

La nouvelle réglementation sur les cas de rigueur

Analyse juridique

Yann Golay, service juridique

Weyermannstrasse 10
Postfach 8154
CH-3001 Bern

Für Paketpost:
Weyermannstrasse 10
CH-3008 Bern

T++41 31 370 75 75
F++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch


18 mai 2007

PC-Konto
30-16741-4
Spendenkonto
PC 30-1095-7



Impressum

EDITEUR

 Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR
Case postale 8154, 3001 Berne
Tél. 031 / 370 75 75
Fax 031 / 370 75 00
E-Mail: INFO@ osar.ch
Internet: www.osar.ch
ccp: 30-1085-7

AUTEUR

Yann Golay, service juridique de l'OSAR

TRADUCTION

[version originale]


VERSIONS

allemand, français

PRIX

gratuit

COPYRIGHT

© 2007  Organisation suisse d'aide aux réfugiés Berne
copies et impressions autorisées sous réserve de la mention de la source.

Sommaire

1	Introduction	1
2	Remarques terminologiques.....	2
3	Situation antérieure au 31 décembre 2006	2
4	Grandes lignes de la nouvelle réglementation	3
5	Cercle des personnes concernées	5
	5.1 En général	5
	5.2 Faculté d'examen pour les requérants d'asile en procédure et les requérants d'asile déboutés	5
	5.3 Obligation d'examen des cas de rigueur parmi les personnes admises à titre provisoire.....	6
6	Conditions de reconnaissance	6
	6.1 En général	6
	6.2 Prise en compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier	8
	6.3 Enumération non exhaustive des conditions de reconnaissance	8
	6.4 Etablissement de l'identité	9
	6.5 Durée du séjour	10
	6.6 Lieu de séjour des requérants d'asile déboutés	11
	6.7 Indigence et activité lucrative	12
	6.8 Combinaison d'éléments d'inexigibilité du renvoi et d'intégration avancée en Suisse.....	12
	6.9 Etat de santé	13
	6.10 Situation des familles et des enfants	14
7	Commissions cantonales d'experts pour l'examen des cas de rigueur ...	15
8	Aspects procéduraux.....	16
	8.1 Principe de célérité	16
	8.2 Procédures simplifiées	16
	8.3 Réexamen périodique	17
	8.4 Devoir d'information des autorités	17
	8.5 Formulaires et brochures d'information.....	17
	8.6 Voies de droit	18
	8.6.1 Au plan cantonal.....	18
	8.6.2 Au plan fédéral	19
9	Aspects financiers	20
10	Conclusion	22
11	Table des abréviations.....	22

1 Introduction

Le 1^{er} janvier 2007 est entrée en vigueur une nouvelle réglementation sur les cas de rigueur adoptée dans le cadre de la révision de la loi sur l'asile du 16 décembre 2005, confirmée le 24 septembre 2004 en votation populaire.

La nouvelle réglementation concrétise une proposition de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats formulée alors que l'examen de la révision de la loi sur l'asile était déjà bien avancé. Proposition adoptée par la Chambre haute le 17 mars 2005, puis par le Conseil national le 26 septembre 2005¹.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, les cantons sont compétents pour examiner les dossiers de personnes susceptibles de constituer des cas de rigueur. Jusqu'ici, les autorités fédérales étaient seules compétentes pour effectuer cet examen. En cas de résultat positif, une autorisation de séjour (permis B) leur est alors octroyée. Doivent notamment être pris en compte l'intégration sociale, le respect de l'ordre juridique, la scolarisation des enfants, la durée de la présence en Suisse, l'état de santé ainsi que la possibilité de réintégration dans le pays d'origine. C'est cependant l'ensemble des circonstances des cas examinés qui est en définitive déterminante. Le Conseil fédéral rend ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) et de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) contraignante pour les cantons.

Cette réglementation correspond en réalité largement à celle qui avait cours avant le 1^{er} octobre 1999, abandonnée à l'occasion de la révision totale de la loi sur l'asile du 26 juin 1998. Elle s'en distingue toutefois notamment en ce qu'elle permet enfin l'examen de cas de rigueur de requérants d'asile déboutés, ce qui répond au souhait de beaucoup de cantons.

Au 13 novembre 2006, les procédures d'asile de 1'721 requérants d'asile entrés en Suisse avant le 31 décembre 2001 n'étaient pas encore closes. 2'846 requérants d'asile entrés en Suisse avant cette date avaient été déboutés, mais étaient toujours présents dans notre pays tandis que 17'357 requérants bénéficiaient d'une admission provisoire. Au total, plus de 17'000 requérants d'asile, déboutés ou non, et personnes admises à titre provisoire se trouvent en Suisse depuis plus de cinq ans au 1^{er} janvier 2007, dont presque la moitié sont des femmes et plus de 500 des mineurs non accompagnés. Bon nombre de ces personnes sont bien intégrées parmi nous et remplissent de ce fait les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour humanitaire en vertu de l'art. 14 al. 2 à 4 de la loi fédérale sur l'asile révisée le 16 décembre 2005 (LAsi).

Le présent document vise à cerner les traits du dispositif légal en matière de cas de rigueur relevant du domaine de l'asile ainsi qu'à formuler des recommandations utiles tant aux praticiens du droit d'asile qu'aux autorités chargées de mettre en œuvre la nouvelle réglementation sur les cas de rigueur.

¹ Bulletin officiel – Conseil des Etats – session de printemps 2005 – treizième séance – 17.03.05 – 02.060 ; Bulletin officiel – Conseil national – session d'automne 2005 – sixième séance – 02.060.

2 Remarques terminologiques

On entend par « cas de rigueur » ou « état de détresse personnelle grave » la situation de requérants d'asile ayant longtemps séjourné en Suisse en raison de la durée prise par leur procédure d'asile et, éventuellement, des difficultés rencontrées à exécuter leur renvoi sans que cette longue durée puisse être imputable à un manque de collaboration de leur part avec les autorités suisses.

On entend par « admission provisoire » une tolérance de séjour au sens des art. 14b et 14c de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) et des art. 16 à 26 de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), concrétisée par l'octroi d'un permis F². On entend par "autorisation de séjour" une autorisation de police des étrangers au sens de l'art. 5 LSEE, concrétisée par l'octroi d'un permis B. Le qualificatif "humanitaire" se réfère au motif d'octroi de ce permis, à savoir la présence d'un cas de rigueur.

Par souci de clarté, il est renoncé à une stricte rédaction épïcène dans le cadre du présent document. Pour autant, personne ne négligera qu'en réalité, tant les « requérants » d'asile que les « praticiens » du droit sont dans bien des cas des représentantes de la gente féminine.

3 Situation antérieure au 31 décembre 2006

Du 1^{er} octobre 1999 au 31 décembre 2006, les requérants d'asile se trouvant dans un cas de détresse personnelle grave ont été traités selon un régime inscrit à l'art. 44 al. 3-5 de la loi sur l'asile antérieure à sa révision du 16 décembre 2005 (aLAsi), à l'ancien art. 14 al. 4^{bis} de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE) et à l'ancien art. 33 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (aOAsi 1). Selon ce dispositif, une admission provisoire pouvait être accordée dans les cas de détresse personnelle grave lorsqu'aucune décision exécutoire n'avait encore été rendue dans les quatre ans suivant le dépôt de la demande d'asile (art. 44 al. 3 aLAsi). L'intégration des requérants en cause, leur condition familiale et la scolarité de leurs enfants étaient en particulier prises en compte (art. 44 al. 4 aLAsi).

En cas de procédure d'asile pendante depuis plus de quatre années, l'Office fédéral des migrations (ODM³), respectivement – en cas de procédure de recours – la CRA avaient la faculté de permettre au canton d'attribution des requérants en cause de demander l'octroi d'une admission provisoire en leur faveur ou au contraire l'exécution de leur renvoi (art. 44 al. 5 aLAsi).

La prise en compte d'un état de détresse grave ne pouvait intervenir que si « le comportement en général et les actes du requérant d'asile ainsi que ceux des membres de sa famille [permettaient] de conclure qu'ils [étaient] disposés à s'adapter au système juridique suisse et aptes à le faire » (art. 33 al. 4 aOAsi 1). En outre, ne

² Sur la notion d'admission provisoire, qui ne constitue pas une autorisation au sens formel, mais une simple mesure de substitution à l'exécution du renvoi, cf. Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile (JICRA) 2005 n° 3, consid. 3.2.

³ Et, avant lui, jusqu'au 31 décembre 2004, son prédécesseur, l'Office fédéral des réfugiés (ODR).

pouvait pas se prévaloir d'une détresse personnelle grave la personne qui, « en refusant de collaborer au cours de la procédure d'asile ou en entraînant de manière injustifiée de longues investigations, [avait] considérablement retardé le traitement de sa demande d'asile » (art. 33 al. 5 aOAsi 1). Enfin, l'examen de la question portant sur l'existence d'une détresse personnelle grave ne pouvait avoir lieu qu'au cours de la procédure ordinaire (art. 33 al. 6 aOAsi 1), donc pas par le biais d'une demande de réexamen ouvrant une nouvelle procédure d'asile, alors qualifiée d'« extraordinaire ».

La CRA, qui a été remplacée le 1^{er} janvier 2007 par le Tribunal administratif fédéral (TAF) en qualité d'unique instance de recours en matière d'asile, s'était efforcée de préciser les modalités d'application de la réglementation susmentionnée.

Le corset étroit imposé par l'impossibilité de régulariser la situation de requérants d'asile déboutés mais bien intégrés a amené les autorités fédérales à tenter à deux reprises de le desserrer en marge de la loi : d'une part en lançant le 1^{er} mars 2000 une « Action humanitaire 2000 », qui aboutit notamment à l'octroi d'admissions provisoires à quelque 6'000 requérants d'asile déboutés, d'autre part en adoptant le 21 décembre 2001 une circulaire permettant la régularisation de requérants d'asile déboutés à la demande du canton de résidence (« circulaire Metzler », abrogée le 17 septembre 2004). Le rapport officiel d'évaluation de l'Action humanitaire 2000 concluait que le besoin de pouvoir régulariser des cas de rigueur même après la clôture de leur procédure d'asile allait à l'avenir continuer à se faire sentir⁴.

4 Grandes lignes de la nouvelle réglementation

Depuis le 1^{er} janvier 2007, les cantons sont compétents pour requérir la régularisation des cas de rigueur. Ils peuvent accorder une autorisation de séjour aux requérants d'asile et personnes admises à titre provisoire séjournant depuis cinq ans en Suisse, même après la clôture de leur procédure d'asile (art. 14 al. 2 LAsi).

La loi exprime les conditions suivantes :

- la personne concernée doit séjourner en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de sa demande d'asile (art. 14 al. 2 let. a LAsi) ;
- son lieu de séjour doit avoir toujours été connu des autorités (art. 14 al. 2 let. b LAsi) ;
- elle doit se trouver dans un cas de rigueur grave en raison de son intégration poussée (art. 14 al. 2 let. c LAsi).

Si la personne concernée est détentricice d'une admission provisoire, sa demande doit être examinée « de manière approfondie » (art. 14b al. 3^{bis} LSEE).

⁴ Office fédéral des réfugiés, Schlussbericht der Koordinationsgruppe Humanitäre Aktion 2000, 11 mai 2001, p. 22. Cf. Également Mario GATTIKER, Die neue Härtefallregelung, ASYL 90/1, p. 11, qui témoigne du fait qu'en 2001 déjà, le problème n'était pas neuf.

L'approbation de l'ODM doit être requise pour que le canton puisse délivrer l'autorisation de séjour souhaitée (art. 14 al. 2 LAsi).

Lorsqu'il entend faire usage de cette possibilité, le canton doit le signaler immédiatement à l'ODM (art. 14 al. 3 LAsi).

Selon l'art. 14 al. 4 LAsi, en cas d'inaction du canton, la personne en cause n'a pas formellement qualité de partie à la procédure – et ne peut donc solliciter de son propre chef auprès de l'ODM la délivrance d'un permis B humanitaire. En revanche, si le canton requiert l'approbation de l'ODM, la personne concernée a qualité de partie dans le cadre de cette procédure devant l'ODM. Cela signifie en particulier qu'elle peut alors faire recours auprès du TAF contre un éventuel refus d'octroi par l'ODM.

Doivent notamment être pris en compte l'intégration sociale de la personne concernée, son respect de l'ordre juridique suisse, la période et la durée de scolarisation de ses enfants, la durée de son séjour, son état de santé et la possibilité qui s'offre à elle de se réintégrer dans son pays de provenance (art. 33 al. 1 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure, OAsi 1). L'indépendance financière n'est pas expressément exigée.

Selon l'al. 4 des dispositions finales de la modification de la LSEE du 16 décembre 2005, « si l'admission provisoire a été ordonnée en vertu de l'art. 44 al. 3 de la loi sur l'asile [c'est-à-dire en vertu de l'ancienne réglementation sur les cas de rigueur], elle reste en vigueur [au-delà du 1^{er} janvier 2007] ».

La nouvelle réglementation des cas de rigueur ressortissant au domaine de l'asile est retranscrite dans deux nouvelles directives de l'ODM, promulguées le 1^{er} janvier 2007 : aux chiffres 3.2 et 3.3 de la directive Asile 52.1 « relative à la loi sur l'asile concernant la réglementation du séjour des personnes relevant du domaine de l'asile » ainsi qu'au chiffre 3 de la circulaire Asile 52.4.7, « relative à la pratique concernant la réglementation du séjour des étrangers dans les cas personnels d'extrême gravité ».

En général, une autorisation de séjour est accordée en application de l'art. 13 let. f OLE (pour les personnes exerçant une activité lucrative) ou de l'art. 36 OLE (pour celles n'en exerçant pas), mais il n'est en soi pas exclu qu'elle puisse être imputée sur le nombre maximum périodiquement fixé par le Conseil fédéral (art. 12 OLE) si les conditions de cette imputation sont réunies⁵. S'agissant des requérants d'asile, cela devrait cependant n'être qu'exceptionnellement possible.

A compter du 1^{er} janvier 2008, les cas de rigueur ressortissant au domaine des étrangers (et non à celui, plus spécifique, de l'asile) seront réglés par l'art. 30 al. 1 let. b de la nouvelle loi sur les étrangers (LEtr), dont la formulation sommaire est calquée sur celle de l'actuel art. 13 let. f OLE. Ses conditions d'application se trouveront précisées à l'art. 31 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), qui remplace l'OLE. La formulation de l'art. 31 OASA est identique à celle de l'art. 33 OAsi 1 et contient en outre une réglementation concernant l'exercice d'une activité lucrative.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 119 IB 33, consid. 2b, qui traite de l'ancienne réglementation, similaire à l'actuelle, ayant eu cours entre 1990 et 1999.

5 Cercle des personnes concernées

5.1 En général

La nouvelle réglementation formule de façon large le cercle des personnes susceptibles de bénéficier d'un permis B pour cas de rigueur : « le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la présente loi » (art. 14 al. 1 LAsi).

Sont ainsi concernés :

- Les requérants d'asile dont la procédure d'asile n'est pas encore close, soit parce qu'ils n'ont pas encore reçu de décision définitive sur leur demande d'asile de la part de l'ODM ou, s'ils ont fait recours, du TAF.
- Les requérants d'asile mis au bénéfice d'une admission provisoire en vertu de l'art. 44 al. 2 LAsi, de l'art. 14a LSEE et de l'ancien art. 44 al. 3 aLAsi parce que se présente un obstacle à l'exécution leur renvoi.
- Les requérants d'asile déboutés, c'est-à-dire ceux dont la demande d'asile s'est heurtée à une décision négative ou à une décision de non-entrée en matière entrée en force et assortie d'une décision de renvoi exécutoire.

5.2 Faculté d'examen pour les requérants d'asile en procédure et les requérants d'asile déboutés

L'art. 14 al. 2 LAsi aménage aux cantons la faculté d'examiner si des requérants d'asile se trouvent dans une situation de détresse personnelle grave : « Sous réserve de l'approbation de l'office, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée [...] ».

L'actuelle directive de l'ODM Asile 52.4.7 « relative à la pratique concernant la réglementation du séjour des étrangers dans les cas personnels d'extrême gravité », souligne ainsi expressément, à son point 3, « qu'à l'avenir une situation de rigueur pourra être examinée non seulement pour les étrangers avec une procédure d'asile en cours, mais également pour les requérants d'asile déboutés ».

Si la procédure d'asile des requérants en cause est encore pendante, l'examen de leur éventuelle situation de détresse personnelle grave n'est pas soumis à la condition qu'ils retirent leur demande d'asile au préalable, pas plus qu'il n'entrave la poursuite de la vérification de leur demande d'asile.

Même si elle aménage une simple faculté d'action aux cantons, la loi leur impose de ne pas demeurer inactifs lorsqu'ils sont confrontés à un possible cas de rigueur : ils doivent alors le signaler immédiatement à l'ODM (art. 14 al. 3 LAsi).

En outre, les principes constitutionnels régissant le droit administratif limitent la liberté conférée aux cantons par la formulation potestative de l'art. 14 al. 2 LAsi

(*Kann-Vorschrift*). En particulier, le principe de la confiance interdit qu'une autorité agisse au détriment d'un administré parce que celui-ci est distrait ou ignorant⁶. Et le principe de l'égalité de traitement commande pour sa part que les cantons appliquent de façon homogène la nouvelle réglementation sur l'ensemble de leur juridiction.

Au demeurant, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé que le droit au respect de la vie privée inscrit à l'art. 8 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) interdit qu'on puisse maintenir dans l'incertitude de leur sort des étrangers dont l'intégration est avancée ; ce droit commande qu'on leur accorde un permis de résidence stable⁷.

Enfin, les cantons ont largement appelé de leurs vœux l'adoption de cette nouvelle réglementation sur les cas de rigueur⁸ : dès lors, il leur incombe d'en faire usage lorsque ses conditions d'application sont réunies.

5.3 Obligation d'examen des cas de rigueur parmi les personnes admises à titre provisoire

Il est désormais prévu que « les demandes d'autorisation de séjour déposées par un étranger admis provisoirement et résidant en Suisse depuis plus de cinq ans sont examinées de manière approfondie en fonction de son niveau d'intégration, de sa situation familiale et de l'exigibilité d'un retour dans son pays d'origine » (art. 14b al. 3^{bis} LSEE introduit dans le cadre de la révision du 16 décembre 2005 ; c'est nous qui soulignons). Ainsi, les cantons ont le devoir de vérifier de façon approfondie l'éventualité de la présence d'un cas de rigueur si le détenteur d'une admission provisoire leur en fait la demande alors qu'il se trouve depuis plus de cinq ans en Suisse.

6 Conditions de reconnaissance

6.1 En général

L'octroi d'un permis B humanitaire est soumis par l'art. 14 al. 2 LAsi aux conditions suivantes :

- la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile ;
- le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités ;
- il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée.

⁶ Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, p. 111.

⁷ Jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 juin 2005 en la cause Sisojeva *et al.* contre la Lettonie, requête n° 60654/00, considérants 99ss.

⁸ Bulletin officiel – Conseil des Etats – session de printemps 2005 – treizième séance – 17.03.05 – 02.060 ; Bulletin officiel – Conseil national – session d'automne 2005 – sixième séance – 02.060.

Selon une formule désormais bien ancrée dans la jurisprudence du TF, une situation de détresse personnelle grave implique que les conditions de vie et d'existence d'un étranger, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, soient mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences⁹.

L'art. 33 OAsi 1 indique pour sa part que « lors de l'appréciation d'un cas de rigueur grave selon l'art. 14 al. 2 let. c de la loi [sur l'asile], il importe de tenir compte notamment :

- de l'intégration sociale du requérant [« langue, volonté de travailler, volonté de participer à des formations, participation à des associations » précise le chiffre 3.2 de la directive Asile 52.1] ;
- du respect de l'ordre juridique suisse [« comportement irréprochable, bonne réputation, pas de condamnation pénale grave ou répétée » illustre le chiffre 3.2 de la directive Asile 52.1] ;
- de la période et de la durée de scolarisation des enfants [« période, durée, prestations, comportement » indique le chiffre 3.2 de la directive Asile 52.1, ce qui, pour les deux derniers points, représente une interprétation extensive critiquable de l'ordonnance du Conseil fédéral] ;
- de la durée du séjour en Suisse ;
- de l'état de santé ;
- de la possibilité de réintégration dans l'Etat de provenance¹⁰. »

Le TF considère par ailleurs qu'il se justifie de tenir compte des particularités de la situation des requérants d'asile : contraints de rompre tout contact avec leur pays d'origine, ils proviennent en outre souvent d'un environnement socioculturel très différent du nôtre, de telle sorte qu'il doivent affronter des difficultés d'adaptation accrues¹¹. S'ils y parviennent, le nouveau déracinement que représenterait un renvoi dans son pays d'origine constitue alors une rigueur plus grave pour eux que pour un autre étranger.

De façon générale, les années passées en Suisse durant la fin de l'adolescence et le premier âge adulte revêtent une importance particulière¹².

⁹ ATF 130 II 39, consid. 4 ; ATF 128 II 200, consid. 4 ; ATF 124 II 110, consid. 2 ; ATF 123 II 125, consid. 2 ; ATF 119 IB 33, consid. 4c ; ATF 117 IB 317, consid. 4b.

¹⁰ Il est heureux que cet aspect des choses doive également être pris en compte au titre de l'examen des cas de rigueur. D'aucuns avaient jugé par le passé artificielle sa prise en compte sous le seul angle de l'exigibilité de l'exécution du renvoi selon l'art. 14a al. 4 LSEE : cf. Alberto ACHERMANN *in* ASYL 96/1, p. 30 ; Alberto ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, p. 55. Cela permet de poursuivre la combinaison d'éléments d'inexigibilité du renvoi et d'intégration en Suisse (cf. *infra*).

¹¹ ATF 123 II 125, consid. 3.

¹² JICRA 2001 n°25, consid. 6c.

6.2 Prise en compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier

L'examen des cas de rigueur du domaine particulier de l'asile doit se conformer à la jurisprudence du TF relative aux cas de rigueur dans le domaine général des étrangers¹³. Or le TF a maintes fois répété que, lors de l'appréciation d'un cas personnel d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier¹⁴. Un examen partiel ou focalisé sur un élément particulier est donc exclu. La CRA a confirmé cette appréciation¹⁵ et dès lors souligné la nécessité d'une application souple des critères de détresse personnelle¹⁶.

Un examen individuel doit être entrepris de cas en cas afin de pouvoir déterminer si un étranger se trouve dans une situation de détresse personnelle grave : on ne saurait se référer abstraitement à des critères schématiques ou à des exigences minimales rigides étant donné que chaque situation individuelle revêt ses propres spécificités¹⁷.

6.3 Enumération non exhaustive des conditions de reconnaissance

Le mot « notamment », qui figure à l'art. 33 al. 1 OAsi 1 met en évidence le fait que les conditions d'octroi d'un permis B humanitaire qui s'y trouvent énumérées ne le sont pas de façon exhaustive¹⁸. Il peut également y avoir cas de détresse personnelle grave lorsque des éléments autres que ceux figurant expressément à cette disposition sont établis dans un cas donné¹⁹.

Cependant, il n'est pas loisible aux cantons d'introduire des restrictions plus sévères que celles qui figurent déjà à l'art. 14 al. 2 à 4 LAsi et à l'art. 33 OAsi 1. En effet, ces dispositions délèguent aux cantons la compétence d'examiner si les conditions d'octroi d'un tel permis sont remplies et de requérir l'approbation de l'ODM, mais elles ne les autorisent pas à s'écarter des critères qu'elles formulent. En particulier, les cantons ne peuvent ériger en condition l'indépendance financière des intéressés alors que la chose n'est justement pas réclamée par la législation fédérale. Une autre appréciation porterait atteinte au principe de légalité²⁰.

Les cantons ont ainsi le devoir d'apprécier les critères posés par la loi et les ordonnances sur l'asile afin de les appliquer à des cas particuliers, mais ils ne sauraient en élargir la liste. Viennent les aider dans cette tâche d'application les catalogues

¹³ JICRA 2001 n°10, consid. 6c ; Message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1996 II 1, 95.088, pp. 27ss. et 61ss.

¹⁴ ATF 130 II 39, consid. 4 ; ATF 128 II 200, consid. 4 ; ATF 124 II 110, consid. 2 ; ATF 123 II 125, consid. 2 ; ATF 119 IB 33, consid. 4c ; ATF 117 IB 317, consid. 4b.

¹⁵ JICRA 2001 n°26, consid. 4e ; JICRA 2001 n°10, consid. 6c et d.

¹⁶ JICRA 2001 n°10, consid. 6d.

¹⁷ ATF 130 II 39 ; ATF 128 II 200 ; JICRA 2001 n° 10 et 26 ; ATF 124 II 110 ; ATF 123 II 125 ; ATF 119 IB 33 ; Alain WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Stämpfli, Berne, 1997, p. 23ss. JICRA 2001 n°10, consid. 6 et 7.

¹⁸ JICRA 2001 n°26, consid. 4e, qui date du 1^{er} mai 2001 : la version de l'art. 33 OAsi 1 alors en vigueur contenait déjà l'adverbe « notamment ».

¹⁹ JICRA 2001 n°10, consid. 6 et 7 ; JICRA 2001 n°26, consid. 4e.

²⁰ Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4^{ème} éd., 1991, p. 99.

détaillés établis aux chiffres 3.2 et 3.3 de la directive de l'ODM Asile 52.1 « relative à la loi sur l'asile concernant la réglementation du séjour des personnes relevant du domaine de l'asile » et le chiffre 3 de la circulaire de l'ODM Asile 52.4.7 « relative à la pratique concernant la réglementation du séjour des étrangers dans les cas personnels d'extrême gravité ».

La cantonalisation de l'examen des cas de rigueur implique-t-elle le risque d'inégalité de traitement ? De fait, la réglementation relative aux cas de rigueur antérieure au 1^{er} octobre 1999, similaire à la nouvelle réglementation applicable depuis le 1^{er} janvier 2007, avait en son temps été jugée par le Conseil fédéral génératrice de telles inégalités et de difficultés de coordination avec les autres procédures de police des étrangers²¹.

Le risque de criantes inégalités de traitement au hasard de l'attribution cantonale des requérants concernés est illustré par le fait que les cantons ont fait un usage très hétérogène de la faculté offerte par la réglementation spéciale promulguée le 21 décembre 2001 par voie réglementaire par le DFJP ("Circulaire Metzler") leur permettant de demander la régularisation pour cas de rigueur d'étrangers en situation illégale, notamment de requérants d'asile déboutés : entre le 21 décembre 2001 et le 18 juin 2004, le canton de Vaud a requis la régularisation de 1'784 personnes tandis que celui de Zurich n'a accompli la même démarche qu'en faveur d'un seul et unique individu²².

Le grief de l'inégalité de traitement n'a cependant que des chances restreintes d'être retenu dans un cas concret par une instance de recours : il a jusqu'ici souvent été invoqué en vain car la jurisprudence du TF tend à considérer qu'il est « rare que deux situations individuelles soient vraiment comparables »²³.

6.4 Etablissement de l'identité

L'art. 33 al. 2 OAsi 1 souligne encore que « le requérant doit indiquer son identité », ce qui est évident.

Il sied cependant de souligner que :

- Il est interdit aux requérants en cours de procédure d'asile de prendre contact avec les autorités de leur Etat d'origine car cela est alors interprété par les autorités suisses d'asile comme une absence de besoin de protection par la Suisse²⁴. Afin de satisfaire ces deux exigences le cas échéant contradictoires, il se justifie de considérer que des témoignages, des copies authentifiées de documents d'identité, des certificats de naissance, des documents militaires ou des documents similaires suffisent à indiquer l'identité.

²¹ Message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1996 II 1, 95.088, pp. 27ss. et 61ss. Cf. aussi ATF 128 II 200 (203). Cf. également Alberto ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, p. 54.

²² Annexe n° 20 du rapport interdépartemental du 23 juin 2004 sur la migration illégale (IMES, ODR, fedpol et Corps des gardes-frontière),

²³ Alain WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Stämpfli, Berne, 1997, p. 26.

²⁴ Cf. JICRA 2001 n°3, consid. 3b, s'agissant de réfugiés statutaires.

- L'art. 5 al. 4 du règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE) exige que les étrangers s'efforcent de rester au bénéfice de leur pièce de légitimation nationale ou d'en obtenir une seulement pour autant que cela puisse être raisonnablement exigé d'eux.
- La loi sur l'asile fait d'ores et déjà obligation aux requérants d'asile d'établir leur identité. Les comportements jugés négligents face à cette obligation sont sanctionnés par le biais de non-entrées en matière et d'une appréciation alors défavorable de la vraisemblance des motifs d'asile invoqués.

6.5 Durée du séjour

L'art. 14 al. 2 let. a LAsi dispose qu'une autorisation de séjour peut être octroyée à titre humanitaire pour autant que « la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile »,

L'écoulement de ce délai, posé en condition incontournable, constitue une inégalité de traitement par rapport aux autres catégories d'étrangers. Sa justification est douteuse. A l'inverse cependant, il résulte de ce délai une forte présomption de réalisation d'un cas de rigueur lorsque le séjour a duré plus de cinq ans.

La circulaire de l'ODM Asile 53.4.7 rappelle à son point 2.2.1 que « la durée du séjour n'est qu'un élément parmi d'autres qu'il convient de prendre en compte lors de l'évaluation d'un cas de rigueur ».

De la sorte, poursuit cette circulaire, si « une longue durée de séjour en Suisse ne suffit pas en tant que tel comme un motif suffisant de reconnaissance d'un cas de rigueur », il n'en demeure pas moins qu'en vertu de la jurisprudence du TF, « les exigences concernant les autres critères (intégration, situation familiale, etc.) [doivent] être abaissées aussi envers un requérant d'asile qui [a] eu un séjour de 10 ans, pour autant qu'il ait manifesté durant cette période un comportement irréprochable, qu'il soit financièrement indépendant et qu'il soit bien intégré tant socialement que professionnellement (ATF 124 II 110). Dans d'autres cas, le TF a qualifié de cas de rigueur la situation d'un étranger, dont le séjour de cinq ans était pourtant relativement court, mais où d'autres circonstances particulières le justifiaient (p. ex. arrêt non publié du 31 mars 1994 dans la cause N., résumé dans ASYL 2000/2 p. 8). »

D'ailleurs, le chiffre 2.2.1 de la circulaire de l'ODM Asile 52.4.7 rappelle même avec justesse que « selon la jurisprudence, les personnes qui n'ont jamais séjourné en Suisse auparavant ne sauraient [...] être exclues de manière systématique [du bénéfice d'un permis B humanitaire] (cf. ATF 119 Ib 33) ».

Lorsque seul l'un des parents remplit la condition de temps exigée pour l'examen d'un cas de détresse personnelle grave (soit un séjour en Suisse depuis plus de cinq ans), la situation de l'ensemble de la famille peut néanmoins être examinée sous cet angle²⁵.

²⁵ JICRA 2002 n°4, consid. Consid. 5d ff.

Comment compter ce délai si la personne en cause a déposé successivement deux ou plusieurs demandes d'asile en Suisse ? Le chiffre 2.2.1 de la circulaire de l'ODM Asile 52.4.7 est à cet égard sans ambiguïté : « La durée totale du séjour constitue un critère important de reconnaissance d'un cas de rigueur. » Par conséquent, c'est la date de la première demande d'asile qui est en pareil cas pertinente.

6.6 Lieu de séjour des requérants d'asile déboutés

L'art. 14 al. 2 let. b LAsi pose la condition que « le lieu de séjour de la personne concernée [ait] toujours été connu des autorités », ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés dans le cas des requérants d'asile déboutés ou frappés d'une non-entrée en matière : à compter du 1^{er} janvier 2008, les cantons seront en effet incités à exclure ces personnes du bénéfice de l'aide sociale²⁶. Cette mesure vise à mettre sous pression les requérants d'asile déboutés. Et elle aura pour effet inévitable de pousser bon nombre des intéressés à entrer dans la clandestinité. D'ailleurs, les dispositifs cantonaux d'aide d'urgence sont largement conçus de façon à en limiter la durée d'octroi²⁷.

Le chiffre 2.2.5 de la circulaire de l'ODM Asile 52.4.7 précise néanmoins que « lorsque le séjour illégal a été tacitement toléré jusqu'ici par les autorités chargées de l'exécution de la législation sur les étrangers (cantons et communes), cette attitude profitera au requérant ». De même, le TF considère qu'il convient de tenir compte en faveur du requérant du laxisme des autorités lorsqu'elles ont négligé d'exécuter une décision prononçant son renvoi de Suisse²⁸. A noter en outre que la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) recommande aux cantons de permettre l'accès à la scolarité des enfants de requérants dont la demande d'asile s'est heurtée à une non-entrée en matière²⁹.

Cette superposition d'injonctions partiellement contradictoires ne facilite pas la tâche des cantons. Pour que la régularisation de requérants d'asile déboutés demeure possible, il faut dès lors considérer que le caractère illégal de leur séjour ne saurait, à lui seul, entraver l'examen de leur situation. Interpréter autrement l'art. 14 al. 2 let. b LAsi reviendrait en effet à contredire l'intention claire du législateur de permettre

²⁶ Dès le 1^{er} janvier 2008, l'ensemble des requérants d'asile déboutés après cette date, qu'ils le soient par le biais d'une non-entrée en matière ou par celui d'une décision négative sur le fond, relèveront du domaine de l'asile (abrogation de l'actuel art. 44a LAsi). Les cantons seront libres de les exclure ou non de l'aide sociale ordinaire. S'ils le font, ils devront néanmoins, sur demande des intéressés, leur accorder une aide d'urgence au sens de l'art. 12 de la constitution (Cst.). La Confédération accordera aux cantons une indemnité forfaitaire unique pour chaque requérant débouté (art. 88 al. 4 et 5 révLAsi), dont le montant réduit incitera les cantons à n'accorder qu'une aide d'urgence.

²⁷ Kathrin Buchmann / Silvana Kohler, OSAR, Nothilfe im Asylbereich, Einzelschicksale und Überblick über die kantonale Praxis, Berne, 17 août 2006 ; Kathrin Buchmann / Silvana Kohler, OSAR, Verschärfungen vom 1. April 2004 im Asyl- und Ausländerbereich, Bilanz nach einem Jahr, Berne, 15 juin 2005 ; Kathrin Buchmann / Silvana Kohler, OSAR, Nothilfe für Personen mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid, Überblick über die kantonale Praxis, Berne, 27 mai 2004.

²⁸ ATF 130 II 39, consid. 3 ; ATF 124 II 110, consid. 3.

²⁹ Le point 3.2 des « recommandations de la CDAS du 24 février 2006 relatives à l'aide d'urgence destinée aux personnes frappées d'une décision exécutoire de non-entrée en matière (NEM) » rappelle que « selon l'art. 62 alinéa 2 Cst., les cantons doivent assurer un enseignement suffisant au niveau de l'école primaire, ouvert à tous les enfants et obligatoire. Cette disposition s'applique aussi aux enfants objets d'une NEM exécutoire. La compétence revient au canton de séjour de l'enfant, qui, en règle générale, est aussi le canton d'attribution ».

la régularisation des requérants d'asile déboutés constituant des cas de rigueur. Le TF considère d'ailleurs, on l'a vu, que l'examen des cas de rigueur doit prendre en compte l'ensemble des circonstances de leur situation particulière sans se focaliser sur un seul aspect de celle-ci³⁰.

6.7 Indigence et activité lucrative

Pas plus la loi sur l'asile que son ordonnance d'exécution relative à la procédure (OAsi 1) ne soumettent l'octroi d'un permis B humanitaire à la condition que la personne concernée n'émerge pas à l'assistance ou à une forme d'aide d'urgence au sens de l'art. 12 Cst. Cela constitue un changement par rapport à la réglementation appliquée avant le 1^{er} janvier 2007³¹. La disparition de cette exigence est cependant logique si l'on considère que la nouvelle réglementation sur les cas de rigueur vise également à permettre la régularisation de requérants d'asile déboutés, auxquels la loi interdit justement d'exercer une activité lucrative (cf. infra). En outre, des circonstances particulières (handicap, traumatisme, etc.) peuvent de cas en cas expliquer l'absence d'autonomie financière.

Le point 3.2 de la directive de l'ODM Asile 52.1 souligne ainsi avec raison qu'il faut en particulier tenir compte de l'interdiction de travail prononcée conformément à l'art. 43 LAsi, disposition légale en vertu de laquelle les requérants d'asile n'ont pas le droit d'exercer une activité lucrative durant les trois à six premiers mois de leur présence en Suisse ni, en principe, s'ils ont été déboutés de leur procédure d'asile.

En outre, pour les requérants d'asile en cours de procédure, l'exercice d'une activité lucrative est soumis à la condition que l'employeur pressenti ne trouve pas un travailleur indigène capable et désireux d'occuper le poste aux conditions de travail et de rémunération usuelles de la branche et du lieu (priorité des travailleurs indigènes, art. 7 OLE). Pour les personnes admises à titre provisoire, le canton peut renoncer à cette exigence (art. 7 al. 5^{ter} OLE), mais cet assouplissement n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2007.

6.8 Combinaison d'éléments d'inexigibilité du renvoi et d'intégration avancée en Suisse

Lorsque, pris séparément, il n'existe de motifs suffisamment déterminants ni sous l'angle de l'inexigibilité de l'exécution du renvoi (art. 44 al. 2 LAsi et art. 14a al. 4 LSEE) ni sous celui du cas de détresse personnelle grave (art. 14 al. 2 LAsi), une combinaison d'éléments inspirés de chacune de ses dispositions peut néanmoins être opérée³². Cependant, une telle combinaison n'est envisageable que pour autant

³⁰ ATF 130 II 39, consid. 4 ; ATF 128 II 200, consid. 4 ; ATF 124 II 110, consid. 2 ; ATF 123 II 125, consid. 2 ; ATF 119 IB 33, consid. 4c ; ATF 117 IB 317, consid. 4b.

³¹ Sous l'empire de l'ancienne réglementation, les autorités avaient néanmoins d'ores et déjà considéré que le fait d'émerger partiellement à l'assistance ne constituait pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance d'une situation de détresse personnelle grave : cf. JICRA 23001 n°26, consid. 4^e.

³² JICRA 2002 n°3, consid. 7e-f ; JICRA 2002 n°4, consid. 5d gg.

que l'examen du cas de détresse personnelle grave soit possible³³, c'est-à-dire en particulier que l'intéressé séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans.

Le TF considère pour sa part que, si ce sont des raisons purement humanitaires qui sont déterminantes pour l'octroi d'un permis B humanitaire, cela n'exclut cependant pas de prendre en considération les difficultés que les intéressés rencontreraient dans leur pays d'origine du point de vue personnel, familial et économique³⁴.

Cette appréciation est désormais reflétée à l'art. 33 al. 1 let. f OAsi 1, qui veut que la possibilité de réintégration dans l'Etat de provenance soit prise en compte dans le cadre de l'examen des cas de rigueur.

Si une combinaison n'est pas formellement possible, une intégration avancée en Suisse peut malgré tout être prise en compte sous l'angle de ses éventuels effets sur les chances de réinsertion dans le pays d'origine, dans le cadre de l'examen de l'exigibilité de l'exécution du renvoi³⁵.

En particulier, l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé par la convention des droits de l'enfant, peut commander que des difficultés de réinsertion d'un requérant d'asile mineur dans son pays d'origine soient prises en compte sous l'angle de l'examen de l'exigibilité de l'exécution de son renvoi, y compris donc si les conditions d'octroi d'un permis B humanitaire au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi ne sont pas réunies³⁶.

Ainsi, il est aujourd'hui admis qu'on ne peut pas séparer artificiellement les éléments tenant à la situation dans le pays d'origine de ceux relatifs à l'intégration en Suisse : une combinaison est souvent indiquée et l'exigibilité de l'exécution du renvoi doit, dans une certaine mesure, être prise en compte sous l'angle de la détresse personnelle grave³⁷.

6.9 Etat de santé

S'agissant du critère de l'état de santé, le chiffre 2.2.3 de la circulaire Asile 52.4.7 indique que « les maladies chroniques ou graves du requérant ou des membres de sa famille (maladies chroniques, danger de suicide avéré, traumatismes consécutifs à la guerre, accident grave, etc.) et dont le traitement adéquat n'est pas envisageable dans le pays d'origine et/ou de provenance constituent, selon la pratique de l'ODM, un cas de rigueur. Si l'exécution d'une mesure de renvoi ne peut être raisonnablement exigée dans ces cas, l'ODM peut aussi décider, en application de l'art. 14a al. 1 LSEE, d'admettre provisoirement l'étranger. »

Quoi qu'un peu confuse, cette prescription est juste : on a vu que la jurisprudence de la CRA a en effet autorisé la combinaison d'éléments d'inexigibilité de l'exécution du renvoi au sens de l'art. 14a al. 4 LSEE avec des critères de détresse personnelle

³³ JICRA 2006 n°13, consid. 3.1 à 3.4.

³⁴ ATF 123 II 125, consid. 3.

³⁵ JICRA 2006 n°13, consid. 3.5 et 3.6.

³⁶ JICRA 2006 n° 13, consid. 3.5 et 3.6 ; JICRA 2005 n° 6, consid. 6.2.

³⁷ Pour une critique de cette distinction, cf. Alberto ACHERMANN *in* ASYL 96/1, p. 30 ; Alberto ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, p. 55.

grave³⁸. Et le TF considère qu'une sérieuse atteinte à la santé nécessitant des soins durables est susceptible de conduire à la reconnaissance d'un cas de rigueur³⁹. Or, puisqu'il convient de prendre également en considération les difficultés que les intéressés rencontreraient dans leur pays d'origine du point de vue personnel, familial et économique⁴⁰, cela vaut également, le cas échéant, pour les questions médicales.

6.10 Situation des familles et des enfants

Le chiffre 2.2.3 de la circulaire Asile 52.4.7 souligne encore – à bon escient – que « lors du renvoi d'une famille, il importe, dans le cadre de l'examen de l'existence d'un cas de rigueur particulière, de prendre en considération la situation de la famille dans son ensemble. Dans certains cas, le renvoi des enfants peut engendrer un déracinement susceptible de constituer une rigueur exceptionnelle.

C'est pourquoi, il y a lieu d'examiner en particulier les points suivants (ATF 123 II 125 consid. 4a) :

- âge des enfants au moment de leur entrée en Suisse et au moment du retour prévu ; le séjour en Suisse durant l'adolescence est en principe considéré comme un facteur déterminant d'intégration ;
- durée et succès de la scolarisation ;
- évolution professionnelle ;
- possibilités scolaires et professionnelles dans le pays d'origine ;
- différences économiques et sociales entre la Suisse et le pays de provenance ;
- propre intégration dans la communauté suisse. »

Selon le TF, dans le cadre de l'examen de l'existence d'un cas de rigueur particulier, il importe de prendre en considération la situation de la famille dans son ensemble, en particulier le sort des enfants, qui représente un aspect important de la situation de la famille⁴¹.

Selon le TF, « la scolarité correspondant à la période de l'adolescence contribue de manière décisive à l'intégration de l'enfant dans une communauté socioculturelle bien déterminée, car, avec l'acquisition proprement dite des connaissances, c'est le but poursuivi par la scolarisation obligatoire. Selon les circonstances, il se justifie de considérer que l'obligation de rompre brutalement avec ce milieu pour se réadapter à un environnement complètement différent peut constituer un cas personnel d'extrême gravité ; encore faut-il cependant que la scolarité ait revêtu, dans le cas de l'intéressé, une certaine durée, ait atteint un certain niveau et se soit soldée par un résultat positif. »⁴²

³⁸ JICRA 2002 n°4, consid. 5d gg ; JICRA 2002 n°3, consid. 7e-f ; JICRA 2006 n°13, consid. 3.1 à 3.4.

³⁹ ATF 128 II 200, consid. 5.3.

⁴⁰ ATF 123 II 125, consid. 3.

⁴¹ ATF 123 II 125, consid. 4a. Cf. aussi JICRA 2001 n°25, consid. 6b et c.

⁴² ATF 123 II 125, consid. 4b.

Rappelons en outre que, lorsque seul l'un des parents remplit la condition de temps exigée pour l'examen d'un cas de détresse personnelle grave (soit cinq ans de séjour, selon la nouvelle réglementation), la situation de l'ensemble de la famille devait néanmoins être examinée sous cet angle⁴³.

7 Commissions cantonales d'experts pour l'examen des cas de rigueur

La mise sur pied de commissions cantonales d'experts compétentes pour l'examen d'éventuels cas de rigueur représente une contribution fondamentale à une application efficace de la nouvelle réglementation.

Les cantons de Berne, Fribourg, Lucerne⁴⁴, Bâle-Ville⁴⁵, Genève, Valais, Jura et Neuchâtel⁴⁶ connaissent ou on connu de telles commissions⁴⁷.

Comme en témoigne la batterie de critères de reconnaissance des cas de rigueur, les décisions déterminant si une situation individuelle donnée est constitutive d'un cas de rigueur représentent toujours des estimations. A ce titre, elles revêtent un caractère politique indéniable. L'examen des cas de rigueur potentiels porte avant tout sur la question de l'intégration des intéressés, une notion aux facettes multiples qu'il faut pouvoir jauger à la lumière de la perception qu'en a la société helvétique, et non sous le seul angle de vue des autorités de police des étrangers, lesquelles ont avant tout des fonctions d'exécution.

En outre, les autorités de police des étrangers sont souvent dépourvues pour juger certains aspects de la situation d'étrangers constituant potentiellement des cas de rigueur⁴⁸.

En définitive, l'institution de commissions d'experts améliore grandement l'acceptation des décisions prises dans un domaine délicat où la contestation est prompte à se faire entendre. Elle appose le sceau de la transparence sur l'évaluation à laquelle il est procédé.

L'examen des cas de rigueur du domaine de l'asile comme de celui des étrangers devrait en soi être entrepris avec l'implication de telles commissions cantonales car les impératifs d'efficacité, de contrôle démocratique, d'acceptation et de transparence valent pour un domaine comme pour l'autre.

⁴³ JICRA 2002 n°4, consid. 5d ff.

⁴⁴ Cf. § 8 de la Verordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und zum Asylgesetz du 12 décembre 2000.

⁴⁵ L'existence d'une commission des cas de rigueur y remonte à décembre 2005 et repose sur une décision informelle de l'exécutif du demi-canton.

⁴⁶ Cf. art. 9 à 14 de l'arrêté du 9 mai 2001 concernant l'application de la législation fédérale sur l'asile et art. 6 de la loi d'introduction de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LIL-SEE).

⁴⁷ Mario GATTIKER, Zur humanitären Regelung von Härtefällen, ASYL 88/2, p. 4.

⁴⁸ Yves BRÜTSCH, Permis humanitaires : décisions à l'aveugle ?, ASYL 86/3, pp. 14-15.

La composition de ces commissions devrait englober des représentants de l'administration et de la société civile concrètement impliqués dans les questions d'intégration des étrangers : préposés cantonaux à l'intégration, représentants de l'instruction publique, du corps médical, des autorités cantonales de police des étrangers, des services sociaux, des Eglises et des œuvres d'entraide.

Ces commissions d'experts devraient d'une part permettre l'élaboration de directives et de recommandations de portée générale et être d'autre part impliquées dans l'examen au cas par cas de la situation des personnes susceptibles de constituer des cas de rigueur.

Le degré d'implication et les prérogatives de ces commissions d'experts devraient par ailleurs être déterminés de façon précise pour chaque stade de la procédure afin d'éviter toute équivoque : simple information, consultation ou participation à la prise de décision.

8 Aspects procéduraux

8.1 Principe de célérité

Selon l'alinéa 4 des dispositions transitoires de la loi sur l'asile relatives à la modification du 16 décembre 2005, « pour les personnes ayant fait l'objet d'une décision en matière d'asile et de renvoi devenue exécutoire avant l'entrée en vigueur de la présente modification, la Confédération verse aux cantons une somme forfaitaire unique de 15 000 francs, pour autant qu'elles n'aient pas encore quitté le territoire suisse ».

Le risque est élevé que certains cantons préfèrent attendre la date du 1^{er} janvier 2008 avant de requérir l'octroi d'un permis B humanitaire en faveur de requérants d'asile déboutés constituant pourtant manifestement des cas de rigueur, cela afin de pouvoir bénéficier du forfait unique de Fr. 15'000.–.

Pourtant, la loi sur l'asile révisée dispose clairement que, lorsqu'il entend faire usage de sa faculté de délivrer un permis B humanitaire, le canton doit le signaler immédiatement à l'ODM (art. 14 al. 3 LAsi). Cette disposition fait donc obligation aux cantons de respecter une certaine célérité dans la mise en évidence et la réglementation des cas de rigueur, ce qui interdit qu'ils fassent durer les choses jusqu'au 1^{er} janvier 2008 pour des raisons pécuniaires.

8.2 Procédures simplifiées

Dans le cadre de l'Action humanitaire 2000 lancée en mars 2000 par l'ancien Office fédéral des réfugiés avait été développée une pratique simplifiée en matière d'examen des cas de rigueur : un séjour de huit années en Suisse entraînait la pré-

somption de la nécessité d'une régularisation de l'étranger en cause, présomption qui pouvait bien entendu être remise en cause de cas en cas⁴⁹.

Dans le cadre de la nouvelle réglementation en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, il est loisible aux cantons d'instituer des procédures simplifiées. Cela se justifie en particulier pour les personnes admises à titre provisoire puisque leur demande doit obligatoirement faire l'objet d'un examen si elles résident en Suisse depuis plus de cinq ans (art. 14b al. 3^{bis} LSEE), *a fortiori* si elles ont reçu cette admission provisoire justement parce les autorités avaient jugé, sous l'empire de la législation en vigueur avant le 1^{er} janvier 2007⁵⁰, qu'elles constituaient des cas de rigueur.

8.3 Réexamen périodique

Si une personne a déjà auparavant soumis aux autorités une demande d'octroi d'un permis B humanitaire (respectivement une demande d'admission provisoire pour situation de détresse personnelle grave au sens de l'ancien art. 44 al. 3 aLAsi) et s'est alors heurtée à une décision négative, la directive de l'ODM Asile 53.4.7 considère avec raison à son point 2.2.5 qu'une nouvelle demande doit dans ce cas faire valoir des faits nouveaux importants pour qu'une nouvelle appréciation du cas se justifie. De fait, l'écoulement du temps entraîne presque inévitablement une modification des particularités de la situation en cause – et, partant, l'apparition de faits nouveaux⁵¹.

8.4 Devoir d'information des autorités

Le respect du principe général de procédure qu'est le droit d'être entendu implique que les autorités cantonales informent l'étranger se trouvant dans une situation de détresse personnelle grave si elles comptent requérir un permis B humanitaire en sa faveur ainsi que de la demande d'approbation qu'elles soumettent à l'ODM⁵². Pour sa part, l'ODM se doit – eu égard au droit d'être entendu – d'informer tant le canton de résidence que l'étranger en cause de sa décision d'octroi ou de refus d'octroi d'un permis B humanitaire.

8.5 Formulaires et brochures d'information

Il peut s'avérer très utile d'avoir recours à des formulaires semblables à celui figurant en annexe 1 de la directive de l'ODM Asile 52.1 « relative à la loi sur l'asile

⁴⁹ Circulaire Asile.52.4.6 du 14 mars 2000 « relative au traitement de toutes les demandes d'asile déposées avant le 31 décembre 1992 et encore pendantes au stade de la procédure ou à celui du renvoi (Action humanitaire 2000) ».

⁵⁰ Du 1^{er} octobre 1999 au 31 décembre 2006, les situations de détresse personnelle grave du domaine de l'asile donnaient lieu à l'octroi d'une admission provisoire en vertu de l'art. 44 al. 3-5 aLAsi.

⁵¹ Andreas ZÜND, *Schwerwiegende persönliche Notlage und fremdenpolizeilicher Härtefall in verfahrensrechtlicher Hinsicht*, ASYL 2/00, p. 12,

⁵² Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4^{ème} éd., 1991, p. 139ss. Alfred KOLZ / Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Schulthess, Zurich, 2^{ème} éd., 1998, p. 45ss.

concernant la réglementation du séjour des personnes relevant du domaine de l'asile » : cela simplifie et structure le déroulement de l'examen.

La rédaction de brèves brochures ou feuilles d'information à l'intention des étrangers concernés et d'autres personnes privées constitue une orientation souvent précieuse qui évite bien des égarements et prévient la dispersion d'énergies par suite de manque d'informations.

8.6 Voies de droit

8.6.1 Au plan cantonal

Aux termes de l'art. 14 al. 4 LAsi, « la personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation de [l'ODM] ». En cela, la nouvelle réglementation se rapproche de celle ayant eu cours avant le 1^{er} janvier 1999⁵³.

Cependant, l'art. 103 al. 1 LAsi, introduit dans la loi lors de la révision de 1998, dispose que « les cantons prévoient au moins une instance de recours contre les décisions prises par leurs autorités sur la base de la présente loi et de ses dispositions d'exécution ».

En outre, le nouvel art. 191b al. 1 Cst., relatif aux « autorités judiciaires des cantons » prévoit que les cantons instituent des autorités judiciaires pour connaître notamment des contestations de droit public⁵⁴.

Enfin, selon l'art. 29a Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. L'art. 14 al. 4 LAsi contredit donc l'essence de cette garantie d'accès à un juge. Ce principe constitutionnel peut certes être exceptionnellement restreint, mais en principe seulement s'agissant d'actes gouvernementaux revêtant un caractère politique aigu⁵⁵. Or l'examen des cas de rigueur ne constitue pas un tel acte.

Abstraction faite de la réserve figurant à l'art. 14 al. 4 LAsi, la personne requérant l'octroi d'un permis B humanitaire réunit, en soi, les conditions de la qualité pour recourir contre une décision négative des autorités cantonales inférieures étant donné qu'elle a alors un intérêt personnel et actuel digne de protection à ce que ce permis lui soit octroyé (art. 48 al. 1 let. a, b et c PA et art. 20 LSEE)⁵⁶.

⁵³ Message du Conseil fédéral du 25 avril 1990 à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile (APA) et d'une loi fédérale instituant un Office fédéral pour les réfugiés, pp. 603-604 ; Walter KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1990, pp. 197-198 ; ATF 119 IB 33 (37-38).

⁵⁴ L'art. 191b Cst. est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001 en vertu de l'art. 1 de l'arrêté fédéral du 8 mars 2005 sur l'entrée en vigueur intégrale de la réforme de la justice du 12 mars 2000 et de l'art. 1 let. a de l'ordonnance du 1^{er} mars 2006 sur l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral et sur l'entrée en vigueur intégrale de la loi fédérale sur le siège du Tribunal pénal fédéral et celui du Tribunal administratif fédéral.

⁵⁵ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, 96.091, pp. 511-512.

⁵⁶ Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4^{ème} éd., 1991, p. 407 ; Pierre MOOR, Droit administratif, Stämpfli, Berne, 1991, p. 412ss. La CRA avait expressément reconnu que les bénéficiaires potentiels de l'Action humanitaire 2000 avaient un intérêt digne de pro-

On conclut de ce jeu des dispositions légales que, si les cantons ne sont pas contraints d'assurer une voie de recours au niveau cantonal aux étrangers requérant l'octroi d'un permis B humanitaire, ils en ont néanmoins la faculté. La légitimité et la transparence des décisions prises s'en trouvent alors renforcées de façon parfois salutaire pour les autorités cantonales, confrontées à des choix difficiles dans un domaine sensible.

Si elle est négative, la décision de l'autorité cantonale n'est en revanche pas susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) car cette possibilité n'est expressément prévue par aucune loi fédérale (art. 33 let. i *a contrario* de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF) et art. 103 al. 2 LAsi).

La décision de l'autorité cantonale ne peut pas non plus faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral car aucune loi ou accord international ne confère un droit subjectif à un permis B humanitaire (art. 83 let. d ch. 2 LTF). En outre, les recours contre les exceptions aux nombres maximums sont irrecevables devant le TF (Art. 83 let. c ch. 5 LTF). Le cas échéant, elle peut par contre être remise en cause au moyen d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et art. 114 *cum* art. 86 al. 1 let. d LTF)

8.6.2 Au plan fédéral

L'approbation ou le refus d'approbation de l'ODM relatif à l'octroi d'un permis B humanitaire (cf. art. 14 al. 2 *ab initio* LAsi) constitue une décision, c'est-à-dire une manifestation unilatérale de volonté d'une autorité revêtant un caractère obligatoire et appliquant la loi à une personne déterminée dans des circonstances données⁵⁷. Par conséquent, un refus de l'ODM peut être contesté devant le TAF (art. 31, 32 *a contrario* et 33 let. d LTAF *cum* art. 6 LAsi et art. 5 PA).

Si le canton a requis auprès de l'ODM l'autorisation d'octroyer un permis B humanitaire, l'étranger concerné a cette fois clairement qualité pour recourir contre une décision négative de l'ODM : cela ressort d'une part de l'art. 14 al. 4 LAsi, qui lui confère la qualité de partie, d'autre part de son intérêt personnel et actuel à ce que ce permis lui soit octroyé (art. 48 al. 1 let. a, b et c PA, cf. aussi art. 20 LSEE)⁵⁸.

En tant qu'auteur de la requête adressée à l'ODM, l'autorité cantonale a, aux mêmes titres, également qualité pour recourir auprès du TAF (art. 48 al. 1 let. a, b et c PA, art. 20 al. 2 LSEE). Cela distingue clairement la nouvelle réglementation de celle, pourtant similaire, ayant eu cours entre 1990 et 1999⁵⁹.

Cette interprétation est renforcée par la présence de l'art. 105 al. 2 LAsi, aux termes duquel « le canton a qualité pour recourir lorsque l'office n'a pas donné suite à une demande faite en vertu de l'art. 44 al. 5 ». La référence à l'art. 44 al. 5 aLAsi consti-

tection à pouvoir recourir contre un refus de régularisation : cf. JICRA 2002 n°1, consid. 1e. Cf. également JICRA 2002 n°17, consid. 4a-c.

⁵⁷ Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Schulthess, Zürich, 2ème éd., 1998, p. 71, n.m. 188 ; Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, p. 214ss.

⁵⁸ Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, p. 407 ; Pierre MOOR, *Droit administratif*, Stämpfli, Berne, 1991, p. 412ss.

⁵⁹ ATF 119 IB 33, consid. 3a, qui se réfère à cette ancienne réglementation.

tue manifestement une erreur car cette disposition a été supprimée par la révision du 16 décembre 2005. L'ancien art. 44 al. 5 prévoyait que l'ODM, respectivement la CRA requière l'avis du canton avant d'accorder ou de refuser d'octroyer une admission provisoire pour cas de rigueur. La formulation erronée de l'art. 105 al. 2 LAsi sera sans doute prochainement corrigée par voie d'ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 49 al. 2 LTAF) et la référence désormais obsolète à l'ancien art. 44 al. 5 aLAsi remplacée par celle à l'art. 14 al. 2 LAsi. Il n'en demeure pas moins que la loi sur l'asile ouvre expressément aux cantons une voie de recours contre tout refus de l'ODM de délivrer un permis B humanitaires.

Le TAF statue pour sa part de manière définitive ; son arrêt n'est pas à son tour susceptible de recours devant le TF (art. 83 let. c ch. 5 et let. d ch. 1 LTF ; art. 105 al. 1 *in fine* LAsi).

9 Aspects financiers

La prise en charge d'éventuels frais d'assistance intervient selon les règles suivantes, qui divergent suivant le statut des personnes du domaine de l'asile considérées :

Pour les requérants d'asile, la Confédération verse aux cantons un forfait pour les frais d'assistance ainsi qu'une subvention forfaitaire pour les frais d'encadrement et d'administration, au plus tard jusqu'au jour où leur renvoi devient exécutoire ou jusqu'au jour où ils reçoivent une autorisation de séjour (art. 88 al. 1 LAsi, art. 20 al. 1 OAsi 1 ; art. 88 al. 2 et art. 91 al. 2bis révLAsi).

Pour les personnes admises à titre provisoire avant le 1er janvier 2007, la Confédération verse aux cantons pendant la durée de l'admission provisoire des indemnités forfaitaires similaires à celles servies pour les frais d'assistance, d'encadrement et d'administration des requérants d'asile (al. 5 des dispositions finales de la modification de la LSEE du 16 décembre 2005). La durée de ces remboursements est toutefois limitée aux sept premières années de présence en Suisse. Est en outre versée aux cantons une contribution unique supplémentaire destinée à favoriser l'intégration professionnelle.

Pour les personnes admises à titre provisoire après le 1er janvier 2007, la Confédération verse aux cantons pendant la durée de l'admission provisoire des indemnités forfaitaires pour les frais d'assistance (art. 14c al. 5 LSEE cum art. 88 al. 1 let. a LAsi⁶⁰).

Pour les requérants d'asile dont la demande s'est heurtée à une décision de non-entrée en matière entrée en force et d'une décision de renvoi exécutoire, la Confédération rembourse les frais qu'ils ont engendrés à compter de la date du dépôt de leur demande et au plus pendant dix jours après l'entrée en force de la non-entrée en matière. Puis la Confédération verse aux cantons un forfait unique (actuellement d'un montant de Fr. 1'800.-) pour la fourniture d'une aide d'urgence au sens de l'art.

⁶⁰ L'art. 14c al. 5 LSEE renvoie de façon manifestement erronée à l'art. 83 al. 1 let. a LAsi en lieu et place de l'art. 88 al. 1 let. a LAsi.

12 Cst. (art. 88 al. 1bis LAsi, art. 14f al. 2 let. a LSEE). A compter du 1er janvier 2008, la Confédération versera aux cantons une indemnité forfaitaire unique pour les coûts d'aide d'urgence et d'exécution du renvoi (art. 88 al. 5 révLAsi) ; son montant reste à déterminer par voie d'ordonnance du Conseil fédéral.

Pour les requérants d'asile déboutés par une décision négative entrée en force suite à une procédure d'asile régulière au fond, la Confédération verse aux cantons un forfait pour les frais d'assistance ainsi qu'une subvention forfaitaire pour les frais d'encadrement et d'administration, au plus tard jusqu'au jour où leur renvoi devient exécutoire (c'est-à-dire, dans les faits, aussi longtemps qu'ils se trouvent en Suisse) ou jusqu'au jour où ils reçoivent une autorisation de séjour (art. 8 al. 1 LAsi, art. 20 al. 1 let. a et b de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement, OAsi 2). A compter du 1er janvier 2008, la Confédération versera aux cantons une indemnité forfaitaire unique pour les coûts d'aide sociale ou d'aide d'urgence (art. 88 al. 4 révLAsi) ; son montant reste à déterminer par voie d'ordonnance du Conseil fédéral.

Pour les personnes admises à titre provisoire avant le 1er janvier 2007, la Confédération verse aux cantons pendant la durée de l'admission provisoire des indemnités forfaitaires similaires à celles servies pour les frais d'assistance, d'encadrement et d'administration des requérants d'asile (al. 4 et 5 des dispositions finales de la modification de la LSEE du 16 décembre 2005). La durée de ces remboursements est toutefois limitée aux sept premières années de présence en Suisse. Est en outre versée aux cantons une contribution unique supplémentaire destinée à favoriser l'intégration professionnelle. Il est flagrant que plus les cantons accordent tôt un permis B humanitaire à ces personnes, plus leur intégration s'en trouvera favorisée et plus seront amoindris les risques de les voir émigrer à l'assistance en raison de difficultés à s'insérer dans le marché du travail.

Pour les personnes admises à titre provisoire après le 1er janvier 2007, la Confédération verse aux cantons pendant la durée de l'admission provisoire des indemnités forfaitaires pour les frais d'assistance (art. 14c al. 5 LSEE cum art. 88 al. 1 let. a LAsi⁶¹).

Dès le moment où un requérant d'asile, le cas échéant débouté par le biais d'une décision de non-entrée en matière ou une décision négative, reçoit une autorisation de séjour pour cas de rigueur (permis B humanitaire), la Confédération n'est plus tenue de rembourser d'éventuels frais d'assistance (art. 20 al. 1 let. b a contrario OAsi 2). La prise en charge d'éventuels frais d'assistance incombe alors en principe à son canton de domicile (art. 20 de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, LAS).

⁶¹ L'art. 14c al. 5 LSEE renvoie de façon manifestement erronée à l'art. 83 al. 1 let. a LAsi en lieu et place de l'art. 88 al. 1 let. a LAsi.

10 Conclusion

La nouvelle réglementation sur les cas de rigueur dans le domaine de l'asile offre de nouvelles opportunités pour la régularisation des personnes ayant requis l'asile en Suisse et de celles admises à titre provisoire qui se trouvent parmi nous depuis plusieurs années dans un statut précaire, en particulier lorsqu'elles ont été déboutées de leur procédure d'asile. Beaucoup d'entre elles se sont bien intégrées en Suisse, souvent en toute discrétion, sans faire beaucoup de vagues. Les renvoyer dans leur pays d'origine les jetterait dans une situation extrêmement difficile. Dans la plupart des cas, leurs enfants se sont intégrés avec une rapidité et un naturel propre à leur âge. Pour eux aussi, un renvoi aurait alors des conséquences extrêmement rigoureuses.

Or, depuis le 1^{er} janvier 2007, les cantons peuvent enfin régler ces cas, ce qui leur ôte dans bien des cas une épine du pied, eux qui sont très concrètement confrontés à ces situations humainement difficiles et à la nécessité d'y apporter des réponses concrètes adéquates. La mise sur pied de commissions cantonales pour l'examen des potentiels cas de rigueur représente un moyen très profitable pour eux de traiter ces questions sensibles.

La nouvelle réglementation revêt cependant un visage complexe. Elle est parfois d'un maniement malaisé. Puisse la présente contribution fournir une orientation en la matière qui soit utile aux autorités cantonales et à d'autres acteurs du domaine de l'asile.

11 Table des abréviations

aLAsi	ancienne loi sur l'asile, dans sa formulation antérieure au 16 décembre 2005
aLSEE	ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, dans sa formulation antérieure au 16 décembre 2005
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CEDH	convention européenne des droits de l'homme
CDAS	Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales
CRA	Commission suisse de recours en matière d'asile
Cst.	constitution fédérale de la Confédération suisse
JICRA	jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile
LAS	loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (RS 851.1)
LAsi	loi sur l'asile révisée le 16 décembre 2005 et partiellement entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2007 (RS 142.31)

LEtr	loi sur les étrangers du 16 décembre 2006, entrant en vigueur le 1 ^{er} janvier 2008
LSEE	loi sur le séjour et l'établissement des étrangers révisée le 16 décembre 2005 et partiellement entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2007 (RS 142.20)
LTAF	loi sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
OASA	ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, entrant en vigueur le 1 ^{er} janvier 2008
OAsi 1	ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (RS 142.311)
OAsi 2	ordonnance 2 sur l'asile relative au financement (RS 142.312)
ODM	Office fédéral des migrations
ODR	Office fédéral des réfugiés
OLE	ordonnance limitant le nombre des étrangers (RS 823.21)
OERE	ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (RS 142.281)
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
PA	loi fédérale sur la procédure administrative (172.021)
révLAsi	partie de la loi sur l'asile révisée le 16 décembre 2005 qui entrera en vigueur le 1 ^{er} janvier 2008
RSEE	règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.201)
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral