecte également les citoyens suisses et autres personnes séjournant légalement en Suisse en couple avec une personne sans statut légal. Dans certains cas, et au bon vouloir du canton, des attestations de séjour temporaires peuvent être délivrées par les autorités cantonales compétentes, en vue de la célébration du mariage. Mais les disparités entre cantons ne font que renforcer l'arbitraire de cette disposition, synonyme d'exclusion systématique pour une certaine catégorie de la population d'un droit garanti par la Constitution ([art.14](#)) et par la CEDH ([art.12](#)).

Suite à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'art. 12 CEDH (droit au mariage), le Royaume-Uni a dû annuler récemment une disposition semblable à celle que la Suisse vient d'adopter⁴⁷. Selon la Cour, l'interdiction systématique et sans exception du mariage, ou l'institution d'obstacles supplémentaires pour certains groupes de personnes afin d'éviter les mariages de complaisance, ne sont pas compatibles avec le droit au mariage.

⁴⁶ Voir notre témoignage-brève qui décrit les étapes par lesquelles il faut passer pour prouver la sincérité de son projet de mariage : [Ils subissent un interrogatoire minutieux et sont empêchés de se marier](#), 13 octobre 2010, odae-romand.ch.

⁴⁷ Cour EDH, *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, Requête n° 34848/07, arrêt du 14 décembre 2010.

Une condamnation de la Suisse est dès lors à envisager. Le Tribunal cantonal vaudois a d'ores et déjà rendu un [arrêt](#)⁴⁸ reflétant la jurisprudence européenne. En cas de contradiction entre une norme internationale relative aux droits de l'homme et une norme nationale, la première doit primer. En conséquence, le tribunal cantonal a considéré que l'art. 98 al. 4 CC est inapplicable si le seul motif de refus de célébrer du mariage est la non-possession d'un document légalisant le séjour en Suisse. Au moment de la publication de ce rapport, un éventuel recours des autorités n'est pas encore connu.

S'il s'agit pour l'heure d'un arrêt cantonal qui, tout en envoyant un signal fort, se limite au territoire vaudois, il faut savoir que d'autres instances judiciaires cantonales ont également récemment rendu des décisions allant dans le même sens et que la question de l'application de cette norme du droit civil sera donc probablement tranchée prochainement par le Tribunal fédéral.

MODIFICATIONS DE LA LOI SUR LA NATIONALITÉ

Une naturalisation difficile, une nationalité en sursis

Le paradigme de la « chasse aux abus » a engendré un autre durcissement : le nouvel [article 41](#) de la loi sur la nationalité, entré en vigueur en mars 2011, prévoit que la nationalité suisse peut être retirée jusqu'à huit ans après son obtention, si les autorités suisses estiment qu'elle a été obtenue suite à des déclarations mensongères ou en dissimulant des faits essentiels. Ce délai était auparavant fixé à cinq ans et conduisait déjà à des décisions parfois contestables.

- ⊙ [« Abdel »](#)⁴⁹ demande la naturalisation facilitée après cinq ans de mariage avec une Suissesse, et devient Suisse l'année suivante. Deux ans après, le couple décide de divorcer, soit après huit ans de mariage et 10 ans de vie commune. L'ODM puis le TAF accusent « Abdel » d'avoir menti au moment de l'obtention de la nationalité sur la volonté de poursuivre la vie en commun auprès de son épouse, et lui retire sa nationalité. Un recours est en suspens devant le TF.

Le délai étant désormais prolongé à huit ans au lieu de cinq, l'ODM peut dorénavant engager une procédure en annulation de la naturalisation même si un ressortissant étranger a été marié pendant 13 ans avec une personne de nationalité suisse⁵⁰. Une séparation du couple pendant ce laps de temps pourra être considérée comme un indice tendant à démontrer l'abus et à provoquer l'initiative d'une telle procédure. Un tel

⁴⁸ Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, Affaire GE.2011.0082, arrêt du 30 septembre 2011.

⁴⁹ L'ODM lui retire sa nationalité, car il estime que ses 8 ans de mariage étaient bidons, cas 141, 22 février 2011, odae-romand.ch.

⁵⁰ En effet, en cas de naturalisation facilitée obtenue après cinq années de mariage, ce n'est que huit ans plus tard, c'est-à-dire au bout de 13 années de mariage, que le retrait de la nationalité peut être exclu.

élargissement du pouvoir d'appréciation de l'autorité dans un domaine aussi privé des personnes concernées ne va pas sans poser quelques questionnements.

Par ailleurs, un projet de révision totale de la loi sur la nationalité est actuellement examiné par le Parlement. Si ce projet prévoit une diminution du nombre d'années passées en Suisse pour obtenir la nationalité (8 ans contre 12 actuellement), il introduit en revanche l'obligation d'être titulaire d'un permis C pour pouvoir déposer une demande de naturalisation. Cette dernière mesure désavantagerait clairement les personnes qui sont ou ont été au bénéfice d'une admission provisoire (permis F) ou d'une carte de légitimation du DFAE (fonctionnaires internationaux et leurs enfants).

D'où viennent nos informations ?

Plusieurs dizaines de correspondants et d'organisations collaborent avec l'ODAE romand dans toute la Suisse romande en donnant des informations sur la base de leur pratique du terrain. Ces informations sont ensuite relayées par l'ODAE romand dans différents types de documents, tous vérifiés et relus par des spécialistes du droit d'asile et des étrangers.

Que deviennent nos informations ?

Nos informations sont accessibles sur notre site internet et diffusées par une newsletter à plus de 560 abonnés. Des parlementaires fédéraux interpellent régulièrement les autorités sur la base de nos cas. De nombreux journalistes reçoivent aussi la newsletter et sont invités deux fois par an à des conférences de presse qui jusqu'ici ont obtenu un certain succès. Enfin, des organisations nationales et internationales relaient nos informations auprès de leurs membres et de leurs réseaux, y compris auprès de différents comités des Nations Unies.

Pour retrouver toutes nos informations, vous abonner à notre newsletter gratuite, en savoir plus sur le travail de l'ODAE

→ www.odae-romand.ch

Sur notre site, nous relayons également les descriptions de cas en allemand produites par les Observatoires suisse et de Suisse orientale du droit d'asile et des étrangers.

Pour soutenir l'ODAE : diffusez nos informations, signalez-nous des situations qui vous semblent dignes d'intérêt, faites un don – CCP 10-747881-0

Comité de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers

| | |
|--------------------------------|--------------|
| Mirjam Brunner | Fribourg |
| Roger Macumi | Fribourg |
| Aldo Brina | Genève |
| Mariana Duarte (coordinatrice) | Genève |
| Sophie Malka | Genève |
| Philippe Nussbaum (président) | Jura bernois |
| Fanny Matthey | Neuchâtel |
| Mélanie Müller-Rossel | Neuchâtel |
| Françoise Jacquemettaz | Valais |
| Tharcisse Semana | Valais |
| Anna Fadini | Vaud |
| Pierrette Rohrbach | Vaud |

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers (ODAE)

Case postale 270 | 1211 Genève 8 | 022 310 57 30 | odae-romand.ch | info@odae-romand.ch