

Les migrations sans statut légal: l'environnement normatif des *sans- papiers*

Cesla Amarelle

Professeure de droit des migrations au Centre de droit des migrations
(CDM)
Université Neuchâtel

21 mai 2010
Colloque « Migration et économie »

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Introduction

- Choix du modèle de migrations économiques:
migration préférentielle des RC (régime ALCP)
+ migration d'élite des RET (article 23 LEtr, GATS
Mode 4)
+ besoins concrets de main d'œuvre bon marché

-
- = *sans-papiers*

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Introduction

Structure de l'exposé:

- 1) Construction politique et juridique des *sans-papiers*
- 2) Définition des *sans-papiers* et densification de la notion de « séjour illégal »
- 3) Evolution positive des droits socio-économiques (CEDH, LEtr, LTN, assurances sociales, droit fiscal)
- 4) Non-évolution du droit public des étrangers: les régularisations en ligne de mire
- 5) Conclusions

L'environnement normatif des *sans-papiers*

La construction politique et juridique des *sans-papiers*

La migration économique répond à des jeux d'influence variables et continus



Acteurs économiques
Branches domestiques
(marché intérieur)
Branches très compétitives
(marché internationalisé)

Mouvements xénophobes
Überfremdung
Prégnance du caractère
quantitatif (RCE, SYMIC)

L'environnement normatif des *sans-papiers*

La construction politique et juridique des *sans-papiers*

- 1^{ère} phase de politique migratoire (1948): statut de saisonnier (choix tendant à éviter l'installation à long terme)
- 2^{ème} phase de politique migratoire:

Politique des 3 cercles (1991)

Politique des 2 cercles (1998):

- Choix de la migration d'élite pour les RET (article 23 LEtr)
- Choix de la migration préférentielle pour les RC
- Abandon du statut de saisonnier (2002)
- Contexte de la crise du droit d'asile
- Non-assouplissement du droit de la nationalité



Emergence du « problème » des *sans-papiers* dès le début des années 2000

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Définition de la notion

- Définition *de facto*:
 - Toute personne étrangère (adulte ou enfant)
 - Extra-européenne
 - Résidant généralement plus d'1 mois sur le territoire d'un Etat (durée dépassant le séjour touristique)
 - Sans statut reconnu légalement et sans document de séjour valable
 - N'a pas l'intention de quitter le territoire (période non prévisible)
 - Travailleur salarié

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Définition de la notion

- Définition *de jure*

2 sources différentes de « séjour irrégulier »:

- article 3 chiffre 2 Directive Retour du 24 décembre 2008 et article 5 Code frontières Schengen
- article 64 al. 1 a LEtr

- Volonté de densification très forte
- Caractère hétérogène des situations de fait

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les droits socio-économiques

- Contexte général d'insécurité juridique
- Interdiction du travail forcé (article 4 chiffre 2 CEDH, Affaires *Rantsev c. Chypre et Russie* de 2010 et *Siliadin c. France* de 2005)
- Validité du contrat de travail (article 18 LEtr, ATF 114 II 279)
- Conditions de rémunération et de travail (article 22 LEtr, ATF 122 III 110)
- Interprétation large de la notion d'employeur (article 117 LEtr, arrêt 6B 815/2009 du 18 février 2010)

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les droits socio-économiques

- Devoir d'information des autorités dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion (article 14 LTN)
- Droit de porter plainte des syndicats (article 15 LTN)
- Directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les droits économiques et sociaux

- Droit des assurances sociales
 - Principe de l'assujettissement obligatoire (ATF 118 V 79; ATF 125 V 78)
 - Assurance obligatoire de soins (article 6 LAMal, Directive OFAS du 19 décembre 2002)
 - Assurance-accident (article 1 a LAA)
 - AVS/AI (article 1 a LAVS, article 1 b LAI)
 - Assurance-chômage (article 2 al. 1 let. a LACI)
 - Assurance-maternité (article 16 b al. 1 let. a Loi sur les allocations pour perte de gain)
 - Allocations familiales (article 2 al. 3 lit. b LAFam)
- Droit fiscal (articles 3 et 83 LIFD)

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les régularisations

- Instruments correctifs non-exceptionnels
- De 1973 à 2008, 68 programmes de régularisations dans l'Union européenne. 6 millions de personnes concernées
- Cristallisation autour des opérations de régularisations à large spectre (578 000 *sans-papiers* régularisés en 2005 en Espagne)
- En Suisse, *Action humanitaire 2000*

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les régularisations

- Définition

Procédure étatique par laquelle un Etat octroie un statut juridique à des RET en séjour irrégulier

- Deux catégories de régularisations:

- les programmes (mesures spécifiques à durée limitée, critères clairs (durée du séjour, preuve d'emploi), catégories spécifiques de *sans-papiers*)
- les mécanismes (mesures justifiées par des raisons humanitaires)

L'environnement normatif des sans-papiers

Les régularisations

- Pratiques régulatrices très diversifiées en Europe
 - les pays méridionaux (Grèce, Italie, Espagne, Portugal) opérant des programmes de régularisations à large spectre
 - les pays nordiques et du BENELUX (Belgique, Danemark, Finlande, Luxembourg, Pays-Bas, Suède) utilisant des mécanismes de régularisation fondés sur des motifs humanitaires
 - les pays nouvellement régulateurs (Estonie, Hongrie, Irlande, Lituanie, Pologne, Slovaquie) qui utilisent seulement depuis peu les mécanismes et programmes de régularisations
 - les anciens pays d'immigration (France, UK) qui régularisent au ralenti et utilisent des mécanismes de régularisations très opaques
 - les pays germanophones (Allemagne, Autriche) qui émettent une opposition principielle mais utilisent des mécanismes de régularisations tel que le „statut de tolérance“
 - les pays nouvellement membres de l'UE mais sans politique de régulation de l'immigration illégale (Bulgarie, Chypre, Tchéquie, Lituanie, Roumanie, Slovaquie)

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les régularisations

- En Suisse, les régularisations au cas par cas constituent des mécanismes proches des pays germanophones et nordiques
- Bases légales:
 - Article 30 al. 1 lit. b LEtr (article 13 f aOLE)
 - Article 14 al. 2 LAsi (article 44 al. 3 et 5 aLAsi)
 - Article 31 al. 1 OASA
- Ordonnance 1 sur l'asile (OAsi 1)
- Directives ODM, Directive Asile 52.4.7

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Les régularisations

- Les obstacles à la régularisation:
 - L'application restrictive dans l'examen des conditions
 - La non-prise en compte du séjour illégal
 - Le caractère exceptionnel des liens avec la Suisse
 - Caractère très subjectif de la notion d'intégration
 - Les compétences de pré-examen cantonales

L'environnement normatif des *sans-papiers*

Conclusions

- Paradoxe autour de l'évolution constante des droit socio-économiques (ex.: formation professionnelle) et stagnation du droit public des étrangers (droit de séjour, mécanismes de régularisation, etc.)
- *Sans-papiers* = Politique migratoire dysfonctionnelle
- En aval, privilégier le mécanisme de régularisation. Correctif non-exceptionnel, sans effet d'appel d'air démontré, sans effet de transit (sauf en période de crise). Harmonisation européenne et intercantonale souhaitée
- En amont, privilégier un équilibre et assouplir le principe de qualification (article 23 LEtr). Passer des accords d'associations avec des pays de recrutement?