



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

LES FAMILLES EN PROCÉDURE DE CAS DE RIGUEUR



Auteurs

Claudia Dubacher
Lena Reusser

Traduction

Laura Bayley

Photo titre

© UNHCR / F. Dakhallah

Contact

Observatoire suisse
du droit d'asile et des étrangers
Maulbeerstrasse 14
Tél. 031 381 45 40
www.odaе-suisse.ch
CCP: 60-262690-6, ODAE, Berne

Préface

Dans ce rapport l'observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse) se concentre sur le traitement des demandes de cas de rigueur (permis humanitaire). Deux aspects attirent l'attention :

- La régulation des cas de rigueur entre souvent en conflit avec les garanties constitutionnelles et celles des droits de l'homme.
- Les cantons ont un vaste pouvoir d'appréciation qu'ils usent et interprètent de manières très différentes. Ceci a pour conséquence que les chances d'approbation d'un cas de rigueur varient de canton à canton.

Ce sont les familles avec enfants qui sont particulièrement affectées par les demandes de cas de rigueur déboutées. Ceci les place dans des situations difficiles et désespérées. Pour cette raison, ce rapport de l'ODAE-Suisse se base sur des exemples concrets de familles dont la demande n'a pas abouti, afin de démontrer la problématique des cas de rigueur.

A cet endroit, les auteures remercient chaleureusement Melanie Aebli pour ses suggestions et ses recherches, Dr. jur. Marc Spescha et lic. jur. Thomas Baur pour leur lecture critique du rapport et Laura Bayley pour la traduction française du texte.

La version allemande de ce rapport est normative.

Table des matières

I. Introduction	1
II. Régulation légale de l’approbation de cas de rigueur	2
II.1 La loi sur l’asile (LAsi)	2
II.2 La loi fédérale sur les étrangers (LEtr)	3
II.2.1 Approbation des cas de rigueur pour personnes sans permis de séjour réglementé (art. 30 al. 1 let. b LEtr)	3
II.2.2 Approbation d’un cas de rigueur pour personnes admises provisoirement (art. 84 al. 5 LEtr)	4
II.3 Le pouvoir d’appréciation des cantons	4
III. Exemples pratiques de cas de rigueur concernant des familles	6
III.1 Ignorance du bien-être de l’enfant à cause du comportement des parents	6
III.1.1 Analyse globale des demandes de cas de rigueur	8
III.1.2 Analyse approfondie relative à l’adolescent	9
III.2 Le pouvoir d’appréciation des autorités	11
III.3 Qualité de partie insuffisante dans le procès cantonal	15
III.4 Durée de séjour et réintégration dans le pays d’origine	17
III.4.1 Considération de la durée de séjour	18
III.4.2 L’âge de l’enfant et sa possible réintégration	19
IV. Conclusion	21
V. Bibliographie	23

I. Introduction

Une famille de six personnes dont la demande d'asile a été rejetée vit en Suisse depuis 16 ans. Un retour dans leur pays d'origine est hors de question par manque de papiers d'identité. La famille vit en Suisse sans être titulaire d'une autorisation de séjour, elle a malgré tout réussi, avec succès, à se bâtir une vie. La famille est très bien intégrée, chacun de ses membres parle l'allemand et les enfants, tous nés en Suisse, vont à l'école.¹ Pourtant, le séjour illégal leur réserve aussi des problèmes considérables : les membres de la famille ne peuvent pas travailler légalement, ils vivent avec les moyens minimaux de l'aide d'urgence et les enfants ne peuvent pas effectuer un apprentissage.² Pour des cas pareils, le législateur a prévu la possibilité de régulariser la situation des personnes concernées grâce à la reconnaissance d'un cas de rigueur. Celle-ci leur permet d'obtenir une autorisation de séjour et par conséquent leur accorde de meilleures chances sur le marché du travail.

Dans ce rapport l'observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers analyse la situation de familles, qui aimeraient régulariser leur permis de séjour grâce à une approbation de cas de rigueur. L'ODAE-Suisse se base sur des cas concrets de familles concernées. L'ODAE-Suisse questionne entre autre l'importance des droits de l'enfant en regard de la régulation des cas de rigueur: interroge-t-on les enfants comme le demande la « convention relative aux droits de l'enfant » de l'ONU ? Leur bonne connaissance de la Suisse et leur degré d'intégration jouent-ils un rôle ? Ou sont-ils seulement des fardeaux supplémentaires dont le destin est sans intérêt ? L'ODAE-Suisse a attiré l'attention sur la question des droits de l'enfant dans son rapport « Les droits de l'enfant et l'application des lois suisses sur les migrants »³. Elle montre que les droits de l'enfant sont à peine pris en compte par l'application du droit de l'asile et des migrations. Les cas documentés par les observatoires régionaux comme par l'ODAE-Suisse montre que les droits de l'enfant ne sont pas suffisamment considérés en cas d'examen de demande de cas de rigueur.

L'introduction est suivie d'un aperçu général des bases légales de la régulation des cas de rigueur. Les principes développés par la justice sont pris en considération car ceux-ci jouent un rôle important dans l'interprétation des termes juridiques. Ce chapitre traite aussi du pouvoir d'appréciation des cantons. Le chapitre III décrit huit exemples de cas de rigueur et présente les familles concernées. A l'aide de ces cas individuels et du contenu des lois, nous discutons divers problèmes concernant les garanties constitutionnelles et les droits de l'enfant. Le dernier chapitre offre un résumé et les conclusions les plus importantes.

¹ Autres informations concernant le [Cas 94](#) voir plus bas (Chapitre III.1.).

² Cf. Chapitre III.1.2.

³ Droits de l'enfant et application des lois suisses sur les migrants, pour le rapport voir <http://www.beobachtungsstelle.ch/index.php?id=376&L=1>

II. Régulation légale de l'approbation de cas de rigueur

II.1 La loi sur l'asile (LAsi)

D'après l'art. 14 al. 2 LAsi⁴ les demandeurs d'asile qui se trouvent en procédure et les personnes dont la demande a été refusée ont la possibilité de déposer une demande pour approbation d'un cas de rigueur. Cette approbation donne une possibilité de régulariser leur résidence en Suisse. Pour avoir le droit de déposer une demande pour un permis de séjour, les personnes cherchant une approbation doivent cumulativement satisfaire à trois conditions : Elles doivent avoir passé au moins cinq ans en Suisse ; leurs lieu de domicile doit avoir été connu des autorités pendant tout leur séjour ; et grâce à l'intégration avancée, elles posent un cas de rigueur. D'après le tribunal administratif fédéral, un cas de rigueur ne peut être reconnu que quand les « (...) conditions de vie et d'existence, relativement aux conditions moyennes de vie des personnes étrangères, peuvent être gravement mises en cause, respectivement quand le refus d'une autorisation de séjour signifierait des désavantages importants. »⁵

L'art. 14 al. 2 LAsi est concrétisé par l'art. 31 OASA.⁶ Cette ordonnance énonce les conditions selon lesquelles un cas de rigueur doit être examiné. Celles-ci sont l'intégration, le respect des lois, la situation familiale (spécialement le moment de la scolarisation et la durée de l'enseignement scolaire des enfants), la situation financière, et la volonté de participer à la vie économique, la durée totale du séjour en Suisse, l'état de santé et la possibilité de réintégration dans le pays d'origine. La justice exige un degré important d'intégration des demandeurs. Il ne suffit donc pas que les personnes étrangères soient intégrées et qu'ils entretiennent, par exemple, de bonnes relations avec leurs voisins.⁷ Le lien avec la Suisse doit être si profond, qu'on ne puisse pas exiger de la personne qu'elle fonde une nouvelle vie dans un autre pays, spécialement le pays d'origine.⁸ Concernant l'intégration professionnelle, la justice semble aussi se baser sur les qualifications des demandeurs. Dans ce sens le tribunal administratif fédéral n'a pas accordé une intégration professionnelle sur-ordinaire à une femme parce qu'elle « n'avait pas obtenu de nouvelles facultés ou de connaissances »⁹ depuis sa venue en Suisse.

⁴ Loi sur l'Asile du 26 Juin 1998 (état le 12 décembre 2008).

⁵ TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010 E. 5.1. (Traduit par les auteures).

⁶ Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (état le 1^{er} juillet 2010).

⁷ TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010 E. 5.2.

⁸ ATF 128 II 200, E. 4.

⁹ TAF C-1555/2008 du 1. Septembre 2009 E. 5.4. (Traduit par les auteures).

Il est important de noter que les critères énumérés dans l'art. 31 al. 1 OASA ne forment pas un catalogue final et ne doivent pas être remplis simultanément, comme le note le tribunal administratif fédéral dans une décision publiée.¹⁰ Si la résidence en Suisse a été obtenue par séjour illégal, d'autres exigences s'ajoutent aux critères nommés ci-dessus.¹¹ D'ailleurs, la personne est obligée de révéler son identité (art. 31 al. 2 OASA).

La demande pour une approbation d'un cas de rigueur doit être déposée auprès des autorités cantonales (office cantonal des migrations), qui décideront d'approuver ou de rejeter la demande (art. 14 al. 2 LAsi). Dans le cas d'une approbation, la demande est transmise à l'office fédéral des migrations (ODM), qui décide définitivement de l'approbation d'une autorisation de séjour (art. 14 al. 2 LAsi).¹² Une décision négative de la part des autorités cantonales ne peut être contestée car le demandeur n'est pas reconnu comme partie dans le procès cantonal (art. 14 al. 4 LAsi). Les personnes concernées n'ont ni droit de partie, ni aucune possibilité de recours. Seulement après l'approbation ou non par l'ODM, la personne concernée pourra exercer son droit de recours et porter plainte auprès du tribunal administratif fédéral.

II.2 La loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

II.2.1 Approbation des cas de rigueur pour personnes sans permis de séjour réglementé (art. 30 al. 1 let. b LEtr)¹³

Cette loi est applicable à beaucoup de cas, entre autre pour les sans-papiers, des personnes qui n'ont jamais obtenu une autorisation de séjour ou dont l'autorisation de séjour n'est plus valable. Contrairement à l'approbation des cas de rigueur pour demandeurs d'asile ou pour demandeurs d'asile refusés, l'art. 30 al. 1 lit. b LEtr exige seulement une situation de détresse personnelle. Pour l'approbation d'une demande, il ne faut ni une durée de séjour minimale en Suisse, ni le fait que le lieu de séjour doive avoir été connu des autorités continuellement. D'après l'art. 30 al. 1 let. b LEtr une demande d'approbation d'un cas de rigueur peut être déposée à tout moment. Pour l'examen de l'approbation, les critères de l'art. 31 OASA (cf. chapitre II.1) restent en vigueur.

¹⁰ TAF 2009/40 E. 6.2.

¹¹ TAF C-8270/2008 C.

¹² Soi-disant procédure d'approbation de l'office.

¹³ Loi fédérale sur les étrangers du 16. Décembre 2005 (état le 15 mai 2010).

II.2.2 Approbation d'un cas de rigueur pour personnes admises provisoirement (art. 84 al. 5 LEtr)

Pour les personnes admises provisoirement (permis F), il existe une loi supplémentaire qui réglemente l'approbation des cas de rigueur. L'art. 84 al. 5 LEtr oblige les autorités à examiner d'une manière approfondie les demandes d'autorisation de séjour déposées par un étranger admis provisoirement et résidant en Suisse depuis plus de cinq ans. Le jugement prend en compte l'aspect d'intégration avancée ou pas, la situation familiale et la faisabilité d'un retour dans le pays de provenance. De plus, l'art. 31 OASA doit être appliqué.

Grâce à cette loi supplémentaire concernant les personnes admises provisoirement et résidentes en Suisse depuis cinq ans, une demande d'autorisation de séjour devrait en principe être approuvée.¹⁴ Si les demandeurs ne sont pas suffisamment intégrés professionnellement, cela ne peut pas être interprété négativement.¹⁵

Les lois pour la régulation des cas de rigueur dans les domaines de l'asile et des étrangers sont complétées par des directives et circulaires de l'office fédéral des migrations.

II.3 Le pouvoir d'appréciation des cantons

Les autorités cantonales ont un grand pouvoir d'appréciation par rapport à l'approbation d'un cas de rigueur, surtout que les critères décrits par la loi ne sont pas très concrets et qu'il est nécessaire d'interpréter chaque cas individuellement. Les disparités de canton à canton, dans l'approbation des cas de rigueur, sont énormes. De plus, les lois concernant l'approbation des cas de rigueur ne doivent pas nécessairement être observées : même si une personne satisfait à tous les critères, cela ne veut pas dire que le canton doit transmettre la demande à l'ODM (cf. chapitre III.2).

Les cantons qui transmettent de nombreux cas à l'ODM saisissent la chance de régulariser des personnes bien intégrées, sans permis de séjour, qui se trouvent en Suisse depuis de nombreuses années. Par contre, les cantons qui appliquent les lois pour l'approbation des cas de rigueur d'une manière restrictive, sont d'avis que cette forme d'approbation est une façon abusive de régulariser des personnes présentes en Suisse illégalement. Les différences cantonales peuvent laisser croire, à juste titre, que cette façon de régulariser les cas de rigueur ne représente qu'une loterie.¹⁶

¹⁴ Bolzli (2009), p.203.

¹⁵ Id.

¹⁶ Baur (2009), p. 6 ss.

Un coup d'œil dans les statistiques confirme une grande divergence entre les cantons. Les statistiques en matière d'asile de 2009 contiennent le nombre de demandes que chaque canton a approuvées et donc transmises à l'ODM.¹⁷ Les statistiques montrent que comparés à certains cantons suisses allemands, les cantons romands transmettent plus de demandes de cas de rigueur pour approbation à l'ODM.¹⁸

Ces statistiques ne montrent par contre pas, combien de demandes pour approbation de cas de rigueur ont au total été déposées auprès des cantons ou combien de demandes ont échoué à cause de la procédure pour l'approbation par les cantons. Pour accéder à ces chiffres et donc compléter les statistiques, l'observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers s'est mis en contact pendant l'été 2010 avec les divers offices des migrations cantonaux. Les réactions étaient si diverses qu'il est impossible de publier des chiffres crédibles. Certains cantons ont déclaré ne pas saisir les demandes de cas de rigueur refusées et donc ne pas disposer de chiffres. D'autres cantons ont dit saisir le total de toutes demandes leur étant adressées, comptant aussi les demandes multiples ou ne faisant aucune distinction entre les différentes approbations de cas de rigueur. Encore, d'autres cantons ont refusé de nous donner ces chiffres. Par conséquent, il est impossible d'estimer combien de personnes ont déposé aux autorités une demande pour une approbation de cas de rigueur. Par contre, nous pouvons observer que les demandes de cas de rigueur, qui sont transmises à l'ODM sont souvent approuvées par celui-ci.¹⁹ La difficulté principale concernant les demandes de cas de rigueur, se trouvent donc au niveau des procédures cantonales.

¹⁷ [Statistiques en matière d'asile 2009](#), p. 51 ss.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

III. Exemples pratiques de cas de rigueur concernant des familles

L'observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers comme les observatoires régionaux en Suisse romande et en Suisse orientale sont régulièrement confrontés par des demandes de cas de rigueur de la part de familles dont les demandes ont été rejetées malgré une intégration avancée. Ces décisions touchent surtout les enfants et entraînent de graves conséquences.

Ci après, huit cas différents, documenté par les observatoires, sont présentés en détails. Ils sont classés par différents thèmes qui se basent sur les conflits avec les droits de l'enfant et autres droits de l'homme.

III.1 Ignorance du bien-être de l'enfant à cause du comportement des parents

Cas 125 du 13 septembre 2010²⁰

« Yanis » et « Kaya » sont originaires d'Algérie. Il y a huit ans, ils ont déposé une demande d'asile pour eux-mêmes et leurs trois enfants.²¹ Deux autres enfants sont nés en Suisse. Depuis leur entrée en Suisse la famille se donne beaucoup de peine pour favoriser son intégration, surtout celle des enfants : les plus âgés vont à l'école ; ils ont vite trouvé leurs repères, sont motivés et parlent très bien l'allemand. Après quatre ans de séjour en Suisse et une intégration avancée, une décision négative statuée en dernier ressort et l'attribution d'un délai pour quitter la Suisse représenta un stress psychologique important. Par peur la famille négligea pendant cinq mois d'informer les autorités de son lieu de séjour. Ceci conduisit à ce que le service des migrations cantonal refuse d'examiner matériellement sa demande de cas de rigueur. La situation des enfants ne fut pas prise en compte, même s'il n'était guère possible de leur demander de retourner en Algérie. Les plus jeunes ne connaissent que la Suisse et les plus âgés suivent une carrière scolaire en Suisse, ce qui rend la réintégration quasi impossible. Grâce à une grande pression de la population, la demande de cas de rigueur fut transmise à l'ODM pour approbation.²²

²⁰ Le [Cas 125](#) a été documenté par l'observatoire suisse.

²¹ Nés en 1994, 1998 et 2002.

²² Lors que la demande de cas de rigueur a été rejetée par l'ODM, un recours a été initié et est en ce moment pendant devant le tribunal administratif fédéral.

Cas 94 du 7 décembre 2009²³

« Ali » et « Lara », algériens, ont déposé une demande d'asile en 1994 qui a été déboutée la même année. A cause de papiers d'identité manquant, le couple n'a pas pu être renvoyé. Ils sont donc restés en Suisse et ont fondé une famille. Comme requérants d'asile déboutés il leur est défendu de travailler et ils vivent depuis de l'aide sociale et d'urgence.

En 2007, la famille a souhaité régulariser son séjour en Suisse par l'art. 14 al. 2 LAsi. La demande de rigueur de la famille de six qui vivait à ce moment-là en Suisse depuis treize ans et dont les enfants (5 à 13 ans) tous nés ici, fut rejetée par les autorités cantonales des migrations. La seule justification était que le père avait commit un délit et qu'on menait des poursuites contre lui. La situation de « Lara » et ses quatre enfants ne fut pas prise en compte. Les autorités cantonales étaient de l'avis qu'une analyse de la situation des enfants n'était pas nécessaire puisque les parents ne satisfaisaient pas aux critères pour déposer une demande de cas de rigueur.²⁴

Cas 90 du 18 novembre 2009²⁵

« Marco » et « Elisa » ont quitté la Turquie en 2001 pour présenter une demande d'asile en Suisse. Celle-ci fut déboutée deux ans plus tard. Le couple continua pourtant de se battre pour obtenir un permis de séjour en Suisse. « Marco » travailla pendant cinq ans à mi-temps dans un établissement gastronomique jusqu'à ce que son activité soit officiellement interdite. En même temps, « Elisa » s'engagea comme gardienne d'enfants pour une association. Entre temps, la famille s'agrandit de deux enfants, « Mauro » (2005) et « Rahel » (2009). Après avoir déposé une requête pour réexamen de leur demande d'asile en 2006, le couple, de lui-même, révéla sa vraie identité, qu'il avait originellement cachée aux autorités. La demande fut refusée en dernière instance par le tribunal administratif fédéral. En septembre 2009, la famille déposa alors une demande de cas de rigueur d'après l'art. 14 al. 2 LAsi. Le refus de la part des services des migrations bernoises arriva après deux semaines avec comme justification que « Elisa » et « Marco » avait déclaré un faux nom et un faux lieu d'origine dès le début de la procédure et que la famille s'était déjà inscrite pour des consultations d'aide au retour.

²³ Le [Cas 94](#) a été documenté par l'observatoire suisse.

²⁴ Entretemps une association local a pu obtenir un accueil provisoire pour la famille grâce à plusieurs conversations avec les autorités. Le fils aîné « Luca », 16 ans, a pu commencer un apprentissage.

²⁵ Le [Cas 90](#) a été documenté par l'observatoire suisse.

III.1.1 Analyse globale des demandes de cas de rigueur

La demande de cas de rigueur du cas 94 échoue explicitement à cause du comportement délinquant du père par le passé. Dans la justification de refus du canton, il est uniquement constaté, qu'« Ali » ne satisfait pas aux critères de comportement irréprochable et que pour cette raison un examen approfondi de la situation de sa femme et de ses enfants est superflu.²⁶ Les situations des cas 90 et 125 sont similaires. Dans le cas 90, les services des migrations cantonaux, malgré un séjour de huit ans et une bonne intégration de la famille, prennent seulement en compte l'initiale fausse déclaration d'identité des parents pour décider de l'approbation de leur demande. Ceci abouti à ce que les autres critères ne soient même pas analysés. Dans le cas 125, les critères nécessaires et possibles pour justifier un cas de rigueur ne sont pas recherchés, parce que la famille concernée a disparu pendant cinq mois. D'après l'ODAE-Suisse cette disparition, vu les circonstances, devrait être relativisée. A l'époque, la famille était soumise à un stress psychique et une peur importante dus à l'insécurité provoquée par le rejet de leur demande d'asile en dernière instance, qui a nota bene pris quatre ans, depuis le début de la procédure. Après cinq mois, la famille s'est manifestée de sa propre initiative aux services des migrations concernés.²⁷

La précédente commission suisse de recours en matière d'asile et le tribunal administratif fédéral ont toujours insisté sur le fait que lors d'une décision de cas de rigueur, la situation de toute la famille, enfants inclus, doit être prise en compte et que les membres de la famille ne peuvent être examinés individuellement.²⁸ Dans les trois cas, la demande de cas de rigueur a été déboutée à cause d'une faute minimale commise par les parents ou même seulement par le père. La décision repose sur les actes des adultes et seule leur situation est analysée. Cette pratique est entre autre due à une directive de l'ODM. Celle-ci constate que chaque adulte d'une famille doit satisfaire aux critères énumérés dans l'art. 14 al. 2 LAsi.²⁹ Selon l'ODAE-Suisse cette procédure ne suffit pas à l'impératif d'une analyse compréhensive. Malgré le fait que la justice souligne qu'il est difficile d'admettre un cas de rigueur seulement pour certains membres de famille,³⁰ en vue du bien-être de l'enfant (art. 3 Convention relative aux droits de l'enfant) il n'est pas acceptable de complètement négliger leur situation.

²⁶ D'après le dossier d'acte du cas 94.

²⁷ D'après le dossier d'acte du cas 125.

²⁸ Entre autres: TAF 2007/16, E. 5.3.

²⁹ Directive de l'ODM du 1.1.2008 (état le 12.12.2008), Domaine de l'asile III, 6 Situation juridique, p. 3.

³⁰ Entre autres: TAF 2007/16, E.5.3.

Le tribunal fédéral lui-même a décidé, qu'il y a des situations dans lesquelles une demande de cas de rigueur de la part d'une famille peut être reçue, même si « seulement » les enfants ou « seulement » les parents répondent aux critères correspondants.³¹ Pour pouvoir clarifier si une demande de cas de rigueur peut être reçue, même si chaque membre de la famille ne représente pas un cas de rigueur, il est indispensable d'analyser la situation de tous les membres de famille.

De plus, il est important de noter qu'à cause des conditions formelles strictes pour l'examen d'un cas de rigueur (voir Cas 125 et 90), on arrive rarement au stade de l'analyse du cas appropriée et d'une prise en considération des enfants concernés (les obstacles étant par ex. la preuve de l'identité ou l'exigence de connaître le lieu de séjour à tout instant). Dans ces cas, la régulation légale s'oppose automatiquement à l'analyse concernant le bien de l'enfant.

D'après l'ODAE-Suisse, le fait que dans les trois cas énoncés, la situation des enfants n'a pas été étudiée d'une manière approfondie et qu'ils sont par conséquent punis pour les fautes commises par leurs parents est problématique, du point de vue de la justice et du point de vue des garanties de la convention relative aux droits de l'enfant. Par exemple, l'art. 2 al. 2 de la convention ordonne aux états parties de prendre toutes mesures appropriées afin que « l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanctions motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

III.1.2 Analyse approfondie relative à l'adolescent

Dans les cas décrits, les décisions négatives se révèlent particulièrement pénibles pour les enfants et adolescents touchés. La justice constate que dans des cas de rigueur concernant des enfants, leurs âges est un facteur important pour évaluer leur intégration sociale.³² Par conséquent, les tribunaux assument plutôt une intégration sociale et scolaire réussie, si les enfants sont adolescents et ont passé leur jeunesse en Suisse.³³ Ceci est dû au fait, que les enfants au début ou au milieu de l'adolescence se détachent de leurs parents et cherchent à constituer leur propre réseau social.³⁴ La commission suisse de recours en matière d'asile observe dans une de ces décisions qu'un retour forcé peut avoir des répercussions graves pour ce groupe de personnes et qu'il faut donc évaluer un cas de rigueur.³⁵

³¹ ATF 2A.578/2005 du 3. Février 2006, E. 3.2; ATF 128 II 200, où la situation des enfants n'avait pas été analysé d'une manière approfondie, comme la mère représentait un cas de rigueur.

³² TAF C-1555/2008 du 1. Septembre 2009 E. 5.5.

³³ TAF C-1555/2008, E. 5.5; ATF. 2A.615/2005, E. 3.

³⁴ EMARK 2001/26 E. 6d.

³⁵ Ibid.

Pourtant, même si un enfant est allé à l'école en Suisse pendant plusieurs années, d'après la justice cela ne veut pas encore dire, que l'impératif d'une intégration sociale est satisfait. Dans le jugement C-2041/2007 le tribunal fédéral administratif constate, qu'en général la fréquentation de l'école pendant plusieurs années ne justifie pas un cas de rigueur grave. La condition pour une approbation d'un cas de rigueur est donc une intégration scolaire et sociale réussie, exigeant des résultats scolaires supérieurs à la moyenne. Dans le jugement C-341/2006 par le tribunal fédéral administratif d'un cas de rigueur concernant un adolescent de 16 ans fut refusé, bien qu'il vive en Suisse depuis plus de huit ans et que le tribunal lui attestait une bonne intégration scolaire et sociale. Malgré tout, le tribunal a nié l'existence d'un cas de rigueur, parce que les résultats scolaires n'étaient pas supérieurs à la moyenne dans le sens de la jurisprudence du tribunal fédéral.³⁶ Que les résultats scolaires soient décisifs pour l'approbation ou le refus d'un cas de rigueur n'est pas convainquant. D'après l'ODAE-Suisse, les résultats scolaires représentent un critère étrange, en effet ceux-ci ne contribuent pas à l'analyse du degré d'intégration de l'enfant. Les enfants sans bon résultats scolaires ne sont donc pas traités de la même façon que les enfants avec de bons résultats. Cette inégalité de traitement n'a aucune justification, et représente à notre avis une discrimination.

Dans les deux cas, 94 et 125, des familles avec adolescents sont touchées par une décision négative d'un cas de rigueur. Ces enfants ont passé la plus grande partie de leur vie scolaire en Suisse (quelques-uns d'entre eux sont même nés en Suisse [cas 94]), ils parlent mieux l'allemand que la langue de leurs parents, entretiennent un réseau social riche et disposent de peu ou pas de contacts dans leur pays d'origine. « Nadim », le fils aîné de la famille du cas 125, a passé les années entre 8 et 16 ans, années importantes à son développement, en Suisse. Malgré l'existence de ces faits qui en général augmentent les chances pour une approbation d'un cas de rigueur, les autorités responsables ont refusé d'examiner un cas de rigueur personnel ou ont refusé la demande sans tenir compte de la situation individuelle de l'adolescent. Avec des décisions pareilles, les autorités passent donc outre la convention relative aux droits de l'enfant et sont prêts à accepter son déracinement. Ce déracinement est une atteinte grave à la vie encore débutante des enfants et adolescents concernés qui aura très probablement des répercussions importantes sur leur développement.³⁷

Souvent, l'aboutissement d'un cas de rigueur, est la seule chance pour le/la jeune de poursuivre une formation professionnelle en Suisse. D'après la constitution fédérale (art. 19 et 62) et la convention relative aux droits de l'enfant (art. 28), il est en principe possible pour les enfants et adolescents présents illégalement en Suisse d'aller à l'école et dans certains cas d'effectuer des études à l'université. Comme ils sont présents illégalement, ils ne peuvent pas obtenir de permis de travail et ne peuvent, jusqu'à présent, pas effectuer d'apprentissage.³⁸ Cette problématique peut être démontrée de façon exemplaire par le cas du fils aîné de la

³⁶ TAF C-341/2006, E. 5.3.

³⁷ cf. Zimmermann (2009).

³⁸ Au niveau national les conseillers nationaux Luc Barthassat (PDC) et Antonio Hodgers (Verts) se sont investis pour une formation professionnelle des sans-papiers. Le conseil national a adopté la motion en Mars 2010. Le conseil des états a accepté la motion Barthassat le 14 septembre 2010. C'est donc au tour du conseil fédéral d'élaborer une loi correspondante. Au niveau cantonal il existe déjà diverses interventions (Vaud et Bâle-Ville) qui autorisent les sans-papiers à effectuer un apprentissage.

famille du cas 94, qui aujourd'hui effectue un apprentissage comme maître d'œuvre. « Luca » est né en Suisse et a accompli toute son éducation scolaire en Suisse. La demande de cas de rigueur déposée par sa famille a été déboutée en dépit de ses racines en Suisse. Sans le soutien inlassable de volontaires qui ont finalement réussi à obtenir une admission provisoire pour la famille, il aurait été impossible pour « Luca » comme fils de demandeurs d'asile déboutés de commencer un apprentissage.

III.2 Le pouvoir d'appréciation des autorités

Cas 128 du 23 octobre 2010³⁹

L'histoire de « Samira » et « Jemal » est similaire à celle du cas 125. Eux aussi sont arrivés en Suisse depuis l'Algérie, il y a 8 ans, avec leurs enfants âgés de 9, 7 et 1 ans. Une autre petite fille est née ici. En 2007 leur demande d'asile fut déboutée. Les enfants parlent parfaitement l'allemand, ils sont bien intégrés à l'école et la fille aînée a pu commencer un stage dans une crèche peu après la terminaison de la scolarité obligatoire. En 2008, leur cas de rigueur n'a pas abouti auprès des services des migrations à cause de clarifications inexactes fournies par les autorités, cela bien que la commission des cas de rigueur avait admis leur demande. Grâce à la pression publique, la demande a été transmise à l'ODM par la directrice du département de justice et de sécurité. Après que celui-ci ait aussi refusé le cas de rigueur, la police a essayé de renvoyer la famille d'une manière brutale un matin de juin 2009. Le renvoi a dû être interrompu alors que « Samira » fit une défaillance nerveuse. Pour l'instant, une procédure de recours est pendante devant le TAF.

³⁹ Le [Cas 128](#) a été documenté par l'observatoire suisse.

Cas 62 du 23 décembre 2008⁴⁰

Une famille Ethiopienne avec une demande d'asile déboutée vit en Suisse depuis 1997. Jusqu'en 2005, l'Ethiopie ne délivrait pas de papiers pour l'expulsion et un retour était donc impossible. Satisfaisant à tous les critères, la famille a déposé une demande pour approbation de cas de rigueur auprès du canton de Zurich en Avril 2007. Les parents ont vite trouvé du travail et ont très bien appris l'Allemand. L'ainé des deux enfants nés en Suisse, maintenant en âge scolaire, est handicapé et a besoin de soutien pédagogique-thérapeutique ainsi que de consultations médicales régulières. Une réintégration dans leur pays d'origine après neuf ans de séjour en Suisse est quasi impossible, surtout que les enfants ne connaissent rien d'autre que la Suisse. Malgré tout, la demande de rigueur grave a été rejetée avec des justifications d'une part incorrectes et d'autre part approximatives. On reproche, par exemple, à la famille une mauvaise intégration sociale et professionnelle, bien qu'ils aient tout fait pour satisfaire aux exigences et bien qu'ils puissent défendre leur cause par des certificats (tests de langues etc.). Un examen de la situation globale, prenant en considération les autres critères de cas de rigueur, n'a pas été effectué par le service des migrations.

Les services des migrations cantonaux disposent d'un grand pouvoir d'appréciation par rapport à l'approbation d'un cas de rigueur. Ceci ressort des cas 62 et 128. Les critères énumérés dans les lois sur l'asile et les étrangers et l'ordonnance correspondante (OASA) qui peuvent justifier un cas de rigueur (par ex. intégration, volonté à la participation à la vie professionnelle, possibilité pour réintégration dans le pays d'origine, etc.) représentent des termes très vastes qui peuvent être interprétés très différemment par les cantons. L'organisation suisse d'aide aux réfugiés a démontré dans une étude de la pratique de cas de rigueur par les cantons, de quelles manières distinctes le critère de l'intégration professionnelle est interprété. Les cantons restrictifs ont tendance à considérer ce critère satisfaisant après plusieurs années d'indépendance financière (ne dépendant pas de l'aide sociale) et l'exercice d'un travail stable. Pour les cantons plus libéraux, un emploi de trois mois ou même la possibilité d'un emploi futur suffit comme preuve.⁴¹ Bien que l'office fédéral des migrations essaye de mieux définir les termes des différents critères à l'aide de directives⁴² afin d'obtenir une pratique homogène, le pouvoir d'appréciation des cantons reste important.

⁴⁰ Le [Cas 62](#) a été documenté par l'observatoire suisse orientale.

⁴¹ Baur (2009), p. 13 ss.

⁴² Directive de l'ODM (I Domaine des étrangers) 5: séjour sans activité lucrative au motif d'un intérêt public important et dans les cas individuels d'une extrême gravité, p. 23 ss. (état le 1.7.09).

L'approbation du cas de rigueur de la famille de six, dans le Cas 128, a été déboutée non seulement par les services des migrations, mais aussi par l'ODM, entre autre avec la remarque que les parents manquaient d'intégration sociale et professionnelle adéquates. Les autorités ont surtout critiqué le fait que les parents ne parlaient couramment aucune langue nationale et qu'ils ne pouvaient fournir aucune preuve de leurs efforts pour la recherche d'un travail. Ce jugement est surprenant, vu que « Jemal » parle couramment le Français et sait s'exprimer d'une manière compréhensible en Allemand.⁴³ L'intégration professionnelle est particulièrement difficile pour les requérants d'asile déboutés, comme selon la loi ils ne peuvent pas travailler. D'après l'ODAE-Suisse, la situation de travail de « Jemal » devrait être d'autant plus considérée qu'un garagiste lui a assuré par écrit, qu'il serait – si la famille recevait un permis de séjour – employé comme mécanicien. Au lieu de cela, l'ODM arrive à la conclusion douteuse que même après huit ans, une réintégration de la famille dans les conditions actuelles du marché du travail en Algérie réussirait sans problèmes, puisqu'ils n'ont jamais appris à connaître les conditions du marché du travail suisse. Comme d'après l'ODM la situation des parents ne représente pas un cas de rigueur, la situation des enfants n'a pas été examinée de plus près. Comme dans les autres cas décrits, on risque délibérément d'arracher les enfants ou bien les jeunes adultes à leur environnement familial et ainsi de les traumatiser gravement.

Dans le cas de la famille éthiopienne du Cas 62, le cas de rigueur fut initialement débouté avec la justification que la famille n'avait pas révélé leur identité ou plutôt, d'après la pratique Zurichoise, n'avait pas présenté de document de voyage. En utilisant cet argument, les autorités ont ignoré le fait que lors de leur demande d'asile neuf ans plus tôt, la famille concernée ne disposait déjà pas de papiers d'identité. Après que cette objection ait été écartée les autorités ont stipulé que la famille n'était pas bien intégrée et qu'ils ne pouvaient pas prouver leur niveau d'Allemand de B1. La famille a donc délivré les résultats des tests de langue qui pouvaient attester de leurs bonnes connaissances de l'Allemand. En même temps, au moyen d'une dénonciation, la famille arriva au conseil d'état, qui débouta leur recours, mais qui pourtant constata explicitement dans leur courrier que la preuve de l'intégration avancée avait pu être rapportée. La situation des deux enfants, surtout celle de la fille ainée, handicapée mentale ayant besoin de soutien pédagogique thérapeutique, ne fut pas abordée. On observa seulement que les enfants se trouvant dans un âge capable de s'adapter, pourraient donc être renvoyés en Ethiopie sans problème. D'après l'ODAE-Suisse le handicap mental de la fille ainée aurait dû être considéré lors de l'appréciation de la demande. L'état de santé est par ailleurs explicitement nommé dans l'art. 31al. 1 let. f OASA comme critère déterminant pour l'approbation d'un cas de rigueur. D'après la convention relative aux droits de l'enfant, il serait approprié de mettre le bien de l'enfant au premier plan lors de l'approbation d'une demande de cas de rigueur par une famille et de l'utiliser comme ligne directrice pour le terme vague et nécessaire d'interprétation d'un cas de rigueur. Le département fédéral de justice et police a décidé, que le bien de l'enfant devrait être utilisé « dans le cadre de l'interprétation du droit national en conformité avec le droit international publique ».⁴⁴ La justice suit un cours restrictif en regard du bien-être de l'enfant. Le tribunal fédéral administratif souligne régulièrement, que « le bien-être de l'enfant pour toutes

⁴³ Ceci ressort de conversation personnelle avec «Jemal» et aussi d'informations d'une aide sociale bénévole de la famille.

⁴⁴ TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010, E. 6.7, sous indication de la décision du DFJP (traduit par les auteurs).

mesures concernant des mineurs constitue un aspect de signification prioritaire ».⁴⁵ Ceci veut dire qu'une importance particulière doit être accordée à l'intégration sociale et scolaire des enfants.⁴⁶ Pourtant, le tribunal fédéral administratif analyse dans la plupart des cas l'intégration sociale des enfants seulement selon le degré d'intégration scolaire, donc indirectement, seul l'âge de l'enfant entre en compte (cf. Chapitre III.1.2.).⁴⁷ Le bien-être de l'enfant devrait pourtant être considéré comme devise première de tous les aspects qui justifient un cas de rigueur. Cette opinion est aussi celle du tribunal fédéral, qui a décidé pour la première fois en 2009 dans deux cas⁴⁸, que les autorités devraient accorder plus d'importance au bien-être de l'enfant pour des décisions futures qui les concernent.

⁴⁵ Entre autres TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010, E. 6.7 (traduit par les auteures).

⁴⁶ cf. TAF C-2041/2007, E. 6.2.1.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ ATF 135 I 143 et ATF 135 I 153 (deux décisions regardant le regroupement « familiale inverse »).

III.3 Qualité de partie insuffisante dans le procès cantonal

Cas 104 du 2 mars 2010⁴⁹

« Marina », une Rôme venant de Bulgarie, s'est enfuie avec ses trois enfants en 2004 pour les sauver d'un mariage arrangé déjà initié. Après un refus préliminaire et un recours à la commission suisse de recours en matière d'asile (CRA), leur demande d'asile a été renvoyée à l'ODM pour un nouveau jugement. Depuis, la famille qui est très bien intégrée vit en Suisse avec un permis N et attend la décision de l'ODM. Malgré un travail à plein temps, « Marina » ne gagne pas assez pour subvenir aux besoins de sa famille sans aide sociale. A cause de son statut de séjour incertain, elle ne peut trouver un autre travail. Pour la même raison, les enfants, entre 14 et 19 ans ne trouvent pas d'apprentissage. En sorte de régulariser leur statut de séjour, ils déposèrent une demande pour cas de rigueur bien documentée auprès du canton de Berne. La demande ne fut même pas vérifiée, avec la justification qu'avant le terme des procédures d'asile, on ne peut pas traiter un cas de rigueur, même si l'art. 14 al. 2 AsylG parle explicitement de cette possibilité.

Dans le cas de « Marina » et ses trois enfants, la grande liberté d'appréciation des autorités compétentes est claire. Cette liberté est entre autre due à la nature facultative des dispositions de la loi sur l'asile (art. 14 al. 2). L'article important décrète que sous réserve de l'approbation de l'ODM, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à tous les requérants d'asile déboutés ou demandeurs d'asile en procédure pendante qui séjournent en Suisse depuis au moins cinq ans. Cette disposition facultative contribue fondamentalement au fait que les cantons peuvent décider de façon autonome s'ils veulent ou non transmettre à l'ODM une demande de cas de rigueur de personne(s) du domaine de l'asile. Comme le montre le Cas 104, le canton de Berne semble être d'avis que pour des procédures d'asile pendantes, il faut attendre la réponse de l'ODM. La constatation d'une situation de persécution passe avant l'approbation d'un cas de rigueur.⁵⁰ A cause de cette façon de faire, les autorités n'ont pas examiné le cas de rigueur, en dépit du fait que « Marina » et ses enfants se soient très bien adaptés aux conditions de vie en Suisse, que les enfants aillent à l'école et qu'ils aient passé leur adolescence ici (cf. Chapitre III.1.2).

De plus, L'art. 14 al. 4 LAsi met en exergue que la personne déposant une demande n'a qualité de partie que lorsque la procédure a été approuvée par l'office fédéral des migrations (ODM). Si un canton refuse une demande de cas de rigueur et ne transmet pas sa décision à l'ODM pour approbation, il n'est pas possible de faire recours contre cette décision. Cette attitude est douteuse vu la constitution. L'article 29a de la constitution fédérale garanti un accès au juge. Ce droit fondamental décrète que lors d'un conflit, toute personne a droit à ce que sa cause soit

⁴⁹ Le [Cas 104](#) a été documenté par l'observatoire suisse.

⁵⁰ D'après le dossier d'actes du Cas 104.

jugée par une autorité judiciaire. Exclure explicitement les cas de rigueur de la garantie de la procédure est donc très problématique et est critiqué dans la théorie.⁵¹

Les cas 125 et 128 illustrent la même problématique. Comme requérants d'asile déboutés, il n'était pas possible à ces deux familles de recourir contre la décision des services des migrations cantonaux et de laisser contrebalancer ces refus par un juge. Le fait que les demandes de cas de rigueur des deux familles aient été transmises à l'ODM pour approbation par la conseillère d'Etat grâce à de nombreuses initiatives privées et de grandes manifestations de solidarité du côté du public, démontre que ces demandes de cas de rigueur étaient justifiées et que les services des migrations cantonaux avaient dépassé leur pouvoir d'approbation ou qu'ils avaient tout au moins exercé un formalisme excessif.

Le fait que des demandes de cas de rigueur déboutées par le canton arrivent à l'ODM grâce à la pression du public est en principe positif. Par contre, pour obtenir l'égalité de tous devant la loi et l'application du droit d'une manière uniforme, il serait approprié d'introduire une possibilité de recours pour tous les concernés. Il est en effet proprement injuste que seulement les concernés jouissent d'une possibilité de vérification ou de transmission à l'ODM par ce qu'ils peuvent compter sur un grand support dans la population. De cette manière, le traitement déjà inégal de la demande de cas de rigueur s'agrandit d'autant plus.

⁵¹ Baur (2009), p.16 ss.

III.4 Durée de séjour et réintégration dans le pays d'origine

Cas 79 de mai 2009⁵²

Après un séjour en Suisse de 15 ans, une famille sans-papiers Brésilienne de trois personnes a déposé une demande de rigueur grave (art. 30 al. 1 let. b LEtr) qui fut approuvée provisoirement par le canton de Bâle-Ville. Depuis leur arrivée, les parents ont toujours travaillé : « Mauro » travaillait sur plusieurs chantiers et « Sabina » comme femme de ménage et intérimaire dans des foyers privés. Les deux parlent bien l'allemand, ont un grand cercle d'amis, ils sont aussi bénévoles dans diverses associations. « Livia », leur fille de 10 ans va à l'école et connaît seulement la Suisse. La demande de cas de rigueur de la famille fut appuyée par multiples références positives de la part de la population de Bâle-Ville.

L'ODM comme aussi en dernière instance le TAF ont pourtant refusé la demande avec comme justification que la longueur de leur séjour ne pouvait être reconnu dans le cadre d'un séjour illégal. De plus, on ne pouvait pas constater une intégration exceptionnelle, une réintégration dans le pays d'origine était donc possible, aussi pour « Livia ».

⁵² Le [Cas 79](#) a été documenté par l'observatoire suisse orientale.

Cas 53 du 17 novembre 2008⁵³

La Filipinienne « Camila » arrive en Suisse en 1990 et trouve rapidement un emploi comme domestique privée auprès de fonctionnaires internationaux. Le DFAE lui fournit à ce titre un permis de séjour et de travail basé sur une directive qui règlemente le séjour de domestique privé de mission diplomatique et consulaire et de fonctionnaires internationaux.⁵⁴ D'après celle-ci, le regroupement familial est interdit. En 1996, « Camila » met au monde un fils, « Pablo ». Selon la directive, elle n'a pas le droit de le garder auprès d'elle. Tout de même elle tente, en vain, d'obtenir un permis de séjour pour « Pablo ». Elle décide de le garder auprès d'elle. En 2003, les autorités apprennent que l'enfant se trouve toujours illégalement en Suisse et ne renouvèlent pas le permis de « Camila ». Elle dépose alors une demande de cas de rigueur basé sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr qui est approuvée par le canton compétent. Celui-ci transmet la demande à l'ODM. Non seulement l'ODM mais aussi le tribunal administratif fédéral nient un cas de rigueur. « Pablo », âgé de 12 ans, doit quitter la Suisse avec sa mère bien qu'il ne parle pas de filipino et a effectué toute sa scolarité en Suisse. Lors du refus, « Camila » a vécu et travaillé 18 ans en Suisse.

III.4.1 Considération de la durée de séjour

Les deux cas ont en commun, que les adultes séjournent et travaillent en Suisse depuis maintes années – respectivement 15 et 18 ans. Ainsi « Camila » comme « Mauro » et « Sabina » sont parfaitement intégrés en Suisse, parlent très bien l'allemand ou bien le français et ont fondé un réseau stable de relations sociales. De plus, les deux familles ont des enfants d'âge scolaire, qui ont grandi en Suisse et s'y sont fait des amis. Malgré ces circonstances qui pourraient très bien justifier une situation de détresse personnelle, les autorités compétentes refusent de leur donner un permis humanitaire.

Le tribunal fédéral a noté dans un jugement qu'à partir d'une durée de séjour de plus de dix ans, les demandes envers les autres critères (par ex. intégration, situation familiale etc.) sont réduites, à la condition que les demandeurs se soient comportés d'une manière irréprochable, soient fiscalement indépendants et soient bien intégrés professionnellement.⁵⁵ Au premier coup d'œil, ce jugement paraît positif. Il est cependant nécessaire d'ajouter que pour les cas qui nous concernent, il ne reste aucun critère d'après l'art. 31 OASA qui ne soit pas satisfait. On peut conclure qu'une longue durée de séjour ne garanti que partiellement le droit à une approbation de cas de rigueur.⁵⁶

⁵³ Le [Cas 53](#) a été documenté par l'observatoire suisse romand.

⁵⁴ [Directive](#) sur l'Engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse.

⁵⁵ ATF 124 II 110 E.3.

⁵⁶ OSAR (2009), p. 247 ss.

La demande de cas de rigueur de « Mauro » et « Sabina » a été rejetée entre autre avec la justification, qu'une longue durée de séjour ne peut être considérée quand la présence était illégale. Une telle exception du critère de la longueur du séjour n'est prévue ni dans la loi sur les étrangers, ni dans l'ordonnance correspondante (OASA), mais est statué par la jurisprudence.⁵⁷ De l'avis de l'ODAE-Suisse, une telle justification ridiculise le but de la réglementation des cas de rigueur et les mène ad absurdum. L'expérience montre que la mesure et le succès de l'intégration ne dépendent pas de la réglementation du séjour.⁵⁸ Le cas de « Mauro » et « Sabina » illustre très bien cette situation.

III.4.2 L'âge de l'enfant et sa possible réintégration

L'âge des enfants concernés dans les deux cas complique encore la situation. « Livia » avait 10 ans et « Pablo » 12 lors de la soumission de demande. Pour des enfants scolarisés plus jeunes, la pratique de justice est bien plus restrictive en ce qui concerne la reconnaissance d'un cas de rigueur que pour des adolescents. Par exemple, on part du fait que l'éloignement émotionnel de l'enfant envers les parents n'a pas encore eu lieu et que l'enfant est donc encore accroché au pays d'origine des parents.⁵⁹ La justice part du fait que les enfants jeunes sont en général très capables de s'adapter et qu'ils n'ont donc pas de difficultés à se réintégrer dans le pays d'origine des parents.⁶⁰ Un déracinement comme conséquence de retour exigé n'est pas absolument exclu mais estimé être moins significatif que pour des adolescents.⁶¹ Des enfants qui ne sont pas encore adolescents n'ont presque aucune chance d'être reconnus par la justice comme cas de rigueur, peu importe le temps qu'ils ont déjà passé en Suisse. Souvent la situation à laquelle les enfants seraient exposés dans le pays d'origine est à peine examinée par les juges. Le tribunal administratif fédéral part du fait qu'un enfant (jeune) est capable de s'adapter partout et qu'un renvoi ne représente donc pas un cas de rigueur grave. Cette manière d'agir néglige pourtant un point important : L'examen d'un cas de rigueur « ne peut pas avoir lieu sans prendre en compte la situation personnelle, familiale et économique à laquelle une personne étrangère serait exposée après un retour dans leur pays d'origine » (cf : ATF 123 II 125).⁶²

⁵⁷ TAF, 2007/16, E. 5.4.

⁵⁸ cf. OSAR (2009), p. 247 ss. Ceci a été admis implicitement par le tribunal fédéral: ATF 2A.578/2005 du 3.2.2006 et ATF 2A 679/2006 du 9.2.2007.

⁵⁹ cf. TAF 2007/16, E.9.

⁶⁰ TAF C-8270/2008, E. 6.7.

⁶¹ OSAR (2009), p. 248 ss.

⁶² TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010 E. 5.3.

La situation dans le pays d'origine devrait être analysée très soigneusement en raison de la fragilité de l'enfant, il ne faudrait pas considérer automatiquement que l'enfant jouit d'une grande capacité d'adaptation. L'âge de l'enfant comme critère de réintégration semble à première vue convaincant, il s'avère pourtant limité. On ne peut que dans des cas rares contester la bonne intégration d'un enfant âgé de 10 ans, né ici et qui a passé toute sa vie en Suisse, comme « Livia » dans le Cas 79. Il n'est pas clair pourquoi un enfant qui connaît seulement la Suisse et seulement la mentalité suisse, aurait moins de problèmes de se réintégrer dans le pays d'origine. En plus, en considérant seulement l'âge, un seul critère de l'examen d'un cas de rigueur est couvert. Nier un cas de rigueur seulement à cause de ce critère semble problématique vu la législation et spécialement celle en vue du bien-être de l'enfant.

IV. Conclusion

Les demandes de cas de rigueur déboutées sont lourdes de conséquences pour les familles et surtout pour les enfants touchés par la décision. Ceci apparaît clairement dans les cas décrits. Le tribunal fédéral et le tribunal administratif fédéral indiquent sans cesse dans leurs décisions⁶³ qu'il est nécessaire d'accorder une importance particulière au bien-être de l'enfant dans les demandes de cas de rigueur posées par les familles. Les cas documentés ne reflètent malheureusement pas cette attitude. Au cours de l'appréciation d'une demande de cas de rigueur, le bien-être de l'enfant ainsi que d'autres garanties de la convention sur les droits de l'enfant semblent toujours passer après d'autres intérêts, particulièrement après ceux de la politique de migration.

Un problème important concernant la pratique suisse envers les cas de rigueur est *le grand pouvoir d'appréciation* du côté des cantons. Celui-ci est dû d'un côté aux réglementations vagues de la loi sur l'asile, d'un autre côté à la nécessité d'interpréter les critères requis trop imprécis. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que les autorités arrivent régulièrement à des décisions arbitraires. Les requérants d'asile (déboutés) sont touchés d'une manière particulièrement pénible et n'ont *aucune possibilité de recours*. Ceci a pour conséquence, que le pouvoir d'appréciation des autorités ne peut être vérifié par une instance judiciaire et que les personnes concernées sont livrées sans défense à *l'arbitraire des autorités*.

Les huit cas individuels documentés montrent que les demandes de cas de rigueur sont analysées sans interroger et écouter les enfants et adolescents touchés à propos de leur situation. Si, la situation de l'enfant a été examinée, seuls les critères comme leur âge ont été pris en compte. Pour des enfants plus jeunes, comme « Livia » ou « Pablo » on assume que grâce à leur âge (10 et 12 ans) ils n'auraient aucun problème de réintégration dans le pays d'origine de leurs parents.⁶⁴ Cette attitude est en contradiction avec la convention des droits de l'enfant, qui d'après l'art. 12 contraint les états parties de *considérer sérieusement les opinions de l'enfant* en égard de son âge et de son degré de maturité. Selon l'ODAE-Suisse, il est indispensable de prendre en considération l'opinion des enfants, car c'est le seul moyen d'estimer de quelle façon un renvoi dans le pays d'origine influencerait leur développement et comment un retour influencerait leur bien-être.⁶⁵ Pour les enfants et les adolescents qui vivent en Suisse depuis maintes années, le centre de leur vie sociale se trouve en Suisse – c'est ici qu'ils ont leurs copains, leur école, les clubs de sport, les scouts etc. Un renvoi dans un pays qui leur est inconnu est donc particulièrement cruel.

L'approbation de cas de rigueur comme prévu par la loi sur l'asile et sur les étrangers est supposé régulariser le séjour de personnes présentes en Suisse illégalement à condition qu'ils satisfassent à certains critères. La possibilité d'une régularisation correspond donc explicitement

⁶³ cf. TAF C-8270/2008 du 10. Mai 2010 E. 6.5., TAF C-4306/2007 du 11. Dec. 2009 E. 7.4.

⁶⁴ cf. Chapitre III.4.2..

⁶⁵ cf. Rumo-Jungo/Spescha (2009), p. 1103 ss.

à la volonté du législateur. La flagrante inégalité concernant la pratique utilisée par les cantons n'est pas conciliable avec la possibilité de régularisation. L'ODAE-Suisse exige donc une application juste et uniforme de la régulation des cas de rigueur, indépendante de l'orientation politique des autorités cantonales, prenant en compte les droits de l'enfant et garantissant les droits de l'homme.

© Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers, novembre 2010

V. Bibliographie

BAUR, THOMAS: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH: Die Härtefallregelung im Asylbereich – Kritische Analyse der kantonalen Praxis, Berne, 24. mars 2009.

BOLZLI, PETER: Kommentar zu Art. 84 AuG, dans: Spescha, Marc / Thür, Hanspeter / Zünd, Andreas / Bolzli, Peter (Hrgs.), Migrationsrecht, Kommentar, Zurich, 2009, p. 201-204.

NIDERÖST, PETER: Sans-papiers in der Schweiz, dans: Peter Uebersax / Beat Rudin / Thomas Hugi Yar / Thomas Geiser [Hrgs.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Volume VIII, 2. éd., Bâle, 2009, p. 373-415.

RUMO-JUNGO, ALEXANDRA / SPESCHA, MARC: Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten. Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte, dans: AJP / PJA 9 / 2009, p. 1103 ss.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (Hrgs.): Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Berne, 2009.

ZIMMERMANN, YVONNE: Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers: Droits de l'enfant et application des lois suisses sur les migrants, Berne, août 2009.