



Commentaire

Adaptation de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) en raison de la mise en œuvre de la motion Barthassat (08.3616), "Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal".

1. Contexte

Déposée le 2 octobre 2008 par le conseiller national Luc Barthassat (GE/PDC), la motion « Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal » (08.3616) a été adoptée par les Chambres fédérales¹. Elle charge le Conseil fédéral de mettre en œuvre un mode d'accès à la formation professionnelle initiale pour les jeunes sans statut légal ayant effectué leur scolarité en Suisse. Le nouvel art. 30a de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201), qui est proposé, vise à mettre en œuvre cette motion.

La motion est notamment motivée par le fait que les jeunes sans statut légal, qui ont effectué la majeure partie de leur scolarité obligatoire - voire l'entier de cette dernière - en Suisse ne peuvent pas effectuer de formation nécessitant la conclusion d'un contrat de travail, faute de réglementation de leurs conditions de séjour. Par opposition, les jeunes sans-papiers peuvent suivre une filière académique pratiquement sans encombre (voir ch. 4.1). Il en découle une inégalité de traitement suivant la formation choisie. L'auteur de la motion considère cette pratique comme dommageable à plus d'un titre (pénalisation d'une population intégrée, privation de l'économie suisse de compétence et de savoir-faire potentiels, gaspillage des deniers publics investis dans leur formation obligatoire, etc.).

Dans sa réponse du 5 décembre 2008, le Conseil fédéral proposait de rejeter la motion. D'une part, il estimait que la réglementation actuelle des cas de rigueur offrait une marge d'appréciation suffisante pour prendre en considération les aspects humanitaires dans des cas d'espèce, et, d'autre part, il soulignait que la question d'une amnistie ou de l'introduction d'une nouvelle disposition en faveur des jeunes séjournant illégalement en Suisse avait été largement débattue devant le Parlement dans le cadre de la révision totale de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) et que ce dernier avait notamment décidé de ne pas adopter de nouvelle disposition allant dans ce sens.

Cependant, la motion a été adoptée par le Conseil national le 3 mars 2010 par 93 voix contre 85 et 8 abstentions. A sa séance du 20 avril 2010, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-CE) a également proposé l'adoption de la motion par 5 voix contre 5 avec voix prépondérante du président. En substance, la Commission a reconnu l'existence

¹ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083616

d'un problème d'inégalité dans l'accès à la formation des sans-papiers et souhaitait mettre fin à une certaine injustice en refusant au surplus de punir ces jeunes qui ne peuvent pas être rendus responsables de leur situation. Le Conseil des Etats a renvoyé la motion à sa commission pour un examen complémentaire suite à l'acceptation d'une motion d'ordre déposée par un Conseiller aux Etats lors de sa séance du 14 juin 2010 (BO 2010 E 628). Lors de sa séance du 30 août 2010, la CIP-CE est revenue sur sa position et a désormais refusé la motion par 6 voix contre 5. La majorité de la Commission a estimé en substance que les dispositions légales actuelles relatives au traitement des cas de rigueur permettaient de trouver des solutions². Toutefois, le Conseil des Etats a finalement adopté la motion par 23 voix contre 20 lors de sa séance du 14 septembre 2010 (BO 2010 E 793).

2. Sans-papiers en Suisse

2.1 Définition du terme « sans-papiers »

Les termes « sans-papiers » et « personnes sans statut légal » désignent des étrangers qui séjournent en Suisse sans y être autorisés. Souvent, ils exercent une activité lucrative. Entrées sur le territoire suisse sans être contrôlées ou avec de faux documents, ces personnes n'ont jamais possédé de droit de séjour ou sont restées illégalement en Suisse après un séjour régulier (malgré l'échéance du visa, la non-prolongation d'une autorisation de séjour ou le rejet d'une demande d'asile entré en force par exemple).

Selon une étude réalisée par l'institut de recherche « gfs.bern » sur mandat de l'Office fédéral des migrations (ODM), quelque 90 000 personnes vivaient en Suisse en 2005 sans autorisation de séjour. Il ressort en outre de l'étude que les sans-papiers se répartissent sur tout le territoire suisse. La plupart d'entre eux ont des emplois précaires dans des secteurs à bas salaires. Seul un nombre relativement restreint de sans-papiers tombe dans la criminalité. La politique d'asile pratiquée jusqu'à présent n'a eu guère d'effets sur leur effectif³.

2.2 Situation des jeunes sans-papiers

Selon un rapport de l'initiative des villes « ... 10 000 jeunes vivant en Suisse en 2004, [sont] sans titre de séjour. Entre 300 et 500 jeunes sans-papiers finissent l'école obligatoire chaque année et seraient en principe en mesure de commencer un apprentissage. On peut déduire des statistiques suisses de l'éducation que deux tiers environ d'entre eux souhaiteraient commencer un apprentissage, soit entre 200 et 400, ou, en chiffres relatifs, entre 0,25 et 0,5 % des quelque 80 000 contrats d'apprentissage conclus chaque année en Suisse »⁴.

En règle générale, les enfants et les jeunes ne sont pas responsables de leur séjour illégal en Suisse. En effet, l'illégalité de ce séjour s'explique par des raisons très diverses. Soit leurs parents se trouvaient déjà en Suisse sans droit de séjour au moment de la naissance, soit ils sont venus en Suisse dans le cadre d'un regroupement familial non autorisé ou ils sont restés en Suisse avec leurs parents après l'échéance de l'autorisation de séjour ou ont été envoyés illégalement en Suisse par leurs parents.

En ce qui concerne la scolarisation de ces enfants, il y a lieu de se référer aux recommandations émises en 1991 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP). Elle y réaffirme le principe selon lequel tous les enfants étrangers vivant en Suisse sont à intégrer dans les écoles publiques et que toute discrimination doit être évitée.

² <http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-sp-k-s-2010-08-31.aspx>

³ Sans-Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend. gfs.bern forschung für Politik, Kommunikation und Gesellschaft, avril 2005 Berne.

⁴ Rapport de l'initiative des villes: Accès à l'apprentissage des jeunes sans statut légal en Suisse, juillet 2010, qui renvoi à l'estimation de l'institut gfs berne.

Disponible sous : http://staedteverband.ch/cmsfiles/bericht_sanspapiers_ssv_franzoesisch_final.pdf

Dans la pratique, l'accès à l'enseignement de base obligatoire semble assuré. Du reste, l'art. 19 de la Constitution fédérale (Cst) garantit cet accès à tous les enfants vivant en Suisse.

Par contre, les jeunes sans-papiers n'ont pas droit à une formation consécutive au terme de la scolarité obligatoire. Cependant, quelques cantons se réfèrent alors également à la circulaire de la CDIP de 1991 et renoncent à faire une distinction entre les formations scolaires obligatoire et post-obligatoire. C'est pourquoi les jeunes en question peuvent accéder au gymnase. Il en va de même pour l'entrée à l'université ou dans une haute école spécialisée.

La formation professionnelle initiale constitue une autre voie de la formation post-obligatoire. Toutefois, les sans-papiers n'y ont pas accès jusqu'à présent étant donné que cette filière va de pair avec une activité lucrative au sens de la législation sur les étrangers, laquelle requiert une autorisation de séjour et de travail. Cette exigence concerne notamment les formations duales, qui représentent plus de 80 % des formations professionnelles initiales en Suisse. Les entreprises qui forment des jeunes en séjour illégal sont punissables (art. 117 LEtr).

2.3 Interventions parlementaires

Depuis de nombreuses années, les Chambres fédérales se penchent sur la question des sans-papiers. Diverses interventions parlementaires y ont été consacrées, comme par exemple la question Schenker du 9 mars 2009, « Sans-papiers. Uniformisation de la mise en œuvre des règles applicables dans les cas de rigueur » (09.5035), l'interpellation Heim du 9 décembre 2009, « Dignité des sans-papiers » (09.4122) ou l'interpellation Menétrey-Savary du 23 mars 2007, « Sans-papiers. Sommes-nous dans l'impasse ? » (07.3207).

La situation des enfants et des jeunes dépourvus de statut légal, en particulier, a fait l'objet notamment des motions Perrinjaquet du 3 juin 2010, « Jeunes sans-papiers. Une formation professionnelle, mais pas de passe-droits » (10.3375), Hodgers du 11 décembre 2009, « Respect de la Convention relative aux droits de l'enfant pour les enfants sans statut légal » (09.4236) et van Singer du 16 décembre 2008, « Régularisation des jeunes clandestins ayant suivi leur scolarité en Suisse » (08.3835).

Le Conseil national (conseil prioritaire) a suivi l'avis du Conseil fédéral et a rejeté le 28 septembre 2011 une motion qui demandait au Conseil fédéral de créer un mode d'accès aux stages pour les sans-papiers⁵. Néanmoins, cette motion visait principalement l'accès aux stages des personnes sans-papiers ayant achevé avec succès une formation académique.

A côté de la motion Barthassat (08.3616) qui a recueilli le soutien des deux conseils et a été transmise au Conseil fédéral, quatre autres initiatives concernant le même sujet ont été déposées. Trois d'entre elles n'ont pas encore été traitées en plenum⁶ mais ont été rejetées par la CIP-CN au motif notamment que suite à l'acceptation de la motion Barthassat par les Chambres, il appartenait maintenant au Conseil fédéral de formuler des propositions.⁷ Le 14 septembre 2009, le Conseil des Etats, se ralliant aux propositions des Commissions, a également décidé de ne pas donner suite à l'initiative du canton de Neuchâtel (10.318). Le rejet de ces interventions parlementaires permet d'éviter des doublons.

⁵ Motion Luc Barthassat "Ouvrir les stages aux sans-papiers" (10.3329)

⁶ Initiative parlementaire Perrinjaquet 10.446; initiative cantonale Jura 10.330; initiative cantonale Bâle-Ville 10.325

⁷ L'initiative parlementaire Perrinjaquet demande que l'art. 30, al. 1, LEtr soit complété par une let. m qui permette à une personne sans statut légal en fin de scolarité en Suisse d'effectuer une formation professionnelle. Les initiatives déposées par les cantons de Bâle, de Neuchâtel et du Jura vont dans le même sens, puisqu'elles demandent une réglementation uniforme permettant à des jeunes et des jeunes adultes sans statut légal de commencer une formation professionnelle initiale.

2.4 Situation juridique des jeunes sans-papiers en Suisse

En principe, toute personne séjournant illégalement en Suisse doit être renvoyée du pays. S'agissant de sans-papiers mineurs, il y a toutefois lieu d'observer le droit à la formation prévu dans la Convention sur les droits de l'enfant et dans le Pacte ONU I. Par ailleurs, l'art. 19 Cst. accorde un droit justiciable à un enseignement de base suffisant et gratuit. Selon l'avis qui prévaut, les jeunes sans-papiers n'ont aucun droit à une formation consécutive à la scolarité obligatoire. D'aucuns défendent cependant l'avis que la Convention sur les droits de l'enfant induit une obligation internationale obligeant la Suisse à accorder aux jeunes sans-papiers, au même titre qu'à d'autres jeunes, l'accès à des formations au terme de l'école obligatoire⁸.

Aujourd'hui déjà, les sans-papiers peuvent déposer auprès des offices cantonaux de la migration une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Si l'autorité cantonale juge qu'elle est en présence d'un cas individuel d'une extrême gravité et qu'elle est disposée à accorder une autorisation de séjour à l'intéressé, elle doit soumettre le dossier à l'ODM pour approbation (cf. art. 30, al. 1, let. b, et art. 99 LETr, art. 85 OASA et directives ODM⁹). Il n'existe toutefois aucun droit à une autorisation de séjour.

L'art. 31, al. 1, OASA liste les critères à considérer lors de l'appréciation de telles demandes. Sont notamment déterminants l'intégration du requérant, le respect de l'ordre juridique suisse, la situation familiale et la situation financière, la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquiescer une formation, la durée de la présence en Suisse, l'état de santé et les possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral, le requérant doit en outre se trouver dans une situation de détresse personnelle. De surcroît, ses conditions de vie et d'existence doivent être mises en cause de manière accrue par rapport à celles que connaissent généralement les autres étrangers (par exemple ATAF C-2740/2009 du 25 janvier 2010). Il faut tenir compte de la situation de l'ensemble de la famille. La durée du séjour doit être prise en considération en fonction du cas particulier. En effet, ni la loi ni la jurisprudence ne fixent une durée de séjour particulière pour les cas d'extrême gravité.

En 2011, l'ODM a reçu 192 demandes d'approbation de cas individuels d'extrême gravité au sens de l'art. 30, al. 1, let. b, LETr pour des personnes sans papiers. 163 demandes ont été approuvées et 25 rejetées.

3. Situation juridique dans l'Union européenne

Actuellement, le droit communautaire ne connaît pas de réglementation spécifique sur les ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier qui souhaiteraient travailler dans l'espace UE. Concernant les sans-papiers, la directive 2009/52/CE¹⁰ oblige cependant les Etats membres de l'UE à interdire l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (art. 3, al. 1). Mais en vertu de l'art. 3, al. 3, de la dite directive, un Etat membre peut prévoir dans sa législation nationale des dérogations pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dont l'éloignement a été reporté et qui sont autorisés à travailler conformément au droit national.

⁸ Peter Uebbersax et al. (éd.) *Ausländerrecht - Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2^e édition, Bâle 2009, p. 410 / N 9.112 ss.

⁹http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/verfahren_und_zustaendigkeiten/1-verfahren-zustaendigkeiten-f.pdf

¹⁰ Directive 2009/52/CE du Parlement et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO n° L 168 du 30.6.2009, p. 24.

S'agissant de l'accès à la formation professionnelle et continue, l'art. 3, al. 1, let. b, de la directive contre la discrimination¹¹ interdit toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Si cette interdiction s'applique aussi aux ressortissants d'Etats tiers, elle ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et est sans préjudice des dispositions en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et à leur accès à l'emploi et au travail (consid. 12). Toutefois, l'art. 14, al. 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹² dispose que toute personne a droit à l'accès à la formation professionnelle et continue.

La Suisse n'est pas liée par les actes juridiques européens mentionnés. La coopération Schengen, dont l'acquis lie la Suisse, ne comprend que des dispositions sur l'entrée et les séjours de courte durée (jusqu'à 90 jours, visa de courte durée), mais ne réglemente pas les conditions de la prise d'emploi par des ressortissants d'Etats tiers en séjour illégal en Suisse. En outre, ces personnes ne sauraient bénéficier des garanties inhérentes à l'accord sur la libre circulation des personnes vu que celui-ci ne s'applique qu'aux citoyens de l'UE et aux autres ayants droit.

4. Commentaire relatif à P-art. 30a OASA

4.1 Considérations générales

En raison de l'adoption par les Chambres de la motion Barthassat (08.3616), le Conseil fédéral propose une modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA). En effet, la motion requiert du Conseil fédéral la mise en œuvre d'un mode d'accès à la formation professionnelle initiale pour les jeunes sans statut légal ayant effectué leur scolarité en Suisse (voir ch. 1).

Lorsque les jeunes sans-papiers font le choix d'une formation professionnelle initiale après l'achèvement de leur formation scolaire obligatoire, l'absence d'autorisation de séjour ou de travail leur est rédhibitoire pour la signature d'un contrat de travail. Ils ne peuvent dès lors pas s'engager dans une telle formation. En effet, selon la LEtr tout étranger qui entend exercer une activité lucrative en Suisse doit être titulaire d'une autorisation de séjour (art. 11, al. 1, LEtr). Est considérée comme activité lucrative au sens de l'art. 11, al. 2, LEtr toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement. Etant donné que l'apprentissage est considéré comme une activité lucrative (art. 1a, al. 2, OASA), les jeunes sans-papiers n'ont donc pas la possibilité d'accéder à une telle formation, faute d'une régularisation de leurs conditions de séjour. Dans un tel cas, l'employeur est punissable parce qu'il emploie un étranger n'ayant pas l'autorisation requise (art. 117 LEtr).

A l'inverse, lorsque qu'ils font le choix d'une formation académique, l'absence d'autorisation de séjour ou de travail ne pose en règle générale pas de problème pour accéder une telle filière, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une activité lucrative (voir également à ce sujet ch. 2.2).

A l'heure actuelle, il existe déjà la possibilité de délivrer une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Cette réglementation s'applique également aux sans-papiers. Les personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur peuvent être autorisées à exercer une activité lucrative salariée ou indépendante sous réserve du respect des conditions fixées à l'art. 31, al. 3 et 4, OASA. Notons que l'art. 31 OASA se rapporte aussi bien aux cas d'une

¹¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO n° L 303 du 2.12.2000, p. 16.

¹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007, JO n° C 303 du 14.12.2007, p.1

extrême gravité du domaine des étrangers (art. 30, al. 1, let. b, 50, al. 1, let. b, et 84, al. 5, LEtr) qu'aux cas de rigueur du domaine de l'asile (art. 14, al. 2, LAsi).

Toutefois, dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Barthassat, il est apparu opportun de régler de manière détaillée les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour et de travail à des personnes sans statut légal afin de leur permettre d'effectuer une formation professionnelle initiale ou d'accéder à une offre de formation transitoire nécessitant l'exercice d'une activité lucrative (voir à ce sujet ch. 4.2 ad alinéa 1). Ainsi, les chances de succès d'une telle demande peuvent être évaluées concrètement par les intéressés.

Cette variante a été préférée aux solutions de l'introduction d'un cas spécifique de dérogation aux conditions d'admission dans la loi fédérale sur les étrangers ou de la modification des art. 1a OASA et 11, al. 2, LEtr afin de ne plus considérer l'apprentissage comme une activité lucrative.

Le fait que l'on tienne compte aujourd'hui déjà des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs en vue de l'admission en Suisse (art. 30, al. 1, let. b, LEtr) plaide en faveur d'une réglementation au niveau de l'ordonnance. Aux termes de l'art. 30, al. 2, LEtr, le Conseil fédéral fixe les conditions générales et arrête la procédure. Il fait usage de cette compétence en proposant le nouvel art. 30a OASA.

Se fondant sur l'art. 30, al. 1, let. b, LEtr, le Conseil fédéral a d'ores et déjà défini des états de fait spécifiques de l'octroi d'une autorisation de séjour dans les cas d'une extrême gravité. D'une part en faveur des enfants de ressortissants suisses (art. 29 OASA), d'autre part pour les anciens ressortissants suisses (art. 30 OASA). En permettant l'accès à une formation professionnelle initiale par le truchement de la réglementation des cas d'extrême gravité, le Conseil fédéral crée un nouvel état de fait. Ce faisant, il tient compte d'intérêts publics majeurs, soit du second critère de l'art. 30, al. 1, let. b, LEtr. L'intérêt public réside notamment dans le fait que l'étranger a ainsi de meilleures chances de réintégration dans son pays d'origine et qu'il est par conséquent plus probable qu'il quitte la Suisse au terme de sa formation professionnelle initiale.

En outre, il convient de mentionner que le présent projet était initialement un projet du Conseil fédéral. L'initiative en vue de la modification du droit a plutôt émané de l'Assemblée fédérale suite aux délibérations et à la transmission de la motion Barthassat (08.3616 ; « Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal »).

Par ailleurs, la variante consistant à ne plus considérer l'apprentissage comme une activité lucrative a également été abandonnée au vu des problèmes que cela aurait engendrés tant au niveau pratique que juridique. En tant que personnes exerçant une activité lucrative, les apprentis doivent posséder une autorisation de travail, laquelle est liée à une autorisation de séjour valable. Si la formation professionnelle initiale ne devait plus être considérée comme activité lucrative au sens du droit des étrangers, l'autorisation d'accès au marché du travail ne serait plus requise. Cependant, l'intéressé aurait encore besoin d'une autorisation de séjour. Par conséquent, le séjour de l'apprenti resterait illégal. De même, les mécanismes de protection relevant du marché du travail inscrits dans le droit des étrangers (contingents, priorité des ressortissants de la Suisse et des Etats membres de l'UE/AELE, contrôles des conditions de rémunération et de travail) deviendraient, de manière générale, caducs en ce qui concerne la formation professionnelle initiale. Enfin, une telle réglementation ne serait pas cohérente avec d'autres domaines du droit (par exemple l'assurance-chômage ou les assurances sociales en général), pour lesquels la formation professionnelle initiale continuerait d'être une activité lucrative.

La création, dans la LEtr, d'un droit à une autorisation en faveur de ces personnes créerait une inégalité de traitement injustifiée par rapport aux autres cas individuels d'extrême gravité

qui se trouveraient dans une situation comparable et ne pourraient faire valoir un droit de séjour.

En outre, il se pose la question de savoir si les jeunes qui séjournent illégalement en Suisse et suivent le gymnase, des cours à l'université ou une autre formation théorique ne devraient pas, eux aussi, obtenir une autorisation particulière pour cas d'extrême rigueur. Or, dans la pratique, de telles formations peuvent être suivies aujourd'hui déjà sans réglementation relevant du droit des étrangers. De surcroît, les personnes concernées peuvent déposer une demande fondée sur les dispositions générales relatives aux autorisations pour cas d'extrême gravité (art. 31 OASA). A la fin des études universitaires, ils peuvent également accéder plus facilement au marché du travail suisse. En effet, l'activité lucrative peut être autorisée sans procéder à l'examen de l'ordre de priorité si l'activité envisagée revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (art. 21, al. 3, LEtr).

Le présent projet n'introduit pas de droit à l'octroi d'une autorisation. Si l'autorité compétente en la matière refuse d'accorder l'autorisation sollicitée, le risque d'un renvoi demeure tant pour la personne concernée que pour sa famille car il s'agit avant tout de personnes qui séjournent en Suisse de manière illégale.

La nouvelle disposition est également complétée par deux alinéas réglant, d'une part, la prolongation de l'autorisation de séjour après l'achèvement de la formation de la personne concernée et, d'autre part, la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur à la famille de la personne concernée.

4.2. Considérations spécifiques

Ad alinéa 1

a) Notion de formation professionnelle initiale

Le projet s'adresse à l'accomplissement d'une première formation. Bien que la loi sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10) permette de faire plusieurs formations professionnelles initiales, le projet ne s'applique qu'à la première formation. Il n'est pas nécessaire qu'il prévoit la réglementation des conditions de séjour de la personne désirant effectuer une deuxième formation professionnelle initiale car les personnes qui le désirent ou qui désirent poursuivre leur formation peuvent déposer une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur ordinaire en vertu des dispositions actuelles régissant les cas de rigueur. Une fois la personne réglée sous cet angle, elle aura les mêmes possibilités que si elle avait été réglée sous l'angle du projet. Elle aura également la possibilité de faire une nouvelle formation professionnelle initiale ou de poursuivre une autre formation (voir art. 30a, al. 2 OASA).

b) Participation à des offres de formation transitoire

En outre, bon nombre de jeunes fréquentent entre la fin de l'école obligatoire et le début de leur formation professionnelle initiale des formations post-obligatoires appelées offres de formation transitoire. Ces solutions transitoires sont des mesures mises sur pied pour préparer les jeunes à la fin de la scolarité obligatoire à une formation professionnelle initiale (formation professionnelle initiale en 2, 3 ou 4 ans, école de commerce, école des métiers) ou à accéder à une formation scolaire du degré II. Il s'agit de formations qui ne font pas partie de l'école obligatoire et qui impliquent pour certaines une activité lucrative de 2 à 3 jours par semaine (exemples: stages, semestres de motivation, préapprentissage). Toutefois, les offres de formation transitoire comprennent également les offres de préparation scolaire qui

constituent des formations purement théoriques et qui ne nécessitent pas l'exercice d'une activité lucrative¹³.

Les personnes qui remplissent les conditions de l'art. 30a OASA seront également réglées sous l'angle du projet si elles désirent suivre des offres de formation transitoire qui nécessitent l'exercice d'une activité lucrative. La participation à de telles offres est comprise dans la 1^{ère} phrase de l'al. 1 du projet "*permettre une formation professionnelle initiale*".

Les personnes désirant effectuer une offre de formation transitoire purement théorique n'ont pas besoin d'une autorisation pour l'exercice d'une activité lucrative.

Le projet prévoit donc la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur aux personnes sans statut légal pour la durée de leur formation professionnelle initiale (ou pour la participation éventuelle à une offre de formation transitoire nécessitant l'exercice d'une activité lucrative) sous réserve des conditions cumulatives énumérées aux lettres a à f. Il n'existe pas de droit à la délivrance d'une telle autorisation.

L'autorisation est délivrée et renouvelée pour la durée de la formation envisagée. Si la formation prend fin de façon prématurée, une nouvelle autorisation de séjour doit être sollicitée (art. 54 OASA).

Ad lettre a

La personne concernée doit avoir fréquenté l'école obligatoire en Suisse durant les cinq dernières années précédant le dépôt de la demande d'autorisation de séjour et ce, de façon ininterrompue. La fréquentation d'une offre de formation transitoire purement théorique après l'école obligatoire doit être comptabilisée dans le calcul de la durée des 5 ans de scolarité exigée par le projet. La fréquentation d'autres offres de formation transitoire qui nécessitent, quant à elles, l'exercice d'une activité lucrative ne peuvent en revanche pas être comptabilisées dans le calcul de la durée minimale de scolarité exigée par le projet. En effet, l'exercice d'une activité lucrative nécessite le dépôt d'une demande sous l'angle du projet (voir ch. 4.2 ad. alinéa 1) et la personne concernée doit remplir les conditions du projet, soit, avoir fréquenté l'école obligatoire durant 5 ans au moins. Cette réglementation n'entraîne pas d'inégalité de traitement car ces personnes ont également la possibilité d'effectuer une formation purement théorique qui sera comptabilisée dans le calcul de la durée minimale de scolarité exigée par le projet.

Le requérant doit apporter la preuve qu'il a accompli les années de scolarité requises en Suisse.

L'accord cantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire (concordat HarmoS) est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2009. Ce concordat vise à harmoniser les structures et les objectifs de la scolarité obligatoire. Il fixe notamment la durée de l'école obligatoire à 11 ans (deux ans d'école enfantine, six ans d'école primaire et trois ans d'école secondaire). Désormais, pour les cantons ayant signés le concordat HarmoS, les années d'écoles enfantines sont intégrées dans le cursus scolaire normal et deviennent obligatoires. Les cantons ayant adhéré à ce concordat ont six ans, soit jusqu'au début de l'année scolaire 2015/2016, pour satisfaire aux objectifs fixés dans le concordat. L'accord est valable pour tous les cantons qui l'ont ratifié. Pour le reste, le droit cantonal règle de manière différenciée les années de fréquentation de l'école enfantine. A l'heure actuelle, quinze cantons ont décidé d'y adhérer (SH, GL, VD, JU, NE, VS, SG, ZH, GE, TI, BE, FR, BS, SO, BL) et sept cantons l'ont rejeté (LU, GR, TG, NW, UR, ZG, AR)¹⁴.

¹³ Ex: 10^{ème} année scolaire, années d'orientation, année de raccordement ou années d'intégration pour les jeunes migrants.

¹⁴ Source: site internet de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) www.cdip.ch / Domaine d'activité / HarmoS / Procédures d'adhésion et entrée en vigueur/. Site consulté le 30 novembre 2011.

Toutefois, vu que cette réglementation ne s'applique pas à tous les cantons et afin de tenir compte des différences cantonales en la matière, une durée de neuf ans de formation obligatoire a été prise en compte sous déduction des années d'école enfantine obligatoires qui diffèrent d'un canton à l'autre. Ainsi, la durée minimum de fréquentation de l'école obligatoire fixée à la lettre a correspond à plus de la moitié du cursus scolaire obligatoire.

Par ailleurs, l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur grave dans le domaine de l'asile (art. 14, al. 2, LAsi) et dans le domaine de l'admission provisoire (art. 84, al. 5, LEtr) présuppose que l'intéressé réside depuis plus de cinq ans en Suisse.

D'une manière générale, la formation professionnelle initiale doit faire suite à la fin de la formation scolaire obligatoire. Dans la pratique, les personnes désirant effectuer une formation professionnelle initiale (ressortissants suisses ou étrangers) commencent leurs recherches au minimum un an - voire deux ans suivant les professions - avant la fin de leur scolarité obligatoire. Dès lors, s'ils commencent leurs recherches suffisamment tôt, ils pourront trouver une place pour débiter leur formation professionnelle initiale dès la fin de leur scolarité obligatoire. Comme il est établi que les étrangers éprouvent en règle générale davantage de difficultés à trouver une place de formation professionnelle initiale que les ressortissants suisses, des démarches aussi précoces que possible en vue de trouver une telle place devraient relever de la responsabilité personnelle du principal intéressé.

Toutefois, il peut arriver que les personnes concernées ne trouvent finalement pas de place immédiatement après la fin de l'école obligatoire. Pour ces raisons, le projet prévoit que la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue d'effectuer une formation professionnelle initiale doit intervenir dans les 12 mois qui suivent la fin de la scolarité obligatoire.

Ad lettres b, c, d, e et f

L'existence du dépôt d'une demande par l'employeur (art. 18, let. b, LEtr) ainsi que le respect des conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEtr) doivent être examinées, par analogie avec l'art. 31 OASA.

Comme dans le cadre de l'art. 31 OASA, l'intégration du requérant doit être prise en compte. On estime que l'intégration est bonne, lorsque l'étranger respecte l'ordre et la sécurité publics ainsi que les principes fondamentaux de la Constitution, qu'il parvient à communiquer dans une langue nationale et qu'il veut participer à la vie économique ou acquérir une formation. En règle générale, les derniers points mentionnés peuvent être considérés comme remplis compte tenu de l'exigence des cinq années de scolarisation. L'intégration du requérant doit être notamment examinée à la lumière des critères de l'art. 4 de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE ; RS 142.205) et, - de lege ferenda - du nouvel art. 58 de l'avant-projet du 23 décembre 2011 concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers¹⁵. L'effet intégratif de la formation scolaire doit être dûment pris en considération.

Le comportement de l'étranger depuis son arrivée en Suisse est déterminant. Cependant, le séjour illégal en Suisse ne saurait être reproché à ces jeunes vu qu'ils sont en règle générale entrés en Suisse avec leurs parents.

Par analogie avec la réglementation actuelle des cas de rigueurs (art 31 OASA), le projet prévoit une obligation de justifier de son identité au moment du dépôt de la demande. Bien que dans le cas présent, le dossier de demande d'autorisation de séjour comprendra à l'évidence le contrat de la personne requérante et, par conséquent, son identité, l'insertion d'une

¹⁵http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/laufende_gesetzgebungsprojekte/teilrev_aug.h.html

telle obligation est utile et crée un parallélisme entre le projet et la réglementation des autres cas de rigueur.

Ad alinéa 2

Au terme de la formation, l'autorisation de séjour peut être prolongée. Il n'existe pas de droit à la prolongation et son examen devra être fait sous l'angle des critères relatifs à l'art. 31 OASA. Une attention particulière sera portée au degré d'intégration.

Ad alinéa 3

Les conditions de séjour des parents et des frères et sœurs de la personne concernée doivent être examinées sous l'angle de l'art. 31 OASA. Ainsi, - au contraire de ce qui se produit actuellement lors de l'examen des cas de rigueur "usuels" - l'examen de la demande du requérant désirant effectuer une formation professionnelle initiale sera soumise aux conditions de l'art. 30a OASA et celui de ses parents et frères et sœurs aux conditions de l'art. 31 OASA. Lors de l'examen de la demande, il faut toutefois prendre en compte la situation de l'ensemble de la famille.