Zeitschrift: Tsantsa : Zeitschrift der Schweizerischen Ethnologischen Gesellschaft = revue de la Société suisse d'ethnologie = rivista della Società svizzera d'etnologia

Herausgeber: Schweizerische Ethnologische Gesellschaft

Band: 6 (2001)

Artikel: Les droits des "sans-papiers"

Autor: Wisard, Nicolas / Rey, Séverine

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1007428

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Les droits des «sans-papiers»

Nicolas Wisard

L'auteur est docteur en droit et avocat à Genève. Les propos de cet entretien ont été recueillis par Séverine Rey.

Comment définir, d'un point de vue juridique, les personnes «sans-papiers» ou «sans statut légal»?

En droit, les personnes dont nous parlons ne sont pas définies par un terme précis unanimement reconnu, mais sont dans une situation simple: il s'agit d'étrangers qui séjournent dans un Etat dont ils n'ont pas la nationalité sans être au bénéfice de l'autorisation requise par la législation en vigueur. Ces personnes séjournent ainsi illégalement et sont de ce fait passibles de mesures administratives de renvoi (ou d'expulsion) et de sanctions pénales (emprisonnement notamment). En l'état de la réglementation suisse de l'immigration, ces personnes sont donc considérées comme des délinquants passibles de peines équivalentes à celles que le Code pénal institue dans d'autres contextes. Dès lors, des expressions telles que «sans-papiers», «sans statut légal», en «situation irrégulière» ou en «situation non autorisée» ont toutes une part d'inexactitude. Elles sont

cependant souvent choisies à dessein. Ainsi, les initiateurs des mouvements français des «sans-papiers» ont-ils préféré ce terme à celui de «clandestins», par exemple, afin de souligner qu'ils n'adhéraient pas à la criminalisation de leur statut. Enfin, il faut être conscient que l'on rencontre en réalité divers degrés d'illégalité: certains «sans-papiers» sont tolérés *de facto* par les services de police des étrangers – parfois pour les services d'information qu'ils rendent à la police judiciaire, dans certains milieux; d'autres sont même officiellement tolérés par les autorités cantonales qui se placent elles-mêmes en conflit avec les autorités fédérales (ainsi du cas des ex-saisonniers de l'ex-Yougoslavie dans le canton de Vaud en 1999-2000).

Le statut des «sans-papiers» est souvent associé à une absence de droits. Qu'en est-il?

L'équivalence des expressions «sans droit(s)» et «sans-papiers», dans le débat public, se vérifie effectivement dans la pratique mais ne doit pas être admise comme révélatrice de la réalité juridique. Il est vrai que les lois suisses (fédérales ou cantonales) ne confèrent explicitement aucun droit aux «sans-papiers». Cela est toutefois conforme à la cohérence de l'ordre juridique: il n'y a pas lieu de réglementer (autrement qu'en termes d'obligation de départ) le statut de personnes qui ne sont pas censées séjourner sur le territoire suisse.

Cela dit, les garanties juridiques conférées aux individus par le droit constitutionnel et le droit international public (applicable en Suisse) protègent généralement les êtres humains indépendamment de leur statut national ou de leur titre de séjour. Cela vaut en tout cas pour les droits fondamentaux les plus essentiels – que l'on désigne précisément du terme de «droits de l'homme» pour bien montrer qu'ils sont attachés à la personne humaine et à elle seule. Les «sans-papiers» jouissent ainsi d'une reconnaissance juridique au plus haut niveau de la pyramide de la hiérarchie des actes juridiques. Il en découle que l'ensemble de la législation – muette à leur égard – doit être appliquée et interprétée de manière à donner effet à ces droits fondamentaux. On l'oublie trop souvent en pratique, notamment sous l'influence du caractère illégal du séjour.

Pourquoi les «sans-papiers» ne peuvent-ils pas faire valoir ces droits dans la pratique? N'y a-t-il pas incohérence dans le système juridique qui favorise une telle réalité?

Ce qui précède ne signifie pas que les «sans-papiers» jouissent de ces droits de manière absolue. D'une part, les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restrictions, si la loi le prévoit dans un intérêt public pertinent et si la dérogation au principe est proportionnée. D'autre part, la plupart des droits fondamentaux ont un champ de protection et un but qui ne s'opposent pas à ce que les intéressés soient renvoyés de Suisse en vertu du droit de l'immigration. En d'autres termes, à l'exception des garanties spécifiquement conçues pour limiter les renvois ou expulsions (telles que le principe du non-refoulement ou, dans une certaine mesure, la protection de la vie familiale), les droits de l'homme trouvent leur limite, à l'intérieur de chaque Etat, dans la compétence de l'Etat d'éloigner un étranger de son territoire.

Cette dernière limite peut paraître incohérente. Elle résulte cependant très clairement de la volonté des Etats de ne pas créer de «droit (de l'homme) à l'immigration»: la gestion de l'immigration reste une de leurs prérogatives souveraines. Dès lors, on comprend que les «sans-papiers» soient dans une situation précaire. Ils peuvent certes se prévaloir des droits de l'homme pour améliorer leur statut durant leur séjour clandestin, mais ils risquent précisément de perdre tout avantage concret de ce fait: réclamer le respect d'un droit implique de s'exposer face à l'Etat, et donc d'encourir une décision de renvoi.

Les «sans-papiers» ne sont-ils pas d'emblée, en raison même de l'illégalité de leur séjour, en position de victime d'abus, sans possibilité d'une quelconque protection?

Selon le droit actuel, les autorités publiques sont tenues de déclarer aux autorités de police des étrangers les cas d'irrégularités dont elles ont connaissance. Ce devoir d'entraide est cependant ancré, actuellement, dans une simple ordonnance du Conseil fédéral; il trouve également appui, dans certains cantons, dans les dispositions de procédure pénale. Les secrets spécifiques à certains domaines de législation fédérale (secret médical, secret des assurances sociales, etc.) l'emportent en l'état. Il en découle que les «sans-papiers» ne prennent pas de risques excessifs à s'adresser aux autorités chargées de l'application de ces domaines privilégiés. On le vérifie par le fait qu'un nombre important de travailleurs «sans-papiers» sont affiliés à l'AVS par exemple. Dans tous les autres domaines, le risque d'une dénonciation existe.

A côté des risques liés aux transmissions d'informations entre autorités, ce sont les risques de dénonciation par des particuliers qui influencent le statut concret des «sans-papiers». Leurs employeurs ou leurs bailleurs disposent en effet d'un moyen de pression énorme et en principe imparable par la menace de dénonciation aux autorités de police. Dans cette situation, il n'est pas rare que les «sans-papiers» soient victimes d'agissements abusifs qui constituent tout simplement des infractions de droit commun (escroquerie, usure, contrainte, etc.). Les victimes n'osent évidemment pas demander la protection de l'Etat: elles devraient pour ce faire s'adresser à la police, qui a précisément la compétence de les renvoyer. C'est ainsi que les «sans-papiers» ne déposent plainte que lorsqu'ils ont été repérés par les services de police et qu'ils n'ont plus rien à perdre. Ce phénomène est particulièrement clair en matière de litiges prud'homaux: les travailleurs «sans-papiers» n'agissent quasiment jamais contre leur employeur devant les tribunaux pour réclamer le paiement d'un salaire décent avant d'avoir été licenciés et souvent dénoncés. Des exceptions peuvent toutefois se présenter si le Tribunal du travail compétent estime qu'il ne lui appartient pas de faire le jeu de la police des étrangers et qu'il a pour pratique de ne pas communiquer les cas dont il prend connaissance.

Cette précarité n'est-elle pas à l'origine même de la demande du marché du travail en «sans-papiers»?

Des études économiques et sociales ont en effet mis en évidence que les prescriptions officielles sur la réglementation de l'immigration ne permettent pas de donner suite, de manière économiquement satisfaisante, aux besoins de main-d'œuvre de certains secteurs. L'emploi de «clandestins» permet d'éviter les restrictions quantitatives à l'immigration (les fameux contingents de l'Ordonnance limitant le nombre d'étranger) et les conditions qualitatives légales applicables à l'emploi de travailleurs étrangers (salaires minimaux, logement, etc.). En clair, le statut de «sans-papiers» répond à un besoin socio-économique important.

La question est souvent posée de savoir si ce statut est officieusement admis – ou toléré – précisément pour ménager l'équilibre socio-économique tout en conservant un appareil législatif strict en matière d'immigration. Aucune source officielle ne confirme évidemment cette hypothèse. Mais les moyens mis en œuvre pour lutter contre les «sans-papiers» et, plus encore, la volonté concrètement manifestée par les autorités exécutives dans ce domaine, attestent bien que le problème n'est pas traité comme une priorité. Il m'apparaît révélateur que le paquet de mesures contre le travail au noir, mis en consultation par le Conseil fédéral en automne 2000, fasse suite principalement au souci de l'Office fédéral des assurances sociales et des autorités fiscales de saisir des cotisations ou contributions impayées; dans ce cadre, les préoccupations de police des étrangers et de gestion de l'immigration sont finalement secondaires. D'un point de vue juridique, il en découle que la répression du séjour illégal telle qu'elle est (mollement)

pratiquée aujourd'hui emporte une violation claire des principes constitutionnels de la légalité et de l'égalité de traitement – fondements de la notion d'Etat de droit dont la Suisse se prévaut pourtant expressément (cf. l'article 5 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999).

Quels sont les principaux domaines de droits auxquels les «sans-papiers» peuvent prétendre? Qu'en est-il en particulier des droits dits économiques et sociaux?

Les droits fondamentaux que les «sans-papiers» peuvent invoquer sont tous les droits de l'homme qui ne sont pas restreints, quant à leur champ d'application, aux seules personnes spécifiquement titulaires de droits de séjour qualifiés (dont la nationalité). C'est dire que les «sans-papiers» jouissent de la grande majorité des droits civils et politiques, d'une part, et économiques, sociaux et culturels d'autre part. Les droits civils et politiques protègent les différents aspects de la sphère personnelle (interdiction de la torture, de la détention arbitraire; libertés idéelles: pensée, religion, etc.); ils sont codifiés dans le Pacte international du même nom, en vigueur aujourd'hui pour la Suisse, et renforcés par la Convention européenne des droits de l'homme. Les droits économiques, sociaux et culturels font l'objet d'un Pacte distinct: il s'agit notamment du droit au travail, au logement, à la sécurité sociale, à l'éducation, etc.

On s'est souvent plu à opposer ces deux grandes catégories de droits par le fait que ceux de la première constitueraient typiquement des prérogatives de l'individu à ce que l'Etat s'abstienne d'interférer dans sa sphère privée, alors que ceux de la seconde impliqueraient des prestations positives de l'Etat. Cette dichotomie aurait pour conséquence que les droits civils et politiques peuvent faire l'objet d'une protection judiciaire directe, alors que les droits économiques, sociaux et culturels, en revanche, nécessiteraient d'être concrétisés par le législateur et l'exécutif et ne pourraient donc pas être invoqués en justice (droits de caractère non *self-executing*). Cette conception est certainement trop schématique et étriquée. Elle a cependant marqué profondément la pensée juridique suisse. Ainsi, la nouvelle Constitution fédérale ne consacre-t-elle que des droits civils et politiques dans son chapitre relatif aux droits fondamentaux; les droits économiques, sociaux et culturels ont perdu le statut de droits pour n'être plus que des «buts sociaux» de l'Etat. Il en résulte que le débat sur le statut des «sans-papiers» au regard de la législation sociale est singulièrement marqué par l'absence de référence aux droits fondamentaux – comme si l'absence de voie de protection judiciaire directe, dans la conception que je viens d'évoquer, signifiait que les droits conférés par les conventions internationales qui lient la Suisse n'ont aucune portée.

Le domaine de l'assurance-maladie en donne un exemple très concret. Selon la LAMal, l'affiliation aux caisses-maladie est obligatoire pour toute personne domiciliée en Suisse. En pratique, les caisses exigent la production d'un permis de séjour pour tout étranger désireux de s'affilier à titre de preuve du domicile en Suisse, de sorte que les «sans-papiers» ne parviennent très généralement pas à s'assurer. Interpellé à ce sujet, le Conseil fédéral s'est livré à des acrobaties juridiques pour trouver une base légale qui permette d'assujettir les clandestins à la LAMal. Il est toutefois symptomatique qu'il n'ait pas cherché à prendre appui principalement sur le droit à la santé reconnu par le droit international. Dans les faits, les caisses-maladie persistent à refuser d'affilier les «sans-papiers» sans y être contraintes par les services cantonaux compétents. Et ces derniers sont loin d'être convaincus par les explications du Conseil fédéral.

Le domaine de l'AVS/AI offre également un exemple de discriminations frappantes à l'encontre des travailleurs étrangers clandestins: s'ils proviennent d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention bilatérale de sécurité sociale, ces «sans-papiers» ne bénéficient pas des prestations de l'AVS/AI, alors même qu'ils ont cotisé régulièrement. Pourquoi distinguer ainsi les clandestins selon leur origine nationale, finalement, alors même que leur statut est tout autant irrégulier et que le Tribunal

fédéral a jugé qu'il n'était pas contraire à l'ordre public qu'un clandestin d'un pays au bénéfice d'une convention bilatérale reçoive les prestations des assurances sociales suisses? Examinée à la lumière du droit (de l'homme) à la sécurité sociale, cette inégalité de traitement ne résisterait guère.

On voit ainsi que la pratique des autorités et des tribunaux suisses en matière de protection sociale contribue à maintenir les «sans-papiers» dans la précarité, alors même que les instruments juridiques existants permettraient d'améliorer leur statut. Cela étant, il faut se garder de conclure que le défaut de protection sociale publique est absolu – puisque l'accès aux soins d'urgence est en principe garanti dans les faits, par exemple. De même, il ne faut pas imputer uniquement à ces lacunes du système social la responsabilité de la précarité globale des «sans-papiers»: j'ai souligné plus haut que la dépendance et l'insécurité liée à l'absence de droit de séjour est déjà déterminante.

Entre la protection des droits fondamentaux et le respect des politiques d'immigration, la Suisse (comme tout autre Etat de droit) n'est-elle pas dans une situation totalement schizophrénique? Comme sortir de cette situation?

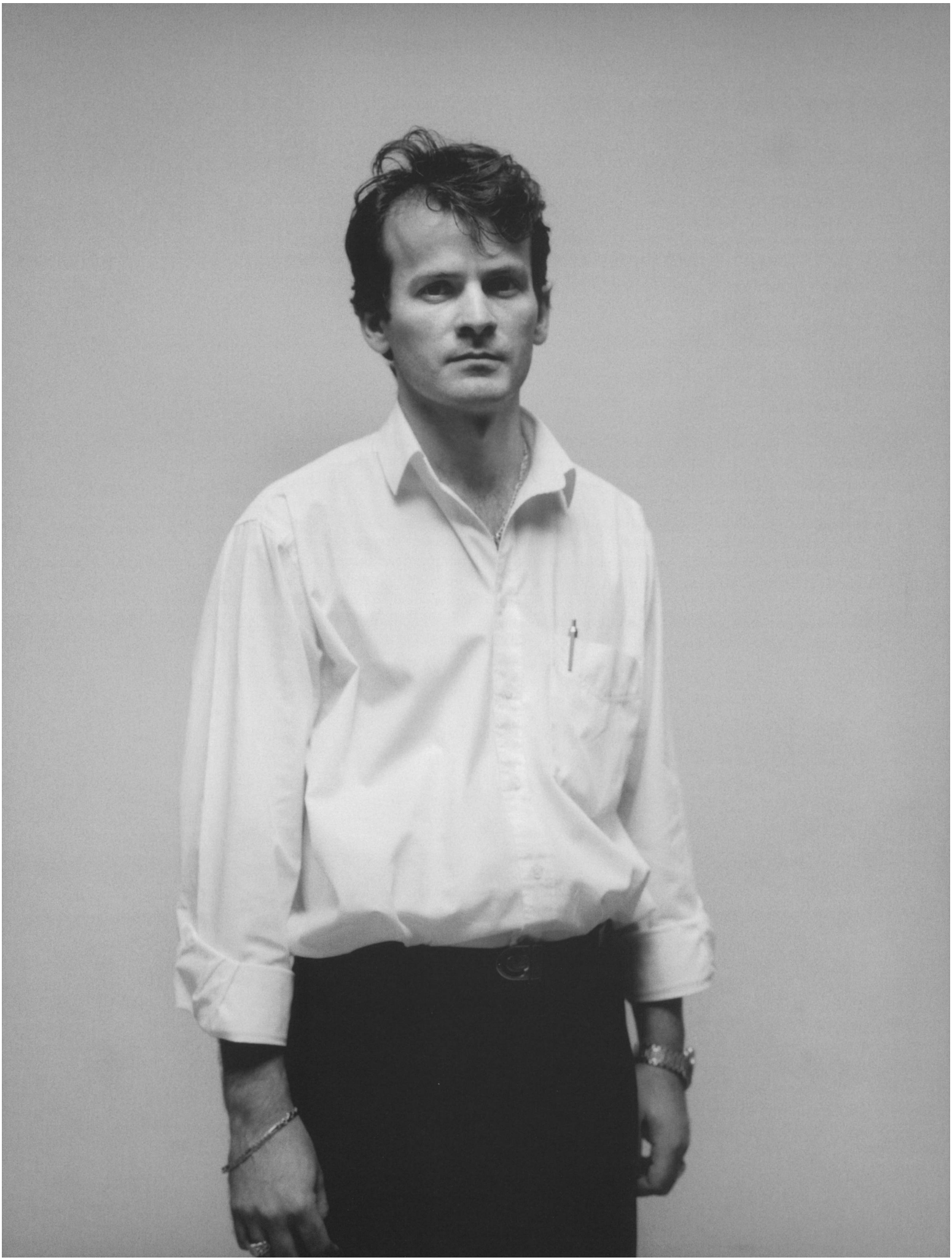
Il y a schizophrénie du fait que le droit fait mission à l'Etat d'appliquer aux «sans-papiers» à la fois des politiques publiques sectorielles de protection sociale, généralement protégées par des secrets légaux prépondérants, et une réglementation de l'immigration répressive. C'est ainsi que l'Etat perçoit des impôts des travailleurs clandestins – puisqu'un nombre important d'employeurs prélèvent ces impôts à la source – et utilise ces recettes fiscales pour – entre autres! – financer les activités de sa police des étrangers. Les raisons de cette schizophrénie tiennent d'une part à l'existence des secrets sectoriels (secret social, médical, fiscal, etc.) et d'autre part à la théorie qui veut que les droits fondamentaux qui sous-tendent les actions protectrices de l'Etat ne sont pas opposables aux interventions de police des étrangers, comme je l'ai déjà expliqué. Dès lors, tant que l'ordre juridique ne reconnaîtra pas de droit de l'homme au libre séjour en Suisse, c'est sur la question du transfert d'informations entre autorités étatiques qu'il faut réfléchir pour se positionner à propos de cette schizophrénie.

Le paquet de mesures de lutte contre le travail illicite que le Conseil fédéral a mis en consultation en automne 2000 fait ainsi le choix de supprimer les barrières informationnelles entre les divers services publics: selon ces propositions, toute institution chargée de tâche publique sera tenue de dénoncer les cas de séjour illégal dont elle aura eu connaissance. Ce devoir primera les secrets sectoriels traditionnels. Le seul service public qui n'est apparemment pas concerné est l'école. Or, on sait bien que les enfants ne peuvent être scolarisés que s'ils sont couverts par une assurance-maladie; la scolarisation entraînera donc la dénonciation à la police par les soins de la caisse-maladie… De la sorte, le Conseil fédéral prend la direction de la répression assortie d'une précarisation accrue. Or, tant que la volonté de mener la répression à chef, et les moyens pour ce faire, ne seront pas sérieusement renforcés par rapport à ce que l'on constate aujourd'hui, aucune politique répressive n'éradiquera le phénomène de la clandestinité, puisque les besoins socio-économiques auxquels répondent les «sans-papiers» ne seront pas taris. Une telle politique ne fera que créer une nouvelle forme de sous-marginalisation, ce qui laissera subsister la schizophrénie de départ.

Pour faire preuve d'imagination, on peut concevoir une piste en sens inverse à celle du Conseil fédéral, qui consisterait à donner la prééminence à la protection des «sans-papiers» par rapport aux mesures de renvoi: le clandestin découvert aurait droit à un titre de séjour et au bénéfice de toutes les prestations sociales. Mieux encore: on pourrait assortir ces garanties d'une clause forçant l'employeur à conserver l'intéressé à son service ou à l'indemniser – d'ailleurs le Tribunal fédéral reconnaît déjà aujourd'hui que les travailleurs clandestins ont droit d'exiger judiciairement de leur employeur le paiement du salaire qui aurait été fixé s'ils avaient obtenu une autorisation de séjour et de travail. De la sorte, on agirait à la source du problème…

Comment expliquer les différences entre cantons?

Vu la règle du fédéralisme d'exécution, peu de domaines d'action publique sont en main exclusive de la Confédération et donc sujets à une unité de pratique. L'attitude des autorités de police des étrangers à l'égard des «sans-papiers» varie ainsi d'un canton à l'autre sans qu'il soit facile de dresser une carte des degrés de sévérité dans la lutte contre la clandestinité. La Confédération se limite en effet à tracer le cadre légal et à contrôler – limitativement – les octrois d'autorisations de séjour. Les autorités fédérales de police des étrangers sont donc démunies pour imposer à tous les cantons une politique identique à l'égard des «sans-papiers». Les disparités sont également favorisées dans les domaines de pure compétence cantonale, comme la scolarisation primaire.

Comment évaluer la situation des «sans-papiers» en Suisse par rapport aux pays de l'Union européenne?

La différence essentielle entre la Suisse et l'Union européenne a trait à la reconnaissance, au sein de celle-ci, du principe de libre-circulation des personnes pour les ressortissants communautaires. Un nombre important d'étrangers en situation irrégulière en Suisse pourrait ainsi disparaître avec l'extension de la libre-circulation prévue par les accords bilatéraux Suisse-UE: la population clandestine en Suisse ne compte pas que des «extra-communautaires». Cela dit, les pays de l'Union européenne sont également confrontés au problème de la clandestinité vu la pression migratoire externe. Les pays d'Europe latine présentent la caractéristique d'avoir tous ouvert des procédures de régularisation pour les «sans-papiers» plus ou moins périodiquement. Sur ce point, la Suisse se démarque très clairement: en 1999, l'échec au Conseil national de la motion Fankhauser demandant une amnistie en faveur des «sans-papiers» a bien montré que les Helvètes ne sont pas prêts. Mais il est vrai que la Suisse n'a pas la culture de l'amnistie en général, comme l'indique le débat récurrent en matière fiscale…