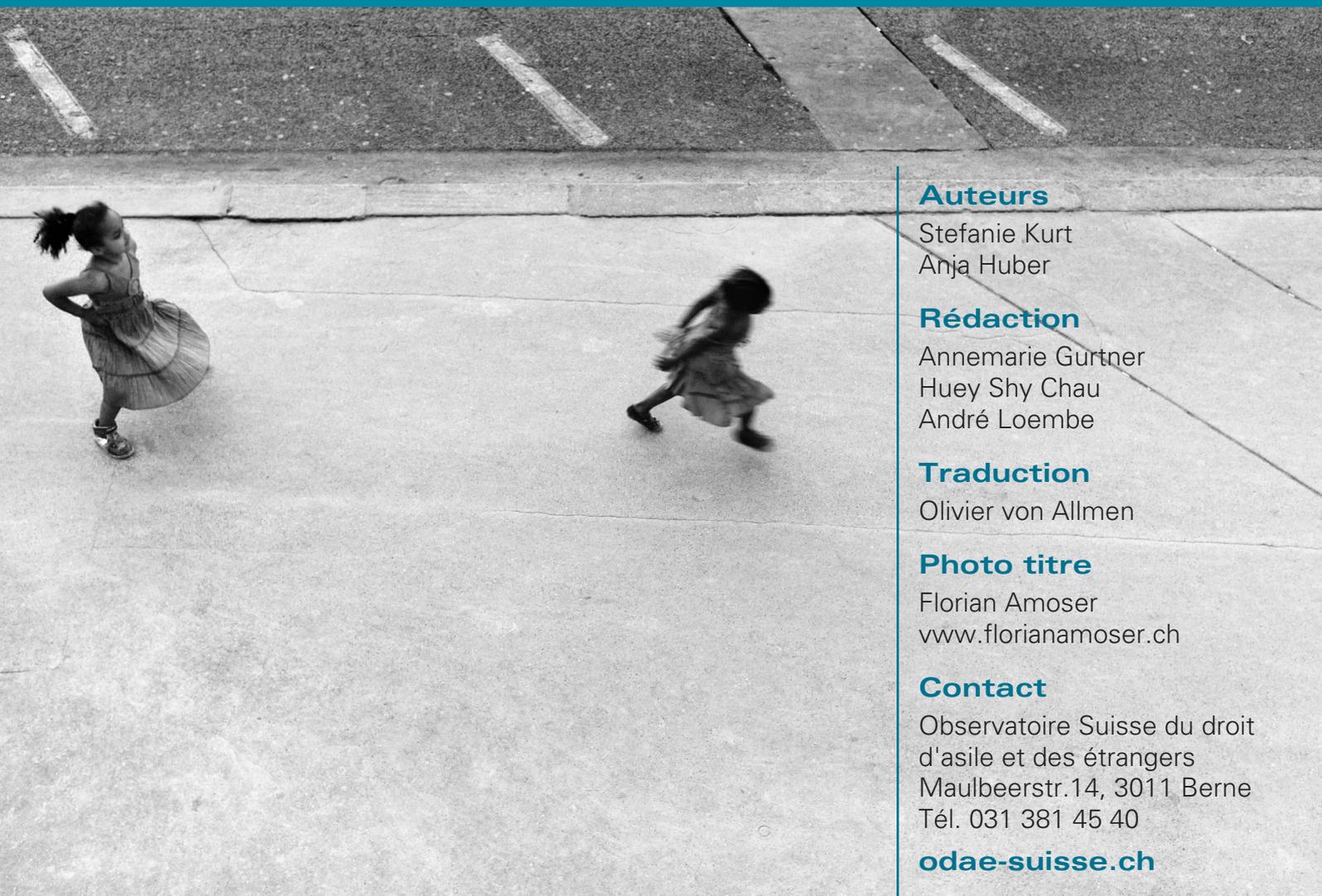


DROIT DE L'ENFANT ET APPLICATION DES LOIS SUISSES SUR LES MIGRANTS



Auteurs

Stefanie Kurt
Anja Huber

Rédaction

Annemarie Gurtner
Huey Shy Chau
André Loembe

Traduction

Olivier von Allmen

Photo titre

Florian Amoser
www.florianamoser.ch

Contact

Observatoire Suisse du droit
d'asile et des étrangers
Maulbeerstr.14, 3011 Berne
Tél. 031 381 45 40

odae-suisse.ch

Remerciements

Nous remercions vivement la Fondation Corymbo de son généreux soutien. La Fondation Corymbo est une fondation faîtière constituée de différentes sous-fondations.

Les projets d'utilité publique, que les donatrices et donateurs de la Fondation Corymbo souhaiteraient voire être encouragés, seront soutenus. Les critères actuels de soutien sont toutefois publiés sur le site web.

De même, un grand merci à Franca Hirt pour la mise en page. Enfin, nous sommes aussi très reconnaissantes envers les personnes ayant procédé à la relecture attentive du rapport en y apportant leurs remarques critiques.

Les cas décrits ont été documentés par les trois Observatoires

Observatoires suisse du droit d'asile et des étrangers

www.odae-suisse.ch

Observatoire du droit d'asile et des étrangers de Suisse orientale

www.beobachtungsstelle-rds.ch

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers

www.odae-romand.ch

Avant-propos

Le 24 septembre 2006, une majorité du peuple suisse a dit Oui aux durcissements du droit d'asile et des étrangers. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant a déjà averti à cette époque qu'en raison de ce vote, la protection des enfants ne pourrait plus être garantie dans tous les cas. Le rapport du Réseau des droits de l'enfant publié en 2009 a montré qu'en effet les craintes exprimées s'étaient avérées fondées. Certes, la conscience de l'importance des droits de l'enfant est mieux marquée. Sur cette base, des offres ont été réellement développées et il existe des idées de projets pour mieux protéger les enfants dans les procédures. Mais bien des mesures restent en plan ou sont lacunaires.

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant marque un tournant dans l'histoire des droits humains. Ce fut la première fois qu'on a inscrit en même temps des droits politiques et des droits sociaux dans un document contraignant de droit international public. La convention repose sur une approche historiquement moderne de la notion d'enfance. Les enfants sont largement considérés comme des sujets de droit à part entière et non plus comme des êtres immatures livrés au pouvoir de disposition des adultes. Avec la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, ils ont des droits propres qui leur sont attribués. En font partie notamment le droit d'être protégés contre la violence de toute nature, le droit de participer aux décisions qui les concernent et le droit à la formation et à la sécurité sociale.

Le droit d'asile et des étrangers actuellement en vigueur ne tient qu'insuffisamment compte des droits de l'enfant. Comme le montre clairement le présent rapport spécialisé, les intérêts de la politique migratoire sont considérés comme plus importants que ceux des plus faibles dans notre société. La pratique révèle que l'application de ces lois réduit les chances d'un enfant de se développer dans un environnement digne et profitable. Dans certains cas, le bien de l'enfant est même totalement ignoré au point que les enfants sont largement privés de l'aide et du soutien nécessaires.

Un débat approfondi sur les droits de l'enfant dans le droit d'asile et des étrangers est indispensable. La création d'un centre spécialisé de coordination à l'échelon fédéral serait un premier pas en vue de la connexion des divers acteurs étatiques et privés. Cela permettrait de rassembler savoir et expériences afin de les rendre visibles pour les autres et de développer une mise en œuvre efficace de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Car la force d'une société se mesure surtout à la manière de traiter ses enfants et leurs droits.

Jacqueline Fehr

Présidente de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant

Conseillère nationale PS

Table des matières

1	Introduction	5
2	Séparation des familles	6
	2.1 Renvoi d'un des parents	6
	2.2 Problématique du regroupement familial	9
3	Renvoi d'enfants et de jeunes...	12
	3.1 ...en raison d'une décision négative sur la demande d'asile par leurs parents	12
	3.2 ...qui vivent depuis longtemps en Suisse	13
4	Enfants et jeunes...	16
	4.1 ...à l'aide d'urgence	16
	4.2 ...en tant que requérants d'asile mineurs non accompagnés	18
	4.3 ...en tant que sans-papiers	20
	4.4 ...en tant qu'apatrides	24
5	Résumé et revendications	25
6	Annexes	27

1 Introduction

« Dans leurs petits mondes où les enfants mènent leur existence... il n'y a rien qui ne soit perçu aussi justement et ressenti aussi justement que l'injustice »

Charles Dickens

En août 2009, l'Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers a publié un rapport sur les « Droits de l'enfant et l'application des lois suisses sur les migrants ». Quatre ans après, une mise à jour s'avère nécessaire en raison des nouveaux durcissements des lois survenus dans l'intervalle dans le droit d'asile et des étrangers. La plupart du temps, les enfants et les jeunes n'ont guère la possibilité de participer à la décision de quitter leur pays d'origine. Il s'agit de tenir compte de cette situation spéciale. En ratifiant la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) en 1997, la Suisse s'est engagée à donner à l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale.¹ La convention exige notamment des Etats parties qu'ils respectent le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents.² Les cas documentés par l'Observatoire suisse et les observatoires de Suisse orientale et de Suisse romande montrent clairement que, dans l'application des lois sur l'asile et sur les étrangers, les principes de la Convention relative aux droits de l'enfant sont souvent ignorés. Certes, la Suisse a formulé diverses réserves lors de la ratification de la convention, par exemple en ce qui concerne le regroupement familial. Toutefois, le présent rapport met en lumière certaines difficultés auxquelles sont confrontés les enfants et les jeunes dans l'application des lois sur l'asile et sur les étrangers. Il présente des cas où leurs droits sont bafoués et où leurs besoins pourtant protégés par le droit supérieur sont relégués après la politique restrictive de l'immigration.

¹ Art. 3 CDE.

² Art. 9, al. 3, CDE.

2 Séparation des familles

Un des principaux problèmes en matière de droits de l'enfant concerne le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des contacts avec ses deux parents. En effet, il arrive fréquemment que des mères ou des pères soient renvoyés de la Suisse en y laissant leur enfant. Cela constitue une violation du droit de l'enfant dans ses rapports avec ses deux parents.³ De la même manière, les familles sont également séparées lorsque les enfants ne sont pas autorisés à venir en Suisse, parce que le regroupement familial n'est pas autorisé. Soit, parce que les délais très stricts et très courts pour les enfants de plus de 12 ans n'ont pas été respectés, soit parce que l'existence de raisons familiales majeures n'est pas reconnue.

2.1 Renvoi d'un des parents

Il est fréquent que des mères ou des pères de famille soient renvoyés de la Suisse et retrouvent ainsi séparés de leurs enfants. Dans d'autres cas les pères étrangers ou les mères étrangères sont renvoyés de la Suisse avec leurs enfants.⁴ Il existe souvent une communauté familiale en Suisse alors même que les parents ne sont pas mariés ou sont séparés. Même si les préparatifs du mariage sont en cours, ils ne sont pas forcément pris en considération et un des fiancés doit partir – avec la conséquence que le mariage est empêché et que la relation des enfants avec un des parents cesse abruptement. Dans certains cas, cela nuit également à la reconnaissance de la paternité au sens du droit de l'état civil. Parfois, des pères de famille sont renvoyés parce que leur demande d'asile a été rejetée – bien qu'entre-temps, ils aient vécu dans une relation de couple en Suisse et aient eu des enfants. Les autorités estiment souvent qu'il est suffisant qu'un parent puisse rendre visite tous les quelques mois à ses enfants avec un visa de courte durée et sauvegarder ainsi son droit de visite. Un autre argument des autorités porte sur les moyens actuels de communication. Avec skype, les sms etc., il devrait être possible au parent éloigné de garder un contact étroit avec son enfant. Ces arguments ne tiennent toutefois pas compte du fait que les salaires dans les autres pays ne correspondent pas au même niveau des salaires en Suisse. Souvent, le parent éloigné n'a pas les moyens financiers de faire le voyage plusieurs fois par année. De même, il est difficile, avec un bas salaire, de soutenir la famille restée en Suisse et de verser des contributions d'entretien. Cela peut alors entraîner des difficultés financières au parent élevant seul les enfants qui reste en Suisse.⁵

³ Art. 9, al. 3, CDE.

⁴ Chapitre 3.1.

⁵ Cas 194, documenté par l'ODAE-Suisse.

Ce qui frappe à la lecture des nombreux cas documentés, c'est que l'autorisation de séjour du partenaire étranger est souvent liée à l'existence d'une précédente communauté conjugale. Lorsque celle-ci est rompue, l'intéressé-e ne peut plus rester en Suisse. Cela, même s'il ou elle a des enfants en Suisse, entretient une relation avec eux et vit à nouveau en couple.⁶

Cas 41⁷ *le Marocain « Abbas » est marié avec une Suissesse. C'est un mariage difficile. Alors que c'est principalement lui qui s'occupe de leur fils commun pendant les premiers mois, il reçoit un droit de visite après la séparation. L'épouse essaie sans cesse de l'empêcher d'exercer ce droit. Après le divorce en 2007, elle va jusqu'à faire recours. Pourtant, le tribunal de district confirme la réglementation du droit de visite. Dès septembre 2007, « Abbas » doit se faire traiter pendant dix semaines dans une clinique psychiatrique parce qu'il est très affecté par la lutte constante avec sa femme et par le retrait de son autorisation de séjour. Il est transféré directement de la clinique dans un lieu de détention en vue du refoulement. Cette détention est prolongée deux fois, puis il est placé en détention pour insoumission. Après 19 mois de détention, « Abbas » tente de faire valoir son droit de visite, ce qui est extrêmement difficile dans ces circonstances. Il y parvient cependant et, après presque deux ans, revoit son enfant. Celui-ci le reconnaît tout de suite, se serre contre lui et apprécie sa compagnie. Néanmoins, on lui impute les difficultés concernant le droit de visite provoquées par son épouse et l'Etat suisse. On lui oppose l'argument qu'il n'a pas un lien suffisamment intense avec son fils et qu'il doit quitter la Suisse.*

Dans son arrêt de principe du 27 mars 2009 publié aux ATF 135 I 153, le Tribunal fédéral a jugé « qu'il faut en règle générale partir de l'idée qu'on ne saurait raisonnablement exiger de l'enfant suisse qu'il suive le parent qui a le droit de garde dans son pays d'origine » [trad.]. Dans cet arrêt, était en cause la prolongation de l'autorisation de séjour d'une mère turque avec sa fillette suisse de trois ans et demi. Au cas où cette prolongation était refusée pour la mère, la fille aurait dû partir en Turquie avec elle. Le Tribunal fédéral a jugé que si l'enfant devait quitter la Suisse cela porterait atteinte à la liberté d'établissement découlant de sa nationalité suisse. Cela explique l'interdiction de l'expulsion des ressortissant-e-s suisses. C'est pourquoi, la mère turque a obtenu de pouvoir rester en Suisse en raison de la nationalité suisse de sa fille. Pour les enfants au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement, ce principe du regroupement familial inversé ne s'applique pas.

⁶ Cas 40 et cas 55, documentés par l'Osservatorio Migrazioni Ticino.

⁷ Cas 41, documenté par le BAAO.

Cas 137⁸ « Yunus », ressortissant turc, a épousé une Suissesse avec laquelle il a une fille. Il a obtenu une autorisation de séjour qui n'a toutefois plus été prolongée après son divorce. Il est rentré en Turquie et a essayé deux fois en vain d'avoir un visa pour rendre visite à sa fille suisse. Après un deuxième divorce, « Yunus » est venu illégalement en Suisse pour y travailler. Une année plus tard, il a déposé une demande de regroupement familial inversé en raison de sa fille alors âgée de douze ans. Cette demande a été acceptée par le canton, mais pas par l'ODM ni par le Tribunal administratif fédéral. Ces deux dernières autorités ont considéré que « Yunus » n'avait pas un lien suffisamment étroit avec sa fille et qu'il pouvait le maintenir également avec des moyens de communication modernes. Et cela bien que l'office cantonal de la jeunesse ait confirmé que, pour la fille, son père était la seule personne de référence stable.

De nos jours, il n'est plus exceptionnel que des couples aient des enfants sans être mariés. Il n'est pas non plus rare que l'un ou l'autre des parents voire les deux aient été mariés précédemment. Le cas de « Franziska » montre ce qui peut arriver à des couples qui s'aiment lorsque l'office des migrations interprète les lois de manière très stricte. Il révèle aussi que l'expulsion du partenaire place souvent la personne qui reste ici dans une situation problématique et difficile.

Cas 94⁹ avant de rencontrer « Franziska », « Aleeke » avait déjà été renvoyé deux fois de Suisse en Italie où la situation des requérants d'asile est très pénible. De son côté, « Franziska » avait aussi souffert. Son mari l'avait trompée, elle était malheureuse et ne restait avec lui que par amour pour leur fille. L'amour réciproque partagé avec « Aleeke » a été un bonheur pour les deux partenaires et ce bonheur a été amplifié par la naissance de leur fils commun. Toutefois, « Aleeke » a été arrêté pour séjour illégal et a été menacé d'un nouveau renvoi en Italie. Le recours interjeté au Tribunal administratif fédéral n'a entraîné que des difficultés financières pour « Franziska » sans aucun résultat positif. Le tribunal a rejeté le recours. Il n'a reconnu ni le droit d'« Aleeke », tiré de l'art. 8 CEDH, ni le droit de son fils à avoir un père. Il n'a pas non plus pris en compte la situation de « Franziska » qui en est réduite à se débrouiller seule avec deux enfants en bas âge après l'expulsion d'« Aleeke », qui ne peut pas aller travailler et qui a ainsi besoin du soutien financier de l'Etat.

Toujours plus de couples sont confrontés à de telles situations. L'amour n'est pas un motif juridiquement reconnu et n'est pas pris en considération dans les décisions. En plus, une reconnaissance de paternité n'est possible que si le mari officiel a d'abord désavoué les droits qui lui sont automatiquement accordés sur l'enfant. Cette procédure dure trop longtemps pour des personnes comme « Aleeke » car la Suisse agit rapidement en matière de renvois. Les pères

⁸ Cas 137, documenté par l'ODAE romand. 137, documenté par ODAE romand.

⁹ Cas 194, documenté par l'ODAE-Suisse.

sont renvoyés du pays avant le désaveu, respectivement la reconnaissance de la paternité. Ils sont ainsi empêchés de construire et de vivre une relation avec leurs enfants et la mère de ces derniers. De son côté, le fils d'« Aleeke » est atteint dans son droit d'entretenir des relations avec ses deux parents.¹⁰ Le 16 avril 2013, la Cour européenne des droits de l'homme (Cedh) a rendu un arrêt condamnant la Suisse pour violation de l'art. 8 CEDH. Un ressortissant nigérian est arrivé en Suisse en 2001 et y a déposé une demande d'asile qui a été rejetée. Sur ce, il a quitté la Suisse où il est revenu en 2003 pour épouser sa première femme suisse. Le couple a eu des jumeaux. Après leur séparation, il a fait la connaissance de son amie actuelle et a eu un enfant avec elle. Leur mariage est projeté. Son recours a été rejeté par le Tribunal fédéral, sur quoi il a saisi la Cedh. Selon les juges de Strasbourg, l'expulsion viole le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans son arrêt, la Cedh retient qu'il est d'un intérêt de rang supérieur que les enfants grandissent à proximité de leurs parents.¹¹

Les cas exposés ci-dessous montrent que les autorités suisses sont prêtes à accepter que des familles soient séparées pour que la politique migratoire restrictive puisse se réaliser. Une telle pratique, à savoir la non prolongation d'une autorisation de séjour et le renvoi de Suisse ou le refus d'un visa de visiteur empêchent les pères concernés d'avoir des liens avec leurs enfants. Selon la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), dans leurs décisions les autorités doivent cependant tenir compte en toute priorité de l'intérêt de l'enfant.¹² En ratifiant cette convention, la Suisse s'est engagée à respecter le droit de l'enfant de pouvoir entretenir des relations personnelles régulières et des contacts directs avec chacun de ses deux parents.¹³

2.2 Problématique du regroupement familial

La non uniformité des délais de regroupement des enfants d'âges différents entraîne souvent des problèmes et engendre des situations qui vont l'encontre du bien de l'enfant. En principe, le délai est de cinq ans. Toutefois, si l'enfant est âgé de plus de douze ans, il est réduit à douze mois.¹⁴ Cela peut conduire à une séparation des frères et sœurs ou donner lieu à d'autres situations intolérables pour les enfants.¹⁵ Dans son Message concernant la CDE, le Conseil fédéral a exposé que l'art. 10, al. 1, CDE n'accordait ni à l'enfant ni aux parents un droit au regroupement familial pouvant être déduit en justice.¹⁶ Lors de la ratification de la convention, la Suisse y a ap-

¹⁰ Art. 9, al. 3, CDE.

¹¹ Udeh c. Suisse, no 12020/09 du 16 avril 2013. L'arrêt est encore susceptible de recours par la Suisse à la Haute Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (24.04.2013).

¹² Art. 8, al. 1, CDE.

¹³ Art. 9, al. 3, CDE.

¹⁴ Art. 47, al. 1, LEtr en lien avec l'art. 73, al. 1, OASA.

¹⁵ Voir à ce sujet, Observatoires, Rapport spécialisé sur le regroupement familial et le droit à la vie de famille, 2012.

¹⁶ FF 1994 V 35. Confirmé par l'ATF 124 II 361, consid. 3b, 367.

porté la réserve que sa législation n'accorde pas le regroupement familial à certaines catégories d'étrangers.¹⁷ Cette position conduit dans la pratique à de très graves situations inhumaines.¹⁸ Pourtant, même des cas qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de cette réserve restent problématiques parce que les délais sont interprétés de manière trop étroite et que l'intérêt de l'enfant est trop peu pris en considération.

Un regroupement des enfants peut également être autorisé après l'expiration des délais pour des raisons familiales majeures. De telles raisons existent lorsque le bien de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement familial en Suisse.¹⁹ On ne trouve cependant nulle part une précision de cette phrase. En principe, le regroupement après l'expiration du délai est une exception. Néanmoins, le Tribunal fédéral a considéré de manière déjà explicite que les délais du regroupement familial doivent être interprétés de manière à ce qu'ils soient compatibles avec le droit fondamental du respect de la vie de famille au sens de l'art. 13 Cst et de l'art. 8 CEDH.²⁰ Les exemples qui suivent expliquent ce que signifie dans la pratique que le délai pour le regroupement familial des enfants ait déjà expiré et que des raisons familiales majeures ne soient pas reconnues bien que la poursuite du séjour dans le pays de provenance ne corresponde pas au bien de l'enfant.

Cas 143²¹ « Alesja » laisse sa fille handicapée temporairement sous la garde de ses parents âgés en Russie alors qu'elle épouse son ami en Suisse. Une grossesse à risques et des problèmes existentiels retardent le regroupement familial. L'office des migrations s'en tient toutefois aux courts délais et rejette la demande de regroupement familial. En effet, entre-temps, la fille d'« Alesja » a fêté son douzième anniversaire et le délai du regroupement a expiré. Ce n'est que sur recours que le Département compétent autorise le regroupement familial après coup.

Même des enfants ayant subi des abus sexuels dans leur pays d'origine n'ont pas le droit de rester en Suisse. Bien qu'ils aient ici une personne de référence et qu'ils assimilent leur pays d'origine à leur vécu traumatisant. Cependant, aussi bien les cas de handicap que ceux d'abus sexuels constituent des raisons familiales majeures. En effet, dans ces cas, le bien de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement en Suisse. Ces raisons doivent dès lors impérativement être prises en considération par les autorités.

¹⁷ Caroni/Meyer/Ott, Migrationsrecht, 63.

¹⁸ Exemples: cas 150 documenté par l'ODAE romand, cas 168 documenté par le BAAO et cas 162 documenté par l'ODAE-Suisse.

¹⁹ Art. 75 OASA.

²⁰ Exemple: ATF 2C_709/2010 du 25.02.2011, consid. 5.1.1.

²¹ Cas 143, documenté par le BAAO.

Cas 171²² « Adriele » a travaillé illégalement depuis 2004 en Suisse. Sa fille « Renata » était restée au Brésil. Deux ans plus tard, elle a rejoint sa mère en Suisse, mais de manière illégale, parce qu'elle avait été abusée sexuellement au Brésil. Après son arrivée en Suisse, « Renata » a pu aller à l'école et suivre une thérapie. En 2007, la mère et la fille ont été contrôlées par la police et ont été soudainement confrontées à leur renvoi de Suisse. Bien que le traumatisme subi par « Renata » ait été invoqué et que le retour au Brésil ait été considéré comme très problématique, la demande de retenir le cas de rigueur a été rejetée. Un recours est actuellement encore pendant.

Cas 160²³ « Maria » est arrivée en Suisse avec la conviction qu'elle pourrait y faire venir ses enfants peu de temps après de l'Equateur. Elle est toutefois restée longtemps financièrement dépendante de son mari qui s'opposait à son souhait. Elle se rendait compte que la garde des enfants se dégradait et que les enfants souffraient de leur séparation. Elle entreprit alors d'améliorer sa situation financière aussi vite que possible, trouva un emploi d'aide de cuisine et réussit à force de travail à devenir cheffe de cuisine. Lorsqu'elle parvint enfin à réunir toutes les conditions fixées à l'art. 44 LEtr, elle déposa une demande de regroupement familial pour ses deux enfants. Cela eut cependant lieu plus de douze mois après son arrivée. Dès lors, le délai applicable à l'aînée « Carolina » était expiré²⁴ et seul le cadet « Marco » a reçu l'autorisation de venir en Suisse. Bien que plusieurs membres de la parenté aient confirmé le caractère préoccupant de la situation de « Carolina » en Equateur et que les frères et sœur aient été très étroitement liés, les autorités de recours ont considéré qu'il n'y avait pas de motif d'approuver, après l'expiration du délai, un regroupement de « Carolina » pour des raisons familiales majeures.²⁵

La séparation des frères et sœurs en raison d'un regroupement familial n'est pas conciliable avec le droit à la vie de famille. Le non respect du délai de regroupement doit jouer un rôle secondaire lorsqu'il a pour effet de séparer des frères et sœurs dans le regroupement familial et le maintien de la communauté de vie des frères et sœurs doit être reconnu comme étant une raison familiale majeure.

²² Cas 171, documenté par l'ODAE romand.

²³ Cas 160, documenté par l'ODAE-Suisse.

²⁴ Art. 47, al. 1, LEtr en lien avec l'art. 73, al. 1, OASA.

²⁵ Art. 47, al. 4, LEtr en lien avec l'art. 73, al. 3, OASA.

3 Renvoi d'enfants et de jeunes...

3.1 ... en raison d'une décision négative sur la demande d'asile par leurs parents

Lorsque pour leur survie des parents fuient leur pays d'origine avec leurs enfants pour trouver protection dans un autre pays, les enfants n'ont souvent pas de droit de codécision. La confrontation à la fuite, à un nouvel environnement de vie, et à la nouvelle langue représente un défi physique et psychique pour les enfants et les jeunes. Ils doivent trouver de nouveaux amis, s'intégrer et ensuite tout redevient autrement. Lorsque la famille reçoit une décision négative sur l'asile, les enfants se retrouvent de nouveau confronter à une nouvelle situation. Cet élément doit impérativement être pris en considération dans la procédure d'asile.

***Cas 134**²⁶ « Helena » fuit l'Arménie avec ses enfants « Simon » et « Anna » et se rend en Suisse, en passant par la Pologne, pour y demander l'asile notamment parce que ses enfants sont gravement malades et parce qu'une très proche tante vit ici. En raison d'une saisie dans le système Eurodac en Pologne, l'ODM prononce une décision de non-entrée en matière. « Helena » en prend connaissance le jour de son expulsion. Malgré une réaction immédiate du Tribunal administratif fédéral en vue de stopper l'expulsion, la famille est renvoyée de la Suisse. En Pologne, elle se retrouve dans la rue et sans aucun soutien. La fillette doit être conduite à l'hôpital. Le Tribunal administratif décide que la famille doit être ramenée en Suisse parce que l'ODM doit encore examiner si les enfants disposent de soins médicaux en suffisance en Pologne. La mère craque psychologiquement. L'ODM rend une deuxième décision de non-entrée en matière sans tenir compte de la situation psychique d'« Helena » et sans examiner la question du bien des enfants. Une demande de reconsidération est également rejetée.*

Ce cas montre, à titre d'exemple, combien il est important que le bien de l'enfant fasse impérativement partie de l'examen auquel doivent procéder les autorités. Les enfants d'« Helena » fuient avec leur mère en Suisse en passant par la Pologne et sont renvoyés dans ce dernier pays. Puis, ils sont ramenés en Suisse pour y apprendre qu'ils ne peuvent tout de même pas y rester. Une telle situation inhumaine est déjà difficile pour des adultes. Comment alors doit-elle être comprise par un enfant et comment peut-il s'en accommoder ? Le cas de « Lynn » et de son fils « Marc » met également cette question en lumière.

²⁶ Cas 134, documenté par le BAAO.

Cas 106²⁷ « Lynn » est venue du Congo en Suisse en 2004 et y a déposé une demande d'asile qui a toutefois été rejetée par l'ODM. L'année suivante, elle a donné naissance à son fils. Bien que la Commission de recours en matière d'asile ait dit en 2004 que le renvoi de personnes avec des enfants en bas âge n'était pas raisonnablement exigible et que cette jurisprudence ait été confirmée en 2009 par le Tribunal administratif fédéral, la tentative de « Lynn » de légaliser son statut de séjour et celui de son fils a échoué. Depuis lors, « Lynn » et « Marc » vivent en Suisse sans autorisation de séjour valable. Entre 2007 et 2009, « Lynn » a été condamnée plusieurs fois à des peines privatives de liberté de plusieurs semaines pour séjour illégal et infraction à la LSEE. En outre, elle a été condamnée plusieurs fois à des peines d'amende pendant son séjour pour avoir conduit un véhicule sans permis valable. Comme elle a vécu de l'aide sociale de 2005 à 2008, puis de l'aide d'urgence depuis 2009, ses moyens financiers étaient très limités et ne lui permettaient pas de payer ses amendes. Celles-ci ont alors été converties en peines privatives de liberté de substitution. En 2008, elle a passé cinq mois en prison pour ce motif. Comme « Marc » n'avait que trois ans à cette époque, il a pu accompagner sa mère et tous deux se sont retrouvés dans le groupe mère-enfant de la prison. En raison d'un incident à la prison, « Lynn » a dû être emmenée à l'Hôpital de l'île. Pendant la durée de l'hospitalisation, « Marc » n'a pas pu rester avec sa mère et a été placé à l'extérieur. Cette période a été psychologiquement très accablante aussi bien pour la mère que pour l'enfant. Maintenant, « Lynn » devrait retourner plusieurs mois en prison pour séjour illégal et amendes impayées. Cette fois, elle ne pourra pas y emmener « Marc » parce qu'il est désormais âgé de plus de trois ans. Son fils sera donc placé pendant la détention de sa mère.

Vivre avec l'aide d'urgence est déjà assez grave en soi pour un enfant. Pourtant, « Marc » passe en plus du temps en prison, fait l'objet d'un placement, retourne chez sa mère pour être ensuite à nouveau placé, et tout cela alors qu'il n'est qu'un petit enfant. Une telle pratique d'allées et venues est contraire au bien de l'enfant. La situation des enfants comme « Marc » doit dès lors être également prise en considération par les autorités.

3.2 ... qui vivent depuis longtemps en Suisse

Indépendamment d'une durée minimale de présence en Suisse, la loi sur les étrangers prévoit la possibilité d'accorder une autorisation de séjour également à des personnes qui y séjournent sans autorisation, à la condition qu'il s'agisse d'un cas individuel d'extrême gravité.²⁸ Lors de l'examen d'une demande en reconnaissance d'un cas de rigueur, il est tenu compte d'une série de critères dont l'intégration de la personne concernée, sa situation familiale, en particulier la scolarisation des enfants et la durée de leur scolarité, la durée de la présence en Suisse et la

²⁷ Cas 106, documenté par l'ODAE-Suisse.

²⁸ Art. 30, al. 1, let. b, LEtr.

possibilité d'une réintégration dans le pays d'origine. Même si les critères sont remplis, il n'existe pas un droit à une autorisation pour cas de rigueur.

Cas 184²⁹ « Carmen » est venue en Suisse en 1995 et y a obtenu une autorisation de courte durée. En 2002, elle a épousé son ami suisse et a reçu une autorisation de séjour. Un an plus tard, elle a fait venir sa fille « Vanessa » de seize ans chez elle en Suisse. En 2006, elle s'est séparée de son mari en raison de violences conjugales. Les autorités ont alors refusé de prolonger son autorisation de séjour. En 2007, « Carmen » s'est remariée avec un Suisse dont elle s'est séparée deux ans plus tard également en raison de violences domestiques. En 2011, les autorités ont derechef refusé la prolongation de son autorisation de séjour. Elle a recouru contre cette décision au tribunal cantonal et a expliqué que sa fille « Vanessa » avait passé les années les plus importantes de sa vie en Suisse et qu'elle se trouvait alors en procédure de naturalisation. Néanmoins, les autorités ont refusé l'octroi d'une autorisation de séjour basée sur la violence domestique subie.³⁰ En raison de l'absence d'autonomie financière de « Carmen », sa demande en reconnaissance d'un cas de rigueur a également été rejetée.

Dans ce cas d'espèce, la mère de « Vanessa » a subi le double échec de se voir refuser d'une part la prolongation de son autorisation de séjour basée sur la violence domestique et d'autre part l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur. Par conséquent, sa fille « Vanessa » doit quitter la Suisse bien qu'elle y soit enracinée, qu'elle ait suivi l'école pendant presque neuf ans en Suisse, qu'elle y ait trouvé un cercle d'amis et qu'elle soit bien intégrée.

Non seulement la loi sur les étrangers, mais aussi la loi sur l'asile prévoient, à certaines conditions, la possibilité d'obtenir une autorisation de séjour.³¹ La personne concernée doit avoir séjourné en Suisse au moins cinq années depuis le dépôt de sa demande d'asile, son lieu de résidence doit avoir toujours été connu des autorités et, en raison de son intégration avancée, il doit s'agir d'un cas individuel d'extrême gravité. Mais ici aussi, il n'existe pas un droit à l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur. Chaque canton a une pratique différente en la matière.

Cas 94³² En 1994, un couple algérien est arrivé en Suisse et y a déposé une demande d'asile qui a été rejetée. Le couple ne peut toutefois pas être expulsé faute de papiers d'identité. Il reste en Suisse et y donne naissance à quatre enfants. La famille vit de l'aide sociale car les parents n'ont pas le droit de travailler. Lorsque la loi sur l'asile révisée entre en vigueur en 2008, ils sont exclus de l'aide sociale et ne touchent plus que l'aide d'ur-

²⁹ Cas 184, documenté par l'ODAE romand.

³⁰ Voir à ce sujet, ODAE-Suisse, migrantes victimes de violence, 2011.

³¹ Art. 14, al. 2, LAsi.

³² Cas 94, documenté par l'ODAE-Suisse.

gence, ce qui les contraint à se rendre dans un centre de réfugiés. En 2007, la famille demande l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur. Bien que tous les enfants soient nés en Suisse, que les trois aînés y suivent l'école et que le premier ait désormais 14 ans, la demande est refusée pour le motif que le père serait devenu délinquant et qu'il ferait l'objet de poursuites pour dettes. L'autorité compétente ne tient pas du tout compte du fait que les enfants n'ont jamais été dans le pays d'origine de leurs parents, et qu'ils parlent mieux l'allemand, que l'arabe et qu'ils ne parlent pas du tout la langue officielle française. L'office des migrations n'entre pas en matière sur une demande de reconsidération parce qu'elle estime que cette demande ne présente pas d'éléments nouveaux pertinents.

Cas 173³³ « Miranda » est venue du Kosovo en Suisse en 1999 avec ses parents et ses frères et sœurs et la famille y a déposé une demande d'asile. Celle-ci a été rejetée, mais la famille a été mise au bénéfice d'une admission provisoire. En 2007, cette mesure a été levée par les autorités cantonales. « Miranda » avait 16 ans à cette époque et elle s'est vue confrontée à devoir quitter la Suisse. Avec sa mère et ses frères et sœurs, elle est passée dans la clandestinité, mais, en 2009, sa mère et ses frères et sœurs ont été appréhendés par la police et expulsés. « Miranda » est alors restée en Suisse sans sa famille. En 2010, elle a suivi sa dixième année d'école avant de se trouver en préapprentissage dans une crèche. Malgré une peur constante d'être découverte par les autorités, elle a présenté une demande visant à l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur.³⁴ Cette demande a été rejetée. « Miranda » a dû partir pour déposer depuis son pays une nouvelle demande pour cas de rigueur. Cette deuxième demande a alors été admise par l'ODM.

Dans les trois cas, les enfants sont à la maison en Suisse. Ils y ont leurs amis et parlent parfois même mieux la langue d'ici que celle de leur pays d'origine. « Vanessa » a suivi neuf ans d'école en Suisse. Les enfants dont les parents sont venus d'Algérie sont nés ici et ne connaissent aucune autre patrie que la Suisse. « Miranda » avait même eu la possibilité de suivre une formation en préapprentissage et elle peut compter sur un avenir professionnel en Suisse. Il lui est demandé de quitter la Suisse, de faire un voyage coûteux et pénible, de présenter une nouvelle requête depuis l'étranger pour qu'en fin de compte, elle ait le droit de revenir en Suisse. Dans aucun des cas, les enfants n'ont participé à la décision de quitter leur pays de provenance. La même problématique se présente également lors du renvoi et lors du refus de l'autorisation pour cas de rigueur. Selon la CDE,³⁵ les autorités doivent pourtant tenir compte en toute priorité du bien de l'enfant.

³³ Cas 173, documenté par l'ODAE-Suisse.

³⁴ Art. 14, al. 2, LAsi.

³⁵ Art. 3, al. 1, CDE.

4 Enfants et jeunes...

4.1 ...à l'aide d'urgence

« (...) C'est difficile surtout pendant la période d'été. L'année dernière, j'ai dit à la commune : »
 « S'il vous plaît, donnez-moi un billet d'entrée à la piscine pour ma fille ». Personne ne m'a entendue. Une vieille dame qui vit dans un village m'aide parfois. Et je peux acheter pour ma fille une entrée à la piscine pour trois francs. Parce que la commune donne quatre francs par jour pour elle (rire). (...). »³⁶

Les requérants d'asile déboutés ou les personnes frappées d'une décision de non-entrée en matière qui ne quittent pas la Suisse sont exclus de l'aide sociale. Ils ne reçoivent jusqu'à leur départ (volontaire ou forcé) que l'aide d'urgence car, selon l'art. 12 Cst, ils ont encore « le droit d'être aidés et assistés et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». Ce sont les cantons qui sont compétents en matière d'aide d'urgence. En 2011, il y avait 10 166 personnes touchant l'aide d'urgence en Suisse, dont environ le 15% de moins de 18 ans.³⁷

Cette aide d'urgence ancrée dans la constitution est censée être une aide de transition. Pourtant, de nombreuses personnes, dont des familles avec enfants, en vivent depuis des années. Elle est donc devenue un régime permanent pour ces personnes. Pour les familles, le simple besoin d'assurer leur entretien représente souvent une difficulté insurmontable. Il leur manque souvent les moyens nécessaires pour nourrir sainement ou vêtir les enfants. Sans parler des dépenses pour des excursions scolaires ou, comme relevé ci-dessus, pour des entrées à la piscine. En effet, l'entretien doit être assuré avec en moyenne huit francs par jour.

Cas 101³⁸ « Alina » est venue d'Ethiopie en Suisse et y a déposé une demande d'asile qui a été rejetée. L'année suivante, elle a donné naissance à son fils « David ». Comme elle se trouve en Suisse sans autorisation de séjour valable depuis la décision négative sur sa demande d'asile, elle a été exclue de l'aide sociale avec son fils. Ils vivent dans un centre fournissant des prestations en nature. « Alina » reçoit 54 francs par semaine pour elle et son fils (6 francs par jour et par personne) pour acheter à manger et à satisfaire ses besoins courants dans le magasin du centre. Ce montant est censé couvrir également notamment les frais pour l'achat de couches et d'aliments spéciaux pour bébés pour son fils qui a encore moins de deux ans. Le magasin n'est ouvert que deux fois par semaine et

³⁶ Solidaritätsnetz Ostschweiz/Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz (éd.), Das hier ... ist mein ganzes Leben, éd. Limmat, Zurich 2012, page 94.

³⁷ Information sous:
bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/sozialhilfe/ab-2008/ber-monitoring-2011-d.pdf
 (11.03.2012).

³⁸ Cas 101, documenté par l'ODAE-Suisse.

elle doit à chaque fois faire des achats pour les trois ou quatre jours à venir. Elle ne touche pas d'argent comptant. Pour l'achat de vêtements adaptés aux saisons, elle reçoit deux fois par année un bon. L'assurance maladie est depuis longtemps résiliée. « Alina » et « David » n'ont plus droit qu'à des prestations médicales d'urgence. S'ils veulent ou doivent aller chez le médecin, « Alina » a besoin de l'accord d'une collaboratrice ou d'un collaborateur du centre, faute de quoi le canton ne prend pas en charge les frais.

Selon l'art. 11, al. 1, Cst, « les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. L'art. 27 CDE prévoit en outre que les Etats parties « reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ». Pour les enfants et les jeunes résidant dans des structures de l'aide d'urgence, un développement approprié n'est pas possible car la situation dans laquelle ils doivent vivre ne correspond aucunement à un niveau de vie suffisant au sens des droits de l'enfant.

Cas 121³⁹ « Farid » vient d'Afghanistan avec son fils « Arian » et demande l'asile en Suisse par crainte d'une querelle de famille qu'il a déclenchée sans s'en rendre compte. L'ODM ne le croit pas et rejette sa demande d'asile. Au début, « Farid » et son fils peuvent attendre l'issue de la demande d'asile dans une commune, mais ils sont ensuite transférés dans les baraquements d'un lieu d'hébergement de l'aide d'urgence. Le séjour y est très pénible pour le garçon de onze ans. Il n'y a pas d'autres enfants de son âge. Il vit les tensions entre les bénéficiaires de l'aide d'urgence et les descentes de police. Il a peur, même la nuit. A l'école, il n'arrive guère à se concentrer. Il doit refaire son année bien qu'il ait été un excellent élève dans son pays d'origine. Néanmoins, les services sociaux zurichois continuent d'exiger d'« Arian » qu'il reste dans un lieu d'hébergement de l'aide d'urgence et refusent son retour dans la structure communale en invoquant des motifs en partie dénués de sensibilité et cyniques.

L'exemple d'« Arian » montre en quoi l'hébergement d'enfants et de jeunes dans des centres de l'aide d'urgence normaux n'est ni adapté ni conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant. Le but de l'aide d'urgence est d'amener les requérants déboutés à quitter la Suisse. Les enfants et les jeunes ne partiront cependant pas sans leurs parents. Le régime suisse de l'aide d'urgence contraint des enfants et des jeunes à vivre dans la précarité. Une participation à la vie sociale et le niveau de vie suffisant exigé par la Convention relative aux droits de l'enfant sont rendus impossibles⁴⁰ surtout lorsque, comme dans le cas suivant, il manque déjà de nourriture suffisante.

³⁹ Cas 121, documenté par le BAAO.

⁴⁰ Art. 27 CDE.

Cas 32⁴¹ Une famille de quatre personnes est venue de Turquie en Suisse en 2006 et y a déposé une demande d'asile. Après une décision de non-entrée en matière et le rejet du recours contre cette décision, la famille s'est retrouvée à l'aide d'urgence en février 2008. Elle a disposé de seulement 504 francs par mois pour se nourrir et acheter les produits d'hygiène nécessaires, sans moyens pour les communications et les déplacements, isolée dans le petit village d'Azmoos où elle n'avait aucun réseau social. La famille pouvait à peine s'offrir le lait, les fruits et les légumes nécessaires à une nourriture saine. Les vendredis, elle n'avait plus qu'un peu de pain, de beurre et de fromage pour passer le weekend jusqu'au lundi où elle recevait les 126 francs pour la semaine. Lorsque quelque chose de spécial arrivait de l'école, la question immédiate était avec quoi payer. Sans moyens dans le petit village, la famille était totalement isolée. Sans aide extérieure, elle ne pouvait pas survivre. Avec 504 francs par mois pour quatre personnes, il n'était pas possible d'assurer une nourriture de qualité aux enfants. A fin 2008, la famille a été expulsée.

En 2011 déjà, l'Observatoire suisse, de concert avec Solidarité sans frontières, Amnesty International et l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, a tiré la sonnette d'alarme et dénoncé la précarité de la situation des personnes à l'aide d'urgence.⁴² Plus de 20 000 signatures avaient été alors recueillies par une pétition qui exigeait une amélioration de la situation de ces personnes. Il y était demandé que le régime de l'aide d'urgence ne continue pas d'être soumis à de nouveaux durcissements mais soit fondamentalement repensé. Il y était aussi spécialement rappelé que les personnes particulièrement vulnérables comme les mineurs non accompagnés et les familles avec enfants ne doivent pas être exclues de l'aide sociale.⁴³ Les débats de 2012 sur la loi sur l'asile ont toutefois montré que la tendance était plutôt de vouloir durcir encore le régime de l'aide d'urgence. Il a même été discuté au parlement d'une extension de l'aide d'urgence à tous les requérants d'asile. Au vote final cependant, le parlement a rejeté une telle extension, mais l'aide sociale a été réduite pour les requérants d'asile.⁴⁴

4.2 ...en tant que requérants d'asile mineurs non accompagnés

La CDE oblige la Suisse notamment à traiter les enfants étrangers sans discrimination.⁴⁵ Dès lors, la Suisse doit prendre des mesures permettant aux enfants de bénéficier d'une protection humanitaire appropriée. Cette règle s'applique également pour les enfants requérants l'asile ou

⁴¹ Cas 32, documenté par le BAAO.

⁴² nothilfe-kampagne.ch (25.03.2013).

⁴³ Pétition de février 2011.

⁴⁴ Communication de humanrights.ch, Revision des Asylgesetzes: Parlament fällt weitere Entscheide (06.03.2013).

⁴⁵ Art. 2 CDE.

reconnus en tant que réfugiés.⁴⁶ La loi sur l'asile prévoit de son côté qu'il faut tenir compte de la situation spéciale des requérants d'asile mineurs non accompagnés.⁴⁷ Les mineurs non accompagnés sont des enfants ou des jeunes venus sans leurs parents et ne se trouvant pas non plus sous la responsabilité d'une personne adulte juridiquement désignée à cet effet. A l'inverse, un-e requérant-e d'asile mineur-e est accompagné-e lorsqu'un de ses parents au moins ou une personne chargée de son éducation se trouve en Suisse. Il faut relever que l'autorité parentale sur un-e requérant-e d'asile mineur-e n'appartient pas d'office à un frère ou une sœur adulte vivant en Suisse.⁴⁸

En 2011, sur les 22 551 personnes ayant demandé l'asile en Suisse, il y a eu 327 mineurs non accompagnés.⁴⁹ Leurs principaux pays de provenance étaient l'Afghanistan, l'Erythrée et la Tunisie. Il s'agit en majorité de garçons entre 15 et 18 ans.⁵⁰ Ceux de moins de 15 ans représentent environ le 16,7%.⁵¹

Il est souvent difficile de savoir si un requérant d'asile est effectivement mineur ou non. En effet, dans certains pays, les naissances ne sont pas toujours enregistrées.⁵² Lorsqu'une personne mineure qui demande l'asile ne parvient pas à documenter suffisamment son âge, on procède à des vérifications au moyen d'expertises médicales.⁵³ Cela se fait par exemple par des radiographies des os de la main. Toutefois, la scientificité de cette méthode est controversée et ses conclusions peuvent différer jusqu'à deux ans de l'âge réel. C'est pourquoi, il faut considérer cette méthode seulement comme une des possibilités de déterminer l'âge d'une personne.⁵⁴

Dans la procédure d'asile, le requérant mineur non accompagné est pourvu d'une personne de confiance pour l'accompagner et le soutenir. Des mesures tutélaires ne sont en général pas ordonnées, du moins en Suisse allemande. Dans la plupart des cantons, les requérants mineurs non accompagnés sont logés dans des centres collectifs avec les adultes. Ces centres ne sont pas adaptés aux enfants.⁵⁵ Certains cantons ont ainsi pris des mesures. Les cantons de Berne et de Lucerne ont mis en place certaines prestations. A Berne, par exemple, les requérants mi-

⁴⁶ Art. 22 CDE.

⁴⁷ Art. 17, al. 3, LAsi.

⁴⁸ Organisation suisse d'aide aux réfugiés (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, éd. Haupt Berne, 2009, 267 s.

⁴⁹ En 2010: 235 mineurs non accompagnés et en 2009, 427.

⁵⁰ 75,2% sont de sexe masculin et 24.8% de sexe féminin.

⁵¹ Informations sous: bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/statistik/asylstatistik/statistiken_uma/uma-2011-d.pdf (06.03.2013).

⁵² Informations sous: childinfo.org/birth_registration_tables.php (11.03.2013).

⁵³ Art. 26, al. 2bis, LAsi et art. 7, al. 1, OAsi1.

⁵⁴ Organisation suisse d'aide aux réfugiés (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 269 s..

⁵⁵ fluechtlingshilfe.ch/asytrecht/minderjaehrige (11.03.2013).

neurs non accompagnés se trouvant en procédure de première instance bénéficient d'une représentation juridique prise en charge par le service de consultation juridique bernois pour les personnes dans le besoin.⁵⁶

Concernant le renvoi, l'examen ne porte pas uniquement sur le danger éventuel de persécution en cas de retour mais aussi sur la mise en danger possible du bien de l'enfant en cas de renvoi. Il est donc important et urgent de procéder à des clarifications spéciales pour savoir si l'enfant peut rentrer chez ses parents et si ceux-ci sont en mesure de s'occuper de lui. Au moment de l'exécution du renvoi, il faut s'assurer que l'enfant sera accueilli par ses parents, par des tiers ou dans des institutions appropriées.⁵⁷

Cas 113⁵⁸ « Sofiany » a fui son pays en raison de graves problèmes de famille en 2009 et a demandé l'asile en Suisse. L'ODM a certes constaté qu'il était encore mineur, mais a considéré son histoire comme trop peu vraisemblable. Il a ainsi ordonné le renvoi de « Sofiany » sans vérifier s'il serait accueilli dans son pays de provenance. Le recours formé contre cette décision a été déclaré bien fondé par le Tribunal administratif fédéral.

4.3 ...en tant que sans-papiers

Les sans-papiers ne sont pas, comme peut le faire penser le langage courant, les personnes sans papiers d'identité ni celles qui détruisent leur passeport avant leur arrivée pour rendre impossible ou plus difficile leur rapatriement futur. Il s'agit au contraire des personnes qui séjournent dans un pays sans être au bénéfice d'un titre juridique de séjour. Selon une étude⁵⁹ que Claude Longchamp a publiée sur mandat de l'ODM, il y aurait environ 90 000⁶⁰ sans-papiers en Suisse, dont environ le 10% d'enfants. Il y a plusieurs situations où un enfant devient un sans-papiers. Certains naissent en Suisse de parents sans-papiers. D'autres suivent leurs parents en Suisse et ne reçoivent pas de titre de séjour. D'autres encore restent en Suisse avec leurs parents après l'expiration de l'autorisation de séjour. Dans les trois cas, les enfants ne portent aucune responsabilité de leur situation. Néanmoins, ils en subissent le plus durement les conséquences.

⁵⁶ Deuxième, troisième et quatrième rapports du gouvernement suisse sur la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, 20 juin 2012.

⁵⁷ Organisation suisse d'aide aux réfugiés (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 267 s..

⁵⁸ Cas 113, documenté par ODAE romand.

⁵⁹ LONGCHAMP/AEBERSOLD/ROUSSELOT/RATELBAND-PALLY, Sans-Papiers in der Schweiz - Arbeitsmarkt nicht Asylpolitik ist entscheiden, Berne 2005.

⁶⁰ D'autres articulent un nombre jusqu'à 250 000 sans-papiers vivant en Suisse. Voir sans-papiers.ch

Certains cantons n'inscrivent pas les nouveaux-nés dans le registre des naissances lorsque les parents étrangers ne peuvent pas prouver leur domicile et leur identité. Cela signifie pour l'enfant qu'il ne peut pas justifier de son identité. De même, il arrive parfois que les reconnaissances de paternité faites par des pères ne pouvant pas justifier de leur identité ne soient pas portées dans les registres de l'état civil. L'inscription se fait la plupart du temps seulement après un recours contre le refus préalable ou après la décision judiciaire positive sur la paternité. Cependant, l'inscription dans les registres de l'état civil est la condition de la reconnaissance juridique de l'identité d'une personne.⁶¹ Un refus d'inscription est contraire aux droits de l'enfant et met en doute son identité.⁶² L'office fédéral de l'état civil (OFEC) a édicté en octobre 2008 une directive et une circulaire pour atténuer ces deux problèmes. La circulaire retient que si les parents n'ont pas de documents d'identité, l'enfant « doit exceptionnellement être enregistré dans le registre de l'état civil avec des données incomplètes ». De même, ni « la reconnaissance déclarée à l'officier d'état civil ou au tribunal ni la constatation judiciaire de la paternité ne peuvent être refusées lorsque l'état civil du père ou par exemple son origine sont inconnus ou ne sont pas clarifiés ».⁶³ En outre, un domicile non défini ou le refus de présenter des documents concernant l'épouse étrangère ne permettent pas de refuser l'authentification de la paternité.⁶⁴

Souvent, la vie des jeunes sans-papiers est marquée par la peur et par la nécessité de se cacher. Ils ne doivent pas être découverts et ne peuvent amener aucun ami à la maison. Le fait d'aller à l'école, où ils peuvent sans souci être enfants et jouer avec leurs camarades, représente un changement bienfaisant. Toutefois, tout ne va pas toujours de soi comme le montre le cas de « Paula ».

Cas 95⁶⁵ « Paula », fillette de dix ans de Côte-d'Ivoire, vient en Suisse seule et sans papiers pour rejoindre sa mère « Amira ». Celle-ci est mariée à un ressortissant suisse, est au bénéfice d'un permis B et a un emploi fixe. « Amira » demande pour sa fille une autorisation de séjour dans le cadre du regroupement familial et une autorisation de suivre l'école dans une commune zurichoise. Ces deux requêtes sont immédiatement rejetées oralement. Le secrétariat de l'école refuse la scolarisation de « Paula » avec l'argument que la fillette n'a pas de permis de séjour. La police apprend la présence de « Paula » et la cherche au domicile de sa mère. Sans succès toutefois, car mère et fille se trouvent alors chez une parente à Zurich par peur d'une intervention policière. Leur absence temporaire

⁶¹ Caroni/Meyer/Ott, Migrationsrecht, 397 s..

⁶² Voir art. 6, al. 1, CDE.

⁶³ Directives de l'OFEC, n° 10.08.10.01 du 1er octobre 2008, Saisie des personnes étrangères dans le registre de l'état civil. Caroni/Meyer/Ott, Migrationsrecht, 397 s..

⁶⁴ Ibidem deux fois.

⁶⁵ Cas 95, documenté par le BAAO.

est interprétée sans hésitation comme un départ par la commune compétente bien que la mère ne se soit pas annoncée partante aux autorités. L'école et le service des migrations sont informés du départ supputé à tort. Pour l'école, la discussion autour d'une éventuelle scolarisation de « Paula » devient ainsi sans objet.

L'enseignement primaire doit être obligatoire et gratuit pour tout enfant.⁶⁶ C'est ce que commande la Convention relative aux droits de l'enfant. Du reste, l'enseignement primaire est également garanti par la constitution fédérale.⁶⁷ Les cantons doivent veiller à un enseignement obligatoire ouvert à tous les enfants.⁶⁸ Compte tenu de l'interdiction de toute discrimination dans la Convention relative aux droits de l'enfant,⁶⁹ le statut de séjour des enfants ne saurait jouer aucun rôle sur le plan de leur scolarisation.

Néanmoins, il peut y avoir des problèmes comme le montre l'exemple de « Paula ». Les autorités cherchent constamment de nouveaux moyens de réduire le nombre des sans-papiers en Suisse. Les interventions parlementaires foisonnent dans le même sens. Par exemple, pour l'introduction d'une obligation de s'annoncer aux autorités cantonales⁷⁰ ou d'avoir une pièce d'identité pour pouvoir s'inscrire dans une école.⁷¹ Toutefois, il faut ajouter que les enseignants ne sont pas soumis à une obligation de dénoncer et que les enfants sans-papiers peuvent ainsi fréquenter l'école sans problème et sans peur. Lorsque les parents surmontent leur peur et envoient leur enfant à l'école, les enseignants et les autorités scolaires ne savent souvent pas comment ils doivent se comporter dans une telle situation. Beaucoup d'entre eux pensent aider l'enfant en le signalant. Ou, comme pour « Paula », une scolarisation est même refusée. C'est pourquoi, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) a une fois encore mis en évidence l'interdiction de toute discrimination dans leurs recommandations de 1991 sur la scolarisation des enfants de langue étrangère.⁷² Elle a répété ses recommandations en réaction au projet du canton de Lucerne d'introduire une obligation des autorités scolaires de signaler tous les élèves sans-papiers au service des migrations. La CDIP a encore souligné l'importance du principe de l'interdiction de toute discrimination et relevé qu'une telle obligation de signaler serait contraire au droit à la formation ancré dans la Convention relative aux droits de l'enfant et dans la constitution fédérale. En outre, l'introduction d'une

⁶⁶ Art. 28, al. 1, let. a, CDE.

⁶⁷ Art. 19 Cst.

⁶⁸ Art. 62, al. 2, Cst.

⁶⁹ Art. 2 CDE.

⁷⁰ Tagesanzeiger-Online, Zürcher Regierungsrat ist gegen Meldepflicht von Sans-Papiers, 2 février 2012.

⁷¹ Motion Müller Guido sur l'introduction de justifier de son identité comme condition pour s'inscrire à l'école dans le canton de Lucerne, du 4 avril 2011 (M 859) [trad.].

⁷² Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, Recommandations sur la scolarisation des enfants de langue étrangère, du 24 octobre 1991.

telle obligation n'aurait des effets que peu de temps et ne ferait guère diminuer le nombre des sans-papiers. Par peur d'être découverts et renvoyés, les parents n'enverraient plus leurs enfants à l'école. Le droit des enfants à la formation serait alors compromis sans que le problème de la présence illégale ne soit pour autant résolu.⁷³ Après la fin de l'école obligatoire, il se pose un autre problème. En raison de leur présence illégale, les enfants et les jeunes sans-papiers n'ont souvent que la possibilité d'un travail au noir. Cependant, depuis le 1er janvier 2013, les jeunes sans-papiers ont le droit d'effectuer un apprentissage. Il faut toutefois qu'ils soient bien intégrés, qu'ils maîtrisent une langue nationale et qu'ils respectent l'ordre juridique suisse. Ils doivent aussi avoir fréquenté l'école obligatoire en Suisse pendant au moins cinq ans. Lors du dépôt de leur candidature, les personnes intéressées doivent justifier de leur identité. Dans les douze mois qui suivent la fin de la scolarité obligatoire, une demande d'octroi d'une autorisation de séjour peut être déposée. Ce délai est censé tenir compte de la difficulté de trouver une place d'apprentissage. Cette nouvelle réglementation, qui a son origine dans une motion Luc Barthassat au Conseil national, met fin à l'inégalité de traitement par rapport aux jeunes sans-papiers qui peuvent déjà aujourd'hui fréquenter un lycée ou une école supérieure.⁷⁴ Reste encore à voir comment elle sera appliquée dans la pratique.

La possibilité d'obtenir une autorisation de séjour pour les sans-papiers est réglée en Suisse par la clause des cas de rigueur.⁷⁵ Diverses organisations réclament pourtant une régularisation collective de sans-papiers en Suisse.⁷⁶ Des pays comme les Etats-Unis, l'Espagne et l'Italie y ont déjà procédé à plusieurs reprises. L'effet est que tous les sans-papiers qui en remplissaient les conditions prescrites ont reçu une autorisation de séjour.⁷⁷ En Suisse, des régularisations collectives au niveau national ou cantonal ont déjà plusieurs fois fait l'objet d'interventions parlementaires.⁷⁸

⁷³ CDIP, Principe de la scolarisation de tous les enfants à l'école obligatoire, lettre du 11 avril 2003.

⁷⁴ Office fédéral des migrations, communiqué aux médias, Depuis le 1er février 2013, les sans-papiers bien intégrés pourront effectuer un apprentissage, 7 décembre 2012.

⁷⁵ Art. 30, al. 2, let. b, LEtr et art. 14, al. 2, LAsi. A ce sujet, chapitre 3.2.

⁷⁶ Par exemple: Solidarité sans frontières et Collectif pour le droit de rester de Zurich.

⁷⁷ Caroni/Meyer/Ott, Migrationsrecht, 401.

⁷⁸ Par exemple: interpellation Hügli, Régulariser les sans-papiers dans le canton de Berne, 5 juin 2012.

4.4 ...en tant qu'apatrides

Selon l'art. 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, tout individu a droit à une nationalité. La nationalité ne doit pas être arbitrairement retirée et le droit de changer de nationalité ne doit pas être refusé. Selon le HCR, il y avait, en 2009, environ 6,6 millions de non-réfugiés dans 60 pays. Au niveau mondial, les apatrides seraient environ 12 millions. En Suisse, toujours en 2009, 67 personnes ont été reconnues en tant qu'apatrides. Les personnes qui se font ensuite naturaliser, ne sont plus comprises dans ces chiffres. Même les réfugiés apatrides reconnus non plus. Les apatrides vivant de manière durable en Suisse étaient au nombre de 305 en 2009.⁷⁹ Les apatrides sont souvent confrontés aux mêmes problèmes que les réfugiés. A ce sujet, la Suisse a ratifié la Convention relative au statut des apatrides de 1954. Les demandes de naturalisation présentées par les apatrides relèvent de la compétence de l'ODM. Le droit suisse sur l'acquisition et la perte de la nationalité⁸⁰ prévoit diverses mesures pour éviter l'apatridie des enfants :

- Selon l'art. 38, al. 3, Cst, la Confédération facilite la naturalisation des enfants apatrides.
- L'art. 30 de la loi sur la nationalité prévoit qu'un enfant apatride mineur peut déposer une demande de naturalisation facilitée lorsqu'il a vécu en tout cinq ans en Suisse, dont une année immédiatement avant le dépôt de sa demande.⁸¹

Il est en particulier problématique qu'en cas d'annulation de la naturalisation (obtention frauduleuse de la nationalité) l'on soit prêt à accepter qu'une personne devienne apatride. L'annulation s'étend à tous les membres de la famille dont la nationalité suisse se base sur la naturalisation déclarée nulle. A moins que cela ne soit expressément exclu.⁸²

Le remède pourrait être apporté par la ratification de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961.⁸³ Cette convention est le principal instrument pour éviter l'apatridie. Une ratification par la Suisse n'est toutefois actuellement pas encore prévue.⁸⁴

⁷⁹ Prodolliet Simone, Jede Person hat ein Recht auf Staatsangehörigkeit, Interview avec Susin Park, in: terra cognita 12/2012, 92 s..

⁸⁰ Le droit sur la nationalité fait actuellement l'objet d'une révision totale.

⁸¹ Informations sous: bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/buergerrecht/hb-bueg-kap5-d.pdf (13.03.2013).

⁸² Art. 41, al. 3, LN.

⁸³ unhcr.ch/fileadmin/rechtsinfos/staatenlosigkeit/staatenl-Uebereinkommen_Verminderung.pdf (18.03.2013).

⁸⁴ Postulat 05.3737, Adhésion à la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, déposé par Paul Günter, repris par Evi Allemann, 30.11.2005.

5 Résumé et revendications

Jusqu'au milieu du 20e siècle, des centaines de milliers d'enfants ont été engagés comme travailleurs en Suisse et la plupart du temps comme main-d'œuvre à bon marché. Jusqu'en 1972, des enfants des gens du voyage ont été arrachés à leurs parents et le contact avec leur famille leur a été empêché. Ce n'est que le 26 mars 1997 que la Convention relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur pour la Suisse. Auparavant, il y a eu un long débat musclé au parlement et, lors de la signature, la Suisse a émis diverses réserves. Le premier rapport du Conseil fédéral sur la mise en œuvre de la CDE a été rendu en 2002 seulement. Pourtant, selon la CDE, les Etats parties sont censés présenter un premier rapport sur l'état de la mise en œuvre de la convention après deux ans et un nouveau rapport tous les cinq ans.⁸⁵ Un deuxième rapport de la Suisse n'est toutefois paru qu'en 2012. En raison de ce retard, le Réseau suisse des droits de l'enfant a lui-même publié son deuxième rapport sur la mise en œuvre des droits de l'enfant en 2009 déjà. Ce rapport relève notamment que les chances des enfants et des jeunes varient fortement selon les cantons et le statut des intéressés.⁸⁶ Les groupes vulnérables que sont les enfants et les jeunes sont ceux qui souffrent le plus de cet état de fait. En font partie en particulier les enfants et les jeunes d'origine étrangère.

Selon la CDE, la Suisse est tenue d'être à l'écoute des enfants et de tenir compte de leur avis de manière appropriée et adaptée à leur âge et à leur degré de maturité. L'intérêt de l'enfant est ainsi mis en évidence, et il est ainsi possible de bien juger dans quelle mesure une décision tient compte du bien de l'enfant. Ce principe ne trouve toutefois pas assez d'écho dans l'application actuelle des lois sur l'asile et sur les étrangers.

C'est pourquoi, l'Observatoire suisse voit la nécessité d'agir dans le sens suivant :

- En cas de renvoi d'un des parents, les autorités doivent impérativement tenir compte du droit de l'enfant à pouvoir entretenir une relation personnelle avec ses deux parents. Dans ce contexte, il s'agit aussi de vérifier qu'il existe une réelle possibilité de faciliter et concrétiser le droit de visite du parent renvoyé.
- Les enfants et les jeunes doivent être entendus dans le cadre des auditions sur l'asile et des demandes de regroupement familial. Lorsque l'hypothèse de raisons familiales majeures se renforce dans le cadre d'une demande pour cas de rigueur, il est impérativement nécessaire d'inclure les enfants et les jeunes dans la procédure.

⁸⁵ Art. 44 CDE.

⁸⁶ Réseau des droits de l'enfant, Deuxième rapport de l'ONG à l'intention du Comité pour les droits de l'enfant, mai 2009.

- > Les enfants et les jeunes ayant passé la majorité de leur vie en Suisse ont besoin d'une protection spéciale contre les renvois.
- > Les effets néfastes du régime de l'aide d'urgence sur les enfants et les jeunes doivent être reconsidérés. Une remise en question fondamentale de ce régime serait opportune.
- > Les personnes de confiance désignées aux mineurs non accompagnés doivent pouvoir participer aux mesures d'instruction de l'office des migrations. En outre, ces mineurs doivent être hébergés dans des institutions qui leur soient adaptées.
- > Une régularisation collective des sans-papiers, en particulier des enfants et des jeunes, doit être réexaminée.
- > Il faudrait accélérer la mise en pratique de la ratification de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961.

Le droit suisse des migrations doit, dans son ensemble, prendre davantage en considération les besoins des enfants et des jeunes. Une politique migratoire restrictive ne justifie pas que la Suisse ne respecte pas les obligations que lui impose la CDE. Les multiples durcissements successifs des lois intervenus dans le domaine de la migration ont pour but de faire apparaître la Suisse comme un pays de destination non attractif. Toutefois, il ne faut pas oublier que ce sont surtout les enfants et les jeunes qui en pâtissent alors même qu'ils n'ont souvent pas participé à la décision de leurs parents de fuir leur pays et de venir en Suisse.

6 Annexes

Liste des abréviations

al	alinéa
art	Article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BAAO	Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cedh	Cour européenne des droits de l'homme
ch	chiffre
consid	considération
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
Éds.	Editeurs
FF	Feuille fédéral
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
LAsi	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile
let	lettre
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers
MNA	mineurs non accompagnés
LN	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
OAsi 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure
ODAE	Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers
ODAE-Suisse	Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
ODM	Office fédéral des migrations
p	page(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral

Bibliographie

Organisation suisse d'aide aux réfugiés

(éds.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, Haupt Verlag Berne, 2009.

Caroni Martina/Meyer Tobias D./Ott Lisa

Migrationsrecht, Stämpfli Verlag SA Berne, 2011.



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 présente, par des cas concrets, les conséquences inhumaines des durcissements successifs des lois sur l'asile et sur les étrangers sur la vie quotidienne des personnes concernées.

Pour savoir plus sur le travail de l'ODAE-Suisse odae-suisse.ch

Pour soutenir l'ODAE-Suisse:

- > diffusez nos informations
- > signalez-nous des situations qui vous semblent dignes d'intérêt
- > faites un don ou
- > devenez membre.

PC 60-262690-6 / IBAN CH70 0900 0000 6026 2690 6, ODAE-Suisse Berne

Merci pour votre soutien.