

NÉGLIGENCE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

PERSONNES MINEURES DANS LES
PROCÉDURES DE DROIT D'ASILE
ET DES ÉTRANGERS



IMPRESSUM

Editrice

© 2020 Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers

Auteurs

Noémi Weber et Michelle Hamann

Rédaction

Claudia Peter, Christoph Reichenau, Ruth-Gaby Vermot

Illustrations

© Isabel Peterhans

Mise en page

Franca Hirt

Impression

Schneider SA, Berne

Auflage

1'100 exemplaires allemand / français

Contact

[Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers](#)

Noémi Weber

Hallerstrasse 58, 3012 Berne

Tél: 031 381 45 40

info@beobachtungsstelle.ch

www.beobachtungsstelle.ch

Avant-Propos

L'enfance est la phase de développement la plus vulnérable et peut-être la plus déterminante de l'être humain. Les enfants ont une autre perception du temps que les adultes et, pour leur développement, ils n'ont à disposition que certaines périodes déterminées. S'ils les manquent, ils ne peuvent plus rattraper les phases passées à moins d'un effort énorme. Toutes les personnes qui veulent décider du destin d'enfants ne peuvent dès lors pas attendre une meilleure occasion ou se rassurer en pensant qu'une instance supérieure pourrait vérifier ou corriger leur propre décision.

C'est pourquoi il est éminemment important que le devoir essentiel et l'obligation contraignante de prendre en considération de manière primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant soient appliqués en tout temps avec diligence et de manière conséquente par toutes les personnes décideuses. Le fait que cela ne soit souvent pas le cas dans le domaine des procédures de droit d'asile et des étrangers ressort du présent rapport.

Cette constatation se trouve en nette contradiction avec la situation des procédures du droit de la famille et est inquiétante, compte tenu du fait que les enfants du contexte migratoire sont souvent exposés à davantage de charges et mises en danger d'une certaine gravité. En même temps, il est clair que le nombre des enfants concernés est élevé et que, dès lors, la question de savoir si la justice en matière d'étrangers et d'asile se considère comme une justice « adaptée aux enfants » apparaît être d'une importance supérieure.

Les garde-fous matériels pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant sont le respect des droits humains et des droits des enfants et des besoins de base des enfants relevant de la psychologie du développement ainsi que l'inclusion de la volonté de l'enfant. Ces trois aspects doivent être clarifiés par toute personne décideuse dans chaque cas d'espèce. En effet, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant ne contient en fait pas seulement une instruction de décision, mais avant tout aussi une prescription pour la clarification et une obligation de motiver.

En dehors des décisions corrigibles par des instances de recours, il est nécessaire que les autorités du domaine de la justice en matière d'étrangers et d'asile se donnent la tâche de manière étendue et indépendamment des conditions politiques générales dominantes d'aménager et de modifier leurs structures et procédures de manière durable de telle sorte que leurs décisions puissent être vraiment qualifiées d'adaptées aux enfants.

Stefan Blum, avocat

Remerciements

Nous remercions vivement la Fondation Fagus lucida, la Fondation Johann Paul, le Fonds en faveur des droits humains de l'Église évangélique réformée de Suisse (EERS), la Fondation Palatin, la Fondation Paul Grüninger, la Fondation Temperatio et la Fondation Walter Haefner de leur généreux soutien financier.

Un grand merci à Isabel Peterhans pour les illustrations et à Olivier von Allmen pour la traduction française du rapport. Notre cordiale reconnaissance s'adresse aussi à Melanie Aebli, Sandra Rumpel et Rahel Wartenweiler pour leurs précieuses suggestions et leur participation.

Les cas cités ont été documentés par l'Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers et par l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers.



Table des matières

1	INTRODUCTION	6
2	L'ENFANT EN TANT QUE SUJET DE DROIT AUTONOME	7
2.1	Bases juridiques	7
2.1.1	Garanties tirées de la législation suisse	7
2.1.2	Garanties tirées de la Convention relative aux droits de l'enfant	7
2.2	La notion d'intérêt supérieur de l'enfant	8
2.3	Connaissances en psychologie du développement	10
3	FORME PROCEDURALE ADAPTEE AUX ENFANTS	12
3.1	Droit d'être entendu, collaboration et représentation	12
3.2	Obligation de collaborer	15
3.3	Atmosphère pendant l'audition	16
3.4	Traitement prioritaire des demandes d'asile	17
4	DROIT A LA VIE FAMILIALE	18
4.1	Droit aux deux parents	18
4.2	Regroupement familial inversé	23
4.3	Brièveté des délais de regroupement	26
5	RENOIS DE SUISSE	28
5.1	Renvois de droit d'asile	28
5.2	Renvois après un long séjour	31
6	CONCLUSIONS ET REVENDICATIONS DE L'ODAE-SUISSE	34
7	ABREVIATIONS	37
8	SOURCES	38

1 Introduction

Les enfants représentent un tiers de la population mondiale. Plus de la moitié des personnes déplacées dans le monde ont moins de 18 ans.¹ Les enfants et les jeunes fuient parce que leurs parents sont persécutés ou qu'eux-mêmes sont menacés par exemple par un mariage forcé, un crime d'honneur, un acte de violence sexuelle ou un recrutement forcé pour des guerres. Ils sont nombreux à avoir été séparés de leurs parents ou à avoir été abandonnés pendant la fuite. D'autres à l'inverse ont grandi en Suisse, mais souffrent ici des conséquences d'une politique restrictive en matière de migration. Même s'ils sont nés en Suisse, ils « héritent » par exemple le statut de séjour illégal de leurs parents. Ou alors, un des parents est renvoyé bien que l'enfant ait le passeport suisse.

C'est pourquoi, les enfants et les jeunes provenant d'un mouvement de fuite et de la migration ont besoin d'une protection particulière. Les conventions internationales et les lois nationales devraient tenir compte de ce besoin spécial de protection. Sur la base de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE), les Etats sont tenus de prendre en considération de manière primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions. La CDE s'applique pour tous les enfants, indépendamment de leur statut de séjour et de leur origine. Comme l'a montré l'Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse) dans des rapports spécialisés entre 2009 et 2014, les droits leur appartenant ne leur sont souvent pas accordés.

L'année dernière a connu les 30 ans de la CDE. La situation de bien des enfants a été améliorée. Malgré tout, l'ODAE-Suisse constate que la Suisse réagit encore de manière contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et des mineures réfugié-e-s et migrant-e-s. C'est alarmant !

A l'aide de nombreux cas concrets documentés, l'ODAE-Suisse examine comment les autorités prennent en considération l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant dans les procédures de droit d'asile et des étrangers. Ce rapport contient aussi le dépouillement des résultats d'une enquête auprès de services cantonaux des migrations de Suisse allemande et des informations de bureaux de consultation juridique et d'avocat-e-s. L'ODAE-Suisse a par ailleurs mené une interview avec la psychothérapeute Sandra Rumpel, qui est cofondatrice de l'association « family help » à Zurich et qui jouit d'une longue expérience dans le traitement de mères réfugiées avec leurs jeunes enfants, avec des familles ainsi que d'enfants et de jeunes réfugié-e-s (seuls). Le rapport se termine par des revendications et des recommandations afin d'améliorer la situation.

¹ HCR, Global Trends – Forced Displacement in 2019.

2 L'enfant en tant que sujet de droit autonome

Tant au niveau national qu'international, les enfants et les jeunes ont leurs propres droits qui leur sont souvent spécifiques. Non seulement du point de vue juridique, mais aussi selon la psychologie du développement, il est absolument nécessaire que les enfants et les jeunes aient un accès sans limites à leurs droits.

2.1 Bases juridiques

2.1.1 Garanties tirées de la législation suisse

Divers droits de protection des enfants et des jeunes sont inscrits dans la constitution fédérale suisse (Cst). Il s'agit notamment du droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement (art. 11 Cst), du droit à la formation (art. 19 et 62 Cst), au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst) et du droit au respect de leur vie privée et familiale (art. 13 Cst). Les buts sociaux de la Cst ont aussi leur importance (art. 41, al. 1, let. f et g). D'autres droits spécifiques sont définis dans le code civil et dans la loi sur l'asile (voir Chapitre 3). Les premières réglementations pour des requérantes d'asile mineures dans la loi sur l'asile n'ont été introduites qu'au moment de l'adhésion de la Suisse à la CDE.

Depuis plusieurs années, des organisations de la société civile militent pour la création d'un bureau de médiation pour les droits des enfants. Les deux Chambres fédérales ont approuvé cette année la motion du Conseiller aux Etats Ruedi Noser.² Le Conseil fédéral doit maintenant élaborer un projet de loi et l'ODAE-Suisse soutient ces efforts.

2.1.2 Garanties tirées de la Convention relative aux droits de l'enfant

En plus de la législation nationale, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) impose aussi aux Etats qui l'ont ratifiée l'obligation de protéger l'intégrité des enfants et des jeunes et d'encourager leur développement. La CDE a été adoptée en novembre 1989 et ratifiée par la Suisse en 1997. Cette convention d'ailleurs a été ratifiée par tous les Etats du monde, sauf les Etats-Unis. Les normes de la CDE de même que les recommandations du Comité des droits de l'enfant de l'ONU ont le caractère d'instructions contraignantes.³

La CDE part du principe que les enfants sont des personnes à part entière avec leurs propres droits, leur propre dignité et leurs propres besoins. Ce ne sont pas simplement

² Motion de Ruedi Noser, 19.3633: « Bureau de médiation pour les droits de l'enfant », déposée le 17 juin 2019.

³ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a aussi développé des directives pour une justice adaptée aux enfants.

des « objets à protéger » mais, dès leur naissance, des titulaires de droits. Selon le préambule de la CDE, les Etats parties reconnaissent « que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ».

La CDE comprend quatre *principes généraux* devant trouver application pour tous les droits en particulier : absence de discrimination, primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, nécessité de vivre, de survivre et de se développer, possibilité d'être entendu.

En cas de non-respect des droits tirés de la CDR, les enfants ont la faculté de se plaindre au Comité des droits de l'enfant de l'ONU. Cette procédure individuelle est définie dans le 3e Protocole facultatif de la CDE et est en vigueur pour la Suisse depuis le 24 juillet 2017. Elle comble une lacune car, auparavant, il n'existait pas de possibilité de s'en prendre à une violation de la CDE auprès d'une instance internationale.⁴

Dans le cadre de la procédure des rapports des Etats, la Suisse est tenue d'adresser régulièrement à l'ONU un rapport sur la mise en œuvre de la CDE. Le rapport sera probablement présenté à la fin de l'année 2020.⁵ En outre, le Réseau suisse des droits de l'enfant coordonne un rapport du point de vue de la société civile.

2.2 La notion d'intérêt supérieur de l'enfant

La CDE donne à l'enfant le droit d'exiger que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions de protection publiques ou privées, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale.⁶ L'intérêt supérieur de l'enfant est un concept dynamique et comprend, selon le Comité des droits de l'enfant, les critères suivants, ni exhaustifs ni hiérarchiques : âge, degré de maturité, opinion de l'enfant, identité de l'enfant, existence d'un milieu familial et de relations pouvant assurer l'encadrement, la protection et la sécurité de l'enfant, situations de vulnérabilité, ainsi que le droit à la santé et à la formation.⁷ Il n'y a pas de définition valable de manière générale de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens juridique. Il faut donc l'établir dans les cas concrets.

⁴ Réseau suisse des droits de l'enfant. Le 3e Protocole facultatif de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) : une procédure de recours pour les droits de l'enfant.

⁵ Pas encore publié au moment du délai de rédaction.

⁶ Art. 3, par. 1, CDE, Observation générale no 14, par. 1.

⁷ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 52 ss.

Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU définit l'intérêt supérieur de l'enfant comme un concept tridimensionnel :⁸

- > L'intérêt supérieur de l'enfant est un droit. L'art. 3, al. 1, CDE crée une obligation autonome pour les Etats parties, est directement applicable et peut être invoqué en justice. Les décisions doivent être motivées dans le sens de l'art. 3, al. 1, CDE. Il faut que soit expliqué comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été examiné et défini et quelle valeur lui a été attribuée dans la décision. Cependant, le Tribunal fédéral ne met pas en pratique l'art. 3 CDE de manière résolue en tant que garantie individuelle directement applicable.
- > L'intérêt supérieur est un principe fondamental pour l'interprétation du droit. Si une disposition peut être interprétée de diverses manières, il faut choisir celle qui sert le mieux l'intérêt supérieur de l'enfant.
- > L'intérêt supérieur de l'enfant est aussi une règle de procédure. Dans toutes les décisions ayant des conséquences sur un ou des enfants, les conséquences possibles doivent être évaluées pendant la procédure de prise de décision. Pour l'examen et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, des garanties de procédure sont nécessaires. Dans la motivation de la décision, il doit être visible que ce droit a été expressément pris en considération.

Le Comité considère l'intérêt supérieur de l'enfant en premier lieu comme un droit subjectif de tout enfant individuellement. Cette position se distingue de l'ancienne conception et représente un changement de paradigme.⁹ Ainsi, « l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations. Cette position forte est justifiée par la situation particulière de l'enfant : dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts ».¹⁰ Dans un arrêt de référence, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a reproché au Tribunal fédéral de n'avoir pris que de manière très générale en considération l'intérêt d'un jeune de 15 ans. Comme il en allait d'un regroupement familial, l'intérêt supérieur de l'enfant devait être abordé de manière approfondie.¹¹

⁸ Ibid. par. 6.

⁹ Jean Zermatten : « L'observation générale no 14 du Comité des droits de l'enfant – Implications importantes pour la Suisse », CSDH, 2013.

¹⁰ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 37.

¹¹ CourEDH, El Ghatet vs Suisse, no 56971/2010, arrêt du 8 novembre 2015.

Quant au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), il reconnaît dans son Manuel que l'intérêt supérieur de l'enfant est le facteur déterminant dans toutes les mesures et décisions prises.¹²

Dans une table ronde du HCR en décembre 2019, des personnes expertes en protection de l'enfant ont toutefois relevé que la mise en œuvre de la CDE n'était pas suffisamment garantie dans la procédure d'asile suisse.¹³ En outre, les procédures ne seraient pas formalisées ni standardisées, ce qui ne permettrait pas de garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant trouve sa juste place dans toutes les décisions d'une certaine importance.¹⁴

2.3 Connaissances en psychologie du développement

L'enfance en tant que phase décisive du développement souligne l'importance d'un accès sans limites aux droits de l'enfant. Les risques précoces dans l'enfance peuvent avoir des conséquences négatives sur le développement et le comportement jusqu'à l'âge adulte.¹⁵ Dans ce domaine, une étude pertinente sur les enfants requérants d'asile en Belgique montre que la moitié des enfants présentait des symptômes de syndrome de stress post-traumatique (SSPT), qui n'ont pas disparu, mais qui se sont aggravés au fil du temps.¹⁶

La personne qui ne peut pas assimiler un vécu traumatisant, peut développer un SSPT. Depuis une vingtaine d'années les recherches montrent que des troubles traumatisants peuvent perturber le développement des enfants et jeunes dans leurs trois premières années de vie ou pendant leur puberté. La Psychothérapeute Sandra Rumpel explique : « Au moment des traumatisations complexes, la personnalité de l'enfant n'est pas encore formée. Cela a pour conséquence que toute la personnalité des enfants en question se développe sous l'influence des traumatismes subis. » Il peut se produire des dissociations qui marquent la personnalité profondément. La personnalité va ensuite se structurer dans le sens de ces expériences. De tels événements limitent la croissance du cerveau à long terme, ce qui, selon Sandra Rumpel, peut porter atteinte à la capacité d'apprendre et entraîner des modifications durables de perception et de comportement. Les traumatismes répétés subis par des enfants sont particulièrement suivis d'effets graves sur le dévelop-

¹² SEM, Manuel Asile et retour, article A2 (remarque 2.2), p. 5.

¹³ UNHCR, Rapport Table ronde « Les droits de l'enfant dans la procédure d'asile suisse – bilan de la situation à l'occasion du 30^{ème} anniversaire de la Convention relative aux droits de l'enfant » 2019, p. 3.

¹⁴ Ibid. p. 5.

¹⁵ Julia Kim-Cohen et al.: «Validity of DSM-IV conduct disorder in 41/2-5-year-old children: A longitudinal epidemiological study», 2005, S. 1108.

¹⁶ HCR et UNICEF, Safe & Sound – Ce que les Etats peuvent faire pour garantir l'intérêt supérieur des enfants non accompagnés et séparés en Europe, 2014, p. 38 s.

pement de leur psychisme et de leur cerveau.¹⁷ Les problèmes qui en résultent peuvent se traduire en dysfonctionnements, par exemple dans la formation, ou en difficultés pour garder une place de travail.¹⁸ La recherche a aussi révélé que la probabilité de développer des maladies comme le diabète ou un infarctus, augmente avec la fréquence des épreuves de l'enfance.¹⁹

Selon Sandra Rumpel, pour assimiler des traumatismes, il est nécessaire, dans de nouvelles relations, d'apprendre à retrouver confiance en l'autre. Ainsi, de nouveaux modèles peuvent se développer dans le cerveau ; plus la personne est jeune, plus la chance d'acquérir une stabilité est grande. Pour y parvenir, il faut de la sécurité et un encadrement stable. « Une longue insécurité, par exemple en ce qui concerne le statut de séjour, entraîne souvent une aggravation et une chronicité des maux. » Selon les résultats tirés de la recherche, « pour qu'ils puissent 'assimiler' leurs vécus traumatisants, ces enfants doivent avant tout avoir un lieu sûr où ils peuvent se rendre compte de leurs traumatismes sans les répéter ni les laisser une nouvelle fois devenir vrais. »²⁰

Sandra Rumpel considère d'autres facteurs qui sont nécessaires, dans un pays d'accueil comme la Suisse, pour pouvoir répondre aux besoins des enfants réfugié-e-s et des jeunes migrants : « Il faut tout ce qui soutient l'intérêt supérieur de l'enfant pour que les anciens modèles qui proviennent des traumatismes, puissent être éliminés ou au moins amoindris par de nouvelles expériences et relations. Les enfants doivent pouvoir trouver le calme, ont besoin d'un quotidien stable, d'un entourage affectueux et toujours des mêmes personnes de confiance qui soient bien disposées à leur égard. Un enfant ne peut s'épanouir que si ses besoins affectifs sont comblés. » Il est nécessaire que, même après leur passage à la structure des adultes, ils bénéficient d'un accompagnement intensif et d'un soutien psychiatrique pour jeunes. « Il ne faut pas oublier que, même une personne de 22 ans a pu être abandonnée ou laissée seule pendant sa fuite. » Sandra Rumpel qualifie de violence structurelle contre l'intérêt supérieur de l'enfant la situation d'enfants sous le régime de l'aide d'urgence ou de l'admission provisoire. Elle estime que faire vivre un enfant dans un centre d'urgence ou de contraindre un jeune d'interrompre son apprentissage après une décision de renvoi est très loin de correspondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁷ Bessel A. van der Kolk: «Entwicklungstrauma-Störung: Auf dem Weg zu einer sinnvollen Diagnostik für chronisch traumatisierte Kinder», 2009, S. 575.

¹⁸ Ibid. p. 582.

¹⁹ Ibid. p. 574.

²⁰ Ibid. p. 584.

3 Forme procédurale adaptée aux enfants

Les enfants et les jeunes provenant de la migration ou ayant fui, se trouvent dans une situation de vie vulnérable. Les auditions menées par des membres de l'autorité peuvent dès lors être particulièrement accablantes. Selon le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, il faut des procédures adaptées aux enfants. Elles devraient garantir que les enfants et les jeunes puissent exprimer librement leurs opinions et qu'ils soient réellement entendus.

3.1 Droit d'être entendu, collaboration et représentation

La CDE exige que « les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernerment le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».²¹ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette norme est directement applicable dans les procédures de droit d'asile et de droit des étrangers.²² Cependant, Marc Spescha, avocat, relève que, jusqu'ici, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne satisfait guère aux exigences de la CDE : dans des procédures de droit des étrangers, ce tribunal considérerait régulièrement pouvoir renoncer à une audition personnelle et laisserait de facto de côté la volonté de l'enfant sans la prendre en considération dans la pesée des intérêts. Marc Spescha est d'avis que les enfants doivent être entendus sur des mesures ultérieures telles que des délocalisations ou des renvois et que leur opinion doit être dûment prise en considération eu égard à leur âge et à leur degré de maturité.²³

Une enquête de l'ODAE-Suisse auprès des services cantonaux des migrations révèle la diversité de l'utilisation de la grande marge de manœuvre dont ces services jouissent pour ce qui est de l'audition des enfants : quelques-uns ne prévoient des auditions que si c'est prescrit par la loi, par exemple en cas de regroupement familial si l'enfant a plus que 14 ans.²⁴ Un seul de ces services entend aussi les enfants de moins de 14 ans si l'audition est nécessaire. Chez une partie des autres, il existe un consensus basé sur l'idée qu'il ne faut mener que rarement des auditions parce que cela peut se faire aussi par écrit ou par l'intermédiaire d'une représentation et que les enfants partagent le sort de droit des étrangers de leurs parents. Ce dernier élément de réponse n'est pas convaincant car il est manifestement contraire au principe de base de la CDE que les enfants sont des personnalités à part entière avec leurs propres droits, leur propre dignité et leurs propres besoins. Enfin, d'autres services des migrations entendent les enfants lorsque ceux-ci sont (in)directement concernés par une décision.

²¹ Art. 12 par. 1, CDE.

²² ATF 124 III 90, consid 3a ; TAF E-3296/2012, arrêt du 18 septembre 2012, consid. 5.2.

²³ Spescha : Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 6.

²⁴ Art. 47 al. 4 LEI.

Selon la CDE, l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu dans les procédures, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une ou d'un représentant(e).²⁵ Si l'enfant n'est pas soumis à l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) peut nommer une tutrice ou un tuteur à l'enfant, ayant les mêmes droits que les parents.²⁶ Une curatelle peut aussi être instaurée pour assister les père et mère par des conseils et par son appui dans le soin de l'enfant.²⁷

Dans la procédure d'asile, un enfant doit être entendu, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF), s'il « est capable de discernement et comprend l'importance et le but d'une procédure d'asile et qu'il est capable d'exposer ses motifs de fuite ». ²⁸ Selon le SEM, on observerait dans la pratique que les enfants de six à dix ans ont une capacité de discernement limitée, que les enfants de onze à douze ans se trouvent dans une tranche d'âge présentant des variations selon leur degré de maturité individuelle et que les jeunes dès treize ans possèdent « en principe une capacité de discernement pleine et active ». ²⁹

Dans la pratique du SEM, les personnes mineures en procédure d'asile, qui sont en Suisse avec leurs parents, sont en principe auditionnées dès l'âge de quatorze ans.³⁰ Si les enfants sont représentés par leurs parents et ont les mêmes intérêts, l'avis des enfants peut aussi être recueilli sans audition personnelle pour autant cependant que cela soit suffisant pour établir l'état de fait.³¹ Cependant, il peut y avoir une violation grave du droit d'être entendu dans le fait qu'une personne mineure capable de discernement ne soit pas auditionnée même si elle est accompagnée de ses parents.³² Pour sa part, Sandra Rumpel est d'avis qu'il faut en règle générale entendre l'enfant ou, comme alternative, que l'audition soit remplacée par la reprise des déclarations tirées de l'anamnèse de la psychothérapie, qui soient alors considérées par le SEM comme inhérentes à la procédure. L'ODAE-Suisse y voit un dilemme : un enfant doit-il être auditionné avec la conséquence qu'il soit en tous les cas surmené ou à nouveau traumatisé, ou le droit d'être entendu doit-il lui être refusé ? L'ODAE-Suisse exige que cette question soit examinée en détail dans chaque cas particulier et que la possibilité soit donnée à l'enfant de s'exprimer dans le cadre d'une audition adaptée à son âge s'il le souhaite.

²⁵ Art. 12 par. 2 CDE.

²⁶ Art. 327a-c CC.

²⁷ Art. 308 CC.

²⁸ TAF 2014/30, arrêt du 24 juillet 2014, consid. 2.3.1.

²⁹ SEM, Manuel Asile et retour, article A2 (rem. 2.4.3), p. 11.

³⁰ SEM, Manuel Asile et retour, article A2 (rem. 2.2), p. 6.

³¹ Voir ATF 144 II 1, consid. 6.4 ; TAF E-6911/2019, arrêt du 19 mars 2020, consid. 5.1, 5.3.

³² TAF E-3141/2009, arrêt du 12 octobre 2009, consid. 6.1.2 à 6.1.5.

Les requérantes d'asile mineurs non-accompagnés (RMNA) sont toutes auditionnées au sujet de leur motifs d'asile.³³ Dans la procédure d'asile, elles ont droit à ce qu'il leur soit nommée une personne de confiance dont la tâche consiste à préparer la personne mineure à l'audition, à l'accompagner et à l'aider à se procurer des moyens de preuves.³⁴ Dans la nouvelle procédure d'asile, c'est la représentante ou le représentant juridique désigné(e) qui prend aussi le rôle de la personne de confiance. Cependant, les choses doivent encore être clarifiées dans la plupart des régions d'asile où les responsabilités ne sont pas encore suffisamment définies. Une autre difficulté vient du fait que les personnes chargées de la représentation juridique ont des qualifications différentes de celles des personnes de confiance. En outre, la désignation d'une personne de confiance a un caractère transitoire jusqu'à la nomination, par l'APEA, d'une personne pour assurer la curatelle ou la tutelle de l'enfant.³⁵

En cas d'incertitude sur l'âge de la personne requérante d'asile qui se présente comme mineure, le SEM peut ordonner une expertise pour déterminer son âge.³⁶ Dans la pratique toutefois, l'âge des jeunes est souvent surévalué. L'exemple suivant montre les conséquences pouvant découler d'une erreur portant sur l'âge de la personne.³⁷

Cas 362³⁸ : *Venu de Guinée, « Mamadou » est arrivé à 16 ans en Suisse. Comme le SEM l'a considéré comme majeur, il a perdu son statut de MNA. Il a dès lors dû se rendre aux auditions sans être accompagné et n'a pas bénéficié du soutien d'une personne de confiance qui aurait pu le préparer. La personne chargée de sa représentation juridique a ensuite pu faire corriger l'appréciation du SEM et son état de mineur a de nouveau été reconnu. Après une nouvelle et brève audition à laquelle il était accompagné, il a reçu une décision négative sur l'asile. La personne chargée de sa représentation juridique a déposé un recours auprès du TAF. Entre-temps, « Mamadou » est devenu majeur. Le TAF a rejeté le recours. Comme « Mamadou » est devenu majeur dans l'intervalle, le TAF a été d'avis que des explications sur l'intérêt supérieur de l'enfant étaient devenues superflues au moment de son arrêt. « Mamadou » doit maintenant partir et ne sait pas comment serait sa situation.*

En raison de la fausse classe d'âge attribuée par le SEM, « Mamadou » s'est vu refuser son droit, lui appartenant, à une protection particulière de personne mineure dans la procédure

³³ SEM, Manuel Asile et retour, article A2 (rem. 2.2), p. 6.

³⁴ Art. 7 al. 3, OA 1.

³⁵ BHCR, Rapport Table ronde, p. 4 (voir note 13). Etude du HCR « Asylsuchende mit besonderen Bedürfnissen im neuen schweizerischen Asylverfahren – Problemaufriss und erste Empfehlungen », 2020, ch. 11.2.

³⁶ Art. 17 al. 3^{bis} LAsi.

³⁷ Voir aussi le cas 332 documenté par l'ODAE-Suisse.

³⁸ Cas 362 documenté par l'ODAE-Suisse.

d'asile. Un temps précieux a ainsi été perdu, ce qui a eu pour effet que le TAF a statué sur le recours de « Mamadou » alors que celui-ci était déjà majeur. L'ODAE-Suisse demande qu'en cas de doute, on parte du principe de la minorité de la personne requérante d'asile.

L'intérêt supérieur de l'enfant a toute son importance également dans l'exécution du renvoi. Cependant, selon une étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), les enfants d'une mère ou d'un père d'origine étrangère sont entendus dans moins de la moitié des cantons pendant la procédure de renvoi. Les autorités partent la plupart du temps de l'idée que les intérêts de l'enfant se confondent avec ceux du parent appelé à être renvoyé.³⁹ Tout comme Marc Spescha, Sandra Rumpel plaide en faveur d'une audition des enfants pendant la procédure de renvoi : « Il est problématique que les personnes mineures ne soient pas entendues et qu'on ne prenne pas leurs angoisses au sérieux. L'intérêt supérieur de l'enfant signifie aussi d'écouter les enfants ». Elle ajoute qu'un enfant a ses propres besoins et qu'on devrait dès lors écouter ce qu'une décision a pour effet sur l'enfant.

3.2 Obligation de collaborer

Dans la procédure d'asile, les deux parties participent de par la loi à la constatation de l'état de fait. Les autorités sont soumises à la maxime inquisitoire : elles sont tenues d'établir les faits de manière fidèle à la réalité. Les personnes requérantes d'asile, de leur côté, sont chargées d'une obligation de collaborer : elles doivent contribuer à l'établissement des faits.⁴⁰ L'ODAE-Suisse a déjà précédemment critiqué le SEM que les exigences concernant l'obligation de collaborer sont trop sévères pour les personnes mineures.⁴¹ Cette sévérité se montre aussi dans le cas de « Kito » :

Cas 361⁴² : « Kito » est venu d'Ouganda en Suisse à l'âge de 13 ans sans ses parents et y a demandé l'asile. Le SEM a rejeté cette demande et a ordonné le renvoi. Il a qualifié cette mesure de licite mais n'a pas examiné la question de son exigibilité. Il a retenu que « Kito » avait enfreint son obligation de collaborer en raison de ses déclarations vagues et fausses. Il en a déduit qu'il n'était dès lors pas possible de se prononcer sur l'exigibilité du renvoi. Selon le SEM, la question des obstacles au renvoi doit certes être examinée d'office, mais la maxime inquisitoire cesse de s'appliquer lorsqu'une personne requérante manque à son obligation de collaborer et de dire la vérité. La personne chargée de la représentation juridique de « Kito » a recouru au TAF. Elle a

³⁹ SKMR, CSDH, « Mise en œuvre du droit de participation ». Contribution au Rapport annuel 2019.

⁴⁰ Art. 8 LAsi, art. 13, al. 1, PA.

⁴¹ Voir cas 233 documenté par l'ODAE-Suisse ; Rapport spécialisé de l'ODAE-Suisse sur la vraisemblance dans la procédure d'asile, 2019.

⁴² Cas 361 documenté par l'ODAE-Suisse.

soulevé que, selon la jurisprudence, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une composante centrale de l'examen de l'exigibilité de l'exécution du renvoi. En plus elle a dit que le SEM ne peut pas se soustraire à cet examen simplement en reprochant à « Kito » d'avoir enfreint son obligation de collaborer et que d'autres critères devaient s'appliquer à l'appréciation de cette obligation pour les personnes mineures que pour les adultes. Le TAF a admis le recours et a reproché au SEM une violation de la maxime inquisitoire. Le SEM a dû tenir une nouvelle audition et a ordonné l'admission provisoire.

L'argumentation du SEM de ne pas procéder à l'examen de la question des obstacles au renvoi pour le motif que « Kito » aurait enfreint son obligation de collaborer est choquante. Il est inacceptable que le SEM renvoie des personnes mineures non-accompagnées sans se conformer à son obligation découlant de la maxime inquisitoire. De son côté, le TAF a retenu qu'un garçon de 13 ans ne saurait par principe se voir reprocher une violation du devoir de collaborer. En outre, selon le tribunal, les descriptions faites par « Kito » ne font preuve d'aucun refus de collaborer. La position du TAF est bienvenue quand il dit que, pour l'évaluation de l'obligation de collaborer, il faut appliquer d'autres critères aux personnes mineures qu'aux adultes. Même le HCR est d'avis qu'on ne saurait poser les mêmes exigences pour les descriptions d'un MNA que pour celles d'une personne adulte et que, dans le doute, il faut décider en faveur de l'enfant.⁴³ Le HCR recommande ensuite que l'autorité assume le gros de l'administration des preuves et que le fardeau de la preuve n'incombe pas à parts égales entre les parties comme en cas de demande d'asile d'une personne majeure. L'ODAE-Suisse soutient ces postulats du HCR.

3.3 Atmosphère pendant l'audition

Il est essentiel que les autorités favorisent un climat de sérénité et de confiance pendant les auditions. Les personnes chargées de l'audition sur les motifs d'asile doivent tenir compte « des aspects particuliers de la minorité ».⁴⁴ Dans le cas de « Kito » âgé de 13 ans, rapporté ci-dessus, le TAF a relevé de manière critique que les procès-verbaux des auditions laissaient apparaître que le SEM ne s'était pas montré suffisamment neutre et compréhensif et que « Kito » était partiellement surmené et très troublé sur le plan émotionnel. L'ODAE-Suisse demande que le SEM forme de manière complète et continue ses collaboratrices et collaborateurs chargés des auditions sur la manière de se comporter avec des personnes mineures pendant les auditions.

⁴³ HCR, Directives pour la protection internationale : Demandes d'asile d'enfants en lien avec les articles 1 (A) 2 et 1 (F) de la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés. Décembre 2009, ch. 73, 75. HCR, Directives pour la protection internationale no 8, enfants, ch. 73.

⁴⁴ Art. 7, al. 5, OA 1.

Selon la jurisprudence du TAF, il faut tenir compte, dans les auditions, notamment de l'âge, du degré de maturité, de la complexité des événements vécus et des exigences particulières de droit procédural concernant la valeur probante des éléments apportés. Lorsque l'audition n'est pas adaptée à l'âge et au niveau de développement de l'enfant, il y a violation du droit d'être entendu car la vraisemblance des allégations à l'appui de la demande d'asile ne peut pas être examinée. Dans des cas pareils, une nouvelle audition doit être réalisée.⁴⁵

3.4 Traitement prioritaire des demandes d'asile

La loi impose que les demandes d'asile de MNA soient traitées de manière prioritaire.⁴⁶ Le SEM ne respecte cependant pas toujours cette obligation et il arrive trop souvent que des personnes mineures non-accompagnées et des familles doivent attendre deux à trois ans une décision sur l'asile.⁴⁷ Cette durée est excessivement longue et elle est contraire aux garanties générales de procédure fixées par l'art. 29 Cst.⁴⁸ En outre, les MNA peuvent devenir majeurs dans l'intervalle et il devient problématique aussi pour ce motif de les faire attendre trop longtemps que leur demande soit traitée. La conséquence, c'est aussi qu'ils n'ont alors plus droit à certaines prestations de soutien (voir cas « Mamadou », chapitre 3.1).

Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU exige aussi que le traitement des demandes d'asile de MNA soit prioritaire.⁴⁹ Il dit : « Les enfants et les adultes n'ont pas la même perception de l'écoulement du temps. Les retards dans le processus de décision ou sa durée excessive sont particulièrement préjudiciables aux enfants – en constante évolution ». ⁵⁰ En même temps, il faut aussi prendre en considération le fait qu'en dépit du principe de la priorité du traitement, les MNA ont besoin de suffisamment de temps pour se préparer et réfléchir en vue d'une audition afin de pouvoir y parler librement de leur vécu.⁵¹ Cela tient du défi surtout dans la nouvelle procédure d'asile accélérée et strictement cadencée. Il existe le danger que le déroulement des opérations s'adapte d'abord à la procédure d'asile et non pas à l'intérêt supérieur de l'enfant.⁵²

⁴⁵ TAF 2014/30, arrêt du 24 juillet 2014, consid. 3.3. ; TAF D-7700/2015, arrêt du 22 août 2016.

⁴⁶ Art. 17, al. 2, LAsi.

⁴⁷ Voir article de l'ODAE-Suisse, « Attendre, attendre, attendre – désespoir chez les personnes concernées », du 30 mai 2019.

⁴⁸ Selon la jurisprudence du TAF, l'inaction du SEM pendant deux ans constitue un retard injustifié et dès lors une violation des droits fondamentaux de procédure ; voir Gastbeitrag von Laura Rossi auf humanrights.ch.

⁴⁹ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 6, par. 70.

⁵⁰ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 93.

⁵¹ TAF D-7700/2015, arrêt du 22 août 2016.

⁵² HCR, Rapport Table ronde, p. 5 (voir note 13).

4 Droit à la vie familiale

Le droit à la vie familiale est un droit humain fondamental qui est protégé aussi bien par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8 CEDH) que par la constitution fédérale suisse (art. 13 et 14 Cst). La CDE elle aussi prévoit des garanties de protection de la vie familiale. Ainsi, les Etats parties doivent par exemple veiller à ce qu'un enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur volonté sauf si cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9, par. 1, CDE). L'enfant a en outre le droit d'entretenir des relations personnelles régulières aussi avec sa mère ou son père qui ne vit pas avec lui (art. 9, par. 3, CDE). Un enfant qui est enlevé à son milieu familial a droit à une protection et une aide particulière de la part de l'Etat (art. 20, par. 1, CDE). Cette règle s'applique aussi lorsque les relations de l'enfant avec ses parents sont interrompues par la migration : le maintien de l'unité familiale devrait être pris en considération lors de la pesée de l'intérêt supérieur de l'enfant quand il s'agit de statuer en matière de regroupement familial.⁵³

Selon la CDE, les Etats parties sont tenus en outre d'instruire les demandes de regroupement familial « dans un esprit positif, avec humanité et diligence » (art. 10, par. 1, CDE). A ce propos, la Suisse a émis une réserve. Marc Spescha est toutefois d'avis que la Suisse a néanmoins l'obligation de traiter rapidement les demandes.⁵⁴ Stephanie Motz, avocate, doute aussi que la réserve soit conforme au droit.⁵⁵

4.1 Droit aux deux parents

S'il s'agit de savoir si un enfant doit éventuellement être séparé de ses parents, il est indispensable pour le Comité des droits de l'enfant de rechercher et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.⁵⁶ Une telle séparation a de graves conséquences pour l'enfant de sorte qu'il ne peut s'agir que d'une ultima ratio.⁵⁷ Selon le Tribunal fédéral aussi, le droit à des relations personnelles régulières avec chacun des deux parents doit être pris en considération dans la pesée des intérêts lorsqu'est en cause le droit de séjour potentiel au sens de l'art. 8 CEDH.⁵⁸

⁵³ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 66.

⁵⁴ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 7 et 13.

⁵⁵ Stephanie Motz « Le regroupement familial des réfugiés en Suisse – cadre juridique et considérations d'ordre stratégique », HCR / CSDM, octobre 2017, p. 46.

⁵⁶ Art. 9, 18 et 20 CDE ; Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Observation générale no 14, par. 58.

⁵⁷ Ibid. par. 61.

⁵⁸ TF, arrêt 2A.563/2002 du 23 mai 2003, consid. 2.5.

Le droit aux contacts avec les parents peut être affecté dans diverses constellations, par exemple en raison d'une fuite :

Cas 374⁵⁹ : « Senait » a fui l'Erythrée, s'est rendue au Soudan et est venue par la suite en Suisse. Elle a dû confier son fils « Cayo », alors âgé de 11 ans, à une connaissance au Soudan. En Suisse, elle a déposé une demande d'asile et a obtenu une admission provisoire. Au début 2018, la situation de « Cayo » s'est dégradée. Il vivait désormais seul, sans abri et sans statut de séjour régulier. « Senait » a sollicité pour son fils un visa humanitaire qui a été refusé par l'Ambassade de Suisse et le SEM. Selon eux, « Cayo » se trouvait dans une situation accablante au quotidien, mais il ne s'agissait pas d'une « situation d'urgence particulière » visible. Le fait que « Cayo » vivait déjà depuis plus de cinq ans sans ses parents à Khartoum montrerait aussi qu'il ne serait pas dans une situation concrète de danger. Le TAF a rejeté le recours. Sur ce, « Senait » a déposé une demande de regroupement familial ainsi qu'une demande de réexamen qui ont toutes deux été rejetées (voir aussi Chapitre 4.3).

Dans sa décision de rejet concernant le visa humanitaire, le SEM a uniquement retenu que « Cayo » se trouvait certes dans une « situation très pénible » mais que sa situation était comparable à celle de nombreux autres jeunes au Soudan. Le sens de ces affirmations est extrêmement discutable, affirmations qui montrent que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été un aspect prioritaire dans la décision et que les intérêts de la politique migratoire de la Suisse ont pris le dessus sur ceux de l'enfant. En outre, la décision du SEM a aussi rendu impossible l'exercice du droit de « Cayo » d'avoir des contacts réguliers et de vivre avec un de ses parents faute de mieux.⁶⁰

L'ODAE-Suisse considère l'argument du SEM que « Cayo » ne serait actuellement pas menacé concrètement parce qu'il vit depuis plus de cinq ans sans ses parents à Khartoum comme extrêmement problématique et carrément cynique pour les personnes concernées. Le fait qu'un jeune sans séjour régulier doive vivre seul au Soudan dans la rue est très profondément contraire aux principes de la CDE concernant la manière dont doivent pouvoir se développer les personnes mineures. Cette prise de position des autorités ignore aussi le droit de « Cayo » d'obtenir, en tant que réfugié mineur, une protection adéquate et une aide humanitaire adaptée dans la sauvegarde de ses intérêts.⁶¹

⁵⁹ Cas 374 documenté par l'ODAE-Suisse.

⁶⁰ Dans les procédures Dublin, cela peut aussi durer longtemps jusqu'à ce que les personnes mineures puissent venir rejoindre leurs parents en Suisse. Voir cas 358 documenté par l'ODAE-Suisse.

⁶¹ Art. 22, par. 1 CDE.

Selon l'art. 22, par. 2, CDE, il incombe aux autorités de veiller à la protection de « Cayo » et de collaborer avec d'autres organisations ou avec les Nations Unies. L'arrêt rendu par le TAF dans ce cas est inquiétant. Le tribunal a approuvé le refus du visa humanitaire notamment pour le motif qu'après avoir été en contact avec le HCR, « Cayo » aurait maintenant accès à des prestations d'aide. De son côté, le SEM a soutenu que le HCR et l'ONG « Save the Children » aidaient des personnes mineures à obtenir un accès à des prestations de service de protection. Mais la représentante juridique de « Senait » a déclaré que « Cayo » se trouvait toujours seul et livré à lui-même au Soudan et que selon ses recherches, les deux organisations susmentionnées n'offraient que peu d'aide concrète sur place. Le HCR aurait du reste reconnu ne pas être en mesure d'assurer une protection complète aux enfants réfugiés. L'ODAE-Suisse demande une fois encore que, dans ces cas, la Suisse ne se limite pas à accorder protection selon le principe de subsidiarité, mais qu'elle assume davantage sa responsabilité.⁶²

L'exercice du droit d'entretenir des contacts avec les deux parents est aussi empêché aux enfants dans le cas suivant :

Cas 363⁶³ : « Afkarit » et son mari « Buruk » se sont perdus de vue en 2007 peu après leur mariage en Erythrée à cause de leur fuite. Mais depuis 2013, ils sont de nouveau régulièrement en contact. Après la naissance de leur premier enfant commun, « Afkarit » a déposé une demande d'asile de famille pour son mari qui se trouvait alors en Italie. Le SEM a rejeté la demande pour le motif que la relation aurait été trop longtemps interrompue. Le service cantonal des migrations a également rejeté la demande de regroupement familial relevant du droit des étrangers. Cette décision partait aussi de l'idée que l'intérêt public était prépondérant en raison du risque élevé que les époux soient fortement et durablement dépendants de l'assistance par l'Etat. Une telle situation ne serait pas supportable pour l'économie du pays. De plus, la relation familiale pourrait être entretenue par des conversations téléphoniques et des visites même sans vie commune en Suisse. Le recours de l'avocat d'« Afkarit » au Département cantonal a été rejeté, mais un recours a été fait au tribunal administratif cantonal, qui est encore pendant. Entre-temps, un deuxième enfant commun est venu au monde.

Dans son recours, l'avocat a relevé qu'« Afkarit » avait momentanément besoin de l'aide sociale complémentaire parce qu'elle devait s'occuper de ses enfants. Il n'y aurait donc pas de faute de sa part. L'avocat a qualifié le refus du regroupement familial d'absolument

⁶² Voir le rapport spécialisé de l'ODAE-Suisse « Visa humanitaire – chemin de fuite sûr ou course d'obstacles ? », 2019.

⁶³ Cas 363 documenté par l'ODAE-Suisse.

disproportionné et de constitutif d'une intrusion illicite dans le domaine de protection du droit à la vie familiale (art. 8 CEDH). Il a ajouté que, malgré la distance, le père entretenait une relation active avec ses deux enfants. Il a aussi contesté l'opinion du Département cantonal sur l'exigibilité d'une vie de famille en Italie. Il serait hautement irréaliste qu'« Afkarit » et ses enfants y obtiennent un droit de séjour. En outre, dans ce pays, aucune aide ne pourrait être attendue du côté de l'Etat et la famille serait donc livrée à elle-même.⁶⁴ Les conséquences seraient graves en particulier pour les enfants d'autant plus que la situation en Italie est souvent peu attentive à l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, l'avocat a critiqué le fait que le service des migrations et le Département cantonal n'aient pas inclus l'intérêt supérieur de l'enfant dans leur pesée des intérêts.



⁶⁴ OSAR : « Conditions d'accueil en Italie – Rapport actualisé sur la situation en Italie des personnes requérantes d'asile et des bénéficiaires d'une protection, en particulier des personnes renvoyées dans le cadre de Dublin », 2020.

Dans le cas suivant également, le droit de la mère et des enfants à la vie familiale reste bafoué :

Cas 371⁶⁵ : « Lisha » est originaire du Nigéria et vit depuis 2006 en Suisse. Elle a eu deux filles avec son ancien compagnon suisse. En 2010, la famille a déménagé dans une localité française près de la frontière suisse. En raison de la violence psychique et physique exercée contre elle par son compagnon, « Lisha » est rentrée en Suisse un an plus tard avec ses filles et a cherché protection dans une maison d'accueil pour femmes. Un tribunal français a ensuite attribué aux parents l'exercice commun de l'autorité parentale mais a placé les enfants sous la garde du père, la mère ayant de son côté un libre droit de visite et d'hébergement. Le jugement a été déclaré exécutoire en Suisse. Ensuite, les filles sont retournées en France chez leur père ; « Lisha » est restée en Suisse, mais sans autorisation de séjour.

En 2014 « Lisha » a demandé une autorisation de séjour. Le service des migrations a rejeté la demande et lui a fixé un délai de trois mois pour quitter la Suisse. De même, l'autorité lui a refusé une autorisation de séjour pour valider une activité lucrative en 2016. Peu après, « Lisha » a reçu le diagnostic d'un cancer agressif de la poitrine et a subi l'ablation des deux seins ainsi qu'une chimiothérapie. D'autres traitements ont été planifiés pour augmenter ses chances de survie à long terme. Elle a recouru contre la décision du service des migrations, recours qui a été partiellement admis. Sur ce, le service cantonal a proposé au SEM l'octroi d'une admission provisoire. Toutefois, le SEM a envisagé de refuser cette mesure car il a estimé que les conditions n'en étaient pas remplies et que l'exécution du renvoi au Nigéria pouvait en principe être considérée comme raisonnablement exigible. Après une prise de position de l'avocate de « Lisha », le SEM a fini par ordonner l'admission provisoire. En raison de son statut, « Lisha » n'a eu le droit, dès 2017, de ne se rendre qu'une fois par année en France pour rendre visite à ses filles. Au début 2020, elle a demandé au SEM un visa de retour supplémentaire pour pouvoir aller une fois de plus en France. Cette demande a été refusée. En août 2020, elle a présenté de nouveau une demande qui a été admise et qui lui donne en fait le droit de voyages de retour multiples en Suisse.

Il est déconcertant que le service des migrations et le SEM n'aient pas tenu compte des conséquences dramatiques d'un éventuel renvoi de « Lisha » pour elle-même et pour ses enfants. Les parents ont l'autorité parentale commune et, pour les filles, il serait important d'avoir régulièrement des contacts physiques avec leur mère. Le service des migrations est d'avis que « Lisha » et ses enfants pourraient maintenir le contact dans le cadre de visites réciproques, par téléphone et par lettres. L'avocate de « Lisha » a qualifié cette

⁶⁵ Cas 371, documenté par l'ODAE-Suisse.

manière de se voir d'irréaliste et illusoire. Si « Lisha » devait retourner au Nigéria, elle ne pourrait pas financer des vols vers la France et ne pourrait plus guère revoir ses filles au cours des années à venir. Il est totalement inacceptable que les garanties de la CDE soient pareillement bafouées.

Les titulaires d'une admission provisoire comme « Lisha » n'ont en principe pas le droit de se rendre à l'étranger. Pour des motifs humanitaires, un visa de retour peut être délivré pour un voyage de 30 jours au plus par année.⁶⁶ Pour une mère comme « Lisha », dont les enfants vivent en France et sont encore trop jeunes pour venir seules en Suisse, une telle situation est insupportable. A cela s'ajoute que le père torpille le droit de visite. L'ODAE-Suisse s'insurge du fait qu'au début 2020, le SEM ait refusé d'établir un deuxième visa de retour pour la même année. Il est cynique et incompatible avec la CDE de ne pas pouvoir délivrer le visa dans les cas de motifs humanitaires. L'entretien de contacts réguliers et directs doit aussi être garanti lorsque les parents vivent dans des pays différents.⁶⁷ En revanche, l'ODAE-Suisse salue le fait que, dès août 2020, « Lisha » puisse désormais rendre visite plus régulièrement à ses filles.

4.2 Regroupement familial inversé

Contrairement à la législation de nombreux Etats européens, le droit suisse ne connaît pas ce qu'on appelle le regroupement familial inversé – c'est-à-dire la possibilité pour des enfants d'obtenir que leurs parents étrangers les rejoignent dans leur pays d'accueil. Selon le Tribunal fédéral, une telle possibilité peut éventuellement se déduire, pour les enfants suisses, du droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH). Dans ce cadre aussi, l'art. 3 CDE exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit toujours pris en considération de manière primordiale. Comme le montre le cas suivant, la pratique est toutefois extrêmement restrictive même lorsque les enfants ont un passeport suisse :

Cas 372⁶⁸ : « Anita », brésilienne, s'est mariée avec un ressortissant suisse. Le couple a eu des enfants communs en plus du fils « Antonio » d'« Anita ». Tous les enfants ont la nationalité suisse. Au moment du divorce, l'autorité parentale a été attribuée au père sur les enfants communs et à la mère sur « Antonio ». La mère et son fils sont restés au Brésil alors que le père est revenu en Suisse avec les enfants communs. En 2015, « Anita » est venue en Suisse avec « Antonio » et y a demandé un regroupement familial inversé au début 2016. Fin 2018, le service des migrations

⁶⁶ Sur la base de l'art. 9, ch. 4, let. a, ODV.

⁶⁷ Art. 10, par. 2 CDE.

⁶⁸ Cas 372, documenté par l'ODAE-Suisse.

a rejeté la demande. Le renvoi de sa mère aurait contraint « Antonio » à quitter la Suisse, ce qui aurait équivalu à un renvoi de fait d'un citoyen suisse. Sur recours d'un avocat, « Anita » a obtenu une autorisation de séjour.

Dans un autre cas documenté de l'ODAE-Suisse, l'autorisation de séjour a été refusée à la mère d'un garçon suisse.⁶⁹ Il est choquant que l'on refuse une telle autorisation à des mères malgré le fait que l'autorité parentale exclusive sur les enfants mineurs leur a été attribuée. Le fait que les enfants soient déjà adolescents ne signifie de loin pas qu'ils n'aient plus besoin de la proximité physique et émotionnelle de leurs parents. La psychologue Sandra Rumpel dit : « Même à 17 ans, l'enfant a besoin d'un contact physique. Skype ne remplace un tel contact, c'est un bouche-trou. Cela est hautement problématique du point de vue de la psychologie du développement. L'aspect émotionnel ne peut guère être transmis correctement par Skype ». Avec les décisions évoquées, les autorités suisses ne respectent pas diverses garanties fixées par la CDE.⁷⁰ Selon le Tribunal fédéral, un droit de séjour ne peut certes pas dériver d'un séjour illégal, mais, selon les explications de Marc Spescha, il a, dans le cadre de l'examen d'un cas d'espèce, « déjà reconnu la priorité de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le sanctionnement du séjour illégal ».⁷¹ Même si l'action d'un parent ne mérite pas de protection, il faut tout de même respecter l'intérêt de l'enfant, qui n'est pas responsable de la situation.⁷²

Ce n'est que lorsque des intérêts publics – par exemple en cas de mise en danger de la sécurité publique – ont un poids dépassant celui de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il est permis de renvoyer le parent étranger. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a retenu qu'on ne peut pas sans autre exiger d'un enfant suisse qu'il suive à l'étranger son parent étranger titulaire de l'autorité parentale. Si l'enfant doit partir de Suisse, cela touche à sa liberté d'établissement découlant de sa nationalité. Et de là découle l'interdiction du renvoi des personnes citoyennes suisses. Selon le Tribunal fédéral, « le seul intérêt public à pouvoir mener une politique restrictive d'immigration » ne suffit pas à justifier un refus d'une autorisation de séjour au parent étranger d'un enfant suisse qui est placé sous son autorité parentale.⁷³

Le jeune fils de « Kabir » a aussi la nationalité suisse, mais la demande d'une autorisation de séjour a été rejetée malgré l'existence d'un droit de visite :

⁶⁹ Voir cas 315 documenté par l'ODAE-Suisse.

⁷⁰ Art. 3, 9 et 18 CDE.

⁷¹ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 19; TF 2A.679/2006 du 09 février 2007.

⁷² TF, 2C_159/2007 du 2 août 2007, consid. 2.4.; Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 19.

⁷³ ATF 135 I 153 du 27 mars 2009.

Cas 370⁷⁴ : « Kabir » est venu en Suisse en 2012 et a déposé une demande d'asile qui a été rejetée trois ans plus tard. Il a recouru au TAF. Après son arrivée, il a fait la connaissance d'une femme avec qui il vivait ensemble. Il y a toutefois eu séparation avant la naissance de l'enfant commun. En juillet 2016, « Kabir » a reconnu son fils. Peu après, la mère et l'enfant ont obtenu la nationalité suisse. Environ un an plus tard, le TAF a rejeté le recours de « Kabir » contre la décision négative sur l'asile. Comme le fils de « Kabir » avait la nationalité suisse, le TAF a invité « Kabir » à solliciter une autorisation de séjour auprès du canton. « Kabir » a donné suite à cette proposition dans le délai de 30 jours. Le service cantonal des migrations a toutefois rejeté la demande en juin 2018 et a ordonné son renvoi. Le recours de « Kabir » au Département cantonal compétent a lui aussi été rejeté. L'avocate de « Kabir » a déposé un recours au tribunal administratif cantonal, recours qui est encore pendant.

A l'appui du rejet du recours de « Kabir », le Département cantonal a argumenté de l'absence d'un « lien affectueux et économique particulièrement étroit » entre père et fils. Il a certes reconnu qu'il fallait tenir compte des normes de la CDE dans la pesée des intérêts, mais il est néanmoins arrivé à la conclusion que l'intérêt du garçon ne serait pas mieux protégé si son père séjournait durablement en Suisse. Il a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant ne serait pas sensiblement compromis par le refus de l'autorisation de séjour parce que ce refus ne porterait pas atteinte à une vie familiale et que le fils de « Kabir » ne doit pas quitter la Suisse. La possibilité de contacts serait certes rendue difficile depuis le pays d'origine de « Kabir » (Ethiopie), mais pourrait être maintenue par les moyens modernes de communication.

Pour l'avocate de « Kabir », la décision du Département cantonal est contraire au droit à la vie de famille (art. 8 CEDH) et à l'intérêt supérieur de l'enfant. A son avis, l'intérêt supérieur de l'enfant pèse plus lourd que l'intérêt public de mener une politique restrictive en matière d'immigration. L'avocate invoque aussi divers cas où la CourEDH a sanctionné la Suisse et a donné une importance nettement plus élevée au maintien d'une relation régulière entre père et enfant qu'à des mesures éventuelles d'éloignement.⁷⁵

Avec sa nationalité suisse, le fils de « Kabir » a un droit de séjour stable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le parent non titulaire de l'autorité parentale ou du droit de garde est cependant limité dans sa relation avec son enfant car il ne peut entretenir cette relation que dans le cadre d'un droit de visite qui lui est accordé. C'est pourquoi, dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral est d'avis que ce parent ne doit pas avoir forcément une

⁷⁴ Cas 370, documenté par l'ODAE-Suisse.

⁷⁵ Voir CouEDH, arrêt UDEH vs Suisse du 16 avril 2013 ; CourEDH, arrêt M.P.E.V. vs Suisse no 3910/2013 du 8 juillet 2014.

autorisation de séjour dans le même pays que l'enfant. Il faudrait au contraire une relation particulièrement étroite avec l'enfant.⁷⁶ Cette opinion est fortement critiquée par la doctrine.

Dans les cas où les enfants nés de parents étrangers sont ressortissants d'un Etat tiers sans disposer en même temps de la nationalité suisse mais seulement d'une autorisation de séjour ou d'établissement, le Tribunal fédéral se montre nettement plus restrictif. Marc Spescha observe d'un point de vue critique que l'intérêt supérieur de l'enfant et la question des perspectives de vie modifiées de l'enfant sont trop peu pris en considération si l'enfant doit quitter la Suisse avec le parent titulaire de l'autorité parentale ou de la garde.⁷⁷ La jurisprudence de la CourEDH est plus généreuse. Elle considère que toutes les constellations du regroupement familial inversé méritent d'être protégées lorsqu'existe une relation effective, que le parent ait l'autorité parentale, la garde ou qu'il n'ait qu'un droit de visite.⁷⁸

4.3 Brièveté des délais de regroupement

Les personnes réfugiées reconnues ont le droit d'obtenir le regroupement de leur conjoint et de leurs enfants mineurs pour autant qu'elles en remplissent les conditions.⁷⁹ Quant aux personnes admises provisoirement, elles sont soumises en outre à un délai d'attente de trois ans qui commence à courir au moment que la mesure est prononcée. Les enfants de moins de douze ans doivent venir en Suisse dans les cinq ans après le délai précité de trois ans et les enfants de plus de douze ans, dans l'année suivant ce délai (exceptés pour les personnes ressortissantes d'un pays de l'UE ou de l'AELE). Cela est motivé par le fait qu'il est plus difficile aux enfants dès un certain âge de s'intégrer dans un pays complètement nouveau après avoir été « déracinés de leur pays d'origine ».⁸⁰ Cependant, si des raisons familiales majeures le justifient, le regroupement peut encore être autorisé après l'échéance de ces délais.⁸¹ De telles raisons existent « lorsque le bien de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement familial en Suisse ».⁸² L'ODAE-Suisse considère la sévérité des conditions et la brièveté des délais comme extrêmement problématiques. Le cas de « Cayo » et de sa mère « Senait » peut être repris pour illustrer l'effet de ces brefs délais pour la famille en question.

⁷⁶ Voir ATF 139 I 315.

⁷⁷ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 25.

⁷⁸ Art. 3, art. 9, par. 1 et 3 CDE. Spescha : Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 25.

⁷⁹ Art. 51 LAsi, respectivement 44 LEI.

⁸⁰ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 1, ch. 1ff. et al.: Handbuch.

⁸¹ Art. 74 al. 4 OASA.

⁸² Art. 75 OASA.

Cas 374⁸³ : Comme mentionné, la mère de « Cayo » a fui en 2014 et a alors dû laisser sur place son fils âgé de 11 ans à l'époque. En 2015, elle a obtenu l'admission provisoire en Suisse. En 2019, elle a déposé une demande de regroupement familial auprès du service cantonal des migrations bien qu'elle ait su qu'elle ne remplissait pas encore la condition d'être indépendante de l'aide sociale. Si elle avait présenté sa demande plus tard, le délai aurait cependant été dépassé. A peine un an plus tard, le SEM a rejeté la demande. Il a invoqué que l'intérêt public était prépondérant en l'espèce car la venue de « Cayo » entraînerait très vraisemblablement une augmentation supplémentaire de la charge de l'aide sociale. Dans son recours, la mandataire de « Senait » a répliqué que l'intérêt privé à une réunification de la famille avait été trop peu prise en compte et que le rejet de la demande était dès lors disproportionné. Le TAF a jugé que le recours n'avait aucune chance de succès. Peu après, « Senait » a trouvé un emploi à plein temps et a présenté une demande de réexamen, qui a également été rejetée.

L'ODAE-Suisse critique le fait que le SEM n'ait ni établi ni examiné l'intérêt supérieur de l'enfant bien qu'il y soit tenu selon la CDE et le Comité des droits de l'enfant.⁸⁴ Au vu de la situation juridique, l'argumentation du SEM est choquante : « En raison de sa situation de droit des étrangers, la requérante doit se laisser opposer qu'elle doit avoir été consciente que, par son départ, un regroupement familial illimité ou une vie de famille complète en Suisse ne serait pas sans autre possible en raison de son statut de droit des étrangers et des dispositions de droit des migrations qui lui sont liées, respectivement qu'elle ne pourrait pas, en se rendant en Suisse, y faire venir son fils dans un délai relativement court. En d'autres mots, elle ne pouvait à aucun moment raisonnablement se dire qu'elle pourrait un jour vivre sa vie familiale en Suisse. »

Dans le présent cas, le SEM n'a pas usé de sa marge d'appréciation car il aurait aussi pu autoriser le regroupement familial après coup. Pour l'ODAE-Suisse, la décision n'est pas compréhensible car « Senait » a entre-temps trouvé un emploi à plein temps et a pu sortir de sa dépendance à l'aide sociale. De son côté, la CourEDH protège au contraire les relations des jeunes adultes seuls avec leurs parents.⁸⁵

⁸³ Cas 374 documenté par l'ODAE-Suisse. Voir aussi le cas 352 documenté par l'ODAE.

⁸⁴ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 97.

⁸⁵ CourEDH, arrêt du 14 juin 2011, recours 38058/09 – Osman vs Danemark (consid 7.5).

5 Renvois de Suisse

Un renvoi ou une expulsion de Suisse peut avoir des conséquences dramatiques, que ce soit après une décision négative sur l'asile ou après un long séjour en Suisse. Souvent, les enfants et les jeunes sont les premiers à se sentir déracinés. La socialisation a lieu déjà à un âge de petit enfant comme explique la psychothérapeute Sandra Rumpel : « Dans de différentes cultures, les enfants jouent de manières diverses; ils apprennent des mécanismes spécifiques à la culture, leur langue maternelle et la langue locale. Ils sont chez eux ainsi dans les deux langues et cultures ». La patrie « éprouvée » serait la Suisse et la culture psychiquement « révélée » serait la patrie des parents. Sandra Rumpel souligne que les enfants ont besoin d'un environnement sûr et stable pour pouvoir se développer selon leur âge. Selon le TAF aussi, les enfants ne devraient pas être arrachés à leur milieu familial sans une bonne raison.⁸⁶

5.1 Renvois de droit d'asile

Lorsque la demande d'asile est rejetée, la personne est en règle générale renvoyée hors de Suisse. Dans ce cas, le principe de l'unité de la famille doit être respecté.⁸⁷ L'exécution d'un renvoi vers l'Etat d'origine ou de provenance peut ne pas être raisonnablement exigible si les personnes concernées sont concrètement menacées en raison d'une situation de guerre, de violence généralisée ou de nécessité médicale.⁸⁸ Lorsque des enfants sont compris dans l'exécution envisagée d'un renvoi, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans le cadre de l'examen de l'exigibilité. Selon le TAF, les exigences pour l'admission d'une mise en danger concrète sont moins strictes pour les enfants que pour les adultes.⁸⁹ Les critères suivants ont de l'importance : âge et degré de maturité de l'enfant, dépendances et qualité de ses relations (degré de proximité, intensité, solidité), personnes de référence dans le pays d'origine et disposition et capacité d'assistance de ces personnes, niveau actuel et pronostics concernant le développement et la formation de l'enfant ainsi que le degré de l'intégration réussie après un long séjour en Suisse.⁹⁰

Dans le prochain cas, le TAF a rendu un arrêt reprochant au SEM de ne pas avoir examiné suffisamment la situation de « Kito » en cas de renvoi dans son pays d'origine :

⁸⁶ TAF 2015/30, arrêt du 1^{er} septembre 2015, consid. 7.2 ; TAF 2009/51, arrêt du 18 septembre 2009, consid. 5.6.

⁸⁷ Art. 44, LAsi.

⁸⁸ Art. 83, al. 4 LEI.

⁸⁹ TAF 2009/5, arrêt du 18 septembre 2009, consid. 5.6 ; TAF 2009/28, arrêt du 9 juillet 2009, consid. 9.3.2 ; TAF E-6911/2019, arrêt du 19 mars 2020.

⁹⁰ Voir TAF 2009/51, arrêt du 18 septembre 2009, consid. 5.6 ; TAF 2009/28, arrêt du 9 juillet 2009, consid. 9.3.2.

Cas 361⁹¹ : « Kito », 13 ans, est venu sans accompagnement parental d'Ouganda en Suisse. Le SEM a rejeté sa demande d'asile et a ordonné le renvoi sans examiner si celui-ci était raisonnablement exigible. Le TAF a admis le recours et a reproché au SEM d'avoir établi les faits de manière incomplète. Selon la jurisprudence, le SEM aurait dû tenir compte d'office de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le TAF a aussi reproché au SEM de ne pas avoir essayé de clarifier la situation dans le pays d'origine de « Kito » avec les informations dont il disposait. Sur ordre du TAF, le SEM a tenu une nouvelle audition. Dans la nouvelle décision sur l'asile, le SEM est arrivé à la conclusion que le renvoi était inexigible. « Kito » a été admis provisoirement.

En Ouganda, « Kito » vivait chez son grand-père malade du cancer. Il ne connaît pas sa mère, et son père ne veut rien avoir à faire avec lui. Le fait que le SEM ait voulu renvoyer un jeune devenu âgé de 14 ans dans son pays d'origine sans examiner d'abord comment il serait logé et nourri est hautement inquiétant. En vertu de la loi, le SEM est tenu, avant le renvoi d'une personne mineure non-accompagnée, de s'assurer qu'elle sera remise « à un membre de sa famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil pouvant garantir sa protection dans l'Etat concerné ». ⁹² Déjà antérieurement, le TAF a retenu qu'il n'était pas suffisant de se référer à l'existence d'institutions sociales dans le pays d'origine ⁹³ ou à l'éventualité d'un accueil et d'un placement par l'intermédiaire de la représentation suisse sur place ou dans un Etat tiers. ⁹⁴

Le procédé du SEM est inconciliable tant avec le principe primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'art. 3 CDE qu'avec le droit à la protection en tant qu'enfant réfugié selon l'art. 22 CDE. Dans la première décision sur l'asile, le SEM a certes respecté son devoir et a examiné dans quelle mesure « Kito » pouvait invoquer la CDE. Mais dans la seconde décision, il s'est abstenu de motiver l'admission provisoire. Il ne s'est donc pas conformé à l'obligation de motivation exigée par le Comité des droits de l'enfant. ⁹⁵ Dans un autre cas le TAF a également retenu que l'absence d'une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait être constitutive d'une violation de l'obligation de motiver du SEM. ⁹⁶

Dans le cas de « Soraya » et de son enfant, le SEM a rendu une décision négative sur l'asile qui ne touchait mot sur l'intérêt supérieur de l'enfant :

⁹¹ Cas 361 documenté par l'ODAE-Suisse.

⁹² Art. 69, al.4, LEI. Voir aussi TAF E-5381/2016, arrêt du 30 septembre 2016.

⁹³ Voir TAF 2015/30, arrêt du 1^{er} septembre 2015, consid. 7.3.

⁹⁴ TAF E-2002/2016, arrêt du 15 décembre 2016 ; TAF E-5381/2016, arrêt du 30 novembre 2016.

⁹⁵ Comité des droits de l'enfant de l'ONU : Observation générale no 14, par. 97.

⁹⁶ TAF E-6911/2019, arrêt du 19 mars 2020, consid. 5.4.

Cas 369⁹⁷ : « Soraya » a dû fuir l'Iran pour différents motifs et a demandé l'asile en Suisse avec son enfant en bas âge en 2016. En 2020, le SEM a rejeté cette demande d'asile et a ordonné le renvoi de « Soraya » et de son enfant. La représentante juridique de « Soraya » a formé un recours au TAF. Elle a notamment reproché au SEM de s'être complètement abstenu de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a précisé qu'il s'agissait là d'une violation de l'obligation de droit international public de tenir compte de manière prioritaire l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'examen de l'exigibilité du renvoi. Au départ de l'Iran, l'enfant de « Soraya » avait été encore très jeune et n'avait donc pas de souvenirs du pays d'origine de sa mère. Ils se trouvaient déjà depuis plus de quatre ans en Suisse, l'enfant fréquentait l'école depuis environ trois ans, parlait couramment le suisse-allemand et son intégration était complète. L'enfant avait passé la majeure partie de sa vie en Suisse. Un renvoi de l'enfant de « Soraya » signifierait son déracinement de sa patrie la Suisse. Un renvoi ne serait pas raisonnablement exigible et constituerait une violation de l'art. 3, al. 1, CDE. Le recours est pendant devant le TAF.

Il est intenable que le SEM ne touche pas mot de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il examine la question de l'exécution du renvoi bien qu'il y soit tenu selon la CDE. « Soraya » est déjà connue des autorités iraniennes, raison pour laquelle, selon sa représentante juridique, il faut sérieusement admettre qu'elle est persécutée en Iran et qu'elle est menacée, en cas de retour, par des peines intolérables et donc par de sérieux préjudices relevant de l'asile au sens de l'art. 3 LAsi. L'enfant de « Soraya » serait aussi en danger en Iran car les enfants nés hors mariage y sont discriminés et seulement vaguement protégés par le code pénal iranien.⁹⁸

Dans le cas suivant, les enfants sont nés en Suisse, mais n'ont pas un statut de séjour régulier :

Cas 357⁹⁹ : « Ashot » est originaire du Kazakhstan et « Arpine » d'Arménie. En 2012, les époux ont demandé l'asile en Suisse. Presqu'un an après, ils ont reçu une décision négative. Le couple a tenté sans succès d'emprunter les voies juridiques pour la faire annuler. Depuis lors, il doit quitter la Suisse et vit de l'aide d'urgence. « Arpine » ne peut pas aller au Kazakhstan car elle n'a pas de passeport de ce pays. « Ashot » n'a pas de passeport arménien et ne peut pas entrer en Arménie. Entre-temps, les époux ont eu trois enfants nés en Suisse entre 2013 et 2017. En 2018, la famille a

⁹⁷ Cas 369 documenté par l'ODAE-Suisse.

⁹⁸ Voir aussi « Schnellrecherche der SFH-Länderanalyse vom 10. April 2015 zu Iran: Gefährdungslage bei der Rückkehr in den Iran mit einem unehelichen Kind ».

⁹⁹ Cas 357 documenté par l'ODAE-Suisse.

sollicité une autorisation pour cas de rigueur, qui lui a été refusée. L'autorité a jugé que l'intégration de la famille ne dépassait pas le niveau de celle d'autres personnes migrantes vivant depuis plusieurs années en Suisse. Elle a ajouté que la situation des enfants ne justifiait pas non plus l'octroi d'une autorisation de séjour. Selon l'avocate de la famille en revanche, la famille remplit clairement les conditions d'octroi d'une telle autorisation. Le Département cantonal de la sécurité n'est toutefois pas entré en matière sur le recours car les personnes requérantes d'asile déboutées ne peuvent avoir la qualité de parties.

Il n'est pas compréhensible que, dans le présent cas, l'intérêt supérieur des trois enfants nés en Suisse et y ayant grandi n'ait pas été pris en considération de manière plus centrale par les autorités. En raison de ses nationalités différentes, la famille ne peut être renvoyée ou rentrer ensemble dans un des pays d'origine. Pour éviter une séparation, la famille n'a pas d'autres solutions que de rester en Suisse. L'ODAE-Suisse demande en conséquence que, dans de tels cas, les autorités adoptent une ligne plus forte axée sur l'avenir : les enfants, non fautifs, ne devraient pas pâtir du statut de séjour illégal de leurs parents car cela a, pour eux, des conséquences durables et intolérables. En effet, ils doivent grandir dans des structures d'aide d'urgence pas adaptées aux enfants et sont exposés à des atteintes d'ordre structurel, par exemple dans leur formation et activité lucrative. Une telle situation ne s'inscrit pas dans le sens de la CDE. L'ODAE-Suisse a également documenté un autre cas qui présente une situation semblable pour une autre famille.¹⁰⁰

5.2 Renvois après un long séjour

Une décision de renvoi après un long séjour en Suisse est très éprouvante pour la plupart des personnes concernées. Selon Marc Spescha, il faut donc faire preuve d'une retenue particulière, et les circonstances concrètes doivent être prises en considération dans le cas d'espèce. Un renvoi peut seulement être justifié sous condition que la vie privée de la personne concernée est protégée (art. 8 CEDH). Il pourrait s'ensuivre un droit de rester dans l'Etat d'origine de fait.¹⁰¹

Dans le cadre de la pesée des intérêts entre la vie privée et la politique restrictive en matière d'immigration, le Tribunal fédéral a retenu : « Après dix ans d'un séjour dans la conformité à la loi, on peut en général partir du principe que les relations sociales sont devenues si étroites dans ce pays qu'il faut des motifs particuliers pour mettre fin au séjour ». ¹⁰²

¹⁰⁰ Cas 347 documenté par l'ODAE-Suisse.

¹⁰¹ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 33.

¹⁰² ATF 144 I 266 du 8 mai 2018.

Il se pourrait aussi qu'après une durée plus courte, un renvoi porte atteinte au droit au respect de la vie privée.¹⁰³ La jurisprudence de la CourEDH protège les membres dits de la seconde génération dans le contexte des renvois. La CourEDH a ainsi reproché au Tribunal fédéral d'avoir accordé trop de poids aux intérêts publics par rapport aux intérêts privés.¹⁰⁴

Cas 375¹⁰⁵ : *D'origine indienne, le couple d'« Irshalu » et « Dayita » vit en Suisse depuis une vingtaine d'années. Leur fille d'actuellement 16 ans et leur fils de 11 ans sont nés ici. En 2017, le service cantonal des migrations a refusé de prolonger l'autorisation de séjour de la famille et a ordonné son renvoi de Suisse. Les parents s'étaient endettés et le père de famille, « Irshalu », avait été condamné à une peine de 30 mois d'emprisonnement avec sursis partiel. Le tribunal administratif cantonal a confirmé la décision en arrivant à la conclusion que les intérêts publics au renvoi étaient prépondérants. Le tribunal a argumenté que les parents ont alors décidé de recourir sans notamment penser aux difficultés accrues, pour leurs enfants, de devoir déménager. Avec le recours ils ont notamment retardé leur expulsion. Ils sont donc aussi responsables que leur fille soit contrainte d'interrompre sa formation en Suisse. L'octroi d'une autorisation de séjour autonome pour la fille pourrait être envisagé au vu des circonstances particulières, mais il faudrait en tous les cas garantir l'« encadrement et le logement nécessaires ainsi que les moyens financiers ».*

L'avocat de la famille a déposé un recours en septembre 2020 au Tribunal fédéral. En raison du comportement du père, il y aurait certes en principe un motif de révocation, mais l'absence de délits de sa part dure maintenant depuis plus de huit ans. L'avocat relève avec critique qu'il se soit agi de nouvelles représailles contre un ancien comportement délictueux. Il ajoute que depuis plus de trois ans la situation économique de la famille ne prête plus flanc à la critique. En particulier les deux enfants ont un grand intérêt à rester en Suisse. Un renvoi serait contraire au contenu essentiel de leur droit à la vie privée et familiale et au principe de la proportionnalité. Un déracinement des enfants ne serait pas justifiable.

L'ODAE-Suisse considère l'arrêt du tribunal administratif comme hautement choquant et conteste que les deux enfants soient renvoyés dans le pays d'origine de leurs parents en raison de délits commis par leur père. Ils ont grandi en Suisse et ne connaissent le pays d'origine de leurs parents que des vacances qu'ils y ont passées. Une telle décision ne tient aucun compte de l'intérêt supérieur des enfants et a pour effet que des personnes

¹⁰³ Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 41.

¹⁰⁴ CourEDH, cas Emre; Spescha: Kommentar Migrationsrecht, 2019, N 21, ch. 33f.

¹⁰⁵ Cas 375 documenté par l'ODAE-Suisse.

mineures seraient arrachées à leur milieu habituel dans une phase décisive de leur vie du point de vue psychologique et de leur développement. Dans de tels cas, il est indispensable de procéder avec diligence à la pesée des divers intérêts en présence.

Le TAF est arrivé à une autre conclusion que le tribunal administratif en rendant un arrêt au sujet d'une famille d'origine géorgienne : le renvoi des parents aurait été raisonnablement exigible mais celui de l'enfant n'aurait pas été compatible avec l'art. 3 CDE et aurait donc été inexigible. L'enfant arrivait dans les années de jeunesse et avait passé la majeure partie de sa vie et toute sa scolarité en Suisse. Il a suivi un traitement psychothérapeutique et un renvoi équivaldrait à un déracinement. En raison du principe de l'unité de la famille, les parents ont eux aussi été admis provisoirement.¹⁰⁶



¹⁰⁶ TAF E-6485/2014, arrêt du 8 décembre 2017.

6 Conclusions et revendications de l'ODAE-Suisse

Le besoin spécial de protection des enfants et des jeunes provenant de la migration et des mouvements de fuite devrait être pris en considération par les conventions internationales comme la CDE et par les lois nationales. La situation juridique et la pratique en Suisse sont toutefois extrêmement restrictives contrairement à la jurisprudence plus généreuse de la CourEDH, et l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas systématiquement instruit et pris en compte dans les procédures de droit d'asile et des étrangers. Il est trop souvent donné plus de poids aux intérêts de politique migratoire des cantons et de la Confédération qu'aux intérêts des personnes mineures.

La **prise en considération prioritaire de l'intérêt supérieur de l'enfant** au sens de l'art. 3, par. 1, CDE génère un droit. Ce droit est contraignant pour les Etats parties, il est directement applicable et peut être invoqué en justice.

- L'ODAE-Suisse demande que l'intérêt supérieur de l'enfant fasse l'objet d'une instruction et soit pris en compte. Il est aussi indispensable de procéder avec davantage de diligence à la pesée des intérêts des enfants et des jeunes concernés et de ceux de l'Etat. En vertu de l'art. 35, al. 2, Cst, les autorités sont tenues de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.
- L'ODAE-Suisse soutient les exigences du HCR sur la nécessité de procès formalisés et standardisés pour que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte dans chaque décision.¹⁰⁷ En outre, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être instruit avec soin et être pris en considération de manière prioritaire dans la pesée des intérêts.

Les **procédures** doivent être conçues de telle sorte qu'elles soient adaptées à l'enfant. Les enfants doivent – selon leur âge et leur degré de maturité – avoir la garantie d'être entendus, de collaborer et d'être assistés par une représentante ou un représentant.

- Il faut examiner avec diligence au cas par cas si un enfant sera entendu ou pas. A l'enfant qui le souhaite, il faut donner la possibilité de s'exprimer dans le cadre d'une audition adaptée à l'enfant.
- Contrairement au SEM, l'ODAE-Suisse est d'avis qu'on ne peut pas partir du principe que les personnes mineures de plus de 13 ans ont toutes une pleine

¹⁰⁷ UNHCR, Bericht Runder Tisch, S. 4 (voir note 13). S. 8; voir aussi UNHCR und UNICEF 2016 (note 16).

capacité de discernement. Dans la procédure d'asile concernant des enfants et des jeunes, les personnes menant l'audition doivent dès lors se charger de la plus grande partie de l'administration des preuves. En cas de doute sur la minorité ou la majorité de la personne, il faut la considérer comme mineure.

Le **droit à la vie familiale** est protégé par la Cst, par la CDE et par la CEDH. Dans les décisions sur des regroupements familiaux, il faut accorder la plus haute priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant.

- > Le droit des enfants aux deux parents et leur droit d'entretenir des relations personnelles régulières également avec le parent dont ils vivent séparés doivent être garantis dans la mesure du possible. La Suisse doit faire usage de ses possibilités juridiques pour que les enfants mineurs de l'étranger puissent rejoindre plus facilement leurs parents en Suisse. Elle ne doit pas accorder protection seulement selon le principe de la subsidiarité mais doit assumer davantage sa responsabilité pour la protection des enfants et en tant qu'investissement dans leur avenir.
- > Il est urgemment nécessaire que la Suisse introduise le droit au regroupement familial inversé dans la loi. Il n'est pas admissible qu'un parent seul titulaire de l'autorité parentale sur ses enfants mineurs soit renvoyé et que les enfants doivent subir les conséquences pénibles de cette situation.
- > Le délai de regroupement d'un an pour les enfants de plus de 12 ans est trop court et doit être allongé. Un des principaux critères pour le regroupement familial est l'autonomie financière ; beaucoup de parents ne remplissent pas encore ce critère dans ce délai si bien que le regroupement familial d'enfants de plus de 12 ans est fortement compromis. En outre, le délai d'attente de trois ans avant qu'un regroupement par des personnes admises provisoirement soit envisageable, doit être supprimé.

Un **renvoi de Suisse** peut souvent avoir un déracinement pour effet, en particulier chez les enfants et les jeunes. Dans des cas de ce genre, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être déterminé avec diligence et être pris en considération de manière primordiale.

- > Lors du renvoi d'un des parents, les autorités doivent garantir le droit de l'enfant à avoir des contacts avec les deux parents, y compris aussi la possibilité d'un droit de visite.

- > S'il s'agit d'enfants et de jeunes, la question des obstacles au renvoi doit être examinée dans chaque cas, même si les autorités estiment qu'ils n'ont pas respecté leur obligation de collaborer dans la procédure. Les garanties particulières des conventions internationales doivent être prises en compte lors de la décision sur l'exécution du renvoi.
- > Pour les familles vivant en Suisse sans statut de séjour – c'est-à-dire de l'aide d'urgence – les autorités doivent davantage avoir des vues orientées vers l'avenir. Les personnes mineures ne sauraient devoir reprendre sans autre le statut de séjour (illégal) de leurs parents. Cela leur porte préjudice sur le plan structurel, par exemple à l'école, en formation et au travail, et complique inutilement leur intégration.
- > Une protection spéciale contre les renvois doit être instaurée en faveur des enfants et des jeunes ayant passé la majeure partie de leur vie en Suisse.

En conclusion, la CDE s'applique à toutes les personnes mineures, indépendamment de leur statut de séjour ou de leur origine. Tous les enfants et jeunes gens doivent avoir les mêmes chances de grandir dans un environnement leur offrant dignité et soutien. Un milieu social stable et une cohésion familiale équilibrée ont une influence positive sur le développement des enfants. Il faut rappeler en premier lieu que ce sont tous des enfants et qu'ils doivent être traités comme tels.



7 Abréviations

Al.	Alinéa
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
Art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil (suisse) du 10 décembre 1907, RS 210
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
CSMD	Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
HCR	Haut Commissariat aux réfugiés (des Nations Unies)
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile, RS 142.31
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration, RS 142.20
MNA	(Personne requérante d'asile) mineure non-accompagnée
ODAE	Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers
ODAE-Suisse	Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers SBAA
ODV	Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers, RS 143.5
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
TAF	Tribunal administratif fédéral

8 Sources

Comité des droits de l'enfant de l'ONU

2013. Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1).

2005. Observation générale no 6 : Traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés de leur pays d'origine.

Conseil de l'Europe

2013. Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.

CSDH

2019. « Mise en œuvre du droit de participation ». Contribution au Rapport annuel, <https://2019.skmr.ch/fr/droits-de-l-enfant/>

HCR

2020. Studie « Asylsuchende mit besonderen Bedürfnissen im neuen schweizerischen Asylverfahren – Problemaufriss und erste Empfehlungen », Angela Stettler.

2019. Table ronde « Les droits de l'enfant dans la procédure d'asile suisse – bilan de la situation à l'occasion du 30ème anniversaire de la Convention relative aux droits de l'enfant », Berne, 4 décembre 2019. Rapport.

2019. Global Trends - Forced Displacement in 2019, <https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>

2009. Directive sur la protection internationale : demandes d'asile de la part d'enfants en relation avec les articles 1 (A)2 et 1 (F) de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés.

HCR et UNICEF

2016. « Safe & Sound - Ce que les Etats peuvent faire pour garantir l'intérêt supérieur des enfants non accompagnés et séparés en Europe ».

Kim-Cohen et al., 2005.

«Validity of DSM-IV conduct disorder in 41/2-5-year-old children: A longitudinal epidemiological study». American Journal of Psychiatry 162:1108-1117.

Motz Stephanie

2017. « Le regroupement familial des réfugiés en Suisse – Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique » CSDM / HCR.

Noser Ruedi

Motion 19.3633 : « Bureau de médiation pour les droits de l'enfant ».

ODAE-Suisse

2019. Rapport spécialisé « Visa humanitaire – chemin de fuite sûr ou course d'obstacles ? ».
2019. Rapport spécialisé « La vraisemblance dans la procédure d'asile ».
2019. Contribution « Attendre, attendre, attendre – grand désespoir chez les personnes concernées », du 30 mai 2019, <https://beobachtungsstelle.ch/news/attendre-attendre-dese-spoir-chez-les-personnes-concernees/>

OSAR

2020. « Kindesschutzmassnahmen in Bundesasylzentren », Positionspapier.
2020. « Conditions d'accueil en Italie – Rapport actualisé sur la situation en Italie des personnes requérantes d'asile et des bénéficiaires d'une protection, en particulier des personnes renvoyées dans le cadre de Dublin. ».
2015. « Schnellrecherche der SFH-Länderanalyse vom 10. April 2015 zu Iran: Gefährdungslage bei der Rückkehr in den Iran mit einem unehelichen Kind ».

Réseau suisse des droits de l'enfant

- Le troisième protocole facultatif de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) : une procédure de recours pour les droits de l'enfant, https://www.netzwerk-kinderrechte.ch/resources/161129_Faktenblatt_Fakultativprotokoll3_F1.pdf

Rossi Laura

2019. « Überlange Asylverfahren ». Gastbeitrag von Fürsprecherin Laura Rossi, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/migration-asyl/ueberlange-asylverfahren-gastbeitrag>

SEM

2019. Manuel Asile et retour, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>

Spescha Marc, et al. (éd.)

2019. Migrationsrecht. Kommentar, 5e édition, Zurich.

Van der Kolk Bessel A.

2009. Entwicklungstrauma-Störung: Auf dem Weg zu einer sinnvollen Diagnostik für chronisch traumatisierte Kinder. Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 58 (2009) 8, p. 572 à 586.

Zermatten Jean

2013. « L'observation générale no 14 du Comité des droits de l'enfant – Implications importantes pour la Suisse », CSDH, <https://www.skmr.ch/frz/domaines/enfance/nouvelles/og-14-droits-enfant.html>



observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
schweizerische beobachtungsstelle für asyl- und ausländerrecht
osservatorio svizzero sul diritto d'asilo e degli stranieri

L'Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse) se base sur des cas concrets documentés pour montrer comment le droit suisse régissant l'asile et les étrangers peut porter atteinte aux personnes concernées dans leur vie quotidienne.

Pour en savoir plus : odae-suisse.ch

Pour soutenir l'ODAE-Suisse, vous pouvez :

- > Si vous avez des informations sur des cas concrets, annoncez-les à l'ODAE-Suisse
- > Soutenez notre activité par un don
- > Devenez membre

CCP 60-262690-6 / IBAN CH70 0900 0000 6026 2690 6

Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers

Un grand merci pour votre soutien.