

**Modification de la loi d'application de
la loi fédérale sur les étrangers**

Résumé de la motion

Par motion déposée le 7 novembre 2008 et développée le même jour, la députée Erika Schnyder et 26 cosignataires demandent au Conseil d'Etat de modifier la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers de la manière suivante :

Art. 6^{bis} Dissolution de la famille

Le Conseil d'Etat fixe, en collaboration avec la commission cantonale contre la violence conjugale, les conditions auxquelles la poursuite du séjour en Suisse d'un conjoint et des enfants de nationalité étrangère peut s'imposer pour des raisons personnelles majeures, notamment en raison de violences conjugales.

Si la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) a considérablement aggravé les conditions d'octroi des autorisations de séjour en Suisse des étrangers non-ressortissants des Etats de l'UE/AELE, elle a en revanche nettement renforcé la protection des personnes victimes de violences conjugales, notamment en permettant que ces personnes, pour la plus grande majorité des femmes, puissent rester en Suisse alors que le lien conjugal a été dissous.

Les motionnaires reprochent au Service de la population et des migrants (SPoMi) du canton de Fribourg d'appliquer de manière très restrictive ces nouvelles dispositions. Les raisons personnelles majeures prévues à l'article 50 al. 1 let. b LEtr seraient ignorées, soit par le refus de prolonger les permis de séjour de femmes victimes de violences conjugales, soit en prolongeant ces permis pour de courtes durées en attente de décisions judiciaires. Selon les motionnaires, il suffit souvent qu'un mari déclare que sa femme s'est mariée uniquement pour obtenir un permis de séjour ou qu'il s'agit d'un mariage blanc pour que le SPoMi refuse la prolongation du permis de la femme, sans écouter les explications de la femme ni des organisations qui l'ont prise en charge (LAVI ou autres, telles Solidarité Femmes).

Le Conseil d'Etat devrait collaborer avec la Commission cantonale contre la violence conjugale pour fixer les conditions de la prolongation du permis de séjour malgré la dissolution de l'union conjugale, lorsque des raisons personnelles majeures l'imposent (art. 50 al. 1 let. b LEtr.), notamment lorsque la dissolution est consécutive à des violences conjugales (art. 50 al. 2 LEtr).

Réponse du Conseil d'Etat

A. Le cadre légal fédéral

Le législateur fédéral a pris en compte dans le nouveau droit des étrangers la réalité de la violence conjugale et ses conséquences. Celles-ci constituent désormais des facteurs pouvant se révéler déterminants pour la prolongation du permis de séjour, alors même que la communauté conjugale a pris fin¹. A ce propos, il y a lieu de se référer à la détermination

¹ A noter que cette réglementation ne concerne que les ressortissants ne provenant pas d'Etats avec lesquels la Suisse a conclu un accord de libre circulation des personnes.

du Conseil fédéral dans son Message du 8 mars 2002 relatif à la nouvelle loi sur les étrangers (FF 2002 p. 3512), en particulier au passage suivant :

« La poursuite du séjour en Suisse peut s'imposer lorsque le conjoint demeurant en Suisse est décédé ou lorsque la réinsertion familiale et sociale dans le pays d'origine s'avère particulièrement difficile en raison de l'échec du mariage. Tel est notamment le cas lorsqu'il y a des enfants communs, étroitement liés aux conjoints et bien intégrés en Suisse. Il convient toutefois de bien prendre en considération les circonstances qui ont conduit à la dissolution de l'union conjugale. S'il est établi que l'on ne peut exiger plus longtemps de la personne admise dans le cadre du regroupement familial qu'elle poursuive la relation conjugale, dès lors que cette situation risque de la perturber gravement, il importe d'en tenir compte dans la décision. »

Cet objectif a été concrétisé par la nouvelle loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008. L'article 50 de la LEtr pose ainsi le principe qu'après la dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité subsiste, si l'une des hypothèses suivantes est réalisée :

- ***Hypothèse 1 : lorsque des raisons personnelles majeures l'imposent (art. 50 al. 1 let. b LEtr)***

Il s'agit des situations personnelles dites d'extrême gravité. Dans ces cas, la prolongation du séjour est accordée indépendamment de la durée de la communauté conjugale.

Pour apprécier s'il s'agit d'un cas individuel d'extrême gravité, l'article 31 de l'ordonnance fédérale relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) du 24 octobre 2007 propose d'ores et déjà un inventaire non exhaustif des éléments dont il convient de tenir compte, soit l'intégration de la personne concernée, le respect par celle-ci de l'ordre juridique suisse, sa situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants, sa situation financière ainsi que sa volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, de la durée de sa présence en Suisse, de son état de santé, des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance.

Le Tribunal fédéral a pour sa part toujours soutenu que lors de l'examen des cas personnels d'extrême gravité, il importe de tenir compte de tous les aspects individuels (ATF 124 II 110 ss). En conséquence, la fixation de conditions cantonales serait contraire au principe de l'exhaustivité dans la prise en considération des circonstances d'une situation. Une énumération à titre exemplaire serait en outre redondante au regard de l'ordonnance fédérale.

- ***Hypothèse 2 : lorsque le conjoint est victime de violence conjugale et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise (art. 50 al. 2 LEtr)***

Il s'agit d'un cas particulier de situation personnelle d'extrême gravité, expressément prévu par le législateur fédéral comme suit : *« Les raisons personnelles majeures visées à l'al. 1, let. b, sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violence conjugale et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise »*. Les 2 conditions énoncées sont cumulatives.

Le législateur fédéral a expressément prévu à l'article 77 al. 5 OASA que si la violence conjugale est invoquée, les autorités compétentes peuvent demander des preuves. La démarche vise à écarter toute tentative de tromperie. A cet effet, la seule déclaration de la personne concernée ou celle que peut rapporter un organisme de soutien ne suffit en principe pas. C'est pourquoi le législateur a aussi fait mention à l'article 77 al. 6 OASA, sous la forme d'une liste non exhaustive, des indices pertinents de violence conjugale,

soit les certificats médicaux, les rapports de police, les plaintes pénales, les mesures de protection de la personnalité au sens du Code civil ou les jugements pénaux.

Le canton de St-Gall, donné en exemple par la motion, se réfère d'ailleurs aussi au système des indices. Il établit ainsi une liste non exhaustive d'indices, qui comprend toutefois aussi expressément les appréciations d'un organisme d'aide aux victimes (cf. « *St. Galler Leitfaden betreffend Häusliche Gewalt im Rahmen der Migrationsproblematik* », p. 3 point 4).

La fixation autonome par le canton d'indices de violence conjugale apparaît cependant là aussi redondante au regard de l'ordonnance fédérale. En outre, une liste exhaustive est à double tranchant : elle risquerait de lier l'autorité dans des circonstances où celle-ci souhaiterait avoir davantage de marge d'appréciation. La référence actuelle à la formulation fédérale non exhaustive permet finalement de prendre en considération tous les moyens de preuve, même si certains, en fonction des circonstances, devront être combinés avec d'autres pour se voir reconnaître une portée déterminante.

La seconde condition de l'article 50 al. 2 LEtr impose le constat que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise. Ce sera probablement généralement le cas pour une femme divorcée provenant du Maghreb, par exemple. La prise en compte de ce constat est du ressort et de la responsabilité de l'autorité qui prononce le renvoi de Suisse, soit, pour le canton de Fribourg, le Service cantonal de la population et des migrants (SPoMi).

Pour les besoins de cet examen spécifique, les autorités cantonales peuvent, depuis l'entrée en vigueur de la LEtr au 1^{er} janvier 2008 et dans le cadre d'une assistance administrative, soumettre des demandes de renseignements sur les pays d'origine à une section spécialisée de l'Office fédéral des migrations et obtenir son avis. Celui-ci se fonde sur tous les éléments constitutifs du contexte du cas particulier (domicile et région de provenance, milieu social et familial, formation, etc.). Il est évident que, sous l'angle de l'évaluation de la possibilité d'une réintégration au pays d'origine, cette section spécialisée est le service le plus à même à fournir un avis autorisé et surtout objectif.

La commission cantonale contre la violence conjugale (CVC) ne dispose pas de sources comparables de renseignements sur les pays d'origine. L'expression de son avis au regard d'une situation particulière doit être considérée à l'égal de celle d'un mandataire. L'avis de la CVC ne saurait donc se révéler déterminant à lui seul.

- ***Hypothèse 3 : lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et que l'intégration est réussie (art. 50 al. 1 let. a LEtr)***

Si les 2 conditions de l'article 50 al. 2 LEtr sont remplies, l'autorisation de séjour est prolongée. Quant à la troisième hypothèse, elle est examinée d'office si les deux précédentes ne peuvent pas être retenues. Cette troisième hypothèse peut se présenter dans le cas d'un conjoint victime de violence conjugale, qui pourrait certes se réintégrer socialement dans son pays de provenance, mais qui a réussi son intégration en Suisse après au moins 3 ans d'union conjugale. Par contre, en l'absence d'intégration réussie, le retour au pays d'origine doit intervenir. Le droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement n'est acquis qu'après un séjour légal ininterrompu de 5 ans (art. 42 al. 3 et 43 al. 2 LEtr).

Les directives et commentaires de l'Office fédéral des migrations (ODM) relatifs au droit des étrangers (version du 13.02.2008, chiffre 6.15.1) indiquent en outre que l'union conjugale au sens de cette hypothèse suppose l'existence d'une communauté conjugale effectivement vécue.

Dans son message du 8 mars 2002 (FF 2002 p. 3512), le Conseil fédéral a d'ailleurs expressément précisé que « rien ne devrait s'opposer à un retour lorsque le séjour en Suisse a été de courte durée, que les personnes n'ont pas établi de liens étroits avec la

Suisse et que leur intégration dans le pays d'origine ne pose aucun problème particulier. Il importe d'examiner individuellement les circonstances ».

Dans ce contexte, l'évaluation de la réussite de l'intégration ne saurait être réduite à la seule référence à des critères cantonaux. L'article 77 al. 4 OASA fixe d'ailleurs les éléments essentiels de la réussite de cette intégration, stipulant que « *l'étranger est bien intégré au sens [...] de l'art. 50, al. 1, let. a, LEtr, notamment lorsqu'il :*

- a. *respecte l'ordre juridique suisse et les valeurs de la Constitution fédérale ;*
- b. *manifeste sa volonté de participer à la vie économique et d'apprendre la langue nationale parlée au lieu de domicile. »*

Les directives et commentaires de l'ODM (version du 13.02.2008, chiffre 6.15.2) précisent également ces conditions : « *La durée de la présence en Suisse, les liens personnels avec la Suisse (notamment les conséquences d'un refus pour les enfants), la situation professionnelle, le comportement personnel ainsi que les connaissances linguistiques sont par conséquent déterminants. Le cas échéant, il convient de tenir compte des raisons qui ont pu empêcher l'apprentissage de la langue parlée au lieu de domicile ou l'intégration économique (par ex. une situation familiale contraignante) ».*

La fixation de conditions cantonales ne permettrait pas la prise en compte, au besoin de manière nuancée, de l'ensemble des circonstances individuelles des cas, comme le veut le législateur. Une énumération à titre exemplaire serait aussi inutile au vu de la formulation suffisamment explicite de la disposition fédérale comme des directives fédérales.

B. La pratique du Service de la population et des migrants (SPoMi)

Le Conseil d'Etat ne partage pas l'affirmation des motionnaires selon laquelle le SPoMi appliquerait avec une très grande retenue la disposition de l'article 50 LEtr. Vu que cette nouvelle disposition ne s'applique que depuis peu de temps, on ne voit pas très bien sur la base de quelles décisions individuelles de refus de renouvellement une telle pratique aurait pu être constatée. L'évocation à ce propos d'un refus motivé par l'existence « d'un embryon de structure d'accueil » dans le pays d'origine semble se référer à une situation particulière, en l'occurrence non identifiée, dont les circonstances individuelles ne sont pas connues.

Le Conseil d'Etat prend position comme suit sur les critiques émises par la motion :

- Prolongations limitées du droit de séjour : La prolongation pour des durées limitées des attestations de séjour constitue une pratique constante dans toutes les situations où une procédure de refus de renouvellement de permis est en cours, indépendamment du but du séjour pour lequel l'autorisation était accordée (regroupement familial, études, activité déterminée, etc.). Il serait ainsi juridiquement incohérent de décider d'une part le refus de renouvellement, tout en accordant d'autre part dans les faits ledit renouvellement pour une durée habituelle, pendant la procédure de recours notamment. La prolongation du permis de séjour a en effet une portée constitutive.
- Prise en compte des déclarations d'une partie : Les déclarations du mari ne sont jamais déterminantes à elles seules, comme le SPoMi a eu l'occasion de l'expliquer de manière détaillée aux représentantes de la CVC lors de deux rencontres en mai et juin 2008. Le SPoMi ne rend jamais de décisions abruptes quand il a connaissance d'une fin de ménage commun. Il en est de même si c'est l'époux qui vient annoncer la fin du ménage commun (en général, il s'agit de dénonciations anonymes ou, couramment, l'information provient d'une demande de renseignement d'une assurance ou d'un échange de courrier remettant en cause une adresse). Dans tous les cas, l'information doit être vérifiée et la situation nécessite un suivi pour déterminer s'il s'agit de circonstances passagères (couvertes par l'art. 49 LEtr) ou durables. Si le SPoMi se déterminait en se fondant

unilatéralement sur les déclarations du mari ou sans prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas, sa pratique aurait depuis longtemps été blâmée par le tribunal cantonal, ce qui n'est pas le cas.

La pratique du SPoMi dans ce domaine s'est toujours inscrite dans le cadre légal. Avec l'ancien droit, la libre appréciation laissée aux autorités dans la prise en compte du facteur de la violence conjugale conduisait à ne le rendre prépondérant qu'à l'approche des 5 ans de séjour. Le nouveau droit marque une avancée importante dans la préservation des intérêts des victimes, en excluant en particulier la référence à une durée pour la prise en compte de la violence conjugale, pour autant que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise. Le SPoMi entend bien évidemment appliquer la nouvelle réglementation, dans le respect des limites légales.

- Conventions d'intégration : Le recours à des conventions d'intégration signées par les personnes concernées n'est pas prévu dans notre canton. En matière d'intégration, un Schéma directeur et un plan d'action cantonal ont été adoptés fin 2008 par le Conseil d'Etat. L'instrument des conventions d'intégration n'y trouve pas place. Une loi-cadre cantonale est actuellement en préparation. La mise en œuvre de conventions d'intégration fixant des exigences constitue un outil mis à disposition des autorités en vue d'assurer ou d'améliorer l'intégration des migrant(e)s, mais avec pour conséquence, en cas d'échec, le renvoi. De telles conventions concerneraient juridiquement une part importante des ressortissants étrangers soumis à la LEtr, et ne sauraient être limitées aux seules personnes connaissant une situation de violence conjugale. En l'occurrence, selon le système légal, lorsque la personne concernée peut retourner dans son pays d'origine, c'est l'intégration d'ores et déjà existante qui peut justifier la poursuite du séjour après 3 ans d'union conjugale, et non un engagement à s'intégrer dans le futur. Par ailleurs, si la victime de violence conjugale ne peut pas retourner dans son pays d'origine, elle bénéficiera de toute façon d'une prolongation de son séjour, indépendamment de son degré d'intégration et de la durée de son séjour en Suisse. De telles conventions ne modifieraient donc en rien le mécanisme voulu par le législateur.

C. Le canton n'a pas compétence pour décider de manière autonome

L'ODM a confirmé que le renouvellement des autorisations de séjour après dissolution de l'union conjugale, lorsque l'étranger concerné n'est pas ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, requiert l'approbation de l'Office fédéral. Le canton ne peut donc pas accorder de son propre chef ces prolongations (cf. en outre les directives et commentaires de l'ODM, version du 1^{er} janvier 2008, chiffre 1.3.1.4, let. e et f).

Si le canton entend préserver sa crédibilité à l'égard de l'ODM et continuer à se faire entendre sur certains dossiers particuliers, il serait inopportun de demander à l'avenir à l'autorité fédérale son approbation sur des situations qui à l'évidence ne rempliraient pas les conditions légales.

D. Les préoccupations exprimées par la CVC sont déjà prises en compte par le SPoMi

Comme indiqué ci-dessus, le SPoMi a reçu à deux reprises en mai et en juin 2008 des représentantes de la CVC. De multiples points ont été abordés. Une analyse détaillée de ce qui pourrait être mis en place dans les limites du nouveau cadre légal a été effectuée. Le SPoMi a notamment décidé à cette occasion de faire bénéficier du traitement favorable aussi les conjoints de titulaires de permis B, à l'identique des conjoints de suisses ou de titulaires de permis C, même en l'absence de droit. Il s'est aussi engagé à fournir ses constats et estimations à la CVC, à sa demande, et a émis des propositions en vue de la prise en

compte de certaines situations connues d'un centre LAVI ou touchant des femmes « sans-papier ». Les points d'intérêt de la CVC sont donc bien connus du SPoMi, celui-ci est sensibilisé au problème réel de la violence conjugale et en tient compte dans la mesure et dans le cadre voulu par le législateur.

En conclusion, le Conseil d'Etat propose le rejet de la motion.

Fribourg, le 9 juin 2009