

L'unité familiale dans les procédures Dublin

Vers une pratique axée sur la protection

Francesco Maiani, Université de Lausanne

Octobre 2019

Case postale 171
CH 1211 Genève 8
Tél : 022 807 07 14
Fax : 022 807 07 01
info@centre-csdm.org
www.centre-csdm.org



CSDM
Centre Suisse pour la Défense
des Droits des Migrants

Le professeur Francesco Maiani est membre du comité scientifique du Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM). Les opinions exprimées dans le présent document appartiennent à l'auteur. Le présent document peut être cité et reproduit librement dans le cadre académique ainsi qu'à des fins pédagogiques ou d'autres fins non-commerciales sans l'accord préalable du CSDM, à condition d'en citer la source et l'auteur.

Ce document est accessible en ligne sous www.centre-csdm.org et www.refworld.org.

Traduction français de l'original en anglais par Richard Greiner.

Publié avec le soutien du Bureau du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein.



TABLE DES MATIÈRES

Résumé exécutif.....	5
1. Introduction.....	11
2. Le système de Dublin: éléments institutionnels et d'interprétation.....	14
2.1. Accords de partage en matière d'asile et unité familiale: considérations générales	14
2.2 Le système de Dublin: aspects institutionnels	16
2.3 Le système de Dublin: considérations générales d'interprétation.....	19
2.4 Les règles et le processus de Dublin dans les grandes lignes	22
2.5 Résumé des points principaux	23
3. Protection de la vie familiale dans l'interprétation et l'application des critères de Dublin	24
3.1 Aperçu des critères familiaux et des définitions énoncées dans le Règlement	24
3.2 Les définitions de "membre de la famille" dans le Règlement: questions d'interprétation.....	26
3.2.1 L'obligation d'interpréter les définitions de manière large et flexible	26
3.2.2 L'obligation d'appliquer les dispositions familiales sans discrimination	28
3.3 Les définitions du «membre de la famille» dans le Règlement: questions relatives à la preuve.....	30
3.3.1 Moyens de preuve et exigences en matière de preuve	30
3.3.2 Les devoirs de l'administration d'établir les liens familiaux de façon proactive.....	32
3.3.3 Problèmes de délais pour la production de la preuve des liens familiaux.....	33
3.4 Questions d'interprétation relatives aux critères individuels.....	35
3.4.1 Les critères relatifs aux enfants et les questions ayant trait à l'évaluation de l'âge.....	35
3.4.2 Les critères familiaux «ordinaires» des articles 9-11	38
3.4.3 Personnes à charge en vertu de l'article 16	39
3.5 Synthèse des points principaux.....	42
4. Protection de la vie familiale par le biais des clauses discrétionnaires	44
4.1 Introduction.....	44
4.2 Les clauses discrétionnaires devraient-elles être appliquées de façon restrictive? .	46
4.3 Appliquer les clauses discrétionnaires afin de respecter les obligations en matière de droits de l'homme.....	49
4.3.1 L'applicabilité de l'art. 8 CEDH dans un contexte Dublin	49
4.3.2 Ménager un juste équilibre en vertu de l'art. 8 CEDH: aspects généraux.....	51
4.3.3 Ménager un juste équilibre en vertu de l'art. 8 CEDH: aspects spécifiques à Dublin....	53
4.3.4 Considérations spéciales applicables dans des situations de dépendance et de vulnérabilité	57
4.3.5 L'égalité jouissance de la vie familiale sous l'empire du Règlement Dublin.....	60
4.4 Raisons humanitaires et de compassion pour l'application des clauses discrétionnaires.....	61
4.4.1 Motifs humanitaires sous l'empire du Règlement Dublin: sur la pertinence continue de l'arrêt K	61
4.4.2 Raisons humanitaires en vertu de l'art. 29a Ordonnance 1 sur l'asile.....	63
4.5 Options pour prévenir ou mettre fin à la séparation des membres de la famille en vertu des clauses discrétionnaires.....	64
4.6 Synthèse des points principaux.....	64
5. Conclusions et remarques sur la protection juridique.....	67

Liste des abréviations

AAD	Accord d'association de la Suisse au système Dublin (CH)
AELE	Association européenne de libre échange
AG	Avocat général (UE)
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
ATAF	Arrêt du Tribunal fédéral administratif (CH)
CAT	Comité contre la torture (NU)
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (NU)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant (NU)
CDF	Charte des droits fondamentaux (UE)
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CH	Suisse
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
ComEx	Comité exécutif (UNHCR)
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSDM	Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants
DRC	<i>Danish Refugee Council</i>
EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile (UE)
ECRE	Conseil européen pour les réfugiés et les exilés
EMN	<i>European Migration Network</i>
EPER	Entraide protestante suisse
ICFi	ICF International
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>
NU	Nations Unies
OA 1	Ordonnance 1 sur l'asile (CH)
ODM	Office fédéral des migrations (CH)
ONG	Organisation non gouvernementale
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
OUP	<i>Oxford University Press</i>
PE	Parlement européen
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte II (NU)
RD II	Règlement Dublin II (UE)
RD III	Règlement Dublin III (UE)
RE	Règlement d'exécution/modalités d'application (UE)
RTNU	Recueil de traités des Nations Unies
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations (CH)
TAF	Tribunal administratif fédéral (CH)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UNHCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Résumé exécutif

Il existe dans la pratique une tension considérable entre le fonctionnement du système de Dublin et la protection de l'unité familiale. Pourtant, si correctement interprété et mis en œuvre, le Règlement Dublin III pourrait offrir une protection complète aux familles des personnes à qui il s'applique.

Conformément au principe d'interprétation homogène de l'acquis de Dublin, les autorités suisses doivent tenir compte de la jurisprudence de la CJUE. Elles sont également tenues de respecter en tout temps les normes internationales pertinentes, notamment la Convention de Genève, la CCT, la CDE et la CEDH, à la lumière de la jurisprudence des organes de suivi respectifs.

Conformément au préambule du Règlement Dublin III et comme attesté par la jurisprudence de la CJUE depuis l'arrêt *Ghezelbash*, les droits de l'homme devraient être pleinement intégrés dans la pratique de Dublin. Le considérant 14 du préambule du RD III exige expressément que le respect de la vie familiale soit une «considération primordiale». Ceci implique que:

- les dispositions du Règlement relatives à la famille devraient être interprétées de manière aussi large que possible, sans formalisme excessif;
- dans toutes les situations où l'intérêt de l'unité familiale est mis en balance avec des intérêts concurrents, il convient de lui accorder un poids considérable;
- le processus de prise de décision devrait inclure une évaluation de l'impact des futures décisions sur la vie familiale.

En vertu du Règlement et d'autres normes applicables, les aspects liés à la famille doivent être examinés à tous les stades de la procédure Dublin. Dans les procédures de prise en charge, il s'agit d'examiner les critères familiaux en premier, et leur applicabilité doit être exclue avant même de pouvoir prendre en considération des critères de rang inférieur. En outre, chaque fois que l'application de critères ou toute autre mesure prévue par le Règlement (par exemple un transfert dans le cadre d'une reprise en charge) aurait des répercussions négatives sur la vie familiale, la question de savoir si une dérogation s'impose doit être examinée à la lumière des normes pertinentes en matière de droits de l'homme – en particulier l'art. 8 CEDH – ainsi qu'au regard des motifs humanitaires et de compassion.

Comme l'a recommandé la Commission européenne, «il convient [...] [que les Etats membres] appliquent avec prévoyance et cohérence les clauses relatives au regroupement familial».¹ Les définitions de la famille données par le Règlement devraient être lues et appliquées de manière large et souple. Pour les relations conjugales et parentales, en particulier, l'art. 2 let. g RD III ne fixe aucune condition de stabilité ou

¹ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Un agenda européen en matière de migration*, 13 mai 2015, COM(2015) 240 final, disponible sous: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0240>, p. 16.

d'intensité dans les faits, exigeant uniquement que le lien familial allégué existe au moment concerné. La «validité» de l'union conjugale devrait de surcroît être évaluée de manière non formelle aux fins du Règlement.

En vertu de l'art. 14 CEDH, les définitions de la famille énoncées dans le Règlement ne peuvent pas être appliquées d'une manière qui entraînerait des différences de traitement injustifiées. En particulier, il convient d'appliquer l'exigence de la «famille préexistante à la fuite» de l'art. 2 let. g RD III comme une clause anti-abus, de manière à ce que ses effets n'excèdent pas les buts qui lui sont assignés. Similairement, les définitions de famille figurant dans certaines dispositions requièrent une interprétation extensive: l'art. 16 RD III devrait ainsi être appliqué de façon à inclure le conjoint, et les enfants nés après la fuite devraient être compris dans le champ d'application de l'art. 20 RD III.

En ce qui concerne la preuve des liens familiaux, le Règlement prévoit un certain nombre de principes importants. Premièrement, la détermination de la responsabilité doit impliquer le moins possible d'exigences de preuve. Deuxièmement, les documents qui prouvent l'existence de liens familiaux (par ex. un extrait de registres) doivent être considérés comme suffisants et ne peuvent être réfutés que si la preuve du contraire est produite – et non pas sur la base de soupçons génériques. Troisièmement, la responsabilité peut être établie *inter alia* par des «renseignements vérifiables provenant du demandeur» ainsi que par des «déclarations des membres de la famille concernés». De tels indices doivent être examinés avec sérieux et acceptés comme suffisants lorsqu'ils sont cohérents, vérifiables et suffisamment détaillés. Quatrièmement, lors de l'évaluation des preuves, les Etats membres doivent tenir compte des difficultés particulières rencontrées par les demandeurs de protection pour obtenir des preuves formelles. Cinquièmement, les tests ADN ne peuvent être utilisés qu'en dernier recours (*ultima ratio*). Sixièmement, en cas d'incertitudes, il y a lieu d'accorder aux demandeurs le bénéfice du doute.

Dans le cadre de l'application de ces règles et principes, la maxime inquisitoire revêt une importance fondamentale. Une fois que le demandeur s'est acquitté de son obligation de collaborer, il appartient au SEM d'établir les faits. Ces devoirs sont renforcés lorsqu'il s'agit de l'application des critères applicables aux enfants non accompagnés, notamment à la lumière de l'obligation de recherche prévue à l'art. 6 par. 4 RD III. Au titre des bonnes pratiques, il est recommandé que le SEM applique cette dernière disposition également à d'autres catégories de demandeurs. Enfin, en vertu de l'art. 7 par. 3 RD III, lequel, lu correctement, s'applique à tous les critères familiaux, y compris les articles 9 et 11 RD III, les autorités nationales sont tenues d'accepter tout élément de preuve des liens familiaux produit avant l'acceptation d'une requête.

Il convient d'effectuer l'évaluation de l'âge conformément aux recommandations du Comité des droits de l'enfant des NU. En particulier, un représentant qualifié devrait être désigné déjà au cours de l'évaluation de l'âge; les documents d'identité ne devraient être écartés que s'il est avéré qu'ils sont faux; en l'absence de tels documents, l'évaluation de l'âge devrait être effectuée par des experts qualifiés dans le cadre d'une évaluation holistique; l'Etat devrait s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales basées sur l'examen des os et des dents; et il sied d'accorder le bénéfice du doute à la personne concernée.

En ce qui concerne l'interprétation des critères individuels, les points suivants revêtent une importance particulière:

- D'après la jurisprudence nationale, la notion de «protection internationale» au sens de l'art. 9 RD III comprend l'admission provisoire accordée pour des motifs comparables à ceux énoncés à l'art. 15 de la Directive qualification. Lorsqu'un-e bénéficiaire de protection voit son admission provisoire remplacée par un titre de séjour ordinaire, l'art. 9 RD III reste applicable. Logiquement, le même principe devrait s'appliquer en cas de naturalisation.
- Conformément à ses objectifs, l'art. 11 RD III devrait être appliqué chaque fois qu'il est techniquement possible de mener une procédure Dublin commune pour les membres de la famille. Dans cette perspective, le fait que les procédures Dublin ne soient pas «au même stade» ou que la Suisse ait implicitement accepté la responsabilité pour certains membres de la famille sans engager formellement le processus de Dublin ne devrait pas exclure l'application de cette disposition.
- L'art. 16 RD III relatif aux personnes à charge n'est pas au principe dit «de pétrification» de l'art. 7 par. 2 RD III. A l'instar des autres critères, il devrait être interprété largement dans tous ses éléments. La démonstration d'une «dépendance particulière» ou d'une «dépendance intensive» entre les personnes concernées n'est pas requise pour son application. Au contraire, conformément aux indications de la CJUE, l'art. 16 RD III devrait s'appliquer chaque fois que l'une des situations de vulnérabilité énumérées est établie, que le lien familial et la «résidence légale» requis sont prouvés, que la personne supposée fournir l'assistance est en mesure de le faire et que les personnes concernées donnent leur consentement. Une fois ces conditions remplies, les personnes concernées devraient être rapprochées ou laissées ensemble, sous réserve uniquement des exceptions prévues à l'art. 16 par. 2 RD III.

L'application des clauses discrétionnaires de l'art. 17 RD III est susceptible de prévenir l'impact négatif sur l'unité familiale qui pourrait potentiellement résulter de l'application des critères. Il s'agit là d'un de leurs objectifs principaux. Comme l'a relevé le Conseil de l'UE, les clauses visent *inter alia* à «éviter les situations dans lesquelles les membres de la famille seraient séparés en raison de l'application stricte des critères de Dublin». ² Leur application est obligatoire lorsqu'elle est nécessaire pour garantir le respect des obligations internationales de la Suisse, y compris celles qui protègent la vie familiale. Des raisons humanitaires impérieuses peuvent également rendre obligatoire leur application.

Contrairement à ce qui a été avancé dans certains arrêts importants du TAF, rien dans le Règlement Dublin n'exige ou n'encourage une approche restrictive dans l'application des clauses discrétionnaires. Au contraire: compte tenu de la volonté affichée par le législateur, telle qu'exprimée notamment dans le préambule du Règlement, les clauses devraient faire l'objet d'une application large et systématique lorsque la vie familiale est en jeu.

² Conseil de l'UE, doc. no. 12364/09, *infra* note 101, p. 35 (trad.).

L'art. 8 CEDH est l'une des dispositions centrales dans ce contexte. Son application entre en ligne de compte dès que des actions ou des omissions prises en vertu du Règlement Dublin risquent d'affecter la «vie familiale» au sens de celui-ci. Selon la jurisprudence de la CrEDH, le «droit de présence assuré» du membre de la famille du demandeur ne constitue pas une condition pour l'applicabilité de l'art. 8 CEDH.

Les relations conjugales sont constitutives d'une «vie familiale» au sens de l'art. 8 CEDH, même si elles ne sont pas encore complètement établies dans les faits. De même, les relations entre parents et enfants mineurs constituent *ipso jure* une «vie familiale». Nier l'existence ou la stabilité de la «vie familiale» entre des demandeurs et des membres de la famille nucléaire en se référant simplement à des périodes de séparation – qui peuvent être totalement involontaires et le sont souvent – va à l'encontre de cette disposition. Pour évaluer si d'autres liens familiaux constituent une «vie de famille», le facteur déterminant est l'existence dans la pratique de liens personnels étroits. A l'instar du Règlement Dublin, la CEDH exige que l'administration, dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une «vie familiale», adopte une approche souple et non formaliste, respecte ses devoirs inquisitoires et accorde aux personnes sollicitant une protection le bénéfice du doute compte tenu de leur situation particulière. Etant donné que les principes applicables convergent dans une large mesure et au titre des bonnes pratiques, l'autorité de première instance devrait déterminer de manière globale, au début de la procédure Dublin, la situation familiale sous l'angle à la fois du Règlement Dublin et de la CEDH, en tirant pleinement parti de l'infrastructure procédurale prévue par le Règlement Dublin (par ex. le droit à un entretien et la recherche de la famille).

La constatation que l'art. 8 CEDH s'applique entraîne un certain nombre d'obligations: veiller à ce que le processus décisionnel soit «équitable et enclin à respecter les intérêts garantis par l'article 8»; établir un «juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société»; garantir un recours effectif contre les violations alléguées ainsi que la non-discrimination dans l'exercice de la vie familiale.

Lorsque des intérêts privés et publics sont mis en balance conformément à l'art. 8 CEDH dans le contexte de Dublin, il convient de prendre en compte les aspects suivants:

- La possibilité de s'établir et d'exercer la vie familiale ailleurs sans obstacles indus ne peut pas être présumée. Au contraire, l'hypothèse de départ devrait être que les possibilités de jouir de la vie familiale «ailleurs» dans l'espace Dublin sont sévèrement réduites. Même lorsqu'une telle possibilité existe, il importe de vérifier si le sacrifice imposé aux personnes déjà présentes en Suisse serait proportionné.
- Le caractère potentiellement «temporaire» de la séparation induite par un transfert Dublin peut être pris en compte, mais il convient de garder à l'esprit que la séparation pourrait en fait durer très longtemps et que même des périodes de séparation relativement courtes peuvent enfreindre l'art. 8 CEDH, par exemple dans les cas impliquant des enfants.
- Les requérant-e-s d'asile constituent un groupe vulnérable ayant droit à une protection particulière.

- Lors de l'évaluation de la compatibilité avec l'art. 8 CEDH des mesures adoptées en vertu du Règlement Dublin, il est important d'identifier et d'évaluer avec précision l'intérêt public en jeu. Dans les affaires Dublin, l'intensité des intérêts d'ordre public relatifs au «contrôle de l'immigration» est sans doute moins prononcée que dans les cas ordinaires de regroupement familial. L'intérêt public est davantage réduit lorsque le demandeur remplit manifestement les conditions pour bénéficier du regroupement familial en Suisse, y compris l'asile accordé aux membres de la famille (asile familial).
- Comme indiqué précédemment, le considérant 14 du préambule exige d'accorder une plus grande importance à l'intérêt de l'unité familiale par rapport à ce qui serait normalement le cas sous l'art. 8 CEDH pris isolément.

D'une manière générale, dans un système où la protection de la vie familiale est une «considération primordiale», la préservation ou la promotion de l'unité familiale devrait être la norme plutôt que l'exception.

Les obligations découlant de l'art. 8 CEDH sont spécialement contraignantes s'agissant des personnes particulièrement vulnérables. Dans les cas où de telles personnes, y compris des enfants, sont transférées avec leur famille, la jurisprudence de la CrEDH exige que des garanties appropriées soient mises en place pour que l'unité de la famille soit assurée à l'arrivée. En conséquence, lorsque le transfert est annulé en raison de la vulnérabilité de la personne concernée, le reste de la famille ne devrait pas non plus être transféré de manière à préserver l'unité familiale. Conformément à la décision *A.N.* du Comité contre la torture des NU, le transfert vers un autre Etat membre d'une victime de torture la séparant d'un environnement familial favorable est en principe interdit. En vertu de la CEDH et d'autres normes internationales, ce raisonnement devrait être étendu à d'autres catégories de personnes particulièrement vulnérables. Tel est notamment le cas des enfants relevant de l'art. 39 CDE.

En vertu de l'art. 14 CEDH, les cas limites – c'est-à-dire les cas qui ne relèvent juste pas du champ d'application des critères de responsabilité fondés sur la famille – doivent être soumis à un examen minutieux, y compris une analyse de la comparabilité des situations en cause, des raisons objectives susceptibles de justifier une disparité de traitement, et du respect du principe de proportionnalité.

Comme il a été souligné précédemment, des considérations humanitaires peuvent imposer l'utilisation de clauses discrétionnaires même en l'absence d'obligations en matière de droits de l'homme. Dans les cas auparavant couverts par l'art. 15 par. 2 RD II et qui ne relèvent désormais plus de l'art. 16 RD III – par ex. la dépendance entre une belle-mère et sa belle-fille – «laisser ensemble ou rapprocher» les proches concernés reste une obligation qualifiée, conformément au jugement *K* de la CJUE. L'art. 29a al. 3 OA 1 doit également être pris en compte. Il s'agit d'une disposition potestative qui confère un large pouvoir d'appréciation au SEM. Nonobstant cela, selon la jurisprudence du TAF, le SEM est tenu d'examiner dans chaque affaire si cette disposition devrait être appliquée, d'établir tous les faits pertinents et de les prendre en compte dans sa décision. La décision en soi doit être prise sur la base de critères transparents et raisonnables, comprenant notamment les vulnérabilités des personnes concernées, l'intérêt supérieur de l'enfant et les considérations relatives à l'unité familiale. Lorsque, sur la base de motifs cumulatifs, il

apparaît qu'un transfert serait problématique sous l'angle humanitaire, l'application de cette disposition doit être envisagée. Enfin, le SEM est soumis à un devoir de motivation accru.

Lorsque le droit relatif aux droits de l'homme ou des considérations humanitaires impérieuses exigent le maintien ou la reconstitution de l'unité familiale, cela peut impliquer, le cas échéant, une obligation d'appliquer (ou de s'abstenir d'appliquer) la clause de souveraineté, ou une obligation de soumettre ou d'accepter des requêtes en vertu de la clause humanitaire.

Les garanties procédurales prévues expressément ou implicitement par le Règlement et par les normes de l'UE et internationales applicables – par ex. le droit à l'information, à un entretien, à un représentant pour les enfants non accompagnés ou séparés, et à une voie de recours – doivent être respectées tout au long du processus de Dublin. En particulier, une protection juridique complète doit être assurée. Bien que l'art. 27 RD III ne prévoit un droit de recours que contre les décisions de transfert, un recours effectif doit être garanti pour toute décision affectant les droits des demandeurs tirés du droit de l'UE (art. 47 CDF) et de la CEDH (art. 13 CEDH), y compris le droit à l'unité familiale. Les possibilités offertes par les procédures d'appel internationales doivent également être prises en considération. Dans cette perspective, il pourrait s'avérer utile de soumettre la même pratique nationale au contrôle de plusieurs instances internationales, notamment la CrEDH, le Comité des NU contre la torture et le Comité des droits de l'enfant.

1. Introduction

Le droit de jouir de la vie familiale sans ingérence indue est reconnu comme l'un des droits de l'homme les plus élémentaires. En conséquence, la famille est protégée en tant qu'«élément naturel et fondamental de la société» dans les instruments universels et régionaux relatifs aux droits de l'homme.³ Bien que la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés ne comporte aucune disposition sur la question, la Conférence de plénipotentiaires qui l'a adoptée a noté que l'unité de la famille était un «droit essentiel du réfugié» et que cette unité était «constamment menacée». Partant, elle a recommandé aux gouvernements de prendre les mesures de protection nécessaires.⁴ Les textes internationaux adoptés depuis soulignent régulièrement l'importance d'assurer l'unité familiale pour les réfugiés et les personnes se trouvant dans des situations analogues à celles des réfugiés.⁵

Ces développements juridiques et politiques reflètent des besoins personnels et sociaux pressants. Comme indiqué dans les conclusions sommaires adoptées par une table ronde d'experts du HCR en décembre 2017,⁶

lorsque les réfugiés sont séparés des membres de la famille en raison de leur fuite, une séparation prolongée peut avoir des conséquences dévastatrices sur le bien-être des réfugiés et de leurs familles. Les conséquences négatives ont un impact sur la capacité des réfugiés à s'intégrer dans leur pays d'asile, à devenir des contributeurs actifs au sein de la société et à reconstruire leur vie. Retrouver et être réunis avec des membres de la famille constitue

³ Voir en particulier AGNU, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, RTNU, vol. 999, p. 171, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> (ci-après «PIDCP»), art. 23 par. 1; Conseil de l'Europe, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles no. 11 et no. 14*, 4 novembre 1950, STE 5, disponible sous: <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063776> (ci-après «CEDH»), art. 8; AGNU, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, RTNU, vol. 1577, p. 3, disponible sous: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html> (ci-après «CDE»), art. 10.

⁴ NU, Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, 25 juillet 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, disponible sous: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>, recommandation B.

⁵ Voir en particulier UNHCR ComEx, *Conclusions sur le regroupement des familles*, no. 9 (XXVIII), 1977 et no. 24 (XXXII), 1981; UNHCR ComEx, *Conclusion sur les enfants et les adolescents réfugiés*, no. 84 (XLVIII), 1997; UNHCR ComEx, *Conclusion sur la protection de la famille du réfugié*, no. 88 (L), 1999; et UNHCR ComEx, *Conclusion sur l'intégration sur place*, no. 104 (LVI), par. n), sur l'importance de la réunification familiale pour promouvoir l'intégration. Toutes les conclusions du ComEx sont compilées dans UNHCR, *Conclusions sur la protection internationale adoptées par le Comité exécutif du programme du HCR 1975-2017* (Conclusion No. 1-114), octobre 2017, HCR/IP/2/Fre/REV.2017, disponible sous: <http://www.refworld.org/docid/5a2ead6b4.html>. Voir aussi AGNU, *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants: Résolution adoptée par l'Assemblée générale*, 3 octobre 2016, A/RES/71/1, disponible sous: <http://www.refworld.org/docid/57ceb74a4.html>, par. 79 et annexe 1, par. 14 let. a.

⁶ UNHCR, *Summary Conclusions on the Right to Family Life and Family Unity in the Context of Family Reunification of Refugees and Other Persons In Need Of International Protection*, 4 décembre 2017, table ronde d'experts, disponible en anglais sous: <https://www.refworld.org/docid/5b18f5774.html>, par. 1.

souvent l'une des préoccupations les plus pressantes pour les demandeurs d'asile et les réfugiés. [trad.]

Comme évoqué dans la dernière phrase, ces considérations s'appliquent pleinement aux «demandeurs de protection», c'est-à-dire aux personnes qui affirment être des réfugiés ou qui ont autrement besoin de protection, mais dont la demande doit encore être examinée. En effet, dans le cas des personnes en quête de protection, la promotion de l'unité familiale présente des opportunités et des défis particuliers. L'arrivée et l'accueil initial sont souvent des moments de grande instabilité et de grande vulnérabilité. Le soutien familial – qu'il s'agisse de membres de la famille ayant fui avec le demandeur ou de parents déjà présents dans l'Etat d'accueil – peut revêtir une importance cruciale sur le plan matériel et émotionnel, notamment pour les personnes particulièrement vulnérables telles que les enfants non accompagnés ou les victimes de torture.

Parallèlement, la promotion de l'unité familiale des personnes sollicitant une protection présente certains avantages pour l'Etat hôte. Etant donné que les personnes en quête de protection sont souvent exclues *de jure* ou *de facto* du marché du travail en attendant l'examen de leur demande, le soutien de parents établis permet éventuellement de réduire les coûts financiers liés à l'accueil incombant à l'Etat. En outre, le traitement en commun des demandes déposées par des membres de la même famille favorise l'efficacité et la précision du processus d'établissement des faits et permet d'éviter l'adoption de décisions contradictoires.⁷ Enfin, des dispositions généreuses et inclusives favorisant l'unité familiale des personnes sollicitant une protection sont susceptibles de réduire les incitations à la poursuite de mouvements ultérieurs irréguliers (appelés «mouvements secondaires» dans les documents politiques et juridiques de l'UE).⁸

Malheureusement, ces avantages sont souvent négligés et de nombreux facteurs finissent par jouer contre le regroupement. En effet, malgré tous ses bénéfices, l'unité familiale est loin d'être acquise pour les demandeurs de protection. Leur statut de séjour est provisoire et englobe rarement, voire jamais, le droit de rejoindre des membres de la famille déjà présents dans un pays d'accueil potentiel ou d'être rejoints par des membres de la famille qui se trouvent ailleurs – y compris lorsqu'ils ont été séparés pendant la fuite. En effet, les demandeurs se retrouvent parfois dans une situation délicate en pratique qui les empêche de localiser les membres de leur famille.

⁷ Conseil de l'Union européenne (UE), *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)*, JO L 2013 180/31, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=52e0d7684> (ci-après «Règlement Dublin III» ou «RD III»), préambule, consid. 15.

⁸ Voir Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, 3 décembre 2008, COM(2008) 820 final, (ci-après: Commission européenne, *Proposition de règlement établissant les critères de détermination de l'Etat membre responsable*), disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/493e8e3a2.html>, p. 13: «Ces garanties [additionnelles relatives à l'unité familiale] permettront non seulement d'accroître la protection des demandeurs d'asile mais aussi de réduire les mouvements secondaires».

Dans ce contexte, les accords interétatiques visant à répartir les responsabilités en matière d’asile – aussi appelés «accords de partage en matière d’asile» («*asylum sharing agreements*») –⁹ – représentent autant une menace qu’une opportunité. S’ils sont conçus autour de règles visant à réunir les familles en fuite ou à regrouper les demandeurs de protection avec des parents établis, ils peuvent être d’une grande utilité. A l’inverse, s’ils sont rédigés ou mis en œuvre avec un focus prédominant sur des priorités politiques différentes – par ex. responsabiliser les «pays tiers sûrs» ou les «pays de premier asile» – ils risquent d’exacerber les difficultés auxquelles sont confrontées les familles de réfugiés.

Le système de Dublin, principal exemple de régime multilatéral de partage des responsabilités en matière d’asile et objet de la présente étude, constitue un cas intermédiaire. La législation de l’UE, sur laquelle le système est basé, a progressivement intégré les préoccupations liées à l’unité familiale et la dernière version – le «Règlement Dublin III» – renferme le *potentiel* d’offrir une protection complète aux familles en fuite. Toutefois, la mise en œuvre du système de Dublin a traditionnellement été dictée par d’autres considérations, de sorte que dans l’ensemble, le système a eu un impact négatif sur l’unité familiale.

La présente étude analyse les différentes questions juridiques soulevées devant les autorités suisses dans ce domaine et propose des moyens de les résoudre. Etant donné que les directives publiées par l’autorité de première instance suisse, le Secrétariat d’Etat aux migrations (SEM), manquent de détails,¹⁰ les jugements de la seconde et dernière instance, le Tribunal administratif fédéral (TAF), constituent la principale source utilisée pour reconstruire la pratique suisse. Il est également fait référence à des rapports publiés par des organisations de la société civile et des organisations internationales. Finalement, afin de confirmer, contextualiser et compléter les connaissances acquises grâce à des sources documentaires, l’auteur a mené une série d’entretiens avec des acteurs issus d’ONG nationales et internationales.¹¹

Bien qu’elle se concentre sur la pratique suisse, l’étude fournit des informations pouvant aussi être utiles dans d’autres «Etats membres de Dublin». En effet, elle aborde dans une large mesure les problèmes observés dans tout «l’espace Dublin»¹² tels que documentés *inter alia* dans l’étude *Left in Limbo* publiée par le HCR en 2017,¹³ et se fonde sur des normes applicables à l’ensemble de celui-ci.

⁹ T. Clark, F. Crépeau, “Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, no. 2 (2004), pp. 217-240.

¹⁰ Voir SEM, *Manuel asile et retour*, édition 2019, disponible sous: <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>, section C3.

¹¹ Pour les précieuses informations fournies, l’auteur tient à remercier, par ordre alphabétique, Karine Povlakic (Service d’aide juridique aux exilé-e-s, SAJE/EPER), Valerio Prato (Service Social International Suisse), Gabriella Tau (Caritas Suisse et Centre suisse de défense des droits des migrants, CSDM) et Muriel Trummer (Amnesty International Suisse). La responsabilité pour toute inexactitude dans l’analyse repose exclusivement sur l’auteur.

¹² C’est-à-dire le total des Etats appliquant le système de Dublin: l’UE-28 et l’AELE-4.

¹³ UNHCR, *Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation*, août 2017, disponible uniquement en anglais sous: <http://www.refworld.org/docid/59d5dcb64.html>.

Dans un premier temps, l'étude présentera les grandes lignes du système de Dublin et, ce faisant, rappellera les principaux éléments institutionnels et interprétatifs que les décisionnaires doivent prendre en compte lors de son application (section 2). Deuxièmement, l'étude abordera les critères de Dublin relatifs à la famille, les défis d'ordre herméneutique et d'application qu'ils posent et les solutions de principe qui peuvent découler des normes de l'UE et internationales applicables (section 3). Ensuite, l'étude examinera de la même manière les règles et principes régissant l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par les administrations nationales en vertu du Règlement (section 4). Les remarques finales résumeront les principales conclusions et incluront des commentaires supplémentaires sur les droits de recours nationaux et internationaux par le biais desquels les demandeurs de protection peuvent faire valoir leurs droits (section 5).

La présente étude complémentaire accompagne l'étude réalisée par la Dr Stephanie Motz pour le CSDM et le HCR intitulée «Le regroupement familial des réfugiés en Suisse».¹⁴

2. Le système de Dublin: éléments institutionnels et d'interprétation

2.1. Accords de partage en matière d'asile et unité familiale: considérations générales

Dans la mesure où le partage des responsabilités en matière d'asile entre Etats implique de «répartir» physiquement les personnes sollicitant une protection entre leurs territoires, les accords de partage des charges en matière d'asile ont inévitablement un impact sur l'unité familiale, qui suppose que les membres de la famille soient autorisés à être présents simultanément au même endroit. Comme indiqué précédemment, cet impact peut être positif ou négatif en fonction de la conception et de la mise en œuvre de l'accord.

Le tout premier projet a été présenté en 1979 par le Comité exécutif du Programme du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR). Dans ses *Conclusions sur les Réfugiés sans pays d'asile*, le Comité a suggéré la mise en place d'un système international de répartition des responsabilités afin de prévenir les situations de «réfugiés en orbite».¹⁵ En ce qui concerne les principes devant guider un tel système, le Comité exécutif a recommandé *inter alia* qu'«il convient de tenir compte, dans toute la mesure possible, des intentions de l'intéressé touchant le pays où il souhaite demander asile» et que les demandeurs soient invités à soumettre leur demande à un autre Etat uniquement si cela est justifié par des liens établis ou des «rapports étroits» préalables et uniquement si cela «semble raisonnable et équitable». Selon le HCR, la notion de «liens ou

¹⁴ S. Motz, *Le regroupement familial des réfugiés en Suisse – Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique*, CSDM, octobre 2017, disponible sous: https://centre-csdm.org/wp-content/uploads/2018/02/Rapport_francais_final.pdf.

¹⁵ UNHCR ComEx, *Conclusions sur les Réfugiés sans pays d'asile*, no. 15 (XXX), 1979, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c46c>. Sur le contexte général, voir A. Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, OUP, 2009, pp. 17-30. Au sujet du phénomène des réfugiés en orbite, voir G. Melander, "Refugees in Orbit", *AWR Bulletin*, Vol. 16 (1978), pp. 59-75.

rapports étroits» inclut les connections familiales avec des personnes présentes dans un Etat, aux côtés de liens culturels et de séjours antérieurs.¹⁶ Le HCR a également insisté sur le fait que tout système de répartition des responsabilités devrait avoir pour objectif principal «l'intérêt du réfugié à ce que sa demande soit traitée de manière équitable et rapide, dans un environnement répondant à ses besoins psychologiques et sociaux».¹⁷ Dans l'ensemble, les documents du ComEx et du HCR militent en faveur d'une application aussi large que possible du principe de l'unité familiale, combinée à une prise en compte adéquate des aspirations individuelles des personnes sollicitant une protection.

Conformément aux conclusions du ComEx, le système de Dublin vise à prévenir les situations d'orbite et à garantir l'accès aux procédures d'asile. Cependant, il a été initialement conçu comme une «mesure d'accompagnement» à la suppression des contrôles aux frontières au sein de l'UE et s'inspire de différentes priorités:¹⁸ éviter l'examen de demandes multiples, refuser aux demandeurs le choix de l'Etat responsable de leur demande et décourager les mouvements secondaires. Conformément aux derniers objectifs politiques, les «intentions» de la personne sollicitant une protection ne sont pas prises en compte aux fins de la détermination de la responsabilité. Au lieu de cela, les Etats membres appliquent des critères «objectifs» convenus politiquement.¹⁹ En outre, ces critères ne sont pas tous fondés sur les «liens étroits» du demandeur avec des Etats membres particuliers. Ils reflètent plutôt des considérations principalement politiques liées à la «réalisation progressive d'un espace sans frontières intérieures» (consid. 25 préambule RD III). Selon les termes de la Commission, le système de Dublin repose sur le principe suivant:

la responsabilité de l'examen d'une demande de protection internationale incombe en premier lieu à l'Etat membre qui a joué le rôle principal dans l'entrée ou le séjour du demandeur sur le territoire des Etat membres, sauf *exceptions* destinées à protéger l'unité familiale (soulignement ajouté par l'auteur).²⁰

Une telle insistance sur la responsabilité des Etats en matière d'entrée ou de séjour va plutôt à l'encontre d'une protection complète et inclusive de l'unité familiale. Le problème est exacerbé par le fait que le processus de Dublin est traditionnellement imprégné de considérations de célérité qui peuvent finir par entrer en conflit avec une évaluation approfondie des circonstances individuelles.²¹ En raison principalement de ces facteurs,

¹⁶ UNHCR, *Revisiting the Dublin Convention: Some Reflections by UNHCR in Response to the Commission Staff Working Paper*, 19 janvier 2001, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b34c0.html>, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1 s. (trad.).

¹⁸ Pour une reconstruction historique, voir D. Joly, "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum In The Nineties", *IJRL*, Vol. 6, no. 2, (1994), pp. 159-193.

¹⁹ Le consentement de la personne concernée est cependant requis pour l'application du critère basé sur les liens familiaux, examiné ci-dessous à la section 3.

²⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement établissant les critères de détermination de l'Etat membre responsable*, *supra* note 8, p. 6.

²¹ En vertu du consid. 5 du préambule RD III, la détermination de la responsabilité devrait être «rapide» et «ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes de protection internationale». Plus généralement, la CJUE a constaté que le système de Dublin a été adopté «en vue de rationaliser le traitement des demandes d'asile [...] l'ensemble ayant pour objectif principal d'accélérer le traitement des demandes dans l'intérêt tant des demandeurs d'asile que des Etats

il y a une forte tension en pratique entre le système de Dublin et la protection de l'unité familiale.

Néanmoins, il est utile de souligner que même un système poursuivant principalement des objectifs de gestion des migrations pourrait offrir une protection complète de l'unité familiale. Après tout, cela dépend de l'étendue des «exceptions désignées pour protéger la vie de famille» et de leur application générale. Par exemple, l'«Entente sur les pays tiers sûrs» conclue entre les Etats-Unis et le Canada en 2002 inclut une «exception familiale» extrêmement large à sa règle de base du «dernier pays de séjour»: en vertu de l'art. 1 par. 1 let. d et 4 par. 2 let. a-b, la responsabilité de l'examen de la demande du requérant incombe à l'Etat dans lequel les membres de la famille au sens large (y compris par exemple les tantes et les nièces) séjournent légalement autrement que comme visiteurs ou sont présents et autorisés à déposer une demande du statut de réfugié.²²

Les clauses familiales incluses dans le système de Dublin n'ont jamais été aussi larges. Toutefois, comme on l'expliquera ci-après, les progrès accomplis depuis la rédaction des Conventions de Schengen et de Dublin de 1990 ont été considérables et l'unité familiale est passée au premier rang des considérations qui devraient inspirer l'interprétation et la mise en œuvre du Règlement.

2.2 Le système de Dublin: aspects institutionnels

Comme indiqué précédemment, le système de Dublin a été établi pour la première fois en 1990 en vertu des Conventions de Schengen et de Dublin. A la suite du Traité d'Amsterdam (en vigueur depuis mai 1999), la Convention de Dublin est devenue partie intégrante de la législation de l'UE avec le «Règlement Dublin II» de 2003 (RD II),²³ qui a ensuite été refondu en 2013 pour déboucher sur le «Règlement Dublin III» (RD III) actuellement en vigueur.²⁴

En tant que partie intégrante du droit dérivé de l'UE, le Règlement de Dublin est soumis au «droit primaire» de l'UE et doit être interprété et appliqué en conformité avec celui-ci.

participants». (*N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, affaire C-411/10, CJUE, 21 décembre 2011, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-411/10>, point 79).

²² Voir l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers (Entente sur les pays tiers sûrs), 5 décembre 2002, disponible sous: <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/entente-tiers-pays-surs/version-finale.html>.

Au sujet des difficultés pratiques de mise en œuvre de la clause, voir cependant E. Arbel, "Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States", *IJLR*, vol. 25, no. 1 (2013), pp. 65-86, p. 69.

²³ Conseil de l'UE, *Règlement (CE) no. 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers*, JO L 2003 50/1, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=50ed4b982> (ci-après «Règlement Dublin II» ou «RD II»).

²⁴ Pour une analyse approfondie, voir C. Filzwieser, A. Sprung, *Dublin III-Verordnung - das europäische Asylzuständigkeitssystem: Kommentar*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2014; C. Hruschka, F. Maiani, "Dublin III Regulation (EU) No 604/2013", in Hailbronner and Thym (Eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Beck, 2016, pp. 1478-1604.

Cela inclut la Charte des droits fondamentaux (CDF)²⁵ et, via l'art. 78 par. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE),²⁶ la Convention de Genève et les «autres traités pertinents».²⁷ Le dernier mot sur la validité et le sens des dispositions du Règlement appartient à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE: voir l'art. 19 du Traité sur l'Union européenne, TUE).²⁸

Sur ce dernier point, la situation est légèrement différente pour les quatre Etats de l'AELE, dont la Suisse. Ces Etats ne sont pas membres de l'UE et ne sont donc pas directement liés par les arrêts de la CJUE. Néanmoins, les accords les associant à la mise en œuvre du système de Dublin postulent une homogénéité juridique dans l'ensemble de l'«espace Dublin».²⁹ En particulier, ils déclarent l'objectif commun des parties contractantes de «parvenir à une application et à une interprétation aussi uniformes que possible» de l'acquis de Dublin et prévoient des procédures spéciales pour prévenir ou supprimer les «différences substantielles».³⁰ En conséquence, tout en soulignant que la jurisprudence de la CJUE n'est pas contraignante *stricto sensu*, le TAF a toujours soutenu qu'il fallait

«contribuer à une application uniforme du droit, en tenant compte de la jurisprudence de la CJUE et ne pas s'en écarter sans raisons valables.»³¹

Il est également important de noter que, comme le rappelle le consid. 32 RD III, le Règlement n'affecte pas les obligations internationales incombant aux Etats membres en matière de droits de l'homme, ni la compétence des organes de surveillance respectifs.³² Par conséquent, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, fait autorité pour les administrations nationales pour tout ce qui concerne la conformité à la CEDH des mesures prises dans le cadre du système de Dublin.

Il découle de ce qui précède que les autorités nationales qui appliquent le Règlement Dublin doivent à tout moment être attentives aux obligations découlant des instruments des droits de l'homme auxquels elles sont parties et du droit primaire de l'UE tel

²⁵ Union européenne, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2012 C 326/02, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html>.

²⁶ UE, *Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO 2016 C 202/47 (ci-après «TFUE»).

²⁷ Voir parmi d'autres *N. S.*, affaire C-411/10, *supra* note 21, points 64 ss et 75.

²⁸ UE, *Version consolidée du traité sur l'Union européenne*, JO 2016 C 202/13 (ci-après «TUE»).

²⁹ Voir l'accord d'association de la Suisse au système de Dublin (Accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, RS 0.142.392.68, ci-après «AAD»), articles 5-7.

³⁰ *Ibidem*. A. Cornu, «Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin», in C. Kaddous, M. Jametti Greiner (Eds.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pp. 207-244.

³¹ ATAF (jurisprudence publiée du TAF) 2017 VI/9, § 5.3.1 (traduction libre). Voir aussi ATAF 2010/27, 2014/1, 2015/19. La jurisprudence du TAF peut être consultée sur le site <https://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.

³² En particulier, la présomption *Bosphorus* de conformité avec la CEDH ne s'applique pas aux mesures prises en vertu du Règlement Dublin: voir *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête no. 30696/09, CrEDH, 21 janvier 2011, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d39bc7f2.html>, par. 338 s.

qu'interprété par la CJUE. Il semble utile de rappeler déjà en termes généraux les obligations les plus directement pertinentes pour notre étude:

- Lorsque des (in-)actions au titre du Règlement sont susceptibles d'affecter la «vie familiale» au sens de l'art. 8 CEDH, un concept plus large et indépendant de celui de «famille» en vertu du Règlement,³³ les autorités d'application sont dans l'obligation générale de «ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble».³⁴ Cette obligation a également une dimension procédurale: le processus décisionnel conduisant à des mesures affectant la vie de famille doit être «équitable et respecter comme il convient les intérêts sauvegardés par l'article 8».³⁵ Ainsi, les autorités nationales doivent examiner spécifiquement, à la lumière de toutes les circonstances individuelles, les conséquences de leur (in-)action sur la vie familiale des personnes concernées.³⁶ Cela suppose en premier lieu qu'elles se renseignent et prennent pleinement connaissance des faits pertinents.
- Tout acte ou omission affectant la «vie familiale» doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle devant une autorité nationale indépendante et dûment habilitée dans le contexte d'un «recours effectif» au sens de l'art. 13 CEDH.
- La protection de la vie familiale doit être garantie sans distinction injustifiée. Ainsi, les règles et décisions qui sont *per se* conformes à l'art. 8 CEDH peuvent toujours contrevenir à la Convention si elles sont discriminatoires au sens de l'art. 14 CEDH.³⁷
- Lorsque des enfants sont impliqués, qu'ils soient accompagnés ou non, leur intérêt supérieur doit être une considération primordiale conformément à la Convention des NU relative aux droits de l'enfant et à l'art. 24 CDF. Cette obligation a également une incidence sur la manière dont les droits et principes dérivés de la CEDH mentionnés ci-dessus doivent être interprétés et appliqués à l'égard des enfants.³⁸

Les lignes directrices publiées par le SEM mentionnent les obligations découlant des droits fondamentaux uniquement comme base des «exceptions» au fonctionnement normal du système de Dublin.³⁹ S'il est exact que les droits de l'homme peuvent imposer l'utilisation de dérogations discrétionnaires en vertu du Règlement, limiter leur

³³ Voir *infra* sections 3.3.1 et 4.3.1.

³⁴ Voir entre autres *L.H. et V.S. c. Belgique*, requête no. 67429/10, CrEDH, 7 mai 2013, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120614>, par. 72-74; *Paposhvili c. Belgique*, requête no. 41738/10, CrEDH, 13 décembre 2016, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases/ECHR,5859459b4.html>, par. 221.

³⁵ *Tanda-Muzinga c. France*, requête no. 2260/10, CrEDH, 10 juillet 2014, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145358>, par. 68.

³⁶ *Paposhvili c. Belgique*, *supra* note 34, par. 222 ss.

³⁷ Voir entre autres *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, requête no. 9214/80, 9473/81 et 9474/81, CrEDH, 28 mai 1985, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61974>; *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, requête no. 22341/09, CrEDH, 6 novembre 2012, disponible uniquement en anglais sous: <https://www.refworld.org/cases/ECHR,509b93792.html>, par. 42 ss.

³⁸ Voir *infra* section 4.3.2.

³⁹ SEM, *supra* note 10, p. 8.

pertinence à cet aspect n'est pas conforme au concept législatif sous-jacent du Règlement. Comme nous le verrons plus loin, la protection et la promotion active des droits de l'homme figurent parmi les objectifs principaux du Règlement Dublin. En conséquence, conformément à l'intention exprimée par le législateur, les droits de l'homme ne devraient pas seulement être respectés – si nécessaire au moyen de dérogations au cas par cas – mais également pleinement intégrés dans l'interprétation et l'application du Règlement Dublin dans tous ses aspects.

2.3 Le système de Dublin: considérations générales d'interprétation

Depuis la création du système de Dublin en 1990, ses fonctions et principes de base sont demeurés inchangés en dépit des nombreuses critiques et suggestions de changement.⁴⁰ Ainsi, le législateur européen a par deux fois «confirm[é] les principes sur lesquels repose» le système «tout en apportant les améliorations nécessaires, à la lumière de l'expérience» (voir le consid. 5 RD II et le consid. 9 RD III).

L'art. 3 par. 1 RD III résume ces «principes sous-jacents»:

1. Toute demande présentée par un ressortissant de pays tiers dans l'espace Dublin doit être examinée par l'un des Etats membres. Cela reflète l'objectif principal du système selon la CJUE: «garantir un accès effectif à une évaluation de[s] besoins de protection] du demandeur».⁴¹
2. Chaque demande doit en principe être examinée «par un seul Etat membre».
3. L'Etat responsable «est celui que les critères énoncés [dans le Règlement] désignent comme responsable». Comme indiqué ci-dessus, ces critères sont «objectifs» (consid. 5 RD III) en ce qu'ils s'appliquent indépendamment du consentement ou des préférences du demandeur.⁴²

Au-delà de ces aspects, l'histoire du système de Dublin est en constante évolution. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et de la vie familiale. Le consid. 9 du nouveau Règlement indique que l'objectif de la refonte de 2013 était de renforcer «l'efficacité du système de Dublin et la protection octroyée aux

⁴⁰ Voir par ex. E. Guild *et al.*, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, 2014, étude pour le Parlement européen (PE), disponible sous: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU\(2014\)509989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf); E. Guild *et al.*, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, 2015, étude pour le PE, disponible sous: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf); F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*, 2016, étude pour le PE, disponible sous: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf); M. Di Filippo, «The Allocation of Competence in Asylum Procedures under EU law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 41-95.

⁴¹ *MA et autres c. Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, CJUE, 6 juin 2013, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECJ.51b0785e4.html>, point 54.

⁴² Seule l'application des critères et clauses fondés sur les liens familiaux est subordonnée au consentement des personnes concernées: voir les articles 9, 10, 16 et 17 par. 2 RD III.

demandeurs» (soulignement ajouté par l'auteur). Treize autres considérants précisent davantage cet aspect. Voici les plus pertinents pour notre sujet:

- Alors que le législateur de 2003 maintenait qu'il y a lieu de «préserver l'unité des familles dans la mesure où ceci est compatible avec les autres objectifs poursuivis» par le système de Dublin (consid. 6 RD II), le législateur de 2013 a souligné que l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la vie familiale au sens de la CEDH et de la CDF doivent être des «considérations primordiales» dans le cadre de l'application du Règlement (consid. 13 et 14 RD III; voir ci-dessous).
- Alors que le législateur de 2003 justifiait le traitement conjoint des demandes des membres d'une même famille uniquement pour des motifs d'efficacité (consid. 7 RD II), le législateur de 2013 a de surcroît souligné que cela permettait aux membres d'une même famille de ne pas être séparés (consid. 15 RD III).
- Le consid. 17 du préambule recommande désormais l'application de clauses discrétionnaires, examinées à la section 4, «notamment pour des motifs humanitaires et de compassion».

Conformément aux principes d'interprétation applicables à la législation de l'UE, ces considérants du préambule – ainsi que les autres attestant de la place centrale que le législateur attribue aux droits et au bien-être des demandeurs (voir consid. 18 à 21, 24 et 27 RD III) – doivent être pris en compte pour l'interprétation du Règlement.⁴³ Et effectivement, le nouvel «esprit» du Règlement, tel que reflété dans le préambule, a eu un impact profond sur la manière dont la CJUE elle-même lit le texte dans son ensemble. Sous l'ancien Règlement, la Cour décrivait le système de Dublin comme un ensemble de «règles organisationnelles gouvernant les relations entre les Etats membres» et l'interprétait en mettant un accent particulier sur l'efficacité – parfois au détriment d'une protection juridique complète.⁴⁴

A partir de l'arrêt *Ghezelbash*, la Cour a révisé sa position, jugeant par exemple que les restrictions aux droits de recours des demandeurs fixées par sa jurisprudence antérieure devaient être considérées comme levées. L'élément clé de ce renversement était non seulement la formulation des dispositions et des considérants directement pertinents, mais également l'«évolution générale» des modifications apportées par la refonte du Règlement. A cet égard, la Cour a constaté que l'éventail de droits institués ou renforcés transformait les demandeurs en acteurs du système, lequel ne pouvait dès lors plus être considéré comme un simple ensemble de règles interétatiques, soulignant la ferme intention du législateur d'offrir une meilleure protection du demandeur.⁴⁵ Cette nouvelle

⁴³ «Le dispositif d'un acte est indissociable de sa motivation, en sorte qu'il doit être interprété, si besoin est, en tenant compte des motifs qui ont conduit à son adoption» (*TWD Textilwerke c. Commission*, C-355/95 P, CJUE, 15 mai 1997, point 21).

⁴⁴ *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, C-394/12, CJUE, 10 décembre 2013, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-394/12&language=FR>, points 56 ss.

⁴⁵ *Mehrdad Ghezelbash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, affaire C-63/15, CJUE, 7 juin 2016, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-63/15&language=FR>, points 45 ss.

orientation de la jurisprudence s'applique à tous les aspects du Règlement Dublin III⁴⁶ et est en particulier applicable à l'unité de la famille.⁴⁷

Compte tenu de l'objet de ce document, il convient d'examiner de plus près le consid. 14 du préambule. Pour le citer intégralement, ce dernier prévoit que «[c]onformément à la [CEDH et la CDF], le respect de la vie familiale devrait être une considération primordiale pour les Etats membres lors de l'application du [...] règlement». Il est entendu que cette formulation ne peut être interprétée comme signifiant simplement que le droit au respect de la vie familiale doit être respecté,⁴⁸ car une telle interprétation le rendrait redondant (voir consid. 32 et 39 RD III). Le consid. 14 devrait plutôt être lu comme reflétant l'intention d'intégration et de prise en compte systématique («*mainstreaming*») du législateur:

- En citant le respect de la «vie familiale» dans le préambule comme une «considération primordiale» pour les autorités d'exécution, le législateur indique que le Règlement dans son ensemble doit être lu et appliqué à la lumière de ce concept. En conséquence, les autorités compétentes devraient non seulement éviter les violations de l'art. 8 CEDH, mais également interpréter les dispositions du Règlement en s'inspirant des méthodologies et des concepts développés au titre de cette disposition. Conformément à la jurisprudence de la CrEDH, elles devraient notamment éviter toute interprétation mécanique et excessivement formaliste des dispositions pertinentes.⁴⁹
- En outre, d'après une simple lecture de l'affirmation selon laquelle la vie familiale doit être une «considération primordiale», dans toutes les situations où l'intérêt de l'unité familiale est mis en balance avec des intérêts concurrents, un poids considérable doit lui être accordé (voir ci-dessous, section 4).
- Enfin, il est intéressant de noter que le consid. 14 reprend une expression tirée de l'art. 3 CDE et pour l'essentiel étrangère à la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH. Ce choix de mots, qui ne peut pas être une coïncidence (voir le consid. 13) mais qui reste inexplicé dans les travaux préparatoires, indique sans doute l'intention du législateur de transposer aux questions familiales l'approche de l'«intérêt supérieur» développée dans le cadre de la CDE. Selon cette lecture, le respect de la vie familiale devrait être traité comme un «triple concept» lors de l'interprétation

⁴⁶ Voir entre autres *Al Chodor*, C-528/15, CJUE, 15 mars 2017, disponible sous: <http://www.curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-528/15>, points 33 ss; *Tsegezab Mengesteab c. Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16, CJUE, 26 juillet 2017, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-670/16&language=FR>, points 45 ss.

⁴⁷ A titre d'exemple, voir *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c. H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, CJUE, 2 avril 2019, points 81 ss.

⁴⁸ Voir par ex. TAF, E-2700/2015, p. 6. La jurisprudence du TAF peut être consultée sur le site <http://www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/entscheidatenbank-bvger.html> en introduisant le numéro de référence de l'arrêt lors de la recherche dans la base de données (cf. *supra*, note 31).

⁴⁹ Voir par ex. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, *supra* note 37. Au sujet de l'obligation d'éviter le formalisme excessif selon l'art. 8 CEDH, voir de manière générale *Rodzevillo c. Ukraine*, requête no. 38771/05, CrEDH, 14 janvier 2016, disponible en anglais sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159791>, par. 85; *Penchevi c. Bulgarie*, requête no. 77818/12, CrEDH, 10 février 2015, disponible en anglais sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150999>, par. 57 et 71.

et de l'application du Règlement: a) en tant que droit substantiel dans le sens que nous venons de décrire – c'est-à-dire le droit à ce que la vie de famille soit évaluée et prise en compte comme une «considération primordiale» par les autorités compétentes; b) en tant que principe juridique interprétatif imposant que les dispositions légales pouvant donner lieu à plusieurs interprétations soient lues de manière à servir au mieux la protection de la vie familiale; c) en tant que règle de procédure exigeant que le processus de prise de décision comprenne une évaluation de l'impact des décisions futures sur la vie familiale – et avant cela, exigeant que la vie de famille soit correctement identifiée par les autorités.⁵⁰

2.4 Les règles et le processus de Dublin dans les grandes lignes

Le Règlement Dublin établit les règles permettant de déterminer quel Etat est responsable d'un demandeur, il définit le contenu et l'étendue de cette responsabilité – y compris l'obligation de «prendre en charge» les demandeurs et de les «reprendre en charge» s'ils se sont rendus dans un autre Etat membre – et fixe les règles de preuve et de procédure correspondantes. La présente étude ne prétend pas fournir une description détaillée du Règlement Dublin et de la procédure Dublin, cela dépasserait son cadre.⁵¹ Ce qui suit constitue plutôt un rappel des points clés, tandis que les sections suivantes sont consacrées à une analyse détaillée des dispositions relatives à la famille et des questions d'interprétation et d'application qu'elles soulèvent.

La première étape du processus de Dublin, qu'il s'agisse pour la Suisse de déterminer la responsabilité ou qu'elle soit destinataire d'une requête aux fins de «prise en charge», consiste à examiner les critères de responsabilité.⁵² La plupart de ces critères sont énoncés au chapitre III du Règlement. Les «critères du chapitre III» s'appliquent sur la base de la situation de fait qui existait à la date à laquelle la première demande de protection est introduite auprès d'un Etat membre (principe de «pétrification»: art. 7 par. 2 RD III). Ils sont classés hiérarchiquement et s'appliquent en principe dans l'ordre dans lequel ils sont présentés (art. 7 par. 1 RD III). Par conséquent, l'autorité chargée de la procédure doit examiner les critères de rang supérieur et conclure qu'ils ne sont pas applicables avant même de prendre en considération des critères de rang inférieur.

A cet égard, il convient de noter que les critères fondés sur des liens familiaux (ci-après dénommés «critères familiaux») sont placés en haut de la hiérarchie et doivent être examinés avant les critères basés sur des titres, documents, entrées ou séjours. Il s'ensuit que l'autorité d'application ne peut pas adresser de requêtes aux fins de «prise en charge» sur la base de critères de rang inférieur en trouvant des preuves pertinentes (par exemple,

⁵⁰ Voir *mutatis mutandis* Comité des droits de l'enfant des NU, *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: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>. Il convient de noter que cette triple obligation peut être en grande partie dérivée directement de l'art. 8 CEDH (voir *supra* section 2.2).

⁵¹ Pour une analyse complète, voir C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24; C. Hruschka, F. Maiani, *supra* note 24. Pour une analyse intégrale de la jurisprudence suisse relative au système de Dublin, voir J.-P. Monnet, «La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de transferts Dublin», in S. Breitenmoser, S. Gless, O. Lagodny, *Schengen und Dublin in die Praxis – Aktuelle Fragen*, Dike/Nomos, 2015, pp. 359-439.

⁵² Dans les procédures de reprise en charge, les critères ne jouent qu'un rôle marginal: voir *H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *supra* note 47, points 80 ss.

un «hit» Eurodac indiquant une entrée irrégulière dans un autre Etat membre) avant de rechercher et d'examiner les preuves susceptibles de rendre les critères familiaux applicables. Une telle démarche constituerait une violation manifeste du Règlement et porterait atteinte au choix législatif de donner la priorité à l'unité familiale.⁵³ L'attribution de la responsabilité peut également survenir sur la base de critères extérieurs au chapitre III: l'art. 16 RD III sur les «personnes à charge», fondé sur les liens familiaux, et l'art. 3 par. 2 RD III, énonçant le critère qui s'applique par défaut lorsque tous les autres sont inapplicables. L'art. 22 RD III établit les normes de preuve pertinentes.

Tous ces aspects sont examinés à la section 3, dans la mesure où ils concernent l'unité familiale.

La procédure ou la détermination de la responsabilité ne s'achève pas avec l'examen des critères. En effet, les «clauses discrétionnaires» de l'art. 17 RD III permettent aux Etats membres de déroger aux critères et autres règles prévues par le Règlement. Lorsque l'application de critères aurait des répercussions négatives sur la vie familiale, la question de savoir si une dérogation s'impose doit être examinée à la lumière des normes pertinentes en matière de droits de l'homme ainsi qu'au regard des motifs humanitaires et de compassion.⁵⁴ Il convient de noter que la question peut surgir à n'importe quelle étape de la procédure Dublin et pas seulement au stade de la «prise en charge». Ces aspects sont analysés dans la section 4.

Tout au long de la procédure, les demandeurs bénéficient de toute une série de garanties procédurales: le droit d'être informé, y compris sur la possibilité de fournir des informations et des demandes relatives à la famille (art. 4 RD III); le droit à un entretien individuel, qui peut ne pas avoir lieu uniquement dans des circonstances exceptionnelles (art. 5 RD III); le droit à un recours juridictionnel avec effet suspensif contre les décisions de transfert, couvrant toutes les questions de droit découlant du Règlement ou des normes relatives aux droits de l'homme, ainsi que les questions de fait (articles 26 et 27 RD III); le droit à une assistance juridique et linguistique (art. 27 par. 5 et 6 RD III).

Les enfants non accompagnés et/ou séparés doivent également disposer d'un représentant qualifié et bénéficiaire de services de recherche de la famille (art. 6 RD III). Ces points ne font pas l'objet d'un examen approfondi dans la présente étude. Cependant, la section 5 inclut quelques observations sur les recours nationaux et internationaux disponibles pour les personnes sollicitant une protection.

2.5 Résumé des points principaux

Les autorités suisses sont tenues d'interpréter le Règlement Dublin conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'UE et aux instruments internationaux pertinents, notamment la Convention de Genève, la CCT, la CDE et la CEDH. Elles doivent dûment tenir compte de la jurisprudence de la CJUE, de la CrEDH et des autres organes de surveillance compétents.

⁵³ Voir UNHCR, *Left in Limbo*, *supra* note 13, p. 43. Voir aussi TAF, D-2987/2019.

⁵⁴ J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 429 s.

Les droits de l'homme devraient être intégrés dans tous les aspects de l'interprétation et de l'application du Règlement Dublin. En particulier, le consid. 14 RD III exige spécifiquement que le respect de la vie familiale soit une «considération primordiale». Ceci implique que:

- les dispositions du Règlement relatives à la famille devraient être interprétées et appliquées sans formalisme excessif et de la manière qui sert le mieux l'unité familiale;
- dans toutes les situations où l'intérêt de l'unité familiale est mis en balance avec des intérêts concurrents, il convient de lui accorder un poids considérable;
- le processus de prise de décision devrait inclure une évaluation de l'impact des décisions futures sur la vie familiale.

Les aspects liés à la famille doivent être examinés à tous les stades de la procédure Dublin. Dans les procédures de prise en charge, il sied d'examiner les critères familiaux en premier, et leur applicabilité doit être absolument exclue avant même de pouvoir prendre en considération des critères de rang inférieur. En outre, lorsque l'application de critères ou toute autre mesure prévue par le Règlement (par exemple un transfert dans le cadre d'une reprise en charge) aurait des répercussions négatives sur la vie familiale, la question de savoir si une dérogation s'impose doit être examinée à la lumière des normes pertinentes en matière de droits de l'homme – en particulier l'art. 8 CEDH – ainsi qu'au regard des motifs humanitaires et de compassion. Les garanties procédurales prévues expressément ou implicitement par le Règlement – par ex. le droit à l'information, à un entretien, à un représentant pour les enfants non accompagnés ou séparés, et à une voie de recours – doivent être respectées tout au long du processus.

3. Protection de la vie familiale dans l'interprétation et l'application des critères de Dublin

3.1 Aperçu des critères familiaux et des définitions énoncées dans le Règlement

Les articles 8-11, 16 et 20 par. 3 RD III attribuent la responsabilité aux Etats membres en fonction de la présence, sur leur territoire, de parents du demandeur. La portée de ces critères est diversement circonscrite en fonction de: a) la nature des liens familiaux considérés; b) le moment où le lien a été formé; c) le statut du parent du demandeur au moment déterminé. Le «principe de pétrification», examiné plus haut, peut également constituer une limitation importante dans la mesure où il empêche les autorités de tenir compte des situations survenues après le dépôt de la première demande auprès d'un Etat membre – y compris la création de liens familiaux ou l'acquisition du statut «adéquat» par le membre de la famille.⁵⁵

L'art. 2 let. g RD III donne la définition de base des «membres de la famille» applicable en vertu du Règlement. Cette définition inclut le conjoint ou la/le partenaire non marié-e du

⁵⁵ Voir par ex. ATAF 2013/24, § 4.3; J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 431-432.

demandeur,⁵⁶ les enfants mineurs non mariés et, si le demandeur est un mineur non marié, le père, la mère ou un autre adulte responsable. Ces liens familiaux ne sont couverts que «dans la mesure où la famille existait déjà dans le pays d'origine», conformément au critère d'antériorité du lien (ci-après: «condition de préexistence»).

La définition de base est modifiée ou complétée de différentes manières par les critères individuels, qui prévoient également les limitations relatives au statut susmentionnées. Ainsi, l'art. 8 RD III prévoit que les demandeurs mineurs non accompagnés doivent être assignés à l'Etat membre dans lequel des «membres de la famille»,⁵⁷ des frères ou des sœurs ou des «proches»⁵⁸ «se trouvent légalement». L'art. 9 RD III prévoit le regroupement du demandeur avec des membres de la famille bénéficiaires d'une protection internationale dans un Etat membre, «que la famille ait été ou non préalablement formée dans le pays d'origine». L'art. 10 RD III – la seule disposition appliquant la définition de l'art. 2 let. g RD III sans aucune modification – prévoit la réunion du demandeur et des «membres de la famille» qui sont eux-mêmes demandeurs dans l'attente d'une première décision sur le fond. L'art. 11 RD III prévoit que les «membres d'une famille» ou les frères et sœurs mineurs non mariés qui présentent une demande simultanément ou quasiment au même moment dans un même Etat doivent être laissés ensemble. L'art. 20 par. 3 RD III dispose que la situation des demandeurs et des enfants qui les accompagnent est indissociable, à condition qu'il s'agisse de «membres de la famille» ou que l'enfant soit né après l'arrivée du demandeur dans un Etat membre. Enfin, l'art. 16 RD III s'appuie sur une définition de la famille totalement différente, dans la mesure où il prévoit de laisser ensemble ou rapprocher le demandeur et son enfant (quel que soit son âge), son frère ou sa sœur ou son parent «résidant légalement» dans un Etat membre, en présence d'un lien de dépendance pour un certain nombre de causes déterminées, à condition que la famille ait déjà existé dans le pays d'origine.

Conformément aux principes d'interprétation exposés à la section 2, les critères devraient être appliqués largement. Comme la Commission l'a elle-même recommandé, «il convient [...] qu'ils [les Etats membres] appliquent avec *prévoyance* et cohérence les clauses relatives au regroupement familial» (soulignement ajouté par l'auteur).⁵⁹

Dans la pratique, le plus grand défi auquel sont confrontés les demandeurs qui invoquent les critères familiaux devant les autorités suisses est que leurs liens familiaux soient reconnus comme pertinents. Les principaux obstacles à cet égard sont une interprétation rigide des définitions de la famille pertinentes (section 3.2) et la tendance de l'administration à nier ou à ne pas tenir compte de l'existence de liens familiaux pour des raisons de preuve (section 3.3). L'interprétation des critères individuels soulève d'autres problèmes, lesquels sont examinés ci-après sous la section 3.4.

⁵⁶ Les partenaires ne sont inclus qu'à condition d'être engagés «dans une relation stable», et lorsque les lois ou pratiques nationales relatives aux ressortissants de pays tiers réservent aux couples non mariés un traitement comparable à celui réservé aux couples mariés.

⁵⁷ Il convient de noter que la règle s'applique également à la mère, au père, à un adulte responsable ou aux frères et sœurs d'un enfant marié dont le conjoint ne se trouve pas légalement sur le territoire des Etats membres.

⁵⁸ C'est-à-dire des tantes ou oncles adultes ou des grands-parents. L'art. 8 RD III ajoute la condition que ces proches soient capables «de s'occuper du mineur non accompagné».

⁵⁹ Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, supra note 1, p. 16.

3.2 Les définitions de “membre de la famille” dans le Règlement: questions d’interprétation

3.2.1 L’obligation d’interpréter les définitions de manière large et flexible

Les multiples relations entre les définitions de la «famille» données dans le Règlement et la notion de «vie familiale» au sens de l’art. 8 CEDH constituent un facteur important à prendre en compte lors de l’interprétation et de l’application du Règlement.

- Premièrement, ces notions se chevauchent considérablement. La «vie familiale» comprend aisément tous les liens familiaux couverts par l’art. 2 let. g RD III. Suivant les circonstances, elle peut également englober les liens de famille élargie mentionnés ailleurs dans le Règlement.⁶⁰ Dans la pratique, il convient de partir de l’hypothèse que la «vie familiale» existe dans toutes les situations couvertes par les définitions et les critères. Cela a une influence importante sur l’interprétation et l’application de la définition, explicitées plus en détails ci-dessous.
- Selon le considérant 14 du préambule, le respect de la vie familiale doit être une «considération primordiale». Comme il a été mentionné, cela exclut le formalisme et appelle une interprétation large et flexible des concepts du Règlement (voir la section 2.3 ci-dessus).
- Dans le même temps, les définitions de la notion de «famille» énoncées dans le Règlement revêtent une portée juridique autonome par rapport à celle de la «vie familiale» sous l’empire de l’art. 8 CEDH, et *vice versa*. Par conséquent, les conditions relatives à l’existence d’une «vie familiale» (par exemple une appréciation de son intensité de fait) ne devraient pas être superposées mécaniquement aux définitions de famille tirées du Règlement.

Dans la pratique, le SEM a tendance à ignorer ces principes herméneutiques et à favoriser une lecture restrictive des définitions de la famille, en fixant un seuil élevé tant sur le plan matériel que formel:

- D’une part, il a pour pratique de renforcer les conditions fixées à l’art. 2 let. g RD III, en exigeant la preuve de la stabilité et de l’effectivité d’une relation conjugale ou parentale (*tatsächlich gelebte und dauerhafte Beziehung*).⁶¹ Pourtant, lorsque le Règlement impose de telles conditions factuelles, il les prévoit explicitement (voir en particulier l’art. 2 let. g premier tiret et l’art. 8 par. 2 RD III). Dans tous les autres cas, conformément à la jurisprudence constante du TAF, la seule question pertinente est de savoir si le lien familial correspondant existe (par ex. le mariage ou la filiation) sans que son intensité factuelle ne joue aucun rôle.⁶² Il est révélateur

⁶⁰ Voir CrEDH, *Guide sur l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme – Droit au respect de la vie privée et familiale*, mis à jour au 30 avril 2019, disponible sous: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf, par. 235 ss et 245 ss.

⁶¹ Voir entre autres ATAF 2017 VI/1. Voir aussi ATAF 2013/24, § 4.2 et 5.3; TAF, D-4248/2015, § 6.4; TAF, D-840/2017, § C et D; TAF, D-2137/2017, § I; TAF, D-2987/2019, § 7.1.

⁶² Voir ATAF 2013/24, § 5.3; ATAF 2015/41 et ATAF 2017 VI/1, § 4.2.

que dans de tels cas, les extraits de registres publics constituent une preuve suffisante en vertu d'une disposition expresse (voir également ci-dessous, 3.3.1).⁶³

- D'autre part, les mariages qui, pour une raison ou une autre, ne remplissent pas toutes les conditions pour être reconnus en Suisse ont tendance à être exclus de la définition de l'art. 2 let. g RD III.⁶⁴ S'il est naturel que les autorités nationales se réfèrent à de tels critères pour juger de la «validité» du mariage, il convient néanmoins d'éviter avec le plus grand soin une application trop rigide. L'art. 2 let. g RD III ne mentionne que le droit et la pratique du pays d'accueil pour déterminer a) si les couples non mariés doivent être traités de manière comparable aux couples mariés,⁶⁵ et b) si un adulte autre que le père et la mère peut être considéré comme «responsable» d'un enfant. Dans tous les autres cas, aucune référence de ce type n'est faite et les critères tirés du droit national, par exemple concernant la validité des mariages, ne peuvent pas être appliqués mécaniquement. En effet, en l'absence d'indication contraire, la notion de «membre de la famille» est une notion autonome du droit de l'UE⁶⁶ qui, comme indiqué, devrait être interprétée de manière large et flexible, conformément au considérant 14 RD III. En outre, «reconnaître» l'existence un mariage aux fins du Règlement Dublin est tout à fait distinct de le reconnaître à des fins civiles et a pour seul objectif de déterminer quel Etat est le mieux placé pour accueillir le demandeur pendant la durée de la procédure d'asile. Conformément au principe de non-formalisme découlant du droit de la CEDH, même si la validité formelle du mariage n'est pas pleinement établie, les autorités devraient être convaincues de l'existence de ce dernier au sens de l'art. 2 let. g RD III, quand le demandeur et sa ou son conjoint «se croient mariés et souhaitent sincèrement cohabiter».⁶⁷ Bien entendu, dans les cas où le mariage enfreint ouvertement l'ordre public de l'Etat d'accueil, la question de savoir si un effet juridique devrait en découler peut se poser, y compris dans le cadre de Dublin.⁶⁸ Il est toutefois considéré que, même dans de telles situations, il convient d'appliquer le critère de l'ordre public avec prudence. Dans les cas de mariages impliquant des enfants, en particulier, l'exclusion pure et simple du lien de parenté du champ de protection de l'art. 2 let. g RD III peut paraître trop sévère, et une évaluation individualisée de «l'intérêt supérieur» telle que prévue à l'art. 8 RD III pourrait constituer la meilleure approche.⁶⁹

⁶³ Voir Commission européenne, *Règlement d'exécution (UE) no 118/2014 de la Commission du 30 janvier 2014 modifiant le règlement (CE) no 1560/2003 portant modalités d'application du règlement (CE) no 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers* (ci-après «modalités d'exécution» ou «RE»), JO L 2014 39/1, Annexe I.

⁶⁴ Voir par ex. TAF, D-4424/2016, p. 9; TAF, E-4791/2017, p. 5.

⁶⁵ Au sujet des relations entre partenaires non mariés au regard du droit suisse, voir ATAF 2012/5, § 3.3.2; TAF, E-747/2015, § 2.4.

⁶⁶ Voir *mutatis mutandis* D.M. Levin c. Staatssecretaris van Justitie, affaire 53/81, CJUE, 23 mars 1982.

⁶⁷ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, supra note 37, par. 63. Voir aussi ATAF 2013/24, § 4.3.2 *in fine*.

⁶⁸ Voir par ex. TAF, D-7084/2016.

⁶⁹ Dans le contexte (différent) de l'art. 8 CEDH, voir *Z.H. et R.H. c. Suisse*, requête no. 60119/12, CrEDH, 8 décembre 2015, disponible en anglais sous: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,566843824.html>, par. 44. A noter que dans cet arrêt, la Cour laisse finalement ouverte la question de l'existence d'une «vie familiale» (par. 45 s.), et, comme signalé par le juge Nicolaou dans son opinion concordante, il n'y avait guère de doute sur le fait que les deux requérants aient effectivement joui d'une «vie familiale». Voir aussi *infra* section 4.

Lors de l'application de l'art. 2 let. g RD III aux autres relations familiales qu'il englobe, il s'agit de faire preuve des mêmes précautions dans l'appréciation de la réalité des rapports familiaux ainsi que de souplesse dans l'interprétation du Règlement.

3.2.2 L'obligation d'appliquer les dispositions familiales sans discrimination

Les dispositions du Règlement relatives à la famille établissent des distinctions risquant d'entraîner des criantes inégalités de traitement. Cela peut s'avérer problématique au regard de la CEDH. Comme mentionné ci-dessus, lorsque l'existence d'un lien familial pris en considération dans le Règlement est établie, on peut supposer que l'art. 8 CEDH est aussi applicable, ce qui implique également l'applicabilité de l'art. 14 CEDH. Par conséquent, toute discrimination dans la jouissance de la vie familiale résultant de l'application des critères est interdite et doit être évitée.

Voici quelques exemples d'inégalités de traitement découlant du Règlement:

- Alors que les circonstances dans lesquelles se forment et se séparent les familles peuvent légitimement être prises en compte – y compris sous l'angle de l'art. 8 CEDH⁷⁰ – une distinction nette entre les familles formées «avant la fuite» et «après la fuite» n'est pas admissible, car cela induit des différences de traitement pour des situations qui peuvent en fait être parfaitement comparables.⁷¹ Le fait que le Règlement applique cette condition de «préexistence» de manière intermittente – par exemple pas dans les cas prévus à l'art. 9 RD III, ni pour les liens familiaux étendus ajoutés dans des clauses individuelles (par ex. «proches» et «frères et sœurs» au titre de l'art. 8 RD III) – renforce l'incohérence générale et peut entraîner de nouvelles distinctions injustifiées. Il ressort d'une lecture purement littérale des articles 2 let. g et 8 RD III que les conditions de «préexistence» devraient par exemple s'appliquer à la relation entre un enfant non marié et sa mère, alors qu'elles seraient inapplicables à la relation entre ce même enfant et son oncle.
- Comme relevé précédemment, l'art. 20 RD III rend indissociable la position d'un demandeur adulte et celle d'un enfant l'accompagnant, pour autant qu'ils soient des «membres de la famille» ou que l'enfant soit né après l'arrivée du demandeur dans l'Union. Les enfants nés dans un pays de transit se retrouvent «assis entre deux chaises», à moins qu'il ne puisse être démontré que le lien familial ait été constitué dans *leur* pays d'origine et que cela soit considéré comme suffisant au regard de l'art. 2 let. g RD III.
- La définition spéciale de la famille figurant à l'art. 16 RD III inclut «l'enfant, le frère ou la sœur, ou le père ou la mère» du demandeur, mais exclut le conjoint, sans qu'aucune justification à cet égard ne soit apparente ou ne ressorte des travaux préparatoires.⁷² Particulièrement dans les cas visés, où les personnes se trouvent

⁷⁰ Voir *infra*, section 4.3.3, se référant aux liens familiaux formés durant des périodes de séjour «toléré».

⁷¹ *Hode et Abdi*, *supra* note 37.

⁷² C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 16, K1, considèrent cette omission «surprenante».

dans une situation de dépendance mutuelle, cette exclusion est problématique: est-il admissible de prévoir la réunion d'une femme enceinte avec sa sœur «résidant légalement» ou son père âgé, mais *pas* avec son mari et père de l'enfant à naître «résidant légalement»?

- Au-delà des définitions de famille *stricto sensu*, de nombreuses dispositions du Règlement créent des effets de seuil. Prenons, par exemple, le cas d'une requérante dont le conjoint a longtemps bénéficié du statut de réfugié, mais qui a été naturalisé quelques heures avant que la requérante – à l'insu de son époux ou des autorités de naturalisation – n'introduise sa demande dans un autre Etat. Dans une telle situation, l'art. 9 RD III est inapplicable au sens strict – mais est-il acceptable que l'unité familiale soit subordonnée à des différences aussi triviales dans les faits?

Le remède traditionnel à ces diverses insuffisances et incohérences littérales du Règlement Dublin consiste à utiliser les clauses discrétionnaires, traitées ci-dessous (section 4). Il est toutefois indiqué que dans au moins quelques cas décrits précédemment, il ne s'agit pas tant de déroger à ces dispositions pour certaines catégories d'affaires, mais bien de les interpréter à la lumière des objectifs, du dessein et des principes du Règlement.

Par exemple, il est largement admis que la condition de «préexistence» vise à empêcher les abus commis par les demandeurs pour manipuler l'application des critères.⁷³ Si cela est vrai, la condition ne devrait *pas* être interprétée comme excluant automatiquement toutes les relations familiales formées «postérieurement à la fuite», car cela dépasse son objectif, mais plutôt comme excluant les liens familiaux établis en dehors du pays d'origine *et* en présence d'éléments suggérant une intention abusive.⁷⁴ Une telle réduction téléologique, parfaitement acceptable d'un point de vue méthodologique,⁷⁵ est nécessaire pour rendre la condition de préexistence conforme au principe de proportionnalité découlant de l'art. 14 CEDH.

D'autres incohérences pourraient être éliminées par le biais d'une interprétation large ou analogique.⁷⁶ Par exemple, plutôt que de se pencher directement sur les clauses discrétionnaires, il convient d'examiner d'abord avec soin si l'exclusion du conjoint du champ d'application de l'art. 16 RD III ou l'exclusion des enfants nés en transit du champ d'application de l'art. 20 RD III étaient voulues par le législateur ou devraient plutôt être considérées comme des lacunes dans le dispositif du Règlement. De même, le réfugié naturalisé pourrait (ou, selon les circonstances, devrait) être traité comme un réfugié aux fins de l'art. 9 RD III,⁷⁷ de la même façon que le TAF inclut dans la portée de cette

⁷³ C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 2, K26.

⁷⁴ Pour une formulation plus complète du raisonnement, voir C. Hruschka, F. Maiani, *supra* note 24. Voir aussi, *mutatis mutandis*, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie c. H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, CJUE, Conclusions de l'avocat général Sharpston, 29 novembre 2018, points 67 ss.

⁷⁵ K. Lenaerts, J. Gutierrez-Fons, *To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice* (2013), Academy of European Law Distinguished Lectures AEL 2013/9, disponible sous: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>, p. 28 s.

⁷⁶ Au sujet du raisonnement par analogie dans le droit communautaire, voir entre autres K. Langenbucher, "Argument by Analogy in European Law", *Cambridge Law Journal*, 1998, vol. 57, no. 3, pp. 481-521, notamment p. 510 ss.

⁷⁷ Pour un exemple similaire, voyant toutefois les autorités nationales opter pour l'application en série des clauses discrétionnaires, voir European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Dublin II*

disposition des anciens bénéficiaires de protection internationale jouissant désormais du statut de migrants «ordinaires» (voir ci-dessous, section 3.4).

3.3 Les définitions du «membre de la famille» dans le Règlement: questions relatives à la preuve

3.3.1 Moyens de preuve et exigences en matière de preuve

Un autre obstacle important auquel sont confrontés les demandeurs qui invoquent des critères familiaux devant les autorités suisses a trait à l'établissement de l'existence des liens familiaux allégués.⁷⁸

Le Règlement Dublin et les modalités d'exécution (RE) énoncent deux principes importants en la matière.⁷⁹

- Tout d'abord, les Etats doivent «vérifie[r], [...] de manière *exhaustive et objective*, et en tenant compte de toutes les informations [...] *directement ou indirectement disponibles*, si [leur] responsabilité [...] est établie» selon les critères (voir art. 3 par. 2 RE, soulignement ajouté par l'auteur). Ce principe souligne la nature objective, et non pas contradictoire, des procédures Dublin et les devoirs inquisitoires de l'administration (voir aussi ci-dessous, section 3.3.2). Dans la pratique, lorsque le SEM reçoit ou détient *ex officio* des informations sur l'existence de liens familiaux (par exemple par le biais de déclarations des demandeurs), il ne devrait pas les ignorer mais au contraire y donner suite, y compris lorsque la situation tend à indiquer que la Suisse deviendrait l'Etat responsable.⁸⁰
- L'art. 22 par. 4 RD III stipule en outre que «l'exigence de la preuve ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la bonne application du [...] règlement». L'objet même de la procédure – détermination de la responsabilité par opposition à l'octroi du regroupement familial à long terme – ainsi que les considérations de célérité à la base du Règlement⁸¹ impliquent tous deux des normes réduites en matière de preuve. En effet, comme l'a confirmé le TAF, «la détermination de la responsabilité pour la mise en œuvre d'une procédure d'asile doit en principe reposer sur des exigences de preuve aussi réduites que possible».⁸² Il s'agit, en fait, d'un principe établi de longue date par les Etats membres dans la décision 1/97 du «Comité de l'article 18», un organe créé en vertu de la Convention de Dublin de

Regulation – Lives on Hold, février 2013, disponible sous: <https://www.refworld.org/pdfid/513ef9632.pdf>, p. 35.

⁷⁸ Voir par ex. ATAF 2013/24, § 4.2, 4.3.2 et 5.3; ATAF 2015/41, § 7.1. Voir aussi TAF, E-747/2015.

⁷⁹ Ces deux principes s'adressent formellement à l'«Etat membre requis», cependant, comme l'a déterminé le TAF, ils sont pleinement applicables également dans les situations où un Etat examine sa propre responsabilité: ATAF 2015/41, § 7.3 *in fine*.

⁸⁰ Voir TAF, D-2987/2019, en particulier 8.3 s. Voir aussi C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 22, article 7, K6.

⁸¹ Voir consid. 5 préambule RD III et *N. S.*, affaire C-411/10, *supra* note 19.

⁸² Voir ATAF 2015/41, § 7.2 (traduction basée sur la version française du texte de l'UE, *Décision no. 1/97 du 9 septembre 1997 du comité institué par l'article 18 de la convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à certaines dispositions pour mettre en œuvre la convention*, 14 octobre 1997, JO L 281/1-25).

1990. La décision 1/97, qui a été *inter alia* citée avec approbation dans la proposition de la Commission relative au Règlement Dublin II, se lit comme suit: «les Etats membres devraient accepter d’assumer la responsabilité de l’examen d’une demande d’asile même sur la base d’une preuve par indices dès lors qu’il ressort d’un examen d’ensemble de la situation du demandeur d’asile que, selon toute vraisemblance, la responsabilité de l’Etat membre en cause est engagée».⁸³ Ce point figure expressément dans le texte du Règlement lui-même (voir art. 22 par. 5 RD III, discuté ci-dessous) et il interdit, en particulier, d’insister sur la preuve flagrante des relations familiales.

Au-delà de ces principes généraux, l’art. 22 RD III établit une distinction entre les «éléments de preuve» et les «indices» – les premiers étant suffisants pour établir la responsabilité en l’absence de preuve contraire, les seconds étant susceptibles de le faire s’ils sont «cohérents, vérifiables et suffisamment détaillés» (voir art. 22 par. 3 et 5 RD III).⁸⁴ L’annexe II, liste A des modalités d’exécution, qui énumère les éléments de preuve, inclut entre autres les «extraits de registres» ainsi que la formulation ouverte: «document prouvant le lien de parenté» (liste A). Comme le TAF l’a confirmé, une telle preuve doit être acceptée comme suffisante pour établir l’existence du lien familial, sauf lorsque des circonstances de fait supplémentaires doivent être prouvées (voir ci-dessus, section 3.2.1). De plus, les doutes quant à l’authenticité des documents et preuves produits ne suffisent pas à les écarter. Pour ce faire, l’administration doit apporter des preuves contraires, c’est-à-dire prouver le manque d’authenticité.⁸⁵ Enfin, selon la lettre claire des modalités d’exécution (*ibidem*), les tests ADN ne peuvent être requis que «à défaut» d’autres formes de preuve et «si nécessaire», et doivent donc être considérés comme une *ultima ratio* – et non comme une forme de preuve pouvant être exigée de façon systématique ou régulière.⁸⁶

Les «indications vérifiables du demandeur» ainsi que les «déclarations des membres de la famille concernés» sont répertoriées comme indices dans le RE (liste B), à côté des rapports ou de la confirmation par des organisations internationales, telle que le HCR. Comme relevé ci-dessus, ces indices ne peuvent être ignorés et doivent au contraire être sérieusement examinés et acceptés comme suffisants lorsqu’ils possèdent les qualités décrites à l’art. 22 par. 5 RD III.⁸⁷ En outre, comme l’a affirmé la CJUE dans un contexte juridique comparable, lorsqu’ils décident en l’absence de pièces justificatives prouvant les liens familiaux et qu’ils évaluent les indices fournis, les Etats membres doivent tenir

⁸³ Commission européenne, *Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des Etats membres par un ressortissant d’un pays tiers*, 26 juillet 2001, COM(2001) 447 final, disponible sous: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:52001PC0447>, p. 18.

⁸⁴ Voir aussi ATAF 2015/18, § 4.1.4, où le TAF fixe le degré de preuve à satisfaire en mentionnant la preuve ou un «faisceau d’indices cohérents, vérifiables et suffisamment détaillés» de l’existence d’un lien familial.

⁸⁵ Voir ATAF 2013/24, § 5.3; ATAF 2015/41, § 7.1 et 7.3.

⁸⁶ Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission: Document accompagnant le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l’évaluation du système de Dublin*, 6 juin 2007, SEC(2007) 742, disponible en anglais sous: <https://www.refworld.org/docid/47fdfb080.html>, p. 24. Voir aussi UNHCR, *UNHCR Note on DNA Testing to Establish Family Relationships in the Refugee Context*, juin 2008, disponible en anglais sous: <http://www.refworld.org/docid/48620c2d2.html>, p. 4.

⁸⁷ Pour un exemple positif tiré de la pratique Suisse à cet égard, voir ATAF 2013/24, § 4.3.2.

compte des situations spécifiques des personnes sollicitant une protection, des difficultés auxquelles elles sont confrontées pour fournir des preuves, ainsi que de l'intérêt supérieur de tout enfant éventuellement impliqué.⁸⁸

Ces principes de preuve concordent avec ceux que la CrEDH a établis en relation avec l'art. 8 CEDH.⁸⁹ Dans *Tanda-Muzinga*, la Cour a estimé que les procédures affectant la vie familiale doivent offrir «les garanties de *souplesse*, de célérité et d'effectivité requises» (mise en exergue par l'auteur).⁹⁰ Elle a également souligné la nécessité pour les décisionnaires de prendre en compte des sources de preuves autres que des preuves formelles, y compris les déclarations des membres de la famille et des informations provenant d'organisations internationales. S'agissant des difficultés particulières auxquelles sont confrontés les demandeurs d'asile, elle a enfin rappelé qu'il «convient dans de nombreux cas de leur accorder le bénéfice du doute lorsque l'on apprécie la crédibilité de leurs déclarations et des documents soumis à l'appui de celles-ci».⁹¹

Pour conclure sur ce point: toutes les règles applicables soulignent la nécessité pour les autorités nationales d'adopter une approche souple, constructive et proportionnée dans l'appréciation des preuves des liens familiaux. En vertu du Règlement et de ses modalités d'application, toutes les preuves formelles que les demandeurs peuvent produire sont concluantes, sous réserve uniquement de preuves contraires. Ils confèrent également aux demandeurs le droit de s'appuyer sur un large éventail d'éléments de preuve, y compris leurs propres déclarations vérifiables. Enfin, le Règlement établit des normes de preuve réduites – un point renforcé par le principe du «bénéfice du doute» qui peut être déduit de l'art. 8 CEDH.

3.3.2 Les devoirs de l'administration d'établir les liens familiaux de façon proactive

Les autorités chargées de la procédure Dublin devraient non seulement être ouvertes aux éléments de preuve fournis par le demandeur, mais également contribuer de manière proactive à établir l'existence de liens familiaux. Cela découle aussi sans ambiguïté d'une pluralité de sources.

En droit suisse, la procédure Dublin est de nature inquisitoire plutôt que contradictoire (maxime inquisitoire, *Untersuchungsgrundsatz*). Il appartient donc au SEM d'établir d'office tous les faits pertinents, y compris ceux qui se rapportent à la situation familiale du demandeur. Cette obligation est modérée par le devoir de collaboration du demandeur,

⁸⁸ *E. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-635/17, CJUE, 13 mars 2019, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-635/17&language=fr>, points 65 et 76 ss. Le cadre légal décrit dans l'arrêt – celui de la *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, JO L 2003 251/12, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=548ef0e24> – est comparable à bien des égards à celui du Règlement Dublin. Les règles de preuve de la directive, bien que moins spécifiques, exigent également que des preuves autres que des pièces justificatives des liens familiaux soient prises en compte, en veillant à garder à l'esprit l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie familiale: voir *ibidem*, points 7 ss.

⁸⁹ Ces principes sont applicables en raison du lien entre l'art. 8 CEDH et les définitions de la famille dans le Règlement comme cela a été souligné précédemment à la section 3.2.1.

⁹⁰ *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 82.

⁹¹ *Ibidem*, par. 69 et 79.

et par son droit de participer à la procédure notamment par le biais d'un entretien (voir articles 4 et 5 RD III). En particulier, le demandeur porte une responsabilité spécifique en aidant à clarifier sa situation personnelle. Cependant, l'administration n'est pas habilitée à imposer le fardeau de la preuve des liens familiaux au demandeur: une fois que l'obligation de collaborer du demandeur a été remplie, mais qu'il reste encore des points à clarifier, il appartient au SEM d'instruire la demande jusqu'à ce que la norme de preuve énoncée précédemment soit satisfaite.⁹²

Ce principe du droit public suisse est conforme aux dispositions du Règlement Dublin et de ses modalités d'application, qui prévoient également un rôle actif pour l'autorité chargée de la procédure (voir ci-dessus, section 3.3.1).

Les exigences imposées à l'administration d'adopter une attitude proactive sont renforcées lorsqu'il s'agit de l'application des critères énumérés à l'art. 8 RD III concernant les mineurs non accompagnés. D'une part, l'art. 6 par. 4 RD III oblige les Etats membres à «prend[re] dès que possible les mesures nécessaires pour identifier les membres de la famille [...] sur le territoire des Etats membres, tout en protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant». Pour s'acquitter de cette obligation de recherche, les Etats membres peuvent faire appel à l'assistance d'organisations pertinentes (par ex. la Croix-Rouge). D'autre part, l'art. 12 par. 4 RE exige que l'Etat membre chargé de la détermination collabore avec les autres Etats membres chaque fois qu'il «est en possession d'informations permettant de commencer l'identification et/ou la localisation d'un membre de la famille». Fondamentalement, de telles mesures devraient être prises d'office dès que possible après le dépôt de la demande, même lorsque l'enfant n'a pas d'informations à fournir sur le lieu où se trouve sa famille.⁹³

Les stipulations de l'art. 6 par. 4 RD III et art. 12 par. 4 RE devraient inspirer la pratique des Etats au-delà de leur champ d'application formel. En effet, retrouver les membres de la famille avec l'assistance d'organisations internationales pertinentes et consulter d'autres Etats membres en cas d'indices de la présence de parents sur place, peut être considéré comme un moyen pour l'administration de s'acquitter des fonctions inquisitoires générales décrites ci-dessus. Au titre des bonnes pratiques, le SEM devrait également appliquer systématiquement ces dispositions aux demandeurs qui ne sont pas des enfants non accompagnés, en particulier si le demandeur est une personne vulnérable pour une autre raison.

3.3.3 Problèmes de délais pour la production de la preuve des liens familiaux

Aux fins de trois critères liés à la famille – les articles 8, 10 et 16 RD III – l'art. 7 par. 3 RD III exige que les Etats membres prennent en considération tout élément de preuve

⁹² Au sujet de l'énonciation de la maxime inquisitoire et sa relation avec l'obligation de collaborer des requérant-e-s, voir par ex. ATAF 2015/4, § 3.2. Pour une application concrète, voir entre autres TAF, D-5170/2018, p. 5 ss.

⁹³ Voir UNHCR, *Left in Limbo*, supra note 13, p. 75 ss; ICFI, *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation – Final Report, Study for the European Commission*, mars 2016, disponible en anglais sous: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf, p. 17 s.

disponible attestant de la présence d'un membre de la famille ou d'un proche dans un Etat membre, à condition que ces preuves soient produites avant l'acceptation d'une requête aux fins de prise ou de reprise en charge,⁹⁴ et qu'une première décision sur le fond n'ait pas encore été rendue.⁹⁵ Une conséquence importante de cette règle est que les autorités nationales ne peuvent ignorer les preuves de liens familiaux sous prétexte qu'une demande de prise ou de reprise en charge a déjà été envoyée, et que la procédure est donc pour ainsi dire «close» de leur point de vue.⁹⁶

Les raisons pour lesquelles les autres critères relatifs à la famille – les articles 9 et 11 RD III – sont exclus du champ d'application de l'art. 7 par. 3 RD III demeurent floues,⁹⁷ de même si cette exclusion doit être interprétée au pied de la lettre et appliquée strictement⁹⁸ ou non.⁹⁹ Les travaux préparatoires laissent suggérer une erreur de rédaction. La règle initialement proposée par la Commission était une dérogation au «principe de pétrification» de l'art. 7 par. 2 RD III qui serait applicable à tous les critères familiaux.¹⁰⁰ Au Conseil, des craintes ont été exprimées quant au fait qu'une telle dérogation pourrait encourager les demandeurs à conclure des mariages de complaisance pour déclencher l'application de l'art. 9 RD III, qui, comme il a été relevé, s'applique aux liens familiaux formés «après la fuite».¹⁰¹ En conséquence, la présidence a proposé un texte de compromis excluant l'art. 9 RD III du champ d'application de l'art. 7 par. 3 RD III. L'actuel art. 11 RD III, qui ne présente aucun risque de ce type, a également été ciblé sans aucune explication et éventuellement par inadvertance.¹⁰² Par la suite, l'art. 7 par. 3 RD III a été transformé d'une dérogation au «principe de pétrification» en une règle purement de preuve,¹⁰³ éliminant ainsi tout risque que des mariages «postérieurs à la demande» puissent être utilisés pour déclencher l'art. 9 RD III. Cette modification a rendu superflue

⁹⁴ Au sujet de la pertinence limitée des critères familiaux dans les procédures de reprise en charge, voir *H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *supra* note 47, points 80 ss. Pour une interprétation où l'art. 7 par. 3 RD III est lu comme une exception plus générale à la règle selon laquelle les critères de responsabilité ne sont pas appliqués dans les procédures de reprise en charge, voir ATAF 2017 VI/5, § 6.2 ss et 8.2 ss.

⁹⁵ Sur la notion de «première décision sur le fond», voir *infra* section 3.4.2.

⁹⁶ C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 7, K7.

⁹⁷ *Ibidem*, K8.

⁹⁸ Voir par ex. TAF, E-6932/2016, § 6.3.

⁹⁹ Voir implicitement TAF, D-2359/2014.

¹⁰⁰ Voir Commission européenne, *Proposition de règlement établissant les critères de détermination de l'Etat membre responsable*, *supra* note 8, art. 7 par. 3.

¹⁰¹ Conseil de l'UE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person*, doc. no. 12364/09, 27 juillet 2009, disponible uniquement en anglais sous: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12364-2009-INIT/en/pdf>, p. 37 s.

¹⁰² Conseil de l'UE, *Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, doc. no. 12328/09, 29 juillet 2009, disponible en anglais sous: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12328-2009-INIT/en/pdf>, art. 7 par. 3.

¹⁰³ Voir S. Peers *et al.*, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition – Volume 3: EU Asylum Law*, Brill/Nijhoff, 2015, p. 357. Postulant encore que l'art. 7 par. 3 déroge à l'art. 7 par. 2 RD III, voir C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 7, K9.

l'exclusion de l'art. 9, mais ce point a apparemment été omis par les rédacteurs.¹⁰⁴ Il n'y a, en conclusion, aucune raison objective d'exclure les articles 9 et 11 RD III du champ d'application de l'art. 7 par. 3 RD III. En outre, l'exclusion génère une incertitude relative au délai à appliquer pour la production de preuves aux fins de ces deux critères. La solution la plus raisonnable consiste à interpréter l'art. 7 par. 3 RD III comme étant applicable à tous les critères familiaux. Alternativement, comme l'a proposé l'AG Sharpston, vu que l'exclusion était à l'origine inspirée par la crainte d'abus, elle devrait dès lors être appliquée, le cas échéant, uniquement en présence de preuves à cet égard.¹⁰⁵

Avant de conclure sur ce point, il est important de souligner que l'art. 7 par. 3 RD III n'impose qu'une obligation minimale aux fins de l'application des critères: il n'*interdit* pas aux Etats membres de prendre en compte les preuves produites ultérieurement. En outre, l'art. 7 par. 3 RD III n'est pas applicable lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'une «vie familiale» sous l'empire de l'art. 8 CEDH (voir ci-dessous section 4).¹⁰⁶

3.4 Questions d'interprétation relatives aux critères individuels

3.4.1 Les critères relatifs aux enfants et les questions ayant trait à l'évaluation de l'âge

L'art. 8 RD III tient la première place dans la hiérarchie et fixe un ensemble autonome de critères applicables aux mineurs non accompagnés sollicitant une protection.¹⁰⁷ En vertu de l'art. 8 par. 1 RD III, la responsabilité doit être attribuée à l'Etat membre dans lequel des «membres de la famille» ou des frères ou sœurs se trouvent légalement. Le paragraphe 2 attribue la responsabilité à l'Etat où des «proches» qui peuvent «s'occuper du mineur» se trouvent légalement. En l'absence de connexion familiale, l'Etat responsable est celui où l'enfant a introduit sa demande et dans lequel il est présent.¹⁰⁸

Contrairement à ce que la «règle hiérarchique» de l'art. 7 par. 1 RD III laisse suggérer, il n'y a pas d'ordre d'application prédéterminé pour les critères de l'art. 8 RD III. La sélection du paragraphe applicable et le choix de l'Etat responsable dans les cas où des parents sont présents dans plus d'un Etat doivent se faire à la lumière d'une évaluation individualisée de l'intérêt supérieur (voir articles 8 par. 3 et 6 par. 1 RD III). En outre, tant la lettre de l'art. 8 RD III que le principe de l'intérêt supérieur qui le régit et son objectif sous-jacent –

¹⁰⁴ Voir Conseil de l'UE, *Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, doc. no. 17167/09, 16 décembre 2009, disponible uniquement en anglais sous: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17167-2009-INIT/en/pdf>, p. 17, et Conseil de l'UE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, doc. no. 9191/11, 26 avril 2011, disponible en anglais sous: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9191-2011-INIT/en/pdf>, p. 34.

¹⁰⁵ *H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, AG Sharpston, *supra* note 74, points 67 ss.

¹⁰⁶ Voir dans un sens similaire C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 7, K10.

¹⁰⁷ De tous les autres critères, seul l'art. 11 s'applique en se référant expressément aux enfants non accompagnés ayant introduit une demande (voir *infra*, section 3.4.2).

¹⁰⁸ Voir *MA et autres*, C-648/11, *supra* note 41.

offrir aux demandeurs «particulièrement vulnérables»¹⁰⁹ les meilleures possibilités de profiter du soutien de leurs parents – indiquent que les termes «se trouvent légalement» devraient être interprétés largement comme englobant toute forme de présence licite ou régulière sur le territoire d'un Etat membre.¹¹⁰

En vertu de l'art. 20 par. 3 RD III, la position des enfants qui accompagnent un adulte est indissociable de celle de ce dernier, à condition qu'ils soient des «membres de la famille» et que ce soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La clause a pour but d'empêcher la séparation et complète ainsi l'art. 8 RD III, qui vise à y remédier. Comme il a été relevé précédemment, il convient d'appliquer l'art. 20 par. 3 RD III de manière large afin de couvrir les situations qui échapperaient sinon à son champ d'application en raison de l'exigence de «préexistence».

Le bénéfice de ces critères et de leurs larges clauses de «regroupement familial» étant réservés aux enfants, l'évaluation de l'âge est une étape cruciale et souvent litigieuse. En mai 2019, le Comité des droits de l'enfant des NU (Comité CDE) a résumé les principes applicables dans ses constatations adoptées à la suite de plaintes individuelles contre l'Espagne.¹¹¹ Celles-ci méritent d'être récapitulées ici et mises en relation avec la pratique suisse correspondante.

En premier lieu, une personne alléguant être mineure doit «se voir accorder le bénéfice du doute et être traitée comme un enfant» lors du processus de détermination de l'âge en soi. Ainsi, le principe de «l'intérêt supérieur» doit être respecté tout au long de la procédure et «un représentant légal qualifié, possédant les compétences linguistiques nécessaires» doit déjà être nommé à ce stade.¹¹² Il n'est pas certain que cette dernière garantie soit pleinement et systématiquement respectée par la législation suisse et dans la pratique suisse.¹¹³

S'agissant des moyens et normes de preuve, le Comité CDE a mentionné les points suivants:

- Comme sous l'empire du Règlement, les pièces d'identité produites par la personne concernée doivent être considérées comme authentiques jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'elles sont fausses.¹¹⁴ Cette norme n'est pas satisfaite lorsque des

¹⁰⁹ Voir *mutatis mutandis* MA et autres, C-648/11, *supra* note 41, points 54 ss.

¹¹⁰ Voir dans ce sens ATAF 2016/1, § 4.2.

¹¹¹ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), *A.L. c. Espagne*, communication no. 16/2017, 10 juillet 2019, CRC/C/81/D/16/2017, disponible sous: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F16%252F2017&Lang=en; Comité CDE, *J.A.B. c. Espagne*, communication no. 22/2017, 9 juillet 2019, CRC/C/81/D/22/2017, disponible sous: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F22%252F2017&Lang=en.

¹¹² Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.3 et 12.8 (trad.).

¹¹³ Voir European Asylum Support Office (EASO), *Guide pratique d'EASO sur l'évaluation de l'âge*, Deuxième édition, 2018, disponible sous: https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-Practical-Guide-on-Age-Assessment-2018_FR.pdf, p. 114, 116; TAF, E-7333/2018, § 2.3.

¹¹⁴ Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.4 (certificat de naissance); Comité CDE, *J.A.B. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 13.4 (passeport).

documents officiels sont écartés sur la base du postulat général que de faux documents peuvent être obtenus dans le pays d'origine du demandeur.¹¹⁵

- Le refus de subir un test médical pour la détermination de l'âge ne peut être considéré comme une preuve concluante de la majorité.¹¹⁶
- En l'absence de documents d'identité ou d'autres preuves appropriées, les Etats doivent procéder à une «évaluation complète du développement physique et psychologique de l'enfant réalisée par des pédiatres spécialisés ou d'autres professionnels [qualifiés]» [trad.]. L'apparence physique ne peut jamais être considérée comme concluante, car «l'évaluation de l'âge ne doit pas seulement prendre en compte l'apparence physique [...] mais aussi [...] la maturité psychologique».¹¹⁷ L'évaluation doit être «effectuée de manière rapide, adaptée aux enfants, sensible au genre et culturellement appropriée, y compris les entretiens [...] dans un langage que l'enfant comprend» [trad.]. Dans ce contexte, «les déclarations des enfants doivent être prises en compte».¹¹⁸ Il est important de noter que l'exigence selon laquelle une «évaluation complète» doit être effectuée dans tous les cas exclut de pouvoir se fier automatiquement à des enregistrements de l'âge ou des évaluations de l'âge explicites ou implicites effectués dans d'autres Etats membres.¹¹⁹

Bien que, sur certains points, la jurisprudence du TAF semble correspondre aux principes exposés ci-dessus, la pratique suisse se caractérise par un recours accru aux méthodes médicales basées sur des examens osseux et dentaires. Le Comité CDE et le TAF ont souligné que l'évaluation par radiographie de la main, au moyen de l'atlas de Greulich et Pyle, n'est pas suffisamment fiable.¹²⁰ Le TAF semble cependant attribuer une valeur probante élevée à des techniques d'analyses osseuses et dentaires plus sophistiquées, au détriment de l'évaluation holistique requise par le Comité CDE.¹²¹ Cet aspect devrait être reconsidéré à la lumière de l'avis clair du Comité CDE selon lequel «les Etats devraient s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales basées sur des examens osseux et dentaires, qui peuvent s'avérer inexacts [...] et peuvent également être traumatisantes et conduire à des procédures juridiques inutiles».¹²²

Dernier point important, le Comité CDE a relevé que lorsque les autorités ne parviennent pas à une conclusion ferme sur l'âge de la personne concernée, «il est essentiel que le

¹¹⁵ Voir TAF, D-5795/2015, § 3.5 (passage non publié d'ATAF 2016/1); voir cependant, pour un exemple du raisonnement critiqué dans le texte, ATAF 2018 VI/3, § 5.2.

¹¹⁶ Comité CDE, *J.A.B. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 13.4.

¹¹⁷ Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.7 (trad.). Voir aussi dans le même sens TAF, E-7333/2018, § 2.3.

¹¹⁸ Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.4 (trad.).

¹¹⁹ Voir dans ce sens TAF, D-5795/2015, § 3.6 (passage non publié d'ATAF 2016/1).

¹²⁰ Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.6; TAF, D-5795/2015, § 3.3.1 s. (passage non publié d'ATAF 2016/1); TAF, E-7333/2018, § 2.3. Il est préoccupant que le SEM ait adopté cette méthodologie, combinée à des impressions subjectives de l'apparence du demandeur, même dans des décisions récentes: voir TAF, D-5795/2015, *loc. cit.* et plus récemment TAF, E-7333/2018, § D.

¹²¹ Voir en particulier ATAF 2018 VI/3, notamment § 4.2.2 et 4.4.

¹²² Comité CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.4 (trad.).

bénéfice du doute lui soit accordé». ¹²³ Sous cet angle, le raisonnement adopté dans certains arrêts du TAF n'est pas entièrement satisfaisant. ¹²⁴

3.4.2 Les critères familiaux «ordinaires» des articles 9-11

Les articles 9 à 15 RD III énumèrent les critères applicables aux demandeurs qui ne sont pas des enfants non accompagnés. Les articles 12 à 15 RD III, qui fixent des critères basés sur les titres de séjour ou visas, l'entrée et le séjour, ne sont pas examinés ici.

En vertu de l'art. 9 RD III, l'Etat responsable est celui dans lequel un membre de la famille du demandeur réside en tant que «bénéficiaire d'une protection internationale», c'est-à-dire en tant que réfugié reconnu ou bénéficiaire de la «protection subsidiaire». Ce dernier statut est basé sur le droit de l'UE ¹²⁵ et est inconnu du droit suisse de l'asile, qui comprend en lieu et place un statut fonctionnellement similaire avec des chevauchements partiels, l'«admission provisoire». ¹²⁶ Selon le TAF, afin de déterminer si l'art. 9 RD III s'applique lorsque le demandeur a un membre de la famille «admis provisoirement» en Suisse, il convient d'examiner au cas par cas si les motifs pour lesquels l'admission provisoire a été octroyée relèvent du champ d'application de l'art. 15 de la Directive qualification conformément à l'interprétation de la CJUE. Une interprétation restrictive fondée sur des notions de droit suisse est expressément exclue, et en cas de doute, l'administration peut appliquer l'art. 9 RD III de façon large. ¹²⁷ Le TAF a en outre précisé que lorsqu'un bénéficiaire de la protection voit son admission provisoire remplacée par un titre de séjour ordinaire (*in casu*: permis B), l'article 9 RD III reste applicable tant que les motifs de protection existent – une circonstance qui doit être présumée. ¹²⁸ Le même principe devrait s'appliquer, logiquement, lorsque le bénéficiaire d'une protection a été naturalisé (voir également ci-dessus la section 3.2.2).

L'art. 10 RD III attribue la responsabilité à l'Etat dans lequel un «membre de la famille» est présent en tant que demandeur de protection, et sa demande n'a pas encore fait l'objet d'une première décision «sur le fond» – notion qui exclut les décisions d'irrecevabilité ou de procédure. Le critère suivant, énoncé à l'art. 11 RD III, est lié à l'art. 10. Alors que ce dernier vise à réunir les familles de demandeurs de protection arrivés dans différents Etats, l'art. 11 vise à éviter leur séparation. Encore une fois, cet article comprend sa propre définition spéciale de la famille, incluant les «membres d'une famille» et les frères ou sœurs mineurs non mariés. Lorsque des personnes tombant sous cette définition introduisent leur demande dans le même Etat, ou à des dates suffisamment rapprochées pour qu'il soit possible de mener une procédure Dublin conjointe, la règle est que le même

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Voir par ex. ATAF 2018 VI/3, § 6.

¹²⁵ Conseil de l'UE, *Directive 2011/95/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte) (Directive qualification)*, JO L 2011 337/9, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain?docid=50ed46032>.

¹²⁶ Voir S. Motz, *supra* note 14, p. 8.

¹²⁷ ATAF 2015/18, § 3.7 et 3.8.

¹²⁸ ATAF 2018 VI/1.

Etat membre doit être responsable de toutes celles-ci : à moins que le même Etat soit responsable pour l'ensemble du groupe selon les critères ordinaires, l'art. 11 indique des critères supplémentaires, à savoir que l'Etat responsable de toute la famille est celui responsable du plus grand nombre ou, à défaut, du demandeur le plus âgé. Le principal problème d'interprétation concerne la condition selon laquelle les demandes doivent être «suffisamment rapprochées». Conformément à l'objectif de la disposition et à l'intention du législateur de placer l'unité familiale au rang de considération primordiale, l'application de l'art. 11 ne devrait pas être écartée pour de simples raisons administratives (par ex. parce qu'une première requête aux fins de prise en charge a été envoyée) mais uniquement lorsqu'il est impossible de conduire conjointement les procédures Dublin, par ex. en cas d'incompatibilité avec les délais fixés à l'art. 21 RD III.

Dans cette perspective, le critère parfois appliqué par le TAF – à savoir que les procédures Dublin soient «au même stade» – semble discutable.¹²⁹ Il n'est pas non plus convaincant de soutenir, à l'instar du TAF, que dans les cas où la responsabilité de la Suisse à l'égard de certains membres de la famille a été établie «sans qu'une procédure de responsabilité ne soit nécessaire», l'art. 11 RD III serait inapplicable lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité pour un parent.¹³⁰ Comme la CJUE l'a précisé, le Règlement Dublin s'applique à *toute* demande présentée par un ressortissant de pays tiers dans un Etat membre. Ainsi, lorsqu'un Etat membre reconnaît implicitement sa responsabilité à l'égard d'un demandeur ou d'un groupe de demandeurs, il devrait être réputé avoir engagé une procédure Dublin, que des mesures spéciales aient été prises à cet égard ou non.¹³¹ Dans de tels cas, dans la mesure où il est encore possible de déterminer à nouveau la responsabilité pour ces demandeurs et lorsqu'un membre de la famille ou un frère ou une sœur dépose une demande en Suisse, l'art. 11 RD III devrait être appliqué.

3.4.3 Personnes à charge en vertu de l'article 16

L'art. 16 RD III donne pour instruction aux Etats membres de laisser généralement ensemble ou rapprocher le demandeur et des parents¹³² «résidant légalement» lorsque l'un dépend de l'autre pour des motifs énumérés.¹³³ Si le libellé et l'emplacement de cette disposition en dehors du chapitre III du Règlement sont susceptibles de soulever des doutes, le préambule précise qu'il établit effectivement un «critère obligatoire de responsabilité» (voir consid. 16),¹³⁴ distinct de l'ancien art. 15 par. 2 RD II, qui prévoyait une clause discrétionnaire.

Etant donné qu'il figure en dehors du chapitre III, l'art. 16 RD III n'est soumis ni au «principe de pétrification» ni à la règle selon laquelle le rang hiérarchique dépend de la

¹²⁹ TAF, E-2794/2018, § 5.2.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Bahtiyar Fathi c. Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, affaire C-56/17, CJUE, 4 octobre 2018, points 44 ss.

¹³² Son enfant, ses frères ou sœurs, ou son père ou sa mère, à condition que les liens familiaux aient existé dans le pays d'origine. Voir les arguments exposés ci-dessus à la section 3.2.2 pour l'inclusion du conjoint.

¹³³ Du fait d'une grossesse, d'un enfant nouveau-né, d'une maladie grave, d'un handicap grave ou de la vieillesse.

¹³⁴ ATAF 2017 VI/5, § 8.3.2.

position. En conséquence, le critère s'applique même si ses conditions sont remplies après que le demandeur ait introduit sa première demande auprès d'un Etat membre, par ex. si la requérante tombe enceinte ou malade ultérieurement. En vertu de l'art. 7 par. 3 RD III, qui, contrairement à l'art. 7 par. 2, est explicitement applicable à l'art. 16, les preuves pertinentes doivent cependant être produites avant qu'un Etat membre accepte de prendre ou reprendre en charge le demandeur, ou qu'une première décision sur le fond de la demande soit rendue. En outre, conformément à son objectif et son effet utile, l'art. 16 prévaut sur tout autre critère applicable qui entraînerait une séparation, à condition bien sûr que les personnes concernées y consentent (voir l'art. 16 par. 1 RD III *in fine*).

L'expression «laissent *généralement* ensemble ou rapprochent» signifie que lorsque les conditions énoncées à l'art. 16 sont remplies, l'unité familiale doit en règle générale être garantie et des dérogations ne sont autorisées que dans des cas particuliers. En vertu de l'ancien Règlement, interprétant un libellé identique, la Cour a jugé que les Etats membres ne pouvaient séparer ou maintenir séparés des membres de la famille que dans des «situations exceptionnelles». ¹³⁵ Sur la base de la similitude textuelle, le TAF suit la même interprétation en ce qui concerne l'art. 16 par. 1 RD III. ¹³⁶ Il s'agit évidemment d'une interprétation défendable. Cependant, elle annule l'intention législative de transformer l'ancien art. 15 par. 2 RD II en un critère obligatoire, c'est-à-dire en une disposition établissant des obligations plus fermes. Dans cette perspective, il semble préférable d'interpréter la nouvelle disposition comme impliquant que seules des exceptions *explicites* sont autorisées, c'est-à-dire que les membres de la famille ne peuvent être séparés que dans les cas d'incapacité prolongée de voyager qui sont expressément prévus par le paragraphe 2. ¹³⁷

Le champ d'application de l'art. 16 est délimité par plusieurs conditions cumulatives, dont certaines ont déjà été évoquées: a) l'un des liens familiaux énumérés doit exister; b) le lien familial doit avoir existé dans le pays d'origine; c) le proche du demandeur doit «résider légalement» dans un Etat membre; d) en raison de circonstances énumérées (par ex. une grossesse), une personne doit être «dépendante de l'assistance» de l'autre; e) l'autre personne doit être «capable de prendre soin de la personne à charge» et f) les personnes concernées doivent exprimer par écrit leur souhait de rester ensemble ou d'être réunies. ¹³⁸ En raison de l'application stricte de ces conditions, l'art. 16 RD III n'a malheureusement pas réussi jusqu'à présent à gagner du terrain et porter ses fruits en pratique, et il a par conséquent été privé d'une grande partie de son effet utile. ¹³⁹

Cependant, le préambule du Règlement et le caractère humanitaire de la disposition demandent plutôt une interprétation *large*. Comme il a été relevé plus haut dans la section 3.2.2, la définition de «famille» donnée par l'art. 16 RD III doit être lue largement, de manière à englober également le conjoint. Parallèlement, la condition de «préexistence» ne devrait pas être appliquée mécaniquement, mais plutôt comme une clause «anti-abus» conforme à ses objectifs. Il convient d'interpréter la «résidence légale» simplement

¹³⁵ *K. c. Bundesasylamt*, C-245/11, CJUE, 6 novembre 2012, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases/E CJ,50a0cd8e2.html>, point 46.

¹³⁶ ATAF 2017 VI/5, § 8.3.3.

¹³⁷ Dans le même sens, C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 16, par. K4.

¹³⁸ Voir aussi TAF, E-7488/2014, § 6.2.2.

¹³⁹ Voir UNHCR, *Left in Limbo*, *supra* note 13, p. 109 ss.

comme excluant les situations de séjour irrégulier.¹⁴⁰ L'énumération de l'art. 16 RD III – grossesse, enfant nouveau-né, maladie grave, handicap grave ou vieillesse – ne constitue pas une liste exhaustive. Au contraire, elle vise à refléter les «événements essentiels de la vie qui rendent une personne à tel point vulnérable que le regroupement avec certaines personnes de référence devient un devoir humanitaire».¹⁴¹ Et si les maladies et les handicaps doivent être «graves» pour être pris en considération,¹⁴² la grossesse, un enfant nouveau-né et la vieillesse suffisent à eux seuls à déclencher l'application de cette disposition.

L'application de l'art. 16 RD III est souvent rejetée par le SEM au motif que le demandeur ne peut pas démontrer l'existence d'un «rapport de dépendance particulière» (*besonderes Abhängigkeitsverhältnis*) ou d'une «relation de dépendance intensive» (*intensives Abhängigkeitsverhältnis*).¹⁴³ Tel était le cas, par exemple, d'une mère célibataire de deux enfants, ayant subi une ablation oncologique de son utérus et souffrant toujours de graves problèmes physiques et psychologiques, qui comptait sur l'aide de sa sœur aînée en Suisse. Il était incontestable qu'elle maintenait une relation étroite avec sa sœur, qu'elle était gravement malade et que sa sœur lui apportait, ainsi qu'à sa famille, le soutien dont elle avait tant besoin – le SEM a néanmoins estimé qu'il ne s'agissait pas d'un «*besonderes Abhängigkeitsverhältnis*».¹⁴⁴

Cela soulève évidemment des points d'interrogation sur la nature réelle d'un «*besonderes Abhängigkeitsverhältnis*», mais en réalité, la question n'est pas pertinente. Comme le suggèrent les libellés du Règlement et du RE, et comme le confirment la jurisprudence de la CJUE et du TAF, tout le raisonnement est conceptuellement erroné car la «dépendance» n'est pas une condition distincte au sens de l'art. 16 RD III. Cette disposition requiert simplement que la personne A soit (par ex.) gravement malade, et que «de ce fait» elle soit «dépendante de l'assistance» de la personne B, qui se trouve être dans un rapport familial répondant aux critères de l'art. 16 RD III et qui a la volonté et la capacité d'aider. La «dépendance» est un produit dérivé de la condition de la personne A et de sa relation avec la personne B, et non une condition indépendante. En cohérence avec cette prémisse, l'art. 11 RE n'exige pas du demandeur qu'il démontre une «dépendance particulière» telle qu'une longue cohabitation, des liens affectifs allant au-delà de ce qui est normal dans les relations familiales, etc. Au contraire, il exige que «les situations de dépendance» soient appréciées, autant que possible, «sur la base d'éléments objectifs tels que des *certificats médicaux*» (soulignement de l'auteur). Partant, il suffit de prouver que la personne A se trouve dans l'une des situations de vulnérabilité prévues par l'art. 16 RD III et que la personne B possède les qualités requises.

Le jugement important de la CJUE en la matière, *K*, confirme pleinement cette interprétation. En établissant l'analyse à effectuer, la Cour se borne à déclarer: «[l]orsque les liens familiaux ont existé dans le pays d'origine, il importe de vérifier que le demandeur d'asile ou la personne qui présente avec lui les liens familiaux a effectivement besoin d'une assistance et, le cas échéant, que celui qui doit assurer l'assistance de l'autre

¹⁴⁰ TAF, E-4303/2014.

¹⁴¹ TAF, E-7488/2014, § 6.2.1 (trad.).

¹⁴² Voir TAF, F-6844/2017, § 3.3.2.2.

¹⁴³ Voir par ex. la position du SEM dans TAF, D-3794/2014, § 3.3 et dans TAF, D-2069/2016, § 5.2.

¹⁴⁴ TAF, D-2069/2016, *passim*.

est en mesure de le faire».¹⁴⁵ Dans cette affaire, la belle-fille de la demanderesse se trouvait incontestablement dans une situation difficile¹⁴⁶ et la requérante lui apportait le soutien nécessaire – et cela a suffi. Les faits de la cause ne révélaient aucun élément allant dans le sens d'une «dépendance particulière» au-delà de ces circonstances. Au contraire, la demanderesse est simplement devenue la «conseillère et l'amie la plus intime» de la belle-fille dans les quelques semaines qui ont suivi son arrivée en Autriche et le dépôt de sa demande, après «plusieurs années» sans cohabiter.¹⁴⁷ Notons au passage que ce dernier point contredit le raisonnement récurrent du SEM selon lequel il ne peut pas y avoir de situation de «dépendance» si les deux personnes ont longtemps vécu séparément.¹⁴⁸

Bien qu'il ait parfois employé des termes qui pourraient être considérés comme restreignant indûment le champ d'application de l'art. 16 RD III en exigeant une «dépendance particulière»,¹⁴⁹ le TAF a dans l'ensemble adhéré à la position qui vient d'être exposée.

Pour conclure sur ce point: si les liens de sang et les liens affectifs ne sont pas en soi suffisants pour déclencher l'application de l'art. 16 RD III,¹⁵⁰ la disposition doit être appliquée, et l'unité familiale préservée sous réserve uniquement du paragraphe 2, chaque fois qu'une situation de vulnérabilité décrite à l'art. 16 RD III est établie, qu'une personne de la famille «résidant légalement» dans l'un des Etats membres possède les caractéristiques requises, et que les deux personnes y consentent.

3.5 Synthèse des points principaux

Comme l'a recommandé la Commission européenne, «il convient [...] qu'ils [les Etats membres] appliquent avec prévoyance et cohérence les clauses relatives au regroupement familial».¹⁵¹ Les définitions de la famille données par le Règlement devraient être lues et appliquées de manière large et souple. Pour les relations conjugales et parentales, en particulier, l'art. 2 let. g RD III ne fixe aucune condition de stabilité ou d'intensité dans les faits, exigeant uniquement qu'elles existent au moment pertinent. La «validité» de l'union conjugale devrait être évaluée de manière non formelle. Il convient d'appliquer les définitions de la famille énoncées dans le Règlement d'une manière à

¹⁴⁵ K, C-245/11, *supra* note 135, point 42. Voir aussi ATAF 2017 VI/5, § 8.3.3.

¹⁴⁶ K. c. *Bundesasylamt*, C-245/11, CJUE, Conclusions de l'avocat général Trstenjak, 27 juin 2012, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases/ECJ/500d54432.html>, points 9 ss.

¹⁴⁷ *Ibidem*, points 7 ss.

¹⁴⁸ Voir par ex. TAF, E-7488/2014, § 6.2.3; TAF, D-3794/2014, § 3.3.

¹⁴⁹ Voir par ex. ATAF 2017 VI/5, § 8.3.5 («une assistance immédiate et importante [...] que seul le recourant serait à même d'offrir»); TAF, F-6844/2017, § 3.3.2.3 («une relation de dépendance telle que seule la présence du recourant serait à même de répondre aux besoins spécifiques [...]»). L'idée que l'assistance offerte par le demandeur doit d'une façon ou d'une autre être singulière et irremplaçable par un autre membre de la famille dans une situation similaire est étrangère au texte, au but et à la finalité de l'art. 16 RD III.

¹⁵⁰ ATAF 2017 VI/5, § 8.3.5.

¹⁵¹ Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, *supra* note 1, p. 16. Le texte en anglais dit, de manière plus incisive, que les clauses doivent être appliquées « *proactively and consistently* ».

n'entraîner aucune différence de traitement injustifiée. Afin d'éviter toute discrimination, l'exigence de la «préexistence» devrait être appliquée comme une clause anti-abus, conformément à son objectif. Pour la même raison, les définitions de la famille figurant dans certaines dispositions requièrent une interprétation extensive: l'art. 16 RD III devrait ainsi être appliqué de façon à inclure le conjoint, et les enfants nés «après la fuite» devraient être compris dans le champ d'application de l'art. 20 RD III.

En ce qui concerne la preuve des liens familiaux, plusieurs principes doivent être respectés. Premièrement, la détermination de la responsabilité doit impliquer le moins possible d'exigences de preuve. Deuxièmement, la preuve de liens familiaux (par ex. un extrait de registres) ne peut être écartée que si la preuve du contraire est produite. Troisièmement, la responsabilité peut être établie *inter alia* par des «renseignements vérifiables provenant du demandeur» ainsi que par des «déclarations des membres de la famille concernés». De tels indices doivent être examinés avec sérieux et acceptés comme suffisants lorsqu'ils sont cohérents, vérifiables et suffisamment détaillés. Lors de l'évaluation de telles preuves, les Etats membres doivent tenir compte des difficultés particulières rencontrées par les personnes sollicitant une protection pour obtenir des preuves formelles. Quatrièmement, les tests ADN ne peuvent être utilisés qu'en dernier recours. Cinquièmement, en cas d'incertitudes, il y a lieu d'accorder aux demandeurs le bénéfice du doute. Dans le cadre de l'application de ces règles et principes, il sied de garder à l'esprit la maxime inquisitoire. Une fois que le demandeur s'est acquitté de son obligation de collaborer, il appartient au SEM de clarifier les questions en suspens. Ces devoirs sont renforcés lorsqu'il s'agit de l'application des critères applicables aux mineurs non accompagnés, notamment à la lumière de l'obligation de recherche prévue à l'art. 6 par. 4 RD III. Au titre des bonnes pratiques, il est recommandé que le SEM applique ces dernières dispositions également à d'autres catégories de demandeurs. En vertu de l'art. 7 par. 3 RD III, lequel devrait s'appliquer à tous les critères familiaux, y compris les articles 9 et 11 RD III, les autorités nationales sont tenues d'accepter tout élément de preuve des liens familiaux produit avant l'acceptation d'une requête.

Il convient d'effectuer l'évaluation de l'âge conformément aux recommandations du Comité des droits de l'enfant des NU. En particulier, un représentant qualifié devrait être désigné déjà au cours de l'évaluation de l'âge; les documents d'identité ne devraient être écartés que s'il est avéré qu'ils sont faux; en l'absence de tels documents, l'évaluation de l'âge devrait être effectuée par des experts qualifiés dans le cadre d'une évaluation holistique; l'Etat devrait s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales basées sur l'examen des os et des dents; et il convient d'accorder le bénéfice du doute à la personne concernée.

En ce qui concerne l'interprétation des critères individuels, il convient de relever les points suivants:

- La notion de «protection internationale» au sens de l'art. 9 RD III comprend l'admission provisoire accordée pour des motifs comparables à ceux énoncés à l'art. 15 de la Directive qualification. Lorsqu'un-e bénéficiaire de protection voit son admission provisoire remplacée par un titre de séjour ordinaire, l'art. 9 RD III reste applicable. Le même principe devrait s'appliquer en cas de naturalisation.
- L'art. 11 RD III devrait être appliqué chaque fois qu'il est techniquement possible de mener une procédure Dublin commune pour les membres de la famille. Le fait

que les procédures Dublin ne soient pas «au même stade» ou que la Suisse ait implicitement accepté la responsabilité pour certains membres de la famille sans engager formellement le processus de Dublin ne devrait pas être décisif.

- L'art. 16 RD III relatif aux personnes à charge n'est pas soumis à l'art. 7 par. 2 RD III. A l'instar des autres critères, il devrait être appliqué largement dans tous ses éléments. La démonstration d'une «dépendance particulière» ou d'une «dépendance intensive» entre les personnes concernées n'est pas requise pour son application. Au contraire, l'art. 16 RD III devrait s'appliquer chaque fois que l'une des situations de vulnérabilité énumérées est établie, que le lien familial et la «résidence légale» requis sont prouvés, que la personne supposée fournir l'assistance est en mesure de le faire et que les personnes concernées donnent leur consentement. Une fois ces conditions remplies, les personnes concernées devraient être rapprochées ou laissées ensemble, sous réserve uniquement de l'art. 16 par. 2 RD III.

4. Protection de la vie familiale par le biais des clauses discrétionnaires

4.1 Introduction

S'ils sont appliqués de manière large et téléologique, comme indiqué dans la section précédente, les critères familiaux énoncés dans le Règlement peuvent grandement contribuer à protéger les familles des demandeurs.

Malgré tout, même en suivant la meilleure interprétation, les critères à eux seuls sont insuffisants pour assurer une protection complète de l'unité familiale.

En plus des limites inhérentes aux critères pris individuellement – considérons le cas où un demandeur est gravement malade et dépend de l'assistance d'un cousin ou d'une tante – le choix d'identifier plusieurs «critères» fragmentaires avec des définitions familiales incohérentes au lieu d'un critère familial holistique comme le fait l'entente Etats-Unis-Canada (voir ci-dessus la section 2.1) génère des lacunes. Imaginons le sort de Senait, une jeune fille de 17 ans, et de Mariam, sa mère. Si elles arrivent ensemble dans l'UE, l'art. 20 RD III devrait garantir qu'elles seront maintenues ensemble. Ce n'est pas le cas, en revanche, si la pauvre Senait a été forcée de se marier – très probablement la raison même à l'origine de leur fuite. Dans un tel cas, paradoxalement, il aurait mieux valu être séparé durant la fuite. En effet, si Mariam assure une présence légale dans un Etat membre avant que Senait n'introduise une demande d'asile, leur regroupement est garanti par l'art. 8 par. 1 RD III. Malheureusement, dans le cas contraire, les articles 9-11 RD III seront inapplicables en raison du statut de mariée de Senait. Comme on peut le voir, la protection offerte par les critères est inégale et il faut un effort de la part des autorités compétentes pour la rendre complète.

L'interaction entre le principe de pétrification et les critères est également une cause fréquente de séparation familiale. Dans une affaire jugée par le TAF, une mère afghane et ses deux enfants ont fui ensemble leur pays d'origine. Le fils aîné a été séparé pendant la fuite et est arrivé en Suisse tandis que la mère et le frère cadet sont restés en Bulgarie. Au

moment où ces derniers l'ont localisé, il avait obtenu un statut de protection. L'art. 9 RD III aurait été applicable, mais ils n'ont pas pensé à introduire une demande en Bulgarie et à «geler» la situation à ce moment-là. Lorsqu'ils sont arrivés en Suisse et ont déposé une demande, déclenchant le «principe de pétrification», le fils aîné venait d'avoir 18 ans et aucun des critères n'était plus applicable. Malgré les efforts désespérés de la mère, elle et son fils cadet ont été renvoyés en Bulgarie tandis que son fils aîné – duquel il n'était jamais prévu qu'ils se séparent – est resté en Suisse.¹⁵²

Dans ces constellations comme dans de nombreuses autres, les critères permettent que des familles soient tenues à l'écart ou séparées en raison de circonstances fortuites ou d'actions dont les conséquences n'ont pas été prévues par elles – et ne pouvaient en toute honnêteté pas l'être. Dans un système percevant la vie familiale comme une «considération primordiale» et reposant sur l'interdiction des différences de traitement injustifiées, cela n'est guère satisfaisant.

C'est à partir de là que la discrétion entre en jeu. L'art. 17 RD III comprend deux «clauses discrétionnaires» autorisant les Etats membres à déroger aux critères ordinaires ainsi qu'à la règle de la «chance unique» (une seule demande) énoncée à l'art. 3 par. 1 RD III. Cette discrétion a toujours été un élément essentiel du projet Dublin, y compris pour la protection de la vie familiale. En effet, comme mentionné dans le consid. 17 du Règlement, les clauses doivent être appliquées «notamment pour des motifs humanitaires et de compassion, afin de permettre le rapprochement de membres de la famille, de proches ou de tout autre parent [...]». Ou, comme l'a signalé le Conseil, les clauses discrétionnaires visent *inter alia* à «éviter les situations où les membres de la famille seraient séparés en raison de l'application stricte des critères de Dublin».¹⁵³ En effet, par le biais des deux clauses, les autorités ont la possibilité de reconsidérer les intérêts en jeu, de renoncer à une application aveugle des critères et de remédier aux manques et lacunes présents dans les critères de Dublin.

L'art. 17 par. 1 RD III, dite la «clause de souveraineté», autorise tout Etat membre auprès duquel une demande a été déposée à l'examiner et à devenir ainsi l'Etat responsable. L'art. 17 par. 2 RD III, dite la «clause humanitaire», autorise l'Etat procédant à la détermination ou l'Etat responsable de demander à un autre Etat membre d'assumer la responsabilité. Une telle demande doit intervenir avant qu'une première décision soit prise sur le fond de la demande, et doit viser à rapprocher tout «parent» – notion indéterminée et ouverte¹⁵⁴ – pour des raisons humanitaires fondées notamment sur des motifs familiaux ou culturels. La référence aux «motifs culturels» implique que les Etats membres devraient évaluer l'existence de liens familiaux en tenant compte des spécificités culturelles. L'Etat requis est tenu de répondre dans les deux mois suivant la demande et les personnes concernées doivent consentir à la prise en charge.

En règle générale, l'application des clauses est facultative. En particulier, la clause de souveraineté permet à «chaque Etat membre de décider souverainement, en fonction de considérations politiques, humanitaires ou pratiques, d'accepter d'examiner une

¹⁵² Voir TAF, D-3794/2014.

¹⁵³ Conseil de l'UE, doc. no. 12364/09, *supra* note 101, p. 35 (trad.).

¹⁵⁴ Voir *mutatis mutandis* K, C-245/11, *supra* note 135, point 40. Il convient de noter que, contrairement aux articles 2 par. g et 16 RD III, le terme de «parent» n'est pas assorti d'une condition de préexistence.

demande [d'asile]». ¹⁵⁵ Toutefois, selon la jurisprudence bien établie du TAF, l'application des clauses devient obligatoire lorsque cela est nécessaire pour garantir le respect des obligations internationales de la Suisse, y compris celles qui protègent la vie familiale. ¹⁵⁶ La CJUE n'a pas suivi ce même raisonnement dans l'interprétation du Règlement. ¹⁵⁷ Néanmoins, les Etats membres sont libres de définir eux-mêmes les cas dans lesquels ils ont l'intention d'appliquer la clause discrétionnaire, et c'est précisément ce que fait la jurisprudence du TAF. En outre, même si elle suit une voie argumentative différente, la jurisprudence de la CJUE converge sur le point clé, à savoir que les transferts violant les normes internationales et européennes pertinentes ne peuvent pas être effectués, ¹⁵⁸ et plus généralement que le Règlement doit être appliqué de manière à respecter en tout temps les droits de l'homme. ¹⁵⁹

L'application des clauses discrétionnaires à la lumière du droit au respect de la vie familiale et d'autres droits fondamentaux est examinée ci-dessous dans la section 4.3. Au-delà des obligations internationales, les clauses discrétionnaires peuvent (et devraient) également être appliquées pour des motifs humanitaires et de compassion. En effet, en droit suisse, il s'agit du seul autre motif admissible de dérogation aux règles ordinaires de Dublin. ¹⁶⁰ Les principes applicables à cet égard seront revus à la section 4.4.

Avant de se pencher sur ces aspects, il est nécessaire d'examiner de manière critique l'argument – récurrent dans la pratique suisse et annonçant une approche restrictive de la protection de l'unité familiale *via* les clauses discrétionnaires – selon lequel les dérogations aux règles ordinaires de Dublin ne devraient être accordées qu'avec parcimonie (section 4.2).

4.2 Les clauses discrétionnaires devraient-elles être appliquées de façon restrictive?

Comme nous venons de le constater, un concept récurrent dans la jurisprudence du TAF et dans la doctrine est que l'utilisation des clauses discrétionnaires ne doit pas être trop

¹⁵⁵ Voir entre autres *M.A. et autres c. The International Protection Appeals Tribunal and Others*, C-661/17, CJUE, 23 janvier 2019, point 58.

¹⁵⁶ Au sujet de la clause de souveraineté, voir par ex. ATAF 2013/24, § 5.1; ATAF 2017 VI/5, § 8.5.2. Dans cette perspective, le TAF a également souligné que si la clause de souveraineté confère à l'Etat un pouvoir discrétionnaire et ne peut être invoquée *per se* par les demandeurs, elle peut en revanche être invoquée conjointement avec des dispositions internationales ou internes protégeant le demandeur (voir ATAF 2010/45, § 5). La jurisprudence est moins développée en ce qui concerne la clause humanitaire, mais le même *ratio decidendi* s'applique. En effet, les Etats membres sont en tout temps tenus de respecter les droits de l'homme dans l'application du Règlement, et doivent donc appliquer toutes les dispositions dans ce sens compte tenu des circonstances – y compris l'envoi ou l'acceptation d'une requête au titre de l'art. 17 par. 2 RD III si nécessaire.

¹⁵⁷ Voir en particulier *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, C-4/11, CJUE, 14 novembre 2013, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-4/11&language=FR>, points 24 ss; *M.A. et autres*, C-661/17, *supra* note 155, points 71 s.

¹⁵⁸ Voir par ex. *C. K., H. F., A. S. c. Republika Slovenija*, C-578/16, CJUE, 16 février 2017, disponible sous: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-578/16%20PPU>, notamment point 65.

¹⁵⁹ Voir en particulier *N. S.*, affaire C-411/10, *supra* note 21, point 77.

¹⁶⁰ Voir Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (ci-après: «Ordonnance 1 sur l'asile» ou «OA 1»), RS 142.311, art. 29a al. 3; J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 407.

large afin de ne pas porter atteinte à l'effet utile du système de Dublin.¹⁶¹ Ce raisonnement, cependant, n'est pas compatible avec les dispositions et le préambule du Règlement.

Pour commencer, le libellé de l'art. 17 RD III ne suggère nullement que les clauses devraient être utilisées «à titre exceptionnel». En fait, la CJUE a confirmé à maintes reprises que l'application de la clause de souveraineté «n'est soumise à aucune condition particulière».¹⁶² En ce qui concerne la clause humanitaire, l'art. 17 par. 2 RD III établit certaines conditions (par ex. temporelles) mais rien qui ne suggère une interprétation restrictive. Cela est confirmé par le fait que, à la seule occasion où elle a interprété la clause humanitaire (*recte* art. 15 par. 2 du Règlement Dublin II), la CJUE a opté pour une interprétation large et a rejeté les différentes interprétations restrictives qui lui ont été soumises.¹⁶³

En ce qui concerne l'effet utile du Règlement, il convient de rappeler que son «objectif principal» est «d'accélérer le traitement des demandes dans l'intérêt tant des demandeurs d'asile que des Etats participants»¹⁶⁴ en déterminant promptement quel Etat membre est responsable. L'application de la clause de souveraineté est sans doute le moyen le plus rapide et le plus direct d'atteindre cet objectif. On peut en dire autant de la clause humanitaire, dont l'application conduit soit à un transfert consenti – par définition plus rapide et plus facile à exécuter qu'un renvoi coercitif – soit à l'examen de la demande dans le pays où le demandeur est présent. Comme relevé dans l'introduction, une utilisation large des clauses discrétionnaires dans l'intérêt de l'unité familiale a également le potentiel de réduire les incitations aux mouvements ultérieurs irréguliers («mouvements secondaires»)¹⁶⁵ – un autre objectif souvent associé au Règlement Dublin.

Dernier point, mais non le moindre, l'objectif clairement exprimé par le législateur est que le Règlement, y compris les clauses discrétionnaires, soit appliqué: a) en gardant à l'esprit la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant comme des «considérations primordiales» (voir ci-dessus, section 2.3); b) en prévoyant des dérogations notamment pour des «motifs humanitaires et de compassion, afin de permettre le rapprochement de membres de la famille»; et c) dans le respect total des droits de l'homme. Loin d'encourager une application restrictive des clauses, le préambule suggère plutôt sans ambiguïté le contraire: le législateur entend que les clauses discrétionnaires soient systématiquement utilisées pour garantir la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque les critères ordinaires ne sont pas satisfaisants. En accord avec cette conception, la Commission a, au

¹⁶¹ ATAF 2015/9, § 7.2. Voir aussi C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, article 17, K2, et *mutatis mutandis* ATAF 2011/9, § 8.1.

¹⁶² *Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, C-528/11, CJUE, 30 mai 2013, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases,ECI,51a85c224.html>, point 36; *M.A. et autres*, C-661/17, *supra* note 155, points 58 s.

¹⁶³ *K*, C-245/11, *supra* note 135, points 29 ss.

¹⁶⁴ *N. S.*, affaire C-411/10, *supra* note 21, point 79.

¹⁶⁵ Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, analyse d'impact, 3 décembre 2008, SEC(2008) 2962, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/49997ad90.html>, p. 20; Conseil de l'UE, doc. no. 12364/09, *supra* note 101, p. 35.

fil des ans, invité les Etats membres à faire «un usage plus large et régulier des clauses discrétionnaires», sans faire preuve de retenue dans leur application.¹⁶⁶

Pour conclure sur ce point, le Règlement Dublin n'exige ni n'encourage une approche restrictive dans l'application des clauses discrétionnaires. En réalité, c'est tout le contraire: à la lumière des objectifs et des principes du Règlement, tels qu'exprimés notamment par le préambule, les clauses devraient être appliquées de façon large et systématique chaque fois que la vie familiale est en jeu.

En suivant un raisonnement similaire mais conceptuellement distinct, les cas où les clauses discrétionnaires doivent être appliquées pour protéger la vie familiale en vertu de l'art. 8 CEDH devraient être «exceptionnels» parce que l'intention du législateur était que les critères couvrent la plupart des situations où l'art. 8 CEDH prescrit l'unité familiale.¹⁶⁷ Un tel raisonnement peut certainement être utilisé à l'appui d'une interprétation large des critères (voir ci-dessus, section 3). En revanche, on peut se demander s'il pourrait être utilisé à l'appui d'une application restrictive des clauses discrétionnaires.

En premier lieu, l'appréciation visant à déterminer si la CEDH exige que l'unité familiale soit maintenue dans un cas donné doit être menée selon les termes de la CEDH en soi, et non d'après l'intention législative *a priori* que ces cas soient «exceptionnels». En d'autres termes, même s'il était vrai que le législateur a estimé les critères suffisants pour garantir des résultats conformes à la CEDH dans «la plupart» des cas, il serait méthodologiquement inexact de laisser ceci entacher une évaluation qui doit être effectuée sur la base des critères identifiés par la CrEDH dans sa jurisprudence (voir ci-dessous, 4.3 et 4.4).

En second lieu, comme illustré très clairement dans la section 4.1 ci-dessus, les critères ne suffisent pas à assurer une protection complète de la vie familiale au sens de la

¹⁶⁶ Commission européenne, *Un agenda européen en matière de migration*, supra note 59, p. 16. Voir aussi Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin*, 6 juin 2007, COM(2007) 299 final, disponible sous: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1576523770807&uri=CELEX:52007DC0299>, p. 7. *De lege ferenda*, la Commission a fait valoir la position opposée et a proposé de restreindre l'utilisation de la clause de souveraineté (voir Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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)*, 4 mai 2016, COM(2016) 270, consid. 21 et art. 19). Cela n'est cependant pas pertinent pour l'interprétation du Règlement Dublin III. En outre, la seule branche de l'autorité législative qui s'est exprimée jusqu'à présent sur la proposition de Dublin IV a catégoriquement rejeté la position de la Commission (Parlement européen, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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)*, 6 novembre 2017, doc. A8-0345/2017, amendements 11 et 125-129; le rapport a été approuvé en séance plénière: Parlement européen, *Décision d'engager des négociations interinstitutionnelles: Etablissement des 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)*, 16 novembre 2017, PV 16/11/2017 – 7.4, disponible sous: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2017-11-16-ITM-007-04_FR.html). Par conséquent, même dans l'hypothèse de suivre l'option méthodologiquement incorrecte d'interpréter le Règlement Dublin III à la lumière des travaux relatifs à son successeur, la position la plus importante serait toujours celle favorisant une application large des clauses discrétionnaires.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

CEDH.¹⁶⁸ Le législateur de l'UE en était parfaitement conscient même lors de la dernière refonte du système de Dublin. Rappelons que les clauses ont été sciemment maintenues dans le Règlement actuel afin de répondre aux situations dans lesquelles «la stricte application des critères obligatoires conduirait à séparer les membres d'une même famille ou d'autres parents».¹⁶⁹

Donc, l'argument selon lequel les critères devraient en règle générale être suffisants pour garantir des résultats en conformité avec la CEDH et que, par conséquent, l'utilisation des clauses aux fins du regroupement familial devrait être exceptionnelle, est également dénué de fondement.

4.3 Appliquer les clauses discrétionnaires afin de respecter les obligations en matière de droits de l'homme

4.3.1 L'applicabilité de l'art. 8 CEDH dans un contexte Dublin

Comme évoqué précédemment, il existe des circonstances où l'application du système de Dublin peut conduire à la séparation de parents ou empêcher leur regroupement. Le demandeur peut se trouver dans un Etat où vivent des parents, mais relever de la responsabilité d'un autre Etat. Dans certains cas, l'application des critères peut entraîner la séparation des familles des demandeurs parce qu'une partie seulement d'entre eux doit être transférée ou parce qu'ils doivent être transférés vers différents pays.¹⁷⁰ Ou bien un Etat dans lequel des parents du demandeur sont présents peut refuser d'accepter sa responsabilité à son égard, ou encore le transfert peut échouer pour d'autres motifs.

L'art. 8 CEDH entre en jeu lorsque des actions ou omissions prises en vertu du Règlement Dublin affectent la «vie familiale». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, appliquée de manière intermittente par le TAF dans le contexte de Dublin,¹⁷¹ une condition supplémentaire devrait être remplie pour que l'art. 8 CEDH s'applique: le parent présent sur le territoire national devrait avoir un statut stable ou durable («droit de présence assuré»)¹⁷² Cela n'est pas conforme à la jurisprudence de la CrEDH. Plusieurs arrêts démontrent que si le statut des personnes concernées peut avoir une importance considérable dans la balance entre les intérêts privés et publics (voir ci-dessous, 4.3.1), il ne s'agit cependant pas d'une condition pour l'applicabilité de l'art. 8 CEDH.¹⁷³ Comme

¹⁶⁸ Voir aussi J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 430.

¹⁶⁹ Voir Commission européenne, *Proposition de règlement établissant les critères de détermination de l'Etat membre responsable*, *supra* note 8, p. 9. Voir aussi Conseil de l'UE, doc. no. 12364/09, *supra* note 101, p. 35.

¹⁷⁰ Voir entre autres TAF, affaires jointes D-3153/2014 et D-3154/2014.

¹⁷¹ Voir par ex. ATAF 2012/4, § 4.3 et 4.4 (condition rappelée mais rejetée); ATAF 2013/24, § 5.2 et TAF, affaires jointes D-3153/2014 et D-3154/2014, § 9.7, ainsi que TAF, E-7670/2016 (condition appliquée). Pour un examen de la question, concluant qu'en tout état de cause la condition était remplie dans le cas d'une personne bénéficiant d'un statut d'admission provisoire pendant une longue période, voir TAF, F-762/2019, § 6.2 et 7.1.

¹⁷² Pour une analyse, voir J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 432 s.

¹⁷³ Voir entre autres *Mengsha Kimfe c. Suisse*, requête no. 24404/05, CrEDH, 29 juillet 2010, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56cc952.html>, par. 55 et 61; *Agraw c. Suisse*, requête no. 3295/06, CrEDH, 29 juillet 2010, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56caa92.html>, par. 44; *M.P.E.V. et autres c. Suisse*, requête

mentionné, la seule question pertinente à ce stade est de savoir si «la vie familiale est affectée».

Selon la CrEDH, il n’y a pas de définition fixe de la «vie familiale». Son existence est plutôt «essentiellement une question de fait qui dépend de l’existence réelle dans la pratique de liens personnels étroits».¹⁷⁴ Ce passage peut cependant être mal compris. Les relations conjugales de bonne foi, dont l’existence doit être appréciée de manière non formaliste (voir ci-dessus *mutatis mutandis* section 3.2.1), constituent une «vie familiale» même si elles ne sont pas encore pleinement établies *de facto*.¹⁷⁵ De même, les relations entre parents et enfants mineurs constituent *ipso jure* une «vie familiale» et l’absence de liens personnels étroits ne peut être invoquée qu’exceptionnellement pour refuser la protection de l’art. 8 CEDH.¹⁷⁶ Ces points méritent d’être soulignés en raison de la tendance du SEM à nier l’existence ou la stabilité de la «vie familiale» entre les demandeurs et les membres de leur famille, même les plus proches, en se référant à des périodes de séparation.¹⁷⁷ Cela va à l’encontre de l’art. 8 CEDH, en particulier en ce qui concerne les familles des réfugiés et des personnes sollicitant une protection, qui peuvent subir une séparation parfois prolongée en raison de circonstances qui ne leur sont pas imputables.

Pour d’autres types de liens familiaux, les aspects factuels jouent un rôle plus important au titre de l’art. 8 CEDH. Dans le cas des partenaires non mariés, tant la CrEDH que le TAF accordent du poids à la cohabitation, à la naissance d’enfants communs et, plus généralement, aux circonstances attestant du fait qu’une relation est stable même en l’absence de mariage.¹⁷⁸ Les relations entre frères et sœurs, entre parents et enfants adultes et entre membres de la famille élargie constituent une «vie familiale» lorsqu’elles sont réelles et effectives, et sont caractérisées par des éléments supplémentaires de dépendance (voir également ci-dessous, section 4.4).¹⁷⁹

Les principes applicables sur le plan de la preuve ont été exposés précédemment dans la section 3.3: non-formalisme dans l’appréciation de l’existence de liens familiaux, souplesse dans l’évaluation des preuves avancées et, dans le cas des demandeurs d’asile, principe du bénéfice du doute. La maxime inquisitoire et le devoir de l’administration d’établir les faits pertinents en collaboration avec le demandeur s’appliquent également. En revanche, les règles et principes de preuve énoncés à l’art. 7 par. 3 RD III, à l’art. 22 RD III et dans les modalités d’exécution ne sont pas formellement applicables. Néanmoins,

no. 3910/13, CrEDH, 8 juillet 2014, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.53bd356f4.html>, par. 24, 33, 45 et 51 ss. Voir aussi *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 44 ss; S. Besson, E. Kleber, “Commentaire des Articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole No 7, CEDH”, in M.S. Nguyen, C. Amarelle (Eds.), *Code annoté de droit des migrations: Droits humains*, Vol. 1, Stämpfli, 2014, pp. 1-72, p. 40 s.

¹⁷⁴ *K. et T. c. Finlande*, requête no. 25702/94, CrEDH, 12 juillet 2001, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58576>, par. 150 (trad.).

¹⁷⁵ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, *supra* note 37, par. 62 s.

¹⁷⁶ Voir S. Besson, E. Kleber, *supra* note 173, p. 31. Voir aussi ATAF 2017 VI/5, § 8.5.4.1. Quant à l’argument choquant selon lequel la relation entre un père et un très jeune enfant serait «trop récente pour parler d’une relation étroite», voir TAF, F-762/2019, § 5.

¹⁷⁷ Voir notamment la position de l’ODM dans ATAF 2013/24, § 5.1.

¹⁷⁸ Voir ATAF 2012/4, § 3.3.3.

¹⁷⁹ Voir S. Besson, E. Kleber, *supra* note 173, p. 31; *M.P.E.V. et autres*, *supra* note 173, par. 31.

dans la pratique, il y a un chevauchement considérable entre les questions de preuve soulevées au titre de l'art. 8 CEDH et celles découlant du Règlement Dublin, ainsi que de très larges chevauchements dans les règles applicables. Au titre des bonnes pratiques, l'autorité de première instance devrait s'assurer de manière globale, au début de la procédure Dublin, de la situation familiale sous l'angle du Règlement Dublin et de la CEDH, en tirant pleinement parti de l'infrastructure procédurale prévue par le Règlement Dublin (par ex. le droit à un entretien et à la recherche de la famille).

La constatation de l'application de l'art. 8 CEDH déclenche en soi un certain nombre d'obligations, déjà relevées précédemment dans la section 2.2: veiller à ce que le processus décisionnel soit équitable et enclin à respecter les intérêts garantis par l'art. 8 CEDH; établir un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société; garantir un recours effectif contre les violations alléguées ainsi que la non-discrimination dans l'exercice de la vie familiale.

En application de l'obligation générale de «ménager un juste équilibre», et en fonction des circonstances de l'espèce, l'art. 8 CEDH peut exiger de l'Etat qu'il veille à ce que les membres de la famille ne soient pas séparés ou qu'ils soient rapprochés dans l'application du Règlement Dublin.

4.3.2 Ménager un juste équilibre en vertu de l'art. 8 CEDH: aspects généraux

L'art. 8 CEDH ne garantit pas *per se* le droit pour les étrangers d'entrer ou de résider dans un pays particulier.¹⁸⁰ Il n'implique pas non plus «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».¹⁸¹ Néanmoins, chaque fois que des contrôles migratoires ont un impact sur la vie familiale, une évaluation minutieuse s'impose conformément aux obligations qui viennent d'être rappelées.

Dans le cas des «migrants établis» – c'est-à-dire les étrangers qui ont déjà été autorisés à séjourner – un renvoi proposé ou effectif entraînant une séparation avec des membres de la famille constitue une ingérence interdite, sauf si elle peut être justifiée au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH. Dans le cas des étrangers sollicitant une admission – une notion qui inclut les demandeurs de protection en attente d'une décision sur leur demande – la question est «de savoir si, eu égard aux faits de la cause pris dans leur ensemble, les autorités [du pays d'accueil] étaient tenues en vertu de l'article 8 d'octroyer un permis de séjour [à la personne concernée] afin de lui permettre de mener sa vie familiale sur leur territoire».¹⁸² Etant donné que les personnes soumises à la procédure Dublin n'ont en règle générale pas de titre de séjour, les affaires Dublin relèvent généralement de cette dernière catégorie.¹⁸³

¹⁸⁰ *Jeunesse c. Pays-Bas*, requête no. 12738/10, CrEdH, 3 octobre 2014, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases/ECHR,584a96604.html>, par. 100.

¹⁸¹ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, *supra* note 37, par. 68.

¹⁸² *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 104 ss. Voir aussi *Jihana Ali et autres c. Suisse et Italie*, requête no. 30474/14, CrEdH, 4 octobre 2016, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168401>, par. 42 ss.

¹⁸³ Voir par ex. *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 39 ss. En effet, les demandeurs de protection possédant un titre de séjour délivré par l'Etat procédant à la détermination de la responsabilité relèvent de la

Si la jurisprudence relative aux «migrants établis» diffère de celle relative aux «cas d'admission» par la structure du raisonnement et sans doute par le niveau de protection accordé,¹⁸⁴ les principes applicables sont similaires: « [dans les deux contextes], l'Etat doit ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté dans son ensemble. Il jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation». ¹⁸⁵ Pour mener à bien cette pesée des intérêts, les facteurs à prendre en considération – tels que codifiés par la Cour elle-même – sont «la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration». ¹⁸⁶ Un autre facteur qui n'est pas explicitement cité dans ce passage, mais qui reste extrêmement important, a trait à la nature et l'intensité de la relation familiale – en d'autres termes, la situation familiale des personnes concernées. ¹⁸⁷ A cet égard, il est important de noter que les autorités doivent non seulement tenir compte de la position et des intérêts du demandeur mais également de ceux des membres de sa famille. ¹⁸⁸ Chaque fois que des enfants sont touchés d'une manière ou d'une autre, leur intérêt supérieur doit être «primordial» et placé au «cœur» des considérations des autorités. ¹⁸⁹

Dans l'ensemble, la Cour de Strasbourg a tendance à faire preuve de retenue à l'égard du droit des Etats parties de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers, faisant découler des obligations positives en matière d'admission en vertu de l'art. 8 CEDH seulement dans des cas particulièrement poignants. ¹⁹⁰ Cela semble aussi être le cas au regard de la poignée d'arrêts et de décisions rendus jusqu'à présent relatifs à l'art. 8 CEDH dans un contexte Dublin. ¹⁹¹ Ceux-ci sont examinés ci-dessous. A titre d'observation préliminaire, il convient de souligner qu'il faut faire preuve de prudence lors de leur traitement en tant que décisions créant un précédent. Premièrement, leur pertinence actuelle doit être réévaluée à la lumière des développements plus récents de la pratique d'autres organismes internationaux (voir ci-dessous, section 4.3.4). Deuxièmement, la jurisprudence est

responsabilité de ce dernier et ne sont donc pas susceptibles d'être transférés, sauf s'ils acceptent l'application de critères familiaux de rang supérieur. Voir les articles 12 et 19 RD III.

¹⁸⁴ Pour une analyse approfondie, voir F. Maiani, *L'unité familiale et le système de Dublin - Entre gestion des flux migratoires et respect des droits fondamentaux*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, chap. VI, spécialement par. 106 ss.

¹⁸⁵ Voir entre autres *El Ghatet c. Suisse*, requête no. 56971/10, CrEDH, 8 novembre 2016, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.5836a1854.html>, par. 43. Voir aussi *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 64.

¹⁸⁶ *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 66; *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 107. Voir aussi *A.S. c. Suisse*, requête no. 39350/13, CrEDH, 30 juin 2015, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.5592b8064.html>, par. 47 et *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 41.

¹⁸⁷ Voir par ex. *Haliti c. Suisse*, requête no. 14015/02, CrEDH, 1^{er} mars 2005, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.42d3ea164.html>; *Boultif c. Suisse*, requête no. 54273/00, CrEDH, 2 août 2001, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64178>.

¹⁸⁸ Voir à ce sujet *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 117.

¹⁸⁹ Voir entre autres *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 67 et *El Ghatet*, *supra* note 185, par. 46.

¹⁹⁰ Pour une analyse globale convaincante et une appréciation particulièrement critique, voir M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, OUP, 2015, chapitre 4.

¹⁹¹ *A.S.*, *supra* note 186; *A.M. c. Suisse*, requête no. 37466/13, CrEDH, 3 novembre 2015, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158985>; *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69; *Jihana Ali*, *supra* note 182.

encore limitée et dépend largement des faits idiosyncratiques de chaque affaire.¹⁹² Troisièmement, comme détaillé ultérieurement sous la section 4.3.3, le raisonnement de la Cour dans ces décisions est encore loin d'être pleinement développé.

De son côté, le TAF a consacré deux arrêts de principe à la question et un nombre très important d'arrêts «non publiés» – dont beaucoup ont un caractère plutôt casuistique. Cela dépasserait largement la portée de cette étude de tenter une description même superficielle de cette jurisprudence abondante. La section suivante se concentre de préférence sur des arguments qui s'avèrent souvent décisifs – ou devraient l'être – dans un contexte Dublin. Des considérations particulières découlant des situations de vulnérabilité sont abordées ci-dessous à la section 4.3.4.

4.3.3 Ménager un juste équilibre en vertu de l'art. 8 CEDH: aspects spécifiques à Dublin

Lorsque des intérêts privés et publics sont mis en balance les uns par rapport aux autres dans le contexte de l'art. 8 CEDH, la possibilité d'établir et jouir de la vie familiale ailleurs sans obstacles indus constitue un élément d'une importance cruciale dans le cadre de l'évaluation.

Malheureusement, dans le contexte du système de Dublin, l'existence d'une telle possibilité tend à être présumée trop à la légère. Ainsi, dans ATAF 2012/4, le TAF a constaté qu'il ne pouvait pas être «exclu» que le demandeur – dont la demande d'asile avait été rejetée en France – puisse y avoir accès à une procédure de regroupement familial.¹⁹³ Dans la même veine, dans *Z.H. et R.H.*, la CrEDH a rejeté le grief d'une violation de l'art. 8 CEDH en notant *inter alia* qu'«il n'avait pas été allégué» que l'épouse du demandeur – ayant elle-même sollicité une protection et ne jouissant pas du droit à la libre circulation – «n'a jamais été empêchée de rejoindre le deuxième recourant après son expulsion vers l'Italie».¹⁹⁴

Ces hypothèses spéculatives sont problématiques car elles pourraient conduire les autorités à rejeter une requête au titre de l'art. 8 CEDH alors qu'en fait, il n'existe *aucune* possibilité réaliste de se réunir ailleurs. En effet, dans un contexte Dublin, l'hypothèse de départ devrait être que les possibilités de jouir de la vie de famille ailleurs sont sévèrement restreintes. Premièrement, tant que la demande d'asile est pendante, le retour de la famille dans le pays d'origine du demandeur afin d'y jouir de la vie familiale est exclu. Deuxièmement, à moins que les membres de la famille ne soient citoyens de l'UE ou de l'AELE, la législation de l'UE ne leur donne pas le droit de suivre le demandeur vers l'Etat responsable – en particulier s'ils sont demandeurs de protection.¹⁹⁵ Troisièmement,

¹⁹² Voir à titre d'exemple *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, en particulier par. 43-45 et l'opinion concordante du juge Nicolaou, signalant les incertitudes relatives à l'existence d'une «vie familiale» et la durée extrêmement courte de la séparation. Autre exemple, dans *Jihana Ali*, les arguments en faveur de l'unité familiale étaient particulièrement faibles, et minés encore davantage par la résistance violente opposée par la première demanderesse à son transfert et à celui de son fils.

¹⁹³ Voir entre autres ATAF 2012/4, § 4.4.4.

¹⁹⁴ *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 45 (trad.).

¹⁹⁵ Les ressortissants de pays tiers titulaires d'un document de séjour suisse ne bénéficient d'aucune autre forme de libre circulation des personnes que pour des courts séjours en vertu du code frontières Schengen (Conseil de l'UE, *Règlement [CE] no. 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 Mars*

un tel droit *pourrait* être reconnu ultérieurement, le cas échéant, lorsque le demandeur obtient le statut de réfugié.¹⁹⁶ Toutefois, si le demandeur obtient une protection subsidiaire ou un statut de protection «humanitaire», il ne bénéficiera pas d'un droit au regroupement familial à l'échelle de l'UE, et les possibilités de regroupement dépendront de la législation et des politiques nationales.¹⁹⁷ Son titre de séjour, délivré dans un autre Etat membre, n'entraînera pas non plus automatiquement le droit de s'installer avec la famille en Suisse à un stade ultérieur – en effet, la Suisse n'est même pas tenue de reconnaître les droits limités de libre circulation que les bénéficiaires de la protection peuvent théoriquement tirer de la directive sur le statut des résidents de longue durée.¹⁹⁸ Quatrièmement, les formes de contact alternatives (*ersatz*) offertes par les moyens de communication actuels¹⁹⁹ ne sont pas comparables au fait d'«être ensemble», qui représente la pierre angulaire du droit au respect de la vie familiale.²⁰⁰

En bref: la possibilité de rétablir la vie familiale après un transfert Dublin peut exister dans des circonstances très spécifiques mais ne peut être présumée et, si elle est considérée, elle doit faire l'objet d'un pronostic prudent et réaliste.²⁰¹ Par conséquent, les autorités ne devraient pas rejeter les requêtes au titre de l'art. 8 CEDH formulées dans un contexte de Dublin sur la base du postulat général qu'une telle possibilité ne peut être exclue.

A titre d'observation complémentaire sur ce point, même lorsqu'il est possible *stricto sensu* pour les personnes concernées d'établir une vie familiale ailleurs, il convient de vérifier si le sacrifice imposé aux personnes déjà présentes en Suisse serait proportionné.²⁰² A cet égard, les autorités suisses examinent si la famille dans son ensemble a des liens plus étroits avec la Suisse ou avec l'autre Etat membre où le regroupement pourrait avoir lieu.²⁰³ C'est acceptable *per se* et ne saurait être remis en

2006 instituant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes [code frontières Schengen], JO L 2006 105/1, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=50ed51d52>).

¹⁹⁶ Voir Conseil de l'UE, Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 2003 251/12, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=548ef0e24>, articles 9 ss.

¹⁹⁷ Voir EMN, *Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2016 Family Reunification of Third-Country Nationals in the EU plus Norway: National Practices*, avril 2017, disponible sous: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/00_family_reunification_synthesis_report_final_en_print_ready_0.pdf, voir en particulier p. 12, 15 et 20. La législation de l'Etat ayant octroyé le statut peut également constituer un obstacle au déplacement: voir TAF, F-762/2019, § 7.4.

¹⁹⁸ Conseil de l'UE, Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, 23 janvier 2004, JO L 16-44, disponible sous: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=50ed50512>.

¹⁹⁹ Voir entre autres TAF, D-4424/2016, p. 11; TAF, F-6/2019, p. 9.

²⁰⁰ *Olsson c. Suède No. 1*, requête no. 10465/83, CrEDH, 24 mars 1988, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62106>, par. 59. Voir aussi TAF, F-762/2019, § 7.4.

²⁰¹ Voir à titre d'exemple ATAF 2013/24, § 5.1 *in fine*.

²⁰² Voir *Sen c. Pays-Bas*, requête no. 31465/96, CrEDH, 21 décembre 2001, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.402a26b74.html>, par. 38-41; *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*, requête no. 60665/00, CrEDH, 1^{er} décembre 2005, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.43a29e674.html>, par. 47 ss; *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 120 ss.

²⁰³ J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 435 et références mentionnées.

question. Encore une fois, cependant, il faut veiller à prendre en compte de manière concrète et holistique la position de toutes les personnes concernées (y compris leur statut migratoire), plutôt que des circonstances isolées telles que, par exemple, la durée présumée de la présence sur le territoire d'un Etat.²⁰⁴

Un autre argument récurrent opposé aux personnes invoquant l'art. 8 CEDH contre un transfert Dublin est que la séparation doit être acceptée car elle ne sera que «temporaire». L'argument apparaît, notamment, dans un arrêt publié du TAF de 2012.²⁰⁵ Par principe, le raisonnement est solide: la durée de la séparation est certainement un facteur pertinent pour apprécier la compatibilité d'une mesure étatique avec l'art. 8 CEDH²⁰⁶ – y compris dans un contexte Dublin.²⁰⁷ Cependant, en raison du cadre juridique régissant la mobilité intraeuropéenne des ressortissants de pays tiers décrit ci-dessus, et en raison de la durée variable des procédures d'asile dans les Etats Dublin, il sera généralement difficile de faire un pronostic fiable sur ce point, et le caractère «temporaire» peut très bien signifier que la séparation durera un laps de temps considérable. En outre, comme l'a signalé à juste titre le TAF dans l'ATAF 2013/24, selon les faits de la cause, même des séparations relativement courtes peuvent enfreindre l'art. 8 CEDH.²⁰⁸ Ce sera le cas notamment lorsque la séparation implique des enfants et l'un de leurs parents²⁰⁹ ou, par analogie, des personnes dépendantes et celles qui leur apportent un soutien affectif et pratique.

Alors que les points précédents ont été discutés de manière assez approfondie dans le cadre des contentieux Dublin, d'autres aspects qui mériteraient au moins une attention similaire ont jusqu'à présent été largement ignorés à la fois par la CrEDH et par le TAF:

- Premièrement, comme la CrEDH l'a répété à maintes reprises, les demandeurs d'asile et les réfugiés constituent un groupe vulnérable ayant droit à une protection particulière.²¹⁰ Cet aspect, qui domine les discussions autour de la compatibilité des transferts avec l'art. 3 CEDH,²¹¹ est souvent ignoré dans les affaires «familiales». *A.S.*, discuté ci-dessous dans la section suivante, constitue un exemple notable. Même dans *Z.H. et R.H.*, la Cour de Strasbourg n'a pas pris en considération l'angoisse intense causée à la jeune mariée par le transfert de son conjoint.²¹² La vulnérabilité particulière (et la situation spéciale) des personnes sollicitant une protection et des réfugiés doit être prise en compte, notamment lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les circonstances de la formation et de la séparation de la famille. Certes, il est de jurisprudence constante, applicable également aux demandeurs de

²⁰⁴ Comparer ATAF 2012/4, § 4.4.4 et ATAF 2013/24, § 5.1.

²⁰⁵ Voir, de nouveau, ATAF 2012/4, § 4.4.4.

²⁰⁶ Voir entre autres *Gül c. Suisse*, requête no. 23218/94, CrEDH, 19 février 1996, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62534>, par. 36; *Yilmaz c. Allemagne*, requête no. 52853/99, CrEDH, 17 avril 2003, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases/ECHR.3f264a480.html>, par. 48.

²⁰⁷ *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 45 et opinion concordante du juge Nicolaou *in fine*.

²⁰⁸ Voir ATAF 2013/24, § 5.1.

²⁰⁹ Au sujet du facteur temps dans les procédures de regroupement familial en général, voir *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 80.

²¹⁰ Voir à titre d'exemple *M.S.S.*, *supra* note 32, par. 251; *Tarakhel c. Suisse*, requête no. 29217/12, CrEDH, 4 novembre 2014, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147608>, par. 118 ss.

²¹¹ Voir entre autres *M.S.S.*, *supra* note 32.

²¹² *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, opinion concordante du juge Nicolaou, p. 13.

protection, que les liens familiaux noués pendant des périodes de présence temporairement «tolérée» n'impliquent généralement pas d'obligation d'admission pour l'Etat d'accueil.²¹³ En revanche, en ce qui concerne les liens familiaux créés précédemment, les circonstances de la séparation seront souvent involontaires et devraient peser de manière décisive en faveur des intérêts du demandeur.²¹⁴ De même, comme rappelé ci-dessus à la section 4.3.1, il est inapproprié de mettre en doute l'effectivité des liens familiaux en raison de périodes de séparations involontaires causées par les circonstances de la fuite et des déplacements ultérieurs.

- Lors de l'appréciation de la compatibilité avec l'art. 8 CEDH d'un transfert ou de toute autre mesure adoptée en vertu du Règlement Dublin, il est important d'identifier et d'évaluer avec précision l'intérêt public en jeu.
 - En supposant qu'il n'y ait pas de circonstances spéciales, l'intérêt servi par un transfert Dublin est – dans la taxonomie de l'art. 8 CEDH – «l'intérêt d'ordre public de l'Etat défendeur à contrôler l'immigration».²¹⁵ Bien qu'il s'agisse incontestablement d'un intérêt public légitime, les décideurs ignorent souvent que son intensité est beaucoup moins prononcée que dans les affaires pénales. En outre, l'intérêt public à contrôler l'immigration est sans doute moins prononcé dans les cas Dublin, qui concernent une forme d'admission temporaire qui peut ou non devenir plus stable, que dans les cas de regroupement familial ordinaire, où la question est immédiatement de savoir si une personne étrangère doit être autorisée à *s'établir* dans le pays.²¹⁶
 - Comme l'a soutenu Jean-Pierre Monnet, l'intérêt public à transférer une requérant-e est encore diminué lorsque le demandeur remplit manifestement les conditions pour bénéficier du regroupement familial en Suisse à un stade ultérieur – en particulier lorsqu'il a le droit de bénéficier de «l'asile familial» au sens de l'art. 51 Loi sur l'asile suisse.²¹⁷ Dans de tels cas, le transfert vers un autre Etat membre ne servirait aucun intérêt public perceptible et les autorités devraient donc en règle générale y renoncer en faveur de l'application de la clause de souveraineté.

²¹³ Voir en particulier *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 103 s ainsi que *A.S.*, *supra* note 186, par. 44 et *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 38. Dans la pratique suisse, voir ATAF 2012/4, § 4.4.3 s.

²¹⁴ Voir *Tanda-Muzinga*, *supra* note 35, par. 74 ss.

²¹⁵ Voir par ex. *Jeunesse*, *supra* note 180, par. 121; *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 46.

²¹⁶ Dans le même ordre d'idées, voir J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 433. La CrEDH n'a pour sa part pas encore reconnu de telles distinctions subtiles: voir *A.S.*, *supra* note 186, par. 46; *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, par. 40. Cela n'exclut évidemment pas que, dans des cas particuliers caractérisés par une tentative claire de contourner les règles ordinaires sur le regroupement familial, l'intérêt public à contrôler l'immigration puisse être particulièrement prononcé: voir TAF, F-762/2019, § 7.2.1.

²¹⁷ Loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31, disponible sous: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995092/index.html>. J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 433. Sur la portée de l'application de l'art. 51, voir ATAF 2017 VI/4 ainsi que TAF, E-5669/2016 et TAF, E-1721/2019. Au sujet de l'art. 51 al. 4 LAsi et des conditions pour la constitution de la famille avant la fuite, voir TAF, D-3664/2016.

- L'intérêt public est également *a priori* insuffisant pour justifier une ingérence dans la vie familiale lorsque l'administration décide, pour des «considérations pratiques», d'assumer la responsabilité en vertu de la clause de souveraineté et empêche ainsi l'application des critères familiaux.²¹⁸ Dans de tels cas, l'application de la clause de souveraineté devrait sans doute être traitée comme une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale, et à notre avis, aucun des intérêts énumérés à l'art. 8 par. 2 CEDH ne peut couvrir des raisons de pure commodité administrative.
- Sur le plan non pas du droit de la CEDH, mais de la «législation Dublin», lors de la pesée des intérêts en jeu, il convient de tenir compte du considérant 14 RD III, lequel mentionne le «respect de la vie familiale» comme une «considération *primordiale*» pour les autorités chargées de la mise en œuvre du Règlement Dublin (mise en exergue par l'auteur). Comme expliqué ci-dessus dans la section 2.3, et par analogie avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, cela implique qu'un poids supplémentaire doit être accordé à l'intérêt de l'unité familiale dans la mise en œuvre du système de Dublin.

Ces arguments plaident fortement en faveur du maintien ou de la reconstitution de l'unité familiale dans le contexte de Dublin et appuient la conclusion exposée ci-dessus à la section 4.1 selon laquelle les cas où l'art. 8 CEDH l'exige ne doivent pas être considérés comme «exceptionnels». En effet, dans un système plaçant la protection de la vie familiale au rang de «considération primordiale», la préservation ou la promotion de l'unité familiale devrait être la norme plutôt que l'exception. Cette conclusion est valable *a fortiori* pour des situations caractérisées par des vulnérabilités particulières, examinées ci-dessous.

4.3.4 Considérations spéciales applicables dans des situations de dépendance et de vulnérabilité

Bien que les demandeurs de protection soient en général un «groupe vulnérable», l'application du Règlement Dublin peut avoir un impact sur les personnes se trouvant dans des situations de vulnérabilité et de dépendance particulières (par ex. les personnes malades, les personnes âgées, les enfants, les femmes enceintes, les mères avec des jeunes enfants). En raison des limites de son champ d'application, l'art. 16 RD III n'offre pas une protection complète à ces personnes contre les rigueurs de la procédure Dublin. L'application des clauses discrétionnaires peut par conséquent s'avérer nécessaire.

Du point de vue des droits de l'homme, la vulnérabilité d'un demandeur peut soulever plusieurs questions.

²¹⁸ *M.A. et autres*, C-661/17, *supra* note 155, point 58. Par exemple, voir UNHCR, *Left in Limbo*, *supra* note 13, p. 126. Une telle situation ne devrait théoriquement pas se produire en Suisse, car les seuls motifs légaux permettant de déroger aux critères ordinaires sont, outre le respect des obligations internationales, des raisons humanitaires. Cependant, on ne peut pas entièrement l'exclure en pratique: voir J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 409.

Pour commencer, l'état de santé de la personne peut être incompatible *per se* avec un transfert,²¹⁹ ou bien des doutes peuvent exister quant à la disponibilité des structures d'accueil ou des soins de santé adéquats dans l'Etat responsable. Ces questions – qui sont généralement analysées sous l'angle de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants – ne sont pas nécessairement liées à l'unité familiale²²⁰ et ne font pas en soi l'objet de la présente étude. Néanmoins, il sied de relever que dans les cas décrits ci-dessus, des garanties appropriées doivent être en place pour que l'unité familiale soit maintenue:

- Comme affirmé explicitement dans l'arrêt *Tarakhel* de la CrEDH, l'Etat procédant au transfert a l'obligation d'obtenir de l'Etat responsable des garanties que les familles avec enfants ne seront pas séparées une fois prises ou reprises en charge.²²¹ Le TAF a dénié l'application d'une telle obligation à d'autres catégories de personnes vulnérables.²²² Cependant, l'arrêt *A.S.* de la CrEDH laisse clairement entendre que les principes affirmés dans *Tarakhel*, y compris le principe de l'unité familiale, s'appliquent au moins aux personnes transférées «gravement malades».²²³ En outre, le Comité des Nations Unies contre la torture a récemment confirmé l'applicabilité de droits comparables à ceux découlant de *Tarakhel* aux victimes de torture.²²⁴
- Comme corollaire du principe de l'unité familiale consacré dans *Tarakhel*, lorsque le transfert est annulé pour certains membres de la famille en raison de leur vulnérabilité, il convient de veiller avec le plus grand soin à ne pas les séparer du reste de leur famille en transférant ces derniers.²²⁵

Un transfert Dublin impliquant des situations de vulnérabilité particulière peut également soulever plus directement des problèmes relatifs à l'unité familiale. Ce sera le cas lorsque la personne transférée est particulièrement vulnérable et que le transfert la priverait du soutien familial disponible dans l'Etat procédant au transfert – ou *vice versa*, lorsque le transfert rendrait impossible pour la personne transférée de fournir des soins et apporter un soutien à un membre vulnérable de sa famille.

Un tel cas a été examiné sous l'angle des articles 3 et 8 CEDH par la CrEDH dans *A.S. c. Suisse*. Dans cette affaire, une victime de torture souffrant d'un trouble de stress post-

²¹⁹ Voir par ex. *C. K.*, C-578/16, *supra* note 158.

²²⁰ Voir par ex. Comité des Nations Unies contre la torture (CAT), *Adam Harun c. Suisse*, communication no. 758/2016, 8 février 2019, disponible sous: <https://www.refworld.org/pdfid/5c5ab4bc4.pdf>.

²²¹ *Tarakhel*, *supra* note 210, par. 120. Des problèmes sont encore observés dans la pratique: voir OSAR/DRC, *Is mutual trust enough?*, 9 février 2017, disponible sous: <https://www.osar.ch/assets/news/2017/drc-osar-drmp-report-090217.pdf>, p. 13, 17; OSAR/DRC, *Mutual trust enough is still not enough*, 12 décembre 2018, disponible sous: <https://drc.ngo/media/5015811/mutual-trust.pdf>, p. 22.

²²² Voir ATAF 2017 VI/10, § 5.3 ss.

²²³ *A.S.*, *supra* note 186, par. 36.

²²⁴ Voir en particulier CAT, *A.N. c. Suisse*, communication no. 742/2016, 3 août 2018, disponible sous: <https://www.refworld.org/cases.CAT.5b964c664.html>, par. 8.6 et 8.8. Voir aussi CAT, *Adam Harun c. Suisse*, *supra* note 220.

²²⁵ Pour illustrer comment des accidents purement administratifs peuvent engendrer des séparations de ce type, voir *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69.

traumatique sévère et bénéficiant du soutien de ses sœurs à Genève devait être transférée en Italie. Notons que, selon l'interprétation proposée ci-dessus à la section 3.4.3, l'art. 16 RD III aurait dû être appliqué et la question n'aurait pas dû être examinée sous l'angle des clauses discrétionnaires.

Devant la CrEDH, le demandeur a allégué à la fois les conditions inadéquates qui l'attendaient en Italie et les effets préjudiciables qu'il subirait s'il était privé de soutien familial. La Cour a rejeté les deux arguments. Premièrement, elle a appliqué le critère restrictif de *N c. Royaume-Uni* à la question de savoir si la maladie du demandeur soulevait un problème au regard de l'art. 3 CEDH, concluant par la négative.²²⁶ Cette partie de l'arrêt ne constitue plus une bonne interprétation du droit. D'une part, la Cour elle-même a révisé le critère applicable.²²⁷ D'autre part, et plus important encore, la Cour de justice de l'UE a défini un critère plus clément applicable dans le contexte de Dublin.²²⁸ Deuxièmement, en ce qui concerne l'art. 8 CEDH, la Cour s'est contentée de répéter un langage standard présentant un intérêt contestable au regard des faits de la cause²²⁹ et a noté que le demandeur ne pouvait pas, pendant son court séjour en Suisse, avoir «établi et développé des liens familiaux solides» avec ses sœurs.²³⁰ Là n'était cependant pas la question, ce dernier argument ne correspondant pas au point soulevé par le demandeur. En ce qui concerne l'unité familiale, le demandeur a en effet soutenu que: a) il était manifestement dépendant, en tant que victime de torture, du soutien de ses sœurs, et b) le transfert proposé le priverait de ce soutien. La Cour a omis entièrement d'aborder ces points, que ce soit sous l'angle de l'art. 3 CEDH ou de l'art. 8 CEDH.²³¹

Ce jugement regrettable a apparemment encouragé le SEM à suivre une voie restrictive.²³² Cette pratique doit être révisée à la lumière des récentes déclarations du Comité des Nations Unies contre la torture. Dans *A.N.*, un cas identique à *A.S.* quant aux faits et soulevant la question de savoir si le transfert vers l'Italie d'une victime de torture serait compatible avec la CCT, le Comité a accordé un poids considérable au fait qu'une telle mesure priverait le demandeur du soutien de sa famille élargie (*in casu* le frère) et compromettrait ainsi sa réadaptation.²³³ Le CAT a conclu qu'un transfert serait incompatible avec la CCT.

Il serait erroné de traiter *A.N.* comme une décision isolée. Au contraire, *A.N.* aborde un problème général et crée un précédent important. Les victimes de torture cherchent souvent refuge dans un pays où les membres de leur famille sont présents, car le soutien

²²⁶ *A.S.*, *supra* note 186, par. 31-38.

²²⁷ *Paposhvili c. Belgique*, *supra* note 34, par. 181 ss. Voir aussi ATAF 2017 VI/7, § 6.2.

²²⁸ *C. K.*, C-578/16, *supra* note 158, point 74. Selon cette jurisprudence, les transferts entraînant un «risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable» de l'état de santé du demandeur constituent un traitement inhumain et dégradant. Voir aussi ATAF 2017 VI/10, § 6.4 ss.

²²⁹ Entre autres *A.S.*, *supra* note 186, par. 44 au sujet des autorités de l'Etat confrontées à la vie de famille comme un fait accompli, où en fait il n'était pas sérieusement contesté que la relation entre le demandeur et les sœurs existait déjà dans leur pays d'origine.

²³⁰ *Ibidem*, par. 49 (trad.).

²³¹ *Ibidem*, par. 20 et 41. Voir aussi S. Nicolosi, R. Delbaere, *A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases*, 16 juillet 2015, disponible sous: <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16>.

²³² Voir entre autres TAF, D-7674/2015; TAF, D-6273/2017; TAF, D-2069/2016.

²³³ CAT, *A.N. c. Suisse*, *supra* note 224, en particulier par. 8.7 et 8.10.

familial est essentiel à la reconstruction de leur vie dans un environnement nouveau et inconnu. Conscient de cela, le Comité a précisé que, puisque les victimes de torture ont droit à une réadaptation médicale et sociale sous l'empire de l'art. 14 CCT, les priver de soutien familial en les renvoyant vers un autre Etat enfreint normalement cette disposition.

A.N. devrait également conduire à un réexamen d'*A.S.* sous l'angle de l'art. 8 CEDH. Sur la base de ce qui vient d'être dit concernant l'importance du soutien familial pour la réadaptation des victimes de torture et de la vulnérabilité exceptionnelle de ces dernières, des éléments particuliers de dépendance au sens de l'art. 8 CEDH doivent, par définition, être considérés comme présents.

En conclusion, lorsqu'elles sont confrontées à une situation similaire à celle d'*A.S.* et *A.N.*, les autorités devraient partir de la présomption que le transfert vers un autre Etat membre est interdit et qu'il convient d'appliquer la clause de souveraineté en lieu et place. Etant donné que ce raisonnement est en grande partie basé sur la vulnérabilité des personnes concernées, il y a de bonnes raisons d'appliquer le précédent *A.N.* non seulement aux victimes de torture mais également à d'autres catégories de personnes particulièrement vulnérables qui bénéficient d'un soutien familial en Suisse et, pour une raison ou une autre, ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 16 RD III ou des autres critères familiaux.

C'est le cas, notamment, des enfants qui sont victimes 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, ou de conflit armé». En vertu de l'art. 39 CDE, les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de ces enfants, dans un environnement qui favorise leur «santé, le respect de soi et la dignité». En règle générale, cela devrait empêcher le transfert de l'enfant loin d'un environnement familial favorable.

4.3.5 L'égalité de jouissance de la vie familiale sous l'empire du Règlement Dublin

En appliquant le Règlement Dublin, comme dans tout autre domaine juridique, les Etats membres doivent garantir, en vertu de l'art. 14 CEDH, la jouissance de la vie familiale sur un pied d'égalité (voir en particulier le consid. 32 RD III). Cela implique que les différences de traitement injustifiées doivent être évitées. Dans le même ordre d'idées, le TAF a cité le principe d'égalité comme l'un des principes qui peuvent être invoqués par les demandeurs conjointement avec la clause de souveraineté.

Les lacunes et les incohérences des dispositions relatives à la famille du Règlement Dublin ont été signalées ci-dessus dans les sections 3.2.2 et 4.1. Dans la section 3.2.2, il a été avancé qu'une utilisation minutieuse de l'interprétation téléologique et analogique devrait être faite afin d'éliminer systématiquement toutes les distinctions injustifiées qui pourraient en découler. D'un point de vue méthodologique, l'alternative est de recourir systématiquement aux clauses discrétionnaires.²³⁴ En ce qui concerne la CEDH, peu importe la méthode juridique utilisée tant qu'aucune discrimination n'est commise.

²³⁴ Voir entre autres C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, Article 16, K1, sur la façon de remédier ainsi à la formulation déficiente de l'art. 16 sur la dépendance.

Appliquées dans la perspective de non-discrimination, les clauses discrétionnaires devront être utilisées notamment pour «arrondir les bords» des critères de responsabilité,²³⁵ et pour éviter que – comme l’a relevé le TAF – certains demandeurs se retrouvent pour ainsi dire assis entre deux chaises (*zwischen Stuhl und Bank*).²³⁶ Ainsi, dans les cas limites – c’est-à-dire les cas qui ne relèvent juste pas du champ d’application des critères de responsabilité fondés sur la famille – un examen attentif sous l’angle de la non-discrimination est requis, y compris une analyse de la comparabilité des situations en cause, des raisons objectives susceptibles de justifier une disparité de traitement, et du respect du principe de proportionnalité.

4.4 Raisons humanitaires et de compassion pour l’application des clauses discrétionnaires

Au-delà des obligations internationales, les considérations humanitaires peuvent être suffisamment importantes pour justifier le recours à la discrétion en faveur de l’unité familiale. D’une part, l’arrêt de la CJUE dans l’affaire *K* est sans doute toujours applicable dans le contexte de l’art. 17 RD III pour les situations qui ne sont pas couvertes par l’art. 16 RD III. D’autre part, les personnes chargées de décider en première instance doivent tenir compte des principes établis par le TAF concernant l’art. 29a al. 3 OA 1.²³⁷

4.4.1 Motifs humanitaires sous l’empire du Règlement Dublin: sur la pertinence continue de l’arrêt *K*

En vertu de l’ancien art. 15 par. 2 RD II, les parents à charge devaient être «normalement» rapprochés ou laissés ensemble, à condition que les liens familiaux aient existé dans le pays d’origine. Dans l’affaire *K*, la CJUE a précisé que les termes «autre membre de sa famille» devaient être interprétés de manière large et incluant par exemple la belle-fille et les petits-enfants du requérant d’asile.²³⁸ En outre, la Cour a interprété l’art. 15 par. 2 RD II comme signifiant que les Etats devraient maintenir ou reconstituer l’unité familiale, sauf dans des «circonstances exceptionnelles».²³⁹

L’ancienne disposition a été remplacée par l’art. 16 RD III, qui représente un critère obligatoire et impose une obligation plus ferme, mais dont le champ d’application est nettement plus restreint (voir ci-dessus la section 3.4.3). Au regard de son libellé, et même en tenant compte d’une interprétation extensive telle que proposée ci-dessus, l’art. 16 peut difficilement être lu comme établissant une obligation de «laisser ensemble ou rapprocher» les demandeurs et les «parents» au sens large tels que les cousins ou la belle-famille.²⁴⁰ Par conséquent, toutes les situations de dépendance qui étaient auparavant

²³⁵ Voir pour un exemple de ce raisonnement J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 431.

²³⁶ TAF, D-3794/2014, § 7.6. Malheureusement, le TAF n’a pas examiné en l’espèce si le principe d’égalité de traitement commandait une application extensive de l’art. 9 RD III *via* les clauses discrétionnaires.

²³⁷ Ordonnance 1 sur l’asile, *supra* note 160.

²³⁸ *K*, C-245/11, *supra* note 135, point 38.

²³⁹ *K*, C-245/11, *supra* note 135.

²⁴⁰ Voir C. Filzwieser, A. Sprung, *supra* note 24, Article 16 MN K1. Pour la position contraire, selon laquelle l’art. 16 RD III doit encore être interprété à la lumière de l’arrêt *K*, voir ECRE, *ECRE Comments on*

couvertes par la jurisprudence *K* et qui ne relèvent pas de l'art. 16 RD III doivent être examinées à la lumière des clauses discrétionnaires «générales» de l'art. 17 RD III. La question est de savoir si, dans de telles situations, l'obligation conditionnelle affirmée dans *K* s'applique toujours, malgré le paysage juridique modifié.

La question ne semble pas avoir été abordée dans la jurisprudence du TAF, qui ne se réfère apparemment à l'affaire *K* que dans le contexte de l'art. 16 RD III.²⁴¹ Pourtant, il existe des arguments de poids en faveur d'une application continue de *K* au-delà des limites de cette disposition. En premier lieu, comme en témoignent les travaux préparatoires, le libellé restrictif choisi pour l'art. 16 RD III était une réponse à la transformation proposée de l'ancien art. 15 par. 2 RD II d'un critère «semi-contraignant» en un critère pleinement contraignant,²⁴² mais il ne peut être interprété comme un rejet du jugement *K* par le législateur.²⁴³ En deuxième lieu, une interprétation acceptant que – au-delà du champ d'application de l'art. 16 RD III – les obligations consacrées dans *K* disparaissent sous l'empire du nouveau règlement, contredirait l'objectif déclaré du Règlement Dublin III consistant à «apport[er] les améliorations [...] à la protection octroyée aux demandeurs» (consid. 9). Troisième et dernier point, l'interprétation proposée ici ne rendrait pas l'art. 16 redondant. Comme il a été expliqué précédemment, cette disposition identifie un sous-ensemble réduit de situations de dépendance et les soumet à une obligation plus ferme de «laisser ensemble ou rapprocher» (voir ci-dessus, section 3.4.3). Pour tous les autres cas auparavant couverts par l'art. 15 par. 2 Règlement Dublin II et désormais couverts par l'art. 17 RD III – par ex. la dépendance entre une belle-mère et sa belle-fille – «laisser ensemble ou rapprocher» reste une obligation plus qualifiée conformément à l'arrêt *K*.²⁴⁴

Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), mars 2015, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/552254094.html>, p. 21. Il convient de noter que dans l'arrêt *K*, la Cour se réfère au libellé désormais abrogé de l'ancien art. 15 par. 2 RD II: voir *K*, C-245/11, *supra* note 135, points 38-41.

²⁴¹ Voir en particulier ATAF 2017 VI/5, § 8.3.3. Voir aussi TAF, D-3566/2018; TAF, D-5090/2017.

²⁴² Notons que la qualification de l'art. 15 par. 2 RD II comme semi-contraignant ou implicitement obligatoire est antérieure à l'arrêt *K*: voir Conseil de l'UE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) - Certain issues*, doc. no. 14950/10, 15 octobre 2010, disponible sous: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14950-2010-INIT/en/pdf>, p. 2.

²⁴³ Les négociations relatives à la disposition ont été achevées pour l'essentiel des mois avant que la CJUE ne rende son arrêt: voir Conseil de l'UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (Refonte)*, doc. no. 12746/2/12, 27 juillet 2012, disponible sous: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12746-2012-REV-2/fr/pdf>.

²⁴⁴ Dans le même sens, voir aussi U. Brandl, "Family Unity and Family Reunification in the Dublin System: Still Utopia or Already Reality?" in: V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 143-158, cf. p. 153.

4.4.2 Raisons humanitaires en vertu de l'art. 29a Ordonnance 1 sur l'asile

L'art. 29a al. 3 Ordonnance 1 sur l'asile (OA 1) autorise le SEM à traiter une demande d'asile qui relèverait de la responsabilité d'un autre Etat membre pour des «raisons humanitaires». Comme indiqué précédemment, outre les cas dans lesquels les clauses sont appliquées pour remplir les obligations internationales de la Suisse, il s'agit du seul motif juridiquement admissible pour le SEM d'appliquer la clause de souveraineté.²⁴⁵

L'art. 29a al. 3 OA 1 est une disposition potestative («peut») qui confère un vaste pouvoir discrétionnaire au SEM. Par conséquent, les décisions de ce dernier ne peuvent être révisées que pour vérifier si ce pouvoir d'appréciation a été utilisé d'une manière respectueuse des lois. Cela ne signifie pas que la marge d'appréciation du SEM est illimitée. Premièrement, le SEM a le devoir d'examiner de manière constructive si l'art. 29a OA 1 devrait être appliqué dans un cas donné. A cet effet, il est tenu d'établir correctement et exhaustivement tous les faits pertinents et de les prendre en compte dans sa décision.²⁴⁶ La décision en soi doit être prise sur la base de critères transparents et raisonnables, notamment:²⁴⁷

- les vulnérabilités particulières des personnes concernées;
- l'intérêt supérieur de l'enfant;
- les expériences traumatisantes, notamment dans l'Etat vers lequel un transfert est proposé;
- les considérations relatives à l'unité familiale;
- la durée de la procédure Dublin ou de la présence en Suisse de l'intéressé-e.

Pris individuellement, des facteurs de ce type ne sont généralement pas suffisants pour l'application de l'art. 29a OA 1. Toutefois, lorsqu'il apparaît, sur la base de motifs cumulatifs, qu'un transfert serait problématique sur le plan humanitaire, l'application de cette disposition doit être envisagée.²⁴⁸ Malheureusement, le SEM n'a pas fait connaître sa politique à cet égard,²⁴⁹ ce qui porte fondamentalement atteinte à la transparence requise par le TAF dans sa jurisprudence publiée.

Enfin, la décision prise par le SEM doit être exempte d'arbitraire et respecter le droit d'être entendu, ainsi que les principes généraux d'égalité et de proportionnalité. Afin de permettre un contrôle judiciaire efficace et compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont jouit le SEM, le Secrétariat est soumis à une obligation de motivation renforcée.²⁵⁰

²⁴⁵ L'article 29a al. 3 OA 1 constitue la «concrétisation» en droit interne de la clause de souveraineté: voir ATAF 2010/45, § 8.2.1; ATAF 2015/9, § 7.5.

²⁴⁶ ATAF 2015/9, § 8.1.

²⁴⁷ Voir ATAF 2015/9, § 8.1; ATAF 2017 VI/10, § 6; TAF, E-504/2016, § 5.4. Voir aussi J.-P. Monnet, *supra* note 51, p. 426 ss.

²⁴⁸ Voir ATAF 2011/9, § 8.2. Voir aussi TAF, E-504/2016, § 5.2.

²⁴⁹ Voir SEM, *supra* note 10, point 2.3.3.

²⁵⁰ Voir ATAF 2015/9, § 8.1 et 8.2.2; TAF, E-504/2016, § 5.4 ss; TAF, E-2780/2016, § 7.4.

4.5 Options pour prévenir ou mettre fin à la séparation des membres de la famille en vertu des clauses discrétionnaires

Dans les paragraphes précédents, les situations dans lesquelles il existe un devoir humanitaire ou au regard des droits de l'homme de laisser ensemble ou rapprocher les personnes présentant un lien familial ont été décrites. Habituellement, ces situations surviennent dans un contexte où le demandeur s'oppose au renvoi de Suisse et demande aux autorités d'appliquer la clause de souveraineté. Il ne s'agit cependant pas du seul contexte dans lequel le maintien ou le rétablissement de l'unité familiale peut être requis, et l'application de la clause de souveraineté n'est pas l'unique mesure susceptible d'être adoptée à cette fin. Si le demandeur et sa famille sont présents sur le territoire de l'Etat, l'unité familiale peut en fait être concrétisée soit en appliquant la clause de souveraineté, soit en transférant toute la famille ensemble, sous réserve de contre-indications.²⁵¹ Dans l'hypothèse où le demandeur se trouve dans un autre Etat membre, des obligations positives d'admission dudit demandeur découlant de la CEDH ou de considérations humanitaires peuvent se traduire par un devoir d'accepter une requête transmise à la Suisse en vertu de la clause humanitaire de l'art. 17 par. 2 RD III. Il s'agit simplement de l'application à un ensemble de circonstances différentes de la même logique que celle suivie par le TAF en déclarant que l'art. 8 CEDH peut rendre obligatoire l'application de la clause de souveraineté. De même, si le demandeur est en Suisse et que les membres de sa famille se trouvent dans un autre Etat membre, l'obligation de promouvoir le regroupement peut impliquer l'obligation d'envoyer une requête aux fins de prise en charge et de la traiter avec diligence en vertu de l'art. 17 par. 2 RD III.²⁵²

Il peut même y avoir des cas où des considérations relatives à l'unité familiale rendent *inadmissible* l'usage de la clause de souveraineté. Certes, l'art. 17 RD III confère aux Etats membres le droit de déroger aux critères et son exercice n'est soumis à aucune condition particulière (voir ci-dessus, 4.1). Néanmoins, comme indiqué précédemment, l'utilisation de ce droit dans une situation où les critères familiaux seraient sinon applicables peut être interprétée comme une ingérence dans la vie familiale qui – à supposer que la clause de souveraineté soit utilisée pour des raisons d'opportunité – ne peut pas être justifiée à la lumière de l'art. 8 par. 2 CEDH.²⁵³

En bref: lorsque le droit relatif aux droits de l'homme ou des considérations humanitaires impérieuses exigent le maintien ou la reconstitution de l'unité familiale, ces devoirs peuvent se traduire de diverses manières par l'obligation d'appliquer (ou de s'abstenir d'appliquer) l'art. 17 RD III sous tous ses aspects. Le seul impératif est l'unité familiale.

4.6 Synthèse des points principaux

Les clauses discrétionnaires visent *inter alia* à «éviter les situations dans lesquelles les membres de la famille seraient séparés en raison de l'application stricte des critères de Dublin».²⁵⁴ Leur application est obligatoire chaque fois que cela est nécessaire pour

²⁵¹ Voir à titre d'exemple *Z.H. et R.H.*, *supra* note 69, opinion concordante du juge Nicolaou *in fine*.

²⁵² Voir TAF, D-3153/2014, § 9.9-9.19.

²⁵³ Voir *supra*, section 4.3.4.

²⁵⁴ Conseil de l'UE, doc. No. 12364/09, *supra* note 101, p. 35 (trad.).

garantir le respect des obligations internationales de la Suisse, y compris celles qui protègent la vie familiale. Des raisons humanitaires impérieuses peuvent également rendre obligatoire l'application des clauses.

Rien dans le Règlement Dublin n'exige ou n'encourage une approche restrictive dans l'application des clauses discrétionnaires. Au contraire: à la lumière des objectifs et des principes du Règlement, tels qu'exprimés notamment dans le préambule, les clauses devraient faire l'objet d'une application large et systématique chaque fois que la vie familiale est en jeu.

L'art. 8 CEDH entre en ligne de compte lorsque des actions ou des omissions prises en vertu du Règlement Dublin risquent d'affecter la «vie familiale» au sens de celui-ci. Le «droit de présence assuré» du membre de la famille du demandeur ne constitue pas une condition pour l'applicabilité de l'art. 8 CEDH.

Les relations conjugales sont constitutives d'une «vie familiale» même si elles ne sont pas encore complètement établies dans les faits. De même, les relations entre parents et enfants mineurs constituent *ipso jure* une «vie familiale». Nier l'existence ou la stabilité de la «vie familiale» entre des demandeurs et des membres de la famille nucléaire en se référant à des périodes de séparation va à l'encontre de l'art. 8 CEDH. Dans d'autres cas, l'existence en pratique de liens personnels étroits représente le facteur déterminant.

Pour évaluer l'existence de la «vie familiale», l'administration devrait adopter une approche souple et non formaliste, respecter ses devoirs inquisitoires et accorder aux demandeurs de protection le bénéfice du doute compte tenu de leur situation particulière. Au titre des bonnes pratiques, l'autorité de première instance devrait déterminer de façon holistique, au début de la procédure Dublin, la situation familiale sous l'angle à la fois du Règlement Dublin et de la CEDH, en tirant pleinement parti de l'infrastructure procédurale prévue par le Règlement Dublin (par ex. le droit à un entretien et la recherche de la famille).

La constatation que l'art. 8 CEDH s'applique déclenche un certain nombre d'obligations: veiller à ce que le processus décisionnel soit «équitable et enclin à respecter les intérêts garantis par l'article 8»; établir un «juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société»; garantir un recours effectif contre les violations alléguées ainsi que la non-discrimination dans l'exercice de la vie familiale.

Lorsque des intérêts privés et publics sont mis en balance conformément à l'art. 8 CEDH dans un contexte Dublin, il convient de prendre en compte les aspects suivants:

- La possibilité de s'établir et d'exercer la vie familiale ailleurs sans obstacles indus ne peut pas être présumée. Au contraire, l'hypothèse de départ devrait être que les possibilités de jouir de la vie familiale «ailleurs» dans l'espace Dublin sont sévèrement réduites. Même lorsqu'une telle possibilité existe, il importe de vérifier si le sacrifice imposé aux personnes déjà présentes en Suisse serait proportionné.
- Le caractère potentiellement «temporaire» de la séparation induite par un transfert Dublin peut être pris en compte, mais il convient de garder à l'esprit que la séparation pourrait en fait durer très longtemps et que même des périodes de

séparation relativement courtes peuvent enfreindre l'art. 8 CEDH, par exemple dans les cas impliquant des enfants.

- Les requérant-e-s d'asile constituent un groupe vulnérable ayant droit à une protection particulière.
- Lors de l'évaluation de la compatibilité avec l'art. 8 CEDH des mesures adoptées en vertu du Règlement Dublin, il est important d'identifier et d'évaluer avec précision l'intérêt public en jeu. Dans les affaires Dublin, l'intensité des intérêts d'ordre public relatifs au «contrôle de l'immigration» est sans doute moins prononcée que dans les cas ordinaires de regroupement familial. L'intérêt public est encore réduit davantage lorsque le demandeur remplit manifestement les conditions pour bénéficier du regroupement familial en Suisse à un stade ultérieur.
- Sur le plan non pas du droit de la CEDH, mais de la «législation Dublin», le consid. 14 du préambule exige d'accorder une plus grande importance à l'intérêt de l'unité familiale.
- Dans un système où la protection de la vie familiale est une «considération primordiale», la préservation ou la promotion de l'unité familiale devrait être la norme plutôt que l'exception.

Dans les cas où des personnes particulièrement vulnérables, y compris des enfants, sont transférées avec leur famille, des garanties appropriées doivent être mises en place pour que l'unité de la famille soit assurée à l'arrivée. Lorsque le transfert est annulé en raison de la vulnérabilité de la personne concernée, le reste de la famille ne devrait pas être transféré.

Chaque fois que le transfert vers un autre Etat membre d'une victime de torture la séparerait d'un environnement familial favorable, les autorités devraient partir du principe que le transfert est interdit et que la clause de souveraineté devrait être appliquée à la place. Il convient d'étendre ce raisonnement à d'autres catégories de personnes particulièrement vulnérables, en particulier les enfants relevant du champ d'application de l'art. 39 CDE.

Dans les cas limites – c'est-à-dire les cas qui ne relèvent juste pas du champ d'application des critères de responsabilité fondés sur la famille – un examen attentif sous l'angle de la non-discrimination est requis, y compris une analyse de la comparabilité des situations en cause, des raisons objectives susceptibles de justifier une disparité de traitement, et du respect du principe de proportionnalité.

Dans les cas auparavant couverts par l'art. 15 par. 2 RD II et qui ne relèvent désormais plus de la portée de l'art. 16 RD III – par ex. la dépendance entre une belle-mère et sa belle-fille – «laisser ensemble ou rapprocher» les proches concernés reste une obligation qualifiée, conformément à l'arrêt *K* de la CJUE.

L'art. 29a al. 3 OA 1 est une disposition potestative («peut») qui confère un large pouvoir d'appréciation au SEM. Ce dernier est néanmoins tenu d'examiner s'il convient de l'appliquer dans un cas donné, d'établir tous les faits pertinents et de les prendre en

compte dans sa décision. La décision en soi doit être prise sur la base de critères transparents et raisonnables, comprenant notamment les vulnérabilités des personnes concernées, l'intérêt supérieur de l'enfant et les considérations relatives à l'unité familiale. Lorsque, sur la base de motifs cumulatifs, il apparaît qu'un transfert serait problématique sur le plan humanitaire, l'application de cette disposition doit être envisagée. Enfin, le SEM est soumis à un devoir de motivation renforcé.

Lorsque le droit relatif aux droits de l'homme ou des considérations humanitaires impérieuses exigent le maintien ou la reconstitution de l'unité familiale, ces devoirs peuvent se traduire de diverses manières par des obligations d'appliquer l'art. 17 RD III sous tous ses aspects: appliquer (ou s'abstenir d'appliquer) la clause de souveraineté; envoyer des requêtes au titre de la clause humanitaire; ou accéder à de telles requêtes.

5. Conclusions et remarques sur la protection juridique

Lorsqu'il est correctement interprété et appliqué, le Règlement Dublin offre une protection complète aux familles des personnes auxquelles il s'applique.

Conformément au préambule, qui place le respect de la vie familiale au rang de considération primordiale, les critères devraient être interprétés et appliqués de manière large, flexible et sans formalisme excessif. Ce faisant, l'administration doit évaluer un vaste éventail d'éléments de preuve relatifs à l'existence de la famille et tenir dûment compte des normes de preuve réduites prévues par le Règlement et les modalités d'application. En outre, elle devrait procéder à l'établissement des faits pertinents de façon proactive, en coopération avec le demandeur et les membres de sa famille. L'obligation de rechercher les membres de la famille, qui n'est formellement applicable qu'en faveur des enfants non accompagnés sollicitant une protection, devrait être appliquée systématiquement à tous les demandeurs au titre des bonnes pratiques, car elle favorise une interprétation large des critères familiaux. L'évaluation de l'âge, déterminante pour l'applicabilité des dispositions généreuses prévues par le Règlement en faveur des enfants, devrait être effectuée conformément aux recommandations du Comité des droits de l'enfant. Elle devrait donc être effectuée de manière holistique et adaptée aux enfants, en respectant les principales garanties d'une procédure régulière, y compris la désignation d'un représentant qualifié, sans recours indu à des méthodes médicales, et conformément au principe selon lequel, lorsque les résultats ne sont pas concluants, il convient d'accorder le bénéfice du doute au demandeur.

Puisque l'application des critères se limite en principe à la phase de «prise en charge», il est essentiel qu'une protection juridique complète soit accordée à ce stade. L'art. 27 RD III prévoit expressément le droit de recours des demandeurs contre les décisions de transfert et, dans ce contexte, ils peuvent invoquer tout argument relatif à l'application incorrecte du Règlement, y compris la mauvaise application des critères ainsi que la violation des règles procédurales ou de preuve y afférentes.²⁵⁵ Une foule d'autres décisions prises en vertu du Règlement – explicites ou implicites²⁵⁶ – peuvent avoir un

²⁵⁵ Voir *H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *supra* note 47, points 38 ss. Au sujet de la violation des règles de preuve, voir ATAF 2017 VI/1.

²⁵⁶ Voir *Fathi*, C-56/17, *supra* note 131, points 57 ss.

large impact sur l'application des critères et sur la vie des demandeurs et de leurs familles: les décisions de ne pas envoyer ou de ne pas accepter une requête de «prise en charge»; les décisions d'assumer la responsabilité, et donc de ne pas effectuer de transfert, lorsque le demandeur a des membres de sa famille dans un autre Etat et que les critères indiquent que ce dernier est responsable. Le fait que l'art. 27 RD III ne prévoit pas expressément un droit de recours contre ces décisions n'est pas déterminant. Alors que les considérations d'efficacité sous-jacentes au Règlement invitent, selon les termes de la CJUE, «à ne pas multiplier les voies de recours» – par ex. le droit de contester la décision de ne pas utiliser la clause de souveraineté, puis de contester la décision subséquente de transfert²⁵⁷ – un recours effectif doit être disponible contre *toute* décision affectant les droits que les demandeurs tirent du droit de l'UE en vertu de l'art. 47 CDF.²⁵⁸

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* à la phase de la reprise en charge, sauf qu'à ce stade les critères ne jouent qu'un rôle limité.²⁵⁹

A tous les stades de la procédure Dublin, les droits de l'homme doivent en outre être pleinement respectés et les considérations humanitaires dûment prises en compte. Chaque fois que cela est nécessaire afin de respecter la CEDH, la CCT, le PIDCP, la CDE ou d'autres normes pertinentes, le SEM est tenu d'appliquer les clauses discrétionnaires – assumer la responsabilité en vertu de la clause de souveraineté, accepter les requêtes aux fins de prise en charge au titre de la clause humanitaire, ou présenter de telles demandes. Dans des cas particuliers, les obligations en matière de droits de l'homme peuvent contraindre les autorités à ne pas appliquer la clause de souveraineté. Le SEM a également un devoir positif d'examiner les motifs humanitaires, de décider sur la base de critères pertinents et transparents ainsi qu'une obligation de motivation. Des motifs cumulatifs peuvent rendre un transfert problématique sous l'angle humanitaire et restreindre le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Les obligations en matière de droits de l'homme ont également d'importantes ramifications au niveau du respect de la légalité et d'une procédure équitable – par ex. le droit des enfants d'être entendus dans toute procédure qui les touchent et de contester les résultats de l'évaluation de l'âge.²⁶⁰ Plus généralement, lorsqu'il est allégué que les normes applicables en matière de droits de l'homme ont été violées – quel que soit le stade de la procédure Dublin ou le type de décision ou d'omission ayant pu causer la violation alléguée – un recours effectif doit être disponible au niveau national. Les possibilités offertes par les procédures de plainte à l'échelon international doivent également être prises en compte, comme le démontrent les décisions *A.N. c. Suisse* et *A.H. c. Suisse* rendues par le CAT.²⁶¹ En outre, comme le révèle la comparaison entre ces décisions et l'arrêt *A.S. c. Suisse* de la CrEDH, il peut s'avérer extrêmement fructueux de soumettre la même

²⁵⁷ *M.A. et autres*, C-661/17, *supra* note 155, points 63 ss.

²⁵⁸ *Ibidem*, par. 77. Au sujet de l'art. 8 CEDH, voir Meijers Committee, *Note on the Proposal of the European Commission of 26 June 2014 to amend Regulation (EU) 604/2013 (the Dublin III Regulation)*, 2 décembre 2014, CM1415, disponible sous: https://www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1415_note_on_the_proposal_of_the_european_commission_of_26_june_2014_to_amend_the_dublin_iii_regulation_0.pdf, p. 5.

²⁵⁹ *H. et R.*, affaires jointes C-582/17 et C-583/17, *supra* note 47, points 41 ss.

²⁶⁰ CDE, *A.L. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 12.3; CDE, *J.A.B. c. Espagne*, *supra* note 111, par. 13.3; TAF, E-7333/2018, § 2.4-2.5.

²⁶¹ CAT, *A.N. c. Suisse*, *supra* note 224; CAT, *Adam Harun c. Suisse*, *supra* note 220.

pratique au contrôle de plusieurs organismes internationaux. La Suisse est soumise à la juridiction de la CrEDH et a ratifié les instruments accordant aux particuliers le droit de déposer une plainte individuelle devant le CAT et le Comité des droits de l'enfant.²⁶² Ces organes peuvent clarifier, chacun sous l'angle de ses domaines de compétence et en dialogue les uns avec les autres, les implications du système de Dublin en matière de droits de l'homme, et apporter une contribution essentielle à une pratique Dublin humaine et respectueuse des droits de l'homme, y compris et en particulier en matière d'unité familiale.

²⁶² Conseil des droits de l'homme des NU, *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, 14 juillet 2011, A/HRC/RES/17/18, disponible sous: <https://www.refworld.org/docid/4e72fbb12.html>, art. 5; Assemblée fédérale suisse, *Arrêté fédéral du 6 octobre 1986* (déclaration facultative conformément à l'art. 22 CCT), RO 1987 1306, art. 1 par. 1.