

Berne, 17 janvier 2011

Initiatives parlementaires Philipp Müller sur des questions relevant du droit d'asile et des étrangers

Expertise de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR

1 Pas de statut de réfugié pour les membres de la famille, 10.483 Initiative parlementaire

1.1 Données du problème

L'initiative remet en question le fait que, selon le droit actuel, les conjoints et les enfants de réfugiés reconnus obtiennent le statut de réfugiés même s'ils n'ont invoqué aucun motif de fuite qui soit établi dans une procédure d'asile ordinaire. L'art. 51 LAsi prévoit que les conjoints (et les partenaires de même sexe qui leur sont assimilés) ainsi que les enfants mineurs sont reconnus comme réfugiés au sens de l'art. 3 LAsi lorsque leur proche parent qui en fait la demande a lui-même été reconnu comme bénéficiaire de l'asile. Des proches parents peuvent dès lors acquérir la qualité de réfugié de manière dérivée du requérant originaire. Selon la teneur de l'art. 51, al. 1, LAsi, il n'y a, en ce qui concerne la famille nucléaire (c'est-à-dire le conjoint ou partenaire et les enfants mineurs), qu'un examen négatif visant à déterminer si des circonstances particulières s'opposent à la reconnaissance de la qualité de réfugié. Pour les proches parents ne faisant pas partie de la famille nucléaire, la dérivation du statut de réfugié dépend d'un examen positif portant sur l'existence de raisons particulières plaidant en faveur du regroupement familial.¹

Weyermannsstrasse 10
Case postale 8154
CH-3001 Berne

Pour les colis:
Weyermannsstrasse 10
CH-3008 Berne

T ++41 31 370 75 75
F ++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch

CCP 30-16741-4
Compte dons
CCP 30-1085-7

¹ Au sujet de la thématique de l'asile accordé aux familles prévu à l'art. 51 LAsi, voir Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, p. 253 ss.

Le motif ayant amené le législateur à accorder l'asile familial aux conditions de l'art 51 LAsi réside en ceci que le cercle familial étroit est en général affecté par la persécution du conjoint ou parent voire lui-même également exposé à une persécution.² Ce phénomène est appelé «persécution réfléchie».³

1.2 Contexte juridique et discussion

Dans sa réglementation du regroupement familial du droit d'asile, la Suisse doit respecter une série d'obligations relevant du droit humanitaire et des droits humains et tenir compte des principes posés par le droit international public.

1.2.1 Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et Protocole du 31 janvier 1967

La Convention de Genève ne règle pas expressément l'acquisition dérivée de la qualité de réfugié pour les membres de la famille.

En examinant les dispositions de la Convention de Genève, il s'agit toutefois, pour déterminer le contenu de sa réglementation, de tenir compte dans une mesure particulière du contexte historique dans lequel son texte a été adopté. Le motif historique concret de la création de la Convention de Genève a certes été de vouloir maîtriser les flux de réfugiés après la fin de la seconde guerre mondiale. Toutefois, il existait, déjà alors, des instruments internationaux sur la question des réfugiés et les parties à la convention les avaient à l'esprit lorsqu'ils ont élaboré la Convention de Genève, ce dont il faut également tenir compte en cas d'interprétation moderne et actuelle.

1.2.1.1 Situation de départ lors de la création de la Convention de Genève

Dans l'acte final de la Conférence des plénipotentiaires⁴ lors de la création de la Convention de Genève, une série de recommandations ont été présentées avec le projet de convention. Ces recommandations faisaient elles-mêmes référence à des réflexions et mises au point émises par des instances consultatives en vue de l'élaboration de la convention. L'une d'entre elles dit de manière tout à fait claire que la Conférence des plénipotentiaires avait salué le fait que, conformément aux propositions du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes instauré, le statut juridique d'un réfugié reconnu soit étendu aux membres de sa famille.⁵

² Message du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1996 II 67; qui peut être consulté sous www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=advanced&documentIndex=40&dsUID=1eb2c1b:12d5c00e729:-6cf0#detailView.

³ Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, p. 260.

⁴ Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons; pouvant être consulté sous www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,,40a8a7394,0.html (anglais) ou www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,,40a8a8244,0.html (français).

⁵ Source, voir note 4: «NOTING with satisfaction that, according to the official commentary of the ad hoc Committee on Statelessness and Related Problems (E/1618, p. 40), the rights granted to a refugee are extended to members of his family.»

Le rapport du Comité spécial contient l'affirmation non équivoque que les proches parents doivent obtenir le statut de réfugié de manière dérivée et qu'un examen individuel les concernant doit être entrepris (uniquement) s'il existe des obstacles concernant la reconnaissance du requérant (principal). Il s'agirait ainsi de ne déroger à la règle de l'obtention dérivée du statut en faveur des proches parents que dans le cas où cela serait indiqué dans l'intérêt de chaque réfugié pris individuellement. Le Comité spécial s'est exprimé de la manière suivante en expliquant sa proposition de définition de la notion de réfugié – identique pour l'essentiel à la notion de réfugié reconnue actuellement au niveau international:

«En règle générale, les proches parents d'un réfugié doivent être considérés comme réfugiés si le chef de famille est réfugié au sens de cette disposition. De même, ces personnes doivent être considérées comme réfugiés si elles se trouvent dans les conditions prévues à la section A, même si le chef de famille n'est pas lui-même un réfugié.»⁶

Le fait que le Comité spécial ait thématiqué l'acquisition dérivée du statut de réfugié et que, lors de la conclusion de la Convention de Genève, la Conférence des plénipotentiaires s'y soit référée comme si elle allait de soi s'explique par le fait que la possibilité de la dérivation du statut de réfugié était déjà connue depuis les débuts du 20^{ème} siècle. Ainsi, le règlement de ce qu'on a appelé le «passeport Nansen», qui était établi pour des réfugiés russes et arméniens, prévoyait que le document devait inclure également les enfants du réfugié âgés de moins de 15 ans.⁷ L'accord sur le passeport Nansen est celui du 12 mai 1926 auquel se réfère, avec les accords suivants, l'art. 1 de la Convention de Genève. Pour attester de la reconnaissance internationale et du succès de cet accord sur le passeport Nansen, il suffit de rappeler que le prix Nobel de la paix a été attribué aussi bien à Fridtjof Nansen⁸, qui avait donné son nom à cet accord, qu'à l'«Office international Nansen pour les réfugiés»⁹, fondé en sa mémoire.

1.2.1.2 Interprétation actuelle de la Convention de Genève par l'UNHCR

En plus des circonstances de rattachement historiques auxquelles il faut se référer pour une bonne compréhension de la notion de réfugié, il s'agit de tenir compte aussi du fait que les définitions juridiques sont tributaires de constants changements et développements, spécialement dans le contexte international. L'évolution des sources du droit ne s'accomplit toutefois pas uniquement par une modification du texte de la loi ou de la convention.¹⁰ Le droit peut également subir

⁶ E/1618, p. 40: «Members of the immediate family of a refugee should, in general, be considered as refugees if the head of the family is a refugee as here defined. Also, such members are to be regarded as refugees if the conditions set forth in paragraph A apply to them, even if the head of the family is not a refugee.» Pouvant être consulté sous www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=40aa15374&skip=0&query=E/1618 (anglais) ou www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae68c254&skip=0&query=E/1618 (français).

⁷ «The Conference agrees that children under 15 years of age should be included on the identity certificates of their parents.»; pouvant être consulté sous www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3dd8b5802&skip=0&query=nansen%20passport (anglais).

⁸ Voir à ce sujet http://web.archive.org/web/20080418100128/http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/sveen/index.html et http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1922/.

⁹ http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1938/.

¹⁰ Ainsi par exemple dans le cas de l'extension de la notion de réfugié par le Protocole du 31 janvier 1967 relatif à la Convention de Genève.

des modifications par la manière dont il est appliqué. Dans la mesure où il observe la mise en application à l'échelon national, lance des mesures concrètes de protection et surveille l'évolution du droit des réfugiés, l'UNHCR doit être considéré comme une référence dominante en matière d'interprétation de la Convention de Genève. Cette considération se fonde notamment sur le fait qu'un grand nombre d'Etats signataires tient l'interprétation donnée par l'UNHCR pour contraignante dans l'application du droit des réfugiés.

Parmi de nombreux commentaires, prises de position et modèles d'interprétation de l'UNHCR, on peut citer comme significatifs les documents suivants qui, compte tenu de la diversité de leurs circonstances effectives de rattachement, montrent clairement que la possibilité de l'acquisition dérivée du statut de réfugié est une institution juridique dont l'influence s'étend à tous les domaines et qui s'applique dans la pratique internationale:

- Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié de l'UNHCR¹¹ de 1979 et 1992, nos 183 à 188:

«Lorsque le chef de famille satisfait aux critères énoncés dans la définition, les membres de la famille qui sont à sa charge se voient généralement reconnaître le statut de réfugié, selon le principe de l'unité de la famille.»

- Principes directeurs de l'UNHCR sur la protection internationale: les demandes d'asile d'enfants¹², nos 6 ss., en particulier 9:

«...Dans ces cas-là, de la même manière qu'un-e enfant peut obtenir le statut de réfugié-e indirectement du fait du même statut d'un parent, un parent peut, mutatis mutandis, se voir accorder le statut dérivé de réfugié-e sur la base du même statut de son enfant.»

- Conclusion no 88 du Comité exécutif de l'UNHCR sur la protection de l'unité de la famille du réfugié¹³, réaffirmant ses conclusions nos 9, 24, 84 et 85:

«...b) souligne la nécessité de protéger l'unité de la famille du réfugié, notamment par le biais de...

...iii) dispositions et/ou pratiques selon lesquelles lorsque le demandeur principal se voit reconnaître le statut de réfugié, les autres membres de la cellule familiale se voient normalement reconnaître le même statut...»

¹¹ Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees; à lire sous www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae6b3314&skip=0&query=Handbook%20Refugee, comprenant également les versions française et allemande.

¹² www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bf145172 (allemand) ou www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cced15c2 (français).

¹³ www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/323.pdf?PHPSESSID=d52913d001bd8ba47567c7803b0e593b (allemand) ou www.unhcr.org/refworld/type,EXCONC,,3ae68c4510,0.html (français).

- Directive de l'UNHCR sur les demandes d'asile pour mutilations génitales féminines, p. 8, no 11:¹⁴

«Lorsqu'une famille demande l'asile par crainte qu'une fillette de la famille soit exposée à une mutilation génitale, la fillette sera normalement la requérante principale même si elle est accompagnée de ses parents. Dans de tels cas, de la même manière qu'un enfant peut obtenir le statut de réfugié indirectement du fait du même statut d'un parent, un parent peut, mutatis mutandis, se voir accorder le statut dérivé de réfugié sur la base du même statut de son enfant.»¹⁵

1.2.2 Autres instruments de droit international public: Déclaration universelle des droits de l'homme, Pactes de l'ONU et CEDH

D'autres sources du droit international public, et spécialement celles de nature contractuelle comme la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), le Pacte II de l'ONU¹⁶ et le Pacte I de l'ONU¹⁷, ne permettent pas de donner une réponse directe à la question de l'acquisition dérivée du statut de réfugié par les membres de la famille, mais relèvent toutes le rôle essentiel de la famille – en tant que cellule de liaison entre l'individu et la société – et insistent sur une amélioration de la protection de la famille et de son efficacité.¹⁸

Au vu de cette position de principe exprimée par les textes internationaux précités, il est manifeste que la possibilité d'un statut de réfugié dérivé pour les membres de la famille permet dans une large mesure d'améliorer la protection de la famille et de satisfaire ainsi aux exigences de ces pactes concernant les droits humains. Dans le cadre de ces traités, une protection juridique accrue des réfugiés a un effet réfléchi sur la protection de la famille.

Il n'en est pas autrement lorsqu'on s'arrête aux exigences découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, RS 0.101) en matière de protection des réfugiés. Certes, en raison de sa matière forcément générale dans le domaine des droits humains et des droits civils, la CEDH n'aborde pas non plus concrètement le point d'une acquisition dérivée du statut de réfugié. Toutefois, dans la jurisprudence, le droit à la protection de la famille faisant l'objet de son art. 8 a pris, spécialement dans le traitement de cas relevant du droit d'asile et des étrangers, une importance guère atteinte par d'autres droits individuels garantis par la CEDH. Cela est attesté notamment par l'ampleur de la jurisprudence de la Cour européenne des

¹⁴ UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation, à lire en anglais (version française pas disponible) sous www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=4a0c28492&skip=0&query=Guidance%20note%20on%20refugee%20claims%20relating%20to%20female.

¹⁵ «Where a family seeks asylum based on a fear a female child of the family will be subjected to FGM, the child will normally be the principal applicant, even when accompanied by her parents. In such cases, just as a child can derive refugee status from the recognition of a parent as a refugee, a parent can, mutatis mutandis, be granted derivative status based on his or her child's refugee status.»

¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2.

¹⁷ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, RS 0.103.1.

¹⁸ Voir art. 16, al. 3, DUDH, art. 23, al. 1, Pacte II et art. 10, al. 1, Pacte I.

droits de l'homme.¹⁹ Dans le contexte de la CEDH également, une acquisition dérivée de la qualité de réfugié par les membres de la famille permet de tenir compte de manière particulièrement efficace du principe de la protection étendue et effective de la famille.²⁰ C'est ainsi en toute logique qu'il a été renvoyé à l'art. 8 CEDH dans la procédure législative concernant la création, en Suisse, de l'asile accordé aux familles.²¹

1.2.3 Droit de l'Union européenne

En ce qui concerne la nécessité d'une acquisition dérivée de la qualité de réfugié dans le contexte du droit de l'Union européenne, il convient de mentionner, au niveau du droit supérieur, l'art. 78 TFUE qui exige la coordination et l'adaptation du droit d'asile, l'art. 78, al. 2, let. a TFUE envisageant même un statut uniforme de l'asile dans toute l'Union. Selon l'art. 78, al. 2, let. d et f, la base de ce statut unique devrait être une procédure commune pour l'octroi et le retrait du statut et il faudrait élaborer des normes communes sur les conditions d'admission des requérants d'asile.

1.2.3.1 Directive 2004/83/CE du Conseil, «directive sur la qualification»

A l'échelon du droit communautaire dérivé, il s'agit de se référer avant tout à la «Directive concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié (...)».²² Certes, la directive elle-même ne s'exprime pas directement sur une acquisition dérivée du statut de réfugié par les membres de la famille proche. Toutefois, au chiffre 27 de son préambule, le Conseil relève que «les membres de la famille, du seul fait de leur lien avec le réfugié, risquent en règle générale d'être exposés à des actes de persécution susceptibles de motiver l'octroi du statut de réfugié». Il s'avère ainsi clairement, au vu de la directive, qu'il faut partir de l'idée qu'il existe généralement un lien de fait entre les membres de la famille en ce qui concerne la qualité de réfugié.

1.2.3.2 Directive 2003/86/CE du Conseil, «regroupement familial»

Sur la base de la «Directive relative au droit au regroupement familial»,²³ il existe également une obligation pour les Etats membres de tenir compte du principe de

¹⁹ Une présentation des arrêts de principe les plus importants de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit à la vie de famille se trouve dans la contribution de Peter Uebersax, Nora Refaeil, Stephan Breitenmoser, Die Familienvereinigung im internationalen und schweizerischen Flüchtlingsrecht, in: OSAR/UNHCR (éd.), Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés – une étude comparative, Berne 2009, p. 471 (492 s.).

²⁰ C'est pourquoi le principe est entré par exemple dans les réglementations nationales de l'Allemagne (§ 26 de la loi sur la procédure d'asile), de l'Autriche et de la France, voir Hullmann, in: Who is a Refugee? A comparative case law study, 1997, p. 19, 97 s. (Autriche); Schank/Galiano, op. cit., p. 436 ss. (France). Egalement en Bosnie-Herzégovine, voir à ce sujet Refugee Protection in: International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, p. 593.

²¹ A ce sujet, Message du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1996 II 67; voir note 2.

²² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:DE:PDF> (allemand) ou <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:FR:PDF> (français).

²³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:DE:PDF> (allemand) ou <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:FR:PDF> (français).

l'unité de la famille lorsqu'ils légifèrent au niveau national. Son art. 9, al. 1 prévoyant l'application des dispositions aux seuls réfugiés déjà reconnus par les Etats membres, la directive ne permet pas directement de tirer des conclusions sur une acquisition dérivée du statut de réfugié par les membres de la famille. Pour la définition de la qualité de réfugié, c'est la directive sur la qualification qui joue un rôle essentiel.²⁴ Toutefois, dans son interprétation et dans son application, il faut tenir compte des autres règles du droit de l'UE et en particulier du principe du regroupement familial.

Il n'est guère pensable qu'une évolution sur le plan du droit dérivé de l'UE, notamment une éventuelle refonte de la directive sur la qualification, se fasse au détriment du niveau de protection de l'unité de la famille. Il est au contraire probable que cette protection fasse l'objet de réglementations expresses pour qu'il en soit tenu compte également dans la phase de la reconnaissance du statut de réfugié.

1.3 Résumé

Bien que la dérivation de la qualité de réfugié en faveur des proches parents ne découle pas directement de la seule teneur de la Convention de Genève, le contexte historique de son élaboration et son interprétation actuelle par le HCR montrent clairement que l'intégration des proches parents du requérant dans le statut de réfugié de ce dernier était déjà reconnue et introduite dans la pratique au moment où l'idée est née de garantir une protection internationale aux réfugiés par des instruments de droit international public.

Tant en ce qui concerne les instruments de droit international public en matière de droits humains – qu'ils soient universels comme la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes de l'ONU ou régionaux comme la CEDH – que dans le cadre du droit de l'UE, il faut relever que le droit de l'individu à la famille et à la vie de famille occupe un rôle clé. La mise en œuvre effective de ce droit par les Etats comprend en particulier leur décision d'introduire une acquisition dérivée du statut de réfugié au niveau national. Bien des pays ont tenu compte de cette exigence en consacrant le principe de l'unité de la famille dans leur législation sur l'asile. Eu égard au sens dans lequel le droit est en train d'évoluer ces dernières décennies, la volonté d'abandonner le principe de l'unité de la famille doit être qualifiée pour le moins d'anachronique.

La modification légale visée par l'initiative doit être rejetée parce qu'elle réduirait d'une façon inadéquate la position juridique des personnes que la Suisse s'est engagée à protéger dans le cadre du droit international. Il serait contraire au principe de la proportionnalité de vouloir limiter, pour des motifs de pure politique en matière d'étrangers, le droit d'une famille de réfugiés de poursuivre sa vie familiale dans le pays d'asile. Du point de vue de l'intégration également, le regroupement familial en faveur des réfugiés reconnus doit intervenir le plus rapidement possible et sans complications et les membres de la famille regroupée doivent

²⁴ Voir par exemple l'art. 2 f) de la Directive 2005/85/CE (« Directive sur la procédure d'asile ») qui renvoie expressément aux dispositions de la Directive sur la qualification; à consulter sous <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:DE:PDF> (allemand) ou <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:FR:PDF> (français).

être intégrés dans le statut de réfugié. L'initiative entend empêcher ce processus souhaité et se révèle tout à fait inopportune non seulement sur le plan des droits humains et fondamentaux des individus, mais également pour des motifs de politique sociale.

2 Ne pas favoriser les réfugiés pour les autorisations d'établissement, 10.484 Initiative parlementaire

2.1 Données du problème

Selon le droit en vigueur, les réfugiés reconnus au bénéfice de l'asile qui séjournent légalement en Suisse depuis cinq ans au moins ont droit à une autorisation d'établissement, à savoir à un titre de séjour inconditionnel et illimité (art. 60, al. 2, LAsi). L'octroi de ce titre ne peut être refusé qu'à des conditions très restrictives.

En revanche, selon l'art. 34, al. 2, LEtr, une autorisation d'établissement ne peut en principe être accordée aux autres étrangers de pays tiers qu'après un séjour d'au moins dix ans en Suisse.

L'initiative remet en question ce privilège dont bénéficient les réfugiés reconnus et propose de les soumettre, eux aussi, au délai de dix ans avant l'octroi de ce que l'on appelle le permis C.

2.2 Contexte juridique et discussion

Au niveau tant international que national, des limites sont posées à la marge de manœuvre du législateur qui se demande si l'ordre juridique lui impose de favoriser les réfugiés par rapport aux autres étrangers en ce qui concerne l'octroi d'autorisations d'établissement.

2.2.1 Points de référence internationaux

Au niveau du droit international, la Convention de Genève pose des critères à observer concernant le statut interne à accorder aux réfugiés reconnus.

Le droit de l'UE et celui des Etats membres qui le met en œuvre (par exemple de l'Allemagne, voir ci-après sous 2.1.3) exercent une influence de fait dans la mesure où la Suisse participe au système de Schengen et à la procédure de Dublin et ce même si, pour elle, les nombreuses réglementations juridiques de l'UE n'ont en principe pas d'effet contraignant. Lorsqu'elle légifère en droit interne, la Suisse est désormais contrainte de veiller à un minimum de compatibilité et de cohérence avec le droit de l'UE qui l'entoure.

2.2.1.1 Convention de Genève relative au statut des réfugiés

La Convention de Genève ne prend position sur les modalités du statut de séjour, respectivement juridique à accorder aux réfugiés par les pays d'accueil qu'en faisant référence à certains aspects particulièrement importants dans la pratique ordinaire. Elle se réfère ainsi au principe de l'égalité de traitement relative en exigeant un traitement des réfugiés égal parfois à celui des autres étrangers (par exemple, en matière de garantie de la propriété à l'art. 13 et de liberté de circulation à l'art. 26),²⁵ mais aussi parfois à celui des ressortissants du pays d'accueil (par exemple, en matière d'accès à la justice à l'art. 16 et d'assistance publique à l'art 23).²⁶

La Convention de Genève ne contient pas de réglementation concrète en matière d'octroi d'un titre national de séjour. Toutefois, son art. 34 exige expressément des Etats contractants qu'ils facilitent l'assimilation et la naturalisation des réfugiés et en particulier qu'ils s'efforcent d'accélérer la procédure de naturalisation. Cette disposition se fonde sur l'idée encore entièrement valable aujourd'hui qu'une grande partie des réfugiés reconnus reste durablement dans le pays d'accueil parce qu'un retour dans leur pays d'origine n'est pas possible.²⁷ Il s'agit dès lors de tenir compte de manière adéquate, également dans les contextes nationaux de réglementation, de la situation spéciale des réfugiés et de leur besoin accru de protection.

2.2.1.2 Droit de l'Union européenne

L'art. 24, al. 1 de la «directive sur la qualification»²⁸ exige des Etats membres de l'UE qu'ils délivrent aux réfugiés reconnus un titre de séjour qui soit valable au moins trois ans. Le droit de l'UE entend clairement permettre un séjour à long terme dès l'obtention du statut de réfugié et créer à ce sujet des normes minimales applicables dans toute l'Union.

2.2.2 Droit national

Sous réserve des obligations découlant du droit international, le législateur jouit d'une large marge de manœuvre au niveau de sa législation nationale. Il doit néanmoins respecter les limites posées par la constitution.

Une attention particulière doit être prêtée à l'égalité de traitement des requérants d'asile avec les autres étrangers en ce qui concerne l'octroi d'autorisations d'établissement au vu du principe général de l'égalité au sens de l'art. 8, al. 1 de la constitution fédérale (Const. féd.). Le principe général de l'égalité est un droit

²⁵ Voir la liste établie dans Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2^{ème} édition 1991, p. 383 s.

²⁶ Voir la liste également établie dans Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2^{ème} édition 1991, p. 383.

²⁷ Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2^{ème} édition 1991, p. 384.

²⁸ Voir 1.2.3.1 ci-dessus; à consulter sous <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:DE:PDF> (allemand) ou <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:FR:PDF> (français).

fondamental autonome. Il protège aussi bien les étrangers que les citoyens suisses et a un effet contraignant également pour les organes appelés à légiférer.²⁹

Certes, il peut sembler à première vue qu'il serait justement conforme à l'art. 8, al. 1 Const. féd. d'octroyer des autorisations d'établissement aux réfugiés au bénéfice de l'asile aux mêmes conditions qu'aux autres étrangers. Toutefois, un traitement égal au sens de l'art. 8, al. 1 Const. féd. n'est exigé et permis que si les deux situations de fait sont comparables. Si tel n'est pas le cas, le principe de l'égalité de traitement exige au contraire un traitement différent des deux états de fait mis en relation.³⁰ Il appartient ainsi au législateur, en vertu de l'art. 8, al. 1 Const. féd., de reconnaître la diversité des situations de vie dans les faits et de leur donner des solutions différenciées.

Sur la question qui nous occupe, le législateur doit dès lors évaluer si la situation effective des réfugiés reconnus est autre que celle des autres étrangers au point d'exiger une réglementation juridique différente.

Le point de départ d'une telle évaluation est qu'un ayant droit à l'asile est un réfugié au sens de l'art. 3 LAsi. C'est ici que se situe la différence fondamentale par rapport aux autres étrangers: alors que ces derniers séjournent en Suisse parce qu'ils l'ont librement voulu, le candidat à l'asile se trouve dans une situation forcée qui résulte du fait que son Etat d'origine ne veut ou ne peut pas lui offrir protection. En règle générale, le lien aussi bien juridique que de fait que le réfugié avait avec son Etat d'origine est rompu. Un réfugié ne peut pas s'attendre à recevoir une protection juridique ou de fait de son pays d'origine ni à y retourner.

Il s'ensuit qu'à la différence des autres étrangers, les personnes au bénéfice de l'asile ont un besoin accru de vivre durablement et en sécurité dans un autre Etat que l'Etat qu'ils ont fui.³¹ A ce sujet, il est opportun et utile de rappeler les considérations du Conseil fédéral en 2002 dans son Message relatif à une modification du droit d'asile. Il dit ce qui suit au sujet d'une refonte de la formulation de l'art. 60 LAsi:

«Les réfugiés reconnus restant, en principe, définitivement en Suisse, il importe d'éviter de dresser des obstacles inutiles à leur intégration. C'est pourquoi il y a lieu d'améliorer la formulation par analogie avec l'art. 61, let. b et c, du message concernant la nouvelle loi fédérale sur les étrangers (LEtr).»³²

²⁹ Opinion dominante que l'on trouve notamment dans Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4^{ème} édition, p. 653.

³⁰ Voir notamment Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4^{ème} édition, p. 654.

³¹ Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2^{ème} édition, p. 383.

³² Message du 4 septembre 2002 concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 2002 6405; à consulter sous www.admin.ch/ch/d/ff/2002/6845.pdf.

Un traitement non différencié des réfugiés et des autres étrangers sans se soucier du tout du besoin de réglementations différentes risquerait d'être contraire aux principes de droit constitutionnel.

2.2.3 Exemple: réglementation en Allemagne

La loi allemande sur le séjour (Aufenthaltsgesetz, AufenthG) est une des lois les plus récentes mettant en œuvre les principes du droit européen en tenant compte des développements sociaux en matière de droit de séjour des réfugiés. Cette loi, qui a remplacé l'ancienne loi sur les étrangers (Ausländergesetz), s'est inscrite dans la vaste réforme législative de 2005 qui a connu la création de ce que l'on appelle la loi sur l'immigration (Zuwanderungsgesetz).

Selon le § 25 AufenthG, les personnes au bénéfice de l'asile et les réfugiés définitivement reconnus reçoivent d'abord un titre de séjour limité. Après trois ans déjà, ils ont droit à un permis d'établissement (§ 26, al. 3, AufenthG) qui, tel qu'il est défini, est un titre de séjour illimité et inconditionnel (§ 9 AufenthG). Ce permis ne peut être refusé que dans des hypothèses exceptionnelles (voir § 52, al. 1, n° 4, AufenthG).

Le gouvernement fédéral allemand explique comme suit le § 26, al. 3, AufenthG:

«L'alinéa 3 prévoit que les personnes au bénéfice de l'asile et les autres personnes ayant le statut juridique de réfugiés étrangers reçoivent après trois ans un permis d'établissement pour autant que l'office fédéral de la migration et des réfugiés n'ait pas communiqué que les conditions de la reconnaissance ne sont plus remplies. Ainsi, la perspective d'une planification de vie durable est offerte aux personnes concernées.»³³ (trad.)

2.3 Résumé

Vouloir rendre plus difficile l'octroi d'une autorisation d'établissement aux réfugiés qui en ont besoin pour pouvoir se construire des conditions de vie solides et durables va à l'encontre de l'idée de la Convention de Genève de faciliter l'accueil et l'intégration des réfugiés. L'importance internationale jamais remise en question de cette idée maîtresse est attestée par les réglementations que l'on trouve aussi bien dans le droit de l'UE que dans la mise en œuvre de ce droit dans les législations de ses Etats membres.

Pour parvenir au résultat final souhaité, il est dans l'intérêt de l'Etat d'accueil de favoriser l'intégration des réfugiés plutôt que de prolonger la précarité de leur séjour et de créer des obstacles à leur intégration. En règle générale, les réfugiés ne peuvent pas retourner dans leur Etat d'origine et restent durablement dans le pays d'asile. Ces éléments doivent être pris en compte aussi bien dans l'intérêt du réfugié que dans celui de l'Etat d'accueil. Cependant, ces intérêts ne sont pas

³³ Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), Drucksache 15/420, p. 80 re.Sp.; à consulter sous <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/004/1500420.pdf>.

du tout diamétralement opposés au point d'empêcher une solution cohérente de compromis. Au contraire, cette solution est toute tracée: créer, respectivement maintenir une acquisition facilitée de l'autorisation d'établissement pour les réfugiés afin de réaliser leur intégration à l'avantage de la société toute entière.³⁴

Maximilian Lipp, Service juridique de l'OSAR

³⁴ Voir une nouvelle fois le Message du 4 septembre 2002, cité à la note 32.