



**P.P. CH-3003 Berne-Wabern,CFM**

Département fédéral de justice et police  
Office fédéral des migrations  
Quellenweg 6  
3003 Berne-Wabern

Berne-Wabern, 15 mai 2012

**Consultation au sujet de l'adaptation de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) à la suite de la mise en œuvre de la motion Barthassat (08.3616) «Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal».**

Mesdames et Messieurs

C'est bien volontiers que la Commission fédérale pour les questions de migration (CFM) saisit l'occasion de se prononcer dans le contexte de la procédure de consultation relative à l'adaptation de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) à la suite de la mise en œuvre de la motion Barthassat (08.3616) «Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal».

La CFM salue les efforts entrepris par la Confédération pour permettre aux jeunes en situation irrégulière l'accès à un apprentissage. Malheureusement, les propositions en question ont marqué le pas à mi-chemin. Les dispositions facultatives n'amènent pas de progrès effectif par rapport à la situation actuelle. Les cantons qui, par rapport à la formation professionnelle des jeunes sans-papiers, avaient déjà adopté une attitude libérale à ce sujet, pourront certes appuyer leur pratique sur le droit fédéral. En revanche, les cantons de tendance plutôt dure concernant la régularisation des sans-papiers ne seront pas incités à modifier leur pratique. De fait, la pratique des cantons restera aussi hétérogène qu'elle l'était jusqu'à présent en ce qui concerne les jeunes sans-papiers et leur accès à une formation professionnelle initiale. Dans la proposition soumise à discussion, les exigences fédéralistes l'emportent une fois de plus sur l'égalité des chances et des droits.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Voir aussi à ce propos le résultat de l'étude intitulée «Les marges de manœuvre au sein du fédéralisme: La politique de migration dans les cantons » (2011).

## **Situation actuelle**

Le séjour illégal de jeunes étrangers est lié au fait qu'ils ont suivi leurs parents en Suisse ou qu'ils sont nés dans notre pays en tant qu'enfants de sans-papiers. Aujourd'hui, les enfants et les adolescents sans titre de séjour légal en Suisse peuvent certes bénéficier d'une scolarité obligatoire ou d'une formation post-obligatoire, mais ils n'ont aucune possibilité d'accomplir un apprentissage. En effet, sans autorisation de séjour, ils ne peuvent obtenir une autorisation de travail et sans cette autorisation de travail, ils ne peuvent conclure un contrat d'apprentissage. Les employeurs se rendent punissables s'ils permettent aux jeunes sans-papiers d'effectuer un apprentissage.

En 2010, l'Assemblée fédérale a adopté la motion Barthassat (08.3616). Cette motion demande que les jeunes sans-papiers puissent bénéficier d'une formation professionnelle initiale. Le Conseil fédéral vient d'élaborer une disposition légale selon laquelle les jeunes personnes séjournant illégalement dans notre pays doivent bénéficier d'une autorisation de séjour en tant que cas de rigueur afin de pouvoir accomplir une formation professionnelle initiale. A cet effet, il est prévu d'adapter l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).

## **La proposition d'amendement**

Dans le nouvel alinéa 1 introduit à l'article 30a OASA, une autorisation de séjour peut être octroyée à un étranger sans statut de séjour régulier pour la durée de sa formation professionnelle initiale, aux conditions suivantes:

- a. il a suivi l'école obligatoire de manière ininterrompue durant cinq ans au moins en Suisse et a déposé une demande immédiatement après;
- b. son employeur a déposé une demande conformément à l'art. 18, let. b, LEtr;
- c. les conditions de rémunération et de travail visées à l'art. 22 LEtr sont respectées;
- d. l'étranger est bien intégré; et
- e. il respecte l'ordre juridique.

Une fois la formation professionnelle initiale achevée, l'autorisation de séjour peut être prolongée pour autant que les conditions posées à l'article 31 OASA soient remplies.

Les parents et les frères et sœurs des jeunes personnes dont il est question ci-dessus peuvent bénéficier d'une autorisation de séjour pour autant qu'ils remplissent les conditions posées à l'article 31 OASA.

## **Position de la CFM**

En 2011, la CFM a publié une étude « Visage des sans-papiers en Suisse ». Cette étude, rédigée par le Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM) de l'Université de Neuchâtel, retrace l'évolution de la situation entre les années 2000 et 2010. Par ailleurs, la CFM a publié des recommandations relatives aux enfants sans statut de séjour, aux jeunes sans-papiers, aux adultes étrangers et aux cas de rigueur.

Dans ses recommandations, la CFM invitait

- la Confédération de créer les conditions propres à permettre la reconnaissance d'un statut de séjour indépendant aux jeunes sans-papiers nés en Suisse ou à ceux qui ont effectué au moins 5 années de scolarité obligatoire en Suisse, en vue de leur permettre de faire un apprentissage ou une autre formation du degré secondaire II;

- les autorités compétentes de définir une réglementation aussi pour les parents de jeunes ayant un statut de séjour indépendant. Par exemple en donnant aux parents qui prennent en charge le bien-être de ces jeunes mineurs jusqu'à la majorité respectivement jusqu'à la fin de la formation, un droit de séjour limité. Durant cette période, les parents pourraient déposer une demande à titre de cas de rigueur;
- les autorités compétentes de porter une attention particulière aux garanties formulées par la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'évaluation des demandes pour cas de rigueur déposées par des familles. La CFM estime qu'il est souhaitable de tenir compte de l'avis des enfants en fonction de leur âge et de leur maturité intellectuelle. Lors de l'appréciation de l'opportunité d'un renvoi dans le pays d'origine, le bien-être des enfants et le droit à l'éducation devaient primer;
- les autorités compétentes, en ce qui concerne l'évaluation des demandes pour cas de rigueur, de prévoir une interprétation large des dispositions législatives, en particulier dans la mise en œuvre des critères de l'article 31 OASA. La régularisation des personnes bien intégrées sans statut de séjour légal qui séjournent en Suisse depuis de nombreuses années et y travaillent correspond non seulement à l'intérêt particulier des personnes concernées, mais également à l'intérêt général.

### **Prise en considération des recommandations de la CFM dans la proposition en discussion**

La CFM déplore que ni l'étude susmentionnée ni les recommandations de la CFM ne soient mentionnées dans le rapport explicatif de l'ODM.

Et pourtant il existe ici des liens de connexité. Les voici:

#### **- Les jeunes**

Concernant sa première recommandation, la CFM a obtenu satisfaction au niveau de l'ordonnance. En effet, le législateur octroie un droit de séjour autonome aux jeunes personnes sans-papiers ayant accompli une scolarité obligatoire d'au moins 5 ans en Suisse. Il est vrai toutefois que ce droit de séjour est limité dans le temps. Premièrement, il s'agit d'une disposition facultative et, deuxièmement, la demande doit être déposée « immédiatement après ». Par ailleurs, ce droit de séjour autonome cesse dès que la formation professionnelle initiale a pris fin. Les autorités compétentes peuvent néanmoins prolonger cette autorisation de séjour si la personne concernée remplit les conditions fixées à l'article 31 OASA. Mais le critère défini selon les termes «immédiatement après» prête à confusion. Cela signifie-t-il que la demande doit être présentée immédiatement après les cinq années de scolarité obligatoire en Suisse ou immédiatement à la fin de la période de scolarité? La CFM suggère de prévoir un libellé plus clair, à savoir: **La demande doit être déposée au plus tard deux ans après la fin de la période scolaire obligatoire.**

Le projet mentionne d'autres critères qui doivent être remplis de manière cumulative pour qu'une autorisation de séjour puisse être octroyée. Ainsi l'article 30a OASA exige, sous la lettre e, que l'étranger « respecte l'ordre juridique ». Et sous d, il est dit que l'étranger « est bien intégré ». Or, l'article 58 LEI, lui, mentionne quatre critères dont l'autorité compétente devra tenir compte pour évaluer l'intégration (1. le respect de la sécurité et de l'ordre publics; 2. le respect des principes fondamentaux de la Constitution; 3. l'aptitude à communiquer dans une langue nationale; 4. la volonté de participer à la vie économique ou d'acquérir une formation.) Relevons que le critère portant sur le respect de l'ordre juridique mentionné à l'article 30a OASA figure déjà à l'article 58 LEI. En outre, on peut aussi se demander si le critère selon lequel l'étranger doit être bien intégré mérite d'être maintenu. En effet, l'étude de la CFM démontre clairement que les sans-papiers non seulement sont bien intégrés, mais le

sont au-dessus de la moyenne. Pour ne pas mettre en péril leur séjour illégal, ils prennent garde à ne pas se faire remarquer ni à se faire singulariser. Par ailleurs, l'étude Häberlin (2004) démontre qu'à performances scolaires égales, les jeunes suisses ont quatre fois plus de chances que les jeunes étrangers de trouver une place d'apprentissage. Les maîtres d'apprentissage qui sont disposés à offrir une place d'apprentissage à des jeunes étrangers sans papiers, qui font une demande en la matière, puis respectent les conditions de salaire et de travail ne feraient guère de tels efforts et n'entreprendraient pas ces démarches administratives si ces jeunes gens n'étaient pas bien intégrés.

#### - **Les parents**

A première vue, on a l'impression que la seconde recommandation de la CFM a aussi été prise en considération. Mais en y regardant de plus près, on constate cependant que les parents d'enfants étrangers en situation irrégulière sont traités exactement de la même manière que les cas de rigueur individuels extrêmes ainsi que le prévoient les dispositions de l'art.30, al. , let.b, LEtr, respectivement de l'art.14 LAsi. Bien entendu, ces parents peuvent, eux aussi, déposer une demande. Mais quant à savoir si le canton entrera en matière, c'est une autre histoire, car le canton a tout loisir de ne pas entrer en matière. Il peut très bien le faire, car sa décision est laissée à son pouvoir d'appréciation.<sup>2</sup> Ce qui n'est pas clair, c'est ce qui se passe lorsque le canton n'entre pas en matière concernant la demande des parents ou s'il rejette cette demande. Qui prend alors soin des jeunes pendant leur formation ?

#### - **Cas de rigueur**

La recommandation de la CFM de tenir compte tout particulièrement – lors de l'appréciation de demandes relevant des cas de rigueur – du bien-être des enfants et de leur droit de bénéficier d'une formation n'est que peu prise en considération. Certes, dans les cas de rigueur, l'article 30 OASA octroie aux jeunes personnes une procédure particulière. Mais ces jeunes risquent toutefois que leurs parents et leurs frères et sœurs tombent dans les mailles des dispositions de l'article 31 OASA et soient contraints de quitter la Suisse. La proposition en question semble s'accommoder du fait que – concernant certaines constellations familiales – l'on viole le principe de l'unité de la famille au sens des dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) dans certaines constellations familiales. En tout cas, il n'est question nulle part d'une interprétation généreuse des dispositions légales.

### **Relations internationales**

Dans son rapport explicatif, l'ODM relève qu'en matière de droit pour la famille d'être réunie, il n'existe pas de réglementation spécifique pour les « personnes qui séjournent illégalement dans un territoire avec l'intention de travailler dans l'espace de l'UE ». L'ODM renvoie aux directives 2009/52/CE, qui contraignent les Etats membres de l'UE à « interdire d'une manière générale l'emploi de ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier ». Néanmoins, les

---

<sup>2</sup> Par le passé, cette pratique a révélé de grandes lacunes. Et jusqu'à ce jour, il n'a malheureusement pas été possible de développer, au sein des cantons, une pratique voir à peu près harmonisée. L'inégalité de traitement qui en résulte est pour le moins choquante et, d'ailleurs, la Commission fédérale pour les questions de migration l'a déploré à plusieurs reprises. Par ailleurs, il est tout aussi choquant que la Confédération n'ait pas le moindre aperçu de la situation telle qu'elle se présente dans les cantons. De fait, l'ODM n'a que la connaissance des demandes que lui transmettent les cantons pour approbation.

Etats membres de l'UE sont libres de prévoir des exceptions en la matière dans leur législation nationale.

En revanche, dans le rapport explicatif, on ne trouve aucune mention à propos de la résolution no 1568 (2007) du Conseil de l'Europe, édictée le 1er octobre 2007, concernant des programmes de régularisation des migrants en situation irrégulière. Or, ce rapport invite pourtant les Etats membres de l'UE à introduire des programmes de régularisation collective en faveur des sans-papiers. Cette lacune est d'autant plus étonnante que notre pays est membre du Conseil de l'Europe. Bien sûr, la mise en œuvre de ces résolutions n'a aucune force obligatoire du point de vue légal; cependant lesdites résolutions démontrent qu'il existe un consensus des Etats sur ce qu'il convient, sur le plan moral, d'entreprendre dans le domaine des droits de l'homme. Ces résolutions peuvent en outre servir à la concrétisation de garanties constitutionnelles et en matière de droit international. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme évoluée, elle aussi, dans le sens où elle accorde, dans des cas isolés, un droit à une vie privée découlant d'une autorisation de présence aux personnes séjournant illégalement dans un pays depuis de nombreuses années. A moyen terme, la Suisse ne pourra guère continuer à ignorer cette évolution. La régularisation des jeunes personnes étrangères sans-papiers de la deuxième génération dans le contexte d'une formation professionnelle initiale serait une réponse judicieuse et d'actualité à la résolution no 1586 (2007).

L'article 28 de la Convention internationale des droits de l'enfant de l'ONU (CDE) revêt une grande importance pour le débat sur la proposition existante. Cet article dispose en effet notamment que les Etats parties reconnaissent le droit à la formation de l'enfant et du jeune, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances. En vertu des dispositions de l'article 2 CDE, les Etats parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique de ses parents. Enfin l'accès aux offres de formation professionnelle doit être assurée par principe aux jeunes jusqu'à 18 ans révolus et cela sans égard au statut en matière de séjour des membres de leur famille.

### **Adaptation à l'article 30a OASA de la perspective de la CFM**

Sur la base des recommandations de la CFM et des textes internationaux, l'article 30 devrait être adapté de la manière suivante:

Art. 30a Réglementation des cas individuels d'une extrême gravité en vue de permettre une formation professionnelle initiale (art. 30, al. 1, let. b, LEtr; art. 14 LAsi)

<sup>1</sup> Afin de permettre à un étranger sans statut de séjour régulier de suivre une formation professionnelle initiale, une autorisation de séjour ~~peut lui être~~ **lui sera** octroyée aux conditions suivantes:

- a. il a suivi l'école obligatoire en Suisse de manière ininterrompue durant cinq ans au moins et a déposé une demande ~~immédiatement après~~ **au plus tard deux ans après la période de scolarité obligatoire.**
- b. son employeur a déposé une demande conformément à l'art. 18, let. b, LEtr; et
- c. les conditions de rémunération et de travail visées à l'art. 22 LEtr sont respectées.
- d. l'étranger est bien intégré; et
- e. il respecte l'ordre juridique.

<sup>2</sup> L'autorisation ~~peut être~~ **sera** prolongée au terme de la formation initiale si les conditions visées à l'art. 31 sont remplies.

<sup>3</sup> Une autorisation de séjour ~~peut être~~ **sera octroyée** aux parents et aux frères et sœurs de la personne concernée **pour la durée de la formation** s'ils remplissent les conditions visées à l'art. 31 OASA. **A la fin de la formation de la personne concernée, leur autorisation peut être prolongée s'ils remplissent les conditions visées à l'art.31 OASA,**

La CFM se pose la question de savoir si la révision de l'OASA est vraiment le seul moyen de résoudre le problème de la formation professionnelle des jeunes étrangers en situation irrégulière. Ne serait-il pas également judicieux de prévoir un amendement au niveau de la loi ? L'initiative parlementaire Perrinjaquet (10.446) demande un complément à l'art.30, al.1, LEtr « Dérogation aux conditions d'admission », à savoir lui adjoindre une lettre m). Cette adjonction permettrait aux jeunes personnes en situation irrégulière quant à leur statut de séjour, mais qui ont accompli leur scolarité en Suisse, d'avoir accès à une formation professionnelle. Les initiatives au Conseil d'Etat des cantons de Bâle-Ville (10.325), de Neuchâtel (10.318) et du Jura (10.446) vont d'ailleurs dans le même sens. Alors qu'ayant accepté la motion Barthassat, le Conseil fédéral devait présenter les premières propositions à ce sujet et qu'il convenait aussi d'éviter un double emploi, ces interventions politiques n'ont pas été soutenues. Par ailleurs, de l'avis de la CFM, il y aurait lieu d'étudier, en sus de la révision de l'OASA, s'il ne faudrait pas ancrer dans la loi l'accès à la formation professionnelle initiale des jeunes personnes sans-papiers.

Nous espérons que nos suggestions viendront enrichir vos réflexions. Bien entendu, nous restons à votre disposition pour répondre à vos éventuelles questions à ce propos.

Avec nos meilleures salutations

Commission fédérale pour les questions de migration

Le Président



Walter Leimgruber