

Roswitha Petry

# La situation juridique des migrants sans statut légal

Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

L.G.D.J

textenso éditions

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



2013

# Table des matières

Remerciements .....	VII
Préface .....	IX
Table des matières .....	XI
Table des abréviations .....	XVII
Bibliographie .....	XXV
Remarques .....	LV

## INTRODUCTION

I. La migration internationale au XXI <sup>ème</sup> siècle .....	2
II. La migration irrégulière et ses effets néfastes .....	4
III. Objet de l'étude .....	6
IV. Clarifications terminologiques .....	8
V. Situation et profil socio-économique des migrants irréguliers en Suisse .....	11

## TITRE 1

<b>La situation juridique du migrant irrégulier en droit international et en droit suisse des étrangers .....</b>	<b>17</b>
<b>I. Le migrant irrégulier face au droit international .....</b>	<b>18</b>
A. Souveraineté, droits de l'homme et contrôle de l'immigration .....	19
1. Souveraineté et Etat-nation .....	19
2. Souveraineté et droits de l'homme .....	21
2.1 La souveraineté de l'Etat – un principe soumis à des limites .....	21
2.2 Les droits de l'homme comme limite à la souveraineté... ..	22
2.3 ... et la souveraineté comme limite aux droits de l'homme .....	24
3. Souveraineté, droits de l'homme et droits du migrant .....	25
3.1 Incidence des droits de l'homme sur la situation juridique du migrant .....	25
3.2 Accords bi- et multilatéraux dans le domaine de l'immigration .....	27
3.3 Contrôle de l'immigration – un principe qui résiste à la mondialisation .....	28
3.4 Vers une autre conception de la souveraineté en matière d'immigration ? .....	32
B. Protection du migrant irrégulier en droit international des droits de l'homme .....	37

1.	Le migrant irrégulier en tant que titulaire des droits de l'homme	38
1.1	Champ d'application personnel des droits de l'homme	38
1.1.1	Droits énoncés par le Pacte ONU II et la CEDH	38
1.1.2	Droits énoncés par le Pacte ONU I	41
1.2	Le migrant irrégulier face au principe d'égalité	48
1.2.1	Différences de traitement fondées sur la nationalité	52
a)	Pratique du Comité des droits de l'homme	54
b)	Jurisprudence de la CourEDH	55
1.2.2	Différences de traitement fondées sur la régularité du séjour	62
2.	Protection du migrant irrégulier contre l'éloignement	69
2.1	Principe du non-refoulement	69
2.1.1	Notion et portée	69
a)	Dans le contexte de la protection des réfugiés	69
b)	Dans le contexte du droit international des droits de l'homme	70
2.1.2	Portée de l'art. 3 CEDH dans le contexte migratoire	72
a)	Eloignement en cas de persécution étatique ou non étatique	72
b)	Eloignement de personnes gravement malades	75
2.1.3	Portée pour les migrants irréguliers	79
2.2	Protection de la vie privée et familiale	81
2.2.1	Contenu et portée dans le contexte migratoire	81
a)	Protection de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH	82
b)	Protection de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH	82
c)	Principes jurisprudentiels de la CourEDH	83
2.2.2	Portée pour les migrants irréguliers	87
a)	Vie familiale	87
b)	Vie privée	96
c)	Synthèse et appréciation	98
3.	Convention onusienne sur les droits des travailleurs migrants	101
3.1	But, champ d'application et contenu de la CTM	101
3.2	Protection des travailleurs migrants en situation irrégulière	102
3.3	Critiques et perspectives	103
C.	Remarques conclusives	108
<b>II.</b>	<b>Le migrant irrégulier face au droit suisse des étrangers</b>	<b>109</b>
A.	Perspective historique	110
1.	Politique des étrangers de la fin du XIX <sup>ème</sup> siècle à nos jours	110
1.1	Avant la Première Guerre mondiale : libre circulation	110

1.2	De la Première à la Seconde Guerre mondiale : naissance de la LSEE .....	111
1.3	Années 1950 : période de portes ouvertes .....	112
1.4	Années 1960 : tentatives de plafonnement .....	113
1.5	1970 à 1985 : fin de la vague d'immigration .....	114
1.6	1985 à 1998 : politique des trois cercles et augmentation des demandes d'asile ....	115
1.6.1	Modèle des trois cercles .....	117
1.6.2	Politique d'asile .....	118
1.7	1998 à nos jours : système binaire d'admission .....	119
1.7.1	Accord sur la libre circulation des personnes .....	119
1.7.2	Loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 .....	121
1.7.3	Révisions de la législation sur l'asile .....	121
1.7.4	Accords d'association à Schengen et Dublin .....	122
2.	Emergence et prise de conscience du « problème des sans-papiers » .....	123
2.1	Evolution depuis 1970 : des « enfants de l'ombre » aux « collectifs des sans-papiers » .....	123
2.2	Mobilisation et motions parlementaires .....	124
2.3	Régularisation par le biais de la reconnaissance d'un cas de rigueur .....	126
2.4	Disparités cantonales .....	126
2.5	Développements depuis 2005 .....	127
B.	Perspective juridique .....	128
1.	Structure du droit suisse des migrations .....	128
1.1	Régime ordinaire .....	128
1.2	Régime spécial ALCP/AELE .....	129
1.3	Régime spécial de l'asile .....	129
2.	Entrée en Suisse .....	129
2.1	Etrangers soumis au régime ordinaire .....	129
2.2	Etrangers soumis au régime ALCP/AELE .....	131
2.3	Etrangers relevant du droit d'asile .....	132
2.4	Entrée irrégulière .....	132
3.	Présence en Suisse .....	133
3.1	Etrangers soumis au régime ordinaire .....	133
3.2	Etrangers soumis au régime ALCP/AELE .....	136
3.3	Etrangers relevant du droit d'asile .....	137
3.4	Présence irrégulière .....	137
3.4.1	Définition .....	137
3.4.2	Typologie .....	140

3.4.3	Ressortissants UE/AELE .....	141
3.5	Conséquences de l'entrée ou de la présence irrégulière .....	141
3.5.1	Conséquences pour l'étranger .....	141
a)	Sur le plan administratif .....	142
b)	Sur le plan pénal .....	143
3.5.2	Conséquences pour les tiers .....	144
C.	Remarques conclusives .....	145

TITRE 2

**Portée des droits fondamentaux pour les migrants irréguliers en Suisse ..... 151**

<b>I.</b>	<b>Clarifications préalables .....</b>	<b>152</b>
A.	Rapport entre le droit international et le droit interne .....	152
B.	Obligations qui découlent pour l'Etat des droits fondamentaux .....	155
C.	La dignité humaine - principe directeur dans l'interprétation des droits fondamentaux .....	156
<b>II.</b>	<b>Mariage et protection de la vie privée et familiale .....</b>	<b>159</b>
A.	Droit au mariage .....	159
1.	Sources, champ d'application personnel et portée .....	159
2.	Effets du mariage en droit des étrangers .....	160
3.	Lutte contre les mariages de complaisance .....	161
3.1	Notion .....	161
3.2	Prévention et sanction du mariage de complaisance à la lumière du droit au mariage .....	163
3.2.1	Refus de l'officier de l'état civil de célébrer le mariage .....	164
3.2.2	Annulation du mariage et cessation de la présomption de paternité .....	170
3.2.3	Pas de mariage en cas de séjour illégal .....	173
a)	Critiques doctrinales .....	173
b)	Portée incertaine .....	174
c)	ACEDH O'Donoghue c. Royaume-Uni et son incidence en droit suisse .....	175
B.	Protection de la vie privée et familiale .....	182
1.	Abus en matière de regroupement familial .....	182
2.	Portée de l'art. 8 CEDH pour l'étranger en situation irrégulière en Suisse .....	185
2.1	Protection de la vie familiale : la condition du droit de présence assurée .....	185
2.2	Regroupement familial inversé .....	186
2.3	Protection de la vie privée après un séjour prolongé ? .....	191
C.	Remarques conclusives .....	194

<b>III. Protection dans le domaine du travail</b> .....	196
A. Droits dans le domaine du travail .....	197
1. Droit au travail .....	197
2. Droit à des conditions de travail justes et favorables .....	199
B. L'étranger sans statut légal face à la lutte contre le travail au noir .....	204
1. Loi fédérale contre le travail au noir (LTN) .....	204
2. Collaboration entre autorités et communication des données .....	208
C. Interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé .....	214
1. L'esclavage moderne - une réalité reconnue .....	214
2. Art. 4 CEDH et la jurisprudence Siliadin .....	215
3. Situation en droit suisse .....	217
3.1 Dispositions pénales pertinentes .....	217
3.2 Traite d'êtres humains (art. 182 CP) .....	218
3.2.1 En général .....	218
3.2.2 Exploitation de la force de travail .....	218
D. Remarques conclusives .....	223
<b>VI. Protection sociale et accès aux soins médicaux</b> .....	224
A. Assurances sociales .....	224
1. Dispositions pertinentes .....	224
2. Accès aux assurances sociales pour l'étranger en situation irrégulière .....	225
B. Droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse .....	230
1. Principe et portée de l'art. 12 Cst. ....	232
2. Mise en œuvre de l'art. 12 Cst. par les cantons .....	234
2.1 Dans les cantons de Vaud et de Genève .....	235
2.2 Modalités d'accès à l'aide d'urgence .....	237
2.3 Etendue de l'aide d'urgence cantonale sous l'angle de la dignité humaine .....	238
2.4 L'aide d'urgence cantonale à la lumière du principe d'égalité .....	244
2.4.1 Différences de traitement fondées sur la nationalité et le statut de résidence .....	245
2.4.2 Distinctions opérées en matière de prestations d'assistance .....	251
C. Accès aux soins médicaux .....	257
1. Droit à la santé .....	258
2. Mise en œuvre du droit d'accès aux soins .....	261
2.1 Assurance obligatoire des soins .....	261
2.2 Prise en charge médicale .....	263
2.3 Protection des données .....	266

D.	Remarques conclusives .....	270
<b>V.</b>	<b>Accès à la formation</b> .....	<b>273</b>
A.	Droit à l'enseignement .....	274
B.	Mise en œuvre par les cantons .....	278
1.	Accès à la scolarité .....	278
2.	Protection des données .....	279
C.	Accès à la formation professionnelle .....	281
1.	Obstacles légaux empêchant les jeunes « sans-papiers » d'accéder à l'apprentissage .....	281
2.	Obligation d'ouvrir l'accès à l'apprentissage ? .....	282
3.	Options législatives et réglementaires .....	285
D.	Remarques conclusives .....	288
<b>V.</b>	<b>Pour accéder pleinement aux droits fondamentaux - la régularisation</b> .....	<b>289</b>
A.	Réglementation relative aux cas de rigueur .....	289
1.	Art. 30 al. 1 let. b de la loi sur les étrangers .....	289
2.	Art. 14 al. 2 de la loi sur l'asile .....	290
3.	Critères de l'art. 31 al. 1 de l'ordonnance d'exécution (OASA) .....	293
B.	Pratique jurisprudentielle .....	295
1.	Approche globalement restrictive .....	295
2.	Difficultés particulières liées au séjour illégal .....	297
C.	Remarques conclusives et pistes de réflexion .....	300
	<u>CONCLUSIONS</u> .....	303