

7^{ème} Journées suisses du droit de la migration

Le droit suisse face au séjour des *sans-papiers*

Cesla Amarelle
6 septembre 2011
www.ius-migration.ch

PLAN

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*
2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations
 - 2.1 Aspects sémantiques
 - 2.2 La loi sur les étrangers (LEtr)
 - 2.3 La loi sur le travail au noir (LTN)
 - 2.4 Le droit des assurances sociales
 - 2.5 Le droit fiscal
 - 2.6 Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur
3. Conclusions

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*

Tension de la politique migratoire suisse :

- besoins en matière de main d'œuvre bon marché importants et constants
- politique en matière d'immigration du travail tendant à éviter l'installation à long terme des travailleurs étrangers

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*

Conséquences:

⇒ ambivalence et besoin d'*amortisseurs conjoncturels* (saisonniers, *sans-papiers*)

⇒ jeux de balanciers et d'influences permanents

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*

1^{ère} phase de la politique migratoire

(statut de saisonnier -> juin 2002) :

- Exploration de plusieurs zones de recrutement de saisonniers
- Italie dès 1948, Espagne dans les années 1970, ex-Yougoslavie et Portugal dans les années 1980

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*

2^{ème} phase de la politique migratoire

(dès juin 2002 -> à ce jour) :

- ALCP et pressions de libéralisation des branches les plus compétitives de l'économie (cf. contexte plus général sur l'asile et la naturalisation)
-> abandon du statut de saisonnier et adoption du principe de la migration d'élite pour les ressortissants d'Etats tiers (non-européens)

1. Introduction : la construction juridique des *sans-papiers*

Art. 23 LEtr Qualifications personnelles

¹ Seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour.

² En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social.

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de facto*

Sans-papiers

- Notion « par défaut » pour une multitude de situations complexes
- Apparue dans les années 1970 (gestion plus souple de la politique migratoire qu'aujourd'hui)
- Notion inconnue du droit positif suisse

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de facto*

Toute personne étrangère (adulte ou enfant), la plupart du temps extra-européenne :

- résidant généralement plus d'un mois (durée dépassant le séjour touristique) sur le territoire d'un Etat
- sans statut reconnu légalement et sans documents de séjour valables
- n'a pas l'intention de quitter le territoire (période non prévisible)
- souvent salariée et très présente dans les branches économiques peu compétitives telles que le nettoyage industriel et domestique, l'hôtellerie, la restauration, la construction, l'agriculture, la vente et la prostitution

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de facto*

=> Situations très hétérogènes sur le plan familial et des autorisations

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de facto*

Délimitations:

≠ travailleur au noir

≠ requérant d'asile

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Séjour irrégulier

Deux types de séjour irrégulier :

- séjour irrégulier de **court terme** (3 mois de présence) relevant de l'acquis de Schengen

Article 3 chiffre 2 Directive Retour du 24 décembre 2008

➤ article 5 code frontières Schengen (CFS)

- séjour irrégulier **général** (au-delà des 3 mois de présence) relevant du droit national et défini par l'article 64 al. 1 a LEtr

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Différentes catégories de sans-papiers :

1) Conditions de **l'article 5 CFS** non remplies

- migrants entrés légalement qui ne remplissent plus les conditions de l'article 5 CFS
- migrants disposant d'un titre de séjour délivré par un Etat Schengen lorsqu'ils se rendent dans un autre Etat Schengen pour y effectuer un court séjour (art. 5 par. 1 b CFS) et si, pendant ce court séjour, ils ne remplissent plus les conditions
- migrants ayant séjourné légalement en Suisse dans un premier temps (par ex : muni d'un visa Schengen) et qui prolongent leur séjour après l'extinction de leur droit de présence). *Visa overstayers* -> revient au droit national et non au CFS après 3 mois

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Différentes catégories de sans-papiers :

1) Conditions de **l'article 5 CFS** non remplies

Exception : 23 CAAS applicable.

CJUE, aff. C-241/05, *Bot*, consid. 27

CJUE, aff. C-261/08 et C-348/98, *Zurita Garcia et Choque Cabrera*, consid. 52-62

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Différentes catégories de *sans-papiers* :

2) Séjour irrégulier en fonction de l'**article 64 al. 1 a LEtr**

- migrants bénéficiaires d'un visa national lorsque cette autorisation prend fin ou est révoquée
- les migrants disposant précédemment d'un titre de séjour généré par le mariage (« *overstayers* ») mais qui n'en disposent plus ou dont le renouvellement a été refusé, notamment en raison d'une séparation d'avec un ressortissant suisse (ou du titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour) avant la durée de 3 ans après le mariage (article 50 LEtr)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Différentes catégories de *sans-papiers* :

2) Séjour irrégulier en fonction de **l'article 64 al. 1 a LEtr**

- les anciens saisonniers résidant en Suisse à l'année qui sont restés en Suisse après l'abrogation de leur statut ;
- les requérants d'asile dont la demande a été refusée ou les NEM qui décident de rester en Suisse (article 5 par. 4 c CFS, articles 20 à 24 et 42 LAsi)
- les cas particuliers d'enfants de *sans-papiers*, nés en Suisse et y séjournant illégalement sans jamais avoir traversé la frontière.

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Cas spécifique :

Statut de tolérance

Sans-papiers dont l'existence est connue des autorités de police et dont le séjour est « toléré » bien qu'il ne bénéficie d'aucune autorisation

Question de savoir si le statut de tolérance induit une semi-légalité (immunité en matière de renvoi)

Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral (depuis le 1^{er} janvier 2007) :

« *le fait de demeurer au bénéfice d'une simple tolérance cantonale, ne revêt qu'un caractère provisoire et aléatoire* »

(ATF 128 II 200 consid. 4 ; ATAF C-288/2006 du 1^{er} juin 2007)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2. 1 Aspects sémantiques

Définition *de jure et ex positivo*

Différences de traitement du séjour irrégulier en Suisse en fonction :

- des autorités (cantons, communes)
- des sanctions administratives (articles 67, 73 ss LEtr)
- des sanctions pénales (articles 117 et 115 LEtr, 2 al. 2 CP ; articles 87 LAVS, 187 LIFD ; 13 LTN et 94 ss LEtr)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.2. La loi sur les étrangers (LEtr)

Validité du contrat de travail :

- Article 18 LEtr (interprétation stricte) ≠ article 319 ss CO (contrat de travail)
- Une disposition de droit public prohibant la conclusion et l'exécution d'un contrat de travail peut-il rendre celui-ci nul et l'invalider) ?
- ATF 114 II 279 consid. 2 d

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.2. La loi sur les étrangers (LEtr)

Conditions de rémunération et de travail :

- Article 22 LEtr
- Effets de droit civil d'une disposition de droit public
- ATF 122 III 110 consid. 4d ; ATF 129 III 618 consid. 5.1 ;
ATF 135 III 162
- Arrêt 4A_319/2008 du 16 décembre 2008

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.2. La loi sur les étrangers (LEtr)

Notion d'employeur:

- Arrêt 6B 815/2009 du 18 février 2010
- Opportunité de l'article 30 al. 1 let. d LEtr (article 34 OASA)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.3. La loi sur le travail au noir (LTN)

- Exercice d'une activité lucrative sans versement des cotisations obligatoires aux assurances sociales, ni imposition du revenu (IMES, Rapport sur la migration illégale, Berne 2004)
- Pas de définition juridique
- Loi fédérale sur le travail au noir, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008
- Directive 2009/52/CE, entrée en vigueur le 15 juillet 2011

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.3. La loi sur le travail au noir (LTN)

Trois types de mesures :

- procédure simplifiée applicable aux prélèvements des cotisations aux assurances sociales et aux impôts (articles 2 et 3 LTN)

- soumission des entreprises au contrôle d'un organe cantonal (articles 4 à 9 LTN). Activité comprenant le contrôle de l'identité des travailleurs et de leur permis de séjour et de travail (article 7 al. 1 let. d et e LTN)

- devoir de collaboration et de communication entre toutes les autorités fédérales et cantonales en matière d'inspection du travail, du marché du travail et de l'assurance-chômage, d'emploi, de police, d'asile, de police des étrangers et d'état-civil ainsi qu'en matière fiscale (articles 11 et 12 LTN)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.3. La loi sur le travail au noir (LTN)

Sanctions :

➤ renvoi aux articles 117 et 122 LEtr et 87 ss LAVS

➤ sanctions spécifiques en cas de condamnation d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisations prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers -> article 13 LTN

Exclusion de l'employeur des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus (liste publique du SECO)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.3. La loi sur le travail au noir (LTN)

Droits des *sans-papiers* :

- devoir d'information des autorités dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion pour permettre aux *sans-papiers* de faire valoir leurs droits économiques et sociaux (art. 14 let. a LTN) et trouver un mandataire (art. 14 let. b LTN)

- possibilité pour les syndicats d'agir en lieu et place d'un *sans-papier* en cas de renvoi (art. 15 al. 1 LTN). Ce droit de plainte interrompt la prescription (art. 15 al. 2 LTN, art. 128 ch. 3 CO)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.3. La loi sur le travail au noir (LTN)

Aspect le plus problématique de la LTN :

Article 12 al. 2 LTN

➤ **obligation** des services cantonaux, fédéraux ou tout autre organisme chargé de l'application de la législation sur les assurances sociales à **communiquer** les résultats de leurs contrôles **aux autorités de police des étrangers** pour le cas où une personne aurait perçu un revenu provenant d'une activité lucrative salariée ou indépendante pour laquelle les contributions aux assurances sociales (AVS, AI, APG, AC) n'auraient pas été versées ou pour le cas où il n'apparaît pas d'emblée que la situation de séjour de la personne concernée est conforme aux dispositions en vigueur

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.4. Le droit des assurances sociales

Principe d'assujettissement :

- Pas de norme spécifique aux *sans-papiers*
- ATF 118 V 79 -> dans le prolongement du contrat de travail, l'absence d'autorisation n'exclut pas le droit aux prestations d'assurances sociales
- Unique critère : avoir une résidence en Suisse (article 24 CC)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.4. Le droit des assurances sociales

Problèmes particuliers :

- Principe de confidentialité (articles 33 LPGA, 321 CP et 12 al. 2 LTN)
- Octroi de l'aide sociale (articles 12 et 115 Cst. féd., 82 LAsi, 83 et 86 LEtr). ATF 131 I 166 consid. 1 à 7
- Demandes d'avances et de couverture financière en cas d'hospitalisation (articles 97 al. 3 let. d LEtr, 82 al. 5 OASA)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.4. Le droit des assurances sociales

- Assurance obligatoire de soins (article 6 LAMal, Directive OFAS du 19 décembre 2002, articles 65 ss LAMal et 106 OAMal)
- Assurance-accident (articles 1 a, 6 à 9, 45 et 73 LAA)
- AVS/AI (articles 1a al. 1, 3 et 12 LAVS et 1 b, 2 et 36 LAI)
- Assurance-chômage (article 2 al. 1 let. a LACI). Les sans-papiers ne sont pas placés par un Office régional de placement. Les prestations ne peuvent intervenir qu'après une régularisation
- Assurance maternité (article 16 b al. 1 let. a Loi sur les allocations pour perte de gain)
- Allocations familiales (article 2 al. 3 let. b LAFam)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.5. Le droit fiscal

Articles 3 LIFD -> principe d'assujettissement est conditionné par le séjour depuis 30 jours et l'exercice d'une activité lucrative

Article 83 LIFD (et article 32 LHID)
-> imposition à la source

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Contexte général :

- Seul réel programme de régularisation en Suisse -> **Action humanitaire 2000** (13'000 personnes concernées provenant du Sri-Lanka et d'ex-Yougoslavie)
- Problème depuis 2001, le Conseil fédéral est confronté à un nombre important de **demandes politiques** (demandes de régularisations, de moratoires sur les renvois et de tables rondes). Ex.: Motion Luc Barthassat donnant mandat au CF de mettre en œuvre un mode d'accès à l'apprentissage pour les jeunes *sans-papiers* (problème des articles 11 al. 2 LEtr et 1a al. 2 OASA)
- Conseil fédéral opte pour une **régularisation au cas par cas** sur la base du principe humanitaire du cas de rigueur (articles 30 al. 1 let. b LEtr et 14 al. 2 LAsi)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Contexte général :

De 2001 à 2008, 3694 personnes de nationalité diverses ont déposé une demande de régularisation pour cas de rigueur avec un taux d'acceptation de 57% (2123 ont reçu une réponse positive)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Contexte général :

Différences cantonales : pour l'année 2009, le canton de Genève a présenté devant l'ODM 138 demandes de régularisations sur la base de l'article 30 al. 1 let. b LEtr et obtenu 63 permis (Vaud : 39 demandes et 22 permis obtenus) alors que tous les autres cantons suisses n'en ont présenté aucune ou une seule (Argovie, Berne, Fribourg et Jura)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Définition :

- **Une régularisation est une procédure étatique par laquelle un Etat octroie un statut juridique à des ressortissants étrangers en séjour irrégulier**
- Il existe plusieurs autres termes utilisés pour décrire ce processus tels que « amnestie », « normalisation » ou « légalisation »
- La notion de « régularisation » qui est la plus communément usitée

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Définition

Les mesures de régularisations se subdivisent en deux catégories:

- les **programmes** de régularisations qui constituent des mesures spécifiques et qui ont une **durée limitée** et ciblent des catégories spécifiques de *sans-papiers* (ex.: travailleurs au noir) et des **critères clairs** de régularisation (durée du séjour, preuve d'emploi). Le but des autorités est généralement dans ce cadre de lutter contre l'économie souterraine. Une très large majorité des régularisations reçues dans les pays d'Europe touchent à ces programmes de régularisation

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Définition

Les mesures de régularisations se subdivisent en deux catégories:

- les **mécanismes** de régularisations qui constituent des **mesures permanentes**. Ici, les critères et les procédures sont définis de manière plus **souple** de sorte à laisser un **pouvoir discrétionnaire** à l'administration. La portée de ces mesures sont **plus limitées** par rapport aux programmes au niveau du nombre de régularisations obtenues qui sont souvent justifiées par des raisons humanitaires. En termes de chiffres, il est très difficile d'évaluer les régularisations obtenues par le biais de ces mécanismes.

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

Les **articles 30 al. 1 lit. b LEtr** et **14 al. 2 LAsi** constituent les deux bases légales pour l'obtention de permis de séjour au titre de cas de rigueur. Ces deux sortes d'autorisations de séjour ont pour prérequis l'existence d'un cas de rigueur grave et personnel et sont tous les deux désignés communément en tant que « permis humanitaire »

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

L'article 30 al. 1 lit. b LEtr est adapté aux cas de personnes qui n'ont jamais été mises au bénéfice d'autorisations ou qui en ont disposé mais l'ont perdu

Avant l'entrée en vigueur de l'article 30 al. 1 let. b LEtr au 1^{er} janvier 2008, c'est **l'article 13 f OLE** qui servait de base légale pour les demandes de cas de rigueur de personnes ne disposant pas de permis valable

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

L'article 14 al. 2 LAsi est utilisé dans les cas de personnes qui ont déposé une demande d'asile et se trouvent en Suisse depuis 5 ans (que la demande aie été suspendue ou qu'elle aie été refusée mais que le renvoi n'aie pas pu être exécuté)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

Article 6 ch. 4 Directive Retour :

*« À tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des **motifs charitables, humanitaires ou autres** à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. Si une décision de retour a déjà été prise, elle est annulée ou suspendue pour la durée de validité du titre de séjour ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour. »*

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

L'article 31 OASA formule les critères relatifs aux cas de rigueur individuels d'extrême gravité en accord avec les dispositions en vigueur préalablement.

L'analyse d'un cas de rigueur suppose l'analyse d'une multitude de facteurs :

- a) l'intégration du requérant
- b) le respect de l'ordre juridique suisse par le requérant
- c) la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants
- d) de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation
- e) de la durée de la présence en Suisse
- f) de l'état de santé
- g) des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Bases légales

Dans la détermination du cas de rigueur, il s'agit d'apprécier la globalité des circonstances

Le Tribunal fédéral a relevé dans sa jurisprudence que **des procédés de comparaison schématiques entre les cas personnels sont contraires au principe de l'examen au cas par cas**

ATF 130 II 39, ATF 128 II 200 ; ATF 119 ib 33 consid. 3d

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur - Procédure

L'obtention du cas de rigueur requiert le **dépôt d'une demande** fondée sur l'article 30 al. 1 let. b LEtr auprès du service cantonal de police des étrangers (service des migrations)

Le **canton** n'est pas compétent pour délivrer des autorisations de séjour au titre de cas de rigueur

S'il est prêt à admettre un tel octroi dans un cas donné, il est habilité à solliciter une autorisation de séjour pour ce cas spécifique auprès de l'**ODM**

Si le service cantonal refuse la transmission de la requête à l'ODM, le droit cantonal règle les voies de recours (recours devant un tribunal), puis recours subsidiaire au TF uniquement à titre exceptionnel pour arbitraire

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur - Procédure

En cas d'**acceptation** par le canton, l'examen du cas est adressé à l'**ODM**

Ce dernier traite la question de savoir si le requérant reste soumis aux questions d'admission consacrées aux articles 18 et 19 LETr

En cas de **refus de l'ODM**, la personne requérante pouvait précédemment faire recours auprès du DFJP puis auprès du TF. Aujourd'hui, elle doit déposer son recours par devant le TAF (article 31 ss LTAF). Depuis la révision de la LTF, c'est désormais le **TAF** qui traite des dossiers liés à l'acceptation des cas de rigueur. La détermination du TAF est désormais définitive (article 83 let. c ch. 2 LTF)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur - Procédure

Certains cantons autorisent le dépôt de la demande sous une forme **anonymisée** afin d'éviter d'exposer le requérant au risque de renvoi compte tenu des articles 64 al. 1 let. a et 17 al. 1 LEtr

Toutefois, l'exigence selon laquelle le demandeur doit déclarer son identité (article 31 al. 2 OASA) est indispensable en vue de l'examen des possibilités de réintégration dans le pays d'origine (article 31 al. 1 let. g OASA)

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les difficultés

Application restrictive dans l'examen des conditions par le Tribunal fédéral :

« *que cette disposition dérogatoire présente un **caractère exceptionnel** et que les conditions mises à la reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées **restrictivement**.* »

« *Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de **détresse personnelle**. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la **moyenne des étrangers**, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte, pour lui, de graves conséquences.* » ATF 128 II 207 consid. 4

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les difficultés

Caractère exceptionnel des liens avec la Suisse:

« *le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse **pendant une assez longue période**, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes **ne suffit pas**, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité; il faut encore que la **relation du requérant avec la Suisse** soit **si étroite** qu'on ne saurait exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers.* » ATF 124 II 110 consid. 2

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les difficultés

Non prise en compte du séjour illégal:

« *les séjours illégaux en Suisse n'étaient pas pris en compte dans l'examen d'un cas de rigueur. La longue durée d'un séjour en Suisse n'est pas, à elle seule, un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité dans la mesure où ce séjour est illégal. Sinon, l'obstination à violer la législation en vigueur serait en quelque sorte récompensée. Dès lors, il appartient à l'autorité compétente d'examiner si l'intéressé se trouve pour d'autres raisons dans un état de détresse justifiant de l'excepter des mesures de limitation du nombre des étrangers.* » Arrêt 2A.166/2001 du 21 juin 2001 consid. 2b/bb

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les possibilités

Situation familiale et intégration:

L'**adolescence** est reconnue comme la phase la plus déterminante dans le développement d'une personne. Dans le cas où une personne a passé clandestinement son adolescence en Suisse, le Tribunal fédéral (et le TAF) parte du présupposé qu'il existe une bonne intégration et réduit ses exigences.

Le TF ne peut dans ce cas émettre la réserve du séjour illégal car les enfants ne sont pas responsables des choix migratoires de leurs parents.

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les possibilités

Situation familiale et intégration: Arrêt 2A.578/2005 du 3 février 2006 (idem ATAF 356/2006 du 2 septembre 2009)

Mère slovaque et sa fille de 13 et demi (16 ans au moment de l'arrêt)

La mère vivait clandestinement en Suisse depuis 1999 et sa fille y résidait également depuis 2001

Toutes deux avaient vécu préalablement chez le père de la jeune fille en Macédoine

Le TF a estimé que le retour en Macédoine pour la jeune fille n'était pas possible en raison du caractère violent du père qui était encore traumatisée

Un retour en Slovaquie était très difficile dans la mesure où la jeune fille n'y avait vécu que jusqu'à l'âge de 7 ans et n'y avait aucune attache. En outre, les années les plus déterminantes pour son développement (adolescence) avaient eu lieu en Suisse. Le Tribunal fédéral déclara le cas de rigueur humanitaire pour la jeune fille

Parce qu'on ne pouvait imposer une séparation, sa mère a également été mise au bénéfice d'un permis humanitaire

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur – Les possibilités

Situation familiale et intégration: Arrêt 2A.679/2006 du 9 février 2007

Ayant laissé ses autres enfants plus âgés au pays, une mère péruvienne et son plus jeune fils (né en 1988) vivent en Suisse clandestinement

Arrivé à l'âge de 12 ans en Suisse, il a 14 ans au moment du dépôt de la demande et 18 ans lors du jugement

Le TF estime qu'un retour au Pérou pour le jeune adulte n'est pas envisageable et admet le recours

Le TF demande à l'instance précédente de reprendre l'instruction en tenant compte de la formation professionnelle et de l'intégration sociale de jeune adulte

Bien qu'il ait atteint l'âge adulte en cours de procédure et qu'il soit encore dépendant du soutien financier de sa mère, le TF a refusé d'octroyer à cette dernière une décision positive.

2. Les *sans-papiers* en droit suisse des migrations

2.6. Les régularisations au cas par cas : le mécanisme du cas de rigueur

Le mécanisme du cas de rigueur - Les possibilités

Santé: Article 31 al. 1 let. f OASA

L'état de santé peut contribuer à l'octroi d'un cas de rigueur

Selon la Circulaire ODM Asile, peuvent tomber dans ce cas de figure les maladies chroniques lourdes qui ne peuvent être traitées correctement dans le pays d'origine, les risques de suicide reconnus, les traumatismes de guerre, les accidents graves, etc.

3. Conclusions

Sur le plan des **droits socio-économiques**, avancées constantes (validité juridique du contrat de travail, interprétation large de la notion d'employeur, droit à l'assurance obligatoire de soins, aux subsides, à l'assurance-accident, etc.). La progression sur ce terrain est constante

≠

Sur le plan du **droit public des étrangers**, il a par contre toujours été question de refuser de régler la situation du droit de séjour des *sans-papiers*

Article 30 al. 1 let. b LEtr est un mécanisme de régularisation extrêmement étroit

3. Conclusions

Ce paradoxe est dangereux pour la sécurité juridique. Problèmes de densité normative, de zones grises entre régularité et irrégularités, disparités d'appréciation très grandes entre autorités cantonales et clivages politiques

Solutions: assouplissements de la jurisprudence fondée sur l'article 30 al. 1 let. b LEtr et élargissement des critères de qualification consacrés à l'article 23 LEtr

3. Conclusions

Importants problèmes de dignité humaine:

« Nous avons demandé des bras mais ce sont des hommes qui sont venus »
Max Frisch

« Juste derrière la frontière qui « nous » sépare des « étrangers » se trouve le territoire dangereux de la non-appartenance: c'est là qu'étaient bannis les peuples à une époque primitive, et c'est là qu'aujourd'hui d'immenses fragments d'humanité errent, en tant que « sans-papiers »
Edward W. Said