



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

INHALTSVERZEICHNIS/SOMMAIRE

Editorial

- 2 Flüchtlinge schützen – Menschenwürde wahren

Abhandlungen/Développements

- 3 Illegaler Aufenthalt: Das Leben als «Dauerdelikt»?
- 8 La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dans le domaine du droit d'asile** (suite d'ASYL 3/14)
- 18 Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen
- 26 Les mesures dissuasives et leurs limites : données empiriques et réflexions au sujet du nouvel Art.3, al. 3 LAsi et de la suppression des demandes d'asile en ambassade

Informationen/Informations

- 34 La nouvelle loi sur la nationalité ou l'art du marchandage politique

Rechtsprechung/Jurisprudence

- 36 Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-473/13 und C-514/13, Bero und Bouzalmate, Urteil v. 17.7.2014 sowie Rs. C-474/13, Pham, Urteil v. 17.7.2014
- 39 Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Urteil vom 6. Juni 2014, Rs. C-146/14 PPU, Mahdi

Publikationen/Publications

- 42 Europäische Grundrechteagentur, EGMR, Europarat (Hrsg.): Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich Asyl, Grenzen und Migration, Ausgabe 2014

Veranstaltungen/Événements

- 36 «Aspects procéduraux du nouveau droit d'asile» – Formation continue juridique de l'OSAR Berne, jeudi 4 décembre 2014 (journée entière, français et allemand)
«Verfahrensrechtliche Aspekte des neuen Asylrechts» – Weiterbildung der SFH

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



Stämpfli Verlag AG
CH-3001 Bern

Robin Stünzi*

Les mesures dissuasives et leurs limites : données empiriques et réflexions au sujet du nouvel art.3 al. 3 LAsi et de la suppression des demandes d'asile en ambassade

Le 28 septembre 2012, le Parlement a adopté un certain nombre de modifications urgentes de la loi sur l'asile, entrées en vigueur le jour suivant. Un référendum a ensuite été déposé et une majorité des votants (78.4 %) s'est prononcée en faveur de ces mesures urgentes lors de la votation populaire du 9 juin 2013. Par la suite, le Conseil fédéral a publié un message¹ pour prolonger la durée de validité de ces modifications et cette prorogation a été acceptée par le Parlement le 26 septembre 2014.

Cette contribution souhaite dresser un premier bilan deux ans après l'entrée en vigueur de ces mesures en focalisant son attention sur deux d'entre elles : l'ajout de l'alinéa 3 à l'art. 3 LAsi précisant que les déserteurs et objecteurs de conscience ne sont pas considérés comme réfugiés, et l'abrogation de l'art. 19, al. 1 et art. 20 LAsi, supprimant la possibilité de demander l'asile dans les ambassades.

Ces deux dispositions ont été choisies pour l'analyse car elles mettent en lumière des questions fondamentales au sujet des objectifs, de l'impact et de la valeur symbolique des politiques d'asile menées actuellement en Suisse et en Europe. Avant d'aborder ces questions d'ordre général, cette contribution cherche à comprendre l'influence que ces deux mesures ont pu avoir sur les pratiques des autorités fédérales et sur les comportements des personnes concernées (demandeurs d'asile, réfugiés arrivés en Suisse ou à l'étranger). Pour répondre à ces différents objectifs, l'étude s'appuie sur la consultation de documents officiels, de rapports publiés par divers organismes, de la jurisprudence publiée par le Tribunal administratif fédéral (TAF), de données statistiques ainsi que sur une série d'entretiens menés auprès de collaborateurs de l'Office fédéral des Migrations (ODM) et de demandeurs d'asile dans le cadre d'une observation participante effectuée dans le centre d'accueil pour requérants d'asile de Lyss-Kappelen (BE) entre septembre 2012 et avril 2014.

1. Art. 3 al. 3 LAsi : la «lex erythrea» et ses implications

Après l'adoption des mesures urgentes, un nouvel alinéa 3 est venu compléter l'article 3 LAsi. Il apporte une précision à la définition de la notion de réfugié et il est formulé de la manière suivante : «Ne sont pas des réfugiés les personnes qui, au motif qu'elles ont refusé de servir ou déserté, sont

exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être. Les dispositions de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés sont réservées». Les arguments à l'origine de cette mesure étaient clairement liés à la volonté de dissuader les ressortissants érythréens à déposer une demande d'asile en Suisse, ce qui a amené certains acteurs à parler de «lex erythrea»². En effet, cette mesure avait été concoctée par les services du Département fédéral de justice et police (DFJP), alors dirigé par Christoph Blocher, pour répondre à des interventions parlementaires s'inquiétant de l'augmentation des demandeurs d'asile d'origine érythréenne depuis 2006³. Les parlementaires concernés attribuaient cette hausse à l'arrêt de principe de l'ancienne Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA)⁴.

Au moment de l'adoption du nouvel al. 3 à l'art. 3 LAsi, certains milieux craignaient que cette mesure conduise l'ODM à octroyer l'admission provisoire en lieu et place de l'asile aux personnes concernées⁵. Néanmoins, le message du Conseil fédéral ainsi que les discours de la Conseillère fédérale en charge du dossier soulignaient que la désertion n'avait jamais représenté, en soi, un motif d'asile déterminant et que cette mesure ne modifierait en rien la pratique de l'ODM et du TAF. Une étude publiée en mai 2013 par trois membres du Centre de Droit des Migrations (CDM) confirmait la teneur symbolique de cette disposition⁶. Elle montrait en effet que la pratique de l'ODM n'avait pas connu d'évolution importante en matière de décisions concernant les demandeurs d'asile érythréens, le taux d'octroi de l'asile étant resté stable.

Plus d'une année après la publication de cette recherche, cette contribution se propose de vérifier si cette tendance se confirme. Mais compte tenu de l'objectif initial de la disposition discutée, à savoir la dissuasion des requérants d'asile d'origine érythréenne, l'étude ne souhaite pas s'arrêter là et vise à approfondir les connaissances concernant les flux d'asile des ressortissants érythréens. Ainsi, nous examinons les fluctuations récentes des demandes d'asile déposées par ces personnes, nous les comparons aux chiffres disponibles

² Voir notamment les prises de position de amnesty international <http://www.amnesty.ch/fr/actuel/magazine/2012-70/erythre-recrutement-force-pour-le-service-national> et «stopexclusion» www.stopexclusion.ch/IMG/pdf/Mesures_urgentes_resumees_1_.pdf.

³ Voir l'interpellation de Jasmin Hutter-Hutter No 07.3178 du 22.03.2007 «Augmentation massive des demandes d'asile en provenance d'Erythrée» et celle du groupe parlementaire UDC No 08.3353 du 12.06.2008 «Jusqu'où ira-t-on dans les admissions en masse de requérants d'asile érythréens».

⁴ Voir JICRA 2006/3 : «En Erythrée, la peine sanctionnant le refus de servir ou la désertion est démesurément sévère ; elle doit être rangée parmi les sanctions motivées par des raisons d'ordre politique («malus absolu»). Les personnes nourrissant une crainte fondée d'être exposées à une telle peine doivent être reconnues comme réfugiées».

⁵ Voir notamment les prises de position de la Commissions fédérale pour les questions de migrations www.ekm.admin.ch/ekm/fr/home/aktuell/stellungnahmen/2013/2013-05-21.html et de «stopexclusion» www.stopexclusion.ch/IMG/pdf/Mesures_urgentes_resumees_1_.pdf.

⁶ Voir De Senarclens, Clément, Matthey Fanny et Stünzi, Robin (2013), Modifications de la loi sur l'asile soumises en votation fédérale le 9 juin 2013: données empiriques utiles au débat public, CDM.

* Robin Stünzi est assistant-doctorant au Centre de droit des migrations (CDM), Université Neuchâtel.

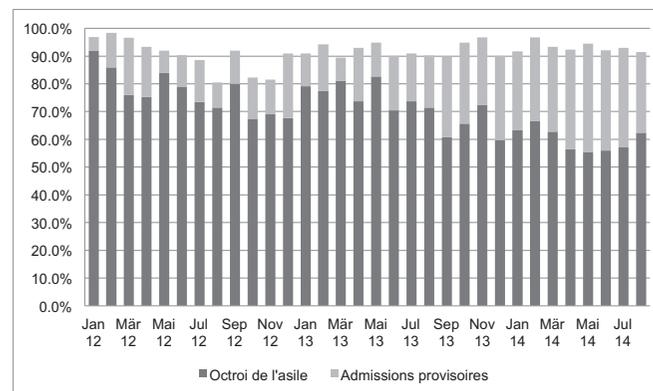
¹ Message du Conseil Fédéral sur la prorogation des modifications urgentes de la loi sur l'asile du 26 février 2014, FF 2014 2013.

à l'échelon européen, et nous cherchons à mettre en lumière certains facteurs explicatifs⁷.

2. L'impact sur les pratiques des autorités

Deux ans après l'adoption de cette mesure, un regard sur les statistiques publiées par l'ODM incite à penser que l'adoption de cette mesure ne change pas significativement la pratique concernant les décisions relatives aux demandes d'asile déposées par des ressortissants érythréens. Néanmoins, la figure 1.1. montre une légère tendance à la baisse du taux d'octroi de l'asile et à la hausse des décisions d'admissions provisoires pour cette catégorie de personnes depuis la fin de l'année 2013. Si une majorité de ressortissants érythréens continue d'obtenir l'asile en Suisse, les taux de reconnaissance dépassant les 90 % n'ont plus jamais été atteints et des taux inférieurs à 60 % ont été observés cette année. Parallèlement, les taux d'octroi de l'admission provisoire ont augmenté depuis 2013 et oscillent actuellement autour des 30 à 40%. Mais selon les personnes interrogées à l'ODM, il serait erroné d'attribuer cette tendance à un changement de pratique liée à la nouvelle disposition. D'autres facteurs, liés aux caractéristiques individuelles des personnes pour lesquelles les décisions ont été prises, pourraient expliquer cette évolution. En ce qui concerne la jurisprudence, aucun arrêt de principe n'a été publié par le TAF jusqu'à présent, mais un tel arrêt, qui se penchera sur la portée de l'art. 3 al. 3 Lasi, est en préparation dans le cadre d'un recours introduit par un ressortissant syrien⁸.

Figure 1.1. Taux d'octroi de l'asile et de décisions d'admission provisoire pour des demandes déposées par des ressortissants érythréens en 1ère instance (janvier 2012–août 2014)⁹



Source : ODM/Stünzi

Tous les acteurs et observateurs avisés de la politique d'asile suisse s'accordent pour dire que cette mesure ne change pas significativement la pratique des autorités. Ce simple constat devrait inciter les responsables politiques à l'origine de cette disposition à mener une réflexion sur le sens de leur action. Mais l'objectif de cette contribution se situe ailleurs et consiste, compte tenu du but initial de cette disposition, à questionner les objectifs dissuasifs des politiques d'asile mises en place en Suisse et en Europe à l'aide de certaines données concernant les demandeurs d'asile d'origine érythréenne.

3. Redirection des flux d'asile des requérants : pistes explicatives

Car en se penchant sur les statistiques concernant les demandes d'asile déposées par des ressortissants érythréens en Suisse et dans d'autres pays européens, nous constatons une légère tendance à la baisse pour ce qui concerne la Suisse entre la fin de l'année 2012 et le début 2014, alors que cette tendance n'est pas observée pour les autres pays européens (voir figure 1.2.). Il est ainsi possible de parler d'une redirection des flux de demandeurs d'asile d'origine érythréenne durant cette période. En l'occurrence, ceux-ci se sont davantage dirigés vers les pays suivants : Suède, Norvège, Pays-Bas et Allemagne¹⁰. Les chiffres présentés ci-après permettent aussi de constater l'importante augmentation des demandes d'asile déposées par des ressortissants érythréens en Europe depuis la fin 2013 et surtout depuis le printemps de cette année, une évolution en partie expliquée par l'existence de l'opération «Mare Nostrum». En outre, une hausse importante a été constatée en Suisse depuis le

⁷ Pour tout ce qui concerne les informations relatives aux demandeurs d'asile d'origine érythréenne, l'auteur s'appuie également sur des discussions et des précisions fournies par David Bozzini, anthropologue et spécialiste de l'Erythrée. Qu'il en soit ici sincèrement remercié.

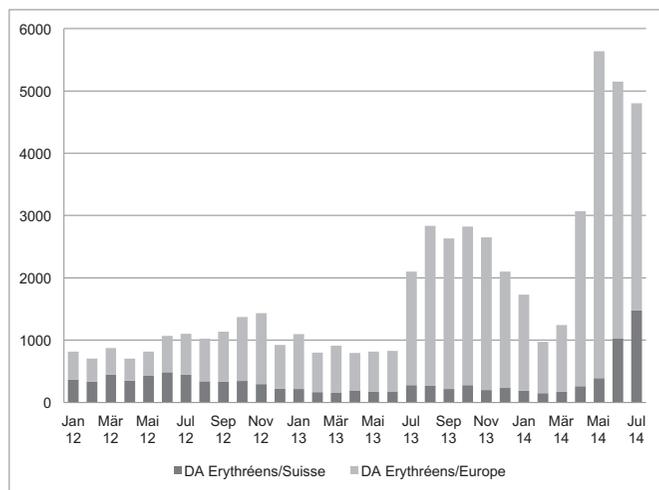
⁸ Cette information a été obtenue auprès de Claudia Cotting-Schalch, juge à la Cour IV au TAF lors de son workshop intitulé «Premier bilan de l'impact des dernières révisions de la LAsi sur la jurisprudence du TAF» tenu lors des «Journées du droit des migrations», Berne, 28–29.08.2014. L'auteur la remercie pour cette information.

⁹ Ce calcul a été réalisé en ne tenant pas compte des décisions de non-entrée en matière liées à Dublin.

¹⁰ Voir les statistiques fournies par EUROSTAT.

mois de juin 2014, une tendance qui appelle des explications scientifiquement fondées que cette contribution n'est pas en mesure de fournir.

Figure 1.2. Nombre de demandes d'asile déposées par des ressortissants érythréens en Suisse et en Europe (janvier 2012–juillet 2014)¹¹.



Source : ODM/EUROSTAT

En revanche, cette étude permet d'apporter des réponses concernant la (relative) perte d'attractivité de la Suisse pour les demandeurs d'asile d'origine érythréenne depuis la fin 2012 jusqu'au mois de mai 2014. En identifiant certains facteurs conduisant au choix des pays d'asile, cette étude apporte une petite contribution à un débat qui été à l'origine de nombreuses recherches empiriques de plus grande envergure, menées en Suisse ou à l'étranger¹². D'emblée, il faut rappeler que toutes ces recherches s'accordent pour signaler que la fluctuation des demandes d'asile n'est pas liée aux politiques d'asile des pays d'accueil, mais d'abord au contexte sociopolitique des pays de départ. Par ailleurs, les choix des pays d'accueil sont d'abord déterminés par la proximité géographique, les liens culturels et linguistiques ainsi que les contacts établis entre les compatriotes, ce qui est très clairement confirmé par le fait que l'écrasante majorité des personnes fuyant des persécutions ou des situations de guerre se trouvent à proximité des zones de conflit.

En ce qui concerne les personnes qui parviennent tant bien que mal à rejoindre l'Europe pour y demander l'asile,

des critères indépendants des politiques mises en place ont été mis en avant : la réputation du pays en matière de qualité de vie, de sécurité ou de respect des droits humains contribuent à son attractivité. Les résultats de ces recherches sont davantage contrastés en ce qui concerne l'impact des politiques migratoires sur le choix du pays de destination. Néanmoins, plusieurs études ont montré que les mesures ayant trait à la probabilité pour les requérants d'asile d'obtenir un statut de séjour légal étaient susceptibles d'influencer leurs choix. Les restrictions/possibilités d'accès au marché du travail semblent également avoir un impact sur le choix d'un pays de destination¹³.

Une série de dix entretiens réalisés auprès de demandeurs d'asile d'origine érythréenne dans un centre d'accueil pour requérants d'asile entre septembre 2012 et avril 2014 invite à mettre certaines de ces données à jour et à réfléchir sur le sens des politiques dissuasives. Tout d'abord, tous les interlocuteurs interrogés mettent en avant le rôle de l'évolution des technologies de communication dans les informations qui circulent au sujet des pays d'accueil. Les réseaux sociaux et les plateformes virtuelles de communication ont ainsi contribué à augmenter considérablement le volume et la rapidité des informations échangées, du moins pour ce qui concerne la diaspora érythréenne.

Ceci devrait inciter les chercheurs travaillant sur l'attractivité des pays d'accueil à intégrer ces données dans leurs recherches pour vérifier si ces nouveaux moyens de communication peuvent aussi influencer sur la nature des informations échangées. Ensuite, il ressort de ces entretiens que les renseignements concernant les politiques mises en œuvre dans les pays d'accueil sont jugés pertinents par la totalité des personnes interviewées. Seulement, ceux-ci sont perçus de manière très différente selon le type de mesures et leurs implications. Ainsi, et de manière peu surprenante, la nouvelle disposition inscrite à l'alinéa 3 de l'art. 3 LAsi est largement ignorée : un seul requérant d'asile sur les dix personnes interrogées était au courant de cette modification et il ne jugeait pas cette information pertinente.

En revanche, deux catégories d'information relevant des politiques d'asile mises en œuvre dans les pays d'accueil sont considérées comme très importantes chez les personnes interrogées. Il s'agit tout d'abord du type de statut de séjour que les personnes sont susceptibles d'obtenir et ce qu'il offre comme opportunités en terme d'accès au marché du travail et au regroupement familial, ce qui corrobore les résultats obtenus par Thielemann dans ces recherches sur l'ensemble des pays européens¹⁴. Mais les personnes interrogées ne jugent pas la tendance esquissée dans la figure 1.1. (à savoir une tendance à la diminution de l'octroi de l'asile

¹¹ Pour l'Europe, les pays pris en considération sont les pays de l'UE-28 + la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein et la Suisse.

¹² Voir notamment : Besson, Roger et Pigué, Etienne (2005). Trajectoires d'asile africaines : répartition des demandes d'asile en Europe et effets des politiques. Neuchâtel : Swiss Forum for Migration and Population Studies ; Efonyi-Mäder, Denise et al. (2001). Asyldestination Europa : eine Geographie der Asylbewegungen. Zürich : Seismo ; Thielemann, Eiko R. (2006). The effectiveness of asylum policy in controlling unwanted migration, in Parsons, Craig A. et Smeeding, Timothy A. (éd.), Immigration and the Transformation of Europe. Cambridge : Cambridge University Press, p. 442–472.

¹³ Voir notamment Thielemann, Eiko R. (2006). The effectiveness of asylum policy in controlling unwanted migration, in Parsons, Craig A. et Smeeding, Timothy A. (éd.), Immigration and the Transformation of Europe. Cambridge : Cambridge University Press, p. 442–472.

¹⁴ Idem.

et à l'augmentation des décisions d'admissions provisoires) responsable de la (relative) diminution de l'attrait de la Suisse auprès des demandeurs d'asile érythréens et de la redirection des flux observée depuis fin 2012.

Un autre élément, moins présent dans la littérature consacrée au sujet, est constamment mis en avant par la totalité des personnes interviewées: la durée de traitement de leur demande d'asile. Une unanimité s'est ainsi très rapidement dessinée pour affirmer que de nombreuses connaissances avaient préféré demander l'asile dans d'autres Etats européens compte tenu de la lenteur du traitement de leurs dossiers en Suisse comparativement à d'autres pays. Les déclarations du directeur de l'ODM et certaines études consacrées aux durées des procédures tendent à leur donner raison. En effet, la stratégie de hiérarchisation des demandes poursuivie par l'ODM, impliquant un traitement prioritaire des demandes «manifestement infondées»¹⁵ a contribué à geler le traitement des demandes déposées par des ressortissants érythréens, ce qui a été confirmé par des données récoltées et analysées par les observatoires du droit d'asile et des étrangers (ODAE) dans une publication de février 2014¹⁶. Ainsi, un constat assez ironique se dessine : alors que la classe politique, dans sa grande majorité, réclame à cor et à cri une accélération de la procédure afin de «réduire l'attractivité de la Suisse en matière d'asile», il semble que c'est précisément la lenteur des procédures qui diminue l'attrait de la Suisse pour certaines catégories de requérants d'asile. Le constat devient carrément cynique si l'on ajoute que ces personnes sont celles qui ont le besoin le plus manifeste de protection.

4. La «lex erythrea» et les limites des politiques dissuasives

A notre sens, le cas de la «lex erythrea» illustre parfaitement les limites auxquelles conduit la compétition à la sous-enchère que se livrent les pays européens pour réduire leur attractivité en tant que pays d'asile. Outre la détérioration des mécanismes de solidarité interétatique que cette concurrence entraîne, la poursuite effrénée des objectifs dissuasifs conduit à une impasse, particulièrement lorsqu'elle vise des personnes dont on sait qu'elles nécessitent une protection (les prétendus «réfugiés politiques» selon la distinction artificielle qui les oppose aux «réfugiés économiques» dans le débat public). En ce sens, la tentative suisse de dissuasion des requérants d'asile érythréens constitue un exemple symptomatique car elle met en lumière le dilemme auquel

doivent faire face les autorités de la plupart des Etats d'accueil : soit elles mettent en place des mesures symboliques pour rassurer leur opinion publique en sachant pertinemment qu'elles n'auront aucun effet sur les personnes concernées, soit elles réussissent effectivement à dissuader les candidats à l'asile en instaurant des pratiques contraires à leurs engagements internationaux (en l'occurrence, la Convention relative au statut des réfugiés), à leur propre législation (la loi sur l'asile) ou à des principes qu'ils entendent respecter dans le cadre d'un Etat de droit (en l'occurrence, le principe de célérité).

5. Suppression des demandes d'asile dans les ambassades

Les anciens articles 19 alinéa 1 et 20 LA si prévoyant qu'une demande d'asile pouvait être déposée auprès d'une représentation suisse à l'étranger ont été abrogés suite à l'adoption par le Parlement des modifications urgentes. A nouveau, cette décision relève de la politique dissuasive en matière d'asile et repose sur des arguments ayant trait à l'attractivité trop grande de la Suisse en comparaison européenne, puisqu'elle était désormais le seul pays européen à encore connaître cette pratique. Cette mesure a été vivement critiquée par certains parlementaires, des organisations de défense des migrant-e-s et certains scientifiques, qui voyaient dans la possibilité de demander l'asile dans les ambassades un moyen efficace de protéger les personnes les plus vulnérables et les moins mobiles, et un instrument de lutte contre le recours aux réseaux de passeurs. La Conseillère fédérale en charge du dossier a affirmé que la Suisse préserverait sa tradition humanitaire en laissant des possibilités aux personnes les plus vulnérables d'accéder à la procédure d'asile en Suisse par le biais du visa pour motifs humanitaires et par une politique de contingents dans laquelle la Suisse s'engagerait activement¹⁷. Cette contribution se penche sur l'impact de cette mesure et examine les différents moyens mis en œuvre pour protéger des personnes n'ayant pas encore accédé au territoire suisse.

6. Poursuite du traitement des demandes d'asile déposées à l'étranger avant l'entrée en vigueur du nouveau droit

Tout d'abord, il faut signaler qu'aux termes des dispositions transitoires, les demandes d'asile déposées à l'étranger avant l'entrée en vigueur des mesures d'urgence restent soumises à l'ancien droit. Au moment où cette mesure a été adoptée, il y avait encore 16 425 demandes d'asile pendantes, et l'ODM en recensait 5405 le 30 septembre 2014, si bien qu'il continue de

¹⁵ Gattiker, Mario (2013). Vom Gebot der Beschleunigung des Asylverfahrens zur Neustrukturierung des Asylbereichs in Asyl, Sondernummer Asylsymposium 2013, p. 13.

¹⁶ Duarte, Mariana et al. (2014). Asile à deux vitesses. Enjeux juridiques et conséquences sur le plan humain des délais excessifs dans le traitement des demandes d'asile, Rapport de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers.

¹⁷ Voir notamment ses interventions au Conseil des Etats, 12.12.2011 (BO CE 2011 1122) et devant le Conseil national, 13.06.2012 (BO CN 2012 1085).

traiter de telles demandes. D'après les informations recueillies auprès de l'office, 1005 autorisations d'entrées ont été octroyées en 2012 (dont 114 entre le 29 septembre et le 31 décembre), 292 en 2013 et 265 en 2014 jusqu'au 30 septembre..

Par ailleurs, de nombreux recours ont été déposés contre ces décisions et le TAF continue également de les traiter (pas moins de 776 procédures de recours ont été introduites entre le 29 septembre 2012 et le 30 septembre 2014)¹⁸, ce qui pourrait avoir pour conséquence le développement d'une jurisprudence sur une norme «morte». La lecture des arrêts publiés par le TAF nous rappelle que sous l'ancien droit, l'octroi d'une autorisation d'entrée était déjà soumis à des conditions restrictives, et que l'autorité disposait d'une marge d'appréciation étendue pour dire si celles-ci étaient réunies.¹⁹ Outre l'existence d'une mise en danger au sens de l'art. 3 LAsi, elle prenait en considération d'autres éléments, notamment l'existence de relations étroites avec la Suisse ou un pays tiers, l'assurance d'une protection dans un autre Etat, la possibilité effective et l'exigence objective de rechercher une protection ailleurs qu'en Suisse ainsi que les possibilités d'intégration²⁰.

7. Visas humanitaires

Lors des débats au Parlement et ceux qui se sont déroulés dans le cadre de la campagne de votation, la Conseillère fédérale en charge du dossier a plusieurs fois répété que le visa pour motifs humanitaires pourrait représenter une alternative crédible à la suppression des demandes d'asile en ambassade. En vertu de l'art. 2 al. 4 de l'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV) et de l'art. 5 par. 4 let. c du code frontière Schengen, il est en effet prévu que des visas humanitaires, qui sont des visas Schengen à validité territoriale limitée (art. 12 al. 4 OEV), peuvent être délivrés aux personnes nécessitant une protection. La directive 322.126 publiée par l'ODM le 28 septembre 2012 et modifiée le 25 février 2014 souligne le caractère exceptionnel du visa pour motifs humanitaires et précise les critères de son octroi. Ainsi, un visa humanitaire est délivré lorsqu'il y a lieu de considérer que «la vie ou l'intégrité physique d'une personne est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays d'origine ou de provenance». Il est en outre précisé que «si l'intéressé se trouve déjà dans un Etat tiers, on peut considérer en règle générale qu'il n'est plus menacé».

¹⁸ Ces informations, ainsi que d'autres au sujet des pratiques du TAF contenues dans cette contribution, ont été obtenues auprès de Claudia Cotting-Schalch, juge à la Cour IV au TAF, et lors de son workshop intitulé «Premier bilan de l'impact des dernières révisions de la LAsi sur la jurisprudence du TAF» tenu lors des «Journées du droit des migrations», Berne, 28-29.08.2014. L'auteur la remercie pour ces informations.

¹⁹ Voir ATAF 2011/10, consid. 3.3.

²⁰ Idem.

La solution trouvée par le Conseil fédéral pour «préserver la tradition humanitaire de la Suisse»²¹ par l'intermédiaire des visas humanitaires pose donc des conditions d'entrée en Suisse plus restrictives qu'auparavant sous l'angle des demandes d'asile déposées dans les représentations à l'étranger. Cela se traduit en premier lieu par des chiffres. Alors que le nombre d'entrées octroyées entre 2006 et 2012 se situait en moyenne à environ 200 par année, des statistiques fournies par l'ODM montrent que seules 86 demandes de visas humanitaires ont été acceptées entre le 29 septembre 2012 et le 31 août 2014²². Les chiffres concernant le nombre de recours déposés auprès du TAF traduisent la même tendance : entre le 29 septembre 2012 et le 30 septembre 2014, 776 procédures de recours introduites auprès du TAF concernaient des demandes d'asile introduites à l'étranger alors que 98 procédures de recours concernaient des visas humanitaires pour la même période. Selon nous, cette évolution peut être attribuée à trois grands types de facteurs explicatifs.

Premièrement, il semble que la «publicité» faite au sujet de la suppression des demandes d'asile en ambassade a produit l'effet escompté chez les personnes visées par cette mesure. Deux faits chiffrés viennent corroborer cette interprétation. D'une part, la hausse massive des demandes d'asile en ambassade pour les mois précédant immédiatement la décision du Parlement²³ laisse clairement supposer que les personnes concernées avaient été informées de la suspension imminente de ce droit. D'autre part, le très faible nombre de personnes (162) ayant sollicité les représentations à l'étranger durant la première année d'application du nouveau droit²⁴ laisse supposer que les ambassades se sont bien gardées de faire de la communication proactive en faveur des visas humanitaires. Selon cette première explication, la diminution des autorisations d'entrée constatée ci-dessus ne tient donc pas au caractère plus restrictif de la loi, mais aux pratiques des ambassades concernées et au simple fait qu'un nombre moins important de personnes ont effectivement sollicité les ambassades pour obtenir une protection de la part de la Suisse.

Deuxièmement, l'application de la législation sur les étrangers à une pratique qui relève pourtant du domaine de l'asile quant à ses principes et ses objectifs a plusieurs incidences sur la procédure menée en ambassade. Ainsi, les

²¹ Selon les termes de la Conseillère fédérale en charge du dossier dans ses interventions au Conseil des Etats, 12.12.2011 (BO CE 2011 1122) et devant le Conseil national, 13.06.2012 (BO CN 2012 1085).

²² Durant la même période, 333 demandes ont été rejetées par l'ODM, ce chiffre n'incluant pas les décisions négatives rendues par les représentations suisses à l'étranger dans leur propre compétence. Il faut aussi souligner que ces chiffres doivent être traités avec prudence car il s'agit d'une statistique fondée sur des relevés manuels.

²³ Alors que la moyenne mensuelle des demandes d'asile déposées en ambassades se situait autour de 400 en 2010 et 2011, elles ont bondi à 1800 pour le seul mois de septembre 2012 (source ODM) !

²⁴ Voir Interface/Universität Luzern (2013), Evaluation Praxis humanitäre Visa : Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration (BFM), p. 11, et la réponse du Conseil fédéral du 20.08.2014 à l'interpellation de Barbara Schmid-Federer (No 14.3440) du 13.06.2014

mesures d'instruction du dossier ne reposent plus sur une audition du requérant sur ses motifs comme c'était le cas pour les demandes d'asile déposées en ambassade. Pour les visas humanitaires, la représentation à l'étranger décide désormais du bien-fondé de la demande sur la base d'un bref entretien de conseil et de formulaires types²⁵. Par ailleurs, elle peut décider de son propre chef de rejeter une demande, sans en informer l'ODM, si elle estime que des motifs humanitaires au sens du chapitre 2 de la directive 322.126 n'existent pas. A notre sens, une telle procédure et la marge de manœuvre attribuée aux représentations produisent deux types d'effets. D'une part, le «filtre» constitué par l'ambassade conduit à diminuer le nombre d'autorisations d'entrée par l'intermédiaire du visa humanitaire et contribue probablement à dissuader les candidats potentiels.

D'autre part, la marge de manœuvre accordée aux représentations à l'étranger ajoute une couche d'opacité à une procédure qui manquait déjà de transparence sous le régime de l'ancien droit²⁶. Pour ce qui concerne la procédure à l'ODM, c'est la Division «Admission séjour» qui examine le dossier dans le cas où la représentation à l'étranger a «des doutes» ou émet un préavis positif²⁷ mais la directive 322.126 précise que cet examen peut se faire en collaboration avec le Domaine de direction Asile (DDAsile), «si nécessaire». Dès lors, certaines craintes peuvent naître au sujet de l'application d'une disposition qui relève certes de la législation sur les étrangers, mais qui nécessite clairement des compétences en matière d'asile compte tenu de ses objectifs. Le rapport commandé par l'ODM à Interface et à l'Université de Lucerne fait état de certaines incertitudes à l'interne quant à la répartition des tâches entre les deux services²⁸ mais il est difficile de mesurer l'incidence d'une telle procédure sur la nature des décisions prises.

Le troisième élément expliquant la tendance évoquée ci-dessus tient évidemment au caractère plus restrictif de la loi, en particulier à la présomption selon laquelle il n'y a plus de menace lorsque l'intéressé a déjà quitté son pays d'origine pour introduire sa demande à partir d'un pays tiers. Pour ce qui concerne les demandes déposées depuis le pays d'origine, il est difficile d'affirmer catégoriquement que les pratiques se révèlent véritablement plus restrictives que sous le régime de l'ancien droit. La consultation de la jurisprudence à ce sujet offre un panorama contrasté. Le TAF a ainsi rejeté un recours dans le cas d'une mineure fuyant un mariage forcé en

Ethiopie, concédant l'absence de protection de la part des autorités mais considérant que l'intéressée ne se trouvait pas dans une situation de «danger imminent»²⁹. Par ailleurs, un cas a été signalé par l'ODAE romand concernant un refus d'octroi de visa humanitaire par l'ODM à un camerounais menacé de mort par sa famille depuis que son homosexualité a été découverte³⁰. Un recours a été introduit auprès du TAF et il est toujours pendant. Récemment, le TAF a néanmoins admis deux recours pour des ressortissants du Sri Lanka, l'un pour un écrivain et réalisateur de films documentaires³¹ et l'autre pour l'éditeur en chef de deux journaux du mouvement des Tigres de libération de l'Îlam tamoul (LTTE)³². Dans le premier cas, il est intéressant de constater à quel point le TAF s'inspire de la LAsi, et notamment de la prise en considération des groupes à risques définis par la jurisprudence en se fondant sur l'ATAF 2011/24 ainsi que sur une analyse de situation. En revanche, les exigences posées par la directive 322.126 semblent pratiquement impossibles à réunir pour les demandes présentées depuis les Etats tiers. En effet, les Etats touchés par les conflits les plus aigus – comme c'est par exemple actuellement le cas en Syrie ou en Irak – sont précisément ceux dans lesquels les représentations suisses à l'étranger sont absentes, et les personnes fuyant ces conflits ne sont plus considérées comme «directement, sérieusement et concrètement menacées» si d'aventure elles parviennent jusqu'à une représentation suisse dans un Etat tiers. Les décisions rendues par le TAF ont toujours confirmé cette interprétation³³, notamment en ce qui concerne des ressortissants syriens au Liban³⁴, en Jordanie³⁵ ou un ressortissant érythréen ayant déposé une demande de visa humanitaire au Caire après avoir été enlevé puis torturé dans le Sinai égyptien³⁶. Ce sinistre constat pose plusieurs questions sur lesquelles nous reviendrons ci-dessous, notamment en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement ainsi que la relation entre le degré de protection d'une personne et sa présence sur un territoire donné.

8. Accueil de contingents et octroi facilité de visas aux parents de ressortissants syriens vivant en Suisse

Pour être complet dans ce tour d'horizon des moyens mis en œuvre pour protéger des personnes n'ayant pas accès au

²⁵ Voir Directive 322.126, ch. 3.1. et Interface/Universität Luzern (2013), Evaluation Praxis humanitäre Visa : Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration (BFM), p. 20.

²⁶ Une «culture du secret» entoure ces pratiques, notamment en ce qui concerne le nombre de demandes rejetées par les ambassades dans leur propre compétence, ce qui rend difficile toute recherche consacrée à ce sujet.

²⁷ Voir la réponse du Conseil fédéral du 27.08.2014 à l'interpellation de Cesla Amarelle No 14.3526 du 19.06.2014 et la directive 322.126.

²⁸ Voir Interface/Universität Luzern (2013), Evaluation Praxis humanitäre Visa : Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration (BFM), p. 22.

²⁹ Voir l'arrêt du TAF D-5332/2013, consid. 4.5.

³⁰ Voir ODAE romand, «refus de visa humanitaire à un homosexuel camerounais persécuté», cas 265, 01.09.2014.

³¹ Voir l'arrêt du TAF E-6862/2013.

³² Voir l'arrêt du TAF D-6510/2013.

³³ Nous ne tenons pas compte de l'arrêt du TAF E-1209/2014, qui concerne une famille de Palestiniens ayant fui la Syrie, car il s'agissait dans ce cas d'une application tardive des facilités d'octroi de visas pour les membres de la famille de Syriens établis en Suisse sur laquelle nous revenons ci-dessous.

³⁴ Voir notamment l'arrêt du TAF D-2177/2014.

³⁵ Voir l'arrêt du TAF D-2665/2014.

³⁶ Voir l'arrêt du TAF D-6308/2013.

territoire suisse, il convient de rappeler les deux mesures adoptées par le Conseil fédéral le 4 septembre 2013, au moment où enflait une polémique au sujet de l'utilisation de gaz de combat par les troupes du régime Assad en Syrie. Tout d'abord, le Conseil fédéral a accepté la proposition du Département fédéral de justice et police (DFJP), d'accueillir des groupes de réfugiés. Dans le cadre d'un projet pilote de trois ans, la Suisse s'est ainsi engagée à prendre en charge un contingent global de quelque 500 personnes particulièrement vulnérables, en provenance de la région syrienne³⁷. Le Conseil fédéral renouait ainsi avec une pratique souvent utilisée par la Suisse à partir des années 1950 puis progressivement abandonnée durant les années 1990.

Le même jour, le DFJP décidait d'une autre mesure en lien avec la crise syrienne et prévoyait l'allègement de la procédure d'octroi de visas pour les membres de la famille de Syriens établis en Suisse³⁸. En élargissant la possibilité de regroupement familial aux grands-parents, parents, frères, sœurs, enfants de plus de 18 ans et petits-enfants, la Suisse innovait par rapport aux autres pays d'accueil européens mais elle ne s'attendait probablement pas à un tel «succès» avec cette opération, de nombreux Syriens ayant fait usage de cette possibilité. Les autorités, signalant des délais d'attente de plusieurs mois dans certaines ambassades, ont ensuite posé des conditions (pas d'octroi de visa pour des personnes bénéficiant d'un titre de séjour dans les Etats tiers et obligation pour la famille d'accueil de fournir des garanties financières conséquentes et d'hébergement pour 3 mois) à l'obtention de ce visa³⁹, puis ont levé la mesure dans une décision datée du 29 novembre 2013⁴⁰, provoquant les protestations des milieux de défense des demandeurs d'asile⁴¹. A ce sujet, une question critique a été soulevée : qu'en est-il des personnes ayant fait les démarches pour se rendre auprès d'une représentation suisse dans un des pays limitrophes mais qui n'ont pas réussi à y déposer une demande de visa avant le 29 novembre 2013 ? A notre connaissance, un seul arrêt du TAF s'est prononcé, de manière indirecte, sur la question. Statuant sur le cas de membres d'une famille de Syriens établis en Suisse ayant fui en Jordanie, le jugement du TAF laisse entendre qu'il est nécessaire d'apporter la preuve d'une prise de contact durant la période concernée

(du 4 septembre au 29 novembre 2013) auprès de l'ambassade, avec une mention explicite de la volonté de déposer une demande de visa dans le cadre de cette directive⁴².

Pour conclure cette incise au sujet de l'allègement de la procédure d'octroi de visas, il faut relever le nombre important de personnes ayant pu bénéficier de cette mesure puisque les chiffres les plus récents (au 31.08.2014) parlent de 4449 visas octroyés, 3789 personnes entrées et 3073 demandes d'asile déposées.

9. Les alternatives à la suppression des demandes d'asile en ambassade, le principe d'égalité de traitement et le rapport entre protection et territoire

Les éléments présentés ci-dessus permettent d'abord de dresser un premier constat un peu paradoxal : depuis l'entrée en vigueur de la suppression des demandes d'asile en ambassade, le nombre de personnes ayant eu directement accès au territoire suisse pour y obtenir une protection a été très important ! Entre l'octroi de visas pour motifs humanitaires, la décision d'accueillir un contingent de réfugiés en provenance de la région syrienne et l'octroi facilité de visas aux parents de ressortissants syriens vivant en Suisse, ce sont ainsi pas loin de 4000 personnes qui ont pu demander (et obtenir dans la majorité des cas) une protection à la Suisse sans avoir à affronter les périls qui jonchent les chemins de l'exil. Comparé aux chiffres publiés par le HCR sur l'accueil des réfugiés dans les pays à proximité des zones de conflit, ce nombre peut paraître dérisoire mais il est réellement important si on le compare aux chiffres d'autres pays européens d'accueil ou aux moyennes des entrées par l'intermédiaire des ambassades sous le régime de l'ancien droit.

Néanmoins, ce constat optimiste doit être relativisé car un nombre très important de ces personnes ont pu être protégées grâce aux mesures ponctuelles qu'ont été la décision d'accueillir des contingents de réfugiés et surtout celle d'octroyer des visas aux parents de ressortissants syriens. Ces mesures ont été le fait de la Conseillère fédérale en charge du dossier et il est peu probable que des instruments d'une telle ampleur soient réactivés dans les années à venir. Ainsi, le visa pour motifs humanitaires devrait rester la seule voie directe et officielle d'accès au territoire suisse pour y déposer une demande d'asile et les chiffres mentionnés ci-dessus laissent penser qu'un nombre moins élevé de personnes trouveront une protection par ce biais que sous le régime de l'ancien droit.

Par ailleurs, les chiffres et les pratiques décrites ci-dessus posent une question d'égalité de traitement. Car si un nombre (relativement) important de Syriens ont pu bénéficier du programme d'allègement de la procédure d'octroi de visas pour les membres de la famille ainsi que des pro-

³⁷ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 04.09.2013. www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2013/2013-09-040.html.

³⁸ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 04.09.2014.

³⁹ Ces conditions plus restrictives ont été communiquées aux représentations à l'étranger le 4 novembre 2013 mais elles n'ont pas été rendues publiques. Ce n'est qu'à la fin du mois de novembre 2013 que le public a pu prendre connaissance de ces nouvelles exigences. Voir notamment «La Suisse a été dépassée par son offre de visas aux réfugiés syriens», article paru dans *Le Temps* du 29.11.2013, Yves Petignat.

⁴⁰ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 29.11.2014 www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=51180.

⁴¹ Voir notamment l'article paru dans *Vivre Ensemble*, VE 145 / décembre 2013 «Accueil des réfugiés syriens: On ne change pas les règles du jeu en cours de partie!».

⁴² Voir l'arrêt du TAF D-2665/2014 du 4 juillet 2014, consid. 5.4.2.

grammes d'accueil de contingents, un nombre extrêmement restreint de personnes issues d'autres zones de conflits a pu accéder au territoire suisse pour y demander l'asile. D'autre part, les données relatives aux visas humanitaires laissent entrevoir l'inégalité suivante : seuls ceux qui ont la «chance» d'accueillir une représentation suisse sur le territoire de leur Etat d'origine ont la possibilité de se voir protéger contre un danger «imminent», ce qui est paradoxal.

Ce dernier constat jette une lumière particulièrement crue sur le rapport entre asile et territoire et sur la «schizophrénie» dont font preuve les Etats européens pour résoudre la «crise de l'asile» qu'ils traversent tous depuis les années 1980⁴³. Les alternatives à la procédure en ambassade passées en revue dans cette contribution et les tentatives désespérées de milliers de migrants pour atteindre le sol de l'Union Européenne soulignent le lien crucial existant entre asile et territoire puisque le simple fait de poser le pied sur un territoire particulier confère un nombre de droits beaucoup plus élevé à des personnes qui, sur un autre territoire, n'en ont aucun. Face à cette réalité, les Etats d'accueil réagissent de manière «schizophrène» en louant leur système d'asile respectueux des droits de la personne tout en mettant en place tous les obstacles possibles à l'accès à ce système. Ainsi, un nombre important de personnes arrivées sur le territoire européen finit par obtenir une protection mais elles ont été auparavant forcées d'utiliser des réseaux de passeurs qu'on s'empresse de dénoncer. Abordé dans la première partie du texte, le cas des requérants d'asile d'origine érythréenne est d'ailleurs emblématique à cet égard : dans leur grande majorité, ils reçoivent une protection dans les pays européens qu'ils ont réussi à atteindre. Mais pour y parvenir, ils ont dû affronter un nombre incalculable de menaces «directes, sérieuses et concrètes» à leur intégrité physique, et notamment risquer de tomber entre les griffes d'un monstrueux réseau de trafic d'êtres humains actif dans le Sinai égyptien et dans toute l'Afrique du Nord-Est⁴⁴, sans pouvoir s'en prévaloir lorsqu'ils se retrouvent devant le fonctionnaire d'une représentation suisse à l'étranger, qui jugera, conformément à la loi, que «l'intéressé se trouve déjà dans un Etat tiers» et qu'on peut donc «considérer qu'il n'est plus menacé».

Bibliographie

Besson, Roger et Piguet, Etienne (2005). *Trajectoires d'asile africaines : répartition des demandes d'asile en Europe et effets des politiques*. Neuchâtel: Swiss Forum for Migration and Population Studies.

De Senarclens, Clément, Matthey Fanny et Stünzi, Robin (2013), *Modifications de la loi sur l'asile soumises en votation fédérale le 9 juin 2013: données empiriques utiles au débat public*. Neuchâtel : Centre de droit des migrations.

Duarte, Mariana et al. (2014). *Asile à deux vitesses. Enjeux juridiques et conséquences sur le plan humain des délais excessifs dans le traitement des demandes d'asile*, Rapport de l'Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers.

Efionayi-Mäder, Denise et al. (2001). *Asyldestination Europa : eine Geographie der Asylbewegungen*. Zürich: Seismo.

Gattiker, Mario (2013). *Vom Gebot der Beschleunigung des Asylverfahrens zur Neustrukturierung des Asylbereichs* in Asyl, Sondernummer Asylsymposium 2013.

Gibney, Matthew J. (2004). *The ethics and politics of asylum : liberal democracy and the response to refugees*. Cambridge: Cambridge University Press.

Interface/Universität Luzern (2013), *Evaluation Praxis humanitäre Visa : Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration (BFM)*.

Thielemann, Eiko R. (2006). *The effectiveness of asylum policy in controlling unwanted migration*, in Parsons, Craig A. et Smeeding, Timothy A. (éd.), *Immigration and the Transformation of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 442–472.

Van Reisen, Mirjam, Estefanos, Meron et Rijken, Conny (2013). *The Human Trafficking Cycle: Sinai and Beyond*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk.

⁴³ Cette réflexion et ce qui suit est inspiré directement de plusieurs interventions publiques tenues par le Prof. Etienne Piguet, notamment sa contribution intitulée «Les réfugiés de Syrie : défi et renouveau pour la politique d'accueil suisse» tenu dans le cadre du Colloque international «La crise au Proche-Orient, les réfugiés et la Suisse», Genève, 27 et 28 février 2014 et de Gibney, Matthew J. (2004). *The ethics and politics of asylum : liberal democracy and the response to refugees*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴⁴ A ce sujet, voir van Reisen, Mirjam, Estefanos, Meron et Rijken, Conny (2013) *The Human Trafficking Cycle: Sinai and Beyond*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk.