



Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral des migrations ODM

ODM, Quellenweg 6, CH-3003 Berne-Wabern

3003 Berne-Wabern, le 4 juillet 2006

Rapport de Terre des Hommes :

« La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile révisée à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant »

Avis de l'Office fédéral des migrations concernant le résumé et les conclusions du rapport (pages 63 à 65) en accord avec l'Office fédéral de la justice

Les reproches formulés dans le rapport ne sont pas fondés. L'un des principes de l'activité étatique régie par le droit réside dans le respect, par la Confédération et les cantons, du droit international lors de l'élaboration et de l'application des lois (art. 5, al. 4, de la Constitution fédérale). Ce principe est bien évidemment valable aussi pour la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). Tant dans la loi sur les étrangers que dans la révision de la loi sur l'asile, il est tenu compte de la situation particulière des enfants.

Les droits de l'enfant se trouvent clairement améliorés grâce aux révisions. Aussi le regroupement familial pourra-t-il également être accordé aux titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée, aux étudiants et aux personnes admises à titre provisoire, pour autant qu'ils remplissent les conditions requises. En outre, les requérants d'asile mineurs non accompagnés pourront, même dans le cadre d'une procédure à l'aéroport, bénéficier de l'assistance d'une personne de confiance pour les aider à accomplir toutes les démarches déterminantes dans la prise de décision.

A. Loi sur les étrangers (LEtr)

1. Levée de la présomption de paternité en cas de mariage de complaisance (modification du CC)

En tant que communauté conjugale globale et durable, le mariage fonde la présomption que l'époux a cohabité avec son épouse et qu'il est dès lors le père de l'enfant qu'elle a mis au monde. En cas de mariage de complaisance, il est en revanche établi dans le cadre d'une procédure judiciaire que le couple ne forme pas une communauté conjugale et qu'il n'a donc vraisemblablement pas eu de relations sexuelles. C'est pourquoi la présomption de paternité du mari ne fait en l'occurrence plus sens. Le législateur doit et peut tenir compte de ce fait. C'est d'ailleurs pour des motifs similaires qu'il a supprimé, en 2000, la présomption légale de la paternité de l'époux lorsqu'un enfant naît dans les trois cent jours qui suivent le divorce, même si, dans un tel cas, l'enfant a pu être conçu alors que le couple était encore marié. Or, l'expérience des offices de l'état-civil montre que ces enfants sont régulièrement conçus par un tiers. Il est donc faux d'inscrire la présomption de paternité du mari dans la loi.

La levée de la présomption de paternité de l'époux ne signifie pas pour autant que l'enfant devra grandir sans père. En effet, le père biologique peut en tout temps reconnaître l'enfant auprès de l'office de l'état civil. Par ailleurs, l'enfant peut – par l'entremise de sa mère ou d'un curateur – intenter un procès en paternité à l'encontre de son père biologique. Si, en cas de mariage de complaisance, l'époux devait, contre toute attente, être quand même le père biologique de l'enfant, il peut aussi être fait usage de ces possibilités.

Notre droit de l'enfant veille à ce que le rapport de filiation soit établi à l'égard du père biologique et non vis-à-vis de n'importe quel homme. L'expérience montre que des mariages de complaisance sont parfois contractés avec des handicapés mentaux qui n'entreprennent rien en vue d'attaquer une fausse présomption de paternité. Selon le

droit actuel, l'Etat peut intervenir en cas de reconnaissance volontaire de l'enfant né hors mariage et en cas de fausse reconnaissance d'un enfant. Par contre, il ne peut rien entreprendre en cas de fausse présomption de paternité. La présomption de paternité peut être attaquée uniquement par le mari de la mère ou par l'enfant lui-même. Cependant, ce dernier n'a pas forcément intérêt à le faire vu qu'il possède la nationalité suisse de son faux père et qu'il peut ainsi bénéficier de l'aide sociale en Suisse.

2. Regroupement familial

La CDE vise à garantir à l'enfant un droit effectif et une meilleure protection. Sans conférer ni à l'enfant, ni aux parents, un droit légal au regroupement familial, cette convention prévoit que toute demande formée par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter soit considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence (art. 10, al. 1, CDE). La législation actuelle ne satisfait pas entièrement à ces exigences. Ainsi, les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour de durée déterminée, p. ex. les étudiants, les curistes ou les personnes admises à titre provisoire, n'ont pas accès au regroupement familial. Pour cette raison, la Suisse a dû émettre une réserve à cette disposition de la CDE. La nouvelle loi sur les étrangers et les modifications de la loi sur l'asile prévoient de substantielles améliorations en matière de regroupement familial dans la mesure où celui-ci pourra également être accordé aux groupes précités. Il faut cependant que le requérant dispose d'un logement et de moyens financiers suffisants ; les personnes admises à titre provisoire doivent, de surcroît, avoir séjourné trois ans en Suisse.

Même s'il n'existe parfois pas de véritable droit au regroupement familial, les autorités doivent bien entendu prendre en considération la CDE lors de leurs décisions. Cela est également valable pour les autorités judiciaires cantonales qui vérifient le bien-fondé de ces décisions.

Le regroupement familial précoce dans un délai donné à compter de l'entrée en Suisse, tel que le prescrit la nouvelle loi sur les étrangers, est dans l'intérêt des enfants (intégration scolaire et professionnelle plus rapide et meilleure) ; des exceptions à ce délai sont prévues dans les cas de rigueur.

3. Enfants séjournant illégalement en Suisse (« enfants sans papier »)

Il va de soi que les droits de l'homme et la CDE s'appliquent également aux personnes séjournant illégalement en Suisse (droit à la vie, formation scolaire, santé, etc.). Dans les cas individuels d'une extrême gravité, la nouvelle loi sur les étrangers permet, eu égard aux principes de la CDE, d'accorder des autorisations de séjour pour cas de rigueur aux étrangers mineurs (art. 30, al. 1, let. b, LEtr).

B. Révision de la loi sur l'asile (LAsi)

Les requérants d'asile mineurs non accompagnés sont, généralement, des jeunes âgés de 15 à 18 ans ou des personnes au seuil de la majorité (environ 90% des cas). À cause de l'absence de papiers d'identité, il est souvent impossible de vérifier les données relatives à l'âge.

En cas de renvoi consécutive à une décision de non-entrée en matière ou à un rejet de la demande d'asile, il est tenu compte de la situation particulière de chaque mineur non accompagné. Lorsque le retour dans le pays de provenance ou d'origine est impossible, illicite ou ne peut être raisonnablement exigé, l'enfant ou le jeune est admis en Suisse à titre provisoire.

4. Fouilles dans les logements privés

La possibilité de fouiller des personnes pour rechercher des documents ou des objets dangereux est prévue déjà dans le droit en vigueur et n'a jamais été considérée comme discriminatoire au sens de la CDE. Ce qui est nouveau, c'est qu'il est possible de fouiller, aux mêmes fins, les personnes dans les hébergements privés. Il va de soi que lors de

l'application de cette disposition, il faut également tenir compte de la situation particulière des enfants. Si l'on renonçait à la possibilité de fouille dans les logements particuliers, il en résulterait une inégalité de traitement injustifiée à l'égard des requérants d'asile logeant dans un centre d'accueil ou un hébergement collectif. Cette réglementation vise en outre à prendre en considération un intérêt public prépondérant, à savoir la saisie de papiers d'identité, d'objets dangereux (p. ex. des armes) ou de drogues.

5. Exclusion des prestations sociales

Selon les dispositions légales, il peut être tenu compte, lors du calcul de l'aide sociale, des besoins particuliers des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. Au niveau fédéral, aucun plafond n'est fixé pour les prestations versées au titre de l'aide d'urgence. Cette pratique est conforme à l'interprétation de l'art. 12 Cst. par le Tribunal fédéral, selon laquelle il y a lieu de verser une aide d'urgence appropriée au cas d'espèce.

S'agissant de l'octroi de l'aide d'urgence après le rejet de la demande d'asile, il faut prendre en considération la situation particulière des mineurs – comme c'est le cas aujourd'hui à la suite d'une décision de non-entrée en matière. Dans un avis de droit, l'Office fédéral de la justice a précisé qu'il fallait toujours tenir compte de l'art. 3 de la CDE lors de l'octroi de l'aide d'urgence à des mineurs. Dans chaque cas, il faut vérifier si et dans quelle mesure il est nécessaire d'accorder un soutien allant au-delà de l'aide d'urgence minimale.

Voir l'annexe du Rapport de monitoring 3 (ce texte n'existe qu'en allemand) :

[http://www.bfm.admin.ch/index.php?id=325&L=0&no_cache=1&sword_list\[\]=Kinderrechtskonvention](http://www.bfm.admin.ch/index.php?id=325&L=0&no_cache=1&sword_list[]=Kinderrechtskonvention)

6. Remise des documents de voyage dans les 48 heures

Lorsque les enfants entrent en Suisse avec leurs parents, ils sont automatiquement inclus dans la procédure des parents, même si eux-mêmes ne possèdent pas de papiers d'identité. S'agissant des mineurs non accompagnés, les motifs de l'absence de papiers d'identité sont examinés, comme chez les adultes. Si les motifs sont excusables, une procédure d'asile ordinaire est ouverte. Par ailleurs, les mineurs se voient toujours attribuer une personne de confiance.

7. Mesures de contrainte

La détention en phase préparatoire, la détention en vue de l'exécution du renvoi et la détention pour insoumission ne peuvent excéder douze mois au total pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans. Ces mesures sont conformes à la CDE pour autant qu'elles ne soient appliquées, comme jusque-là, que comme mesure ultime et dans un laps de temps le plus court possible. Le juge compétent a la possibilité de vérifier, dans le cas d'espèce, si la détention prononcée par les autorités est réellement appropriée.

La durée maximale pour la détention en phase préparatoire et la détention en vue de l'exécution du renvoi est, aujourd'hui déjà, de douze mois en tout, y compris pour les jeunes âgés de 15 à 18 ans. La révision légale ne modifie donc pas la durée maximale.

Selon la pratique actuelle, la durée maximale de douze mois ne devrait s'appliquer que très rarement aux adolescents. Par ailleurs, la personne concernée est immédiatement libérée dès qu'elle livre son identité et déclare qu'elle est disposée à quitter volontairement la Suisse.