

Le regroupement familial des réfugiés en Suisse

Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique

Octobre 2017

Document rédigé par
Stephanie A. Motz

Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM)
Publié avec le soutien du Bureau du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein



UNHCR
The UN Refugee Agency



CSDM
Centre Suisse pour la Défense
des Droits des Migrants

Le regroupement familial des réfugiés en Suisse

Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique¹

Stephanie A. Motz²

octobre 2017³

¹ Ce document a été publié avec le soutien du HCR. Les opinions exprimées dans le présent document appartiennent à l'auteure et ne reflètent pas forcément celles du HCR ou des Nations Unies. Le présent document peut être cité et reproduit librement dans le cadre de la recherche et de l'enseignement universitaire ainsi qu'à des fins pédagogiques ou d'autres fins non-commerciales sans l'accord préalable du HCR, à condition d'en citer la source. Il est disponible en ligne sur les sites www.centre-csdm.org et www.unhcr.ch.

² Membre du comité scientifique du Centre suisse pour la défense des droits des migrants (CSDM); avocate, Walche Rechtsanwälte, Zurich; assistante universitaire et doctorante auprès de l'Université de Lucerne.

³ Une première version de ce document a été rédigée en décembre 2016 et a été mise à jour, plus récemment, en tenant compte de la jurisprudence jusqu'au mois d'août 2017.

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION	6
2.	LE REGROUPEMENT FAMILIAL DES REFUGIES DANS LA LEGISLATION SUISSE EN MATIERE DE DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS.....	7
2.1	Introduction	7
2.2	Distinction entre réfugiés titulaires d'un permis B et réfugiés titulaires d'un permis F	9
2.3	Différence d'accès au regroupement familial pour les conjoints de réfugiés titulaires d'un permis B en fonction d'un mariage antérieur ou postérieur à la fuite	11
2.4	Distinction dans le cadre du regroupement familial différé.....	12
2.5	Critère de preuve concernant les liens familiaux.....	13
2.6	Recours juridiques internes	13
2.7	Conclusion	14
3.	REGROUPEMENT FAMILIAL DES REFUGIES ET DES BENEFICIAIRES DE LA PROTECTION INTERNATIONALE EN DROIT INTERNATIONAL	14
3.1	Normes de protection du droit international des réfugiés	14
3.2	Normes du droit international en matière de droits humains	15
3.3	Normes du Conseil de l'Europe.....	18
4.	JURISPRUDENCE DE LA CrEDH CONCERNANT L'ART. 8 CEDH EN MATIERE DE REGROUPEMENT FAMILIAL	19
4.1	Introduction	19
4.2	Principaux critères relatifs aux cas de regroupement familial selon l'art. 8 CEDH	21
4.2.1	Séparation volontaire ou involontaire de la famille	22
4.2.2	Obstacles insurmontables ou entraves majeures à la possibilité de jouir de la vie de famille à l'étranger	23
4.2.3	L'intérêt supérieur de l'enfant	25
4.2.3.1	Age de l'enfant et demande de regroupement tardive	26
4.2.3.2	Dépendance par rapport aux membres de la famille qui déposent la demande et à d'autres membres de la famille et droits de garde	27
4.3	Autres facteurs pertinents sous l'angle de l'art. 8 CEDH.....	28
4.3.1	Evaluation de l'existence de la vie de famille.....	28
4.3.2	Garanties procédurales et retard dans le processus de décision au niveau national.....	29
4.3.3	Date d'examen de la demande et majorité de l'enfant	30
4.3.4	Importance de la qualité de l'examen de la demande par les autorités nationales.....	31
4.3.5	Importance de l'historique migratoire et de l'entrée illégale.....	32
5.	CONFLITS POTENTIELS ENTRE LA PRATIQUE SUISSE EN MATIERE DE REGROUPEMENT FAMILIAL ET L'ART. 8 CEDH.....	33
5.1	Art. 85 al. 7 LEtr: réfugié titulaire d'un permis F ayant demandé le regroupement familial avant l'expiration du délai de trois ans	33
5.1.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	33

5.1.2	Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH	35
5.1.3	Justifications potentielles sous l'angle de l'art. 8 CEDH.....	37
5.1.4	Conclusion.....	37
5.2	Art. 44 LEtr: regroupement familial avec le conjoint épousé après la fuite (et les enfants nés après la fuite) d'un réfugié titulaire d'un permis B dépendant de l'aide sociale.....	38
5.2.1	Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH	38
5.2.2	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	39
5.2.3	Justifications potentielles sous l'angle des articles 14 et 8 CEDH	40
5.2.4	Conclusion.....	41
5.3	Art. 44 LEtr: femme réfugiée en Suisse avec enfant(s), dépendante de l'aide sociale, cherchant à obtenir le regroupement familial avec son conjoint postérieur à la fuite.....	41
5.3.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	41
5.3.2	Compatibilité avec la CEDAW.....	42
5.3.3	Justifications potentielles sous l'angle de l'art. 8 CEDH et de la CEDAW	42
5.3.4	Conclusion.....	42
5.4	Réfugié invalide/malade dépendant de l'aide sociale, cherchant à obtenir le regroupement familial avec un conjoint postérieur à la fuite (et/ou des enfants).....	43
5.4.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	43
5.4.2	Justification potentielle sous l'angle de l'art. 8 CEDH.....	44
5.4.3	Conclusion.....	44
5.5	Art. 44 let. c LEtr ou art. 85 al. 7 let. c LEtr: travailleur pauvre, par exemple une famille avec plusieurs enfants, cherchant à obtenir le regroupement familial avec le conjoint	44
5.5.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	44
5.5.2	Conclusion.....	45
5.6	Art. 75 OASA ou art. 47 LEtr: cas de regroupement familial différé.....	45
5.6.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	45
5.6.2	Justification potentielle sous l'angle de l'art. 8 CEDH.....	46
5.6.3	Conclusion.....	46
5.7	Droits au regroupement familial pour les enfants.....	46
5.7.1	Compatibilité avec l'art. 8 CEDH.....	46
5.7.2	Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH	48
5.7.3	Conclusion.....	48
5.8	Regroupement familial avec des membres de la famille élargie	48
5.9	Problèmes pratiques et de procédure.....	49
6.	CONCLUSION.....	50

Liste des abréviations

AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
al.	alinéa
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CDH	Comité des droits de l'homme (NU)
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CERD	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
consid.	considérant
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse
et al.	et autres
ExCom	Comité exécutif (du HCR)
FF	Feuille fédérale
JICRA	Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
LAsi	Loi sur l'asile
let.	lettre
LEtr	Loi sur les étrangers
NU	Nations Unies
OASA	Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
par.	paragraphe
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
RTNU	Recueil de traités des Nations Unies
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
STE	Série des traités européens
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
UE	Union européenne

1. INTRODUCTION

Le présent document a pour objet l'examen de la situation du regroupement familial pour les réfugiés et les personnes bénéficiant d'une admission provisoire suite à une guerre, une guerre civile ou à des violences généralisées (ci-après désignées "titulaires de permis F"), résidant en Suisse. Nous allons également analyser les cas dans lesquels la législation suisse sur le regroupement familial présente des soucis de compatibilité avec le droit international en matière de droits humains. Le document indique certaines solutions qui peuvent être apportées à ce problème dans le cadre du contentieux international et souhaite fournir, plus généralement, une assistance stratégique aux avocats et représentants juridiques spécialistes du droit d'asile dans le cadre des actions en justice entamées dans ce domaine. Ce document se concentre principalement sur les problèmes relatifs aux demandes de regroupement familial concernant des membres de la famille ne résidant pas dans des Etats membres de l'UE, sans examiner par conséquent les problèmes de regroupement familial résultant de l'application du Règlement Dublin III,⁴ qui nécessitent un traitement séparé.

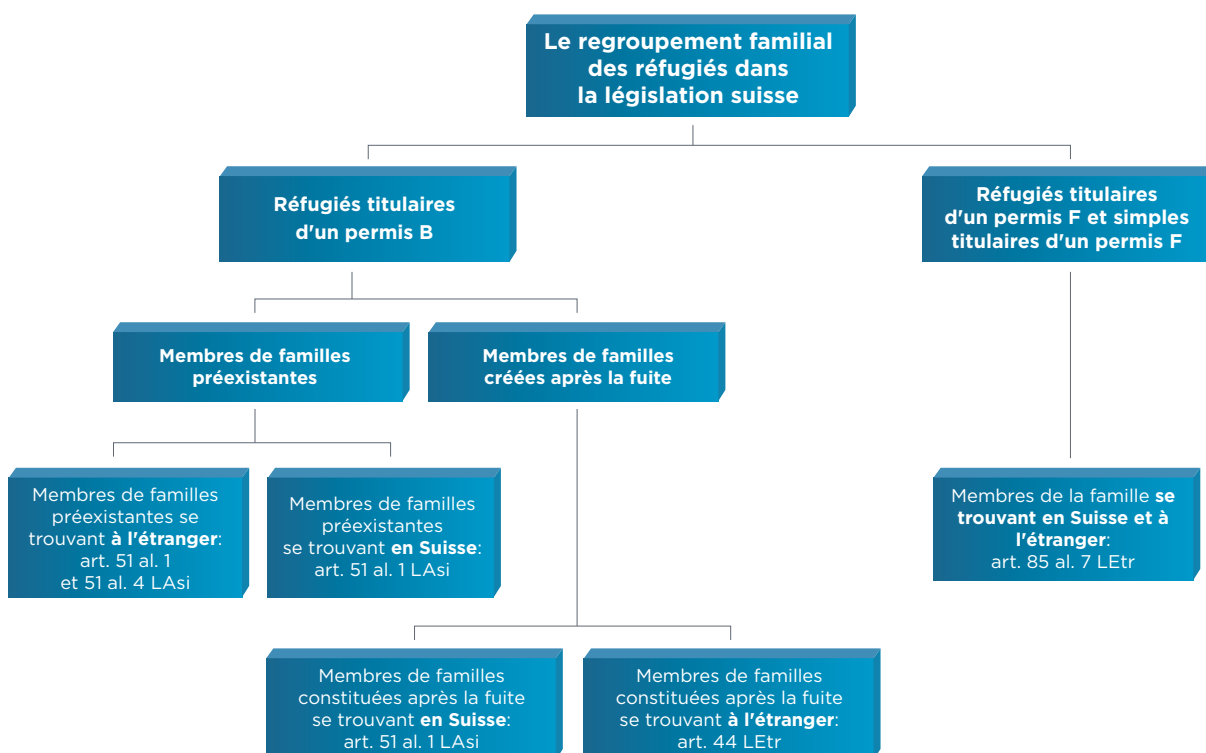
Nous allons synthétiser, tout d'abord, dans ce document les critères juridiques applicables au regroupement familial des réfugiés et des titulaires de permis F en Suisse. Puis, nous allons décrire brièvement la législation en matière de regroupement familial des réfugiés dans le cadre du droit international. Dans une troisième partie du document, nous allons examiner des exemples de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) en matière de regroupement familial. Et, pour finir, nous allons examiner certains parmi les scénarios les plus fréquents menant au refus des demandes de regroupement familial en Suisse et suggérer des voies de droit possibles, dans le contexte international, contre le *status quo*. Le document se termine par une synthèse des aspects les plus importants à prendre en compte dans le cadre des actions en justice à visée stratégique qui seront entamées, à l'avenir, dans ce domaine.

⁴ Règlement (UE) No. 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), disponible sous: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32013R0604>

2. LE REGROUPEMENT FAMILIAL DES REFUGIES DANS LA LEGISLATION SUISSE EN MATIERE DE DROIT D'ASILE ET DES ETRANGERS

2.1 Introduction

Le regroupement familial des réfugiés, dans la loi suisse, est régi par un ensemble relativement complexe de dispositions. Notamment, la législation suisse établit une distinction entre différentes catégories de réfugiés, en fonction du type de permis, de la nature des liens familiaux, à savoir s'ils sont préexistants ou postérieurs à la fuite, et du fait que les membres de la famille qui demandent le regroupement familial avec le membre de leur famille réfugié en Suisse se trouvent déjà sur le territoire suisse ou sont encore à l'étranger à la date de dépôt de la demande. Le schéma ci-dessous cherche à fournir une description structurée des distinctions applicables et des bases juridiques sur lesquelles se fonde le regroupement familial.



En ce qui concerne les “membres de la famille” éligibles au regroupement familial, la législation suisse permet uniquement le regroupement avec les conjoints, les partenaires enregistrés et les enfants mineurs (art. 51 al. 1 Loi sur l’asile [ci-après: LAsi]⁵; art. 85 al. 7 Loi sur les étrangers [LEtr]⁶; art. 74 al. 6 Ordonnance relative à l’admission, au séjour et à l’exercice d’une activité lucrative [OASA]⁷) ainsi qu’avec les enfants adoptifs et les beaux-enfants.⁸ D’autres membres de la famille, et notamment les parents et les frères et sœurs des enfants non accompagnés, même s’ils sont eux-mêmes mineurs, ne peuvent plus bénéficier du regroupement familial.⁹ Par souci de clarté, le terme “membres de la famille” désignera, dans le présent document, la catégorie de membres de la famille éligibles au regroupement familial selon la législation suisse, à savoir, les conjoints, les enfants mineurs et les partenaires enregistrés.

⁵ Loi sur l’asile du 26 juin 1998 (état le 1^{er} octobre 2016), disponible sous :

www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995092/index.html

⁶ Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (état le 1^{er} janvier 2017), disponible sous :

www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20020232/index.html

⁷ Ordonnance relative à l’admission, au séjour et à l’exercice d’une activité lucrative du 24 octobre 2007 (état le 1^{er} mai 2017), disponible sous : www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20070993/index.html

⁸ Tribunal administratif fédéral (TAF), arrêt du 9 juillet 2014 (D-1411/2014); TAF, arrêt du 24 février 2014 (D-5536/2013). Les arrêts du TAF peuvent être consultés sur le site :

www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/entscheidatenbank-bvger.html

⁹ Cf., entre autres, TAF, arrêt du 20 janvier 2015 (E-7481/2014).

Les autres membres de la famille pourront, dans certains cas, selon le *Message* relatif à la LAasi,¹⁰ être éligibles au regroupement familial selon l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH),¹¹ qui garantit le droit au respect de la vie familiale. En particulier, le *Message* fait référence aux enfants majeurs handicapés, aux enfants en nourrice et aux autres personnes qui vivaient de manière permanente en ménage avec le demandeur et dont l'existence dépendait de ce foyer.¹²

Par ailleurs, la loi suisse établit une distinction entre les réfugiés qui ont obtenu l'asile (à savoir le permis B) et les réfugiés qui bénéficient seulement d'une admission provisoire en Suisse (permis F). Leurs droits au regroupement familial diffèrent à plusieurs égards (cf. le paragraphe 2.2 ci-dessous).

Les personnes auxquelles le statut de réfugié a été octroyé peuvent obtenir un permis F au lieu d'un permis B, selon la législation suisse, principalement pour deux motifs:¹³ premièrement, parce qu'ils ont été reconnus comme réfugiés uniquement sur la base d'activités sur place (art. 54 LAasi); ou, deuxièmement, s'ils sont reconnus "indignes" de l'asile pour l'un des motifs suivants, à savoir: parce qu'ils ont commis des "actes répréhensibles", parce qu'ils constituent une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ou parce qu'ils font l'objet d'une ordonnance d'expulsion en vertu des nouvelles dispositions en matière d'expulsion de l'art. 66a ou 66a^{bis} du Code pénal ou de l'art. 49a ou 49a^{bis} du Code pénal militaire (art. 53 LAasi).¹⁴

Les personnes confrontées à un risque réel de violation de l'art. 3 CEDH et les personnes qui fuient la guerre, la guerre civile ou des violences généralisées peuvent également bénéficier d'une admission provisoire et recevoir un permis F (art. 83 al. 1, 3 et 4 LEtr). Cependant, elles ne bénéficient pas du statut de réfugiés et relèvent d'un autre statut juridique prévu par la loi suisse. Elles seront donc dorénavant désignées, dans ce document, sous le terme "titulaires d'un permis F" ou "détenteurs de permis F". De même, les personnes confrontées à un état de nécessité médicale dans leur pays d'origine reçoivent un permis F (art. 83 al. 4 LEtr). Cette dernière catégorie de titulaires du permis F n'est pas prise en considération dans ce document.

Environ 27 pour cent de toutes les personnes auxquelles est accordé un permis F sont des réfugiés (entre 2009 et juin 2016).¹⁵ Selon un rapport du Conseil fédéral, la majorité des titulaires de permis F proviennent d'Erythrée et de Syrie et, en troisième lieu, d'Afghanistan (situation au 30 juin 2016).¹⁶ Entre 2009 et 2015, une moyenne de 0.03% des personnes titulaires d'un permis F ont fait l'objet d'un retrait du permis F en vue de leur expulsion forcée vers leur pays d'origine.¹⁷ Un pourcentage supplémentaire de 3.84 pour cent, en moyenne, a quitté la Suisse volontairement.¹⁸ Par conséquent, la majorité des personnes titulaires d'un permis F, à savoir plus de 96 pour cent, séjournent durablement en Suisse. Au bout de cinq ans, un titulaire de permis F pourra demander un permis B, sous réserve du respect d'un certain nombre de critères (art. 84 al. 5 LEtr).

¹⁰ Message 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 du 4 décembre 1995, FF 1996 II 1, 69, disponible sous: www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10108575

¹¹ Conseil de l'Europe, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14, 4 novembre 1950, STE n°5, disponible sous: www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063776

¹² FF 1996 II 1, 69; TAF, arrêt du 8 décembre 2014 (D-1590/2014), § 7, supra note 10.

¹³ Une autre raison pourrait être représentée par une situation d'afflux massif selon la définition de l'art. 55 LAasi, mais, pour le moment, ce cas n'a pas été invoqué dans la pratique.

¹⁴ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (état le 1^{er} septembre 2017), disponible sous: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html; Code pénal militaire du 13 juin 1927 (état le 1^{er} janvier 2017), disponible sous: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19270018/index.html

¹⁵ Rapport du Conseil fédéral, *Admission provisoire et personnes à protéger: analyse et possibilités d'action*, juillet 2016, p. 27, disponible sous: www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2016/2016-10-14/ber-va-f.pdf

¹⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁷ *Ibid.*, p. 28.

¹⁸ *Ibid.*

2.2 Distinction entre réfugiés titulaires d'un permis B et réfugiés titulaires d'un permis F

Généralement, les droits des réfugiés titulaires d'un permis F et des titulaires d'un permis F sont plus limités que ceux des réfugiés détenteurs d'un permis B.¹⁹ En ce qui concerne les titulaires du permis B, l'art. 51 al. 1 et 4 LAsi prévoit que :

art. 51 Asile accordé aux familles

¹ Le conjoint d'un réfugié et ses enfants mineurs sont reconnus comme réfugiés et obtiennent l'asile, pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose.

...

⁴ Si les ayants droit définis à l'al. 1 ont été séparés par la fuite et se trouvent à l'étranger, leur entrée en Suisse sera autorisée sur demande.

Par conséquent, les réfugiés titulaires d'un permis B bénéficient d'un droit exécutoire au regroupement familial avec les membres de leur famille préexistante à la fuite, selon l'art. 51 al. 4 lu en relation avec l'art. 51 al. 1 LAsi, la seule condition requise étant l'existence du lien familial préalablement à la fuite (sauf dans certaines circonstances particulières²⁰).

D'autre part, les réfugiés détenteurs du permis F et les simples titulaires d'un permis F ne bénéficient pas de ce droit.²¹ En effet, leur situation est régie par l'art. 85 al. 7 LETr :

art. 85 Réglementation de l'admission provisoire

⁷ Le conjoint et les enfants célibataires de moins de 18 ans des personnes admises provisoirement, y compris les réfugiés admis provisoirement, peuvent bénéficier du regroupement familial et du même statut, au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire, aux conditions suivantes :

- a. ils vivent en ménage commun ;
- b. ils disposent d'un logement approprié ;
- c. la famille ne dépend pas de l'aide sociale.

L'art. 85 al. 7 LETr prévoit donc, en premier lieu, que les réfugiés titulaires du permis F et les détenteurs du permis F ne peuvent pas demander le regroupement familial avant l'expiration d'une période de trois ans après le prononcé de l'admission provisoire. En deuxième lieu, après l'expiration de cette période de trois ans, les réfugiés titulaires d'un permis F et les détenteurs d'un permis F ne peuvent demander le regroupement que dans les conditions prévues par l'art. 85 al. 7 let. a-c LETr, décrites ci-dessus. La condition essentielle, dans ce contexte, est la nécessité, pour le demandeur, de prouver qu'il ne dépend pas de l'aide sociale pour sa subsistance (art. 85 al. 7 let. c LETr).

Les détenteurs du permis F rencontrent plusieurs obstacles dans l'accès au marché du travail en Suisse, et notamment des lois restrictives en matière d'emploi dans le cadre de la procédure d'asile, des cours de langue mal organisés, des problèmes médicaux et la préoccupation constante concernant la sécurité et le bien-être des membres de leurs familles restés dans le pays d'origine. Au bout de trois ans, environ 20 pour cent des détenteurs d'un permis F ont trouvé un emploi.²²

¹⁹ Depuis la publication d'un nouvel arrêt du TAF en date du 21 juin 2017 (F-8337/2015), lequel constitue un précédent, les réfugiés titulaires d'un permis F dont les membres de la famille préexistante sont déjà établis en Suisse ne peuvent plus invoquer l'art. 51 al. 1 LAsi pour demander l'inclusion d'un membre de la famille dans le statut de réfugié du demandeur. Par conséquent, les autres membres de leur famille ne peuvent plus bénéficier du même statut de réfugié qu'eux.

²⁰ Telles que citées, par exemple, dans C. Hruschka, in: Thür/Zünd/Spescha/Bolzli/Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, Orell Füssli 2015, Nr. 2 AsylG, art. 51 N 4 und N 9 (ci-après: *Kommentar zum Migrationsrecht*) ; S. Motz, in: Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, Haupt Verlag 2015, p. 451-454 para. 1.2.2. (ci-après: *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*).

²¹ Pour une récente confirmation sur ce point, cf. par ex. TAF, arrêt du 6 décembre 2015 (F-2186/2015), consid. 5.2; pour une opinion contraire à ce propos, cf. C. Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 2 AsylG, art. 51 N 10.

²² UNHCR, *Arbeitsmarktintegration: Die Sicht der Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommenen in der Schweiz*, décembre 2014 (ci-après: *Arbeitsmarktintegrationsstudie*), disponible sous : http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/UNHCR-Integrationsstudie_CH_web.pdf. Un résumé de l'étude en français est disponible sous : http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/FR_Resume_Integration-sur-le-marche-du-travail.pdf.

Actuellement, les détenteurs du permis F ne peuvent pas demander le regroupement familial uniquement s'ils dépendent de l'aide sociale, les autres prestations d'assistance sociale, telles que, notamment, les prestations complémentaires à la rente de vieillesse, du conjoint survivant ou d'invalidité (à savoir «les prestations complémentaires», ou, en allemand: “*Ergänzungsleistungen*”) ²³ n'étant pas assimilées à l'aide sociale. Cependant, dans le contexte de la mise en application de l'initiative en matière d'immigration de masse (art. 121a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse), ²⁴ ces prestations complémentaires seront également assimilées à l'aide sociale dans le cadre du traitement des demandes de regroupement familial. ²⁵

Le Conseil fédéral suisse justifie les restrictions applicables au droit au regroupement familial des détenteurs d'un permis F par la jurisprudence de la CrEDH relative à l'art. 8 CEDH et par le fait que seul un nombre restreint de titulaires d'un permis F possède le statut de réfugié. ²⁶ Les tribunaux suisses aussi considèrent que cette disposition légale est conforme à l'art. 8 CEDH. ²⁷ Ils justifient leur argument par le fait que les migrants ne peuvent invoquer l'art. 8 CEDH que s'ils ont un droit de séjour bien établi (en allemand: “*gefestigtes Aufenthaltsrecht*”), ce que les détenteurs d'un permis F n'ont généralement pas, en vertu de la jurisprudence des tribunaux suisses. ²⁸ Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) et du TAF relative au fait de savoir si les titulaires d'un permis F bénéficient ou non d'un droit de séjour établi et relèvent, donc, de l'art. 8 CEDH, n'est pas cohérente. ²⁹ Plus récemment, le TAF a jugé que la question de savoir si la période de carence de trois ans était ou non compatible avec l'art. 8 CEDH devait être évaluée au cas par cas, bien qu'il n'ait jamais constaté, jusqu'ici, ladite incompatibilité. ³⁰

Contrairement au raisonnement formulé par le Conseil fédéral, les réfugiés titulaires d'un permis F représentent, en fait, un quart de tous les détenteurs de permis F (cf., à ce sujet, le paragraphe 2.1 ci-dessus). Etant donné que 96 pour cent des détenteurs de permis F séjournent de manière stable en Suisse, leur statut ne peut être raisonnablement considéré comme provisoire. Par ailleurs, leur statut ne permet pas de conclure qu'ils peuvent bénéficier, dans leurs pays d'origine, d'une vie familiale, puisqu'ils proviennent, en grande partie, de pays tels que l'Erythrée, la Syrie et l'Afghanistan. En fait, la période de carence de trois ans empêche les réfugiés titulaires d'un

²³ Cf., pour plus d'informations, le site web du Centre d'information en matière d'assurance vieillesse et survivants, disponible sous: www.ahv-iv.ch/fr/Assurances-sociales.

²⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (état le 12 février 2017), disponible sous: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html

²⁵ Cf. Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), *Feuille d'information: Message additionnel concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (Intégration): adaptation à l'art. 121a Cst. et mise en œuvre d'initiatives parlementaires*, 4 mars 2016, pp. 1-2, disponible sous: <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/aug-integration/fs2-zusatzbot-f.pdf>; pour une critique à ce sujet de la Conférence suisse des institutions d'action sociale, cf. CSIAS, *Prise de position sur la modification de la Loi sur les étrangers: 1. Mise en œuvre de l'art. 121a Cst.; 2. Adaptation du projet de modification de la Loi sur les étrangers (intégration)*, mai 2015, disponible sous: https://skos.ch/uploads/media/2015_Vernehmlassung_TeilrevisionAUG-f.pdf

²⁶ Cf. JICRA 2006/7 § 7.3, se référant au rapport du Conseil fédéral sur la révision totale de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure, juillet 1999.

²⁷ S. Motz, *Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen*, Asyl 4/14, et autres références.

²⁸ Toutefois, cf. CrEDH, arrêt du 8 juillet 2014, *M.P.E.V. et autres c. Suisse*, no 3910/13, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145348>, où l'obligation de bénéficier d'un droit de séjour établi pour invoquer l'art. 8 CEDH a été rejetée par la CrEDH.

²⁹ Cf., entre autres, TAF, arrêt du 22 mars 2016 (E-1484/2016), supra note 21, le TAF a constaté une atteinte au droit, mais non pas une violation de l'art. 8 CEDH, dans le cas d'une demande de regroupement familial déposée par le détenteur d'un permis F qui avait obtenu, entre-temps, un permis B; TF, arrêt du 13 février 2012 (2C_639/2012), le TF a jugé que la mère du titulaire d'un permis F bénéficiait d'un droit de séjour établi et pouvait invoquer l'art. 8 CEDH, car il était improbable qu'elle puisse et veuille retourner dans son pays d'origine et qu'elle était également mariée au titulaire d'un permis B. Le TF a estimé que le refus d'accorder le regroupement familial entraînerait, dans ce cas, une violation de l'art. 8 CEDH; TAF, arrêt du 7 septembre 2016 (E-4190/2016), statuant que la mère d'un réfugié détenteur d'un permis F bénéficiait d'un droit de séjour établi en Suisse, mais que l'existence d'une vie familiale entre les conjoints devait être évaluée eu regard à l'existence d'une relation pleine et active entre les époux, consid. 7.2.1 et 7.2.2; TAF, arrêt du 6 décembre 2016 (F-2186/2015), établissant que la titulaire d'un permis F vivant en Suisse depuis plus de 4 ans et ayant obtenu son permis F un peu moins de trois ans auparavant ne bénéficiait pas d'un droit de séjour suffisamment établi pour pouvoir invoquer l'art. 8 CEDH, consid. 6.3.2.

³⁰ Cf. TAF, arrêt F-2186/2015, supra note 21, consid. 6.3, le TAF a jugé que la mère qui avait déposé la demande de regroupement ne bénéficiait pas d'un droit de séjour permanent – et ne relevait donc pas de l'art. 8 CEDH – et qu'il n'y avait aucun autre motif susceptible de rendre incompatible la période de carence de 3 ans par rapport à l'art. 8 CEDH; TAF, arrêt du 13 mars 2017 (F-8197/2015).

permis F de s'établir durablement en Suisse et de s'intégrer dans la société suisse. Sa compatibilité avec la CEDH à la lumière de la jurisprudence de la CrEDH sera analysée de manière critique au paragraphe 5 ci-dessous.

2.3 Différence d'accès au regroupement familial pour les conjoints de réfugiés titulaires d'un permis B en fonction d'un mariage antérieur ou postérieur à la fuite

La loi suisse prévoit des droits différents en matière de regroupement familial en fonction de l'antériorité ou de la postériorité de la création du lien familial par rapport à la date de la fuite du pays d'origine.³¹ Selon la jurisprudence du TAF, les membres de la famille respectent le critère requis d'antériorité du lien lorsque la famille a été séparée dans le pays d'origine, et non pas pendant le parcours migratoire. En principe, la formulation de l'art. 51 al. 4 LAsi ("ont été séparés par la fuite") serait suffisamment ouverte pour inclure les membres d'une famille qui a été formée pendant la fuite et qui ont été séparés dans un pays de transit. Mais le TAF soutient que cela ne s'applique pas aux membres d'une famille qui ont été séparés hors du pays d'origine.³² Par conséquent, quand les membres d'une famille ont été séparés pendant la fuite, et notamment dans un pays de transit, ils ne remplissent plus le critère d'antériorité du lien et sont considérés comme des membres d'une famille constituée après la fuite.

Les réfugiés titulaires d'un permis B qui demandent le regroupement familial à l'étranger avec les membres de leur famille constituée après la fuite doivent invoquer l'application de l'art. 44 LEtr, qui prévoit:

art. 44 Conjoint et enfants étrangers du titulaire d'une autorisation de séjour

L'autorité compétente peut octroyer une autorisation de séjour au conjoint étranger du titulaire d'une autorisation de séjour et à ses enfants célibataires étrangers de moins de 18 ans aux conditions suivantes:

- a. ils vivent en ménage commun avec lui;
- b. ils disposent d'un logement approprié;
- c. ils ne dépendent pas de l'aide sociale.

S'agissant d'une disposition discrétionnaire, ces personnes ne bénéficient pas d'un véritable *droit* au regroupement familial.³³ Bien que l'appréciation des autorités doive être exercée "diligemment", l'obtention du droit au regroupement est conditionnée aux termes des lettres a à c. Encore une fois, la condition essentielle, dans ce contexte, est la nécessité de pouvoir entretenir la famille sans dépendre de l'aide sociale pour sa subsistance (art. 44 let. c LEtr).³⁴ Tout comme les titulaires de permis F, les réfugiés titulaires d'un permis B ont du mal à remplir cette condition. En effet, au cours de leurs premières années en Suisse, les réfugiés officiellement reconnus présentent de faibles taux d'emploi (environ 20 pour cent au bout de trois ans).³⁵

³¹ Par le passé, selon la loi et les pratiques courantes en matière de regroupement familial en Suisse, les membres d'une famille composée après la fuite pouvaient bénéficier de l'asile accordé à d'autres membres de la famille, en vertu de l'art. 51 al. 1 LAsi. Cependant, la pratique du SEM dans ce domaine a ensuite changé et le regroupement avec des membres de la famille déjà résidents en Suisse n'était possible que lorsque la séparation de la famille avait eu lieu avant la fuite. Toutefois, un arrêt de principe du TAF a récemment clarifié que les membres d'une famille constituée après la fuite peuvent aussi être inclus dans l'asile familial conformément à l'art. 51 al. 1 LAsi, à condition qu'ils se trouvent en Suisse et non à l'étranger. Cf. TAF, arrêt du 17 août 2017 (D-3175/2016).

³² ATAF 2012/32, consid. 5.4 avec d'autres références. La jurisprudence du TAF (arrêt de principe) peut être trouvée sous: www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/entscheiddatenbank-bvger.html en introduisant le numéro de référence de l'arrêt lors de la recherche dans la base de données.

³³ ATF 139 I 330, consid. 1.3.2. La jurisprudence du TF (arrêt de principe) peut être trouvée sous: www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/cliir/http/index.php?lang=fr en introduisant le numéro de référence de l'arrêt dans la recherche.

³⁴ Si le membre de la famille qui a déposé une demande d'entrée sur le territoire est en mesure de travailler en Suisse et ne vient pas accroître ultérieurement la dépendance de l'aide sociale du réfugié résidant en Suisse, il n'y a pas de dépendance *supplémentaire* à l'aide sociale contrairement à l'art. 44 let. c LEtr: M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 1 AuG, art. 44 N 5.

³⁵ UNHCR, *Arbeitsmarktintegrationsstudie*, supra note 22, p. 16.

Cependant, le TF a déclaré que les conditions requises par l'art. 44 LEtr sont compatibles avec les exigences en matière de droit à la vie familiale, telles que posées par l'art. 8 CEDH.³⁶ Dans une moindre mesure, toutefois, le TF estime qu'un réfugié titulaire d'un permis B peut invoquer l'art. 8 CEDH, en dehors des exigences de l'art. 44 LEtr, s'il souhaite demander le regroupement familial.³⁷ Par exemple, dans le cas d'un réfugié érythréen qui a demandé le regroupement familial avec son épouse (mariage après la fuite), le TF a jugé que la condition relative à l'aide sociale issue de l'art. 44 let. c LEtr peut être restreinte, dans une certaine mesure, dans le contexte d'une évaluation menée selon les termes de l'art. 8 CEDH:³⁸

Lorsqu'un réfugié bénéficiant de l'asile a fait tout ce qui était raisonnablement en son pouvoir pour chercher à gagner sa vie (et à entretenir sa famille créée après la fuite et résidant à l'étranger) sans recourir à l'aide sociale, et lorsqu'il a réussi, au moins en partie, à s'insérer sur le marché du travail, cela peut être suffisant pour obtenir le regroupement avec son conjoint et le droit à la vie de famille en Suisse, si, malgré ses efforts, il ne réussit pas – sans en être responsable – à obtenir un poste dans les délais établis pour le regroupement familial lui permettant de remplir les critères établis par l'art. 44 let. c LEtr, si le montant d'aide sociale reste raisonnable et si le manque peut être compensé dans un proche avenir.³⁹

Par conséquent, le TF a estimé que, à condition que le réfugié soit en mesure de démontrer qu'il pourra gagner, dans un futur proche, suffisamment d'argent pour ne pas dépendre de l'aide sociale une fois obtenu le regroupement familial, la demande de regroupement familial doit être admise sur la base de l'art. 8 CEDH. Ce principe, bien qu'il puisse être applicable dans le cas des travailleurs pauvres, où le salaire gagné se situe juste en dessous du seuil fixé pour l'aide sociale, n'établit pas une exception plus générale par rapport aux exigences financières de l'art. 44 let. c LEtr.

2.4 Distinction dans le cadre du regroupement familial différé

Les réfugiés détenteurs d'un permis B qui demandent le regroupement familial avec les membres de leur famille préexistante à la fuite ne sont soumis à aucune limite temporelle pour le dépôt de la demande de regroupement (cf. art. 51 al. 1 et 4 LAsi). Cependant, les trois catégories suivantes sont soumises à une date limite pour le dépôt d'une demande de regroupement avec les membres de leur famille vivant à l'étranger :

- Les réfugiés titulaires d'un permis B qui demandent le regroupement avec les membres de leur famille constituée après la fuite ;
- Les réfugiés détenteurs d'un permis F qui demandent le regroupement avec les membres de leur famille ;
- Les simples titulaires d'un permis F qui demandent le regroupement avec les membres de leur famille.

Dans ces trois cas, les demandes de regroupement familial doivent être déposées dans les cinq ans à compter de la date la plus éloignée entre la date d'obtention du permis ou la date de constitution du lien familial (art. 47 al. 1 LEtr pour les réfugiés titulaires d'un permis B ; art. 74 al. 3 OASA pour les détenteurs d'un permis F).

³⁶ ATF 137 I 284, consid. 2.6.

³⁷ ATF 139 I 330.

³⁸ *Ibid.*, consid. 4.2.

³⁹ Traduction officieuse. La version originale se lit comme suit : „Unternimmt der anerkannte Flüchtling mit Asylstatus alles ihm Zumutbare, um auf dem Arbeitsmarkt seinen eigenen und den Unterhalt der (sich noch im Ausland befindenden, nach der Flucht begründeten) Familie möglichst autonom bestreiten zu können, und hat er auf dem Arbeitsmarkt zumindest bereits teilweise Fuss gefasst, kann dies genügen, um den Ehegattennachzug zu gestatten und das Familienleben in der Schweiz zuzulassen, falls er trotz dieser Bemühungen innerhalb der für den Familiennachzug geltenden Frist unverschuldet keine Situation zu schaffen vermag, die es ihm erlaubt, die Voraussetzungen von art. 44 lit. c AuG zu erfüllen, sich der Fehlbetrag in vertretbarer Höhe hält und in absehbarer Zeit ausgeglichen werden kann.“

Lorsque le membre de la famille qui demande une autorisation d'entrée est un enfant âgé de plus de 12 ans, la demande doit être déposée dans un délai d'un an à compter de la date d'obtention du permis F ou de la date de constitution du lien familial (art. 47 al. 1 LEtr pour les réfugiés titulaires d'un permis B; art. 74 al. 3 OASA pour les détenteurs d'un permis F). Les demandes déposées hors délai (dites "demandes de regroupement familial différé") ne peuvent être accordées que pour des "raisons familiales majeures" (art. 47 al. 4 LEtr pour les réfugiés titulaires d'un permis B; art. 74 al. 3 OASA pour les détenteurs d'un permis F), à savoir lorsque l'intérêt de l'enfant ne peut être protégé de manière adéquate que dans le cadre du regroupement familial en Suisse (art. 75 OASA).⁴⁰ Cependant, dans la pratique, ce critère est appliqué de manière très restrictive.⁴¹

Pour ce qui est des réfugiés détenteurs de permis F, les autorités doivent également tenir compte, dans l'examen des demandes de regroupement familial, de la "situation particulière des réfugiés" (art. 74 al. 5 OASA).

En général, les réfugiés ont intérêt à demander rapidement le regroupement familial. Toutefois, il pourrait y avoir des raisons valables pour reporter le dépôt d'une demande de regroupement familial, en particulier au-delà de la limite d'un an pour les enfants de plus de 12 ans; parfois, le réfugié a perdu le contact avec sa famille à cause de la guerre, d'un changement dans les dispositions de garde des enfants ou de la situation dans le pays ou d'autres changements imprévus. Cet aspect sera examiné une nouvelle fois à la lumière de l'art. 8 CEDH au paragraphe 5.

2.5 Critère de preuve concernant les liens familiaux

Selon l'art. 7 LAsi, le critère de preuve concernant l'existence des liens familiaux consiste à rendre ces liens "crédibles" ("rendre vraisemblable").⁴² En cas de doute, le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) peut demander un test ADN et le paiement d'un acompte, si les personnes concernées sont d'accord (cf. art. 33 Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine).⁴³ Le refus de se soumettre au test ADN a pour conséquence que le lien familial sera perçu comme non crédible. Les réfugiés qui ont droit au regroupement familial selon l'art. 51 al. 4 LAsi peuvent demander l'exonération du paiement du coût du test ADN en cas d'indigence.⁴⁴

Cependant, dans la pratique, le critère de preuve requis par les autorités et les tribunaux suisses semble souvent excessivement élevé. En particulier, les demandes de regroupement avec un conjoint sont souvent rejetées parce que les autorités considèrent que la preuve du mariage ou du concubinage avant la fuite n'est pas établie.⁴⁵

2.6 Recours juridiques internes

Selon la loi suisse, il existe deux principales voies de recours juridiques pour attaquer le refus d'un regroupement familial. Lorsque la demande se fonde sur la LAsi et a été déposée auprès du SEM (cf. l'organigramme au paragraphe 2.1 ci-dessus), ou lorsque l'office cantonal de la migration a dû transmettre la demande au SEM (selon l'art. 74 al. 4 OASA), le recours doit être déposé devant le TAF (art. 33 let. d de la Loi sur le Tribunal administratif fédéral⁴⁶). Dans ce cas, le TAF

⁴⁰ L'art. 75 OASA se réfère expressément à l'art. 47 LEtr; cependant, en ce qui concerne son application aux demandes des détenteurs de permis F, cf. P. Bolzli, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 1 AuG, art. 85 N 15.

⁴¹ M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 1 AuG, art. 47 N 7.

⁴² OSAR, *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, supra note 20, p. 451.

⁴³ Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (état le 1^{er} janvier 2014), disponible sous: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20011087/index.html, art. 33. Cf. SEM, *Manuel Asile et retour, Article F8, Le regroupement familial des personnes admises provisoirement et des réfugiés admis provisoirement (réunification de la famille)*, pp. 7-8, disponible sous: www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/f/hb-f8-f.pdf; Office fédéral des migrations (ODM), *Directive 322.126, Demande d'entrée en vue du regroupement familial: Profil d'ADN et examen des actes d'état civil*, 25 juin 2012, p. 6/7, disponible sous: <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/familie/20120625-weis-dnaprofil-familiennachzug-f.pdf>.

⁴⁴ Cf. C. Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 2 AsylG art. 51 N 11; OSAR, *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, supra note 20, p. 451.

⁴⁵ Cf., entre autres, les arrêts du TAF du 19 juillet 2007 (D-4847/2006) et du 28 décembre 2015 (E-2944/2015).

⁴⁶ Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (état le 1^{er} septembre 2017), disponible sous: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010206/index.html.

est la première et la dernière instance judiciaire, car un recours supplémentaire à la seule instance judiciaire supérieure, à savoir le TF, est exclu par la loi.⁴⁷

Dans tous les cas dans lesquels la demande se fonde sur la LEtr et a été déposée à l'autorité cantonale en charge de la migration (à savoir, notamment, lorsqu'il s'agit des membres des familles de réfugiés constituées après la fuite), le recours doit être présenté selon les règles de procédure cantonales. Normalement, cela signifie que le recours est déposé, dans un premier temps, à l'autorité chargée du contrôle interne du département cantonal responsable de l'autorité cantonale de la migration, puis au tribunal administratif cantonal et, pour finir, au TF, si le demandeur bénéficie d'un «droit» en vertu du droit public national ou international.⁴⁸ L'existence de ce droit a été acceptée dans les cas de regroupement familial relevant de l'art. 8 CEDH, à certaines conditions.⁴⁹

2.7. Conclusion

En conclusion, compte tenu des différents obstacles juridiques auxquels les réfugiés officiellement reconnus comme tels et les détenteurs d'un permis F doivent faire face en Suisse lorsqu'ils cherchent à se réunir avec les membres de leur famille, les demandes de regroupement familial sont souvent refusées parce qu'elles ne sont pas conformes aux exigences légales et pratiques. Il s'agit, maintenant, de savoir si ces refus sont compatibles avec le droit à la vie familiale établi par l'art. 8 CEDH.

3. REGROUPEMENT FAMILIAL DES REFUGIES ET DES BENEFICIAIRES DE LA PROTECTION INTERNATIONALE EN DROIT INTERNATIONAL

Différentes dispositions internationales en matière de droits humains s'appliquent au regroupement familial. Nous allons examiner dans ce paragraphe, d'abord un certain nombre de standards de protection découlant du droit international des réfugiés, puis différents traités onusiens en matière de droits humains applicables au regroupement familial et, en troisième lieu, les normes du Conseil de l'Europe applicables dans ce contexte.

3.1 Normes de protection du droit international des réfugiés

La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés⁵⁰ ne garantit pas, en soi, le droit au regroupement familial pour les réfugiés. Cependant, l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires contient une recommandation adressée aux gouvernements nationaux, afin qu'ils adoptent les mesures nécessaires pour la protection des familles des réfugiés, en vue de :

1) Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays;

2) Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption.⁵¹

⁴⁷ Cf. Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (état le 1^{er} juin 2017), disponible sous : www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010204/index.html, art. 83 let. d ch. 1.

⁴⁸ En allemand «Anspruch», cf. Loi sur le Tribunal fédéral, art. 83 let. c ch. 2.

⁴⁹ ATF 137 I 284, consid. 1.3; ATF 135 I 143, consid. 1.3.1 et autres références; ces dispositions ont été appliquées dans le cas d'un réfugié titulaire d'un permis B ayant déposé une demande de regroupement familial avec son épouse, avec laquelle le mariage avait été célébré après la fuite, in ATF 139 I 330.

⁵⁰ Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, Recueil des traités des Nations Unies (RTNU), vol. 189, p. 137, disponible sous : www.refworld.org/docid/3be01b964.html.

⁵¹ NU, *Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, 25 juillet 1951, RTNU, vol. 189, p. 137, disponible sous : www.refworld.org/docid/3be01b964.html.

Bien que ces recommandations ne soient pas impératives, elles sont observées par la majorité des Etats.⁵² De plus, le Comité exécutif (ExCom) du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)⁵³ a émis plusieurs conclusions concernant le regroupement familial. Elles incluent notamment la Conclusion n° 24 (XXXII) de 1981 indiquant qu’“aucun effort ne doit être ménagé pour assurer le regroupement des familles de réfugiés séparées” et qu’“il est souhaitable que les pays d’accueil et les pays d’origine appuient les efforts déployés par le Haut Commissaire pour faire en sorte que le regroupement des familles de réfugiés séparées soit assuré dans les plus brefs délais”.⁵⁴

En ce qui concerne les preuves documentaires relatives aux liens familiaux, la même conclusion exprime l’espoir que “les pays d’accueil appliqueront des critères libéraux pour l’identification de ceux des membres de la famille qui peuvent être admis, en vue de permettre un regroupement des familles aussi large que possible” et que “l’absence de documents apportant la preuve de la validité formelle d’un mariage ou de la filiation d’enfants ne doit pas, en soi, créer d’empêchement”.⁵⁵

En ce qui concerne les enfants non accompagnés, cette même conclusion prévoit qu’“[a]ucun effort ne doit être épargné pour retrouver, avant la réinstallation des mineurs non accompagnés, soit leurs parents, soit d’autres proches”.⁵⁶

Enfin, en ce qui concerne les conditions requises de nature financière ou relatives au logement, cette conclusion rappelle que “[d]ans certains cas appropriés, il faut faciliter le regroupement des familles en accordant une assistance spéciale au chef de famille pour éviter que des difficultés économiques ou des problèmes de logement dans le pays d’accueil ne retardent indûment l’octroi de l’autorisation d’entrée aux membres de sa famille”.⁵⁷

Le Comité exécutif a également précisé que ces dispositions doivent non seulement s’appliquer aux réfugiés qui ont obtenu un droit de séjour durable, mais aussi que “les Etats doivent faciliter l’admission sur leur territoire au moins du conjoint et des enfants mineurs ou à charge de toute personne qui s’est vu accorder temporairement refuge ou qui a obtenu l’asile durable”.⁵⁸ Il a en outre souligné que “toutes les mesures prises en faveur des enfants réfugiés doivent se fonder sur les principes de l’intérêt supérieur de l’enfant et de l’unité de la famille”.⁵⁹

3.2 Normes du droit international en matière de droits humains

Au niveau international, le droit à la vie familiale est garanti par la Déclaration universelle des droits de l’homme (art. 16 par. 3)⁶⁰ et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 23 par. 1).⁶¹

⁵² HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, décembre 2011, HCR/IP/4/FRE/REV.3, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fc5ce2c2, § 183.

⁵³ Le Comité exécutif (ExCom) est composé des représentants des Etats membres des NU ou des agences spécialisées. Les membres sont élus par le Conseil économique et social des NU “sur la base d’une répartition géographique aussi large que possible parmi les Etats qui se sont effectivement intéressés et dévoués à la recherche d’une solution au problème des réfugiés”. Cf. Résolution de l’AGNU 1166 (XII), *Assistance internationale en faveur des réfugiés relevant du mandat du HCR*, disponible sous : www.unhcr.org/fr/excom/bgares/4b30a4cce/assistance-internationale-faveur-refugies-relevant-mandat-haut-commissaire.html, § 5.

⁵⁴ HCR, *Regroupement des familles No. 24 (XXXII)* - 1981, 21 octobre 1981, disponible sous : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c4718>, §§ 1 et 2.

⁵⁵ *Ibid.*, §§ 5 et 6.

⁵⁶ *Ibid.*, § 7. Cf. également HCR, *Enfants réfugiés No. 47 (XXXVIII)* - 1987, 12 octobre 1987, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c450, § let. i.

⁵⁷ ExCom Conclusion No. 24, supra note 54, § 9.

⁵⁸ HCR, *Refugiés sans pays d’asile No. 15 (XXX)* - 1979, 16 octobre 1979, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c46c, § let. e.

⁵⁹ ExCom Conclusion No. 47, supra note 56, § let. d.

⁶⁰ AGNU, *Déclaration universelle des droits de l’homme*, 10 décembre 1948, 217 A (III), disponible sous : www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html.

⁶¹ AGNU, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, RTNU, vol. 999, p. 171, disponible sous : www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html (ci-après : PIDCP), art. 23 par. 1. Entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

Le Comité des droits de l'homme des NU a adopté l'Observation générale n° 19 établissant que l'art. 23 par. 1 PIDCP "implique l'adoption de mesures appropriées, tant sur le plan interne que, le cas échéant, en coopération avec d'autres Etats, pour assurer l'unité ou la réunification des familles, notamment lorsque la séparation de leurs membres tient à des raisons politiques, économiques, ou du même ordre".⁶² Dans son Observation générale n° 15, le Comité des droits de l'homme déclare que le droit au respect de la vie familiale établi par l'art. 23 PIDCP pourrait conférer, dans certaines circonstances, à un étranger le droit d'entrer ou de séjourner sur le territoire d'un Etat partie.⁶³

De plus, la Convention des NU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après: CEDAW),⁶⁴ entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, interdit, en vertu de son art. 2, toute discrimination à l'égard des femmes. Le Comité CEDAW déclare, dans sa Recommandation générale n° 26 du 5 décembre 2008 concernant les travailleuses migrantes:

Les travailleuses migrantes peuvent être soumises à des conditions particulièrement strictes du point de vue de leur droit de séjour. Dans certains cas, elles ne peuvent pas bénéficier des programmes de regroupement familial, qui ne s'appliquent pas toujours aux travailleuses des secteurs à prédominance féminine, telles que les employées de maison ou les femmes employées dans le milieu du divertissement...⁶⁵

Dans cette même Recommandation générale, le Comité recommande:

Protection juridique des droits des travailleuses migrantes: les Etats parties devraient faire en sorte que le droit constitutionnel et civil, ainsi que le droit du travail, garantissent aux travailleuses migrantes les droits et mesures de protection prévus pour tous les travailleurs, notamment le droit syndical et la liberté d'association. Ils devraient s'assurer que les contrats des travailleuses migrantes sont valables d'un point de vue juridique. Ils devraient notamment faire en sorte que le Code du travail protège les professions dans lesquelles les migrantes prédominent, comme les emplois domestiques ou certaines formes d'industrie du spectacle, notamment en ce qui concerne les rémunérations et les horaires de travail, les normes sanitaires et de sécurité, les congés et les vacances.

...

Régimes non discriminatoires de regroupement familial: les Etats parties devraient faire en sorte que les régimes de regroupement familial pour les travailleurs migrants ne constituent pas une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe [art. 2 f)].⁶⁶

Par ailleurs, l'art. 15 par. 4 CEDAW prévoit que les hommes et les femmes doivent bénéficier des "mêmes droits en ce qui concerne la législation relative au droit des personnes à circuler librement et à choisir leur résidence et leur domicile". Le Comité CEDAW a déclaré, dans sa Recommandation générale n° 21 sur l'"Egalité dans le mariage et les rapports familiaux", que, selon l'art. 15 par. 4 CEDAW, "les femmes migrantes qui habitent et travaillent temporairement dans un autre pays devraient pouvoir comme les hommes faire venir leur conjoint, compagnon ou enfants auprès d'elles."⁶⁷

⁶² Comité des droits de l'homme des NU (CDH), *Observation générale No. 19: Article 23 (Protection de la famille)*, 27 juillet 1990, disponible sous: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=fr, § 5.

⁶³ CDH, *Observation générale No. 15: Situation des étrangers au regard du Pacte*, 11 avril 1986, disponible sous: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6625_F.doc, § 5.

⁶⁴ AGNU, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, RTNU, vol. 1249, p. 13, disponible sous: www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=50ec176d2

⁶⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), *Recommandation générale No. 26 concernant les travailleuses migrantes*, 5 décembre 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, disponible sous: www.refworld.org/docid/4a54bc33d.html, § 19.

⁶⁶ *Ibid.*, §§ 26 let. b et e.

⁶⁷ Comité CEDAW, *Recommandation générale No. 21 sur l'"Egalité dans le mariage et les rapports familiaux"*, 1994, disponible sous: www.refworld.org/docid/48abd52c0.html, § 10.

Un autre cadre de référence en matière de droits humains, qui est régulièrement cité dans la jurisprudence de la CrEDH (cf. le paragraphe 4.2.3 ci-dessous), est la Convention des NU relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE),⁶⁸ entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997. La Cour se réfère, en particulier, à l'art. 3 CDE, qui prévoit :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

L'intérêt supérieur de l'enfant ne doit pas être pris en compte au même niveau que toutes les autres considérations, une plus grande importance doit en effet être attribuée à ce qui convient le mieux à l'enfant.⁶⁹ Pour les enfants vulnérables, l'intérêt supérieur doit être défini en tenant dûment compte des autres normes en matière de droits humains applicables à ce type de situations, telles que la Convention relative au statut des réfugiés en ce qui concerne les enfants réfugiés.⁷⁰ L'art. 37 let. a CDE interdit la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à l'encontre des enfants.

La Suisse a formulé une réserve concernant la principale disposition de la CDE relative au regroupement familial, l'art. 10. Toutefois, l'art. 22, lequel représente une *lex specialis* par rapport à l'art. 10, règle la situation des enfants réfugiés et s'applique à la Suisse. L'art. 22 par. 2 CDE impose aux Etats parties de coopérer, de la manière qu'ils jugent appropriée, avec les NU et les autres organisations afin de "protéger et aider les enfants" et de rechercher les parents et proches de tout enfant réfugié "en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille". Ces obligations sont compatibles avec le droit général de tout enfant conféré par l'art. 7 par. 1 CDE "de connaître ses parents et d'être élevé par eux". En ce qui concerne plus généralement le regroupement familial, de même qu'en vertu des articles 9 et 10 CDE, le Comité CDE a déclaré :

Quand la réunification familiale dans le pays d'origine est impossible, que cette situation soit imputable à des obstacles juridiques au retour ou au fait que la prise en considération de l'intérêt supérieur milite contre cette option, les obligations énoncées aux articles 9 et 10 de la Convention prennent effet et devraient guider les décisions du pays d'accueil concernant une réunification familiale dans ledit pays d'accueil. À ce propos, il est rappelé plus particulièrement aux Etats que "toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence" et que la présentation d'une telle demande "n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille" (art. 10 par. 1). Les pays d'origine doivent respecter "le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays" (art. 10 par. 2).⁷¹

Par ailleurs, les enfants réfugiés ont droit à une protection et à une assistance humanitaire adéquate (art. 22 CDE). L'art. 6 CDE reconnaît le "droit inhérent à la vie" de tout enfant et enjoint les Etats parties d'assurer "dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant". Les Etats doivent créer un environnement propice au respect de la dignité humaine et au développement global de chaque enfant.⁷¹ Les mêmes risques et les mêmes mesures de protection qui sous-tendent la vie, la survie, la croissance et le développement de l'enfant doivent être pris en compte en vue de l'application du droit de l'enfant à la santé selon l'art. 24 CDE.

⁶⁸ AGNU, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, RTNU, vol. 1577, p. 3, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50a627c72

⁶⁹ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale No. 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, 29 mai 2013, CRC/C/GC/14, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=528336294, §§ 37, 39.

⁷⁰ *Ibid.*, § 75.

⁷¹ Comité CDE, *Observation générale No. 6 (2005) : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, 1^{er} septembre 2005, CRC/GC/2005/6, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3ea52, § 83.

⁷² Comité CDE, *Observation générale No. 14*, supra note 69, § 42.

Conformément à l'art. 27 CDE, les Etats parties reconnaissent également "le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social".

Conformément à l'art. 2 CDE, qui bannit toute forme de discrimination vis-à-vis des enfants, les Etats parties sont tenus d'adopter des mesures adéquates pour protéger les enfants contre la discrimination. Il ne s'agit pas d'une obligation passive: en effet, les Etats doivent mettre en place des mesures aptes à garantir effectivement à tous les enfants des chances égales d'exercer les droits énoncés dans la Convention. Ceci peut impliquer l'adoption de mesures positives visant à remédier à une situation de réelle inégalité.⁷³

En vertu de l'art. 19 CDE, "les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle...". Selon l'art. 39 CDE:

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. ... Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

3.3 Normes du Conseil de l'Europe

L'art. 8 CEDH prévoit:

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a publié la Recommandation n° R (99) 23 du 15 décembre 1999 sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale.⁷⁴ Dans cette recommandation, le Comité des Ministres déclare que les Etats membres doivent promouvoir le regroupement familial du "conjoint et [d]es enfants mineurs dépendants; et, conformément à la législation ou à la pratique nationale, des autres membres de la famille" des réfugiés et des bénéficiaires de la protection internationale.⁷⁵

En ce qui concerne les procédures en matière de regroupement familial, la recommandation souligne que les demandes de regroupement familial des réfugiés et des autres personnes ayant besoin de la protection internationale doivent être traitées "dans un esprit positif, avec humanité et diligence". En ce qui concerne la preuve de l'existence des liens familiaux, les Etats membres "devraient se fonder en premier lieu sur les documents disponibles fournis par le demandeur, par les organisations humanitaires compétentes ou de toute autre manière". Par ailleurs, "[l]'absence de tels documents ne devrait pas être considérée en soi comme un obstacle aux demandes et les Etats membres peuvent inviter les requérants à apporter d'autres éléments de preuve attestant l'existence de liens familiaux".⁷⁶

⁷³ *Ibid.*, § 41.

⁷⁴ Conseil de l'Europe, *Recommandation No. R (99) 23 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale*, 15 décembre 1999, disponible sous: www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=534d00384.

⁷⁵ *Ibid.*, § 2.

La recommandation attire également l'attention sur la situation des demandeurs les plus vulnérables, et notamment des enfants non accompagnés: "les Etats membres devraient, en vue d'un regroupement familial, coopérer avec l'enfant ou ses représentants afin de rechercher les membres de la famille de ce mineur non accompagné".⁷⁷

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a également émis des recommandations à ce sujet. La Recommandation APCE 1686 (2004) en matière de mobilité humaine et de droit au regroupement familial établit que "[l]e droit de toute personne au respect de sa vie de famille constitue un droit fondamental", et que «[l]a reconstitution de l'unité familiale des migrants et des réfugiés légalement établis par la procédure du regroupement familial renforce la politique d'intégration dans la société d'accueil et va dans l'intérêt de la cohésion sociale".⁷⁸

Par ailleurs, selon la Recommandation 1327 (1997) de l'APCE sur la protection et le renforcement des droits humains des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe,⁷⁹ le concept de famille des demandeurs d'asile doit être interprété de manière à "inclure, dans la notion de famille, les membres lui appartenant *de facto* (famille naturelle), par exemple le concubin ou les enfants naturels du demandeur d'asile ou encore les personnes qui sont âgées ou infirmes ou qui dépendent de lui de toute autre manière" tout en recommandant "de permettre aux membres d'une même famille d'être réunis dès le stade de la procédure de détermination du statut de réfugié, car celle-ci dure parfois très longtemps" et "de revoir leur politique en matière de regroupement familial à l'égard des personnes bénéficiant d'un statut de protection temporaire ou d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires".⁸⁰

4. JURISPRUDENCE DE LA CrEDH CONCERNANT L'ART. 8 CEDH EN MATIERE DE REGROUPEMENT FAMILIAL

4.1 Introduction

Au cours des 30 dernières années, la CrEDH a été appelée à statuer sur une trentaine de demandes de regroupement familial de migrants (y compris en ce qui concerne les décisions en termes de recevabilité). La Cour a développé un certain nombre de critères pour l'application de l'art. 8 CEDH dans ces cas; cependant, il semblerait que sa jurisprudence en la matière soit encore en cours d'évolution. Par exemple, dans certaines décisions récentes, le Cour a formulé une série de critères pertinents pour le regroupement familial des réfugiés.

Initialement, la Cour a adopté une approche extrêmement prudente en matière de regroupement familial. Dans sa première décision sur la question, qui remonte à 1986, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé que le refus du regroupement familial d'immigrants résidants au Royaume-Uni avec leurs conjoints épousés après la migration ne constituait même pas une atteinte au droit à la vie de famille garanti par l'art. 8 CEDH.⁸¹

La décision suivante en matière de regroupement familial concernait la Suisse. L'affaire *Gül c. Suisse* de 1996 concernait la demande de regroupement familial d'un couple kurde en provenance de Turquie avec le fils mineur du couple, resté dans le pays d'origine.⁸² La Cour a considéré

⁷⁶ *Ibid.*, § 4.

⁷⁷ *Ibid.*, § 5.

⁷⁸ Conseil de l'Europe: Assemblée parlementaire (APCE), *Recommandation 1686 (2004), Mobilité humaine et droit au regroupement familial*, 23 novembre 2004, disponible sous: www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17277&lang=FR, §§ 1, 6.

⁷⁹ APCE, *Recommandation 1327 (1997), Protection et renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe*, 24 avril 1997, disponible sous: www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=15361&lang=FR.

⁸⁰ *Ibid.*, §§ 8.7. let. o, p et q.

⁸¹ CrEDH, arrêt du 28 mai 1985 *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, no 9214/80, 9473/81, 9474/81, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61974>, § 68. Quatre des 14 juges ont présenté des opinions concordantes selon lesquelles les demandeurs avaient invoqué l'art. 8 par. 1, alors que l'atteinte au droit était justifiée selon l'art. 8 par. 2 CEDH.

⁸² CrEDH, arrêt du 19 février 1996 *Gül c. Suisse*, no 23218/94, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62534>, § 14.

que le fait que le demandeur ait obtenu le permis F en Suisse uniquement pour des raisons médicales et qu'il soit retourné en Turquie plusieurs fois pour voir son fils constituait un argument particulièrement pertinent pour justifier l'absence d'atteinte au droit établi par l'art. 8 CEDH,⁸³ puisque aucun obstacle ne s'opposait au fait que cet homme, sa femme et sa fille partagent leur vie de famille avec le fils resté en Turquie (la Cour a jugé, toutefois, que la situation était "plus problématique" pour sa femme, qui avait obtenu le permis F pour de plus graves raisons médicales).⁸⁴

La modification du droit au regroupement familial des détenteurs de permis F en Suisse a été introduite par le Conseil fédéral en juillet 1999, donc après le jugement rendu dans l'affaire *Gül*. Selon la jurisprudence inhérente à cette affaire, la Cour avait jugé, à l'époque, que la réduction des droits au regroupement familial des titulaires de permis F ne soulevait aucun problème quant à l'application de l'art. 8 CEDH.

La Cour a persévéré dans son approche conservatrice en matière de regroupement familial dans le cadre de l'affaire *Ahmut c. Pays-Bas*.⁸⁵ Elle a considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8 CEDH dans le cas d'un père de famille de nationalité marocaine qui avait demandé le regroupement avec son fils, dont la mère était décédée et dont il était le tuteur légal. La Cour ne s'est pas limitée à affirmer que le père pouvait continuer à jouir d'une vie de famille avec son fils resté au Maroc, mais elle a également tenu à souligner que le demandeur avait librement décidé de laisser son fils au Maroc.⁸⁶

La première décision positive en matière de regroupement familial a été rendue en 2001. Dans l'affaire *Şen c. Pays-Bas* relative à la demande de regroupement familial d'un couple turc avec sa fille, la Cour a jugé qu'il existait un réel obstacle à la jouissance du droit à la vie de famille en Turquie.⁸⁷ La Cour a établi une distinction par rapport aux affaires *Ahmut* et *Gül* en argumentant que le couple séjournait de manière stable aux Pays-Bas, où il résidait légalement et où deux autres enfants étaient nés et étaient scolarisés.⁸⁸

Le premier cas concernant un regroupement familial avec une personne ayant fui la guerre civile a été l'affaire *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*.⁸⁹ Cet arrêt de 2005 concernait une mère, ressortissante érythréenne, titulaire d'un permis de séjour pour motifs humanitaires, mariée à un réfugié également de nationalité érythréenne. Cette femme avait pu obtenir le regroupement avec l'un de ses enfants juste après avoir fui son pays d'origine, alors qu'elle n'avait pas pu le faire pour son deuxième enfant, à la même époque, pour des raisons indépendantes de sa volonté.⁹⁰ Elle avait fondé une nouvelle famille, aux Pays-Bas, avec son second mari, dont elle avait eu deux autres enfants qui, à l'époque du jugement de la Cour, vivaient aux Pays-Bas respectivement depuis neuf et 10 ans.⁹¹ Compte tenu de ces éléments, la Cour a repéré une violation de l'art. 8 CEDH.

En 2014, la Cour a réaffirmé le droit au regroupement familial des réfugiés dans deux arrêts relatifs à la France. Dans les affaires *Tanda-Muzinga c. France* et *Mugenzi c. France*, la Cour a examiné les demandes de regroupement familial d'un père congolais et d'un père rwandais avec leurs enfants respectifs.⁹² La Cour a statué que l'unité familiale est "un droit essentiel du réfugié" et que le regroupement familial est un "élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui

⁸³ *Ibid.*, §§ 41, 43.

⁸⁴ *Ibid.*, § 41.

⁸⁵ CrEDH, arrêt du 28 novembre 1996 *Ahmut c. Pays-Bas*, no 21702/93, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62562>. Cette fois-ci, quatre juges ont rédigé des opinions divergentes, faisant état de leur désaccord concernant l'absence de violation de l'art. 8 CEDH.

⁸⁶ *Ibid.*, § 70.

⁸⁷ CrEDH, arrêt du 21 décembre 2001 *Şen c. Pays-Bas*, no 31465/96, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64569>

⁸⁸ *Ibid.*, § 40.

⁸⁹ CrEDH, arrêt du 1^{er} décembre 2005 *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, no 60665/00, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71439>

⁹⁰ *Ibid.*, § 9.

⁹¹ *Ibid.*, § 47.

⁹² CrEDH, arrêt du 10 juillet 2014 *Tanda-Muzinga c. France*, no 2260/10, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145358>; CrEDH, arrêt du 10 juillet 2014 *Mugenzi c. France*, no 52701/09, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145356>.

des persécutions de reprendre une vie normale”.⁹³ En soulignant la situation particulièrement vulnérable des réfugiés, la Cour a affirmé qu’il existait, tant au niveau international qu’au niveau européen, un vaste consensus concernant “la nécessité pour les réfugiés de bénéficier d’une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers”.⁹⁴

Dans le cadre de l’examen de ces cas et du cas du non-réfugié *Senigo Longue c. France*, la Cour a souligné, par ailleurs, que l’art. 8 CEDH impose également des obligations en termes de procédure.⁹⁵ En règle générale, les procédures de regroupement familial doivent assurer le degré de “souplesse, de célérité et d’effectivité” requis pour garantir le respect du droit à la vie familiale (cf., pour des explications plus détaillées à ce sujet, le paragraphe 4.3.2 ci-dessous).⁹⁶

La Cour reconnaît également que l’art. 8 CEDH impose aux Etats l’obligation positive de favoriser le regroupement familial.⁹⁷ Dans le cadre de l’examen d’une demande concernant une mère réfugiée au Canada et sa fille qui était détenue par les autorités belges et empêchée, de ce fait, de rejoindre sa mère, la Cour a statué :⁹⁸

La Cour constate que l’action des autorités n’a nullement tendu à la réunion de la mère et de sa fille mais l’a au contraire contrariée. Informées depuis le début que la première requérante se trouvait au Canada, les autorités belges auraient dû faire des démarches approfondies auprès des autorités canadiennes visant à éclaircir la situation et à réunir les intéressées. La Cour est d’avis que ce devoir s’imposait avec encore plus de force à partir du 16 octobre 2002, date à laquelle les autorités belges reçurent une télécopie émanant du HCR qui contredisait les informations dont elles disposaient jusqu’alors.

Bien que l’art. 8 CEDH puisse également s’appliquer au regroupement familial avec des membres de la famille déjà présents sur le territoire, mais dépourvus de permis de séjour (cf., à ce sujet, le paragraphe 4.3.5 ci-dessous),⁹⁹ le fait que les enfants ou les partenaires aient déjà résidé dans le pays de destination avec le membre de la famille pendant plusieurs années n’impose pas, en soi, à l’Etat en question, l’obligation positive d’autoriser le séjour de ces personnes.¹⁰⁰

4.2 Principaux critères relatifs aux cas de regroupement familial selon l’art. 8 CEDH

Les principaux critères qui peuvent être déduits de la jurisprudence de la CrEDH en matière de regroupement familial sont les suivants, à savoir : i) si la séparation de la famille a été volontaire ou non ; ii) s’il existe des obstacles (insurmontables) qui empêchent la jouissance du droit à la vie familiale dans un autre pays ; et iii) ce qu’il faut faire pour assurer que l’intérêt supérieur de l’enfant soit une considération primordiale. Ces différents aspects sont abordés plus en détail ci-dessous.

⁹³ *Tanda-Muzinga c. France, ibid.*, § 75 ; *Mugenzi c. France, ibid.*, § 54 ; cf. également la décision antérieure CrEDH, arrêt du 12 octobre 2006 *Mubilanza Mayeka et al. c. Belgique*, no 13178/03, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77445>, § 75.

⁹⁴ *Tanda-Muzinga c. France, ibid.*, § 75 ; *Mugenzi c. France, ibid.*, § 54.

⁹⁵ Cf. *Tanda-Muzinga c. France, ibid.* ; *Mugenzi c. France, ibid.* ; mais aussi CrEDH, arrêt du 10 juillet 2014 *Senigo Longue et al. c. France*, no 19113/09, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145355>.

⁹⁶ *Tanda-Muzinga c. France, ibid.*, § 82 ; *Mugenzi c. France, ibid.*, § 62 ; *Senigo Longue c. France, ibid.*, § 75.

⁹⁷ Cf., par ex. *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, §§ 76, 82 ; CrEDH, arrêt du 31 janvier 2006 *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, no 50435/99, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72206>, § 38 ; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 64.

⁹⁸ *Mubilanza Mayeka c. Belgique, ibid.*, § 82.

⁹⁹ Cf. *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97 ; CrEDH, arrêt du 28 juin 2011 *Nuñez c. Norvège*, no 55597/09, disponible en anglais sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105415> ; CrEDH, arrêt du 30 juillet 2013 *Polidario c. Suisse*, no 33169/10, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122977> ; CrEDH, arrêts du 29 juillet 2010 *Mengesha Kimfe c. Suisse* et *Agraw c. Suisse*, nos 24404/05, 3295/06, disponible respectivement sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100119> et <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100121> ; CrEDH, *M.P.E.V. et al. c. Suisse*, supra note 28 ; CrEDH, *Solomon c. Pays-Bas*, no 44328/98, décision de recevabilité du 5 septembre 2000, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5398>.

¹⁰⁰ CrEDH, *Benamar et al. c. Pays-Bas*, no 43786/04, décision de recevabilité du 5 avril 2005, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68832> (les enfants résidaient aux Pays-Bas avec leur mère depuis 1997 jusqu’à la date de l’arrêt, à savoir le 5 avril 2005) ; cf. également CrEDH, *Chandra c. Pays-Bas*, no 53102/99, décision de recevabilité du 13 mai 2003, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23210>.

4.2.1 Séparation volontaire ou involontaire de la famille

Un facteur important du point de vue de la Cour concerne le caractère volontaire ou involontaire de la séparation, à savoir si les membres de la famille ont pris “délibérément” et en connaissance de cause la décision de quitter d’autres membres de la famille pour s’établir dans le pays de destination.¹⁰¹ Cet élément est particulièrement important pour les réfugiés et les détenteurs d’un permis F qui demandent le regroupement avec les membres de leur famille préexistante à la fuite.¹⁰² Dans l’affaire *Tuquabo-Tekle*, la Cour a souligné le fait que, dans le cas d’un titulaire d’un permis accordé pour des motifs humanitaires, la séparation d’avec la famille ne pouvait pas être considérée volontaire :

A ce stade, la Cour observe que l’on peut difficilement soutenir, comme l’a fait le Gouvernement, que Mme *Tuquabo-Tekle* a abandonné Mehret “volontairement”, alors qu’elle a quitté l’Érythrée en pleine guerre civile pour demander l’asile à l’étranger après la mort de son époux [trad.].¹⁰³

Concernant les personnes dont le statut de réfugié a été reconnu, dans le cadre de l’affaire *Mubilanza Mayeka et al. c. Belgique*, la Cour a souligné que “la vie familiale n’a été interrompue qu’en raison de la fuite de l’intéressée de son pays d’origine par crainte sérieuse de persécution au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés”.¹⁰⁴

De même, dans l’affaire *Tanda-Muzinga*, la Cour a déclaré :

À cet égard, la Cour observe que la vie familiale du requérant n’a été interrompue qu’en raison de sa fuite, par crainte sérieuse de persécution au sens de la Convention de Genève de 1951... Ainsi, ..., la séparation du requérant d’avec sa famille ne lui était pas imputable. La venue de son épouse et de ses enfants âgés de trois, six et treize ans à l’époque de la demande de regroupement, eux-mêmes réfugiés dans un pays tiers, constituait donc le seul moyen pour reprendre la vie familiale.¹⁰⁵

La Cour reconnaît également que l’octroi de la protection internationale est, en soi, “une preuve de la vulnérabilité des personnes concernées”.¹⁰⁶ Par conséquent, dans l’examen des demandes de regroupement familial, il est “essentiel que les autorités nationales tiennent compte de la vulnérabilité et du parcours personnel particulièrement difficile du requérant”.¹⁰⁷

Le rejet d’une demande d’asile n’est pas nécessairement décisif afin de savoir si la séparation a été volontaire ou non. Dans le cadre de l’affaire *El Ghatet c. Suisse*, la Cour a examiné un cas dans le cadre duquel la demande d’asile du demandeur égyptien avait été rejetée par les autorités suisses. Contrairement à la situation décrite dans le cadre de l’affaire *Gül c. Suisse*, le demandeur, dans l’affaire *El Ghatet*, n’était jamais retourné en Égypte après son arrivée en Suisse. La Cour n’a pas voulu conclure, sur la base des motifs du rejet de la demande d’asile, que la séparation d’avec le fils avait été volontaire, en soulignant que :

Même si sa demande d’asile a été rejetée par les autorités suisses, il convient d’être prudent avant d’affirmer qu’il a abandonné “volontairement” son fils ... La Cour considère que ces circonstances ne permettent pas de donner une réponse claire à la question de savoir si le premier demandeur a prévu, à un moment ou à un autre, de vivre en Suisse avec son fils. [trad.]¹⁰⁸

¹⁰¹ *Ahmut c. Pays-Bas*, supra note 85, § 70 ; cf. également CrEDH, *Knel et Veira c. Pays-Bas*, no 39003/97, décision de recevabilité du 5 septembre 2000, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5399> ; *Benamar c. Pays-Bas*, *ibid.*

¹⁰² Cf., par ex., *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89 ; *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93 ; CrEDH, arrêt du 8 novembre 2016 *El Ghatet c. Suisse*, no 56971/10, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168377>.

¹⁰³ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 47.

¹⁰⁴ *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, § 75.

¹⁰⁵ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 74.

¹⁰⁶ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, § 75, faisant référence à CrEDH, arrêt Grande Chambre du 23 février 2012 *Hirsi Jamaa et al. c. Italie*, no 27765/09, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109230>, § 155.

¹⁰⁷ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, § 75.

¹⁰⁸ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 48.

Néanmoins, l'obligation positive imposée aux Etats par l'art. 8 CEDH d'autoriser le regroupement familial des réfugiés ne s'applique pas de la même façon aux personnes provenant de zones qui sont le théâtre de violences et de guerre, mais qui n'ont pas demandé l'asile ou auxquelles le statut de réfugié a été refusé. Dans le cadre de l'affaire *Haydarie c. Pays-Bas*, une mère afghane qui avait fui son pays avec l'un de ses enfants et avec sa sœur pour se réfugier d'abord au Pakistan, puis aux Pays-Bas, s'est vue refuser le regroupement familial avec ses trois enfants.¹⁰⁹ La mère en question, bien que ne bénéficiant pas du statut de réfugiée, avait obtenu une autorisation de séjour conditionnelle suite à une situation de difficulté extrême, puis une autorisation de séjour en attente d'asile, pendant une durée déterminée, qui s'est transformée en autorisation de séjour permanente au bout de trois ans. Le père des enfants avait disparu, probablement enlevé par les talibans, et les enfants avaient été confiés à leur grand-père maternel. Le regroupement familial avait été refusé, car la mère qui l'avait demandé ne remplissait pas les critères de revenu imposés par les autorités néerlandaises. La Cour a soutenu que cette affaire concernait principalement la question de savoir si les autorités néerlandaises avaient l'obligation d'autoriser les enfants du premier demandeur et les frères et sœurs du deuxième demandeur à séjourner avec eux aux Pays-Bas. Malgré le contexte dans lequel s'était déroulée la fuite de la mère, la Cour semble avoir considéré qu'il s'agissait d'une séparation volontaire, en limitant cette constatation uniquement de la manière suivante:

Cependant, la Cour fait remarquer, dans ce contexte, qu'il convient de tenir dûment compte des cas dans lesquels l'un des parents a obtenu un droit de séjour stable dans un pays et souhaite faire venir son ou ses enfant(s) qui avaient été laissés dans le pays d'origine ou dans un autre pays, et qu'il n'est pas raisonnable d'obliger un parent à choisir entre la position acquise dans le pays de destination et le fait de jouir de la compagnie de ses enfants et de permettre à ses enfants de jouir de sa propre compagnie, ce qui représente l'un des éléments essentiels de la vie de famille. [trad.]¹¹⁰

Cependant, la question de savoir si la séparation d'avec la famille a été volontaire ou involontaire peut ne pas être nécessairement décisive pour permettre de statuer sur ces cas. Selon la Cour, "[c]ette circonstance ... ne saurait toutefois être considérée comme une décision irrévocable de fixer, à tout jamais, son lieu de résidence dans ce pays et de ne garder avec elle que des liens épisodiques et distendus, renonçant définitivement à sa compagnie et abandonnant par là toute idée de réunification de leur famille".¹¹¹ Dans l'affaire *Şen c. Pays-Bas*, la Cour a jugé que la séparation était due à une libre décision des parents de s'installer à l'étranger, mais que cela ne voulait pas dire que les parents avaient renoncé à l'idée d'avoir une vie de famille avec l'enfant dans le pays de destination.¹¹² En effet, le facteur que nous allons examiner au paragraphe suivant a été décisif pour l'issue favorable de cette affaire, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si la jouissance du droit à la vie de famille est possible à l'étranger.

4.2.2 Obstacles insurmontables ou entraves majeures à la possibilité de jouir de la vie de famille à l'étranger

Le deuxième facteur essentiel en ce qui concerne le regroupement familial concerne la possibilité ou non de jouir de la vie de famille dans le pays d'origine ou ailleurs. Il s'agit, en effet, de savoir s'il existe des "obstacles insurmontables"¹¹³ ou des "obstacles majeurs"¹¹⁴ à la jouissance de la vie familiale ailleurs. Dans le récent arrêt prononcé dans l'affaire *I.A.A. c. Royaume-Uni*, la Cour a affirmé clairement que le seuil ne peut pas être inférieur à celui énoncé ci-dessus (toutefois,

¹⁰⁹ CrEDH, *Haydarie c. Pays-Bas*, no 8876/04, décision de recevabilité du 20 octobre 2005, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71026>.

¹¹⁰ *Haydarie c. Pays-Bas*, *ibid.*; cf. également le cas d'une mère somalienne dans CrEDH, *I.A.A. c. Royaume Uni*, no 25960/13, décision de recevabilité du 8 mars 2016, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161986>, § 43, par rapport à la question de la séparation volontaire et des "parents qui laissent leurs enfants derrière eux pour s'installer à l'étranger [trad.]".

¹¹¹ *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, § 40; *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 45; *I.A.A. c. Royaume-Uni*, *ibid.*, § 43; *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 45.

¹¹² *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, §§ 39-40.

¹¹³ *Benamar et al. c. Pays-Bas*, supra note 100; *Solomon c. Pays-Bas*, supra note 99.

¹¹⁴ CrEDH, *Andrade c. Pays-Bas*, no 5365/00, décision de recevabilité du 6 juillet 2004, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24037>; *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, § 40.

cf. ci-dessous concernant la question de savoir si d'autres enfants vivant dans le pays de destination peuvent être réinstallés ailleurs):

Dans l'appel interjeté, début 2009, par deux frères et sœurs des demandeurs contre le rejet de leur demande d'autorisation d'entrée sur le territoire, le Tribunal en charge des procédures d'asile et d'immigration a admis, concernant le frère et la sœur en question, que leur mère ne pouvait pas raisonnablement retourner en Ethiopie pour s'occuper de ses enfants, car elle n'aurait pas de travail ni d'autres moyens de subsistance dans ce pays. ... Cependant, en examinant la possibilité, pour la mère "de se réinstaller raisonnablement dans le pays d'origine", le Tribunal a appliqué un critère inférieur au critère des "obstacles insurmontables" ou des "entraves majeures" généralement appliqué par cette Cour. En appliquant son propre test, la Cour considère que, bien qu'il soit sans aucun doute difficile, pour la mère du demandeur, de se réinstaller en Ethiopie, aucune preuve n'a été apportée de l'existence "d'obstacles insurmontables" ou "d'entraves majeures" s'opposant à ladite réinstallation. [trad.]¹¹⁵

L'octroi du statut de réfugié (ou d'un permis accordé pour des motifs humanitaires dans l'affaire *Tuquabo-Tekle*) est décisif afin de répondre à la question de l'existence ou non d'obstacles insurmontables et pour que la Cour admette que le regroupement familial est le seul moyen de permettre la reprise de la vie de famille.¹¹⁶

Pour les titulaires d'un permis F, la situation est cependant encore une fois plus complexe. La décision de la Cour concernant les obstacles à la réinstallation dans le cadre de l'affaire *I.A.A. c. Royaume-Uni* est quelque peu surprenante à ce propos. En effet, la Cour avait jugé que cette mère somalienne, qui était venue au Royaume-Uni dans le cadre du regroupement familial avec son deuxième époux, un réfugié de nationalité somalienne, aurait pu repartir en Ethiopie ou à Mogadiscio pour vivre là-bas avec ses enfants.

Cependant, lorsqu'une demande d'asile a été déposée et n'a pas été acceptée, la Cour se montre plus prudente. Dans l'affaire *Haydarie c. Pays-Bas* concernant une mère afghane à laquelle le statut de réfugiée avait été refusé, mais à laquelle l'asile avait été octroyé, en même temps, la Cour a jugé qu'"il pouvait exister un obstacle objectif" à son retour en Afghanistan.¹¹⁷

Par ailleurs, le fait qu'un demandeur se soit rendu plusieurs fois dans le pays d'origine pourrait indiquer l'absence d'obstacles insurmontables qui s'opposent à la jouissance d'une vie de famille dans le pays en question.¹¹⁸ Cependant, ces visites ne sont pas un facteur décisif et la Cour prend en compte toutes les circonstances relatives au cas.¹¹⁹

Un autre facteur significatif, en ce qui concerne les obstacles insurmontables, est représenté par l'existence ou non d'autres enfants dans le pays de destination. Dans le cadre de l'affaire *Şen c. Pays-Bas* et de l'affaire *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, ce facteur a été essentiel, car les demandeurs avaient repris une vie de famille aux Pays-Bas et donné naissance à des enfants dans ce pays. Dans le cadre de l'affaire *El Ghatet c. Suisse*, le père auteur de la demande, cherchant à faire venir son fils né d'un premier mariage, avait aussi une fille en Suisse issue d'un second mariage dissous par un divorce. Ceci a amené la Cour à statuer que cet homme n'aurait pas pu se réinstaller en Egypte, car cela mettrait fin à la vie de famille avec sa fille en Suisse.¹²⁰ D'autres cas se distinguent sur cette base, et ont donné lieu à un rejet.¹²¹

¹¹⁵ *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 44; cf. également *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 45.

¹¹⁶ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 53; *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 74.

¹¹⁷ *Haydarie c. Pays-Bas*, supra note 109, p. 4.

¹¹⁸ *Gül c. Suisse*, supra note 82, § 41.

¹¹⁹ Cf. *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, § 18 (dans ce cas aussi les demandeurs avaient rendu visite trois fois à leurs enfants en Turquie, comme dans l'affaire *Gül*); et *Senigo Longue c. France*, supra note 95 (dans ce cas, le demandeur s'était rendu plusieurs fois au Cameroun pour obtenir des documents d'état civil).

¹²⁰ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 49.

¹²¹ Cf., par ex. *Andrade c. Pays-Bas*, supra note 114: dans ce cas, la Cour a jugé que "contrairement aux parents dans l'affaire *Şen*, la demanderesse n'a pas d'enfants à charge nés aux Pays Bas qui n'ont pas ou peu de liens avec le pays d'origine de leur mère".

Le critère juridique appliqué en ce qui concerne les enfants dans le pays de destination semble différent. La Cour demande si le regroupement familial dans le pays de destination “constituait le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale” ensemble.¹²² Contrairement à la déclaration citée ci-dessus dans le cadre de l’affaire *I.A.A. c. Royaume-Uni*, dans l’affaire *El Ghatet*, la Cour a estimé pertinent le fait qu’il serait “excessivement difficile pour les demandeurs de vivre une vie de famille ensemble partout ailleurs qu’en Suisse”¹²³ et qu’il ne serait “pas raisonnable de demander au premier demandeur de se réinstaller en Egypte pour y vivre avec le deuxième demandeur, car cela l’obligerait à se séparer de sa fille”.¹²⁴ Dans un cas similaire, dans l’affaire *Jeunesse c. Pays-Bas*, la Cour a jugé que le retour d’un couple au Surinam pour y vivre avec ses enfants n’obligerait pas celui-ci à affronter des obstacles insurmontables, mais qu’ils se trouveraient “dans une situation plutôt difficile”, car les membres du couple étaient bien installés aux Pays-Bas, ce qui mènerait, entre autres, à une violation de l’art. 8 CEDH.¹²⁵

En conclusion, la question qui se pose, généralement, est de savoir s’il existe des obstacles insurmontables ou des entraves majeures qui s’opposent à la jouissance d’une vie de famille. Toutefois, lorsque les enfants vivent déjà dans le pays de destination, un seuil inférieur pourrait s’appliquer. Dans le cas des réfugiés et des titulaires de permis F, la réponse à cette question devrait être qu’il existe des obstacles insurmontables, bien que d’autres problèmes puissent naître lorsque les membres de la famille vivent dans un pays tiers.

4.2.3 L’intérêt supérieur de l’enfant

La Cour reconnaît que l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale dans l’examen des cas de regroupement familial.¹²⁶ Dans l’analyse de l’intérêt supérieur de l’enfant, la Cour doit prêter une attention particulière aux circonstances inhérentes aux enfants mineurs concernés, et notamment “à leur âge, leur situation dans le pays d’origine et leur niveau de dépendance de leurs parents”.¹²⁷ Bien que l’intérêt supérieur de l’enfant ne constitue pas un “atout” en vertu duquel l’on pourrait exiger l’admission de tous les enfants qui vivraient mieux dans un Etat partie, les tribunaux nationaux doivent placer l’intérêt supérieur de l’enfant au cœur de leurs considérations et attribuer à celui-ci une importance prépondérante.¹²⁸

Dans des cas extrêmes, l’intérêt supérieur de l’enfant peut même primer sur la décision déraisonnable prise par l’un des parents de se séparer de sa famille. Dans l’affaire *Osman c. Danemark*,¹²⁹ le père d’une jeune fille somalienne qui avait grandi au Danemark avait renvoyé celle-ci dans un camp de réfugiés au Kenya pour qu’elle s’occupe de sa grand-mère. Bien que la décision du père de renvoyer sa fille au Kenya ait été conforme à ses droits parentaux, la Cour a estimé qu’en l’espèce, l’intérêt supérieur de l’enfant était supérieur à l’intérêt public relatif à un contrôle efficace de l’immigration.¹³⁰

Les facteurs suivants ont un impact sur l’évaluation de l’intérêt supérieur de l’enfant dans le cadre de l’examen des demandes de regroupement familial.

¹²² *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, § 40; *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 90, § 47.

¹²³ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 49 (surligné par l’auteur, en anglais: “unduly difficult”).

¹²⁴ *El Ghatet c. Suisse*, *ibid.*, § 49 (surligné par l’auteur, en anglais: “unreasonable”).

¹²⁵ CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 3 octobre 2014 *Jeunesse c. Pays-Bas*, no 12738/10, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147178>, §§ 117-119 (surligné par l’auteur, en anglais: “a degree of hardship”).

¹²⁶ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 46; *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 46; CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 6 juillet 2010 *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, no 41615/07, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99818>, § 135; *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 52; cf. également CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 4 novembre 2014 *Tarakhel c. Suisse*, no 29217/12, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147608>, § 99.

¹²⁷ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 44; *I.A.A. et al. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 41; *El Ghatet c. Suisse*, *ibid.*, § 46; cf. également CrEDH, arrêt du 30 juillet 2013 *Berisha c. Suisse*, no 948/12, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122978>, §§ 60-61.

¹²⁸ *I.A.A. et al. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 46; *El Ghatet c. Suisse*, *ibid.*, § 46.

¹²⁹ CrEDH, arrêt du 14 juin 2011 *Osman c. Danemark*, no 38058/09, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105129>.

¹³⁰ *Ibid.*, §§ 73-76.

4.2.3.1 Age de l'enfant et demande de regroupement tardive

L'âge de l'enfant qui sollicite une autorisation d'entrée sur le territoire est le premier facteur évalué par la Cour, laquelle vérifie également, dans ce contexte, si la demande déposée par le parent est tardive. Les considérations ci-dessous sont particulièrement pertinentes pour l'évaluation des dispositions applicables en cas de regroupement familial différé en Suisse (décrites au paragraphe 2.4 ci-dessus).

Le fait que les enfants concernés aient atteint un âge auquel ils sont censés avoir moins besoin d'attention de la part des parents et où ils peuvent se débrouiller par eux-mêmes joue en défaveur du regroupement familial.¹³¹ De plus, le fait que l'enfant ait grandi dans l'environnement culturel et linguistique de son pays d'origine rentre également en ligne de compte.¹³²

Cependant l'âge plus ou moins avancé d'un enfant et ses liens plus ou moins étroits avec le pays d'origine ne sont pas nécessairement décisifs aux fins de l'évaluation de son intérêt supérieur. Dans l'affaire *Tuquabo-Tekle*, l'enfant qui avait déposé la demande avait 15 ans à la date de la demande de regroupement familial et entretenait de forts liens linguistiques et culturels avec l'Erythrée. Malgré cela, la Cour a accepté l'argument selon lequel le retard dans la présentation de la demande ne dénotait pas un manque d'intérêt de la mère pour le regroupement familial et que, bien au contraire, elle avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour obtenir la réunification avec sa fille, dès qu'elle en avait eu la possibilité.¹³³ La Cour a établi une distinction par rapport à d'autres cas¹³⁴ en soutenant que l'âge avancé de la jeune fille ne justifiait pas le rejet de la demande. Par ailleurs, les demandeurs avaient fait valoir le fait que son âge la rendait, en fait, particulièrement vulnérable, car sa grand-mère l'avait retirée de l'école et qu'elle avait atteint un âge où elle pouvait être mariée contre sa volonté, ce à quoi la mère ne pouvait pas s'opposer. Par conséquent, cette affaire ne pouvait pas être traitée différemment de *Şen c. Pays-Bas* sur la base de ces éléments.¹³⁵

Les expériences traumatisantes que les enfants réfugiés peuvent avoir subies sont également prises en compte, quel que soit leur âge. Voilà ce que la Cour a décidé concernant les deux enfants de 15 et 17 ans d'un réfugié rwandais dans l'affaire *Mugenzi c. France*:

En l'espèce, la Cour observe que le requérant a, à plusieurs reprises, fait part de sa crainte que ses deux enfants, prétendument âgés de quinze et dix-sept ans au moment de la demande de regroupement familial, ne soient rapatriés au Rwanda et qu'ils risquent d'y subir des mauvais traitements; il a souligné que l'un d'entre eux avait des problèmes de santé liés aux expériences traumatiques subies au Rwanda et qu'il était soigné pour une dépression ... Dans ce contexte, la Cour considère qu'il était essentiel que les autorités nationales tiennent compte de la vulnérabilité et du parcours personnel particulièrement difficile du requérant, qu'elles prêtent une grande attention à ses arguments pertinents pour l'issue du litige, et enfin qu'elles statuent à bref délai sur les demandes de visa.¹³⁶

D'un autre côté, la situation difficile présente dans un certain pays ne suffit pas, en soi, à justifier le regroupement. Dans l'affaire *I.A.A. c. Royaume-Uni*, la Cour a argumenté que, bien que leur situation ne fut "certainement pas enviable", les jeunes demandeurs somaliens n'étaient plus en bas âge et pouvaient se débrouiller seuls, sans l'assistance d'un membre adulte de la famille, en Ethiopie.¹³⁷ L'argument soutenu par la Cour se fondait également sur le retard de la mère dans la présentation de la demande de regroupement familial:

Contrairement à ce que les demandeurs soutiennent devant cette Cour, rien ne semble suggérer qu'elle ait eu à échapper à une situation de conflit armé. Elle semble plutôt avoir pris délibérément la décision de rejoindre son nouvel époux

¹³¹ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 49.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, §§ 45-46.

¹³⁴ *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100; CrEDH, *I.M. c. Pays-Bas*, no 41266/98, décision de recevabilité du 25 mars 2003, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-23149>; et *Chandra c. Pays-Bas*, supra note 100.

¹³⁵ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 50.

¹³⁶ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 55.

¹³⁷ *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 46.

au Royaume-Uni, sachant qu'il n'accepterait pas que les enfants viennent aussi. Par conséquent, tant qu'elle entretenait une relation avec son second mari, elle ne pouvait pas espérer que les demandeurs puissent rejoindre la nouvelle cellule familiale. [trad.]¹³⁸

Par ailleurs, dans l'affaire *I.A.A. c. Royaume-Uni*, même après sa séparation d'avec son mari, la mère avait attendu encore deux ans avant de chercher à faire venir au Royaume-Uni les demandeurs.¹³⁹

Le report de la demande de regroupement peut mettre définitivement à mal le recours à l'art. 8 CEDH, comme dans l'affaire *I.M. c. Pays-Bas*, où une mère Cap-Verdienne avait laissé sa fille dans le pays d'origine pour s'établir aux Pays-Bas où elle avait donné naissance à un autre enfant.¹⁴⁰ Six ans et demi après son arrivée aux Pays-Bas, la mère avait demandé une autorisation de séjour dans le pays pour sa fille, qui avait maintenant 12 ans. La Cour a considéré que le report de la demande de regroupement familial et l'âge de la jeune fille ne permettaient pas d'invoquer une violation de l'art. 8 CEDH. La Cour a statué, notamment, que la jeune fille avait atteint un âge où elle avait probablement moins besoin de soins maternels qu'un enfant en bas âge et qu'elle était entourée de beaucoup de proches vivant au Cap-Vert.¹⁴¹ De plus, la Cour a jugé que la mère n'avait pas apporté de preuves suffisantes pour justifier le fait qu'elle ne pourrait pas se réinstaller au Cap-Vert avec son fils.

De façon similaire, dans les affaires *Chandra et Benamar*, la Cour a souligné que les enfants avaient grandi dans l'environnement culturel et linguistique de leur pays d'origine, entourés d'autres proches,¹⁴² et, dans le cadre de l'affaire *Ly c. France*, que la demande de regroupement avait seulement été déposée sept ans après la naissance de l'enfant, sans aucune explication valable.¹⁴³

Les facteurs énoncés ci-dessus sont importants, tout particulièrement en ce qui concerne la compatibilité ou non des dispositions suisses en matière de regroupement familial différé avec les normes internationales en matière de droits humains. Un autre facteur pris en considération par la Cour pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant concerne les dispositions relatives aux soins et à la garde des enfants, telles que décrites au paragraphe suivant.

4.2.3.2 Dépendance par rapport aux membres de la famille qui déposent la demande et à d'autres membres de la famille et droits de garde

La situation des enfants qui vivent dans leur pays d'origine, qu'ils soient confiés à l'un des parents ou à un autre membre de la famille, ainsi que les droits de garde relatifs aux enfants constituent d'autres facteurs matériels importants à prendre en compte dans les cas impliquant l'art. 8 CEDH. Les affaires *Şen c. Pays-Bas* et *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas* concernaient des demandes de regroupement familial avec les deux parents ou avec l'un des parents en cas de décès de l'autre parent. La question de savoir si d'autres membres de la famille ou des frères et sœurs plus âgés peuvent s'occuper des enfants est également prise en considération par la Cour.¹⁴⁴

Par ailleurs, les droits de garde relatifs à l'enfant rentrent en ligne de compte, bien qu'ils ne soient pas déterminants au regard d'une éventuelle violation de l'art. 8 CEDH.¹⁴⁵ Dans l'affaire *El Ghatet c. Suisse*, l'enfant qui avait déposé la demande de regroupement vivait avec sa mère à la date

¹³⁸ *Ibid.*, § 43.

¹³⁹ *Ibid.*, § 43.

¹⁴⁰ *I.M. c. Pays-Bas*, supra note 134.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴² *Chandra c. Pays-Bas*, supra note 100; *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100; cf. également *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 49.

¹⁴³ CrEDH, *Ly c. France*, no 23851/10, décision de recevabilité du 17 juin 2014, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145549>, § 37.

¹⁴⁴ Cf., par ex. *I.M. c. Pays-Bas*, supra note 134; *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100; *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110; *Mugenzi c. France*, supra note 92 (où la Cour a constaté que les demandeurs étaient isolés, "puisque leurs trois frères et sœurs aînés ne vivaient pas au Kenya comme le ministre de l'Immigration l'avait affirmé, mais en Europe où ils avaient tous obtenu le statut de réfugiés", § 55).

¹⁴⁵ Cf., par ex., *Ahmut c. Pays-Bas*, supra note 85 (où le parent demandeur avait également la garde de l'enfant, et pourtant la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8 CEDH); et *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100, (où les enfants avaient été confiés au père et avaient vécu sous sa garde au Maroc, et la Cour a considéré que cet élément était important dans le cadre du refus de la demande de regroupement familial déposée par a mère).

de la demande, mais celle-ci avait ensuite émigré au Koweït. La Cour a décidé que, compte tenu de la situation initiale, il n'y avait "aucune présomption que le regroupement avec le premier demandeur en Suisse serait conforme *per se* à l'intérêt supérieur du deuxième demandeur".¹⁴⁶ Toutefois, le père demandeur avait la garde de l'enfant. La Cour a statué, en ce qui concerne les droits de garde, comme suit:

La Cour observe que le premier demandeur détient, en vertu de la loi égyptienne, le droit de garde relatif au deuxième demandeur. Bien que ce statut juridique suggère que le fait de vivre avec son père en Suisse serait conforme à l'intérêt supérieur du deuxième demandeur, cet élément ne peut pas être considéré, à lui tout seul, comme décisif. La Cour a estimé que le deuxième demandeur avait vécu presque toute sa vie en Egypte et entretenait un lien social, culturel et linguistique fort avec son pays d'origine. En Egypte, c'était sa mère qui s'occupait de lui, puis, après le départ de celle-ci pour le Koweït, sa grand-mère. [trad.]¹⁴⁷

En même temps, le fait qu'un demandeur n'ait pas la garde de l'enfant ne s'oppose pas au regroupement familial. Dans plusieurs décisions rendues en matière de droit au regroupement familial de parents séjournant irrégulièrement avec leurs enfants qui étaient confiés à la garde de l'autre parent, la Cour a décidé que le fait de les séparer du parent constituerait une violation de l'art. 8 CEDH.¹⁴⁸

4.3 Autres facteurs pertinents sous l'angle de l'art. 8 CEDH

4.3.1 Evaluation de l'existence de la vie de famille

Dans les affaires relatives au regroupement familial, il convient, avant tout, de déterminer si les relations entre les demandeurs relèvent du cadre de la vie de famille. La jurisprudence est relativement claire à ce sujet, en ce qui concerne l'application de l'art. 8 CEDH. Elle distingue, en effet, la vie de famille *de jure* et la vie de famille *de facto*. Les relations familiales suivantes relèvent de la vie de famille *de jure*: couples mariés,¹⁴⁹ partenaires enregistrés,¹⁵⁰ parents et leurs enfants nés d'un mariage¹⁵¹ ou d'une relation stable,¹⁵² enfants adoptés et leurs parents adoptifs.¹⁵³ Les demi-frères et demi-sœurs peuvent également participer à la vie de famille.¹⁵⁴ Le lien familial entre les parents et les enfants nés de leur mariage ou d'une union stable ne peut être rompu que dans des circonstances exceptionnelles, qui n'incluent pas des relations difficiles entre les parents et les enfants ou l'absence de cohabitation.¹⁵⁵

Les pères biologiques et leurs enfants nés hors des liens du mariage ou d'une relation stable bénéficient d'une vie de famille *de facto*, sous réserve de l'existence d'un lien personnel solide ainsi que d'un intérêt et d'un engagement visible du père vis-à-vis de l'enfant.¹⁵⁶

¹⁴⁶ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 50.

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 51.

¹⁴⁸ *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97, § 41; *Polidario c. Suisse*, supra note 99, § 74; *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 46; *Nuñez c. Norvège*, supra note 99, § 79.

¹⁴⁹ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, supra note 81, § 62.

¹⁵⁰ CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 29 avril 2008 *Burden c. Royaume-Uni*, no 13378/05, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86148>, § 65.

¹⁵¹ CrEDH, arrêt du 21 juin 1988 *Berrehab c. Pays-Bas*, no 10730/84, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61996>, § 21; *Ahmut c. Pays-Bas*, supra note 85, § 60; *Gül c. Suisse*, supra note 82, § 32; CrEDH, arrêt du 24 avril 1996 *Boughanemi c. France*, no 22070/93, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62550>, § 35; *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 33.

¹⁵² CrEDH, arrêt du 27 octobre 1994 *Kroon c. Pays-Bas*, no 18535/91, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904>, § 30; CrEDH, arrêt du 18 juillet 2006 *Keegan c. Royaume-Uni*, no 28867/03, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76454>, § 45.

¹⁵³ CrEDH, arrêts du 22 juin 2004 *Pini et al. c. Roumanie*, nos 78028/01, 78030/01, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66388>, § 148.

¹⁵⁴ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, opinion concordante du juge Serghides.

¹⁵⁵ *Boughanemi c. France*, supra note 151, § 35; *Berrehab c. Pays-Bas*, supra note 151, § 21; *Ahmut c. Pays-Bas*, supra note 85, § 60; CrEDH, arrêt du 18 février 1991 *Moustaquim c. Belgique*, no 12313/86, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62208>, § 36; *Şen c. Pays-Bas*, supra note 87, § 28.

¹⁵⁶ CrEDH, *Nylund c. Finlande*, no 27110/95, décision de recevabilité du 29 juin 1999, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-31819>; CrEDH, *Nekvedavicius c. Allemagne*, no 46165/99, décision de recevabilité du 19 juin 2003, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23277>.

Les couples non mariés peuvent également bénéficier d'une vie de famille *de facto*, si des liens personnels forts, tels que la cohabitation, une relation de longue durée ou un enfant en commun, existent réellement et concrètement.¹⁵⁷

Les grands-parents aussi peuvent avoir une vie de famille avec leurs petits-enfants,¹⁵⁸ tout comme les oncles et tantes avec leurs neveux et nièces.¹⁵⁹ Les relations entre frères et sœurs adultes requièrent, généralement, "l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux".¹⁶⁰

4.3.2 Garanties procédurales et retard dans le processus de décision au niveau national

L'art. 8 CEDH impose également des obligations aux Etats dans le cadre du traitement des demandes de regroupement familial. Ces procédures, en effet, doivent présenter des "garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité".¹⁶¹ La qualité de la procédure de regroupement familial dépend, en particulier, de sa célérité.¹⁶²

Dans toute une série de cas de demandes de regroupement familial déposées par des réfugiés, la Cour a constaté une violation de l'art. 8 CEDH suite à un retard. Dans l'affaire *Tanda-Muzinga c. France*, la Cour a jugé que la durée de trois ans et demi dans le traitement de la demande de regroupement familial constituait, en soi, une violation de l'art. 8 CEDH.¹⁶³ Dans l'affaire *Mugenzi c. France*, la Cour a jugé excessive la durée de cinq ans de la procédure et a constaté une violation de l'art. 8 CEDH.¹⁶⁴

Une durée excessive de la procédure et un retard dans l'application des obligations positives imposées par l'art. 8 CEDH peut constituer une violation dudit article, même dans le cas de demandes déposées par des non-réfugiés, comme dans l'affaire *Polidario c. Suisse*, dans laquelle la durée de la procédure a été de six ans.¹⁶⁵ Par ailleurs, des retards de la part des autorités dans le refus des demandes d'asile ou dans l'expulsion des migrants en situation irrégulière peut avoir un impact sur l'évaluation d'une éventuelle violation de l'art. 8 CEDH. Dans l'affaire *Nuñez c. Norvège*, la Cour a considéré comme un facteur pertinent le délai de quatre ans dans l'émission d'un ordre d'expulsion d'une mère en situation irrégulière qui avait déposé une demande.¹⁶⁶ C'est également le cas dans l'affaire *M.P.E.V. c. Suisse*, où la Cour a tenu compte de la durée de 10 ans pour le traitement de la demande d'asile du père du recourant, qui a été finalement refusée.¹⁶⁷

¹⁵⁷ CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 12 juillet 2001 *K et T c. Finlande*, no 25702/94, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64144>, § 150; CrEDH, arrêt du 1er juin 2004 *L. c. Pays-Bas*, no 45582/99, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66361>, § 36; CrEDH, arrêt du 20 juin 2002 *Al-Nashif c. Bulgarie*, no 50963/99, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60522>, § 112.

¹⁵⁸ CrEDH, arrêt du 13 juin 1979 *Marckx c. Belgique*, no 6833/74, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62092>, § 45; CrEDH, arrêt du 27 avril 2000 *L. c. Finlande*, no 25651/94, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58783>, § 101.

¹⁵⁹ CrEDH, arrêt du 24 février 1994 *Boyle c. Royaume-Uni*, no 16580/90, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62421>, § 45; CrEDH, arrêt du 4 décembre 2012 *Butt c. Norvège*, no 47017/09, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115012>, § 76.

¹⁶⁰ CrEDH, arrêt du 13 février 2001 *Ezzouhdi c. France*, no 47160/99, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63772>, § 34; CrEDH, arrêt du 26 avril 2007 *Konstadinov c. Pays-Bas*, no 16351/03, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80312>, § 52; CrEDH, *Advic c. Royaume-Uni*, no 25525/94, décision de recevabilité du 6 septembre 1995, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2300>; CrEDH, arrêt du 3 juillet 2012 *Samsonnikov c. Estonie*, no 52178/10, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111842>, § 81.

¹⁶¹ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 82; *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 62; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 75.

¹⁶² *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, § 68; *Mugenzi c. France*, *ibid.*, § 46.

¹⁶³ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, §§ 55, 58.

¹⁶⁴ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 61; cf. également *Senigo Longue c. France*, supra note 95.

¹⁶⁵ *Polidario c. Suisse*, supra note 99, § 77.

¹⁶⁶ *Nuñez c. Norvège*, supra note 99, § 82; cf. également CrEDH, arrêt du 20 septembre 2011 *A.A. c. Royaume-Uni*, no 8000/08, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106282>, §§ 61, 66; CrEDH, arrêt du 15 juillet 2003 *Mokrani c. France*, no 52206/99, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65778>, §§ 34-35.

¹⁶⁷ *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 55.

Par ailleurs, dans le cadre de l'affaire *Jeunesse c. Pays-Bas* concernant une demandeuse qui avait perdu sa nationalité néerlandaise suite à l'indépendance du Surinam, en 1975, la Cour a souligné que l'Etat néerlandais avait toléré sa présence pendant 16 ans et que ce fait pouvait mener à la constatation d'une violation de l'art. 8 CEDH.¹⁶⁸

En règle générale, dans les cas de regroupement familial, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'évaluation des preuves, car elles sont mieux placées pour juger de l'authenticité des documents présentés par un demandeur. Les autorités nationales doivent néanmoins examiner les demandes rapidement, attentivement et avec toute la diligence requise. Elles sont en outre tenues de motiver un éventuel refus.¹⁶⁹ Lorsque des enfants sont impliqués, les autorités nationales doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ce contexte.¹⁷⁰ Lorsqu'il s'agit de réfugiés, elles doivent examiner également les événements qui ont provoqué l'interruption de la vie de famille et qui ont mené à la reconnaissance du statut de réfugié.¹⁷¹ Comme le souligne la Cour dans son arrêt relatif à l'affaire *Tanda-Muzinga c. France*:

Dans ce contexte, la Cour considère qu'il était essentiel que les autorités nationales tiennent compte de la vulnérabilité et du parcours personnel particulièrement difficile du requérant, qu'elles prêtent une grande attention à ses arguments pertinents pour l'issue du litige, qu'elles lui fassent connaître les raisons qui s'opposaient à la mise en œuvre du regroupement familial, et enfin qu'elles statuent à bref délai sur les demandes de visa.¹⁷²

Dans le cadre des demandes de regroupement familial des réfugiés, une certaine flexibilité est requise en ce qui concerne la preuve du lien familial. La Cour reconnaît que les réfugiés ne sont souvent pas en mesure d'obtenir les documents officiels nécessaires de la part de leurs pays d'origine.¹⁷³ Par conséquent, bien que la jurisprudence décrite au paragraphe 4.3.1 ci-dessus indique des critères assez clairs relatifs à l'existence du lien familial, la difficulté réside souvent dans l'impossibilité de prouver l'existence de la filiation biologique ou d'un mariage légal en raison de l'absence de la documentation nécessaire. La Cour exige, par conséquent, un niveau de preuve moins élevé lorsque la demande de regroupement familial est déposée par un réfugié. Le "bénéfice du doute" doit être accordé aux réfugiés en ce qui concerne les documents et les déclarations présentés par ces derniers.¹⁷⁴ Cependant, lorsque les informations fournies par les réfugiés suscitent des doutes raisonnables quant à leur authenticité, le demandeur est tenu d'apporter une "explication satisfaisante" concernant les éventuelles incohérences ou les objections justifiées résultant de la documentation fournie.¹⁷⁵

4.3.3 Date d'examen de la demande et majorité de l'enfant

En général, la date à partir de laquelle on peut envisager l'examen d'une demande de regroupement familial par la Cour est la date du jugement définitif rendu par les autorités nationales, plutôt que la première date de dépôt de la demande ou la date de la décision de la CrEDH.¹⁷⁶ Cependant, les événements antérieurs et postérieurs à ces dates peuvent encore être pris en compte. Dans le cadre de l'affaire *Tuquabo-Tekle*, la Cour a également pris en considération la situation en cours à la date à laquelle la mère avait demandé pour la toute première fois le regroupement avec sa fille (et notamment le plus jeune âge de la jeune fille à ladite date).¹⁷⁷ De manière similaire, dans l'affaire *El Ghatet*, la Cour, conformément à la législation nationale, a tenu compte de l'âge de l'enfant demandeur à la date de dépôt de la demande de regroupement familial, ainsi que du fait que la mère avait ensuite quitté l'Égypte pour se rendre au Koweït.¹⁷⁸

¹⁶⁸ *Jeunesse c. Pays-Bas*, supra note 125, §§ 115-116.

¹⁶⁹ *Mugenzi c. France*, supra note 92, §§ 51-52; cf. également *Senigo-Longue c. France*, supra note 95, §§ 66-67.

¹⁷⁰ *Senigo-Longue c. France*, *ibid.*, § 67.

¹⁷¹ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 52.

¹⁷² *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 75.

¹⁷³ CrEDH, arrêt du 20 juillet 2010 *N. c. Suède*, no 23505/09, disponible sous :

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99992>, § 53; CrEDH, arrêt du 18 décembre 2012 *F.N. et al. c. Suède*, no 28774/09, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115396>, § 67.

¹⁷⁴ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 47; cf. également *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 63.

¹⁷⁵ *Mugenzi c. France*, *ibid.*, § 47; *Senigo Longue c. France*, *ibid.*, § 63.

¹⁷⁶ *Chandra et al. c. Pays-Bas*, supra note 100.

¹⁷⁷ *Tuquabo-Tekle*, supra note 89, § 51; cf. également *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 52.

¹⁷⁸ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, §§ 33, 51.

Dans le cadre des demandes de regroupement familial présentées par des enfants, la Cour n'a pas tenu compte du fait que l'enfant avait atteint, entre-temps, la majorité en tant que motif en soi justifiant le refus de la demande. Dans l'affaire *El Ghatet*, la CrEDH a constaté une violation de l'art. 8 CEDH, indépendamment de cet aspect.¹⁷⁹

4.3.4 Importance de la qualité de l'examen de la demande par les autorités nationales

La Cour a insisté plusieurs fois sur le fait qu'elle allait intervenir uniquement en cas d'échec des autorités nationales dans l'examen des différents aspects du cas, puisque lesdites autorités jouissent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'art. 8 CEDH dans les cas de regroupement familial.¹⁸⁰

En particulier, lorsqu'il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour fixe des critères stricts concernant l'examen par les autorités nationales.¹⁸¹ Dans le cas de *M.P.E.V. c. Suisse*, la Cour souligne que le TAF n'a pas fait référence, dans son examen de la demande du premier demandeur, à l'intérêt supérieur de l'enfant, parce qu'il avait constaté l'absence d'une vie de famille selon la définition de l'art. 8 CEDH. Suite à cela, la Cour n'était pas persuadée que l'intérêt supérieur de l'enfant ait été pris suffisamment en compte.¹⁸² De même, dans l'affaire *El Ghatet c. Suisse*, la Cour a souligné que «sa tâche ne consistait pas à se substituer aux autorités compétentes dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais à vérifier si les tribunaux nationaux avaient bien fourni les garanties prévues par l'art. 8 CEDH, en prenant en compte, notamment, l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit occuper une place suffisamment importante dans les motivations formulées par les tribunaux nationaux».¹⁸³

Lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est analysé "brièvement [et] de manière relativement sommaire", cela constitue, en soi, une violation de l'art. 8 CEDH, car les tribunaux nationaux n'ont pas attribué audit intérêt "une place suffisamment centrale dans l'exercice de pondération et dans le raisonnement qui le sous-tend"¹⁸⁴ et n'ont donc pas réussi à démontrer de manière convaincante que l'atteinte portée à un droit établi par la Convention était proportionnée par rapport au but poursuivi et visait à satisfaire un "besoin social impérieux".¹⁸⁵

Dans une opinion concordante formulée dans l'affaire *El Ghatet*, le juge Serghides a également déclaré que le TF avait "violé la règle de droit, l'un des principes fondamentaux de la société démocratique, inhérent à toutes les dispositions de la Convention et de ses Protocoles".¹⁸⁶ Le juge Serghides a insisté sur le fait que "la pesée d'intérêts concurrents, surtout dans des cas dans lesquels le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant sont en jeu, doit être approfondie et doit faire l'objet d'un raisonnement parfaitement argumenté". Il a également ajouté que, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu, l'exercice de pondération prévu par l'art. 8 par. 2 CEDH s'apparente à une évaluation de la stricte proportionnalité comme celle prévue par l'art. 2 par. 2 CEDH (selon lequel la nécessité absolue de l'adoption d'une mesure portant atteinte au droit à la vie doit être démontrée).

¹⁷⁹ Cf. *El Ghatet c. Suisse, ibid.*, et *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100, ces deux demandes n'ayant pas été rejetées pour ces motifs.

¹⁸⁰ Cf., par ex. *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92; *Mugenzi c. France*, supra note 92; *Senigo Longue c. France*, supra note 95.

¹⁸¹ *Neulinger et Shuruk*, supra note 126, §§ 133, 141; CrEDH, arrêt du 10 juillet 2012 *B. c. Belgique*, no 4320/11, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112087>, § 60; CrEDH, arrêt du 26 novembre 2013 *X. c. Lettonie*, no 27853/09, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992>, §§ 106-107; *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 57; *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, §§ 47, 52-53; *Jeunesse c. Pays-Bas*, supra note 125, § 120.

¹⁸² *M.P.E.V. c. Suisse, ibid.*, § 57

¹⁸³ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 47.

¹⁸⁴ *Ibid.*, § 53.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 47.

¹⁸⁶ *Ibid.*, opinion concordante du juge Serghides.

4.3.5 Importance de l'historique migratoire et de l'entrée illégale

L'historique du parcours migratoire est particulièrement important dans le cadre des demandes de regroupement familial, lorsque les membres de la famille se trouvent déjà sur le territoire du pays de destination et ne bénéficient d'aucun statut, dans l'attente de la décision relative au regroupement familial.¹⁸⁷ La Cour statue généralement que, dans ces cas, la violation de l'art. 8 CEDH ne peut être constatée que “dans des circonstances exceptionnelles”.¹⁸⁸ Par exemple, dans l'affaire *Chandra c. Pays-Bas*, la Cour a souligné que les enfants étaient entrés sur le territoire hollandais avec un visa de visiteur et avaient “choisi de ne pas solliciter de visa de séjour temporaire avant de quitter l'Indonésie pour se rendre aux Pays-Bas”.¹⁸⁹

De même, dans le cadre de l'affaire *Gereghiher Geremedhin c. Pays-Bas*,¹⁹⁰ la Cour a insisté sur le fait que le demandeur aurait dû demander le regroupement familial quand les enfants se trouvaient à l'étranger, en soulignant que :

Compte tenu du fait que le demandeur était assisté, à l'époque de la demande, par un avocat, la Cour a estimé qu'il n'y avait aucune raison valable pour que le demandeur – qui avait demandé conseil uniquement au sujet de l'éligibilité de ses quatre enfants aînés au regroupement familial en tant que réfugiés - ne fasse pas en sorte que ces quatre enfants déposent une demande officielle de regroupement auprès de la mission néerlandaise de Khartoum, ce qui aurait permis au demandeur, en tant que responsable des enfants, de faire appel d'une décision négative concernant la demande de visa et aurait permis aux autorités administratives et judiciaires néerlandaises d'examiner son allégation de violation de l'article 8 et, si le bien-fondé de ladite allégation avait été confirmé, de prévenir ou réparer ladite violation. [trad.]¹⁹¹

Cependant, la Cour ne considère pas toujours ce type de situation de la même façon. En effet, dans l'affaire *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, la Cour a estimé que les “autorités néerlandaises avaient péché par un excès de formalisme” en donnant trop d'importance au fait que la mère avait résidé illégalement aux Pays-Bas.¹⁹²

De plus, les droits accordés par l'art. 8 CEDH en matière de regroupement familial peuvent également s'appliquer à deux requérants d'asile en situation irrégulière, dont la demande d'asile a été rejetée, lorsqu'ils ne peuvent pas être expulsés et lorsque les autorités les ont empêchés de vivre ensemble.¹⁹³

¹⁸⁷ *Solomon c. Pays-Bas*, supra note 99.

¹⁸⁸ *Jeunesse c. Pays-Bas*, supra note 125, §§ 108, 114; *Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97, § 39.

¹⁸⁹ *Chandra c. Pays-Bas*, supra note 100; cf. également *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100.

¹⁹⁰ CrEDH, *Gereghiher Geremedhin c. Pays-Bas*, no 45558/09, décision de recevabilité du 23 août 2016, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166754>.

¹⁹¹ *Ibid.*, § 42.

¹⁹² *Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97, § 44.

¹⁹³ *Mengesha Kimfe c. Suisse*; *Agraw c. Suisse*, supra note 99.

5. CONFLITS POTENTIELS ENTRE LA PRATIQUE SUISSE EN MATIÈRE DE REGROUPEMENT FAMILIAL ET L'ART. 8 CEDH

Ce paragraphe examine des scénarios stratégiques dans le cadre desquels les pratiques suisses en matière de regroupement familial peuvent être incompatibles avec l'art. 8 CEDH.

5.1 Art. 85 al. 7 LEtr: réfugié titulaire d'un permis F ayant demandé le regroupement familial avant l'expiration du délai de trois ans

Conformément à l'art. 85 al. 7 LEtr, les titulaires du permis F ne peuvent pas demander le regroupement au cours des trois premières années qui suivent l'octroi de l'admission provisoire. De plus, ils doivent remplir les critères en matière de logement et d'aide sociale (art. 85 al. 7 let. a-c LEtr). A cet égard, leur situation est *moins favorable* que celle des réfugiés détenteurs d'un permis B, qui sont autorisés à demander le regroupement juste après l'obtention de l'asile et sans aucune de ces conditions (art. 51 al. 1 et 4 LAsi).

5.1.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

La distinction entre les deux catégories de réfugiés sur la base du type de permis est *problématique*. Son incompatibilité avec l'art. 8 CEDH, notamment dans le cas d'un réfugié reconnu étant titulaire d'un permis F, est étayée par plusieurs arguments.

Tout d'abord, la CrEDH accorde plus de droits au regroupement familial aux réfugiés qu'aux autres migrants, y compris aux simples titulaires d'un permis F. Elle reconnaît que "l'unité de la famille est un droit essentiel du réfugié" et que le regroupement familial est "un élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale".¹⁹⁴ Par conséquent, les réfugiés ont droit à "une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers".¹⁹⁵ Ceci s'applique aux réfugiés détenteurs d'un permis F de la même façon qu'aux réfugiés titulaires de permis B.

En deuxième lieu, l'art. 8 CEDH impose des obligations positives de célérité pour le regroupement familial des réfugiés,¹⁹⁶ et, dans le cas d'un réfugié, la durée de trois ans et demi de la procédure a été jugée excessive.¹⁹⁷ Dans ce contexte, l'interdiction de déposer une demande de regroupement familial avant l'expiration d'un délai de trois ans paraît problématique, car elle assure, dans presque tous les cas, une durée de la procédure supérieure à trois ans et demi.

En troisième lieu, bien que l'obligation positive issue de l'art. 8 CEDH ne soit pas absolue, les facteurs suivants sont pertinents pour en déterminer les limites: i) la séparation de la famille a-t-elle été volontaire? ii) y a-t-il des obstacles insurmontables à la jouissance de la vie de famille dans un autre pays? iii) le regroupement concerne-t-il des enfants et, dans ce cas, que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant?

¹⁹⁴ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 75; *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 54; cf. également la précédente décision adoptée dans le cadre de l'affaire *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, § 75.

¹⁹⁵ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, § 75; *Mugenzi c. France*, *ibid.*, § 54.

¹⁹⁶ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, § 68; *Mugenzi c. France*, *ibid.*, § 46.

¹⁹⁷ *Tanda-Muzinga c. France*, *ibid.*, §§ 55, 58.

Pour ce qui est du point i), en ce qui concerne les réfugiés qui ont été séparés de leur famille par la fuite, la séparation est jugée involontaire.¹⁹⁸ Toutefois, dans le cas des réfugiés sur place titulaires d'un permis F, on pourrait arguer que leur fuite initiale était bien volontaire et qu'ils n'ont acquis leur statut de réfugiés qu'ultérieurement. En fait, ce raisonnement a été récemment adopté par le TAF dans le cadre d'une décision de rejet d'un recours relatif à la demande de regroupement familial d'un réfugié titulaire d'un permis F.¹⁹⁹

Il s'agit de rappeler que la requérante n'a pas pu rendre vraisemblable les motifs allégués qui l'ont poussé à fuir; elle a bénéficié du statut de réfugiée uniquement en raison de sa sortie illégale d'Erythrée. Par conséquent, l'on peut considérer que sa sortie n'avait aucun caractère d'urgence et qu'elle n'avait aucune raison impérative de quitter sa cellule familiale.²⁰⁰

Dans les différents cas, la compatibilité avec l'art. 8 CEDH dépendrait de la nature des motifs initiaux sur lesquels se fonde la demande d'asile (et des motivations développées par les autorités ou par la Cour pour rejeter les motifs antérieurs à la fuite). Ensuite, il faut rappeler l'approche prudente adoptée par la Cour dans l'affaire *El Ghatet*, dans le cadre de laquelle la demande d'asile du père avait été rejetée par les autorités suisses. La Cour a rappelé qu'il convient "d'être prudent dans la détermination de sa 'libre volonté' de quitter son enfant dans le pays d'origine" et qu'aucune réponse claire ne pouvait être apportée à cette question.²⁰¹

En ce qui concerne le point ii), il est reconnu que, pour un réfugié, il existe des obstacles insurmontables à la jouissance de la vie de famille dans un autre pays, le regroupement familial étant "le seul moyen pour reprendre la vie familiale".²⁰²

Enfin, si le regroupement concerne les enfants d'un réfugié, cet élément semble indiquer l'existence d'une violation de l'art. 8 CEDH. La Cour reconnaît la vulnérabilité particulière des réfugiés²⁰³ et a souligné que, dans ce contexte, un regroupement rapide avec les enfants est particulièrement important.²⁰⁴ Par ailleurs, la précarité des arrangements adoptés pour la garde des enfants à l'étranger semble être prise davantage au sérieux par la Cour dans le contexte de regroupements familiaux impliquant des réfugiés.²⁰⁵

Une interprétation de l'art. 8 CEDH dans le sens où il garantirait le même droit au regroupement familial aux personnes qui bénéficient d'un statut moins stable au regard de l'immigration est également étayée par la Conclusion n°15 de l'ExCom du HCR, qui confirme que le regroupement avec la famille proche doit être également facilité pour les personnes qui se sont vu accorder temporairement refuge.²⁰⁶ La Recommandation de l'APCE 1327 (1997) recommande de manière similaire aux Etats de "revoir leur politique en matière de regroupement familial à l'égard des personnes bénéficiant d'un statut de protection temporaire ou d'une autorisation de séjour pour raisons humanitaires".²⁰⁷

¹⁹⁸ *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, § 75; *Tanda-Muzinga c. France, ibid.*, § 74.

¹⁹⁹ TAF, arrêt du 6 décembre 2015 (F-2186/2015), supra note 21, consid. 6.3.5.

²⁰⁰ Traduction officieuse réalisée à partir du texte original allemand : „So gilt es zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Beschwerdeführerin ihre Vorfluchtgründe nicht glaubhaft machen konnte; ihre Flüchtlingseigenschaft wurde vielmehr allein aufgrund der illegalen Ausreise aus Eritrea anerkannt. Es ist mithin davon auszugehen, dass sie ohne Not ausgereist ist und die Familiengemeinschaft ohne zwingende Gründe aufgegeben hat.“

²⁰¹ *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 48.

²⁰² *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 53; *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 74.

²⁰³ *Tanda-Muzinga c. France, ibid.*, § 75, se rapportant à *Hirsi c. Italie*, supra note 106, § 155.

²⁰⁴ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 55.

²⁰⁵ Comparaison entre *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110 (aucune membre de la famille pour s'occuper d'eux, mais pas de violation de l'art. 8 CEDH) et *Mugenzi c. France*, supra note 92 (où la Cour a reconnu que les demandeurs étaient isolés "puisque leurs trois frères et sœurs aînés ne vivaient pas au Kenya comme le ministre de l'Immigration l'avait affirmé, mais en Europe où ils avaient tous obtenu le statut de réfugié", § 55).

²⁰⁶ HCR, ExCom Conclusion No. 15, supra note 58, let. e.

²⁰⁷ APCE, Recommandation 1327 (1997), supra note 79, § 8.7, let. q.

5.1.2 Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH

On peut soutenir que lorsqu'un réfugié titulaire d'un permis F demande un regroupement familial avant l'expiration du délai de trois ans, cela pourrait constituer une violation du droit à la non-discrimination garanti par l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH sur la base de son "autre statut", puisque le statut migratoire ou le type de permis d'un demandeur est considéré comme un "autre statut".²⁰⁸ Par ailleurs, ce scénario implique un traitement différencié, à savoir des régimes plus stricts ou moins stricts en matière de regroupement familial applicables à des personnes qui se trouvent dans une situation similaire, notamment les réfugiés reconnus comme tels titulaires d'un permis B par rapport aux réfugiés titulaires d'un permis F.²⁰⁹

Il s'agit de savoir, par ailleurs, s'il existe une justification objective et raisonnable pour ce type de discrimination. La justification initialement fournie par le Conseil fédéral relatif au traitement différencié a déjà été traitée plus haut (cf. le paragraphe 2.2). L'on ne peut pas affirmer, en particulier, que les titulaires de permis F ne séjournent en Suisse qu'à titre provisoire, car plus de 96 pour cent d'entre eux résident dans le pays durablement, ni que les réfugiés ne représentent qu'un pourcentage négligeable de ceux-ci, puisqu'un détenteur de permis F sur quatre est un réfugié officiellement reconnu (cf. le paragraphe 2.1 ci-dessus). De plus, l'évaluation du Conseil fédéral est basée sur une jurisprudence obsolète concernant l'art. 8 CEDH (cf. le paragraphe 4.1 ci-dessus).

Le TAF a rejeté l'argument selon lequel le traitement différencié entre les réfugiés détenteurs de permis F et les réfugiés détenteurs de permis B constituerait une discrimination illégale, en objectant que les réfugiés n'ont pas droit au regroupement familial en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés et que, donc, la catégorie à laquelle devraient être comparés les réfugiés détenteurs d'un permis F devrait être celle des étrangers titulaires d'une admission provisoire et non pas les réfugiés titulaires d'un permis B.²¹⁰ Ce raisonnement pose cependant problème. Tout d'abord parce qu'une différence de traitement entre différents types de réfugiés ne peut être justifiée par le fait que la Convention relative au statut des réfugiés n'accorde pas ce droit spécifique, alors que le droit au regroupement familial est garanti par la CEDH. En deuxième lieu, parce qu'elle prend en compte, en tant que catégorie de référence, d'autres détenteurs de permis F, mais non pas d'autres ressortissants étrangers titulaires d'une autorisation de séjour temporaire, tels que des détenteurs de permis B, auxquels ne s'applique pas la période de carence de trois ans (cf. art. 44 LEtr).

Par ailleurs, une justification objective basée sur la nature prétendument provisoire d'un permis F est moins solide lorsque le pays d'origine est le théâtre d'une situation de conflit ou de guerre, surtout si l'on tient compte de l'actuelle politique de regroupement familial applicable aux réfugiés syriens. Les réfugiés syriens titulaires d'un permis F bénéficient actuellement de dispositions moins strictes en matière d'obtention de visas humanitaires pour les membres de leurs familles, dans le cadre d'une politique générale d'admission des réfugiés syriens.²¹¹

²⁰⁸ CrEDH, arrêt du 6 novembre 2012 *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, no 22341/09, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114244>, § 48.

²⁰⁹ Cf. CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 13 novembre 2007 *D.H. c. République tchèque*, no 57325/00, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>, §§ 175, 196.

²¹⁰ Cf. TAF, arrêt F-8197/2015, supra note 30: "que dite Convention ne leur accorde ainsi aucun privilège en matière de séjour, «ce qui fait que, sur ce point, les réfugiés admis provisoirement sont sur un pied d'égalité avec les autres étrangers admis provisoirement» (cf. ch. 6.3.7 de la Directive du SEM du 1^{er} janvier 2008 [état au 24 octobre 2016], document publié sur le site internet www.sem.admin.ch Accueil SEM Publications & service Directives et circulaires III. Loi sur l'asile 6. Situation juridique; site consulté en février 2017)".

Une autre justification objective qui pourrait être avancée est le fait que les réfugiés titulaires d'un permis F ont ce type de permis de par leurs agissements ou pour des raisons qui leur sont imputables. D'une part, les détenteurs d'un permis F dont la demande d'asile et la demande de permis B ont été refusées sur la base de l'art. 54 LAsi sont des réfugiés sur place. En général, leur récit sur les raisons de leur fuite n'a pas convaincu les autorités suisses. Cela pourrait être utilisé comme preuve du fait que la décision du réfugié de quitter son pays d'origine a été volontaire, même si celui-ci bénéficie, maintenant, du statut de réfugié, ce qui justifierait un traitement différent. L'arrêt du TAF évoqué ci-dessus semble être fondé sur ce type de raisonnement. Toutefois, étant donné la réticence de la CrEDH à trop fonder son jugement sur un éventuel rejet de la demande d'asile, cet argument pourrait être efficacement réfuté dans un cas suffisamment solide (à savoir un cas avec des motifs d'asile crédibles et en fonction du raisonnement des autorités ou de la Cour pour rejeter l'asile).²¹¹

De même, les réfugiés qui ont été considérés indignes à bénéficier du droit d'asile et d'un permis B en vertu de l'art. 53 LAsi ont soit porté atteinte ou compromis la sûreté de la Suisse, se sont rendus coupables d'actes répréhensibles ou font l'objet d'un ordre d'expulsion. Ces motifs pourraient être présentés en tant que justification objective et raisonnable pour un traitement différencié.

Un autre facteur à l'appui de l'argument visé à l'art. 14 CEDH pourrait être représenté par la décision adoptée par le Comité CERD dans l'affaire *A.M.M. c. Suisse*, dans le cadre de laquelle le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a nié l'existence d'une discrimination raciale entre les détenteurs de permis F en général et les autres immigrants (puisque la différence de traitement était fondée plutôt sur le type de permis que sur la race), tout en demandant instamment aux autorités suisses de limiter toute restriction des droits fondamentaux appliquée aux titulaires de permis F :

Nonobstant la conclusion à laquelle il a abouti en l'espèce, le Comité note que l'Etat partie a lui-même reconnu les conséquences néfastes du statut de l'admission provisoire sur des domaines essentiels de l'existence de cette catégorie de non-ressortissants qui, pour certains, demeurent de manière pérenne dans une situation qui devrait rester transitoire...

Le Comité recommande donc à l'Etat partie de revoir sa réglementation relative au régime de l'admission provisoire, afin de limiter autant que possible les restrictions à la jouissance et à l'exercice des droits fondamentaux, plus particulièrement les droits relatifs à la liberté de circulation, surtout lorsque ce régime se prolonge dans le temps.²¹³

Ceci montre l'absence de motifs objectifs qui justifieraient les conséquences considérables pour les titulaires de permis F - conséquences qui ont été admises par les autorités suisses elles-mêmes dans le cadre de l'affaire *A.M.M.* - liées à la situation défavorable engendrée par le statut d'admission provisoire. L'art. 14 CEDH interdisant toute discrimination basée sur le statut du migrant, cet argument pourrait être soutenu devant la CrEDH (mais non pas devant le Comité CERD).

²¹¹ Cf. SEM, Crise humanitaire en Syrie, disponible sous : www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/syrien.html

²¹² *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, mais aussi *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89.

²¹³ Comité CERD, *A.M.M. c. Suisse*, Comm. No. 50/2012, 18 février 2014, disponible sous : www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/Jurisprudence.aspx, §§ 10-11.

5.1.3 Justifications potentielles sous l'angle de l'art. 8 CEDH

Compte tenu de la durée des procédures à l'échelle nationale, il est tout à fait probable que le délai de trois ans ait expiré avant qu'une demande ne soit déposée sous l'angle de la CEDH, et très certainement avant que la CrEDH ait rendu sa décision. Dans ce contexte, une considération stratégique importante est constituée par le fait de savoir s'il convient de plaider l'incompatibilité avec l'art. 8 CEDH pour un demandeur qui pourrait probablement remplir les critères financiers et autres prévus par l'art. 85 al. 7 LETr et dont la demande pourrait, donc, avoir déjà été approuvée avant que la CrEDH ne rende sa décision. Ce scénario présenterait des analogies avec la situation relative aux affaires *Tanda-Muzinga c. France* et *Senigo Longue c. France*, dans le cadre desquelles les enfants avaient obtenu leurs visas avant même la décision de la CrEDH.²¹⁴

Un autre facteur allant dans le sens de choisir un cas où le regroupement familial a été obtenu après l'expiration du délai de trois ans est représenté par le fait que, à l'heure actuelle, les affaires de regroupement familial ne semblent pas être traitées de manière prioritaire par la CrEDH. La procédure, dans le cadre de l'affaire *El-Ghatet c. Suisse*, a été entamée en 2010 et la décision a été rendue presque six ans plus tard, en novembre 2016, alors que le fils avait déjà atteint l'âge de 26 ans.

Un autre cas dans le cadre duquel cette disposition pourrait être incompatible avec l'art. 8 CEDH est le cas d'un réfugié titulaire d'un permis F qui ne serait pas en mesure de remplir les critères financiers imposés par l'art. 85 al. 7 LETr en raison d'une maladie ou d'une invalidité. Les considérations spécifiques à l'invalidité sont traitées plus loin, au paragraphe 5.4. Un autre facteur appuyant ce cas pourrait être une situation dans laquelle la personne concernée a mis en œuvre tous les efforts pour trouver un travail, sans pouvoir l'obtenir à cause de sa maladie ou de son invalidité (cf. la décision de la CrEDH dans l'affaire *Haydarie*, dont nous allons traiter plus loin).

La qualité du raisonnement développé par le TAF dans sa décision fait également partie des aspects à examiner, et notamment la question de savoir si les droits du réfugié et les droits de l'enfant ont été dûment pris en compte par le TAF. Les normes de l'art. 8 CEDH concernant l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant sont exigeantes et la Cour examine de manière particulièrement attentive le raisonnement tenu par les tribunaux nationaux dans ces cas.²¹⁵ Ceci pourrait rendre plus probable la constatation de l'existence d'une violation de l'art. 8 CEDH lorsque la procédure concerne également des enfants.

5.1.4 Conclusion

Un certain nombre d'éléments solides semblent montrer que la période de carence de trois ans en matière de regroupement familial constitue une violation de l'art. 8 CEDH, tout particulièrement dans le contexte des réfugiés détenteurs d'un permis F. Toutefois, cette période de carence de trois ans pourrait également entraîner une violation de l'art. 8 CEDH pour les simples titulaires de permis F, bien que la jurisprudence de la Cour soit moins claire à ce propos. L'art. 8 CEDH et l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH peuvent fournir des arguments solides en faveur du dépôt d'une requête devant la CrEDH.

Le scénario idéal pour une action en justice impliquerait un titulaire du permis F ayant déposé une demande de regroupement familial le plus vite possible après l'obtention de l'admission provisoire. Il serait peut-être utile de considérer un cas où le demandeur semble être en mesure de trouver du travail et de remplir les critères financiers requis pour le regroupement familial à l'expiration de la période de trois ans, si bien que tout retard de la Cour pour rendre une décision en l'espèce n'aurait pas trop d'impact pour la personne concernée et l'impact négatif représenté par le délai de carence de trois ans serait encore plus évident.

²¹⁴ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 55; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 52.

²¹⁵ *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, § 57; *El Ghatet c. Suisse*, supra note 102, § 47.

5.2 Art. 44 LEtr: regroupement familial avec le conjoint épousé après la fuite (et les enfants nés après la fuite) d'un réfugié titulaire d'un permis B dépendant de l'aide sociale

Les réfugiés titulaires d'un permis B qui souhaitent obtenir le regroupement familial avec le conjoint épousé après la fuite ne peuvent pas invoquer l'art. 51 al. 1 et 4 LAsi, mais doivent plutôt recourir à l'art. 44 LEtr, qui comporte des critères plus restrictifs, notamment en relation à la non-dépendance à l'aide sociale et au logement approprié. Par conséquent, les dispositions applicables en matière de regroupement familial avec un conjoint épousé après la fuite sont beaucoup plus restrictives que celles applicables au regroupement avec un conjoint préexistant à la fuite.

5.2.1 Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH

Un scénario similaire a été pris en considération par la Cour dans le cadre de l'affaire *Hode et Abdi*.²¹⁶ La Cour a estimé, en effet, que la différence de traitement entre les conjoints préexistants et postérieurs à la fuite constituait une discrimination injustifiée, contraire aux termes de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH, en relation à l'"autre statut" attribué aux deux demandeurs, à savoir le réfugié et son épouse avec laquelle le mariage avait été contracté après la fuite.²¹⁷

Il convient, tout d'abord, d'analyser les arguments relatifs à l'art. 14 lu à la lumière de l'art. 8 CEDH. Dans le contexte actuel impliquant le regroupement familial avec un conjoint postérieur à la fuite, le traitement est différent en raison de l'attribution d'un "autre statut" au conjoint (postérieur à la fuite par rapport au conjoint préexistant) dans une situation similaire, à savoir être marié à un réfugié établi en Suisse.

Un autre groupe de référence pourrait être représenté par les citoyens suisses et les détenteurs d'un permis C (autorisation d'établissement) dont la situation peut sans doute être comparée à celle des réfugiés (qu'ils soient détenteurs d'un permis B ou F), étant donné que le statut de réfugié est durable. Le TF a accepté le statut durable des réfugiés détenteurs d'un permis B (sur la base de la législation applicable à l'époque selon laquelle ils avaient le droit de demander un permis C au bout d'une période de cinq ans - cette norme a depuis lors été abrogée).²¹⁸ Il est possible d'affirmer que, compte tenu de l'interdiction de refoulement établie par la Convention sur le statut des réfugiés et la situation *de facto* des réfugiés titulaires d'un permis B en tant que personnes dont le séjour est durable, la situation des réfugiés titulaires d'un permis B soit assimilable en fait à celle des détenteurs d'un permis C et des citoyens suisses. Les détenteurs d'un permis C et les citoyens suisses ne sont pas soumis aux conditions de ressources imposées par l'art. 44 LEtr (cf. art. 42 et 43 LEtr). Au contraire, ils peuvent recourir, en ce qui les concerne, à l'aide sociale, mais le membre de la famille avec lequel le regroupement familial est demandé ne devrait pas causer de dépendance substantielle supplémentaire à l'aide sociale. Par conséquent, la différence de traitement se fonderait sur le statut des conjoints au regard de l'immigration, ce qui peut être considéré un "autre statut".²¹⁹ Une personne qui ne touche l'aide sociale que de façon limitée ou une personne qui dépend de l'aide sociale, mais dont le conjoint serait en mesure de travailler, pourrait constituer un cas type dans ce contexte.

La question que l'on doit se poser ici est de savoir s'il existe une justification objective et raisonnable à cette différence de traitement. Bien que la CrEDH l'ait nié dans le cadre de l'affaire *Hode et Abdi*, il convient d'établir une distinction, même partielle, entre la situation en Suisse et la situation au Royaume-Uni. Les raisons qui ne permettent pas de se fonder directement sur l'affaire *Hode et Abdi* seront traitées au paragraphe 5.2.3 ci-dessous.

²¹⁶ *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, supra note 208, et cf. décision de la CJUE in C-578/08 Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken, 4 mars 2010, disponible sous :

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-578/08&td=ALL>, statuant que la différence de traitement entre les conjoints épousés avant et après la fuite n'est pas justifiée en ce qui concerne le recours aux fonds publics dans le cadre de la Directive sur le regroupement familial 2003/86/CE (non adoptée par la Suisse).

²¹⁷ *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, supra note 208, §§ 48, 52.

²¹⁸ Cf. entre autres ATF 139 I 330.

²¹⁹ *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, supra note 208, § 48.

5.2.2 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

Cette situation pourrait être incompatible avec l'art. 8 CEDH, car cet article peut imposer un certain nombre d'obligations positives dans ce contexte. Cependant, les cas dans lesquels la Cour a constaté une violation des obligations positives imposées par l'art. 8 CEDH concernaient tous des enfants.²²⁰ Quand un enfant est aussi concerné, les facteurs qui justifient l'existence d'obligations positives dans ce contexte peuvent être les suivants: i) la séparation de la famille a-t-elle été volontaire? ii) y a-t-il des obstacles insurmontables à la jouissance de la vie de famille dans un autre pays? iii) que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant?

En ce qui concerne le point i), le caractère volontaire de la séparation, la Cour a déjà souligné que les Etats ne sont pas tenus de respecter les choix des migrants en matière de mariage après le départ du pays d'origine. Elle considère cela comme une séparation volontaire. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, la Cour a déclaré:

L'affaire, il échet de le souligner, ne concerne pas des immigrants qui, déjà dotés d'une famille, l'auraient laissée derrière eux, dans un autre pays, jusqu'à la reconnaissance de leur droit de rester au Royaume-Uni: les requérantes n'ont contracté mariage qu'une fois établies dans cet Etat en tant que célibataires ... Or l'article 8 (art. 8) ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays.²²¹

Cependant, la situation serait différente s'il s'agissait du conjoint qui a été séparé du demandeur pendant la fuite. En effet, bien que ledit conjoint ne relève pas de l'interprétation restrictive de la notion de « membre de la famille » visée à l'art. 51 al. 4 LAsi, il relèverait, néanmoins, de la catégorie des séparations involontaires dans le contexte de l'art. 8 CEDH. Cet argument est également étayé par les conclusions de l'ExCom du HCR, qui mentionnent à plusieurs reprises les « familles de réfugiés séparées », sans spécifier que la séparation doit avoir eu lieu dans le pays d'origine.²²²

Par ailleurs, les déclarations de la Cour, déjà citées ci-dessus (cf. le paragraphe 5.1.1), concernant la situation de vulnérabilité particulière des réfugiés et leur droit au regroupement familial doivent également être prises en compte ici.

Un autre argument à l'encontre de l'application des critères financiers est fourni par la Conclusion n° 24 de l'ExCom du HCR, qui souligne également que le regroupement familial doit être facilité « en accordant une assistance spéciale au chef de famille pour éviter que des difficultés économiques ou des problèmes de logement dans le pays d'accueil ne retardent indûment l'octroi de l'autorisation d'entrée aux membres de sa famille ». ²²³

Il semble particulièrement significatif que le taux d'emploi des réfugiés détenteurs d'un permis B en Suisse soit relativement faible au cours des trois premières années de séjour, atteignant juste 20 pour cent (cf. le paragraphe 2.2 ci-dessus). L'intégration sur le marché du travail est extrêmement difficile pour les réfugiés. Bien que le taux d'emploi atteigne 48 pour cent au bout de cinq ans, les premières années sont particulièrement difficiles. En effet, un réfugié qui recherche activement un emploi sans pouvoir trouver un travail stable peut être un exemple idéal d'un point de vue stratégique (cf., à ce sujet, l'affaire *Haydarie* et le paragraphe 5.3.2 ci-dessous).

En ce qui concerne le point ii), à savoir les obstacles qui s'opposent à la réinstallation – ce qui constitue le deuxième critère en termes d'obligations positives dans ce contexte –, il est évident, encore une fois, qu'on ne peut pas exiger d'un réfugié qu'il aille vivre ailleurs (cf. le paragraphe 5.1.1 ci-dessus).

²²⁰ Cf., par ex., *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, §§ 76, 82; *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97, § 38; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 64.

²²¹ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, supra note 81, § 68 (quatre juges sur 14 ont présenté des opinions concordantes indiquant que la violation de l'art. 8 par. 1 CEDH avait certes été évoquée, mais que l'atteinte au droit aurait été justifiée selon l'art. 8 par. 2 CEDH).

²²² HCR, ExCom Conclusion No. 24 (XXXII) 1981 sur le regroupement familial, §§ 1-3.

²²³ *Ibid.*, § 9.

Pour ce qui est du point iii), à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant, lorsqu'un enfant postérieur à la fuite est concerné, les arguments relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant joueraient en faveur des obligations de regroupement familial établies par l'art. 8 CEDH (cf. le paragraphe 5.1.1 ci-dessus). Les mêmes considérations relatives au regroupement rapide des réfugiés avec leurs enfants et à la précarité des conditions de vie à l'étranger pourraient s'appliquer ici. ²²⁴

5.2.3 Justifications potentielles sous l'angle des articles 14 et 8 CEDH

Les justifications potentielles sous l'angle de l'art. 8 CEDH ont déjà été décrites au paragraphe 5.1.3 ci-dessus.

En ce qui concerne l'application de l'art. 14 lu conjointement avec l'art. 8 CEDH, il convient de noter que la situation au Royaume-Uni avant le jugement rendu dans l'affaire *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* était nettement différente de la situation actuelle en Suisse. Au Royaume-Uni, les réfugiés n'avaient aucune possibilité de demander le regroupement familial avec des membres de la famille constituée après la fuite. Suite à cela, les tribunaux britanniques avaient déjà déclaré, avant le jugement de la CrEDH, que la législation, telle qu'elle existait à l'époque, violait l'art. 8 CEDH. ²²⁵ La CrEDH s'est fondée sur la jurisprudence locale pour affirmer que la différence de traitement n'avait aucune justification objective :

La Cour accepte que le fait de proposer des avantages à certaines catégories de migrants puisse représenter un but légitime selon les termes de l'article 14 de la Convention. Elle remarque, toutefois, que cette "justification" ne semble pas avoir été présentée dans les affaires récemment jugées par des tribunaux locaux cités par les demandeurs. Tout en reconnaissant que le gouvernement a été empêché de faire valoir ce point en A (Afghanistan), la Cour constate que dans le cas ultérieur de FH (conjoints mariés après la fuite) Iran, le Tribunal Supérieur (statuant en matière d'asile et d'immigration) a jugé que la situation particulièrement défavorable dans laquelle se sont retrouvés les réfugiés par rapport aux étudiants et aux travailleurs – lesquels avaient, quant à eux, le droit de faire venir leurs conjoints – était totalement injustifiée. En effet, le Tribunal a été jusqu'à lancer un appel au Secrétaire d'Etat à l'Intérieur pour qu'il procède le plus rapidement possible à la modification des règles en matière d'immigration de manière à en étendre l'application aux conjoints des personnes qui bénéficient d'une autorisation de séjour d'une durée limitée en tant que réfugiés. Les règles en matière d'immigration ont été ensuite modifiées selon les suggestions du Tribunal. [trad.] ²²⁶

La différence de traitement était donc, avant cette modification, bien plus marquée au Royaume-Uni qu'en Suisse. En Suisse, les réfugiés peuvent demander le regroupement familial avec leurs conjoints postérieurs à la fuite, à condition qu'ils respectent les critères établis par l'art. 44 let. a-c LETr. Il s'agit, donc, de savoir si la Cour jugerait que cette différence de traitement n'a aucune justification objective. L'on peut comparer deux scénarios: est-ce justifié de traiter différemment les membres de la famille préexistants à la fuite et ceux qui sont postérieurs à la fuite? Est-ce justifié de réserver au réfugiés titulaires d'un permis B un traitement différent de celui réservé aux détenteurs de permis C et aux citoyens suisses?

Bien qu'elle ne se soit pas encore prononcée sur la question de savoir si les critères financiers sont admissibles dans le cadre du regroupement familial des réfugiés avec les membres de leurs familles constituées après la fuite, la Cour a analysé ces conditions dans le cas d'une personne qui a fui une situation générale de guerre dans le cadre de l'affaire *Haydarie c. Pays-Bas*. ²²⁷

²²⁴ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 75; *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 55.

²²⁵ Royaume-Uni, Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *FH (Post-flight Spouses) Iran v. Entry Clearance Officer, Tehran*, [2010] UKUT 275 (IAC), 19 juillet 2010, disponible sous: www.refworld.org/cases,GBR_UTIAC,4c6962f92.html.

²²⁶ *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, supra note 208, § 53.

²²⁷ *Haydarie c. Pays-Bas*, supra note 109.

Ce cas concernait une mère afghane qui avait fui avec l'un de ses enfants et avec sa sœur, d'abord vers le Pakistan, puis vers les Pays-Bas. Elle avait laissé en Afghanistan trois autres enfants, qui avaient été confiés à leur grand-père maternel. Le père des enfants avait probablement été arrêté par les talibans en 1998 et n'a jamais réapparu. La demandeuse, son fils et sa sœur n'ont pas obtenu l'asile, mais ils ont reçu des autorisations de séjour conditionnées au motif qu'un retour en Afghanistan comporterait des difficultés excessives. Ces autorisations ont été renouvelées une première fois avant d'être transformées en titres de séjour à durée déterminée au titre de l'asile, qui sont ensuite devenus permanents. La mère demandeuse n'exerçait aucune activité rémunérée, mais s'occupait de sa sœur handicapée et fréquentait des cours de langue et de couture aux Pays-Bas. Le principal problème, dans ce cas, est de savoir si l'on pouvait exiger de la mère demandeuse qu'elle se conforme à une condition de ressources comme l'exigeait la législation nationale en matière d'immigration, selon laquelle elle était tenue d'avoir un revenu indépendant et durable égal aux prestations sociales prévues par la Loi sur la protection sociale.

Dans l'affaire *Haydarie*, la Cour a déclaré clairement qu'elle ne "considérerait pas excessif qu'un ressortissant étranger qui demande le regroupement familial soit tenu de démontrer qu'il dispose d'un revenu durable et indépendant suffisant, en dehors de l'aide sociale, pour pourvoir aux besoins essentiels des membres de sa famille avec lesquels il a demandé le regroupement".²²⁸ La Cour a considéré raisonnable, en particulier, que cette condition relative au revenu ne s'applique que pendant trois ans si le demandeur a cherché du travail sans succès :

La Cour comprend que les Pays-Bas ne maintiennent pas cette exigence relative aux ressources si la première demandeuse est en mesure de prouver qu'elle a activement recherché, sans succès, pendant une période de trois ans, un emploi rémunéré, en tenant compte des obstacles objectifs qui pourraient s'opposer à son retour en Afghanistan. [trad.]²²⁹

5.2.4 Conclusion

D'un point de vue stratégique, l'art. 44 LEtr concernant les conjoints mariés après la fuite sera très certainement considéré comme une violation de l'art. 8 CEDH dans la situation d'une personne réfugiée qui a cherché, sans succès, à obtenir un emploi, ou qui a formé une vie de famille pendant sa période de migration et qui a été séparée de son conjoint pendant sa fuite dans un pays de transit.

Qui plus est, cela renforcerait la thèse avancée sous l'angle de l'art. 8 CEDH si des enfants nés après la fuite étaient également impliqués, par exemple si un père quittait sa femme et son nouveau-né dans un pays de transit pour fuir en Suisse.

5.3 Art. 44 LEtr: femme réfugiée en Suisse avec enfant(s), dépendante de l'aide sociale, cherchant à obtenir le regroupement familial avec son conjoint postérieur à la fuite

Il s'agit du même scénario que celui établi précédemment au paragraphe 5.2, à l'exception de quelques faits légèrement différents. En effet, ce scénario implique des enfants, ce qui est un facteur supplémentaire important dans l'évaluation du poids à attribuer aux obligations positives établies par l'art. 8 CEDH.

5.3.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

En ce qui concerne les obstacles à la réinstallation, étant donné que dans le cadre de ce scénario, les enfants vivent avec leur mère en Suisse, ils auront probablement développé des liens forts avec ce pays. De ce fait, la mère ayant déposé une demande ne pourrait pas bénéficier de cette vie de famille dans un pays tiers. Cependant, d'après la jurisprudence de la Cour, ce facteur entre clairement en jeu aussi dans le cas des réfugiés de manière générale, c'est à dire qu'on ne peut attendre d'un réfugié qu'il habite ailleurs (cf. le paragraphe 5.1 ci-dessus).

En ce qui concerne le caractère volontaire de la séparation, cela devrait être évalué de manière similaire à la situation présentée ci-dessus, dans le paragraphe 5.2.

²²⁸ *Ibid.*, p. 13.

²²⁹ *Ibid.*, p. 13.

Un autre facteur pouvant entrer en ligne de compte par rapport à une violation de l'art. 8 CEDH serait le cas de figure où le mari trouverait, au bout d'un moment, du travail en Suisse, ce qui allègerait le fardeau pour les fonds sociaux.

5.3.2 Compatibilité avec la CEDAW

Ce scénario concerne également la discrimination faite, *de facto*, à l'encontre des femmes. De manière générale, les hommes quittent habituellement leur pays sans les enfants, tandis que les femmes cherchent souvent à rester avec leurs enfants durant la fuite. Elles sont donc plus susceptibles de demander l'asile en compagnie de leurs enfants. Pourtant, les autorités suisses dissuadent parfois activement les femmes réfugiées avec des enfants en bas âge de travailler, parce que le coût de la garde des enfants, qui est financée de manière publique, serait supérieur au coût de l'aide sociale. Si une mère réfugiée était dissuadée par les autorités de travailler, cela constituerait un facteur particulièrement solide en faveur de l'application des obligations positives de l'art. 8 CEDH.

En outre, cette situation présente des aspects qui peuvent être remis en cause devant le Comité CEDAW. Le Comité a insisté sur le fait que les "femmes migrantes qui habitent et travaillent temporairement dans un autre pays devraient pouvoir comme les hommes faire venir leur conjoint, compagnon ou enfants auprès d'elles"²³⁰ et qu'il faut faire en sorte que "les régimes de regroupement familial pour les travailleurs migrants ne constituent pas une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe".²³¹ De plus, le Comité CEDAW reconnaît que "les travailleuses migrantes peuvent être soumises à des conditions particulièrement strictes du point de vue de leur droit de séjour".²³²

Si des données statistiques montrant l'existence d'une situation préjudiciable pour les femmes relative à leur droit au regroupement familial pouvaient être collectées, cela appuierait l'argument selon lequel cette situation devrait être considérée comme une discrimination faite aux femmes contraire à l'art. 2 let. f CEDAW, ainsi qu'une violation du droit des femmes à choisir librement leur domicile, en vertu de l'art. 15 par. 4 CEDAW. Une requête pourrait donc être déposée devant le Comité CEDAW, pour lequel la Suisse a ratifié le Protocole facultatif sur les communications individuelles.

5.3.3 Justifications potentielles sous l'angle de l'art. 8 CEDH et de la CEDAW

Les aspects problématiques de l'application de l'art. 8 CEDH ont été abordés ci-dessus au paragraphe 5.1.3. Bien que la présence d'enfants dans ce cas de figure puisse donner du poids à une demande, il convient de garder à l'esprit que les enfants ne seraient pas nécessairement liés au conjoint épousé après la fuite, l'impact de l'existence d'enfants est dès lors limité.

En ce qui concerne une demande sous l'angle de la CEDAW, le problème principal a trait aux preuves, c'est-à-dire la possibilité de démontrer que la situation constitue une discrimination *de facto* à l'égard des femmes. Cela dépendrait surtout de l'existence d'une étude documentant cette situation avec des données statistiques.

5.3.4 Conclusion

Une demande relative à l'art. 8 CEDH serait particulièrement solide dans le cas où le conjoint épousé après la fuite serait susceptible de trouver un emploi en Suisse et donc d'alléger la charge portée par les fonds sociaux (ce qui pourrait être démontré par ses qualifications ou par une garantie de travail d'un futur employeur). En ce qui concerne la CEDAW, une demande pourrait être bien plus intéressante, car elle toucherait à un problème systémique ainsi qu'à une attitude *de facto* discriminatoire dans ce type de cas. Les chances de succès d'une telle demande dépendent principalement des données collectées démontrant l'existence d'une situation discriminatoire à l'égard des femmes.

²³⁰ Comité CEDAW, *Recommandation générale No 21*, supra note 67.

²³¹ Comité CEDAW, *Recommandation générale No 26*, supra note 65, § 26 let. e.

²³² *Ibid.*, § 19.

5.4 Réfugié invalide/malade dépendant de l'aide sociale, cherchant à obtenir le regroupement familial avec un conjoint postérieur à la fuite (et/ou des enfants)

Le cas de figure où un réfugié dépendant de l'aide sociale comme résultat d'une invalidité ou d'une maladie cherche à obtenir le regroupement familial avec un conjoint épousé après la fuite et/ou des enfants est également similaire aux scénarios présentés ci-dessus, aux paragraphes 5.2 et 5.3. Cependant, cette fois-ci, la personne qui dépose la demande en Suisse est malade ou souffre d'une invalidité, ce qui signifie qu'elle est inapte au travail et qu'elle ne peut pas non plus être accusée de ne pas avoir mis en œuvre tous les efforts nécessaires pour travailler.

5.4.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

Les arguments concernant une demande relative à l'art. 8 CEDH seraient semblables à ceux abordés aux paragraphes 5.2 et 5.3. Cependant, le facteur important supplémentaire à prendre en compte, dans ce cas de figure précis, est l'invalidité/maladie du demandeur. Selon la Cour, les réfugiés sont déjà particulièrement vulnérables.²³³ Si une vulnérabilité supplémentaire, comme une invalidité ou une maladie, entre en jeu, la CrEDH considère qu'il s'agit d'une "accumulation de circonstances particulières". C'est ce qu'a affirmé la Cour dans le cas de *Nasri c. France*, dans le contexte d'un cas d'expulsion d'une personne invalide.²³⁴ Le demandeur exigeait le soutien de sa famille afin d'atteindre un "équilibre psychologique et social minimum", ce qui a conduit la Cour à juger que son expulsion aurait été disproportionnée au regard de l'art. 8 CEDH.²³⁵

Par ailleurs, la Convention des NU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH),²³⁶ entrée en vigueur en Suisse le 13 décembre 2013, peut intervenir. La CDPH interdit toute discrimination faite à l'encontre des personnes en état d'invalidité et exige des Etats qu'ils effectuent des aménagements raisonnables, c'est à dire des "modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales" (art. 2 CDPH). De plus, l'art. 23 CDPH exige des Etats qu'ils "prennent des mesures efficaces et appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des personnes handicapées dans tout ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles".

Ceci pourrait être utilisé afin de plaider en faveur d'une interprétation de l'art. 8 CEDH tenant compte de l'invalidité. La Cour a reconnu que des obligations positives pouvaient s'appliquer dans le cas de personnes handicapées.²³⁷ Même si la Cour s'est montrée réticente à adopter une interprétation de l'art. 3 CEDH tenant compte de l'invalidité,²³⁸ l'affaire *Nasri c. France* a montré que la même réticence ne s'appliquait pas dans le contexte de l'art. 8 CEDH.

En outre, si la demande de regroupement familial implique des enfants, leur intérêt supérieur doit également être pris en compte et constituer une préoccupation primordiale. En général, les arguments concernant l'intérêt supérieur des enfants parlent en faveur des obligations de regroupement familial prévues par l'art. 8 CEDH (cf. le paragraphe 5.1.1 ci-dessus), même

²³³ *Hirsi c. Italie*, supra note 106, § 155; *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92; *Mugenzi c. France*, supra note 92.

²³⁴ CrEDH, arrêt du 13 juillet 1995 *Nasri c. France*, no 1945692, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57934>.

²³⁵ *Ibid.*, § 46.

²³⁶ AGNU, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, A/RES/61/106, Annexe I, disponible sous : www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain?docid=50ec18ed2.

²³⁷ C. O'Conneide, "Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks: Established Limits and New Possibilities", in O. Mjöll Arnardóttir et G. Quinn (éd.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (Martinus Nijhoff 2009), 168-170; I.E. Koch, "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective" (2006) 10 IJHR 405.

²³⁸ CrEDH, arrêt du 29 janvier 2013 *S.H.H. c. Royaume-Uni*, no 60367/10, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116123>, cf. les opinions divergentes des juges Ziemele, Thór Björgvinsson et De Gaetano plaidant en faveur d'une interprétation centrée sur l'invalidité, prenant en compte la CDPH.

si la CrEDH assume parfois des positions surprenantes à l'égard des enfants attendant le regroupement familial dans des conditions précaires. Encore une fois, les arguments en faveur d'une incompatibilité avec l'art. 8 CEDH seraient plus solides si l'affaire concernait un réfugié.²³⁹

5.4.2 Justification potentielle sous l'angle de l'art. 8 CEDH

Un facteur qui encourage à la prudence dans ce type de situations est la décision de la Cour dans l'affaire *Haydarie c. Pays-Bas*. Dans cette affaire, la demandeuse était dans l'incapacité d'atteindre les exigences en termes de revenus nécessaires à l'obtention du regroupement familial, parce qu'elle devait s'occuper de sa sœur handicapée en fauteuil roulant. Dans ce cas précis, la Cour a montré peu d'empathie pour la situation de la parente handicapée. En ce qui concerne les circonstances particulières de l'affaire impliquant la sœur invalide, la Cour a considéré que la mère demandeuse n'avait pas activement cherché un emploi parce qu'elle semblait avoir "préféré prendre soin de sa sœur en chaise roulante chez elle".²⁴⁰ Selon la Cour, elle aurait toutefois dû chercher à confier la garde de sa sœur à une agence fournissant des soins pour les personnes handicapées. La Cour a par conséquent jugé que la requête était manifestement infondée et l'a déclarée irrecevable.

5.4.3 Conclusion

En conclusion, un tel scénario constituerait la première affaire où la Cour prendrait en considération une interprétation de l'art. 8 CEDH tenant compte de l'invalidité dans le contexte du regroupement familial. Selon la jurisprudence existante, cette demande aurait de bonnes chances de succès sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

5.5 Art. 44 let. c LETr ou art. 85 al. 7 let. c LETr: travailleur pauvre, par exemple une famille avec plusieurs enfants, cherchant à obtenir le regroupement familial avec le conjoint

Ce cas de figure, où un parent réfugié dépendant toujours partiellement de l'aide sociale avec plusieurs enfants cherche à obtenir le regroupement familial avec son conjoint, est similaire au scénario précédemment décrit au paragraphe 5.2. Cependant, deux facteurs importants différencient ce scénario de celui du paragraphe 5.2. Tout d'abord, la personne faisant la demande en Suisse travaille et fait tout ce qui est en son pouvoir. Deuxièmement, le cas implique ici des enfants, ce qui est un facteur important, comme dans le scénario présenté au paragraphe 5.3.

5.5.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

En général, les considérations relatives à l'art. 8 CEDH sont les mêmes que celles déjà présentées ci-dessus. En outre, les facteurs supplémentaires suivants ont un impact sur l'évaluation de ce scénario sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

Le fait que, bien que travaillant, le demandeur ne soit pas en mesure d'atteindre un salaire suffisant pour répondre aux besoins essentiels en termes de revenus, constituerait un facteur important permettant de distinguer ce scénario du scénario de *Haydarie c. Pays-Bas*, où la Cour a jugé que le demandeur n'avait pas fourni des efforts suffisants pour trouver un emploi rémunéré. Il est souvent impossible de gagner suffisamment d'argent dans les secteurs à basses qualifications pour être indépendant des aides sociales, en particulier quand la famille comprend plusieurs enfants.

Si l'affaire concernait une personne réfugiée avec un permis F en vertu de l'art. 85 al. 7 LETr, plutôt qu'un permis B en vertu de l'art. 44 let. c LETr, cela pourrait concerner un conjoint épousé avant la fuite. Dans le cas présent, les différents facteurs jouant en faveur de l'application des obligations positives prévues par l'art. 8 CEDH, dans les affaires de regroupement familial de réfugiés présentées au paragraphe 5.1, s'appliqueraient également ici.

²³⁹ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 75; *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 55.

²⁴⁰ *Haydarie c. Pays-Bas*, supra note 109.

Par ailleurs, dans le cas d'une personne réfugiée titulaire d'un permis F et d'un conjoint épousé avant la fuite, l'intérêt supérieur de l'enfant est un élément important. Il s'agit d'un facteur supplémentaire qui joue clairement en faveur du regroupement familial, si la personne qui doit être autorisée à entrer sur le territoire est l'un des parents des enfants présents en Suisse.²⁴¹

5.5.2 Conclusion

Les aspects potentiellement problématiques de ce cas de figure sont les mêmes que ceux présentés dans les scénarios précédents. Cependant, comme indiqué ci-dessus au paragraphe 5.5.1, un scénario particulièrement solide d'un point de vue stratégique serait le cas d'une personne réfugiée détentrice d'un permis F et avec enfants, cherchant à obtenir le regroupement familial avec le conjoint épousé avant la fuite, car des obligations positives plus fortes s'appliquent, en vertu de l'art. 8 CEDH, quand la séparation d'un enfant avec l'un de ses parents est en jeu.

5.6 Art. 75 OASA ou art. 47 LEtr: cas de regroupement familial différé

Ce scénario concerne les dispositions de la loi suisse interdisant les demandes tardives de regroupement familial, sauf en cas de circonstances exceptionnelles pour des raisons familiales majeures (art. 75 OASA pour les titulaires d'un permis F et art. 47 LEtr pour les réfugiés titulaires d'un permis B avec une famille formée après la fuite).

5.6.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

En ce qui concerne i), le caractère volontaire de la séparation et ii), des obstacles insurmontables empêchant la jouissance d'une vie de famille ailleurs, les mêmes considérations établies précédemment s'appliquent à différents degrés, en fonction de si la personne est réfugiée ou titulaire d'un permis F. En outre, toutefois, iii), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être ici pris en considération.

Ce scénario serait particulièrement probable dans le cas d'une personne réfugiée détentrice d'un permis F ou d'un simple titulaire de permis F cherchant à obtenir le regroupement familial avec un enfant de plus de 12 ans. Il ou elle devrait attendre la fin de la période de carence de trois ans, et disposerait alors d'un délai d'un an pour déposer sa demande. Cependant, compte tenu du fait qu'au bout de trois ans, seulement 20 pour cent des détenteurs de permis F sont employés (cf. le paragraphe 2.3 ci-dessus), il est très probable que cette personne ne soit pas en mesure de répondre aux exigences financières imposées par l'art. 85 al. 7 let. c LEtr. Si cette personne retardait le regroupement familial avec l'enfant dans l'attente de disposer d'un emploi suffisamment rémunéré, et que la période d'un an prévue par l'art. 75 OASA était expirée, cela donnerait lieu à une situation de refus intéressante. Dans ce scénario, il existerait des raisons objectives pertinentes pour justifier le retard, comme les conditions d'embauche difficiles pour les détenteurs de permis F (reconnues par le gouvernement Suisse dans *A.M.M. c. Suisse*, abordé précédemment dans le paragraphe 5.1.2). Cela jouerait en faveur des obligations positives relatives à l'art. 8 CEDH.

Le cas d'un enfant traumatisé par la situation dans son pays d'origine ou de transit constituerait un autre facteur favorable à l'acceptation de cette demande. Les expériences traumatiques des enfants réfugiés sont considérées comme pertinentes, indépendamment de leur âge avancé.²⁴²

En outre, les facteurs de risques spécifiques aux enfants dans le pays d'origine ou de transit, comme dans l'affaire *Tuquabo-Tekle* où l'âge avancé de la fille de la demandeuse la rendait plus vulnérable parce qu'elle courrait le risque d'être mariée, pèsent clairement en faveur de la constatation des obligations positives de l'Etat.²⁴³

²⁴¹ Voir *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, supra note 97; *Nuñez c. Norvège*, supra note 99; *Polidario c. Suisse*, supra note 99; *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28.

²⁴² *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 55.

²⁴³ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 50.

5.6.2 Justification potentielle sous l'angle de l'art. 8 CEDH

La jurisprudence de la CrEDH est très stricte en ce qui concerne les regroupements familiaux tardifs et le regroupement avec des enfants d'un âge avancé.²⁴⁴ Les retards de six ans et demi dans *I.M. c. Pays-Bas* et de sept ans dans *Ly c. France* ont joué un rôle significatif dans la décision de la Cour de juger acceptable et proportionné le refus du regroupement familial.²⁴⁵ De la même manière, la Cour accorde un poids considérable à l'environnement culturel et linguistique dans lequel les enfants ont grandi,²⁴⁶ et leur âge avancé est considéré comme un facteur indiquant qu'ils n'ont "pas besoin d'autant d'attention que les enfants en bas âge et qu'ils sont davantage capables de se débrouiller tout seuls".²⁴⁷

Le facteur le plus important pour aborder les difficultés sous l'angle de l'art. 8 CEDH concernant les demandes de regroupement familial tardif consisterait à démontrer que le parent qui émet la demande a fait tout ce qui était en son pouvoir pour obtenir le regroupement familial aussi rapidement que possible. Cela permettrait de distinguer ce scénario de *I.A.A. c. Royaume-Uni*, affaire au cours de laquelle la mère n'avait, en plusieurs années, entamé aucune des démarches permettant d'obtenir le regroupement familial avec ses enfants.²⁴⁸ En revanche, cela rendrait ce cas plutôt similaire à l'affaire *Tuquabo-Tekle*, dans le cadre de laquelle la mère avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour obtenir dès que possible le regroupement familial avec sa fille, et avait en effet demandé le regroupement familial pour la première fois immédiatement après avoir obtenu un permis pour des raisons humanitaires.²⁴⁹

5.6.3 Conclusion

En conclusion, un tel cas serait probablement considéré incompatible avec l'art. 8 CEDH, si un réfugié titulaire d'un permis F cherchant à obtenir le regroupement familial avec des enfants nés avant la fuite était impliqué. Idéalement, la personne devrait avoir cherché à obtenir le regroupement familial dès que possible et avoir montré dès le début un intérêt clair pour le regroupement familial, sans réussir, toutefois, à remplir les exigences financières nécessaires.

5.7 Droits au regroupement familial pour les enfants

Ce scénario s'applique, par exemple, quand un enfant non accompagné a obtenu l'asile ou une admission provisoire, et cherche à obtenir le regroupement familial avec ses parents ou l'un d'entre eux. La législation suisse ne prévoit aucune base légale pour le regroupement d'enfants migrants avec leurs parents restés à l'étranger. Le seul cas pour lequel le TF a accordé des droits relatifs à l'art. 8 CEDH est celui d'enfants suisses ayant cherché à obtenir le regroupement familial avec leurs parents, qui n'étaient pas Suisses (ce que l'on appelle le "regroupement familial inversé"). Le TF a décidé que les enfants suisses pouvaient demander le regroupement familial avec leurs parents en vertu de l'art. 8 CEDH, lorsque le parent a la garde de l'enfant ou une relation étroite avec l'enfant. Cependant, les enfants titulaires d'un permis C ou B ne disposent pas de ce droit.²⁵⁰

5.7.1 Compatibilité avec l'art. 8 CEDH

Ce scénario implique les obligations positives de la Suisse en ce qui concerne les enfants non accompagnés. L'art. 8 CEDH prévoit des critères plus exigeants quand les situations impliquent des enfants. La Cour a décidé que des obligations positives s'appliquaient aux Etats pour faciliter le regroupement des enfants avec leurs parents dans de telles situations, comme dans l'affaire *Mayeka Mitunga c. Belgium*:

²⁴⁴ *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 43.

²⁴⁵ *I.M. c. Pays-Bas*, supra note 134; *Ly c. France*, supra note 143, § 37; cf. également *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, *ibid.*

²⁴⁶ *Chandra c. Pays-Bas*, supra note 100; *Benamar c. Pays-Bas*, supra note 100; cf. également *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, § 49.

²⁴⁷ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, *ibid.*

²⁴⁸ *I.A.A. c. Royaume-Uni*, supra note 110, § 43.

²⁴⁹ *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, supra note 89, §§ 45-46.

²⁵⁰ TF, arrêt du 19 mai 2011 (2C_327/2010, 2C_328/2010); cf. également M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, supra note 20, Nr. 18 commentaire Cst/CEDH/CDE, N 18, 19-21a.

La Cour constate que l'action des autorités n'a nullement tendu à la réunion de la mère et de sa fille mais l'a au contraire contrariée. Informées depuis le début que la première requérante se trouvait au Canada, les autorités belges auraient dû faire des démarches approfondies auprès des autorités canadiennes visant à éclaircir la situation et à réunir les intéressées. La Cour est d'avis que ce devoir s'imposait avec encore plus de force à partir du 16 octobre 2002, date à laquelle les autorités belges reçurent une télécopie émanant du HCR qui contredisait les informations dont elles disposaient jusqu'alors.²⁵¹

Par ailleurs, la Recommandation n° R (99) 23 du Comité des Ministres établit, en ce qui concerne les enfants non accompagnés, que les "Etats membres devraient, en vue d'un regroupement familial, coopérer avec l'enfant ou ses représentants afin de rechercher les membres de la famille de ce mineur non accompagné" (cf. § 5).

En outre, le Comité CDE a insisté sur le fait que, si le regroupement familial n'était pas possible dans le pays d'origine, les Etats parties étaient responsables du regroupement familial en vertu des articles 9 et 10 CDE.²⁵² Cependant, la Suisse a émis une réserve à l'art. 10 par. 1 CDE concernant le regroupement familial, indiquant que cette condition pouvait ne pas s'appliquer à certaines catégories d'enfants migrants. On est en droit de se demander si cette réserve est suffisamment spécifique et si elle est compatible avec les autres obligations de la Suisse prévues par le Comité CDE, en particulier avec l'art. 3 CDE concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, et avec l'art. 2 CDE concernant l'obligation de non-discrimination, y compris à l'égard des personnes disposant d'un "autre statut". De plus, l'art. 9 CDE garantit le fait qu'un enfant ne puisse pas être séparé de ses parents contre sa volonté, ce pour quoi la Suisse n'a, à ce jour, pas émis de réserve.

La légalité de la réserve émise par la Suisse est donc contestable, à la fois parce qu'elle est vague et qu'elle ne spécifie pas quelles catégories d'immigrants elle concerne, mais aussi parce que la Suisse n'a pas émis de réserve concernant d'autres droits affectant la même situation, notamment les articles 2, 3 et 9 CDE. Il serait intéressant de remettre en question la légalité de cette réserve devant le Comité CDE, maintenant que le Protocole facultatif relatif aux communications individuelles est entré en vigueur pour la Suisse.²⁵³

Dans tous les cas, si un enfant est reconnu comme réfugié, l'art. 22 par. 2 CDE prévoit l'application d'obligations positives de la part de la Suisse, qui doit retrouver les parents de l'enfant et faciliter la procédure de regroupement familial. L'art. 22 par. 2 CDE peut être considéré comme une *lex specialis* de l'art. 10 en ce qui concerne les demandes d'asile et les enfants réfugiés, et peut donc s'appliquer au regroupement familial de ces enfants, dans tous les cas. A plusieurs reprises, le HCR a affirmé que les Etats devaient entreprendre toutes les démarches possibles pour retrouver les parents des enfants non accompagnés. Ses notes de 1997 sur les politiques et les procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile indiquent ce qui suit par rapport à la recherche:

La recherche des parents ou des proches est essentielle et doit commencer dès que possible. A cet effet, il convient de faire appel, si nécessaire, aux services de la Croix-Rouge Nationale ou aux Sociétés du Croissant Rouge et au Comité International de la Croix-Rouge (CICR). Cependant, il faut veiller à ce que la collecte et la diffusion de l'information ne portent pas atteinte aux principes essentiels de la confidentialité et ne mettent pas en danger l'enfant ou les proches qui sont restés dans le pays d'origine.²⁵⁴

Il existe plusieurs raisons pour lesquelles l'absence de droit des enfants au regroupement familial est incompatible avec l'art. 8 CEDH et avec la CDE.

²⁵¹ *Mubilanza Mayeka c. Belgique*, supra note 93, § 82.

²⁵² Comité CDE, *Observation générale No. 6 (2005)*, supra note 71, § 83.

²⁵³ La Suisse a ratifié le protocole facultatif à la CDE concernant les communications individuelles le 24 avril 2017 et celui-ci est entré en vigueur le 24 juillet 2017; cf. Conseil fédéral, *Adhésion de la Suisse au troisième protocole facultatif à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant*, disponible sous: www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-66468.html.

²⁵⁴ HCR, *Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile*, février 1997, disponible sous: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=47440c932>, § 5.17.

5.7.2 Compatibilité avec l'art. 14 lu en relation avec l'art. 8 CEDH

En outre, il est possible que cette situation constitue une violation de l'art. 14 lu conjointement avec l'art. 8 CEDH, parce qu'il existe une différence de traitement injustifiée entre les enfants suisses et les enfants réfugiés. Cela pourrait également s'appliquer de manière générale aux titulaires de permis F, mais les réfugiés sont un point de comparaison plus solide (cf. également les arguments concernant ce sujet au paragraphe 5.2 ci-dessus). Certains pourraient dire que les deux se trouvent dans des situations très similaires en termes de stabilité de leurs droits de résidence. En fait, les enfants réfugiés se trouvent dans une situation moins avantageuse, puisqu'à l'inverse des enfants suisses, ils n'ont même pas le choix de profiter d'une vie de famille avec leurs parents dans leur pays d'origine. En revanche, les enfants réfugiés sont dans une situation comparable aux enfants suisses pour les raisons suivantes. Les enfants suisses disposent d'une liberté d'établir leur domicile et bénéficient d'une interdiction d'expulsion (articles 24 et 25 Cst.).²⁵⁵ Le TF considère qu'il s'agit d'un facteur important en faveur du droit au regroupement familial inversé des enfants suisses.²⁵⁶ De la même manière, les enfants réfugiés bénéficient de l'interdiction du refoulement (art. 33 de la Convention sur le statut des réfugiés, art. 3 CEDH) et sont compris dans le champ d'application du droit à la liberté de mouvement et du libre choix du lieu de résidence (art. 26 de la Convention sur le statut des réfugiés, en plus des articles 12 par. 1 et 4 PIDCP).

La question serait donc de savoir s'il existe une justification objective et raisonnable à cette différence de traitement. Compte tenu du fait que la Suisse n'a pas émis de réserve quant à l'art. 22 CDE, il semble difficile pour elle de proposer une justification objective et raisonnable concernant son défaut de conformité aux obligations prévues par le droit international.

5.7.3 Conclusion

Ce scénario présente des motifs solides en faveur de la constatation d'une violation de la CEDH. Il devrait être d'abord traité au niveau national et a une certaine chance de succès, en rapport aux articles 8 et 14 combiné à l'art. 8 CEDH.

5.8 Regroupement familial avec des membres de la famille élargie

Les demandes de regroupement familial avec des membres de la famille qui ne sont pas considérés comme faisant partie de la "famille nucléaire", comme des enfants adultes non mariés, des oncles, des tantes ou des parents à charge ne sont pas traitées plus en détail ici, pour les raisons suivantes. Bien qu'en théorie, la Cour adopte une approche relativement flexible en termes de vie de famille avec les membres de la famille élargie (cf. la jurisprudence exposée ci-dessus, au paragraphe 4.3.1), les exigences en termes de dépendance supplémentaire pour que ces liens familiaux soient compris dans le champ d'application de la vie de famille en vertu de l'art. 8 CEDH sont soumises à un seuil très élevé.²⁵⁷ De plus, les dispositions juridiques internes ont également été révoquées à cette fin (l'ancien art. 51 al. 2 LAsi), ce qui est un point pertinent à prendre en considération selon la Recommandation n° R (99) 23 (§ 2) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

A ce jour, aucun cas de regroupement familial avec des membres de la famille élargie n'a obtenu gain de cause devant la CrEDH.²⁵⁸ Il ne s'agit donc pas d'un domaine du droit sur lequel il serait sensé de concentrer ses ressources dans le cadre d'une action stratégique, du moins pas avant que d'autres décisions positives n'aient été obtenues dans des situations où l'incompatibilité avec l'art. 8 CEDH est encore plus notable.

²⁵⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse, supra note 24.

²⁵⁶ TF, arrêt 2C_327/2010, 2C_328/2010, supra note 250, § 4.2.3.

²⁵⁷ En ce qui concerne les éléments de dépendance supplémentaire nécessaires, cf. CrEDH, *Kwakyé-Nti et Dufie c. Pays-Bas*, no 31519/96, décision de recevabilité du 7 novembre 2000, disponible sous: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-31668%22%5D%7D>; et CrEDH, arrêt de Grande Chambre du 9 octobre 2003 *Slivenko c. Lettonie*, no 48321/99, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61334>, § 97.

²⁵⁸ Cf. par ex. *M.P.E.V. c. Suisse*, supra note 28, où la Cour a expressément exclu la belle-fille, mariée et adulte, du champ d'application de sa décision (cf. §§ 36-37).

5.9 Problèmes pratiques et de procédure

Concrètement, de nombreux problèmes pratiques et de procédure se posent dans le cadre des affaires de regroupement familial. Le SEM refuse régulièrement de reconnaître l'existence d'une vie de famille antérieure à la fuite de conjoints ayant cohabité, surtout dans les dossiers concernant l'Erythrée. En outre, les tests ADN peuvent poser des problèmes, et l'on observe souvent des problèmes en ce qui concerne les documents fournis par les demandeurs pour prouver l'existence de liens de parenté. En effet, il est souvent difficile de prouver l'existence d'un parent biologique ou d'un mariage légal à cause de l'absence de toute documentation ou, du moins, de toute documentation fiable.

L'art. 8 CEDH impose des obligations strictes en matière de procédures pour les cas de regroupement familial, particulièrement en ce qui concerne les "garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité requises".²⁵⁹ La Recommandation n° R (99) 23 du Comité des Ministres établit également, en relation aux procédures de regroupement familial impliquant des réfugiés et d'autres personnes ayant besoin d'une protection internationale, que ces cas doivent être traités "dans un esprit positif, avec humanité et diligence".²⁶⁰

De manière générale, la Cour a insisté sur le fait que les déclarations des demandeurs devaient être particulièrement crédibles, surtout dans les cas impliquant des réfugiés. Ceux-ci sont souvent dans l'incapacité d'obtenir des documents officiels provenant de leur pays d'origine,²⁶¹ et il convient donc de leur accorder le bénéfice du doute en ce qui concerne tous les documents qu'ils fournissent et toutes les déclarations qu'ils font.²⁶²

La Recommandation n° R (99) 23 du Comité des Ministres étend à nouveau cette garantie aux personnes bénéficiant d'une protection internationale, et considère que les Etats membres "devraient se fonder en premier lieu sur les documents disponibles fournis par le demandeur, par les organisations humanitaires compétentes ou de tout autre manière". Qui plus est, "l'absence de tels documents ne devrait pas être considérée en soi comme un obstacle aux demandes et les Etats membres peuvent inviter les requérants à apporter d'autres éléments de preuve attestant l'existence de liens familiaux".²⁶³

Cependant, quand les informations fournies par le demandeur donnent de bonnes raisons de douter de la véracité de ses déclarations, c'est au demandeur de fournir une « explication satisfaisante » concernant toute incohérence ou toute objection pertinente faite à propos de l'authenticité des documents qu'il a soumis.²⁶⁴ En outre, si le demandeur n'est pas un réfugié, on pourra demander à la personne de corriger les éventuelles incohérences et de fournir de nouveaux documents fiables, si des incohérences concernant la documentation ou ses déclarations ont été constatées.²⁶⁵

De plus, il est important de noter que les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quand ils évaluent des preuves, car ils sont mieux placés pour juger de l'authenticité des documents présentés par le demandeur. Leur devoir est d'examiner la demande rapidement, attentivement et avec une diligence particulière et de communiquer au demandeur toutes les raisons qui ont pu conduire au rejet de sa demande de regroupement familial.²⁶⁶ Plus les intérêts en jeu sont importants (par exemple, dans le cas d'enfants et de réfugiés), plus la marge d'appréciation de l'Etat est réduite, ce qui conduit à un examen encore plus strict de la part de la Cour.

Enfin, si les Etats membres se focalisent sur les documents plus que de raison et que cela conduit à des retards significatifs dans l'obtention du regroupement familial, cela peut constituer, en soi, une violation de l'art. 8 CEDH.²⁶⁷

²⁵⁹ *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92, § 82; *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 62; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 75.

²⁶⁰ Comité des Ministres, Recommandation No. R (99) 23, supra note 74, § 4.

²⁶¹ *N. c. Suède*, supra note 173, § 53; CrEDH, arrêt du 18 décembre 2012 *F.N. et al. c. Suède*, supra note 173, § 67.

²⁶² *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 47; cf. également *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 63.

²⁶³ Comité des Ministres, Recommandation No. R (99) 23, supra note 74, § 4.

²⁶⁴ *Mugenzi c. France*, supra note 92, § 47; *Senigo Longue c. France*, supra note 95, § 63.

²⁶⁵ *Ly c. France*, supra note 143.

²⁶⁶ *Mugenzi c. France*, supra note 92, §§ 51-52; cf. également *Senigo-Longue c. France*, supra note 95, §§ 66-67.

²⁶⁷ Cf. *Tanda-Muzinga c. France*, supra note 92; *Mugenzi c. France*, *ibid.*; *Senigo-Longue c. France*, *ibid.*

6. CONCLUSION

L'analyse présentée dans ce document indique que la réglementation juridique du droit des réfugiés au regroupement familial en Suisse est très problématique du point de vue des droits humains. Leur droit au regroupement familial est sévèrement restreint par bien des aspects. La situation des réfugiés détenteurs d'un permis F et des simples titulaires d'un permis F est particulièrement *problématique*, puisqu'ils sont soumis à une interdiction de regroupement familial de trois ans à partir du moment où le permis F est accordé à la personne, et le regroupement familial est également soumis à des conditions financières et de logement. Qui plus est, les droits au regroupement familial concernant les membres des familles créées après la fuite, pour les réfugiés détenteurs d'un permis B (ce qui comprend les liens familiaux formés pendant la fuite), sont relativement limités et problématiques, puisque des exigences financières strictes s'appliquent également dans ce cas-là.

A plusieurs égards, le cadre juridique existant semble indéfendable, que ce soit du point de vue des obligations de la Suisse en matière de droits humains, en particulier celles découlant de la CDE, de la CEDAW, de la CDPH et de la CERD, ou du point de vue des obligations qui lui incombent en vertu de la CEDH.

L'analyse ci-dessus a démontré que, selon la jurisprudence de la CrEDH en matière de regroupement familial, la Cour porte une attention particulière à trois facteurs: i) le fait que la famille ait été volontairement séparée; ii) le fait qu'elle puisse profiter d'une vie de famille ailleurs; et iii) l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, la Cour examine avec une attention accrue les affaires impliquant des enfants et des réfugiés. Comme discuté en détail plus haut, divers cas individuels ont pu être traités en justice, avec succès, au niveau international. La plupart des cas sont analysés sous l'angle de l'art. 8 CEDH. D'après la jurisprudence de la CrEDH, il est évident que les affaires ayant le plus de chance de succès sont celles qui impliquent des enfants, puisque la Cour n'a, jusqu'ici, trouvé un cas de violation de l'art. 8 CEDH uniquement dans le contexte d'affaires de regroupement familial impliquant des enfants. De plus, toujours selon la jurisprudence de la Cour, la protection de la vie de famille prévue par l'art. 8 CEDH est plus forte lorsque des réfugiés sont concernés. Cela signifie que les chances de succès sont plus élevées quand le cas traite d'un réfugié titulaire d'un permis F ou B, et non pas d'un simple détenteur de permis F.

Certains cas peuvent également poser des problèmes au regard de l'interdiction de discrimination prévue par l'art. 14 CEDH lu conjointement avec l'art. 8 CEDH. Ce qui ressort le plus clairement de l'examen de ces dossiers, est la différence de situation quant aux droits au regroupement familial des membres de famille des réfugiés détenteurs d'un permis B entre les cas où la relation familiale était préexistante à la fuite ou alors postérieure à celle-ci. Les autres scénarios possibles dans le cadre desquels une demande pourrait s'appuyer sur l'art. 14 CEDH (en relation à l'art. 8 CEDH) concernent le droit des enfants réfugiés au regroupement familial, en comparaison avec les enfants suisses, ainsi que la différence de traitement entre les réfugiés titulaires d'un permis F et les réfugiés ayant un permis B, au regard de la période de carence de trois ans à laquelle sont soumis les réfugiés titulaires d'un permis F.

De plus, certains dossiers ont plus de chances d'obtenir une décision positive devant l'un des comités des NU en matière de droits humains. Les cas concernant des enfants réfugiés non accompagnés cherchant à obtenir le regroupement familial avec leurs parents peuvent tout particulièrement être amenés devant le Comité onusien des droits de l'enfant, en s'appuyant sur l'art. 22 CDE, maintenant que le protocole facultatif à la CDE est entré en vigueur pour la Suisse. En ce qui concerne les autres enfants, la situation sous l'angle de la CDE est plus compliquée, en raison de la réserve toujours en cours émise par la Suisse par rapport à l'art. 10 CDE, au sujet du droit des enfants au regroupement familial.

Par ailleurs, le cas des mères avec enfants en Suisse, qui cherchent à obtenir le regroupement familial avec leur conjoint ou avec d'autres enfants, peut correspondre à la définition d'une discrimination *de facto* à l'encontre des femmes au regard de la CEDAW, si elles ne peuvent pas remplir les exigences financières requises parce qu'elles sont obligées de s'occuper de leurs enfants.