



les observatoires

DU DROIT D'ASILE ET DES ÉTRANGERS

LE DROIT DES CAS DE RIGUEUR DANS LE DEBAT POLITIQUE

A propos de la possibilité d'accorder un permis de séjour humanitaire à des personnes sans droit de présence et de la pratique diversifiée dans les cantons.

IMPRESSUM

Editrice

© 2017 Beobachtungsstelle Ostschweiz für Asyl- und Ausländerrecht

Auteurs

Hannelore Fuchs, Ann-Seline Fankhauser

Rédaction

Ruth-Gaby Vermot

Traduction

Olivier von Allmen

Mise en page

Franca Hirt

Sources de d'approvisionnement :

[Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz](#)

Ana Victoria Paredes

Fiedesstrasse 1, 9000 St. Gall

Tél: 071 244 68 09

ostschweiz@beobachtungsstelle.ch

www.beobachtungsstelle-rds.ch

[Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers](#)

Eleonora Heim

Maulbeerstrasse 14, 3011 Berne

Tél: 031 381 45 40

info@beobachtungsstelle.ch

www.beobachtungsstelle.ch

Avant-propos

Nous vivons avec de nouveaux flux de réfugiés/es. Cette fois-ci, ils viennent de régions qui sont certes illustrées dans les prospectus de voyages mais qui demeurent lointaines : désormais, il y a chez nous des étrangers et des étrangères ayant une autre couleur de peau, une autre culture et une autre religion. Ils cherchent protection et demandent du travail, de la formation et une part de notre bien-être. Bien des personnes établies se sentent alors menacées dans leur existence et s'effraient de la confrontation avec l'autre univers de vie et d'expériences, l'autre conception culturelle et l'étrange troisième religion mondiale. Les Etats européens, y compris la Suisse, sont mis à contribution : il faut trouver des solutions aux divers niveaux de notre structure sociale pour assurer à ces personnes un traitement humain empreint de compassion, mais aussi respectueux du droit – et en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Le droit de séjourner en Suisse n'est pas accordé à quiconque, encore faut-il le « mériter ». Il doit y avoir des règles prévoyant dans quels cas le séjour peut être autorisé, limité voire refusé. Toutefois, si l'application de ces règles menace d'aboutir dans un cas concret à une catastrophe humaine, il faut trouver une issue : c'est ici qu'intervient le droit des cas de rigueur. Cette réglementation d'exception, qui trouve sa base dans la constitution et dans la CEDH, offre à l'autorité d'application du droit la possibilité de délivrer une autorisation de séjour pour des motifs purement humanitaires à des personnes se trouvant dans une détresse personnelle grave.

Le rapport indique comment cette possibilité juridique est diversément interprétée par les autorités cantonales selon les sensibilités politiques prédominantes, comment les uns la qualifient d'opportunité et les autres, de charge imposée et comment ils en font alors une application plutôt généreuse ou plutôt restrictive. Par ailleurs, en présentant des destins individuels documentés par les observatoires, le rapport montre qui sont ces personnes qui, pour la plupart depuis des années, vivent, travaillent et entretiennent leurs relations en Suisse, et qui pourraient s'exposer à un déracinement existentiel en cas de renvoi. Il faut espérer pour elles, mais aussi pour nous, que les convictions humanitaires sur lesquelles se fonde le droit des cas de rigueur demeurent intactes également en période de forte affluence.

Dr. jur. Margrith Bigler-Eggenberger, ancienne juge fédérale

TABLE DES MATIERES

1	INTRODUCTION	5
1.1	Résumé	6
2	LA NOTION JURIDIQUE DU CAS DE RIGUEUR	7
3	BASES JURIDIQUES	8
3.1	Disposition principale	8
3.2	Réglementation pour les personnes admises provisoirement	8
3.3	Réglementation pour les requérants/es d'asile	9
3.4	Les critères d'appréciation	9
3.5	Dispositions facultatives	10
4	DONNEES STATISTIQUES	12
5	LES CRITERES DANS LA PRATIQUE	14
5.1	Remarque préliminaire	14
5.2	Intégration	14
5.3	Respect de l'ordre juridique	16
5.4	Situation familiale	17
5.5	Situation financière et volonté de prendre part à la vie économique	19
5.6	Volonté d'acquérir une formation	21
5.7	Durée de la présence en Suisse	23
5.8	Etat de santé	25
5.9	Possibilité d'une réintégration dans le pays de provenance	26
5.10	Conclusion	28
6	QUESTIONS DE PROCEDURE	30
6.1	Contrôle juridique incomplet	30
6.2	Refus d'accorder la qualité de partie	31
6.3	Justification de l'identité	32
6.4	Recommandations finales	34
7	PARTICULARITES CANTONALES EVOLUTIVES	35
8	ANNEXE	37

1 INTRODUCTION

Les réglementations sur les cas de rigueur ouvrent la possibilité juridique d'échapper aux dispositions légales ordinaires dans une situation de détresse. Elles entrent en ligne de compte lorsqu'une application obstinée des règles normalement prévues serait contraire au principe de la proportionnalité ancré dans la constitution et remettrait ainsi le système juridique en question.

De telles réglementations d'exception figurent tant dans la loi sur l'asile que dans la loi sur les étrangers. Il y en a dans d'autres domaines du droit, en particulier dans le droit social (droit du bail, droit régissant l'aide sociale et droit des assurances sociales). Une clause de rigueur devenue célèbre se trouve dans le code pénal, à savoir qu'il peut être renoncé à une expulsion qui placerait l'étranger ou l'étrangère dans une situation personnelle grave. Comme on le sait, cette norme de rigueur fondée sur le droit constitutionnel a été violemment combattue sur le plan politique.

Dans le droit d'asile et des étrangers, les clauses sur les cas de rigueur permettent aux autorités d'accorder une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires aux personnes bien intégrées dépourvues du droit de séjour, qu'une rupture des relations avec la Suisse et le retour dans leur Etat de provenance mettraient dans une situation de rigueur grave. Après des années d'incertitude, ces personnes peuvent ainsi trouver un statut légal en Suisse et y mener une vie sans craintes.

En tant que pis-aller pour des personnes ne remplissant pas les conditions d'admission au marché du travail et ne pouvant pas établir leur qualité de réfugié de manière convaincante, la réglementation sur les cas de rigueur fait cependant l'objet de querelles politiques permanentes. Les uns y voient une nécessité humanitaire, les autres une atteinte aux intérêts de l'Etat.

Le présent rapport est consacré aux effets de ce conflit d'intérêts sur la législation et la pratique. Il fait état de collusions juridiques que cet antagonisme a laissées dans la législation et illustre le large spectre de l'application du droit problématique sous l'angle juridique.

Les cas concrets documentés par les observatoires du droit d'asile et des étrangers et présentés dans le rapport laissent aussi entrevoir la tension que cette situation juridique provoque auprès des personnes concernées.

1.1 Résumé

Le rapport débute par l'examen du droit matériel des cas de rigueur. Il présente les dispositions concernées avec la grande marge d'appréciation qu'elles laissent aux autorités d'application. Des exemples concrets tirés de la pratique montrent comment cette liberté d'appréciation est utilisée en fonction de l'opinion dominante des lieux, parfois exagérément et parfois insuffisamment. Les chiffres indiqués dans la statistique du SEM (Secrétariat d'Etat aux migrations) renforcent l'impression d'une pratique juridique cantonale très diversement colorée.

La deuxième partie concerne le droit de procédure. Elle explique en particulier pourquoi il n'a que peu d'effets d'uniformisation. Elle examine les dispositions spéciales de procédure du droit des cas de rigueur et les voies de recours incomplètes prévues et relève en elles d'autres facteurs causant le problème du manque d'unité juridique.

Le rapport se termine par la présentation de compléments au droit des cas de rigueur, introduits individuellement par les cantons. Il s'agit de dispositions de procédure allant dans le sens d'une amélioration de la situation procédurale des personnes concernées.

Nous limitons la thématique aux réglementations générales sur les cas de rigueur du droit d'asile et des étrangers et n'abordons pas les dispositions particulières fondées sur le droit du mariage (art. 50 al. 1 let. a et b LEtr) pour le motif qu'elles constituent une exception dans le système : leur enjeu n'est pas une première autorisation de séjour mais la prolongation d'une telle autorisation obtenue par le mariage. En outre, si leur cas de rigueur est reconnu, ces personnes ont droit à l'autorisation et ne sont pas confrontées, comme les autres, aux aléas de règles de droit dispositif.

2 LA NOTION JURIDIQUE DE CAS DE RIGUEUR

Le droit suisse des cas de rigueur est orienté sur les cas particuliers. Des législations collectives comme celle demandée par exemple par la conseillère nationale Margret Kiener Nellen dans son interpellation «Statut des 100000 sans-papiers»¹ n'ont eu jusqu'ici aucun écho au parlement. Selon la conception juridique suisse, seule une situation de grave détresse personnelle peut justifier une dérogation aux dispositions légales ordinaires et l'octroi d'une autorisation de séjour à titre humanitaire.

Tout est donc centré sur le cas de rigueur. Pour pouvoir englober des situations de détresse personnelle dans leurs multiples formes d'apparition, le législateur a défini leur caractère constitutif par une notion juridique indéterminée dont les limites sont larges et peu précises. Cela ne signifie cependant pas qu'il y ait aussi une marge de manœuvre concernant le degré de gravité d'un cas de rigueur. Pour justifier une réglementation d'exception, de très sévères exigences sont au contraire fixées au cas de rigueur : il n'y a pas de détresse au sens de cette disposition pour le seul motif que le renvoi de la personne concernée lui est préjudiciable comme l'est habituellement un retour forcé dans un pays de provenance. La souffrance due à la perte de ses relations et de son travail et à celle de son niveau de vie et de sa sécurité économique ne suffit donc pas.

Selon l'interprétation du Tribunal fédéral, il n'y a cas de rigueur que si, en raison de son intégration avancée, les conditions de vie et d'existence de la personne concernée, par rapport à celles de la moyenne des étrangers et étrangères en situation comparable, seraient nettement aggravées en cas de retour dans son pays d'origine ou si son renvoi de Suisse entraînerait pour elle des conséquences graves.²

Mais il y a une lueur d'espoir. Au début février 2017, le gouvernement genevois a lancé l'opération papyrus pour régulariser des sans-papiers. L'initiative est basée sur la loi des étrangers déjà existante. Le statut de 590 personnes a été régularisé dans le cadre de l'opération papyrus. Autre 300 dossiers sont en traitement. Environ 13.000 sans-papiers habitent et travaillent à Genève, la plupart dans le secteur des travaux domestiques.

¹ L'interpellation a été déposée le 26 août 2015, numéro d'ordre: 15.3738.

² ATF 130 II 39, consid. 3; ATF 128 II 200, consid. 4; ATF 124 II 110, consid. 2.

3 BASES JURIDIQUES

3.1 Disposition principale

L'art. 30 al. 1 let. b LEtr ouvre la possibilité de déroger aux conditions d'admission prévues aux 18 à 29 LEtr pour tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité. La réglementation contient le noyau du droit des cas de rigueur également à la base des normes spéciales en la matière : si l'hypothèse d'une situation individuelle de détresse grave est réalisée, une autorisation de séjour peut être accordée bien que les conditions légales ordinaires prévues pour l'obtention d'une telle autorisation ne soient pas remplies. L'art. 30 al. 1 let. b LEtr n'ajoute aucune précision. En particulier, il n'exige pas une présence préalable d'un certain nombre d'années en Suisse. La disposition vise les personnes dont l'autorisation de séjour a pris fin ou a été révoquée. Comme l'ancien conseiller fédéral Christoph Blocher l'a expressément confirmé lors des débats au Conseil des Etats, les « sans-papiers » peuvent invoquer cette réglementation sur les cas de rigueur bien qu'il s'agisse de personnes n'ayant jamais été au bénéfice d'une autorisation de séjour, mais ayant résidé au contraire de manière illégale en Suisse.³

3.2 Réglementation pour les personnes admises provisoirement

L'art. 84 al. 5 LEtr s'applique spécialement aux personnes ayant été admises provisoirement selon l'art. 83. Il ne s'agit pas d'une base juridique indépendante car il renvoie implicitement à l'art. 30 al. 1 let. b LEtr. La condition de son application est donc aussi une détresse personnelle grave.

Les personnes admises à titre provisoire n'ont le droit de présenter une demande de permis humanitaire qu'après avoir résidé plus de cinq ans en Suisse. Il n'est pas entré en matière sur les demandes déposées avant ce délai. Cette exigence se justifie par le fait que l'admission provisoire confère déjà un droit de présence – bien que précaire.

La disposition a ceci de particulier qu'elle exige un examen « approfondi » des demandes. L'avocat Peter Bolzli a qualifié cette indication de « formulation étrange » et a rappelé que, dans un Etat de droit, l'administration doit examiner les demandes à fond et avec diligence déjà en vertu de la constitution. Il en déduit que l'obligation d'un examen approfondi ne saurait être simplement comprise comme un appel au devoir de diligence des autorités. La consigne aurait plutôt pour but de limiter leur liberté d'appréciation. Les personnes au bénéfice de l'admission provisoire qui demanderaient un permis humanitaire sur la base

³ Intervention Blocher, BO 2005, p. 300.

de l'art. 84 al. 5 LEtr rempliraient en effet d'emblée les critères importants de la « présence de longue date » et de « l'inexigibilité du retour ». A la rigueur, la non réalisation d'autres critères ne pourrait dès lors qu'exceptionnellement influencer encore la pesée des intérêts en cause.⁴

3.3 Réglementation pour les requérants/es d'asile

L'art. 14 al. 2 LAsi est destiné à ouvrir aussi aux requérants/es d'asile la voie d'une autorisation de séjour à titre humanitaire. En raison du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile, il était nécessaire de prévoir une réglementation spéciale : selon l'art. 14 al. 1 LAsi, les demandes parallèles basées sur le droit des étrangers visant l'octroi d'une autorisation de séjour sont exclues pendant toute la durée de la procédure d'asile et jusqu'au départ à la suite d'une décision de renvoi exécutoire. L'art. 14 al. 2 LAsi introduit dans le système du droit d'asile le cas de rigueur formulé à titre exemplatif dans le droit des étrangers.

La demande ne peut être présentée qu'au moins cinq ans après le dépôt de la demande d'asile. Après ce délai, elle est toutefois recevable pendant toute la durée de la procédure principale. Même les requérants/es d'asile déboutés/es peuvent invoquer cette possibilité de légalisation.

Selon l'art. 14 al. 2 let. b LAsi, le lieu de séjour de la personne concernée doit toujours avoir été connu des autorités. A la différence des sans-papiers qui peuvent déposer une demande pour cas de rigueur selon l'art. 30 al. 1 let. b LEtr malgré un lieu de séjour durablement inconnu, cela est exclu pour un/e requérant/e d'asile ayant rejoint momentanément la clandestinité.

3.4 Les critères d'appréciation

L'art. 31 al. 1 OASA désigne les critères dont il convient de tenir compte dans l'appréciation des cas de rigueur. Il s'agit des suivants :

- > le degré de l'intégration,
- > le respect de l'ordre juridique,
- > la situation familiale,
- > la situation financière,
- > la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation,
- > la durée de la présence en Suisse,
- > l'état de santé,
- > les possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance.

⁴ Bolzli 2009, p. 187, n° 11 ad art. 84 LEtr.

D'une part, cette énumération n'est pas exhaustive. D'autre part, il n'est pas exigé qu'il y ait des résultats convaincants dans le cadre de tous les domaines cités.⁵ L'évaluation doit au contraire se faire globalement en tenant compte des interdépendances. Ainsi, par exemple, une présence très longue peut avoir pour effet que la question d'une possible réintégration dans le pays de provenance perde de son importance.⁶ A l'inverse, cette question et celle du degré d'intégration deviennent primordiales en cas de séjour relativement court.

3.5 Dispositions facultatives

Les diverses réglementations des cas de rigueur font l'objet de dispositions dites facultatives dans le sens où la personne concernée n'a pas un droit direct à une autorisation de séjour humanitaire. A la différence des dispositions dites obligatoires, accordant des prétentions déductibles en justice, les dispositions facultatives ouvrent une marge de manœuvre largement soutenue. Cette liberté de décision est toutefois limitée par le droit supérieur. Dans l'établissement des faits pertinents, les autorités disposent aussi d'une marge d'appréciation relativement large. Certes, elles doivent tenir compte des rubriques de l'art. 31 al. 1 OASA qui définissent le cadre des faits à prendre en considération dans la décision. Les autorités d'application ont toutefois une grande liberté dans l'évaluation des faits retenus et de leurs interconnexions.

Rien d'étonnant à ce qu'une telle latitude soit utilisée diversément : les cantons de tendance libérale voient dans cette liberté une chance d'accorder un séjour légal à des personnes qui vivent et travaillent depuis longtemps dans leur territoire. Ils envisagent ainsi les réglementations des cas de rigueur comme un instrument d'intégration. En revanche, pour les cantons dominés par des conceptions restrictives, la liberté de décision est utilisée dans un sens négatif.

En prévoyant ces marges d'appréciation, le législateur s'est montré prêt à accepter des différences d'interprétation calquées sur des motifs d'idéologie politique. Mais cela dans des limites clairement déterminées : la liberté d'appréciation ne signifie pas que l'on puisse interpréter et juger selon son bon vouloir et que des intérêts sans lien avec la cause puissent jouer un rôle. Elle doit au contraire être exercée loyalement, c'est-à-dire conformément à la constitution et à la loi. En particulier, l'autorité de décision doit respecter l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité et le principe de la proportionnalité. En outre, il faut qu'elle tienne compte du but de la norme appliquée et des intérêts en cause.

⁵ ATAF C-874/2010 du 3 décembre 2012.

⁶ ATAF C 28/2011 du 10 juillet 2012, consid. 5.2; ATAF C 5962/2009 du 22 août 2011, consid. 5.2.

Le but des réglementations sur les cas de rigueur est de nature humanitaire, à savoir d'éviter une détresse individuelle grave. Pour les autorités compétentes, il s'agit donc non seulement d'un commandement d'humanité mais aussi d'une obligation juridique d'examiner en premier lieu si le retour forcé dans le pays d'origine provoque une situation de détresse dans le cas concret. Si tel est le cas, il faut ensuite se demander si l'intérêt du particulier à l'évitement de la situation de détresse dépasse l'intérêt de la collectivité à une immigration contrôlée. Cette mise en balance doit être opérée de manière appropriée et différenciée ; il ne faut pas attribuer d'emblée un poids particulier à l'intérêt public. Dans une expertise sur la pratique en matière de cas de rigueur dans les Grisons, il a été relevé que la police des étrangers de ce canton part du principe, en invoquant la disposition facultative, qu'en vertu de l'art. 14 al. 2 LAsi, elle peut selon son bon vouloir examiner les demandes de reconnaissance de cas de rigueur ou les laisser sans suite. Cela signifie toutefois que l'intérêt des personnes concernées est méprisé et qu'il est fait un principe de l'intérêt public défini égoïstement. Un tel procédé est contraire au droit car il relève de l'abus de pouvoir.

Même la liberté d'action dans l'appréciation des faits n'est pas illimitée. Les évaluations doivent se faire sans arbitraire et doivent respecter les principes constitutionnels de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. En particulier, la marge d'appréciation accordée par la loi ne dispense pas les autorités d'application d'une instruction complète et diligente des causes qui leur sont soumises. Une décision négative basée sur un exposé des faits incomplet est insoutenable pour défaut d'exercice du pouvoir. En outre, il y a des dispositions complémentaires à observer dans le processus d'appréciation. Parmi elles, l'art. 31 al. 5 OASA a une importance particulière en exigeant qu'il soit tenu compte des empêchements non fautifs tels que l'âge, l'état de santé ou des obstacles juridiques, lors de l'examen de la situation financière et de la volonté de prendre part à la vie économique. Or, cette norme est malheureusement souvent négligée dans la pratique.

Lorsque le législateur accorde une liberté d'appréciation aux autorités, il ne leur donne pas carte blanche pour des décisions correspondant à un courant politique mais il leur confère le mandat de prendre en compte des intérêts opposés et de trouver une juste mise en balance.

4 DONNEES STATISTIQUES

Au cours des années 2013 à 2015, les cantons ont présenté au SEM au total 950 demandes de reconnaissance de cas de rigueur basées sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr. La plupart, 560, émanaient du canton de Genève. L'ensemble des cantons de Suisse orientale n'en a déposé que 6. Il n'y en a pas eu une seule venant de Suisse centrale. Sur les 950 demandes, 892 ont reçu une réponse positive (94%).

Pendant la même période, les cantons ont demandé au SEM l'approbation de 5'900 demandes fondées sur l'art. 84 al. 5 LEtr. Le canton numéro un a été celui de Zurich avec 1'184 demandes, suivi de celui de Berne avec 798 demandes. Le canton de Nidwald a été la lanterne rouge avec 23 demandes.⁷ Sur les 5'900 demandes, 5'854 ont reçu une réponse favorable du SEM (99%).

Toujours entre 2013 et 2015, au total 432 demandes basées sur l'art. 14 al. 2 LAsi ont été soumises au SEM. Le canton de Zurich occupe ici encore la première place avec 65 demandes, suivi du canton de Vaud avec 47 alors que 17 demandes venaient de Suisse centrale et 12 de Suisse orientale et que les cantons d'Appenzell Rhodes intérieures et Uri sont absents de la liste.⁸ Le SEM a reconnu le bien-fondé de 397 demandes (81%).

Ne sont pas comprises les demandes qui n'ont pas été transmises au SEM mais qui sont restées dans les rouages cantonaux. Un monitoring à l'échelon suisse concernant de telles demandes serait toutefois opportun car il permettrait de connaître les pratiques plus ou moins restrictives à l'échelon cantonal.

Le nombre des demandes de reconnaissance de cas de rigueur transmises au SEM pour approbation varie selon le titre juridique sur lequel elles se basent : entre 2013 et 2015, au total 7'282 demandes ont été soumises au SEM, dont 81 % fondées sur l'art. 84 al. 5 LEtr. Celles-ci ont connu le plus haut taux d'approbation (99%). L'exigence d'un « examen approfondi » posée aux autorités par cette disposition s'est donc révélée positive. Les demandes de personnes dont le séjour n'était pas réglementé (art. 30 al. let. b LEtr) ont représenté en deuxième place le 13% de toutes les demandes soumises au SEM. Elles ont connu un taux de succès de 94%. En revanche, pour les demandes venant du domaine de l'asile (art. 14 al. 2 LAsi), la proportion est moindre avec seulement un 6% des demandes totales et avec un taux de reconnaissance comparativement bas (81%). Ces nettes différences s'expliquent par des motifs juridiques auxquels nous reviendrons. Elles

⁷ SEM, Statistique des cas de rigueur.

⁸ SEM, Statistique des cas de rigueur.

révèlent toutefois aussi une envergure de l'application du droit, qui fait apparaître des doutes sur la conformité du droit de l'exercice du pouvoir d'appréciation dans chaque cas.

Ces doutes sont renforcés par les différences énormes existant entre les cantons au sujet du nombre de demandes présentées. Le fait par exemple que, sur les 950 demandes soumises au SEM sur la base de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr pendant la période de 2013 à 2015, aucune ne provenait de Suisse centrale (LU, SZ, OW, NW, ZG) et seules 6 de Suisse orientale (AI, AR, GL, GR, TG, SG, SH), mais 560 du seul canton de Genève est un indice que la situation politique ambiante a joué un très grand rôle dans l'exercice du pouvoir d'appréciation.

Le sort d'une demande de cas de rigueur dépend ainsi grandement du canton où vit la personne concernée. Toutefois, celle-ci ne peut en principe pas choisir librement son lieu de résidence. Thomas Baur a qualifié cette problématique de « loterie des cas de rigueur ».⁹ En fait, il est indigne d'un Etat de droit que, dans une démarche pouvant aboutir sur le meilleur ou sur le pire, des personnes soient traitées de manière complètement différente dans l'application de la même base juridique.

⁹ Thomas Baur, *Die Härtefallpraxis im Asylbereich*, Schweizerische Flüchtlingshilfe 2009, p. 6.

5 LES CRITERES DANS LA PRATIQUE

5.1 Remarque préliminaire

Selon l'art. 12 al. 2 let. b de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, le SEM exerce la surveillance de la mise en œuvre du droit des étrangers dans les cantons. Il a édicté des directives dans le cadre de cette fonction (directives LEtr). Celles-ci sont contraignantes pour les autorités cantonales.

5.2 Intégration¹⁰

Le critère de l'intégration suppose que la personne étrangère « entretient des relations si étroites avec la Suisse qu'on ne saurait exiger d'elle qu'elle vive dans un autre pays – en particulier dans son Etat d'origine ». ¹¹

Pour pouvoir établir des relations d'une telle intensité avec la Suisse, la personne doit en premier lieu s'efforcer d'acquérir de bonnes connaissances de la langue nationale parlée au lieu de sa résidence. Pour admettre une intégration poussée au sens du droit des cas de rigueur, le SEM se contente de connaissances linguistiques de niveau A1 selon le Cadre européen de référence (CECR). ¹² Il est ainsi exigé que la personne soit capable de comprendre et d'utiliser des expressions du quotidien et des phrases toutes simples, c'est-à-dire qu'elle soit en mesure de mener des conversations simples visant à la satisfaction de besoins concrets. ¹³

Certains cantons exigent cependant des connaissances linguistiques de niveau plus élevé. Un ou une requérant/e résidant dans le canton des Grisons par exemple doit fournir un certificat d'une institution reconnue (Telc, ÖSD, Fide, Goethe-Institut) attestant l'acquisition du niveau A2 du CECR en allemand. ¹⁴ Cela signifie que cette personne doit pouvoir se faire comprendre dans des situations courantes simples et parler de son origine personnelle et de sa formation ainsi que de son entourage. La différence entre les niveaux A1 et A2 ne semble pas considérable au vu de ces explications, mais pour des personnes venant de milieux sans éducation linguistique ni scolarité, elle est abrupte.

Une intégration professionnelle et sociale est aussi exigée, et même d'un niveau plus élevé que la moyenne. Un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 février 2012 permet

¹⁰ Art. 31 al. 1 let. a OASA.

¹¹ ATF 130 II 39, consid. 3, p. 42.

¹² Directives LEtr, ch. 5.6.12.1.2 (p. 226).

¹³ Voir le Cadre européen de référence.

¹⁴ Office grison de la police et du droit civil, fiche d'informations sur l'autorisation pour cas de rigueur.

de connaître le niveau des exigences requises dans la pratique.¹⁵ Dans le cas en question, un permis humanitaire a été accordé à un couple russe et à son fils de 17 ans sur la base de l'art. 14 al. 2 LAsi. Le tribunal a constaté que la famille résidait en Suisse depuis neuf ans et était intégrée au mieux sur les plans social et économique. Le mari avait commencé à travailler après peu de temps et était très apprécié dans son métier spécialisé du bâtiment. L'épouse avait obtenu un master en musique à la haute école artistique zurichoise et donnait des cours de musique. La famille participait à des associations et était également socialement engagée dans d'autres contextes. Le mari souffrait d'une hépatite C chronique, ce qui pourrait compliquer un retour sur le plan des soins médicaux. Néanmoins, compte tenu de la bonne qualification professionnelle des deux conjoints, une réintégration dans le pays de provenance ne se heurterait pas à des obstacles insurmontables. Finalement, ce qui a été déterminant dans la prise de décision positive, ce n'a pas été l'intégration économique et sociale poussée des parents, mais l'intérêt supérieur de leur fils qui avait passé une partie de son enfance et toute son adolescence en Suisse et qui devait prochainement commencer un apprentissage. Le fait qu'un retour forcé pourrait entraîner un déracinement du fils a conduit à mettre toute la famille au bénéfice d'un permis humanitaire.

L'arrêt est instructif car il souligne que même si le cas de rigueur suppose une intégration poussée, cette condition ne suffit pas à elle seule pour justifier le cas de rigueur. Il faut en plus que les personnes concernées aient vécu longtemps en Suisse. Au point qu'une réintégration dans l'Etat de provenance ne puisse plus être raisonnablement exigée. Manifestement, la durée de résidence de quand même neuf ans de la famille en Suisse ne suffisait pas à cet effet. La capacité de s'intégrer supérieure à la moyenne démontrée par les conjoints aurait même presque pu leur être fatale. Le Tribunal administratif fédéral en a en effet déduit qu'en raison de leur flexibilité, on pourrait exiger de leur part de se réintégrer dans leur Etat de provenance. C'est par contre l'intérêt supérieur de l'enfant qui a été décisif parce qu'il semblait être menacé par un déracinement. A ce propos, une importance particulière a été donnée au fait que le fils avait passé son adolescence en Suisse.

¹⁵ ATAF C 8049/2008, consid.

5.3 Respect de l'ordre juridique¹⁶

L'art. 4 let. OIE se réfère en particulier au respect des valeurs de la constitution fédérale. Il y a par exemple violation de ces valeurs en cas de comportement méprisant les principes fondamentaux de la démocratie, de la tolérance, de l'autodétermination ou de l'égalité entre femme et homme.¹⁷

Il est en outre exigé des requérants/es un comportement irréprochable par rapport à l'ensemble de l'ordre juridique. Selon les directives du SEM, il y a atteinte à l'ordre public notamment en cas d'infractions graves ou répétées.¹⁸ Il découle de cette concrétisation que la commission d'un délit unique de moindre gravité n'exclut pas la reconnaissance d'un cas de rigueur.

Le non accomplissement d'autres obligations de droit public voire même de nature privée peut aussi avoir une influence négative dans l'appréciation d'un cas de rigueur. Toutefois, des circonstances personnelles excusables au sens de l'art. 31 al. 5 OASA devraient pouvoir être prises en considération dans le cas de dettes et de poursuites.¹⁹

Même si le comportement reprochable n'est attribuable qu'à un seul membre de la famille, la situation ne saurait être examinée de manière séparée. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, le destin de la famille constitue au contraire une unité. Dès lors, la sanction, à savoir le refus de reconnaître le cas de rigueur, doit déployer des effets sur toute la famille, étant précisé qu'une importance particulière doit être accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant.²⁰

Ce dernier principe n'a visiblement pas été respecté dans le cas suivant :

Cas 94²¹ *Le couple d'origine algérienne arrive en Suisse en 1994 et y dépose une demande d'asile qui sera rejetée. Faute de papiers d'identité, le couple ne peut alors être expulsé. « Ali » et « Lara » restent en Suisse et y donnent naissance à quatre enfants. Ils vivent de l'aide sociale car ils n'ont pas le droit de travailler. Lorsque la révision de 2008 de la loi sur l'asile entre en vigueur, ils sont exclus de l'aide sociale et ne reçoivent plus que l'aide d'urgence (art. 82 al. 1 LAsi), ce qui les contraint à vivre dans un centre. En 2007, la famille dépose une demande de permis humanitaire. Bien que*

¹⁶ Art. 31 al. 1 let. b OASA.

¹⁷ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.1.1 (p. 226).

¹⁸ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.2 (p. 226).

¹⁹ Spescha et al. 2010, p. 204. OSAR (éd.) 2009, p. 172.

²⁰ ATAF C 8049/2008, consid. 4.3.

²¹ Cas 94 du 7 décembre 2009 (ODAE-Suisse), quatre enfants sont le jouet de la pratique en matière de cas de rigueur.

les quatre enfants soient nés en Suisse, que les trois fils suivent l'école et que l'aîné ait 14 ans, la demande est rejetée pour le motif que le père serait devenu délinquant et ferait l'objet de poursuites. Le fait que les enfants n'aient jamais été dans leur pays de provenance, qu'ils parlent mieux l'allemand que l'arabe et qu'ils ignorent tout de la langue française, langue officielle n'a aucunement été pris en considération.

Le service des migrations n'est pas entré en matière sur la demande de réexamen présentée par la famille, faute de nouveaux éléments pertinents.

Il ressort de la version étendue du rapport concernant ce cas que « Ali » avait commis deux infractions. On ignore toutefois leur gravité. Cependant, même s'ils devaient avoir dépassé la limite, il aurait absolument fallu leur opposer l'intérêt supérieur des quatre enfants menacés d'un déracinement par l'exécution de la sanction. Comme le laisse entendre l'art. 63 al. 4 LAsi, la sanction collective est inconciliable non seulement avec les principes généraux du droit suisse, mais aussi avec les principes particuliers du droit des migrations.

5.4 Situation familiale²²

Dans la pratique relative aux cas de rigueur, les familles avec enfants jouissent toujours d'une position privilégiée et leur situation est examinée de manière approfondie. Les aspects déterminants sont l'âge des enfants lors de leur entrée en Suisse et au moment prévu pour leur départ, la durée de leur formation scolaire ainsi que la possibilité de poursuivre leur formation dans le pays de provenance.²³ Pour satisfaire aux exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'art. 3 CDE, il est procédé à une appréciation différenciée : la jurisprudence admet l'existence d'un enracinement plus ou moins grand en Suisse et de problèmes de réintégration conséquemment plus ou moins importants dans le pays de provenance en fonction de l'âge et de la durée de la présence en Suisse.²⁴

Face aux jeunes enfants, la jurisprudence part du principe qu'ils sont émotionnellement encore fortement liés à leurs parents et qu'ils sont comparativement indifférents à leur environnement. Leur risque d'un déracinement est dès lors qualifié de moindre. Pour les enfants scolarisés, le déracinement consécutif à un retour dans le pays de provenance est certes considéré comme possible mais pas comme forcément certain et il faut examiner la situation concrète. En revanche, en ce qui concerne les enfants ayant vécu leur adole-

²² Art. 31 al. 1 let. c OASA.

²³ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.3 (p. 227).

²⁴ ATF 123 II 125, consid. 4 ; ATAF C-3193/2010 du 25 avril 2013, consid. 5.3 ; voir OSAR (éd.) 2009, p. 248 s.

science en Suisse, il est en général admis que leur degré d'intégration est très élevé et qu'il existe en conséquence un grand danger de déracinement.²⁵

Au sujet des familles qui vivent avec des enfants adultes, les opinions divergent sur l'existence d'une unité de la famille. Dans le cas « Thandiwe »²⁶ l'autorité cantonale était prête à accorder une autorisation de séjour humanitaire à la fille de 23 ans, mais pas à ses parents. Cela bien que la famille ait toujours vécu ensemble et malgré le soutien très important apporté par la fille à ses parents, spécialement à son père psychologiquement malade. Néanmoins, l'autorité était prête à accepter une séparation de la famille. Par contre, le Tribunal administratif zurichois a jugé que la demande de reconnaissance du cas de rigueur d'un enfant adulte ne saurait être traitée séparément de celle de ses parents lorsqu'il continue à faire ménage commun avec eux. A noter encore que le fils de cette famille avait atteint l'âge adulte peu avant le dépôt de la demande et qu'il se trouvait encore en formation.²⁷

A notre avis, il devrait toujours y avoir une décision uniforme lorsqu'un enfant, bien que devenu majeur, n'est pas sorti de la famille ou lorsqu'il existe une dépendance réciproque.

Le revers de la médaille de la pratique plutôt favorable aux familles, c'est que les personnes seules, en particulier les jeunes hommes célibataires, ne réussissent pour ainsi dire jamais à obtenir un permis humanitaire. Même si elles sont parfaitement intégrées, il est estimé que leur retour dans leur pays de provenance peut être raisonnablement exigé en partant de l'idée forfaitaire qu'en raison de leur âge et de leur indépendance, elles seront en mesure de (re)prendre racine dans ce pays. La situation est commentée de la manière suivante par les bureaux de consultation juridique du CCSI et de Freiplatzaktion Zurich :

« En principe, on dépose des demandes uniquement s'il y a vie familiale en Suisse, notamment s'il y a des enfants scolarisés, ou s'il y a une grande vulnérabilité (santé, handicap, ...). On déconseille aux personnes seules de déposer une demande de ce type si leur unique argument est l'intégration. »

« Les jeunes hommes seuls n'ont guère de chances d'obtenir une autorisation de séjour basée sur un cas de rigueur au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi. »

²⁵ Weibel, p. 25. f.

²⁶ Cas 282 du 16 juin 2015 (ODAE-Suisse), négation d'un cas de rigueur après 12 ans de séjour en Suisse malgré des problèmes de santé.

²⁷ Arrêt VB 2014.00668 du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 juillet 2015, consid. 4.5.

Dans la mesure où l'évaluation optimiste des chances de réintégration d'un jeune homme seul ne résulte pas de mesures d'instruction concrètes mais d'un préjugé généralisé, cette pratique est contraire au principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst).

5.5 Situation financière et volonté de prendre part à la vie économique²⁸

En ce qui concerne la situation financière, la reconnaissance du cas de rigueur suppose en principe la capacité de subvenir soi-même à ses besoins. Il y a autonomie financière lorsque le coût de la vie et les obligations d'entretien sont couverts par le revenu, la fortune et les créances à l'égard de tiers. De son côté, la capacité de subvenir à ses besoins présuppose en tous les cas l'existence d'un contrat de travail non résilié ou d'une activité lucrative indépendante durable. S'il n'a pas été possible aux requérant-e-s d'établir une situation d'une telle stabilité, la preuve de relations de travail temporaires devrait suffire selon les directives du SEM, pour autant que ces relations temporaires permettent de conclure à de sérieux efforts en vue d'une vie financièrement autonome. Si l'exercice d'aucune activité lucrative ne peut être prouvé, il faut examiner si la personne est annoncée à l'ORP et s'efforce sérieusement de trouver du travail.²⁹ Les directives ne supposent ni une entrée sans accrocs dans le monde du travail ni une réussite professionnelle ininterrompue. Elles tiennent compte des difficultés pour certaines personnes, provenant par exemple de pays en développement, de s'insérer dans un marché du travail exigeant d'un pays hautement civilisé. Les directives se basent ainsi sur ce qui est possible dans ces conditions. Même une dépendance temporaire de l'aide sociale ne fait pas obstacle à l'admission d'un cas de rigueur pour autant cependant qu'elle ne soit pas fautive.³⁰

Contrairement à la teneur de la loi, certains cantons ne se contentent pas de la bonne volonté de prendre part à la vie économique et de bonnes perspectives d'avenir. Ils exigent en outre une stabilité professionnelle et financière qui exclue le risque que des frais d'assistance puissent incomber à la collectivité. Ainsi, le canton des Grisons n'admet l'existence d'une insertion professionnelle que si la personne a exercé une activité lucrative pendant le 70% de la durée de sa présence en Suisse ou pendant trois années consécutives sans interruption. Les exigences sont aussi sévères dans le canton de Soleure. Il y est exigé une absence de dépendance de l'aide sociale et une activité lucrative d'au moins 12 mois dans les deux ans précédant le dépôt de la requête en reconnaissance du cas de

²⁸ Art. 31 al. 1 let. d OASA.

²⁹ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.4.

³⁰ ATF 135 I 49, consid. 6.3.

rigueur. Le bureau de consultation SAJE-EPER du canton de Vaud résume cette pratique de la manière suivante :

« Le critère 'volonté de travailler' est interprété par avoir un emploi garantissant l'autonomie financière de la personne (et sa famille). »

Malgré ses directives abstraites semblant pleines d'humanité, le SEM a étonnamment lui-même aggravé le critère d'appréciation de la participation économique dans un cas concret en exigeant de la personne, en plus de sa volonté de prendre part à la vie économique, celle de réaliser une carrière professionnelle :

Cas 198³¹ *En raison du manque de sécurité flagrant au Burundi, « Jean-Pierre » est admis provisoirement en Suisse en 2005. Après la levée de l'admission provisoire par l'ODM quatre ans plus tard, il dépose une demande en reconnaissance d'un cas de rigueur le concernant. Il est autonome sur le plan financier depuis 2007, enseigne le français à titre indépendant, vit avec une compagne dont la nationalité est européenne et s'occupe de leur fils, et il a aussi une sœur qui vit à Genève. Bien qu'il remplisse les critères formels pour obtenir un permis humanitaire, le SEM considère, dans la procédure d'approbation, que ses relations avec la Suisse ne sont pas suffisamment étroites et refuse la délivrance d'un permis B. Le TAF confirme les arguments du SEM. Il reconnaît certes la « volonté d'intégration » et l'« évolution louable sur le plan professionnel » mais interprète défavorablement le peu de qualification de la profession de « Jean-Pierre » et son défaut d'« ascension professionnelle particulière ».*

Dans ce cas, les exigences ont toutefois été très clairement dépassées : certes, la dureté d'un retour forcé peut être accentuée si le requérant ou la requérante a réussi une carrière professionnelle en Suisse, mais il ne saurait être question d'ériger cet élément en condition de l'octroi d'un permis humanitaire et de ne réserver ainsi le privilège d'un tel permis qu'à une élite économique. Les cantons qui posent des exigences exagérées au critère de la volonté de prendre part à la vie économique ont en outre tendance à oublier l'art. 31 al. 5 OASA qui demande de tenir compte des difficultés particulières d'ordre personnel et juridique de la personne concernée.

³¹ Cas 198 du 24.01.2013 (ODAE-romand), refus du permis humanitaire malgré une intégration exemplaire.

Cas 44³² Après l'issue négative de sa procédure d'asile, une famille en Suisse depuis plus de cinq ans, fait la demande d'un permis humanitaire en 2007. L'office cantonal des étrangers répond que la demande ne sera transmise à l'ODM pour approbation que lorsque la famille sera économiquement autonome et lui accorde d'abord un bref délai (5 semaines) puis un plus long (3 mois) pour trouver du travail. La famille, qui a de bonnes chances d'intégration, est transférée à l'aide d'urgence en janvier 2008 et se retrouve incapable, avec seulement 450 francs par mois, de couvrir ses besoins. Elle tombe dans la mendicité. « Ali » et « Fadya » se trouvent dans une situation paradoxale et subissent une pression terrible. En tant que requérants/es d'asile déboutés/es, les époux n'ont pas le droit de travailler et sont dépendants de l'aide sociale. Dès janvier 2008, ils n'ont plus de permis N valables. Toutefois, une des conditions posées par le canton de St Gall pour transmettre leur demande de reconnaissance d'un cas de rigueur à l'ODM est précisément leur autonomie financière.

Cas 282³³ Dans le cas de « Thandiwe », le service des migrations se déclare prêt à lui accorder un permis humanitaire en raison de sa détresse personnelle profonde et soumet la demande au SEM pour approbation. Malgré une intégration excellente aux niveaux de la formation et des connaissances linguistiques, le SEM refuse de reconnaître l'existence d'un cas de rigueur chez cette jeune femme de 23 ans. Bien qu'après sa formation, elle s'efforce grandement de trouver un emploi, elle ne reçoit que des réponses négatives en raison de son statut de séjour. Le SEM oppose toutefois à « Thandiwe » qu'elle n'est pas encore intégrée dans la vie active.

5.6 Volonté d'acquérir une formation³⁴

Dans l'esprit des directives du SEM, le critère d'appréciation de la volonté d'acquérir une formation ne suppose pas forcément un parcours scolaire sans failles. Les échecs sont admis et ne peuvent être imputés à titre négatif que s'ils font conclure à un défaut de volonté. Dans ce domaine aussi, ce qui est donc déterminant, ce n'est pas un niveau abstrait de performances, mais les résultats personnels concrets. Pour certains cantons, le critère n'est cependant rempli que si des efforts supérieurs à la moyenne sont fournis. Ils posent du reste souvent cette exigence également pour des adolescents/es souffrant d'une faiblesse congénitale attestée dans leurs capacités.

³² Cas 44 du 7.08.2008 (BAAO), mendicité pour cause d'aide d'urgence malgré la demande pendante d'un permis humanitaire.

³³ Cas 282 du 16.06.2015 (ODAE-Suisse), négation d'un cas de rigueur après 12 ans de séjour en Suisse et malgré des problèmes de santé.

³⁴ Art. 31 al. 1 let. b OASA.

Cas 291³⁵ « Toni » est né à Genève en 1998. La demande d'asile de ses parents est rejetée la même année, mais la famille reste en Suisse. Depuis 17 ans « Toni » vit à Genève où il a suivi toute sa scolarité et poursuit actuellement son intégration professionnelle. Il ne s'est rendu qu'une seule fois en Macédoine, pays d'origine de ses parents. Il n'en parle qu'insuffisamment la langue et est incapable de l'écrire. A part sa grand-mère, il n'a pas de famille en Macédoine. Ses deux sœurs et leur famille respective habitent en Suisse au bénéfice d'un droit de séjour assuré. En 2011, avec l'aide d'une assistance juridique, « Toni » et sa mère « Elena » déposent une demande de permis B en invoquant le cas de rigueur personnel grave (art. 30 al. 1 let. b LEtr). Ils font valoir l'intégration poussée de « Toni » en Suisse et son absence de toute relation avec son pays de provenance. Ils renvoient en plus à la jurisprudence du TAF qui tient compte de la situation spéciale des jeunes gens scolarisés qui ont passé la plupart de leur vie en Suisse.³⁶ En s'appuyant sur l'art. 8 CEDH, l'assistance juridique souligne que « Toni » a passé toute sa vie en Suisse, notamment la période de l'adolescence qui est essentielle pour le développement personnel, scolaire et professionnel. Un renvoi de « Toni » dans le pays de provenance de ses parents représenterait manifestement une dureté particulière pour lui. En outre, l'assistance juridique argumente que l'état de santé précaire d'« Elena » ainsi que son appartenance à la minorité discriminée des Roms aggraverait considérablement la situation en vue d'une réintégration en Macédoine. La décision de première instance n'intervient qu'en 2015 après plusieurs rappels de l'assistance juridique. Elle est négative pour le motif de la dépendance financière d'« Elena » vis-à-vis de l'aide sociale et des résultats scolaires de « Toni » « non supérieurs à la moyenne ». En plus, il est reproché à ces deux personnes de ne pas « s'engager de manière particulière dans la vie culturelle et associative ».

Les exigences de résultats scolaires supérieurs à la moyenne sont critiquées de la manière suivante par le SIT à Genève :

« Il est exigé des jeunes en formation qu'ils-elles aient des notes plus élevées que la moyenne pour que la Confédération accepte de les considérer comme intégré-e-s; ils-elles n'ont 'de facto' pas droit à l'échec scolaire. »

³⁵ Cas 291 du 15.06.2015 (ODAE-romand), refus de régularisation pour un adolescent de 17 ans qui ne connaît que la Suisse.

³⁶ ATAF C-3193/2010 du 25 avril 2013.

Sur les plans professionnel et scolaire, quelques cantons exigent donc des résultats d'un niveau qui dépasse les exigences voulues par la loi et définies par les directives qui en découlent. Certes, c'est aller dans le sens du besoin de sécurité des communes sur le plan financier tout en impliquant en même temps une sélection favorisant l'économie. Toutefois, l'aspect humanitaire passe alors à l'arrière-plan.

5.7 Durée de la présence en Suisse³⁷

Après cinq ans de présence en Suisse, les personnes admises provisoirement peuvent demander une autorisation de séjour pour cas de rigueur (art. 84 al. 4 LEtr). C'est dire que le législateur est parti du principe qu'après un tel délai, il y a en général lieu d'admettre un enracinement. En cas de demandes déposées plus tôt, possibles selon l'art. 30 al. 1 LEtr, il est cependant difficile de compenser la durée non réalisée par un autre élément du cas de rigueur. Néanmoins, l'existence d'une grave mise en péril de l'intérêt supérieur de l'enfant ou de risques accrus pour la santé pourrait éventuellement l'emporter.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, reprise par le Tribunal administratif fédéral, les phases illégales du séjour ne sont pas prises en considération dans le calcul de la durée de la présence. L'idée est de ne pas récompenser un comportement contraire au droit. Cette jurisprudence s'applique en particulier aux sans-papiers pour lesquels il est toujours fait abstraction de la durée de leur séjour illégal dans la procédure pour cas de rigueur. Néanmoins, le Tribunal administratif fédéral concède qu'une longue présence illégale en Suisse peut avoir une influence indirecte sur la décision, notamment si cette longue durée a créé une relation si étroite avec la Suisse qu'il ne peut plus être raisonnablement exigé de la personne concernée qu'elle aille vivre dans son pays de provenance.³⁸ Mais il faut alors encore étendre l'examen aux autres motifs éventuels qui pourraient plaider pour l'existence d'une situation de détresse personnelle grave, à savoir essentiellement la présence de membres de la famille en Suisse, l'état de santé de la personne, sa situation professionnelle et son intégration sociale.³⁹

Dans la pratique, le fait qu'une personne ait séjourné illégalement en Suisse semble toutefois grever d'emblée l'appréciation de l'autorité. Comme le montre l'exemple suivant, un tel préjugé peut aussi empêcher la reconnaissance d'une situation de détresse typique :

³⁷ Art. 31 al. 1 let. e OASA.

³⁸ ATAF C-5042/2014, consid. 6.5.

³⁹ ATAF C-6749/2007, consid. 5.4.

Cas 298⁴⁰ Il y a 17 ans, « Maria » est venue rejoindre ses enfants vivant chez leur père en Suisse et y restée. Elle travaille dans différents ménages tout au long de son séjour. Devenus adultes, ses enfants sont au bénéfice d'un droit de séjour assuré en Suisse. En plus de problèmes psychiques préexistants, elle souffre dans sa santé de l'incertitude de son séjour illégal et se trouve depuis 2004 régulièrement en traitement psychologique. En 2015, elle dépose une demande de reconnaissance de son cas de rigueur auprès du service cantonal des migrations sans traces de son identité, en vue d'obtenir un préavis. L'autorité considère la demande comme dépourvue de chances de succès.

Dans la version étendue du cas, il est relevé que la séparation des enfants signifie une mise en danger supplémentaire de l'état de santé de « Maria » et que son fils frappé d'un handicap a besoin d'elle. Malgré cet autre élément de rigueur, malgré la longue présence de « Maria » en Suisse et malgré les efforts, presque exagérés au vu des circonstances personnelles du cas, en vue d'une autonomie financière, les autorités ont considéré que le cas de rigueur n'était pas réalisé en l'espèce.

Par contre, un séjour illégal doit être pris en compte si les autorités en sont coresponsables, comme tel peut par exemple être le cas lorsque les autorités se montrent négligentes dans l'exécution du renvoi.⁴¹ A notre avis, la durée du séjour en Suisse aurait aussi dû être prise en considération dans le cas suivant car l'illégalité avait également été provoquée par un comportement incorrect des autorités.

Cas 293⁴² « Haile » arrive à l'âge de 28 ans en Suisse et y demande l'asile pour avoir subi des tracasseries relevant de motifs politiques en Ethiopie, son pays d'origine. Pendant les 17 ans qu'il passe en Suisse, la plupart illégalement mais sans le vouloir, il dépose trois demandes d'asile et deux demandes de permis humanitaire. Comme le lui demandent les autorités, il essaie pendant cette période, preuves à l'appui, de se procurer des documents de voyage. Malgré ces efforts, tant le canton et l'ODM que le TAF persistent à considérer qu'il a failli à son obligation de collaborer et en tirent argument pour rejeter ses diverses demandes. Lorsque « Haile » a 45 ans, l'impossibilité de l'exécution de son renvoi, pourtant manifeste depuis longtemps, est finalement reconnue et il est mis au bénéfice de l'admission provisoire.

⁴⁰ Cas 298 du 05.05.2016 (BAAO), préavis négatif malgré la réalisation des critères et une vulnérabilité psychique.

⁴¹ ATF 130 II 39, consid. 3.

⁴² Cas 293 du 09.03.2016 (BAAO), admission provisoire – après 17 ans, pas de reconnaissance du cas de rigueur.

Dans ce cas, les autorités ont présumé à tort une mauvaise volonté du requérant en ce qui concerne son obligation de collaborer. Si elles avaient d'emblée reconnu l'impossibilité de se procurer des papiers, « Haile » aurait été admis provisoirement déjà beaucoup plus tôt et la longue durée de son séjour ainsi légalisé aurait dû être prise en compte dans la procédure ultérieure en reconnaissance d'un cas de rigueur.

5.8 Etat de santé⁴³

Dans l'examen du cas de rigueur, la maladie durable et grave d'une personne étrangère ou d'un membre de sa famille doit être prise en considération en particulier en tant qu'obstacle à une réintégration dans le pays de provenance. Selon les directives du SEM, ces maladies comprennent avant tout des maladies chroniques, le danger avéré de suicide, les traumatismes de guerre et les graves séquelles d'accidents.⁴⁴ Elles doivent retenir l'attention notamment lorsque les soins médicaux ne sont pas disponibles ou sont hors de prix dans l'Etat de provenance ou lorsque la réintégration professionnelle est considérablement compromise voire impossible en raison de la maladie.

L'exemple suivant montre que les autorités ont parfois du mal à traiter les cas de maladie psychique chronique. Même lorsqu'une telle maladie est due à des actes de violence traumatisants, elle n'est reconnue que de mauvaise grâce comme pouvant servir de motif pour l'octroi d'un permis humanitaire :

Cas 282⁴⁵ « Bantu », son épouse « Khunjulwa » et leur fille « Thandiwe » déposent en 2012 une demande de permis humanitaire en invoquant un cas de rigueur personnel grave. A ce moment-là, « Bantu » est en Suisse depuis 9 ans et sa femme et sa fille depuis 5 ans. La demande n'est cependant traitée que deux ans et demi après son dépôt par l'autorité cantonale qui rend une décision négative bien que la famille continue de faire de grands efforts d'intégration et qu'un emploi fixe ait été garanti à chacun des parents au cas où ils obtiendraient le permis de séjour sollicité. En revanche, le canton soumet la demande de la fille « Thandiwe » au SEM pour approbation. Au moment du rejet de sa demande, « Bantu » est en Suisse depuis 11 ans et demi, ce qui plaide déjà en soi pour l'admission du cas de rigueur. En outre, il suit un traitement psychiatrique depuis 5 ans pour un syndrome de stress posttraumatique. Sans compter un syndrome douloureux chronique et d'autres problèmes de santé.

⁴³ Art. 31 al 1 let. f OASA.

⁴⁴ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.6.

⁴⁵ Cas 282 du 16 juin 2015 (ODAE-Suisse), négation d'un cas de rigueur après 12 ans de séjour en Suisse malgré des problèmes de santé.

Quatre mois après la décision négative, le SEM a finalement admis dans le cadre d'une procédure de réexamen que le retour des conjoints dans leur pays de provenance ne pouvait pas être raisonnablement exigé de leur part. Pour le motif que le mari y serait plongé dans un état de détresse sur le plan médical. Malgré ce revirement, l'intégration poussée du couple n'a pas été retenue en plus, raison pour laquelle seule une admission provisoire a été prononcée, qui, à la différence du permis humanitaire demandé, ne fait que différer l'exécution du renvoi.

5.9 Possibilité d'une réintégration dans le pays de provenance⁴⁶

La décision de l'admission ou non d'un cas de rigueur doit tenir compte de la situation globale qui attend la personne étrangère si elle doit retourner dans son pays de provenance.⁴⁷ Il faut donc examiner si les coutumes culturelles de ce pays lui sont familières et si elle en maîtrise la langue. L'autorité se demandera aussi si la personne y a encore des parents et des amis, c'est-à-dire un réseau social auquel elle peut se rattacher. Si elle n'a pas terminé sa formation, il faudra s'inquiéter de la situation locale en matière de formation scolaire et professionnelle. Si, au contraire, la personne a une profession, il faut s'interroger sur les possibilités de réinsertion.

L'état de santé a aussi une importance car il peut représenter un obstacle notable dans ce processus, voire l'empêcher. Même les conditions de logement sur place peuvent avoir une incidence dans l'examen de l'autorité.⁴⁸ La situation qui attend une personne dans son pays de provenance doit être comparée à celle qu'elle a créée en Suisse, pour décider si le changement peut être raisonnablement exigé d'elle sur les plans personnel, social et économique.

Si un réseau social est maintenu dans le pays de provenance, les autorités en déduisent souvent hâtivement que la personne concernée y a gardé le centre de ses intérêts et que, grâce à ces liens, la couverture de ses besoins matériels sera garantie lors de la réintégration. Elles s'abstiennent cependant de vérifier de quel type de relations sociales il s'agit et si une aide et un soutien effectifs peuvent être attendus d'elles. Contrairement aux directives du SEM, la question de l'avancement de l'intégration de la personne en Suisse est de surcroît fréquemment négligée :

⁴⁶ Art. 31 al. 1 let. g OASA.

⁴⁷ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.7 (p. 229).

⁴⁸ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.7.

Cas 303⁴⁹ « Ermal » est en Suisse depuis 15 ans, est autonome financièrement, s'est construit un large cercle d'amis et de connaissances et participe aux activités d'associations d'utilité publique. En 2013, il décide de déposer une demande de permis humanitaire sur la base de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr pour régulariser enfin sa présence en Suisse où se trouve désormais à l'évidence le centre de ses intérêts. Même si le service des migrations compétent reconnaît la bonne intégration d'« Ermal » en Suisse, il rejette toutefois la demande en considérant qu'un retour au Kosovo peut être raisonnablement exigé de sa part et qu'une réintégration dans son pays d'origine est possible. Cela, bien que, huit ans plus tôt à la suite d'une expulsion, « Ermal » ait tenté pendant une année de se construire une nouvelle existence au Kosovo. La réintégration avait alors échoué non seulement en raison du taux de chômage très élevé dans ce pays et de l'absence d'un réseau de relations mais aussi parce qu'il lui était impossible de répondre aux attentes et espoirs de son entourage social le concernant et qu'il a alors été rejeté. Un large soutien et une forte pression politique permettent d'en arriver en 2014 à un réexamen de la part du service cantonal des migrations qui finit par soumettre la demande au SEM pour approbation. Le SEM reconnaît l'existence de relations étroites de « Ermal » avec la Suisse, le bon niveau de son intégration et le danger de déracinement en cas de retour au Kosovo. En 2015, le cas d'« Ermal » est admis comme cas de rigueur personnelle grave, ce qui conduit à l'octroi d'une autorisation de séjour.

« Ermal » a certes encore des membres de sa famille dans son pays de provenance, mais il leur manque les possibilités économiques et aussi la volonté de lui venir en aide et de le soutenir. En revanche, il a en Suisse une existence professionnelle assurée, des relations personnelles importantes et l'occasion de s'engager de manière multiple sur le plan social. Grâce au soutien de son entourage, « Ermal » a pu provoquer une reconsidération de la décision cantonale. La décision révisée a été positive. Le SEM, à qui cette dernière décision a été soumise pour approbation a également reconnu que le centre des intérêts d'« Ermal » se situe en Suisse sur les plans personnel, professionnel et social et qu'un retour dans son pays d'origine où tout lui est devenu étranger serait d'une dureté telle qu'il ne saurait être raisonnablement exigé de sa part.

⁴⁹ Cas 303 du 10.09.2016 (BAAO), malgré une tentative échouée, l'office des migrations considère que la possibilité d'une réintégration dans le pays de provenance est intacte.

Le cas de « Toni » montre encore plus clairement qu'un retour forcé dans le pays d'origine peut avoir des conséquences intolérables : « Toni » ne connaît pas sa patrie, la Macédoine. Au cours des 17 années de sa vie, il ne s'est rendu qu'une seule fois dans ce pays pour régler un problème administratif. La seule personne qu'il y connaît est sa grand-mère. Sa relation avec elle est forcément peu intense. Certes, « Toni » comprend le macédonien, mais il ne sait pas l'écrire.⁵⁰

Il n'est pas compréhensible que les autorités aient pu, dans un tel cas, admettre une possibilité de réintégration dans le pays d'origine alors qu'elles avaient en mains tous les éléments pour reconnaître au contraire le danger d'un déracinement durable. D'autant plus que « Toni » est un adolescent plutôt faible qui serait dépassé par les problèmes d'une réintégration.

5.10 Conclusion

Certains critères d'appréciation du cas de rigueur obligent les autorités d'application du droit à tenir compte de l'ampleur du désarroi personnel et familial dans l'hypothèse d'un renvoi. Il faut donc examiner les effets d'un retour forcé sur la santé physique et psychique de la personne concernée et sur l'intérêt supérieur des enfants. Le désarroi émanant de la personne concrète et de sa réalité doit être évalué objectivement. Dans la pratique, les effets concrets sont toutefois souvent minimisés et une tolérance aux souffrances allant bien au-delà de celle de la personne en cause est présumée.

D'autres critères d'appréciation du cas de rigueur concernent les efforts entrepris par la personne pour une intégration économique, sociale et culturelle dans la société suisse. La teneur des dispositions en la matière laisse entendre que, sur ce point aussi, il faut se baser non pas sur des comportements que l'on pourrait attendre abstraitement mais sur la réalité concrète des efforts individuels réellement fournis.

Le Tribunal fédéral a précisé dans sa décision 135 I 49⁵¹ quels devaient être les éléments à prendre en considération en priorité pour ce faire. Dans une argumentation parallèle, il a reconnu l'existence d'un cas de rigueur pour une jeune Anglaise souffrant d'un grave handicap même s'il était prévisible qu'elle dépendrait de l'aide sociale toute sa vie. Selon le Tribunal fédéral dans ce cas, on ne saurait retenir l'absence de la capacité d'acquérir une indépendance économique car si on le faisait, des personnes avec un handicap physique, mental ou psychique seraient affectées de manière spécifique pour une carac-

⁵⁰ Cas 291 du 15.06.2015 (ODAE-romand), refus de régularisation pour un jeune de 17 ans qui ne connaît que la Suisse.

⁵¹ ATF 135 I 49, consid. 6.3.

téristique personnelle non imputable à une faute et non éliminable et seraient ainsi particulièrement défavorisées par rapport aux personnes « en bonne santé », ce qui rendrait la manière de les traiter contraire au principe de l'égalité.

Cependant, dans la pratique, il n'est souvent pas tenu compte des possibilités individuelles mais de capacités supposées normales et abstraitement présumées. Lorsque l'autonomie financière ne suffit plus, mais qu'une carrière professionnelle est en outre exigée, et lorsque même la perte non fautive d'un emploi ou un échec scolaire non fautif excluent la reconnaissance d'un cas de rigueur, on quitte le domaine du potentiel de la personne concernée et on entre dans celui des intérêts économiques. Ce faisant, on se soustrait au but avant tout humanitaire du droit des cas de rigueur.

6 QUESTIONS DE PROCEDURE

Depuis 2007, ce sont les cantons qui sont chargés de la mise en œuvre du droit des cas de rigueur. Auparavant, c'était l'ODM qui assumait cette tâche et qui veillait à une application uniforme du droit. Ses décisions pouvaient être attaquées par un recours au Tribunal fédéral, ce qui accentuait l'uniformisation et la qualité de la jurisprudence en la matière. Depuis que la compétence appartient aux cantons en première instance, l'application du droit n'a pas manqué de se mêler à des opinions politiques variables. La tendance à la fragmentation du droit a du reste augmenté par le fait que, depuis la révision de la loi, le contrôle juridique et le contrôle du pouvoir d'appréciation dans la pratique des cas de rigueur sont aussi essentiellement en mains des cantons.

En outre, deux dispositions spéciales contenues dans le droit des cas de rigueur ont un caractère explosif particulier. Il s'agira de montrer comment elles peuvent à elles seules avoir une influence défavorable sur la situation juridique de toute façon déjà problématique.

6.1 Contrôle juridique incomplet

Depuis la réforme de la justice de 2007, l'accès au juge est garanti dans la constitution. L'art. 29a Cst accorde à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Depuis lors, tous les cantons ont instauré un tribunal administratif. Ceux-ci sont aussi compétents pour contrôler les décisions rendues en matière de cas de rigueur.

Une exception : les décisions basées sur la loi sur l'asile (art. 14 al. 2 LASi) échappent au contrôle d'une autorité judiciaire. Selon l'art. 14 al. 4 LASi, les requérants/es du domaine de l'asile n'acquièrent la qualité de parties que dans la procédure devant le SEM, mais n'ont aucun droit, dans la procédure cantonale, pas même celui d'attaquer une décision négative.

Lorsque le tribunal administratif cantonal rend un jugement négatif même sur une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur prévu par la loi sur les étrangers (art. 30 al. 1 let. b ou art. 84 al. 5 LEtr), il n'y a plus de possibilité de recours. Ce n'est que si le canton a rendu une décision positive et que le SEM refuse son approbation que le recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert contre la décision négative du SEM.

Le Tribunal administratif fédéral ne peut ainsi contrôler qu'une infime partie de tous les cas de rigueur invoqués. Son pouvoir se limite en plus à la question de savoir si c'est à juste titre ou à tort que le SEM a refusé son approbation. Dans ce contexte limité, les arrêts de ce tribunal ont un effet d'élaboration et d'unification du droit. Toutes les

demandes en reconnaissance d'un cas de rigueur qui ont déjà échoué dans la procédure administrative ou judiciaire interne au canton sont toutefois soustraites au contrôle du Tribunal administratif fédéral. Cependant, il est probable que, précisément dans ces affaires-là, des influences étrangères au dossier aient pu s'exercer et des inégalités de traitement aient pu se produire.

6.2 Refus d'accorder la qualité de partie

Selon l'art. 14 al. 4 LAsi, la personne qui demande la reconnaissance d'un cas de rigueur les concernant n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation au SEM. Cela signifie non seulement qu'elle n'a pas de droit de recourir contre un refus de l'autorité cantonale de première instance, mais aussi qu'elle n'a aucun droit de consulter son dossier pendant la procédure devant cette autorité ni de participer activement à l'administration des preuves, sans compter qu'elle ne peut pas non plus exiger le respect d'un droit d'être entendu. Elle est donc inexistante du point de vue procédural. Le refus de la qualité de partie par la loi est coresponsable du nombre comparativement très peu élevé de demandes basées sur l'art. 14 al. 2 LAsi qui parviennent jusqu'au SEM. En 2015, elles ont été au nombre de 122 sur 2'340, soit à peine un peu plus de 5%.⁵² Manifestement, il faut une participation fournie et une bonne administration des preuves pour convaincre les autorités du bien-fondé d'une démarche. Et il faut encore bien la pression préventive d'un contrôle juridique interne au canton pour garantir le sérieux de l'examen.

Les motifs pour lesquels le législateur n'a pas reconnu la qualité de parties à la procédure aux requérants/es issus du domaine de l'asile ne sont pas manifestes. C'est pourquoi, il faut admettre que le critère de ce choix se rapporte une fois encore à l'autonomie cantonale qui joue de manière générale un rôle significatif dans le droit des cas de rigueur. Dans l'arrêt 137 I 128, le Tribunal fédéral a retenu que la suppression du droit d'être entendu liée au refus du statut de partie constitue une violation de l'art. 29 Cst pouvant être invoquée dans un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF). Il a en outre considéré que l'absence de voie de recours contre les décisions cantonales négatives en matière de cas de rigueur est contraire à la garantie de l'accès au juge relevant du droit fédéral supérieur et n'a laissé aucun doute sur le fait qu'il corrigerait cette anomalie s'il en avait la compétence constitutionnelle. Toutefois, cette compétence lui échappe de par l'art. 190 Cst.

⁵² SEM, Statistique des cas de rigueur.

En dépit de l'art. 14 al. 4 LAsi, les cantons de Lucerne et de St Gall ont ouvert la voie hiérarchique cantonale contre les décisions négatives concernant des cas de rigueur basés sur le droit d'asile. Dans ces cantons, les personnes concernées se voient donc déjà accorder une position de partie dans la procédure interne au canton. La règle en question est considérée comme tout à fait conforme au droit par l'avocat Peter Nideröst. Il explique en effet que la réglementation de la procédure administrative relève en principe de la compétence des cantons ; ceux-ci sont dès lors habilités à édicter des dispositions complémentaires cantonales pour autant que ces dispositions ne déjouent pas la réalisation du droit fédéral. Tout bien considéré, l'instauration d'une voie hiérarchique cantonale non seulement ne déjoue aucune règle de droit fédéral, mais encore s'inscrit dans la ligne du droit fédéral supérieur contredit par l'art. 14 al. 4 LAsi.⁵³

6.3 Justification de l'identité

Selon l'art. 31 al. 2 OASA, la justification de l'identité est une condition de l'entrée en matière sur la demande de reconnaissance d'un cas de rigueur. La personne justifie de son identité si elle peut présenter des documents qui permettent de tirer des conclusions sur son identité. Selon les directives du SEM relatives à la loi sur les étrangers, cette preuve peut être rapportée non seulement avec un passeport ou une carte d'identité, mais aussi un permis de conduire, un acte de naissance ou un livret de famille.

Le SEM tient toutefois compte du fait que les requérants/es d'asile ne disposent souvent pas de documents d'identité et ne peuvent pas prendre contact avec les autorités de leur pays d'origine pendant la procédure. Dans ces cas, il se contente de la simple vraisemblance. L'identité est rendue vraisemblable lorsqu'elle a été alléguée de manière concevable et exempte de contradictions dans la procédure d'asile.⁵⁴

Certains cantons – dont celui des Grisons – sont beaucoup plus stricts et exigent des documents de voyage valables pour établir l'identité. En l'absence de tels documents, il n'est pas entré en matière sur la demande de reconnaissance du cas de rigueur comme dans le cas de « Nimal ».

Cas 269⁵⁵ « Nimal », tamoul du Sri Lanka, demande l'asile en Suisse en 2009. Alors que la procédure d'asile est encore pendante, il reçoit une promesse d'embauche comme apprenti au printemps 2014. L'autorisation pour l'entrée en apprentissage est toutefois refusée par le service des mi-

⁵³ Nideröst 2009, p. 373 ss.

⁵⁴ SEM, Directives LEtr, ch. 5.6.12.8 (p. 229).

⁵⁵ Cas 269 du 4.12.2014 (BAAO), le canton des Grisons refuse à un jeune requérant d'asile la possibilité d'un apprentissage.

grations du canton des Grisons pour le motif que cette voie de formation ne serait pas possible pour les titulaires d'un permis N. Le représentant légal de « Nimal » dépose alors une demande en reconnaissance d'un cas de rigueur sur la base de l'art. 14 al. 2 LASi. Malgré la réalisation des critères nécessaires, le service cantonal des migrations refuse de traiter de la demande car « Nimal » ne peut établir son identité qu'à l'aide d'un certificat de naissance alors qu'il devrait présenter des documents de voyage valables.

En comparaison avec les exigences des directives du SEM, une telle manière de procéder est exagérément formaliste. Elle procède à l'évidence en premier lieu d'une stratégie de défense. Or, son formalisme exagéré explique sans doute en partie au moins que, ces dernières années, le canton des Grisons n'ait transmis au SEM qu'un faible nombre de demandes pour approbation.

Pour les « sans-papiers », justifier de leur identité est déjà en soi un grand risque parce qu'ils se rendent ainsi reconnaissables au sens le plus vrai du mot et qu'ils sont menacés d'expulsion en cas de décision négative. Dans le canton de Zurich, les demandes de reconnaissance de cas de rigueur exposent non seulement les personnes qui les présentent mais aussi leur entourage au danger d'une procédure pénale. Lors de l'audition, les « sans-papiers » sont en effet tenus de donner les noms de leur bailleur et de leur employeur. Ces personnes peuvent ensuite s'attendre à être poursuivies pénalement pour assistance ou incitation au séjour illégal. Ces risques expliquent que les bureaux de consultation du canton de Zurich déconseillent vivement aux « sans-papiers » de demander la reconnaissance de cas de rigueur.

Quelques cantons, dont celui de Vaud, permettent en revanche que les « sans-papiers » sauvegardent leur anonymat pendant la procédure cantonale. Dans ces cantons, la personne concernée a la possibilité de confier ses données à un médiateur qui confirme ensuite aux autorités que son identité a été prouvée ou paraît vraisemblable. Une révélation des données personnelles aux autorités de décision ne doit intervenir que dans la procédure devant le SEM, c'est-à-dire à un stade où s'annonce déjà une décision positive.

L'effet de cette protection se révèle dans les statistiques : pendant la période de 2013 à 2015, le canton de Vaud a soumis au SEM 280 demandes basées sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr pour approbation et le canton de Zurich, 3. 265 des demandes vaudoises ont été approuvées par le SEM, soit le 95%. Ce n'est toutefois pas tant que ce canton se serait comporté généreusement en deçà des exigences légales. C'est pourquoi, l'écart ne

s'explique que par le fait qu'à Zurich, le risque de mesures de la police des étrangers a un effet de barrière. Cependant, il est hautement contradictoire d'ouvrir aux personnes présentes illégalement la possibilité de légaliser leur séjour et de les exposer en même temps au risque de poursuites pénales. Une telle configuration n'est pas compatible avec la constitution (art. 9 Cst, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi).

6.4 Recommandations finales

Il résulte de notre exposé qu'il existe un besoin d'amélioration sur deux plans : la position des personnes concernées devrait être renforcée et une instance supérieure devrait veiller à l'uniformisation de l'application du droit.

Il en découle concrètement les recommandations suivantes :

- > l'art. 14 al. 4 LAsi devrait être abrogé (chiffre 6.2) ;
- > l'anonymat des « sans-papiers » devrait être protégé dans la procédure en reconnaissance de cas de rigueur (chiffre 6.3) ;
- > il faudrait prévoir un recours au Tribunal administratif fédéral contre les décisions cantonales négatives (chiffre 6.1).

7 PARTICULARITES CANTONALES EVOLUTIVES

Après avoir critiqué les stratégies de défense et la sévérité disproportionnée de certains cantons, nous souhaitons pour terminer relever une évolution contraire : divers cantons ont pris des mesures eux-mêmes dans le but d'améliorer la position des personnes concernées.

Nous avons déjà mentionné la protection de l'anonymat que certains cantons accordent aux « sans-papiers » en leur permettant de remplir leur devoir de justification de leur identité selon l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (art. 31 al. 2 OASA) auprès d'une personne neutre tenue de garder le secret (chiffre 8.3).

Les améliorations comprennent aussi le cas de cantons qui ne laissent pas le hasard décider si les candidats/es à la reconnaissance d'un cas de rigueur vont trouver l'accès à une procédure appropriée, mais qui s'efforcent de repérer les dossiers pour déterminer les cas possibles et qui renseignent d'office les personnes entrant en ligne de compte sur la possibilité qui leur est ouverte. Sur la voie de la légalisation du séjour, ils apportent aide et soutien.⁵⁶

L'instauration de commissions cantonales des cas de rigueur est une autre évolution réjouissante. Il y en aurait dans six cantons. A notre connaissance, ces commissions ont en principe une fonction consultative. Cependant, dans le canton de Zurich, une opinion divergente de la commission des cas de rigueur contraint le service des migrations de soumettre sa décision au directeur de la sécurité pour vérification et décision définitive.⁵⁷ Dans les cantons de Bâle-Ville et de Neuchâtel, le service des migrations suivrait les recommandations de la commission dans la majorité des cas. Dans ces cantons, l'opinion des commissions des cas de rigueur a aussi un effet créateur d'une situation juridique.

Idéalement, les commissions des cas de rigueur se composent de représentants/es d'autorités, d'œuvres d'entraide, de l'Eglise et de la politique qui y amènent une multiplicité d'expériences personnelles, professionnelles et sociales et qui reflètent les diverses tendances politiques. Cela permet une pratique équilibrée de leurs compétences. C'est pourquoi, les commissions des cas de rigueur donnent aussi aux décisions une légitimité accrue conforme aux exigences de l'Etat de droit. Dans le meilleur des cas, elles

⁵⁶ Thomas Baur, *Die Härtefall im Asylbereich*, Organisation suisse d'aide aux réfugiés 2009, p. 33 ss.

⁵⁷ Art. 4 al. 4 de l'ordonnance sur la Commission des cas de rigueur.

peuvent aussi contribuer à une uniformisation de la jurisprudence.⁵⁸ Comme elles reposent sur une base personnelle étendue, elles gagnent en outre en transparence. Il est bienvenu que les décisions en matière de cas de rigueur, qui à certains endroits sont encore prises en cabinet, soient élaborées en délibérations déjà dans la procédure administrative par un groupe de personnes certes limité, mais représentatif de la collectivité.

Pour ce qui est de la conformité au droit de ces réglementations cantonales, nous pouvons renvoyer aux explications données par l'avocat Peter Niederöst dans un contexte comparable (chiffre 8.2) : pour autant qu'elles ne déjouent pas l'exécution du droit fédéral, elles existent sous l'aspect de la force prééminente de la loi. Or, en réalité, les réglementations en question ne constituent pas un obstacle à l'application du droit des cas de rigueur, mais un apport dans le cadre de ce droit, cela dans le sens de son but humanitaire fondamental.

⁵⁸ Baur 2009, p. 23 s.

8 ANNEXE

Abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BAAO	Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz
CCSI	Centre de Contact Suisse.sse.s Immigré.e.s
ch.	chiffre
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
consid.	considérant
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
LAsi	loi sur l'asile (RS 142.31)
let.	lettre
LEtr	loi fédérale sur les étrangers (RS 142.20)
LTF	loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
OASA	Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
ODAE	Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers
ODAE-Suisse	Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
ODM	Office fédéral des migrations (avant 2015)
OIE	ordonnance sur l'intégration des étrangers (RS 142.205)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 142.201)
SAJE-EPER	Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s-Entraide Protestante Suisse
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations (depuis 2015)
SIT	Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs
TAF	Tribunal administratif fédéral

Bibliographie

Baur, Thomas

2009. Die Härtefallregelung im Asylbereich. Kritische Analyse der kantonalen Praxis. Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Berne,
<https://www.fluechtlingshilfe.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/die-haertefallregelung-im-asylbereich.pdf> (Juin 2016).

Bolzli, Peter

2009. Kommentar zu Art. 84 AuG. In: Spescha, Marc/Thür, Hanspeter/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter. Migrationsrecht. Orell Füssli, Zürich, p. 184 à 188.

Campisi, Laura

2014. Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht. Zwischen rechtlichen Vorgaben und innenpolitischen Realitäten. Editions Dike SA, Zurich, St. Gall.

Can, Serife

2011. Die Härtefallregelungen im Ausländer- und Asylgesetz. Mémoire de master à la Faculté de droit de l'université de Bâle, https://ius.unibas.ch/uploads/tx_x4equalificationgeneral/30433/20120620082838_4fe16d9660343.pdf (Juni 2016).

Caroni, Martina/Meyer, Tobias D./Ott, Lisa

2011. Migrationsrecht. Stämpfli Editions SA, Berne.

Dang, Martine

2012. Étude de cas. L'intégration dans la loi sur les étrangers: les cas de rigueur. In: Amarelle, Cesla (Éd.). L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques. Stämpfli Editions SA, Berne, p. 95 à 105.

Dubacher, Claudia/Reusser, Lena

22010. Les familles en procédure de cas de rigueur. Observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers, Berne. http://www.humanrights.ch/upload/pdf/101101_SBAA_Haertefallbericht_F.pdf (Juni 2016).

Fibbi, Rosita

2012. La pratique de l'intégration dans les cantons et la marge de manœuvre du fédéralisme. In: Amarelle, Cesla (Éd.). L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques. Stämpfli Editions SA, Berne, p. 81 à 95.

Imboden, Max/Rhinow, René

1990. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, vol. I. Ed. Helbing Lichtenhahn, Bâle.

Nideröst, Peter

2009. Sans-Papiers in der Schweiz. In: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (éd.). Ausländerrecht, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, p. 373 à 415.

Petry, Roswitha

2013. La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations. Schulthess Médias Juridiques SA, Genève, Zurich, Bâle.

Organisation suisse d'aide aux réfugiés (éd.)

2016. Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, OSAR, Berne.

Spescha, Marc/Kerland, Antonia/Bolzli, Peter (Hrsg.)

2010. Handbuch zum Migrationsrecht. Orell Füssli, Zurich.

Spescha, Marc/Thür, Hanspeter/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter (Hrsg.)

2009. Migrationsrecht. Orell Füssli, Zurich.

Spescha, Marc

2008. Stellungnahme zur Anwendung von Art. 14 Abs. 2 Asyl. In: Fokus Asyl, Grisons, http://www.beobachtungsstelle-rds.ch/downloads/haertefall_dossier.pdf (Juni 2016).

Uebersax, Peter

2009. §7 Einreise und Anwesenheit. In: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (éd.). Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz: von A(syl) bis Z(ivilrecht), Handbücher für die Anwaltspraxis, vol. 8, Ed.2. Helbing Lichtenhahn, Bâle, p. 221 à 310.

Vuille Blaise/Schenk, Claudine

2012. La notion d'intégration dans la loi sur la nationalité: l'article 14, alinéa 2 de la loi sur l'asile. In: Amarelle, Cesla (éd.). L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques. Stämpfli Editions SA, Berne, p. 105 à 131.

Weibel, Karin

2011. Familie, Kind, Härtefall. Kriterien im Härtefallverfahren. Etude dans le cadre du séminaire " Droit des migrations " de la Faculté de droit de l'université de Bâle, https://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/fe/file/Weibel_Familie__Kind__Haertefall_.pdf (Juni 2016).

Documentation

Commission fédérale pour les questions de migration (CFM), Visage des sans-papiers en Suisse, Evolution 2000-2010, Berne, décembre 2010, https://www.ekm.admin.ch/dam/data/ekm/documentation/materialien/mat_sanspap_f.pdf (juin 2016).

Cadre européen de référence, <http://www.europaeischer-referenzrahmen.de/sprachniveau.php> (juin 2016).

SEM, Statistique des cas de rigueur, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/haertefaelle.html> (juin 2016).

Interview de Bea Schwager, responsable du centre d'accueil des sans-papiers de Zurich (SPAZ) in: WOZ, n° 36, 8.9.2011, p. 14.

Motion Prelicz-Huber du 17.12.2010, numéro d'ordre 10.4107.

Motion Angeline Fankhauser « Amnestie pour Sans-Papiers » vom 09.12.1997, Geschäftsnummer 97.3577

SEM, Rapport de suivi sur la suppression de l'aide sociale, Rapport annuel 2014, Berne, juin 2015, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/sozialhilfe/ab-2008/ber-monitoring-2014-f.pdf> (juin 2016).

SEM, Directives et commentaires Domaine des étrangers (Directives LEtr), état au 10 novembre 2015, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf> (juin 2016).

Les observatoires du droit d'asile et des étrangers

Depuis neuf ans, les observatoires montrent, à l'aide de cas individuels concrets documentés, comment les durcissements des lois sur l'asile et sur les étrangers influent sur la situation des personnes concernées et où ces lois se trouvent en conflit avec les garanties relevant des droits fondamentaux et des droits humains ou avec les exigences d'un Etat de droit.

Beobachtungsstelle für Asyl- und
Ausländerrecht Ostschweiz
www.beobachtungsstelle-rds.ch

Observatoire suisse du droit d'asile
et des étrangers
www.odae-suisse.ch