Globethics Repository



Leben mit unbewilligter Existenz. Was gehen uns MigrantInnen in irregulären Situationen an ? (Living « Illegal ». Do We Care about Migrants in Irregular Situations?)

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Book
Authors	Hungerbühler, Hildegard;Wisard, Nicolas;Schär, Benz;Günther, Stephan
Publisher	Institut für Sozialethik des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes (ISE)
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-16 15:21:50
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/183288

Leben mit unbewilligter Existenz. Was gehen uns MigrantInnen in irregulären Situationen an?

Vivre en situation non-autorisée. En quoi les 'sans-papiers' nous concernent-ils ?

Dokumentation zur Tagung vom 29. Mai 1999 in Bern

Document final de la Journée de rencontre du 29 mai 1999 à Berne

ISE-TEXTE 10/99 ISSN 1420-097X

Institut für Sozialethik des SEK

Institut d'étique sociale de la FEPS

ISE-Texte 1999, Nr. 10

Hildegard Hungerbühler, Fachbereich Migration
Danielle Perrochet, Layout

ISSN 1420-097X

Nachbestellung: **SEK Bern, zum Preis von Fr. 17.- pro Exemplar**

Commandes supplémentaires : **SEK Bern, au prix de Fr. 17.- l'exemplaire**

Institut für Sozialethik des SEK
Sulgenauweg 26
Postfach
3000 Bern 23

Bestellungen 031 370 25 55
Fax 031 370 25 59
e-mail: ise-ies@sek.ch

Institut d'éthique sociale de la FEPS
Terreaux 10
1003 Lausanne

Tél. 021 323 64 65
Fax 021 323 64 66
e-mail: daniela.frosio@feps.ch

Inhaltverzeichnis / Table des matières

Begrüssung und Einführung ins Tagesthema 2

I. Gründe für die Thematisierung 2

II. Ziele der Thematisierung der ‚Sans-papiers': was wollen wir damit erreichen? 4

I Referate / Exposés 6

Les droits des sans-papiers 6

Introduction 6

I. La notion d'étranger en situation irrégulière 6

II. Le principe de la reconnaissance de droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière. 11

III. L'incidence des règles fondamentales de l'égalité de traitement et du respect de la dignité humaine 13

IV. Les paramètres généraux restreignant le bénéfice des droits et libertés pour les étrangers en situation irrégulière 16

V. Les droits et libertés de la personne et de l'esprit 20

VI. Les droits économiques et sociaux 27

Was gehen Sans-papiers die Kirche an? 40

Migration und Weltmarkt 43

II Workshops / Ateliers 49

Workshop 1 Von den Lebensbedingungen philippinischer Hausangestellter .. 49

Workshop 2 Sans-papiers en Romandie : conséquence de la politique des trois cercles 50

Workshop 3 Illegaliserte Migrantinnen 52

Workshop 4 Nationale Bewegung zur Unterstützung der 54

"Sans-Papiers" 54

Schlussfolgerungen 55

III Anhang / Annexe 60

TeilnehmerInnenliste / liste des participant-e-s 60

Publikationen / publications 65

Kontaktadressen in den Regionen / Contacts régionaux 66

Begrüssung und Einführung ins Tagesthema

Hildegard Hungerbühler *Migrationsbeauftragte SEK, Bern*

Liebe Anwesende

Ich begrüsse Sie herzlich zu unserer Tagung und freue mich, dass Sie so zahlreich anwesend sind. Nebst den Fachpersonen in und ausserhalb der Kirche, die beruflich im Migrationsbereich tätig sind, begrüsse ich speziell diejenigen unter Ihnen, die sich aufgrund eigener Betroffenheit für die Auseinandersetzung interessieren, die wir heute führen wollen.

Leben mit unbewilligter Eistenz. Was gehen uns Migrantinnen und Migranten in irregulären Situationen an? Mit diesem Titel unserer Veranstaltung wagen wir uns an ein schwieriges und unpopuläres Thema. Es geht dabei um Menschen, die von Gesetzes wegen nicht hier sein dürften, es jedoch aus vielfältigen Gründen, auf die wir heute eingehen werden, dennoch sind. Um Menschen z.B., die gesellschaftlich notwendige Arbeit verrichten, die zu unserer gesellschaftlichen Realität gehören, ohne zugleich auch Mitglieder dieser Gesellschaft zu sein. Um Menschen, deren ungeregelter Aufenthalt in unserem Land als Antwort auf das strukturelle Ungleichgewicht unserer Weltordnung zu verstehen ist. Menschen, die bei uns suchen, was sie in ihrer Heimat nicht haben: z.B. die wirtschaftliche Sicherung ihrer Existenz, soziale und politische Stabilität, Frieden. An der Situation von Migrantinnen und Migranten ohne geregelten Aufenthalt, den sogenannten ‚Sans-papiers', spiegeln sich widersprüchliche Interessen. Es sind dies die Interessen des Nationalstaats, die Einwanderung zu kontrollieren und zu begrenzen. Es sind dies aber auch die Interessen gewisser Wirtschaftsbranchen, die auf billige und flexible Arbeitskräfte zurückgreifen sowie die steigende Nachfrage nach Dienstleistungen ausserhalb des offiziellen Arbeitsmarktes (so etwa im Bereich des Haushalts und der Kinderbetreuung, im Unterhaltungsgewerbe oder auf dem Heiratsmarkt). Und nicht zuletzt handelt es sich um die Interessen der Migrantinnen und Migranten selbst, die ein unbewilligtes Leben in der Schweiz trotz rechtlicher und sozialer Marginalität der perspektivelosen Existenz im Herkunftsland vorziehen – dies vielfach gezwungenermassen. Die Problematik ist komplex, kontrovers und schwierig zu bearbeiten. In der Diskussion über die Hintergründe und Zusammenhänge von Migration wird sie denn auch oft ausgeblendet, obwohl sie an wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung gewinnt.

I. Gründe für die Thematisierung

Weshalb greifen wir gerade dieses Thema dennoch auf? Dafür sprechen mindestens drei Gründe:

1. Die migrationspolitische Entwicklung und die Antwort der Einwanderungsgesetzgebung

Bereits 1995 schätzte der damalige Direktor des Bundesamtes für Flüchtlinge, Peter Arbenz, in seinem Migrationsbericht die Zahl der Migrantinnen und Migranten, die mit ungeregeltem Aufenthalt in der Schweiz leben, auf ca. 50'000 – 100'000. Obwohl nie zuverlässig eruierbar, dürfte ihre Zahl seither weiter gewachsen sein. Beratungsstellen im Migrationsbereich berichten, dass unter den Ratsuchenden Migrantinnen und Migranten ohne geregelten Aufenthalt zunehmen. Darunter immer mehr Personen, die einst regulär eingewandert sind, z.B. als Saisonniers aus dem früheren Jugoslawien, die mittlerweile jedoch als Folge veränderter ausländerrechtlicher Bedingungen ihre Aufenthaltsberechtigung verloren haben. Aufgrund

der migrationspolitischen Entwicklung und der sich verschärfenden Einwanderungsgesetzgebung als ein Ausdruck davon wird der Zugang über legale Wege immer enger (via Asylgesetz oder Zulassung zum Arbeitsmarkt). Mit Gesetzesrevisionen lässt sich die kontrollierte oder legale Immigration zwar beschränken, die irreguläre oder illegale hingegen nimmt in der Konsequenz zu. Vermutlich wird diese Tendenz anhalten, solange die Migrationsursachen nicht nur weiter bestehen, sondern sogar wachsen.

Aber auch Ausländerinnen und Ausländer, die über Jahresaufenthaltsbewilligungen oder gar die Niederlassung verfügen, erfahren in Zeiten wirtschaftlicher und sozialer Krise plötzlich, dass auch ihr Aufenthaltsrecht prekär werden kann. Und dies ungeachtet, ob sie während Jahren erwünschtermassen ihre Arbeitskraft in den Dienst der hiesigen Gesellschaft gestellt haben.

Aus einer rein menschlichen Perspektive ist es verständlich, wenn Migrantinnen und Migranten, die in ihrer Heimat keine Alternative haben, auch ohne Bewilligung weiter ihre Existenz zu sichern suchen. Aus der Logik des Rechtsstaats hingegen gilt es, den illegalen Aufenthalt - ungeachtet seiner Entstehungsgründe - zu bekämpfen. So wird in den jüngsten behördlichen Migrationsberichten die Bekämpfung der Illegalität konsequent als einer der wichtigsten Pfeiler der künftigen Migrationspolitik postuliert. Derselbe Staat zeigt sich jedoch zurückhaltend gegenüber der steigenden Nachfrage nach ausbeutbaren Migrantinnen und Migranten im Bereich der Schattenwirtschaft und gegenüber den menschenrechtswidrigen Arbeitsbedingungen, die oft damit einhergehen. Es sind solche Widersprüchlichkeiten, die es meines Erachtens verdienen, aus dem Hintergrund der Migrationsdikussion hervorgeholt zu werden.

2. Zum zweiten Grund, weshalb wir die Situation der ‘Sans-papiers’ thematisieren.

Eine dem Evangelium verpflichtete Kirche darf sich nicht um Menschen mit marginalisierten und vielfach menschenunwürdigen Lebensbedingungen foutieren. In seinem migrationspolitischen Positionspapier von 1996 hat sich der SEK u.a. für die Bearbeitung der Fragen rund um die irreguläre Situation von Migrantinnen und Migranten sowie zugunsten eines Engagements für diese Menschen ausgesprochen. Ein solches sieht er auf zwei Ebenen zu realisieren:

a) auf der sozialdiakonischen, indem Kirchen im Kontakt mit andern Solidaritätsnetzwerken Handlungskonzepte erarbeiten und diesen Personen konkrete Unterstützung in der Bewältigung ihres Alltags geben und
b) auf der politischen, indem sich Kirchen z.B. in Härtefallkommissionen zugunsten von ‘Sans-papiers’ einsetzen, sich für die Vermeidung der Illegalisierung und die Regularisierung ihrer Lebensbedingungen verwenden. Mit differenzierter Informationsarbeit können Kirchen auch wichtige Beiträge zur Enttabuisierung der Problematik leisten und so mithelfen, die merhheitlich einseitige Wahrnehmung illegaler Migrantinnen und Migranten als Kriminelle abzubauen (Bsp. Reform. Kirche Bern-Jura).

3. Der dritte Grund, der uns zur Thematisierung der ‘Sans-papiers’ bewegt, ist eine Motion der heute anwesenden Nationalrätin Angeline Fankhauser vom 9. Dezember 1997, die von 111 Nationalratsmitgliedern unterzeichnet und die im vergangenen Monat als Postulat überwiesen wurde.

Damit wurde der Bundesrat eingeladen, zum letztjährigen Anlass der Jubiläen „150 Jahre Bundesstaat“ und „50 Jahre Uno-Menschenrechte“ eine Amnestie für Menschen zu erlassen, welche sich ohne gültige Aufenthaltsregelung seit einer bestimmten Zeit in der Schweiz befinden. Für die Festlegung der Kriterien für die Amnestierung wird der Bundesrat gebeten, eine breit abgestützte, unabhängige Kommission einzusetzen. Ziel der Amnestie

ist, den ‘Sans-papiers’, d.h. den Menschen, die wegen ihrem ungeregelten Aufenthaltsstatus rechtlos sind, ihre Würde zurückzugeben, den Solidaritätsgedanken zu fördern und der Marginalisierung eines Teils der Gesellschaft entgegenzutreten. Parallel zu diesem Vorstoss hat sich im März 1998 eine nationale Plattform zur Unterstützung der ‘Sans-papiers‘ in der Schweiz gebildet, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern der Kirchen, Gewerkschaften und aus diversen Nichtregierungsorganisationen. Die Ziele und bisherigen Aktivitäten der Plattform werden heute Nachmittag in der Gesprächsgruppe 4) vorgestellt und anschliessend am Runden Tisch im Plenum wieder aufgegriffen werden.

II. Ziele der Thematisierung der ‚Sans-papiers‘: was wollen wir damit erreichen?

Was streben wir mit der heutigen Tagung an?

Wir wollen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kirchen, aber auch für weitere Personen, die mit ‚Sans-papiers‘ konfrontiert sind oder sich für ihre Problematik interessieren, eine Plattform der thematischen Auseinandersetzung, des Erfahrungsaustauschs und der Vernetzung bieten. Dabei kann es nicht darum gehen, fertige Antworten zu finden. Dazu ist das Thema zu widersprüchlich und komplex. Vielmehr möchten wir gemeinsam mit Ihnen die vielfältigen Hintergründe analysieren, die Menschen in irreguläre Situationen bringen, die Menschen und ihre Geschichten sichtbar machen, die hinter dem Namen ‚Sans-papiers‘ stehen, den gesellschaftpolitischen Handlungsbedarf klären und mögliche Beiträge der Kirchen diskutieren.

Die Referate vom Morgen beleuchten die Thematik aus verschiedenen Blickwinkeln.

Ich habe es bereits erwähnt, das Asyl- und Ausländerrecht spielen eine zentrale Rolle beim Thema ‚Sans-papiers‘. Nicolas Wisard erläutert die rechtlichen Bedingungen der Problematik und beleuchtet die Situation der ‚Sans-papiers‘ aus juristischer Sicht. Dabei wird es auch um Grund- und Menschenrechte gehen, die auch Menschen mit irregulärem Aufenthalt zustehen. Ob sie in der Praxis auch eingefordert werden können, darauf werden wir in den Gruppen am Nachmittag zu sprechen kommen.

Benz Schär wird sich der Frage “Was gehen Sans-papiers die Kirche an?“ mit theologischen Gedanken über Menschenrechte, Nationalstaat und die Rolle der Kirche annehmen.

Stephan Günther schliesslich wird die globalen Zusammenhänge von Migration und Weltmarkt aufzeigen, die enge Verflechtung migrations- und wirtschaftspolitischer Entwicklungen an konkreten Beispielen verdeutlichen und uns in die ökonomischen Hintergründe des Tagesthemas einführen. Dabei werden wir das Zusammenspiel von wirtschaftlicher Nachfrage und menschlichen Notlagen kennenlernen.

Am Nachmittag dann steht die menschliche Problematik der ‚Sans-papiers‘ im Vordergrund sowie Ansätze solidarischer Netzwerkarbeit.

Philippinische Hausangestellte gehören zu den Gruppen, die oft in illegalisierten Arbeitsverhältnissen stehen und einer massiven ökonomischen und meist auch physischen und psychischen Ausbeutung ausgesetzt sind. In der Gesprächsgruppe 1) werden Sie mehr über die Lebensbedingungen dieser Menschen erfahren, aber auch über ihre Anstrengungen, sich zu organisieren und ihre Rechte einzufordern.

Am Beispiel der Ex-Saisonniers aus dem früheren Jugoslawien wird der Zusammenhang zwischen Ausländerpolitik und der Illegalisierung von Migranten deutlich. Vertreter des mouvement des travailleurs saisonniers berichten in der zweiten Gesprächsgruppe über die Fol-

gen der Drei-Kreise-Politik für die Saisonniers und über die Solidaritätsbewegung, die sich in der Romandie gebildet hat.

Das Netzwerk ‚Solidarität mit illegalisierten Frauen' thematisiert in der dritten Gesprächsgruppe die besonderen Aspekte, die zur Illegalisierung von Frauen in der Migration führen können und stellt seine Arbeit vor.

In der vierten Gesprächsgruppe diskutieren wir die Entstehung und die Ziele der nationalen Bewegung zur Unterstützung der ‚Sans-papiers' in der Schweiz.

Ziel der Diskussion am anschliessenden Runden Tisch ist es, aufgrund der Fragen und Schlussfolgerungen aus den Gesprächsgruppen Handlungsempfehlungen sowie mögliche Beiträge der Kirchen abzuleiten.

I Referate / Exposés

Les droits des sans-papiers

***Nicolas Wisard**, avocat, docteur en droit, Genève*

Introduction

Il est une idée que l'on retrouve constamment dans les réflexions sur le statut des sans-papiers: l'absence de "papiers" vaut absence de droits.

La présente contribution[1] se propose de vérifier la pertinence de cette équation sur plan juridique, et dans la perspective des droits fondamentaux reconnus en Suisse, en analysant quelques domaines de législation.

Il est important de relever d'emblée que les études sur le statut juridique des "sans-papiers" ne sont pas légion en Suisse. De même, la jurisprudence ou la pratique des autorités en la matière ne font pas l'objet de publications fréquentes. De la sorte, les développements qui suivent se limitent, sur nombre de points, à poser des hypothèses de raisonnement.

I. La notion d'étranger en situation irrégulière

A. Définition et démarcations terminologiques

La loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers[2], qui constitue la pierre d'angle du droit suisse de l'immigration, prescrit en son art. 1er que "tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement ou si, selon la présente loi, il n'a pas besoin d'une autorisation". Est ainsi en situation irrégulière l'étranger qui n'est titulaire d'aucune autorisation ou ne jouit d'aucun droit de séjour *ex lege* dérivé de la LSEE[3].

A ces titres de séjour doivent être ajoutés ceux que la loi fédérale du 5 octobre 1979 sur l'asile[4] prévoit en réglant, de manière complémentaire à la LSEE, le statut des requérants d'asile et réfugiés. Les droits de séjour conférés par cette législation - droit provisoire pour les requérants d'asile (cf. art. 19), illimité pour les réfugiés (art. 4) -, valent comme titre de séjour légal régulier, au sens de l'art. 1er LSEE.

Les dispositions qui viennent d'être citées montrent qu'un étranger qui séjourne (au sens large du terme) en Suisse sans être titulaire d'une autorisation délivrée par l'autorité compétente, ni n'est au bénéfice d'un droit de séjour conféré "automatiquement" par la loi, est en situation illégale. C'est cet état d'illégalité qui caractérise les "sans-papiers". Contrairement à ce que pourrait donc laisser penser ce terme du langage courant, le défaut de papiers

---

1 Contribution basée sur une étude plus détaillée présentée dans le cadre de la Table-ronde du Groupe d'Etude et de Recherche sur la Justice Constitutionnelle de l'Université d'Aix-en-Provence de septembre 1998, et destinée à publication dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle 1998, à paraître prochainement.

2 Recueil systématique du droit fédéral (ci-après RS) 142.20; ci-après LSEE.

3 Cf. l'art 2 LSEE et les précisions de l'art. 1er du règlement d'exécution du 1er mars 1949 (RS 142.201; ci-après RSEE). L'exemple type du droit de séjour *ex lege* est donné par les touristes en voyage pour trois mois au maximum.

4 RS 142.31; LAsi - citée ici dans sa teneur (encore actuelle), soit celle qui ressort du texte original de 1979 avec les modifications intervenues et entrées en vigueur jusqu'en mai 1999.

d'identité, ou le fait de ne pas être au titulaire d'une autorisation de séjour *stricto sensu* n'est pas pertinent sur le plan juridique dans le contexte qui nous intéresse ici - à la différence par exemple du droit d'asile où le défaut de papiers d'identité peut entraîner des conséquences procédurales précises (cf. art. 16 al. 1 let. abis LAsi). Dans la suite de cette contribution, le terme d'étranger "sans-papiers" sera donc équivalent à celui d'étranger en séjour irrégulier ou illégal en Suisse.

La manifestation la plus évidente du caractère irrégulier du séjour de l'étranger démuni de tout titre de séjour est inscrite à l'art. 23 LSEE: celui qui entre ou qui réside en Suisse illégalement est passible de l'emprisonnement jusqu'à six mois et d'une amende de Fr. 10'000. Indépendamment de ces sanctions pénales, l'étranger en situation irrégulière peut être l'objet de mesures administratives. On y reviendra ci-après[5].

La définition légale de l'étranger en situation irrégulière ne vise donc pas seulement les "clandestins" - dans la mesure où le langage courant désigne par ce terme les étrangers entrés et résidant - voire travaillant - "au noir". Un étranger qui perd son droit de séjour sans quitter la Suisse à l'échéance du délai de départ qui lui est imparti se retrouve en situation irrégulière, sans forcément disparaître dans la clandestinité. L'on peut dès lors distinguer plusieurs cas de figure: en principe, l'étranger dont la situation est devenue ainsi irrégulière est l'objet des mesures d'éloignement de la LSEE, puisque les autorités de police des étrangers ont le devoir d'agir à son encontre pour rétablir la légalité. Mais il n'est pas rare que l'étranger qui a perdu son droit de séjour "disparaisse": il rejoint les véritables clandestins précités. Dans d'autres cas, l'on assiste à des phénomènes de tolérance. Il y a pour ainsi dire tolérance "officieuse" lorsque les autorités compétentes pour ordonner les renvois ou chargées de leur exécution renoncent explicitement à agir, sans pour autant prolonger les délais de départ. Il y a tolérance "*de facto*" lorsque les autorités de police des étrangers feignent de ne pas prêter attention au sort d'étrangers en situation irrégulière dont elles ont pourtant connaissance, par exemple du fait que l'exécution du renvoi s'avère excessivement difficile ou impossible.

Ces distinctions ne sont toutefois que des propositions de catégories utiles à saisir les différences de traitement dans le cadre des institutions juridiques qui seront examinées plus bas. Elles ne prétendent pas non plus à l'exhaustivité.

Il ne nous paraît pas, à ce propos, qu'il y ait lieu de réserver une place particulière aux étrangers qui perdent leur titre de séjour à la suite d'un revirement de pratique des autorités compétentes dans le cadre de l'octroi des autorisations (ainsi que cela a été le cas pour les ressortissants de l'ex-Yougoslavie suite à la rétrogradation de ce pays dans le 3ème cercle de recrutement de main d'oeuvre). Ce cas de figure, que l'on voit parfois qualifié du terme "d'irrégularisation par la norme", soulève certes des questions quant à la marge de manoeuvre dont dispose le Conseil fédéral et l'administration fédérale dans la réorientation de leurs politiques d'immigration. Les personnes touchées par une telle mesure, si elles restent en Suisse à l'échéance de leurs autorisations, se retrouvent toutefois dans une situation essentiellement identique, sur le plan juridique, aux clandestins "ordinaires".

On soulignera encore que n'entrent pas dans la définition des "sans-papiers" les personnes qui n'ont plus de droit de séjour ordinaire et dont la présence en Suisse n'est légitimée que par le délai de départ qui leur a été imparti pour s'exécuter suite à un ordre de renvoi ou d'expulsion[6]. L'octroi d'un tel délai vaut titre de séjour provisoire en tant qu'il exclut notam-

---

5 I.B.1 et 3.

6 Et ce sans distinguer selon que le délai de départ est fixé en application des directives fédérales, le cas échéant, ou par les autorités cantonales de manière autonome (bien qu'il soit concevable que l'étranger qui ne bénéfice "que" d'un délai de départ cantonal puisse se trouver dans une situation délicate, notamment vis-à-vis des assurances sociales, dans la mesure où le canton prend des libertés excessives dans le report de l'exécution des renvois).

ment la sanction pénale pour séjour illégal. Néanmoins, le délai de départ (concrétisé par une "attestation de délai de départ" délivrée par les autorités de police des étrangers) laisse les intéressés dans une situation peu protectrice à bien des égards et surtout précaire, bien qu'elle puisse se prolonger pendant des mois, voire des années au fur et à mesure des reports des délais. Il s'agit-là d'un phénomène qui ne manque pas de poser des problèmes - de légalité notamment - au vu de l'ampleur qu'il prend dans la pratique[7]. Il n'en sort pas moins du champ de la présente réflexion.

Enfin, nous écartons de la présente étude les cas d'étrangers séjournant légalement en Suisse, mais exerçant une activité lucrative sans être au bénéfice de l'autorisation nécessaire (délivrée le cas échéant dans le cadre de l'autorisation de séjour). Ces personnes ne sont passibles que de sanctions pénales (art. 23 al. 6 LSEE) et de mesures administratives qui ne permettent pas de les assimiler à des étrangers en situation irrégulière.

B. Les conséquences de la situation d'irrégularité

1) Les sanctions pénales et les mesures d'éloignement administratives

Nous avons déjà relevé que l'étranger en situation irrégulière s'expose à des sanctions pénales (art. 23 LSEE). Il faut ajouter que l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation est également réprimé par la LSEE (art. 23 al. 6), dès lors que l'autorisation de travail nécessaire doit être délivrée dans le cadre de la réglementation du séjour[8]. Ces peines (emprisonnement, amende) peuvent s'accompagner d'une expulsion judiciaire (art. 55 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937[9]) dont les conditions et les effets sont totalement indépendants des mesures administratives et ne lient donc nullement les autorités de police des étrangers, de jurisprudence constante[10].

Ces étrangers s'exposent en effet simultanément à des mesures administratives d'éloignement. Aux termes de l'art. 12 al. 1 LSEE, l'étranger dénué de tout titre de séjour peut être tenu en tout temps de quitter la Suisse: l'autorité de police des étrangers est donc fondée à ordonner son renvoi en toutes circonstances - et "sans procédure spéciale" selon l'art. 17 al. 1 du Règlement d'exécution de la LSEE[11] (i. e. sans possibilité de recours, dans la pratique de la plupart des cantons). Les dispositions prises en Suisse par l'intéressé sont en principe sans pertinence. Toutefois, et d'une part, le principe de la proportionnalité pourra exceptionnellement commander d'octroyer à l'étranger un délai de départ de quelques jours ou semaines, sans pouvoir pour autant justifier une tolérance plus longue de l'étranger en situation irrégulière. D'autre part, l'étranger peut s'opposer à son départ en faisant valoir un obstacle juridique à son refoulement.

L'étranger qui invoque à l'encontre de son départ la protection d'une garantie internationale (art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme[12] et autres: principe du non-refoulement au sens large) doit en effet le faire contre l'exécution de l'obligation de quitter la

---

7 Au point de constituer un instrument de prévention de l'immigration, dans le domaine de l'asile: le maintien de catégories entières d'étrangers sous délai de départ en lieu et place d'une mesure de régularisation, lorsque l'exécution des renvois ou expulsions ne peut être envisagé à moyen terme, est utilisé pour éviter de créer un "effet d'appel". On l'a vu encore récemment à l'égard des Kosovars

8 Cf. M. Raess et alii, Guide pratique du droit des étrangers, 1997, ch. 6.5.2.3.3.3.

9 RS 311.10; ci-après CPS.

10 Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ci-après ATF) 114 Ib 1; cf. notre thèse: Les renvois et leur exécution en droit d'asile et des étrangers, 1997 (citée ci-après: N. Wisard, Renvois), pp. 105 s et 145 ss.

11 Règlement d'exécution du 1er mars 1949; RS 142.201. Ci-après RSEE

12 RS 0.101. Ci-après CEDH.

Suisse, obligation qui ne peut plus être remise en cause du fait que l'intéressé ne possède pas (ou plus) de titre de séjour (cf. art. 14a ss LSEE). Concrètement cependant, les autorités de police des étrangers évitent de se prononcer sur ces éléments et renvoient les intéressés à la procédure d'asile, lorsque ces derniers n'ont pas spontanément déposé une telle demande pour faire échec à la mesure de droit commun. Le caractère de *lex specialis* de la LAsi sur la LSEE assure en effet la priorité du traitement de la demande d'asile sur le renvoi prononcé en application du droit commun. L'art. 16a^{bis} de l'arrêté fédéral du 26 juin 1998 sur les mesures d'urgences dans le domaine de l'asile et des étrangers[13], anticipant sur la révision totale de la LAsi, prévoit toutefois qu'il n'est pas entré en matière sur la demande du requérant séjournant illégalement en Suisse et présentée dans l'intention manifeste de se soustraire à l'exécution imminente d'une expulsion ou d'un renvoi, sauf s'il n'était pas possible au requérant de déposer sa demande plus tôt ou s'il existe des indices de persécution. Le législateur a ainsi voulu couper court à la stratégie abusive à laquelle recourent fréquemment les clandestins mêlés aux trafics de stupéfiants pour échapper aux mesures de renvoi du droit commun, ou du moins pour tenter d'en reporter les effets. Le requérant dont la demande d'asile est ainsi écartée est renvoyé en conséquence (art. 17 al. 1 LAsi).

La nouveauté de la réglementation introduite par l'art. 16a^{bis} AMU doit être soulignée: jusque-là, l'illégalité d'un séjour n'excluait en soi d'aucune manière l'accès aux procédures d'autorisation ou d'asile - même si elle entrait évidemment en ligne de compte pour l'appréciation des mérites des requêtes, un ex-clandestin n'ayant guère de chances d'obtenir un permis de séjour (cf. art. 3 al. 3 RSEE notamment) à moins de s'attirer la bienveillance des autorités cantonales et fédérales en montrant que sa situation constitue un cas personnel "d'extrême gravité"[14].

2) Les possibilités de régularisation du séjour

Ce qui précède révèle que le droit positif suisse ne connaît aucune procédure particulière en régularisation du statut. En l'état, seule l'introduction d'une procédure ordinaire devant les autorités cantonales de police des étrangers peut donc aboutir à une régularisation par l'octroi d'une autorisation de séjour.

Néanmoins, l'on se souviendra que l'exécution des renvois peut être paralysée pour des motifs juridiques (art. 14a al. 2-3 LSEE: lorsque le refoulement s'achoppe à des engagements internationaux de la Suisse ou paraît non raisonnablement exigible) ou pratiques (art. 14a al. 4 LSEE: lorsqu'aucun Etat n'accepte l'étranger, notamment faute d'indications sûres sur l'identité de l'intéressé). Les étrangers "inexpulsables" doivent alors être placés au bénéfice d'une admission provisoire (art. 14a al. 1 LSEE). Il y a là une voie subsidiaire - ou "extraordinaire" - de régularisation, du ressort final de l'ODR.

3) Les mesures de contraintes de la LSEE

Sous réserve d'une - exceptionnelle - régularisation de son statut, l'étranger en situation irrégulière qui ne donne pas suite à l'ordre de renvoi dans le délai fixé, ou dont le départ ne souffre aucun retard (ce qui est la règle), est sujet aux mesures d'exécution forcée qui s'achèvent par le refoulement (art. 14 al. 1 LSEE).

---

[13] Recueil officiel des lois fédérales (ci-après RO) 1998 II 1582. Ci-après AMU.

[14] A tout le moins selon les déclarations du Conseil fédéral dans son avis du 15 juin 1998 sur la motion Fankhauser du 9 décembre 1997 (Conseil national; n° 97.3577). La notion de "cas personnel d'extrême gravité" permet aux cantons, moyennant approbation de l'Office fédéral des étrangers, de délivrer des permis de séjour sans devoir les imputer sur les contingents (art. 13 let. f de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers, RS 823.21 ; ci-après OLE).

Il faut à ce propos réserver une place particulière aux possibilités de détention administrative et aux autres "mesures de contrainte" aménagées par les art. 13a ss LSEE, entrés en vigueur le 1er février 1995, après votation populaire. Compte tenu de leur incidence sur la liberté personnelle des intéressés, ces mesures méritent d'être rappelées brièvement ici.

La LSEE institue en effet des mesures d'assignation en ou hors d'un lieu déterminé (art. 13e LSEE) et des possibilités relativement étendues de fouilles (art. 14 al. 3-4 LSEE). Elle prévoit surtout que certains étrangers peuvent être détenus avant que la décision de renvoi ou d'expulsion ne soit prise - i. e. pendant la procédure relative au droit de séjour (art. 13a LSEE; détention préparatoire) - puis après sa notification (art. 13b LSEE; détention en vue du refoulement). Les diverses clauses de détention énumérées sont réputées se référer à des situations qui laissent penser que l'étranger va se soustraire à son refoulement (cf. typiquement l'art. 13b al. 1 let. c LSEE et ses "indices concrets" qui font craindre l'insoumission de l'étranger). Leur mise en oeuvre nécessite évidemment un examen concret de l'attitude de l'étranger en chaque cas, mis en balance avec les dispositions prises par l'autorité chargée de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion pour vérifier qu'elle met toute la diligence à assurer le plus prompt départ de l'intéressé[15]. La détention préparatoire (art. 13a LSEE) peut être ordonnée pour trois mois au plus; il en va en principe de même pour la détention en vue du refoulement (art. 13b LSEE), mais elle peut être prolongée de six mois au maximum lorsque des obstacles particuliers s'opposent à l'exécution du renvoi. Vu que les deux types de détention peuvent se succéder, une privation de liberté d'une année est concevable; le délai maximal paraît toutefois ne pas avoir été fréquemment atteint en pratique. La procédure est entièrement administrative: les détentions sont ordonnées par les autorités de police ou de police des étrangers, selon les prescriptions d'exécution cantonales, puis contrôlées dans les 96 heures par une autorité judiciaire, sous réserve du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, et de possibilités de contrôle périodique devant les mêmes autorités (art. 13c LSEE: délai d'attente d'un, puis de deux mois).

Ces mesures de contrainte s'appliquent par définition aux étrangers en situation irrégulière et à ceux qui sont destinés à perdre leur droit de séjour. La détention préparatoire concerne en effet des personnes qui sont au bénéfice d'un titre de séjour (provisoire le cas échéant, p. ex. pour les requérants d'asile qui étaient les premiers visés par l'art. 13a LSEE) que l'autorité envisage de supprimer pour des motifs proches des causes spécifiques de détention[16]. Dès lors que la détention en vue du refoulement s'adresse aux étrangers qui ont reçu notification d'un ordre de renvoi, et qu'elle peut être prononcée lorsque des indices concrets font craindre la disparition incontrôlée de l'intéressé[17], elle est d'application plus large. Les véritables clandestins n'ont donc guère de motifs pour y échapper le cas échéant (à l'exception des familles). Les étrangers en situation irrégulière qui cherchent à se soustraire à un renvoi en demandant l'asile lorsqu'ils sont appréhendés peuvent également être détenus en vue de l'exécution de ce premier renvoi, indépendamment du traitement de leur demande d'asile[18].

Cela étant, il convient de souligner que la détention en vue du refoulement ne peut pas être ordonnée pour "réglementer" le séjour d'un étranger que l'autorité ne parvient pas à refouler (ou qui serait inexpulsable pour les raisons juridiques évoquées plus haut) mais qu'elle entend garder sous son contrôle pour des motifs d'ordre public. La finalité de la détention - i.

---

15 Cf. ATF 124 II 49 et les nombreux arrêts non publiés cités par A. Wurzburger, "La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers", in Revue de droit administratif et fiscal 1997/4, pp. 267 ss**,** pp. 331 s.

16 Cf. p. ex. les let. a, c, d et e de l'art. 13a LSEE: double demande d'asile sous des identités différentes, demande d'asile nonobstant une expulsion administrative en force, violation d'une interdiction d'entrée, et surtout menace sérieuse d'autres personnes fondant une poursuite pénale.

17 Art. 13b al. 1 let. c LSEE, qui s'ajoute aux motifs cités à la note précédente.

18 Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 275 s.

e. le refoulement - doit en effet être toujours vérifiable, sous peine de violer l'art. 5 al. 1 let f CEDH[19].

Enfin, l'étranger qui est entré ou a séjourné illégalement en Suisse et s'est ainsi exposé à une sanction pénale à ce titre est réputé "indésirable". Une interdiction d'entrée lui est en conséquence généralement décernée par l'Office fédéral des étrangers[20].

II. Le principe de la reconnaissance de droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière

A titre liminaire, il ne nous paraît pas inutile de rappeler la distinction entre les libertés et les droits fondamentaux, bien qu'elle ne soit pas toujours très nette dans la terminologie juridique suisse[21]. Nous retiendrons par la suite que les libertés s'entendent des garanties imposant une abstention de l'Etat (protection "négative" de la sphère des particuliers), alors que les droits imposent à l'Etat une attitude "positive", de prestation (étant entendu par ailleurs que cette distinction ne se recoupe pas avec la dichotomie entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux d'autre part).

L'analyse par domaine qui va suivre montrera que l'ordre juridique suisse reconnaît actuellement, de fait, des droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière tant au plan constitutionnel qu'au plan légal. Néanmoins, la question du principe de la reconnaissance de droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière n'a pas été réellement étudiée en Suisse de manière systématique, à notre connaissance[22].

Elle s'est toutefois posée sectoriellement, en relation avec la portée de droits fondamentaux déterminés dans des cadres précis. On pensera à la controverse qui a précédé l'adoption de la loi fédérale sur les mesures de contrainte, où la liberté personnelle était en cause, et à la question de la reconnaissance d'un droit constitutionnel aux conditions minimales d'existence[23]. Dans le premier cas, le bénéfice du droit fondamental en cause pour les étrangers en situation irrégulière n'a pas été discuté: il allait de soi, tout comme il est incontesté que la liberté personnelle vaut sans autre pour ces mêmes personnes dans le cadre pénal (au même titre d'ailleurs que la jouissance des droits de la défense). Dans le second cas en revanche, le TF s'est expressément penché sur le problème pour reconnaître que le droit aux conditions minimales d'existence appartient à tous sans distinction de statut et de droit de séjour. Pour le TF, ce droit a en effet la nature d'un véritable droit de l'homme, en tant que "l'obligation de l'Etat d'empêcher des personnes se trouvant sur son territoire de tomber dans la déchéance physique doit être envisagée non seulement comme un devoir d'humanité, mais aussi comme un devoir inhérent aux fonctions d'un Etat moderne"[24].

Ainsi, et bien que le TF ne se soit pas référé dans ce dernier arrêt aux obligations internationales contractées par la Suisse en matière de droits économiques et sociaux, il nous appa-

---

19 Cf. ci-dessous, V.B.3.

20 Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 139 s.

21 Cf. notamment A. Auer, Le droit à des conditions minimales d'existences: un nouveau droit social ?, in Problèmes actuels de droit économique, 1997, pp. 27 ss, 39 ss (cité ci-après: A. Auer, Conditions minimales).

22 Les études les plus systématiques des droits fondamentaux des étrangers dont nous avons connaissance - à savoir celles de M. Hug, Der Ausländer als Grundrechtsträger, 1990, et de R. Wertenschlag, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Eine Studie zu Entwicklung und Zustand der Politische Freiheit im Bundesstaat, 1990 - se concentrant surtout sur la distinction entre les droits des citoyens et ceux des étrangers, sans se préoccuper réellement de la problématique du séjour illégal. Sur ce thème précisément, seule nous est connue la thèse récente de H. Heller (Schwarzarbeit: das Recht der Illegalen, Zurich, 1999).

23 Ci-dessous, VI.B.3.

24 ATF 121 I 367, consid. 2.d.

raît que la reconnaissance de droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière ne peut s'expliquer dogmatiquement que dans une approche basée sur les droits de l'homme *stricto sensu*[25]. Les droits et libertés que nous verrons reconnus en fait aux étrangers en situation irrégulière par le droit positif suisse, au cours des chapitres qui suivent, peuvent d'ailleurs tous trouver un fondement dans les dispositions du droit international des droits de l'homme auxquelles la Suisse a souscrit, notamment en ratifiant les deux Pactes des Nations Unies de 1966. L'on verra en outre que les droits constitutionnels des citoyens qui n'ont pas été étendus aux étrangers (*a fortiori* en situation irrégulière) ne sont pas protégés dans les conventions internationales applicables en Suisse: ainsi notamment de la liberté du commerce et de l'industrie[26].

Nous sommes ainsi tenté de dire que le principe de la reconnaissance de droits et libertés à des personnes qui sont par définition étrangères à l'ordre juridique ne peut découler que des obligations incombant à l'Etat au titre des droits de l'homme. Il nous paraît en effet difficilement concevable que les lois et règlements soient aménagés de manière à tenir compte expressément des personnes en situation irrégulière, sous peine que le système du droit de l'immigration se renie en reconnaissant explicitement et positivement les situations d'illégalité[27].

C'est donc dans la perspective des droits de l'homme qu'il conviendrait à notre sens d'approfondir l'examen du bien-fondé du régime actuellement applicable aux étrangers en situation irrégulière, en particulier en ce qui concerne le domaine de la sécurité sociale. Nous nous contenterons cependant, dans le cadre de la présent analyse, de lancer quelques pistes de réflexion sur les points de la pratique actuelle qui nous paraissent poser problème - et ce en restant conscient des limites de l'efficacité pratique des droits économiques et sociaux, limites liées au caractère non directement applicable de ces droits dans les procédures judiciaires[28].

Cela étant, il reste à souligner un point essentiel pour la reconnaissance de droits et libertés aux étrangers en situation irrégulière: l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 du du Code civil suisse du 10 décembre 1907[29]) n'est pas pertinente pour dénier aux "sans-papiers" les droits que leur reconnaît en principe l'ordre juridique, selon l'avis de la doctrine[30] que la jurisprudence n'a jamais contredit à notre connaissance. Le seul fait pour un étranger de s'introduire dans l'ordre juridique suisse sans respecter la législation régissant l'entrée et au séjour n'implique pas, en effet, que l'intéressé détourne les finalités des droits et libertés qu'il invoque le cas échéant, pour reprendre la définition de l'abus de droit *stricto sensu*[31]. Cela mérite d'être relevé d'autant plus clairement que la politique d'immigration actuelle se résume essentiellement à une "lutte contre les abus" en n'hésitant pas à faire un usage plus qu'extensif de la notion "d'abus".

---

25 Dans ce sens, cf. l'assertion laconique de J.-P. Müller, au n° 99 de son Introduction aux droits fondamentaux du Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (ci-après Commentaire Cst.), qui se contente de dire que les droits fondamentaux appartiennent aux étrangers comme aux Suisses, dans la mesure où ils prennent appui sur les droits de l'homme.

26 Ci-dessous, VI.C.

27 Dans ce sens, cf. également H. Heller, op cit., pp. 100 s.

28 Cf. p. ex. les ATF 122 V 229 et 120 Ia 1 déjà cités.

29 RS 201. Ci-après CC.

30 H. Heller, op. cit., p. 101.

31 ATF 82 II 477; ATF 86 II 417; ATF 105 III 80.

III. L'incidence des règles fondamentales de l'égalité de traitement et du respect de la dignité humaine

A. L'interdiction des discriminations et le principe de l'égalité de traitement

L'interdiction des discriminations constitue un premier volet de l'égalité de traitement (au sens large). Elle est prévue, en relation avec les droits de l'homme applicables en Suisse, par les clauses largement similaires des art. 14 CEDH, 2 al. 1 et 2 al. 2 des Pactes internationaux du 16 décembre 1966 sur les droits civils et politiques[32] respectivement sur les droits économiques, sociaux et culturels[33], et plus largement par l'art. 26 PIDCP et la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[34], pour ne mentionner que les instruments internationaux à caractère général. L'interdiction des discriminations a toutefois une portée restreinte, puisque qu'elle vise en quelque sorte des comportements destinés à péjorer la situation juridique de certains en pratiquant des distinctions relatives à des caractéristiques particulières (sexe, race, origine nationale, etc). Or, l'on sait que la nationalité ne figure pas au nombre de ces caractéristiques, dans la mesure du moins où il s'agit d'opposer nationaux et étrangers[35]. C'est dire que le rattachement d'un régime juridique particulier aux étrangers en situation irrégulière n'est donc en principe pas susceptible de violer l'interdiction des discriminations.

Le principe de l'égalité de traitement dépasse toutefois la problématique des discriminations *stricto sensu*. En droit suisse, ce principe est ancré à l'art. 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874[36], dont la formulation est trompeuse: en bénéficient non seulement les citoyens mais tous les administrés relevant des autorités suisses, fédérales ou cantonales. Matériellement, l'art. 4 Cst protège tant contre les inégalités dans la loi que contre celles qui surviennent "devant" la loi[37]. C'est à son niveau qu'il convient donc d'examiner la licéité des distinctions éventuellement pratiquées en raison du statut de police des étrangers[38].

Le principe d'égalité commande de traiter de manière égale des situations égales et de procéder aux distinctions qui s'imposent entre les situations dissemblables; il est donc interdit de procéder à des distinctions qui ne trouvent pas de justifications dans les faits à réglementer[39].

Ceci dit, dans quelle mesure le caractère irrégulier du séjour est-il pertinent pour fonder un régime spécifique aux "sans-papiers" ?

L'on considère en droit suisse que le critère de la nationalité est certes suffisant pour justifier des solutions dérogatoires à celles qui valent pour les nationaux, ou entre étrangers; il faut encore, selon la jurisprudence du TF, que la nationalité révèle une qualité (ou l'absence d'une qualité) objective qui soit pertinente pour la question à régler[40]. Toutefois, la

---

32 RS 0.103.2; ci-après PIDCP.
33 RS 0.103.1; ci-après PIDESC.
34 RS 0.104.
35 Cf. W. Kälin, Ausländerdiskriminierung, in Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Feststchrift für Y. Hangartner, 1998, pp. 561 ss, 574 ss.
36 RS 101; ci-après Cst.
37 Cf. p. ex. G. Müller, n° 26, 30 ss et 36 ss ad Art. 4, in Commentaire Cst.
38 W. Kälin, op. cit., p. 583.
39 Cf. p. ex. ATF 119 Ia 128. P. Moor, Droit administratif, vol. I: Les fondements généraux, 1994, pp. 448 ss.
40 Dans ce sens, cf. notamment ATF 114 Ia 1, 114 Ia 8, 118 Ib 153, 119 Ia 35, 123 I 19; W. Kälin, op. cit., pp. 562 ss; A. Auer in La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, in PJA 6/1994, pp. 749 ss, 753. Pour une illustration de l'évolution à ce propos, cf. M. Hug, op. cit., pp. 183 ss.

pertinence du critère de la nationalité est en général discutée pour des étrangers qui sont titulaires de droits de séjour en Suisse. Dans la pratique suisse récente et à notre connaissance, ce n'est que dans le cadre de l'élaboration de la loi fédérale sur les mesures de contrainte en droit des étrangers qu'a été abordée la question de savoir si le caractère irrégulier du séjour est directement pertinent (*in casu* pour fonder une détention administrative inapplicable aux nationaux). Logiquement, une réponse positive y a été apportée. On peut donc conclure que le caractère irrégulier du séjour est effectivement pertinent pour toutes les mesures qui se rapportent au contrôle de l'immigration au sens large (depuis les prescriptions régissant l'entrée jusqu'aux mesures d'éloignement).

C'est donc pour les autres domaines d'action de l'Etat que la question reste ouverte. Nous nous risquerons à quelques éléments de réflexion sur ce point, quand bien même l'émission d'un avis autorisé supposerait de plus amples recherches que celles que nous avons eu le loisir de mener.

La jurisprudence du TF relative à certaines branches des assurances sociales peut fournir un élément de réponse, dans la mesure où elle a été rendue sans égard aux dispositions particulières du droit international applicables en la matière. Comme on le verra plus bas, l'interprétation que donne le TF à certains concepts-clés pour l'ouverture des prestations sociales est telle que les étrangers en situation irrégulière s'en retrouvent exclus: en particulier, la notion de domicile en Suisse, lorsqu'elle conditionne l'octroi de prestations des assurances sociales, doit s'apprécier compte tenu du statut de police des étrangers[41]. Par extension, cette jurisprudence donne à penser que toute prestation étatique liée au critère du domicile de l'administré pourrait être refusée sans violer l'interdiction de l'inégalité de traitement.

Dans ce sens et plus généralement, l'on pourrait se demander si la condition de la régularité du séjour peut être tenue comme inhérente à tout l'ordre juridique[42], dans la mesure où les étrangers en situation irrégulière ne sont pas même censés y être assujettis. Dans cette perspective, toute distinction affectant le statut des "sans-papiers" serait légitimée par le seul fait du séjour irrégulier. Cependant, l'on pourrait alors se heurter à une objection de principe: peut-on considérer qu'il appartienne à n'importe quel domaine de l'ordre juridique de se soucier du statut des étrangers qui y seraient assujettis, ou n'incombe-t-il pas uniquement au droit de l'immigration (au sens large) de pourchasser les situations illégales ? En pratique, ce dilemme est très directement ressenti par les services étatiques qui estiment incompatible avec leur mission de devoir s'intéresser au statut de leurs "clients", et qui refusent ainsi de faire de la police "indirecte" des étrangers (indépendamment aussi de l'invocation d'un devoir d'action découlant d'un droit fondamental); on le reverra plus bas au sujet notamment de la question de la scolarisation des enfants clandestins et des prestations de santé[43]. L'argument a une certaine tenue puisque le caractère irrégulier du statut n'a pas de pertinence, dans ces domaines, autrement que dans l'optique de refuser des prestations afin de faire pression sur les intéressés pour qu'ils quittent la Suisse (ou pour rendre la Suisse moins "attractive"). Si l'on retient dans ce sens que le caractère irrégulier du séjour est en soi sans pertinence dans le cadre du domaine à réglementer, le procédé de contrainte indirecte évoqué suppose toutefois de déroger au principe de l'égalité de traitement en fonction d'un intérêt public général, et non d'une justification résidant dans les faits pertinents, ce qui n'est pas admis en droit suisse ainsi qu'il ressort de la définition du principe rappelée ci-dessus[44]. L'on pourrait dès lors conclure que l'étranger en situation

---

41 Cf. ci-dessous, VI.B.2.a.

42 Du moins aux prescriptions dont l'application repose, explicitement ou implicitement, sur la condition du domicile en Suisse.

43 VI.A et VI.B.1.

44 La relativisation du principe de l'égalité de traitement par un intérêt public distinct de celui qui préside au domaine de législation en cause, et l'application du principe de la proportionnalité, n'intervient que dans le cadre des mesures positives destinées à promouvoir l'égalité de fait,

irrégulière n'a pas à souffrir de discriminations en vertu de son statut, en dehors du domaine des mesures d'éloignement - mesures qui resteraient le seul instrument adapté à rétablir la légalité. En guise de confirmation de ce sentiment, l'on peut encore se référer à la controverse qui s'est tenue au sujet l'art. 13a let. e LSEE, introduit par la loi fédérale sur les mesures de contrainte: l'opinion y a en effet prévalu que l'intérêt public à l'exécution rapide et efficace des prescriptions régissant l'immigration ne peut pas entraîner d'inégalité de traitement dans l'application des sanctions pénales, quel que soit le statut des intéressés[45].

Cela étant, l'opinion qui consisterait à considérer que le caractère irrégulier du séjour peut être tenu comme pertinent pour justifier le refus de prestations étatiques sociales, par exemple, dans l'idée de ne pas octroyer de prime à l'illégalité, n'apparaîtrait vraisemblablement pas insoutenable à l'égard de l'art. 4 Cst. En ce sens, les juridictions constitutionnelles française et belge ont admis que les droits sociaux des "sans-papiers" peuvent être restreints en vue de limiter l'attrait de la clandestinité[46]. Si l'on retenait une telle approche en Suisse, il conviendrait néanmoins encore de tenir compte des obligations incombant à ces mêmes catégories d'étrangers en situation irrégulière dans le cadre du régime social considéré. Le régime distinct que le caractère irrégulier du séjour pourrait justifier le cas échéant devrait manifestement s'étendre tant aux obligations qu'aux droits, sous peine d'incohérence.

Le dilemme mis en exergue ci-dessus ne nous paraît pas pouvoir être résolu définitivement, en l'état de la pratique suisse. Il est au contraire révélateur de l'ambiguïté de la position des autorités: d'un côté, l'on condamne les étrangers en situation irrégulière sur les terrains du droit pénal et du droit de la police des étrangers, tout en admettant de l'autre côté que ces mêmes personnes puissent s'insérer dans certaines institutions - la reconnaissance de la validité des contrats de travail et l'assujettissement aux contributions fiscales et de sécurité sociale en étant les exemples-types[47].

La question est trop vaste pour que nous nous sentions apte à y apporter une solution dans le cadre du présent rapport, quand bien même nous inclinons à penser que le statut irrégulier ne devrait pas être en soi un motif de distinction, du moins lorsqu'un droit de l'homme est en jeu: si l'ordre juridique veut lutter contre la clandestinité, il lui appartient plutôt de renforcer les moyens d'action des autorités de police des étrangers, par exemple en prévoyant des mécanismes d'entraide administrative plus généraux en faveur des autorités de police des étrangers (p. ex. sous forme d'un devoir de dénonciation de droit fédéral de rang légal)[48]. Car c'est par le défaut de tels mécanismes de dénonciation - dû au secret auquel sont légalement astreintes certaines autorités (en sécurité sociale notamment) - que s'explique en partie l'ambiguïté actuelle.

---

comme le révèle à notre sens la discussion de la licéité des quotas hommes/femmes au sein des autorités publiques. Cf. W. Kälin, op. cit., p. 580.

45 La controverse a porté plus particulièrement sur l'art. 13a let. e LSEE, qui autorise la détention lorsque l'étranger "menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et que, pour ce motif, (il) fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamné". Des auteurs ont exprimé à ce propos la crainte que cette clause ne crée en réalité un droit pénal spécial pour les étrangers, ce que le Conseil fédéral s'est efforcé de dénier en soulignant que la détention n'avait pas une fin pénale mais administrative. Sur cette controverse, cf. les références citées par N. Wisard, Renvois, pp. 247 ss.

46 Voir respectivement les contributions de Annabelle Penna-Gaïa et de Anne Rasson-Roland/Marc Verdussen à paraître dans l'Annuaire internationale de justice constitutionnel 1998.

47 Cf. ci-dessous, VI.E et VI.B.2.a.

48 Dans ce sens également: H. Heller, op. cit., p. 100.

B. La dignité de la personne humaine

La dignité de la personne humaine figure au nombre des aspects protégés par la liberté personnelle dont tout individu jouit[49]. Elle est toutefois protégée dans un sens limitatif, de sorte qu'il est exclu, en l'état du droit suisse, de chercher à en extraire un droit à la jouissance effective de tous les droits et libertés fondamentaux, voire seulement des plus essentiels[50].

Il est en tout cas hors de question que la dignité qui doit être reconnue aux étrangers en situation irrégulière leur confère un droit "d'immunité" contre les mesures de police des étrangers qui ne manquent pas, en principe, d'intervenir à leur encontre sitôt que ces étrangers révèlent leur présence aux autorités en réclamant le respect de leurs droits ou libertés[51].

Le souci de la dignité humaine peut néanmoins être pris en considération lors du traitement des demandes d'autorisations de séjour déposées par des clandestins afin de régulariser leur statut, notamment au titre des critères qui président à l'octroi des autorisations de séjour dites "humanitaires"[52]. Ce souci pourrait-il exceptionnellement lier les autorités dans leur examen des requêtes de permis, au point de conférer un droit au séjour dérivé de la dignité humaine ? La question n'a pas été tranchée pour les étrangers en situation irrégulière. Il est douteux que la tendance marquée récemment en ce sens par le TF pour les étrangers en situation régulière (en reconnaissant qu'un permis humanitaire ne peut normalement pas être refusé à un demandeur d'asile qui a séjourné dix ans en Suisse dans l'attente de la décision sur l'asile[53]), puisse un jour bénéficier aux étrangers en situation irrégulière. Le TF a en effet souligné que cette exception n'entre en ligne de compte que pour les étrangers dont le comportement a été "tout à fait correct".

IV. Les paramètres généraux restreignant le bénéfice des droits et libertés pour les étrangers en situation irrégulière

A. Les limitations admissibles aux droits et libertés des étrangers en situation irrégulière

Les libertés fondamentales de l'ordre constitutionnel suisse peuvent faire l'objet de restrictions: il faut pour cela une base légale, un intérêt public, respecter le principe de la proportionnalité, et sauvegarder enfin le noyau essentiel du droit[54]. Sont évidemment réservées les protections définies sous une forme intangible (interdiction des traitements inhumains, etc) et les garanties qui ne se prêtent qu'à des dérogations complètes limitativement énumérées (p. ex. art. 5 CEDH). A moins de considérer que les droits fondamentaux ne sont pas susceptibles de restrictions par définition, et de les distinguer des libertés fondamentales par ce critère[55], les conditions qui viennent d'être rappelées valent aussi à leur égard.

L'intérêt public pertinent pour justifier des restrictions aux droits fondamentaux des étrangers en situation irrégulière est bien entendu l'intérêt au respect des prescriptions du droit de l'immigration, que les intéressés enfreignent. C'est sans doute en relation avec les restrictions apportées à la vie familiale par les mesures de police des étrangers que cet intérêt a été mis le plus clairement en évidence. Il est dès lors incontesté que cet intérêt public est

---

49 Cf. ci-dessous, V.B.1.
50 Cf. ainsi H. Heller, op. cit., p. 99 à propos de la sécurité sociale.
51 Cf. ci-dessous, IV.B.2.
52 Au sens de l'art. 13 let. f OLE; cf. la jurisprudence citée et résumée par A. Wurzburger, op. cit., pp. 291 ss.
53 ATF 124 II 110.
54 Cf. J.-P. Müller, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, 1983, pp. 107 ss.
55 Dans ce sens, cf. notamment A. Auer, Conditions minimales, pp. 39 ss.

légitime à toute société démocratique et justifie des restrictions importantes aux libertés et droits fondamentaux, ainsi que la jurisprudence du TF l'a reconnu, à propos de l'art. 8 CEDH notamment[56].

Il en découle que les restrictions légales aux droits et libertés directement relatifs aux mesures de la police des étrangers s'expliquent sans difficulté autre que l'appréciation de la proportionnalité, sous les angles de l'adéquation, de la subsidiarité et de la nécessité[57]. On pensera par exemple aux atteintes à la vie familiale liées aux prescriptions régissant le regroupement familial, ou à la mise en cause de la liberté personnelle par les mesures de contrainte des art. 13a ss LSEE[58].

Savoir si ce même intérêt public est susceptible de fonder des restrictions à des droits ou libertés fondamentaux en dehors du contexte de la police des étrangers est en revanche moins évident. Les seuls étrangers en situation irrégulière peuvent-ils subir une restriction du droit à la sécurité sociale que leur confère l'art. 9 PIDESC, dans le but d'exercer sur eux une contrainte indirecte (ou, à titre préventif, en évitant de créer un "effet d'appel") participant aux mesures de la police des étrangers ? L'art. 4 PIDESC autorise les restrictions aux droits de ce Pacte prises en vertu d'une loi, compatibles avec la nature des droits en cause, et adoptées exclusivement "en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique". Il n'apparaît pas insoutenable, *a priori*, de considérer que le bien-être général dans une société démocratique suppose le respect des règles du jeu, et qu'il peut être menacé par une immigration incontrôlée. Dans cette optique, l'on pourrait donc concevoir des restrictions à l'accès aux prestations, qui ne sauraient toutefois confiner au refus de tout service[59].

On peut toutefois s'interroger sur la portée de l'art. 4 PIDESC en tant qu'il exige en outre que les restrictions restent compatibles avec la nature des droits en cause: cette disposition ne limite-t-elle pas ainsi les finalités auxquelles les restrictions peuvent être destinées, en excluant par exemple de faire des prestations sociales des instruments liés à des politiques publiques sans lien direct - telles que la lutte contre l'immigration (clandestine) précisément ?[60]

L'on retrouve ainsi le dilemme qui nous a occupé plus haut au sujet de l'égalité de traitement. Que le TF l'ait résolu de fait dans certaines branches de la sécurité sociale en excluant dans une mesure considérable le bénéfice de la sécurité sociale aux clandestins, là où le droit fédéral le lui a permis par interprétation[61], ne nous paraît pas déterminant, tant que la jurisprudence n'a pas tranché de front l'incidence du PIDCP. Le débat reste donc ouvert, comme le révèle en particulier la position en contre-pied du TF que le Conseil fédéral a prise récemment au sujet de l'assurance-maladie[62].

---

56 Cf. P. Grant, L'art. 8 CEDH, les étrangers et les voies de recours au Tribunal fédéral: entre innovation et cul-de-sac, in PJA 98, p. 275 et les références citées.

57 B. Knapp, Précis de droit administratif, 1991 (ci-après: Précis), n° 533 ss.

58 Pour ce second cas, sous réserve de la discussion propre à l'art. 5 CEDH.

59 La suppression totale des prestations sociales se heurterait à la nature de droit de l'homme de l'art. 9 PIDESC; cf. par analogie les développements de M. Craven, The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, 1995, pp. 172 ss concernant les restrictions discriminatoires selon la nationalité.

60 Dans le même ordre d'idées, H. Heller, op. cit., p. 125, estime que la nature de "droit de l'homme" des dispositions de sécurité sociale (en particulier en matière d'assurance maladie, vu l'art. 34bis Cst.) a pour conséquence qu'il ne devait pas être admissible d'en refuser le bénéfice aux illégaux. Le but protecteur de ces législations est en effet strictement lié aux besoins élémentaires de l'être humain, de sorte que le critère de la nationalité ou du statut de police des étrangers serait sans pertinence.

61 Ci-dessous, VI.B.2.a.

62 Ci-dessous, VI.B.2.d.

B. Le problème de l'effectivité des droits et liberté vu sous l'angle de la protection juridictionnelle

1) Les grandes lignes du régime de protection juridique en Suisse

a La protection juridique dans le domaine de la police des étrangers

A titre liminaire, il n'est pas sans importance de rappeler que le contentieux relatif à l'application des prescriptions administratives sur l'entrée, le séjour, l'établissement et la sortie des étrangers échappe largement au Tribunal fédéral, tant en sa fonction de juridiction administrative fédérale de dernière instance qu'en sa qualité de juge constitutionnel suprême. Le recours de droit administratif (art. 97 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943[63]), voie ordinaire de contrôle de l'application du droit public fédéral (englobant à la fois le droit administratif et constitutionnel; art. 104 let. a OJ), est en effet rendu irrecevable par l'art. 100 al. 1 let. b OJ à l'encontre de la plupart des décisions des autorités de police des étrangers (ou de régulation du marché du travail), et de toutes les décisions en matière d'asile. Seules les décisions portant atteinte à un droit, en révoquant une autorisation en cours ou en refusant de délivrer une autorisation à laquelle l'intéressé prétend à un droit subjectif, peuvent finalement être déférées au TF (cf. art. 100 al. 1 let b ch. 3 et 101 let. d OJ). Quant au recours de droit public, voie constitutionnelle par excellence (art. 84 ss OJ), il n'entre en ligne de compte - en matière de police des étrangers toujours - que pour la défense des droits de procédure tirés de l'art. 4 Cst, par l'effet de son caractère subsidiaire.

Il en résulte que la protection juridique contre les décisions des autorités cantonales de police des étrangers est principalement assurée par les voies de recours ouvertes auprès des instances cantonales supérieures. Les décisions des offices fédéraux relèvent de la compétence de leur Département de tutelle, hormis en matière d'asile où les décisions de l'Office fédéral des réfugiés sont revues définitivement par une commission de recours *ad hoc*.

Il subsiste en l'état une lacune dans la protection juridique contre les décisions de police des étrangers: les décisions de renvoi ou de refus d'autorisation d'entrée prises sur le champ et "sans procédure particulière" (art. 17 RSEE) sont réputées être soustraites à tout moyen de droit[64]. Sous cette dernière réserve, le système de protection juridique existant en matière de police des étrangers (au sens large) est suffisant au regard du droit international. L'on sait en effet que les questions d'immigration ne sont ni affaire civile, ni accusation en matière pénale, et qu'elles échappent ainsi à la garantie de l'accès à un tribunal indépendant de l'art. 6 CEDH. Ce n'est donc que marginalement que la CEDH et le PIDCP imposent des voies de recours: pour l'*habeas corpus* des détentions administratives, et lorsqu'une garantie matérielle de ces conventions est violée (art. 13 CEDH et 2 al. 3 PIDCP). De fait, l'impact concret de ces obligations s'est limité, ces dernières années, à l'instauration de la procédure de contrôle des rétentions dans les aéroports[65], et à la délimitation de la portée de l'effet suspensif aux recours en matière d'asile[66].

b Les garanties en matière juridictionnelle dans les autres domaines

Dans les domaines qui ne relèvent pas des prescriptions du contrôle de l'immigration, la protection juridique à disposition des étrangers en situation irrégulière est régie par les dispositions générales du contentieux.

---

63 RS 173.110; ci-après OJ.
64 Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 136 s. et 141 s.
65 Ci-dessous, V.B.3.
66 Sur cette problématique, cf. N. Wisard, Renvois, pp. 62 ss et 191 s.

En sus de l'interdiction du déni de justice formel et des droits de procédure tirés de l'art. 4 Cst, les droits constitutionnels en matière juridictionnelle se rapportent aux garanties du juge naturel (art. 58 Cst), du for du domicile du défendeur (art. 59) et de l'égalité d'accès aux voies juridiques pour les citoyens des autres cantons (art. 60). Si la dernière de ces dispositions ne vise à l'évidence que les nationaux, les trois premières sont indépendantes du statut de l'intéressé; seul est exigé le domicile en Suisse, et la pratique en matière des tribunaux ordinaires ne paraît pas exiger un domicile régulièrement autorisé par les autorités de police des étrangers, à notre connaissance[67]. Il en va de même pour les garanties procédurales protégées par l'art. 6 CEDH.

Ainsi, le caractère illégal du séjour de ces personnes n'entraîne aucune conséquence particulière quant au principe de l'invocation des garanties qui viennent d'être citées. On en trouve un illustration dans deux arrêts récents, rendus par le TF sur des recours de droit public requérant le contrôle abstrait de régimes cantonaux d'exécution de la détention administrative (art. 13d al. 2 LSEE): dans ces deux affaires parallèles, le TF a admis la qualité pour recourir des étrangers (en situation régulière) qui l'avaient saisi (cf. art. 88 OJ), au motif que les recourants couraient le risque de se retrouver un jour en situation irrégulière et de se retrouver en détention administrative[68]. Ce faisant, le TF balaya l'argument soutenu par l'un des cantons concernés, selon lequel les intérêts invoqués par les recourants n'étaient pas dignes de protection en tant qu'ils supposaient un état d'irrégularité[69].

2) L'effectivité de l'accès aux voies de protection juridique

L'égalité théorique dont jouissent ainsi les "sans-papiers" avec les étrangers en situation régulière en ce qui concerne l'accès à la justice se heurte dans sa concrétisation à un obstacle le plus souvent dirimant: à savoir que les étrangers en situation irrégulière ne peuvent *exercer* utilement les droits que l'ordre juridique leur reconnaît que sous la menace - et en général avec l'effet - d'être renvoyés de Suisse par les autorités compétentes. En effet, la saisine des autorités et juridictions amène les intéressés à devoir révéler au grand jour leur statut illégal, que le fonctionnaire ou le juge doit dénoncer en principe aux autorités pénales et de police des étrangers, en vertu de l'art. 15 RSEE[70] et des dispositions cantonales de procédure (pénale)[71/72].

Ce mécanisme *a priori* choquant résiste toutefois à la critique sur le terrain juridique. En effet, la Suisse ne se démarque pas de la conception valable en droit international public selon laquelle l'exercice des droits ou libertés fondamentaux peut être valablement limité, voire rendu sans objet, par les mesures de police des étrangers[73] (à moins bien entendu que le droit en cause ne soit directement atteint par lesdites mesures[74]). En d'autres termes, l'engagement de procédures en vue de la reconnaissance ou de l'exercice d'un droit (autre qu'un éventuel droit au séjour) ne confère aucune "immunité" contre le renvoi ou le

---

67 Cf. G. Müller, n° 26 et 85 ss ad Art. 4; A. Kölz, n° 6 ad Art. 58; B. Knapp, n° 16 ad Art. 59; et E. Grisel, n° 4 ss ad Art. 60; tous quatre in Commentaire Cst.

68 ATF 122 I 222 et arrêt non publié du 4 septembre 1996, 1P.115/1996 - les deux cités par B. Knapp et alii dans la Chronique "Suisse" de l'Annuaire international de justice constitutionnelle 1996.

69 Arrêt du 4 septembre 1996 précité.

70 Qui dispose: "Les autorités de police et les autorités judiciaires sont tenues de signaler à la police cantonale des étrangers les faits qui paraissent (...) rendre contraire aux prescriptions sur la police des étrangers la présence en Suisse d'un étranger".

71 Pour Genève, cf. l'art. 11 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977.

72 A noter en revanche que l'Ordonnance du 23 novembre 1994 sur le Registre central des étrangers (RS 142.215) ne prévoit pas que les autorités autres que celles qui sont directement impliquées dans la mise en oeuvre de la LSEE soient tenues de faire l'annonce au Registre des faits parvenant à leur connaissance. Il en va de même, en substance, dans le cadre de l'Ordonnance du 18 novembre 1992 sur le système d'enregistrement automatisé des personnes AUPER (RS 142.315).

73 Cf. p. ex. M. Nowak, CCPR-Commentary, 1993, p. 51.

74 Cf. ci-dessous, V.A.

refoulement. Il en résulte que la pratique suisse en la matière est conforme aux exigences de la notion d'Etat de droit. Elle est même sans doute nécessaire à cet égard, sous peine de rendre sans objet le droit de l'immigration. Pour le reste, il s'agit donc d'un problème politique qui nécessite de trancher la question de l'opportunité d'une régularisation des sans-papiers.

V. Les droits et libertés de la personne et de l'esprit

A. Le droit d'entrée et de séjour sur le territoire

En premier lieu, aucun droit à l'entrée en Suisse n'est reconnu par le droit constitutionnel interne aux étrangers. Sur le plan légal, il en va de même en droit commun, puisque les autorités de contrôle de l'immigration à la frontière disposent d'une marge d'appréciation très large pour refuser l'entrée, même aux titulaires de visas valables[75]. Doit toutefois être réservé l'effet indirect du droit au regroupement familial protégé par les art. 7 et 17 LSEE. En droit d'asile, l'entrée des requérants est régie par des prescriptions qui, selon les circonstances, ne laissent pas de place à des refus discrétionnaires (art. 13c LAsi, d'ailleurs applicable par analogie aux requêtes présentées dans les aéroports, selon l'art. 13d LAsi[76]). La LAsi peut donc conférer indirectement un droit légal à l'entrée, dont le fondement se trouve en réalité dans des considérations liées au principe du non-refoulement.

A ce stade, il faut encore mentionner l'art. 12 al. 4 PIDCP, qui dispose que "nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays". Le TF a en effet laissé clairement entendre que cette garantie peut être invoquée non seulement par les nationaux, mais encore par les étrangers qui sont enracinés dans leur pays de séjour au point d'être étrangers dans l'Etat de leur nationalité, en quelque sorte[77]. Il ne fait guère de doute toutefois, à la lecture de cet arrêt et des décisions du Comité des Droits de l'Homme rendues au même propos[78], qu'un étranger qui a vécu même la majeure partie de sa vie clandestinement en Suisse n'aurait aucune chance d'obtenir gain de cause en invoquant cette disposition, bien que la régularité du séjour ne soit pas explicitement exigée dans le texte de l'art. 12 al. 4 PIDCP (comp. l'art. 12 al. 1 PIDCP).

L'art. 12 al. 4 PIDCP constitue la seule garantie de rang international, applicable actuellement en Suisse, qui ait directement trait au droit d'entrée (et indirectement au droit de séjour). D'autres droits de la CEDH et du PIDCP peuvent cependant avoir pour effet "réflexe" de contraindre les autorités à admettre l'entrée d'un étranger, au même titre qu'ils peuvent imposer à l'Etat de "tolérer" leur séjour: on pensera par exemple à la protection de la vie familiale de l'art. 8 CEDH, tout comme à l'interdiction de la torture, que nous reverrons isolément ci-après[79]. Mais pour le reste et comme déjà mentionné, le droit suisse ne s'écarte pas de la conception dominante selon laquelle l'exercice effectif des droits et libertés reconnus par la CEDH et les deux Pactes de l'ONU de 1966 peut être légitimement supprimé du seul fait d'une mesure d'éloignement.

En second lieu, aucun droit au séjour n'est non plus conféré par le droit constitutionnel interne. La LSEE, en dérogation au pouvoir de libre appréciation des autorités qu'elle pose à son art. 4, garantit un seul type de droit au séjour: celui des conjoints de citoyens suisses ou

---

[75] Art. 15 de l'Ordonnance du 14 janvier 1998 concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers (RO 1998 I 194 ss).

[76] Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 37 s. et les références citées.

[77] ATF 123 II 433, 443, qui évoque la disposition pour la protection qu'elle offre également contre les mesures de renvoi: cf. A. Achermann, Recht auf Einreise ins eigene Land und auf Verbleiben im eigenen Land, Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II, in Asyl 1997/3, pp. 63 ss.

[78] Cf. la décision Stewart c. Canada du 1er novembre 1996, com. 538/1993.

[79] V.B.4, resp. 2.

d'étrangers établis à l'octroi d'une autorisation de séjour pendant cinq ans, puis à un permis d'établissement, à moins qu'il n'existe un motif d'expulsion ou que le mariage ait été conclu pour contourner la loi (art. 7 et 17 al. 2 LSEE). L'étranger en situation irrégulière qui se marierait avec un Suisse ou un établi ne devrait pas être en mesure de tirer de ces dispositions un droit absolu au séjour, puisque l'illégalité de son séjour peut selon les cas fonder une expulsion selon l'art. 10 al. 1 let. a/b LSEE.

Dans ce dernier cas, comme dans toutes les situations de regroupement familial pour lesquelles les art. 7 et 17 al. 2 LSEE ne dictent pas une solution claire ou ne sont simplement pas applicables, le cadre de la décision à prendre est donné par l'art. 8 CEDH[80]. C'est dire l'importance des garanties internationales à effet "réflexe", dont nous venons de faire état au sujet du droit à l'entrée, en dehors bien sûr des traités bi- ou multilatéraux visant spécifiquement l'octroi, le renouvellement des autorisations ou leur transformation, qui restent toutefois sans pertinence pratique pour les "sans-papiers".

B. La liberté individuelle

1) La définition du contenu de la liberté individuelle

En droit constitutionnel fédéral, la liberté personnelle est une liberté non écrite, dégagée par la jurisprudence du TF en tant que condition nécessaire de l'exercice de toutes les autres libertés et comme élément indispensable de l'ordre public fédéral[81]. La liberté personnelle ne protège pas un objet précis, susceptible d'être circonscrit d'une manière générale. En résumé, elle vise à protéger toutes les facultés élémentaires de la personnalité humaine, dont la dignité de l'être humain[82]. Partant, elle est apte à couvrir plusieurs des droits et libertés traités distinctement dans la CEDH et le PIDCP ou même le PIDESC.

Les conditions de restriction de la liberté personnelle en droit constitutionnel suisse se limitent par ailleurs aux classiques exigences de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la réserve du noyau essentiel.

2) La sûreté et l'intégrité physique

Le droit à la sûreté et à l'intégrité physique appartient bien entendu au noyau central de la liberté personnelle du droit constitutionnel fédéral non écrit[83].

En *obiter dictum* dans une affaire concernant la garantie de la propriété, le TF s'est laissé à dire que tout individu a une prérogative à obtenir une protection active de l'Etat lorsque ses droits élémentaires (droit à la vie, liberté personnelle, liberté d'expression) sont menacés. Il faut cependant que l'atteinte potentielle soit grave et l'intervention étatique opportune[84]. Cette déclaration de principe permet de tirer l'idée d'un droit à la protection active de la sûreté personnelle en Suisse, même si elle n'a guère été concrétisée positivement à notre connaissance. Le bénéfice de cette protection pour des étrangers en situation irrégulière paraît dépendre essentiellement du critère de l'opportunité.

Mais la question ne se pose pas en pratique, à vrai dire: l'étranger n'obtiendra pas de protection sans s'adresser aux organes de police et s'expose ainsi à être lui-même sanctionné et renvoyé de Suisse. Cela vaut généralement pour le recours à la justice pénale. Il en découle que les étrangers en situation irrégulière sont particulièrement vulnérables et exposés aux infractions. L'on constate toutefois en pratique que la police

---

80 Cf. ci-dessous, V.B.4.
81 ATF 89 I 98; cf. W. Haller, n° 5 ss ad Liberté personnelle, in Commentaire Cst.
82 Cf. ATF 101 Ia 346; M. Rossinelli, Les libertés non écrites, 1987, pp. 131 s. et les arrêts cités.
83 U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1998, p. 400.
84 ATF 119 Ia 28.

ferme parfois les yeux sur la statut irrégulier de certains plaignants, lorsque leur collaboration paraît utile (ainsi dans le domaine de la lutte contre la drogue). Il s'agit cependant d'une pratique paralégale, en tant que le droit suisse ne connaît pas de mécanisme d'immunité négociée.

En relation avec le statut des étrangers en situation irrégulière, le droit à l'intégrité physique trouve application à titre direct pour délimiter les moyens de contrainte qui peuvent être exercés pour exécuter les refoulements, d'une part (art. 14 LSEE). Il intervient d'autre part dans la définition des régimes de détention administrative (art. 13d al. 2 LSEE).

En pratique, c'est principalement sur ce second terrain que la mise en oeuvre des art. 13a ss LSEE a soulevé des problèmes en raison des conditions de détention inadaptées qui ont prévalu dans les établissements de certains cantons. Les autorités judiciaires cantonales compétentes pour le contrôle des détentions ont dû ainsi conclure, dans quelques cas, que la limite intangible de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants était franchie. Elles se sont alors fondées principalement sur l'art. 3 CEDH[85].

Pour le reste, c'est le lieu de rappeler l'effet indirect que la protection internationale de l'intégrité physique déploie à l'encontre des refoulements selon le raisonnement développé dans l'arrêt Soering rendu le 7 juillet 1989 par la Cour européenne des droits de l'homme[86] pour ce qui concerne l'art. 3 CEDH et repris dans le cadre du PIDCP, ou directement par l'art. 3 de la Convention sur la torture. Il ne s'agit pas ici de développer l'analyse de cette extension du principe du non-refoulement au-delà des cas relevant de l'art. 33 de la Convention sur le statut du réfugié. On se limitera à relever qu'elle trouve en Suisse un écho concret par l'intermédiaire de l'admission provisoire des art. 14a ss LSEE[87], que ce soit dans le cadre des procédures internes ou, à quelques reprises ces dernières années, suite au succès de requêtes présentées devant les instances conventionnelles compétentes[88].

Les étrangers en situation irrégulière sont évidemment pleinement concernés par ces aspects de la liberté personnelle. Ils en jouissent sans égard à leur statut: il est incontesté en Suisse que le droit à la sûreté et à l'intégrité physique constitue un droit de l'homme, et non du citoyen ou des seuls administrés "légaux".

3) Liberté d'aller et venir

Vu l'imprécision de la définition de la liberté constitutionnelle non écrite, ce sont surtout les diverses garanties internationales participant à la protection de la liberté d'aller et venir qui en assurent la concrétisation et le développement, dans le domaine qui nous intéresse. Le droit constitutionnel conserve néanmoins une portée autonome sur certains points. Il en va ainsi de la protection de la liberté de mouvement contre les simples restrictions non qualifiables de privation de liberté. L'art. 2 du Protocole additionnel 4 de la CEDH, qui les vise, n'est pas en vigueur en Suisse. Son pendant dans le PIDCP (art. 12 al. 1) l'est en revanche[89], mais ne peut être invoqué que par les personnes qui séjournent légalement. Or, la liberté personnelle du droit constitutionnel non écrit n'est pas pareillement limitée *ratione personae*, de sorte qu'elle dépasse à cet égard la protection internationale.

---

85 Cf. N. Wisard, Réflexions sur les régimes de détention administrative deux ans après l'entrée en vigueur de la LMC, in Plädoyer 2/1997, pp. 44 ss.

86 Publications de la Cour, Série A n° 161.

87 Cf. ci-dessus, I.B.1.

88 Cf. notamment M. Gattiker, Die Beschwerde gemäss Art. 22 UNO-Folterkonvention wegen Verletzung des Rückschiebungsverbots, in Asyl 1996/1, pp. 3 ss.

89 Mais, seulement dans le cadre du régime fédéral des autorisations, soit du territoire du canton qui les a délivrées, selon la réserve formulée par la Suisse sur ce point: RO 1993, pp. 747 ss.

Ce dernier aspect de la liberté d'aller et venir est restreint par l'art. 13e LSEE, qui permet aux autorités cantonales d'ordonner aux étrangers qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement - donc en particulier aux "sans-papiers" - de ne pas quitter une région déterminée ou de ne pas pénétrer dans un périmètre déterminé, lorsqu'ils troublent ou menacent la sécurité ou l'ordre publics. La liberté constitutionnelle commande une pesée des intérêts prudente, et impose de ne pas circonscrire un périmètre d'assignation trop étroit, sous peine créer une véritable détention[90].

Pour le reste de la problématique de la liberté d'aller et venir des étrangers, c'est essentiellement l'art. 5 CEDH qui a marqué l'évolution législative et la pratique suisse de ces dernières années.

D'une part, l'art. 5 CEDH a orienté - et sérieusement limité - l'instauration des détentions administratives des art. 13a ss LSEE par la loi fédérale de 1994 sur les mesures de contrainte, dont l'incidence sur le statut des "sans-papiers" a déjà été soulignée[91]. Il fallait en effet que les mesures proposées puissent tomber dans les clauses exhaustives de l'art. 5 al. 1, i. e. constituent un cas de détention admissible. C'est évidemment la lettre f de l'art. 5 al. 1 qui était principalement pertinente (détention d'étrangers contre lesquels une procédure d'expulsion est en cours). Elle oriente clairement le but qui peut être assigné aux détentions administratives: ainsi, la loi fédérale du 18 mars 1994 a dû abandonner l'internement administratif antérieur, qui visait à détenir des étrangers pour des motifs d'ordre public alors même que leur refoulement était exclu[92].

D'autre part, l'art. 5 CEDH a été à l'origine d'une révision soudaine de la procédure d'asile à l'aéroport (décision sur l'autorisation d'entrée en Suisse; art. 13d LAsi), à la suite de l'arrêt *Amuur* rendu le 25 juin 1996 par la Cour européenne des droits de l'homme[93] qui a assimilé à une véritable privation de liberté, selon les circonstances, la rétention dans les zones internationales d'aéroports. Il suffit toutefois de noter ici que les étrangers qui ne sont pas admis aux postes-frontières aéroportuaires, sans pour autant y avoir déposé une demande d'asile, échappent en l'état à la protection de l'art. 5 CEDH. Il y a donc là une catégorie particulière d'étrangers en situation illégale sur le territoire suisse - puisque les zones de transit des aéroports helvétiques en relèvent - qui se trouve légalement défavorisée par rapport aux requérants d'asile.

4) Liberté du mariage et droit au respect de la vie familiale

La liberté de mariage fait l'objet d'une disposition spécifique de la Constitution fédérale (art. 54), rédigée sous forme d'un droit de l'homme et non du citoyen. L'art. 54 al. 2 Cst. précise qu'aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur quelque motif de police que ce soit. Le TF a cependant jugé en 1949 que l'existence d'une expulsion administrative exécutoire à l'encontre d'un fiancé autorise les autorités d'état civil à ne pas délivrer les certificats nécessaires à la conclusion du mariage[94]. Cette jurisprudence a été rendue alors dans le souci de ne pas priver d'effet les mesures d'éloignement prises sur la base d'un fondement constitutionnel (art. 70 Cst) de valeur égale à l'art. 54 Cst, à une époque où le mariage avec un citoyen suisse conférait la nationalité.

Dès lors que, de nos jours, le mariage n'octroie plus la nationalité et ne confère qu'un droit à l'autorisation de séjour sous réserve d'expulsion (cf. art. 7 et 17 al. 2 LSEE), la doctrine

---

90 Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 50 s.

91 Ci-dessus, I.B.3.

92 Feuille fédérale (ci-après FF) 1994 I 305 ss, suivant l'avis de S. Trechsel, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in PJA 1/1994, pp. 43 ss, 47. Cf. aussi le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 26 février 1997 sur la requête n° 24881/94 de S. Ali contre Suisse.

93 Recueil des arrêts et décisions 1996-III, pp. 826 ss.

94 ATF 71 II 1

estime que cette jurisprudence ne pourrait plus être maintenue[95]. La conception récente consiste d'ailleurs à ne traiter la relation entre les mesures de police des étrangers et leur effet sur les rapports familiaux que sous l'angle de la protection de la vie familiale - l'art. 54 Cst ne s'étendant qu'à la protection de la conclusion du mariage proprement dite[96]. Il n'y a donc effectivement plus de place à une interdiction de mariage pour quelque motif de police des étrangers que ce soit - en bonne dogmatique et conformément à la lettre de l'art. 54 al. 2 Cst.

Les étrangers en situation irrégulière qui entendent se marier en Suisse sont néanmoins confrontés à des difficultés d'ordre pratique en raison des règles du droit international privé suisse et des exigences administratives d'état civil - les autorités d'état civil s'écartant en outre de l'interprétation de l'art. 54 Cst qui vient d'être avancée. A teneur de l'art. 43 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé[97], les autorités suisses sont compétentes pour célébrer des mariages si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou possède la nationalité suisse; les fiancés étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à s'y marier lorsque le mariage est reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans leur Etat national. Le critère du domicile est ainsi central. En droit civil, le domicile correspond au lieu où une personne vit avec l'intention de s'établir; il subsiste malgré le départ tant qu'un nouveau domicile n'a pas été constitué (art. 23 ss CC). L'application de ce critère est assurée par l'exigence du dépôt d'un certificat *ad hoc* auprès de l'officier d'état civil (art. 150 al. 1 ch. 1 let. a de l'Ordonnance du 1er juin 1953 sur l'état civil[98]).

L'hypothèse d'un mariage en Suisse entre un fiancé clandestin et le possesseur d'un titre de séjour valable (ou d'un Suisse) pourrait être ainsi théoriquement réalisable, pour autant que le clandestin puisse produire une attestation de domicile (matériellement fausse) de son Etat de provenance. En pratique toutefois, les autorités d'état civil de la plupart des cantons refusent de célébrer le mariage tant que les fiancés ne sont pas tous deux en règle sur le plan du droit de séjour, et coordonnent ainsi leur action avec les autorités de police des étrangers. Dans certains cas, la police des étrangers octroie un droit de séjour provisoire aux fins de conclusion du mariage; sinon, elle prononce en principe le renvoi du fiancé en situation irrégulière. Cette pratique qui n'a pas donné lieu à jurisprudence, à notre connaissance, est critiquable. Les contacts entre les autorités des deux domaines reposent certes valablement sur l'obligation de dénoncer déjà mentionnée[99]. Mais le refus de célébrer est quant à lui clairement incompatible avec l'art. 54 al. 2 Cst. et ne trouve aucun fondement légal dans le Code civil[100]. Le souci de prévenir les mariages fictifs invoqué par les autorités d'état civil, bien que fondamentalement légitime, est à nos yeux sans pertinence dès lors qu'il appartient aux autorités de police des étrangers de ne pas donner suite aux abus du droit au mariage: on a vu que les art. 7 al. 2 et 17 al. 2 LSEE suppriment en ces cas le droit à l'autorisation de séjour recherchée. L'attitude des autorités d'état civil a toutefois le mérite de protéger les intéressés contre leurs engagements fictifs, dans la mesure où le TF a jugé que de tels "conjoints" ne peuvent pas divorcer faute de pouvoir démontrer la désagrégation des liens conjugaux ... qui n'ont jamais existé ![101]

Pour les couples d'étrangers en situation irrégulière par suite de perte du droit de séjour mais tolérés par les autorités de police des étrangers, la question devrait se poser en termes différents. Le domicile qu'ils ont acquis légalement en Suisse pourra être attesté sans

---

95 Cf. U. Häfelin/W. Haller, op. cit., p. 425

96 Cf. D. Thürer, Familientrennung durch Staatsgrenzen ?, in Festschrift Hegnauer, 1986, pp. 591 ss.

97 RS 291; ci-après LDIP.

98 RS 211.112.1; ci-après OEC.

99 Et expressément réservée par l'art. 128 OEC.

100 Pour ces conditions, cf. H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, Le mariage et le divorce, 1995, pp. 59 ss.

101 Journal des Tribunaux 1997 I 44.

conséquences pour leur séjour (art. 24 al. 1 ou 2 CC), de sorte que la célébration du mariage devrait pouvoir intervenir ordinairement.

En revanche, deux clandestins ne parviendront pas à se marier en Suisse, et seront mal inspirés de tenter de le faire puisque leur contact avec l'officier d'état civil se soldera par une intervention de la police des étrangers sous forme de renvoi. Il n'y aura néanmoins pas de violation de l'art. 54 Cst. dans la mesure où l'on admet que l'exercice des droits fondamentaux ne limite pas le pouvoir des autorités de police des étrangers[102].

L'on arrive cependant ainsi sur le terrain de l'art. 8 CEDH et à la protection de la vie familiale contre les mesures étatiques liées aux mesures de contrôle de l'immigration. Ce n'est pas ici le lieu de reprendre la jurisprudence des organes de Strasbourg rendue à ce propos. Il suffit de noter qu'elle est d'importance directe en Suisse puisque la Constitution fédérale ne connaît pas de disposition correspondante[103]. Il est intéressant par contre de souligner que la pratique et la jurisprudence suisses relatives à l'art. 8 CEDH considèrent que cette disposition confère un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour (respectivement au non-prononcé d'une mesure d'éloignement), et que son application est liée à une condition inconnue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: le TF estime que seuls peuvent l'invoquer les proches de l'étranger qui sont titulaires d'un permis d'établissement ou d'une autorisation de séjour avec droit au renouvellement. Le TF prend appui à cet égard sur le critère de la stabilité du titre de séjour de celui qui invoque le regroupement familial, connu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[104]. Vu son caractère restrictif, l'approche suisse en la matière est critiquée régulièrement par la doctrine, sans succès jusqu'ici[105]. Dans un arrêt *Gül* du 19 février 1996[106], la Cour européenne des droits de l'homme a pourtant montré que la possession d'un permis particulier n'est pas déterminante pour l'application de l'art. 8 CEDH, même si elle est parvenu à admettre dans son résultat la position soutenue en l'espèce par le TF.

Dans le contexte actuel, il en résulte que les familles d'étrangers dont tous les membres sont en situation irrégulière n'ont aucun droit à défendre l'unité de leur famille. Il en va de même pour les étrangers qui ne possèdent qu'une autorisation de séjour sans garantie de renouvellement, qui se font fréquemment rejoindre clandestinement de leur famille vu les difficultés ou le délai d'obtention d'une autorisation de regroupement familial (discrétionnaire et soumise aux conditions minimales de l'art. 39 OLE: activité lucrative stable, ressources financières suffisantes, habitation convenable pour la communauté familiale, garde des enfants assurée) - et plus encore des titulaires d'autorisations saisonnières, de courte de durée ou à caractère provisoire (p. ex. étudiants) pour lesquels le regroupement est simplement exclu (art. 38 al. 2 OLE). Des regroupements familiaux clandestins ont été fréquemment le fait des saisonniers (principalement italiens, espagnols, portugais puis yougoslaves), avec les conséquences sociales que l'on imagine[107].

5) Secret de la correspondance et des communications, respect de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile

La protection de la sphère privée élargie au domicile et à la correspondance découle en Suisse tant du droit constitutionnel non écrit que de l'art. 8 CEDH et de l'art. 17 PIDCP.

---

[102] Cf. ci-dessus, IV.B.2.
[103] Cf. D. Thürer, op. cit., pp. 593 ss.
[104] Cf. les nombreux arrêts cités par A. Wurzburger, op. cit., pp. 285 s.
[105] Cf. en dernier lieu P. Grant, op. cit., pp. 269 ss.
[106] Recueil des arrêts et décisions 1996-II, pp. 173 ss.
[107] Concernant la scolarisation, cf. ci-dessous, VI.B.1.

Les étrangers en situation irrégulière en bénéficient sans particularité pour ce qui touche aux mesures y relatives prises dans le cadre des procédures pénales. Il n'est donc pas nécessaire de s'y étendre.

C'est sur le plan administratif que ces personnes tombent sous le coup de mesures de fouilles spécifiques, destinées à la recherche des papiers d'identités pour l'organisation des refoulements (art. 14 al. 3 LSEE). En outre, les autorités administratives cantonales peuvent perquisitionner dans des logements privés à la recherche d'étrangers qui se soustraient à leur renvoi, moyennant une autorisation judiciaire (cf. art 14 al. 4 LSEE[108]).

La liberté de correspondance a joué un rôle important pour délimiter les régimes d'exécution respectifs des détentions administratives (art. 13a ss LSEE) d'une part et préventive (pénale) d'autre part. Le TF a dû en effet annuler des dispositions réglementaires qui soumettaient à la censure la correspondance des détenus administratifs: cette atteinte à la sphère personnelle était injustifiée et excessive au regard du but de la détention administrative, qui ne laisse pas de place à des préoccupations de prévention de la collusion[109]. Cela révèle que la détention administrative a pu être pratiquée à tort comme un substitut de la détention préventive.

C. Les libertés idéelles: de conscience et de religion, d'expression et de communication, de réunion, d'association et de manifestation

L'application de ces libertés aux étrangers ne soulève pas de questions particulières en raison de leur statut, quant au principe. Il n'est plus aujourd'hui sérieusement contesté en droit suisse que ces libertés sont des droits de l'homme[110].

Les principaux domaines d'intervention de ces libertés pour les étrangers en situation irrégulière peuvent être évoqués comme suit:

L'impact de la liberté religieuse se limite pour l'essentiel à la problématique des conditions de détention (respectivement d'accueil dans les centres d'enregistrement ou d'hébergement, pour les requérants d'asile); en général, les mesures positives nécessaires (nourriture, etc) sont prises.

L'activisme politique d'étrangers appartenant à des mouvements islamiques a donné lieu par ailleurs à des réactions des autorités administratives que l'on peut traiter sous l'angle des libertés de conscience et d'expression, voire d'association. L'abrogation récente de l'arrêté du Conseil fédéral du 24 février 1948 sur les discours politiques des étrangers[111] pourrait laisser penser que les étrangers jouissent désormais d'une pleine égalité de traitement avec les nationaux à ces égards. L'on relèvera toutefois que le TF avait considéré, pour des motifs d'ordre publics (art. 70 Cst.), que les étrangers - indépendamment de leur statut - sont astreints à une certaine réserve en matière politique, sous peine de mesures administratives portant sur leur droit de séjour (non-renouvellement d'autorisations, menace d'expulsion,

---

[108] Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 241 s. et 346 s.

[109] Cf. notamment l'ATF 122 I 222; cf. aussi N. Wisard, Réflexions ..., p. 46 et les arrêts cités.

[110] Cf. p. ex. J. P. Müller, n° 79 ad Liberté d'expression, in Commentaire Cst.; M. Hug, op. cit., pp. 279 ss et 296 ss; H.-R. Arta, Die Vereins-, Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit der Ausländer, 1983, *passim*; M. Raess et alii, op. cit., ch. 6.2.2.2 et suivants.

[111] RO 1998, p. 1174; sur l'historique de ce texte et les autres prescriptions qui l'ont accompagné, cf. R. Wertenschlag, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Eine Studie zu Entwicklung und Zustand der politischen Freiheit im Bundesstaat, 1980, pp. 393 ss.

etc)[112]. Il en résulte que l'idée selon laquelle les étrangers sont tenus à un devoir de réserve est encore bien présente aujourd'hui dans la pratique[113].

Il convient en outre de mentionner que la pratique récente a montré que les assignations au sens de l'art. 13e LSEE peuvent se prêter à une limitation des activités politiques des étrangers. On sait qu'un requérant d'asile encombrant pour la Suisse[114] s'est vu ainsi prononcer par le Conseil fédéral lui-même, en complément à l'assignation prononcée par les autorités cantonales, une interdiction d'activité et de contacts politiques. Le Conseil fédéral s'est fondé sur sa compétence générale en matière de sécurité intérieure et extérieure (art. 102 ch. 9-10 Cst), à défaut de toute autre base légale applicable[115]. Ce précédent pourrait sans doute être transposé à des cas d'étrangers en situation irrégulière que les autorités de police des étrangers ne parviendraient pas à refouler rapidement, lorsqu'une détention administrative n'entrerait pas en ligne de compte. Sous réserve des principes de la légalité et de la proportionnalité, de telles interventions du Conseil fédéral ne devraient pas poser de problème de fond, vu l'art. 16 CEDH.

Cela étant, il faut reconnaître que les libertés idéelles précitées ne sont guère invoquées par les étrangers en situation irrégulière, en dehors de la problématique de la détention, puisqu'ils ne cherchent pas à se placer sous les feux de la rampe ! Il pourrait en aller différemment pour les étrangers irréguliers dont le séjour est toléré et qui n'ont dès lors pas à craindre le renvoi s'ils se manifestement publiquement.

VI. Les droits économiques et sociaux

A. Le droit à la protection de la santé

La Constitution fédérale ne connaît pas de droit des citoyens ou de l'homme à la protection de la santé, dans le sens d'un droit à bénéficier de soins de santé dispensés par l'Etat. Certes, le TF a jugé que les détenus ont un droit constitutionnel à obtenir l'assistance médicale qui convient[116], mais il s'agit d'un corollaire de la liberté personnelle liée à la situation que crée l'Etat par l'incarcération. Ce droit ne peut donc pas être étendu aux personnes qui ne se trouvent pas sous la responsabilité directe des autorités étatiques, en l'état de la jurisprudence. La doctrine a bien soutenu que le refus indu d'un établissement médical public de dispenser des soins est susceptible de violer la liberté personnelle[117]. Mais le TF a jugé que ce refus de soigner est déjà illicite au regard des obligations statutaires de ces établissements sans qu'il soit nécessaire de construire un droit constitutionnel à l'accès aux soins[118]. Dans le même arrêt, le TF a par ailleurs relevé que le droit constitutionnel non écrit à des conditions minimales d'existence[119] n'apporte vraisemblablement rien de plus à cet égard.

Au plan du droit international applicable en Suisse, le droit à la santé est saisi par l'art. 12 PIDESC en termes programmatiques. Faute d'être directement applicable (*self executing*) et donc invoquable par les administrés dans les procédures administratives et judiciaires, cette disposition ne joue pas de rôle concrètement perceptible dans la pratique et la jurisprudence

---

[112] ATF 96 I 273. Sur les fondements de cette théorie, cf. M. Hug, op. cit., pp. 277 ss et 302 ss, et surtout R. Wertenschlag, op. cit., pp. 135 ss.
[113] Cf. M. Raess et alii, op. cit., ch. 6.2.2.5, p. 5.
[114] A. Zaoui, membre du FIS algérien.
[115] En dehors bien entendu des dispositions de la procédure pénale qui ne sont susceptibles d'intervenir que dans l'hypothèse d'actes délictueux, et avec le renfort récent de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure notamment lorsqu'il s'agit d'extrémisme violent ou de terrorisme (RO 1998 II 1546).
[116] ATF 102 Ia 305; 106 Ia 292.
[117] Cf. W. Haller, n° 89 ad Liberté personnelle, op. cit.
[118] Semaine judiciaire (ci-après SJ) 1998 pp. 269 ss.
[119] Ci-dessous, VI.B.3.

actuelles sur la question. Il en va de même pour les autres textes du droit international sur la question[120].

C'est donc le cadre légal ordinaire fédéral et cantonal qui détermine les droits des étrangers en situation irrégulière dans le domaine de la santé. Comme on le sait, l'organisation sanitaire relève principalement des cantons, qui sont ainsi responsables du réseau hospitalier notamment. La Confédération n'est compétente qu'en matière d'assurances maladie, accidents et maternité (art. 34bis et 34quinquies al. 4 Cst) et a opté pour un régime obligatoire d'assurances, et non pour un service national de santé[121]. C'est dire que la question de la protection de la santé dépend en principe essentiellement de la couverture des assurances sociales des intéressés. Nous y reviendrons ci-dessous en passant en revue les diverses formes d'assurances en vigueur actuellement en Suisse[122]. Il suffit de noter ici que le fait que les soins médicaux ne relèvent donc pas d'un service public étatisé ne facilite pas la situation des étrangers en situation irrégulière.

Ce nonobstant, il va de soi que les soins d'urgence sont néanmoins dispensés par les établissements publics médicaux des cantons, conformément à leur mission statutaire, même si les patients n'ont aucune couverture d'assurance. Sous réserve de la responsabilité de tiers[123], les frais sont pris en charge par les services d'assistance publique, aux conditions propres à leur aide[124]. Les hôpitaux restent ainsi fréquemment impayés pour les soins dispensés aux étrangers en situation irrégulière, dans la mesure où ces derniers échappent aux critères de l'assistance sociale. Leurs propres services sociaux se chargent de trouver des situations adaptées, passant le cas échéant par le rapatriement. Mais il est à noter que les hôpitaux paraissent en général s'abstenir de toute information aux autorités de police des étrangers sur les situations dont ils ont connaissance, et ce au nom de la priorité de leur mission - et indépendamment du secret médical. Ils ne s'estiment donc pas jouer un rôle d'autorité (administrative), tenue à la dénonciation des infractions.

Les soins non urgents ou à caractère préventif posent des problèmes plus sérieux. Les solutions cantonales paraissent très diverses et en tout cas non coordonnées. Le canton de Genève, par exemple, a créé une "unité mobile de soins communautaires", dotée d'un budget propre, afin de dispenser des services minimaux et gratuits au besoin pour les personnes clandestines notamment (suivi des grossesses, enfants, etc).

B. Droit aux prestations et aides sociales

1) Prestations de services publics généraux: la scolarisation

Parmi les prestations étatiques générales, il y a lieu de réserver une place spéciale à l'enseignement scolaire obligatoire. C'est en effet dans ce domaine tout d'abord que l'on a pu voir émerger l'opinion selon laquelle le statut de police des étrangers des intéressés ne devait pas porter à conséquence.

L'enseignement primaire étant du domaine exclusif des cantons puisque l'art. 27 Cst se limite à imposer le principe de la scolarisation obligatoire (dont la doctrine a tiré en

---

[120] Cf. P.-Y. Greber, Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, 1984, pp. 203 ss; A. Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, 1994, p. 21.
[121] P.-Y. Greber, op. cit., p. 202.
[122] Ci-dessous, VI.B.2.
[123] Dont les personnes qui invitent un étranger en Suisse en émettant en sa faveur une déclaration de garantie; l'employeur en revanche ne peut plus y être tenu depuis que le TF a considéré que l'art. 55 al. 3 OLE qui instaurait une telle responsabilité est invalide faute de base suffisante dans la LSEE; ATF 121 II 465.
[124] Cf. ci-dessous, VI.B.3.

contrepartie un véritable droit constitutionnel à la formation primaire[125]), les solutions sont évidemment très diverses sur l'ensemble de la Suisse. Pour ce qui est des cantons romands, la scolarisation des enfants clandestins notamment a été admise depuis le milieu des années 1980, sur la base des dispositions des lois scolaires cantonales qui ne prévoyaient pas de distinction quant au statut de police des étrangers[126]. Le corollaire de cette approche a été évidemment d'astreindre les autorités scolaires au secret à l'égard des autorités de police des étrangers - ou du moins à une abstention de dénonciation.

La pratique semble aujourd'hui s'être généralisée et pourrait s'appuyer maintenant non seulement sur l'art. 27 al. 2 Cst, mais encore sur le droit à l'éducation prévu à l'art. 13 PIDESC et l'art. 28 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Le fait que cette pratique soit ainsi entrée dans les moeurs contribue sans doute à expliquer l'absence de jurisprudence publiée sur la question.

2) Assurances sociales

L'analyse du statut des étrangers en situation irrégulière au regard des assurances sociales suisses peut se restreindre aux dispositions légales puisque le droit constitutionnel fédéral se limite à fixer la compétence législative de la Confédération en énonçant les lignes générales des divers régimes d'assurances (art. 34bis, quater et novies Cst.). Néanmoins, les mandats que ces dispositions donnent au législateur concrétisent l'idée de droits constitutionnels correspondants à une protection de l'Etat, bien que non justiciables[127].

Ce n'est pas ici le lieu de procéder à une analyse détaillée du statut des étrangers en situation irrégulière au regard des diverses assurances sociales. On se limitera plutôt à un bref survol des questions essentielles qui se posent pour ces personnes: soit le champ d'application *ratione materiae* (risques assurés) et *personae*, les types de prestations fournies et les conditions principales de leur service pour ces catégories particulières d'assurés, et pour quelques branches seulement du régime suisse de sécurité sociale[128]. Ce survol permettra de soumettre à la critique les affirmations quelque peu candides que le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral ont pu avancer pour soutenir que les clandestins bénéficient théoriquement des prestations du régime suisse de sécurité sociale, les problèmes éventuels n'intervenant que dans l'application pratique des législations concernées[129].

Avant cela, l'on peut d'emblée souligner un préalable essentiel à la couverture d'assurance des travailleurs illégaux, et deux caractéristiques communes à ces assurances qui sont importantes pour les personnes en situation irrégulière. Le préalable a trait à la validité du contrat de travail de l'étranger en situation irrégulière - que nous analyserons plus bas[130]: seul un rapport de travail valable peut donner lieu à une protection sociale. Des deux caractéristiques évoquées, la première a trait au secret auquel tous les acteurs institutionnels de ces assurances sont tenus, en vertu des lois respectives, qui priment l'art. 15 RSEE et les dispositions cantonales de procédure instaurant un devoir de dénonciation[131]. La seconde est liée au principe de la territorialité du droit administratif, et est exprimée par le principe de

---

[125] M. Borghi, n° 90 ss ad Art. 27 Cst., in Commentaire Cst.

[126] Cf. R. Fox, La scolarisation primaire obligatoire des enfants de requérants d'asile, in Droit des réfugiés, 1991, pp. 137 ss, 149, et les références citées.

[127] Cf. J.-L. Duc, n° 35 ad art. 34bis (qui relève d'ailleurs expressément que la protection sociale contre les accidents et maladies est un droit de l'homme, vu le souci d'universalité); P.-Y. Greber, n° 20, 51 ss et 79 ss ad Art. 34quater; le même, n° 42 s. ad Art. 34novies Cst, in Commentaire Cst.

[128] Pour le régime des prestations complémentaires à l'AVS/AI notamment, cf. H. Heller, op. cit., pp. 114 s. et 127 ss.

[129] Cf. not. le Rapport du Conseil fédéral sur l'économie souterraine du 9 juin 1987, in FF 1987 II pp. 1241 ss, 1273, et l'ATF 121 II 465, p. 470 consid. 2.c.

[130] VI.E.

[131] Cf. art. 83 LAMal et 130 OAMal; art. 102 LAA et 125 OLAA; art. 86 LPP; art 66 LAI, etc.

la non-exportabilité des prestations: celles-ci ne sont servies qu'en Suisse, en l'absence de convention internationale. Ce principe connaît toutefois des exceptions pour la prévoyance professionnelle et pour l'assurance-accidents.

a) Les assurances vieillesse/survivants et invalidité

L'objet des deux assurances construites sur un modèle semblable par la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants[132] et la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité[133] se passe de commentaires. Il suffit de relever que l'AVS constitue le "premier pilier" de la prévoyance vieillesse, destiné à assurer les besoins minimaux - le "deuxième pilier" étant donné par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[134]. Les prestations que l'AVS et l'AI offrent sont constituées principalement par le service de rentes.

Le domicile en Suisse tout comme l'exercice d'une activité lucrative (sur plus de huit semaines) entraîne l'assujettissement obligatoire aux deux assurances (cf. art. 1 LAVS et art. 1 LAI)[135]. L'art. 95a LAVS indique que la définition civile du domicile est applicable; on pourrait penser dès lors que le statut de l'étranger importe peu, tant qu'il réside en Suisse avec l'intention de s'y établir (cf. art. 23 CC). Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a toutefois jugé que l'intention de s'établir ne peut être déterminante aussi longtemps que des prescriptions de droit public en empêchent la concrétisation à long terme[136]. Si les étrangers qui font l'objet d'interdictions d'entrée par exemple ne peuvent ainsi être domiciliés en Suisse[137], il en va évidemment de même des étrangers en situation irrégulière[138].

Il en découle que l'étranger en situation irrégulière n'est assujetti à l'AVS/AI que dans la mesure où il exerce une activité lucrative. De fait, dans leur grande majorité, les travailleurs clandestins sont affiliés (par leurs employeurs) et cotisent[139]. La pratique et la jurisprudence sont parfaitement claires à cet égard: le caractère licite ou illicite de l'activité lucrative exercée est de ce point de vue sans aucune pertinence[140].

L'assujettissement à l'AVS/AI en raison de l'activité lucrative ne garantit cependant pas le bénéfice des prestations d'assurance, puisque ces dernières sont généralement conditionnées à l'existence d'un domicile en Suisse. Les art. 18 al. 2, 43bis al. 1 et 43ter al. 1 LAVS, ainsi que 6 al. 2 LAI, conditionnent en effet le versement des prestations au domicile et à la résidence habituelle en Suisse, en sus des conditions liées à la durée de versement des cotisations. Or, vu la conception du domicile retenue par le TFA et exposée plus haut, les clandestins se retrouvent exclus des prestations quand bien même ils ont cotisé tout à fait ordinairement - mais ce sous réserve des conventions bilatérales en vigueur. Cette situation délibérément aménagée par le TFA a été critiquée par la doctrine[141], sans grand succès toutefois. Le TFA s'est contenté, en 1992, de laisser entendre qu'il ne serait pas contraire à l'ordre public suisse d'allouer des prestations d'assurances sociales à un étranger en situation irrégulière (mais toléré officieusement), obligatoirement assuré en raison de son activité

---

[132] RS 831.10; ci-après LAVS.
[133] RS 831.20; ci-après LAI.
[134] RS 831.40; ci-après LPP. Cf. ci-dessous, VI.B.2.b.
[135] H. Heller, op. cit., p. 105.
[136] ATF 99 V 206; 105 V 449; 113 V 264, concernant principalement des saisonniers.
[137] Cf. P.-Y. Greber/J.-L. Duc/G. Scartazzini, Commentaire des art. 1 à 16 LAVS, 1997, n° 92 ad Art. 1 LAVS.
[138] C. Sommaruga, Travailleurs clandestins: les conditions de leur sécurité sociale, in Plädoyer 2/1993, pp. 46 ss, 48.
[139] C. Sommaruga, op. cit., p. 46
[140] ATF 118 V 79; P.-Y. Greber/J.-L. Duc/G. Scartazzini, op. cit., n° 95 ad Art. 1 LAVS; H. Heller, op. cit., pp. 105-106.
[141] En dernier lieu: H. Heller, op. cit., p. 109.

lucrative[142]. Depuis lors néanmoins, la pratique antérieure n'a pas été revue, à notre connaissance, pour les étrangers de pays qui n'ont pas conclu de convention avec la Suisse. La récente prise de position du Conseil fédéral au sujet de la notion de domicile au sens de l'assurance-maladie[143], en sens opposé de l'approche du TFA en AVS, devrait également pousser à une révision nette de la jurisprudence, par souci d'unité de concept.

En revanche, l'étranger en situation irrégulière exclu des prestations devrait en principe parvenir à obtenir le remboursement de ses cotisations (AVS exclusivement - cf. l'art. 6 al. 2 LAI). L'art. 5 de l'Ordonnance sur le remboursement aux étrangers des cotisations versées à l'AVS, du 29 novembre 1985[144], prévoit certes que l'étranger qui n'a pas accompli ses devoirs à l'égard des collectivités publiques n'obtiendra pas ce remboursement, en règle générale. De l'avis de l'Office fédéral des assurances sociales, cette disposition doit être interprétée très strictement[145], de sorte que le séjour (et l'emploi) illégal ne doivent pas suffire à exclure le remboursement des cotisations.

La réglementation restrictive du service des prestations est toutefois tempérée par les conventions bilatérales que la Suisse a conclues avec la plupart des Etats occidentaux (et qui couvrent plus de 90 % des étrangers séjournant - légalement - en Suisse[146]). Au titre de la réciprocité, ces accords dérogent au principe de non-exportabilité des prestations, fondamental dans le régime commun (cf. not. l'art. 18 al. 3 LAVS, et le Message du Conseil fédéral à l'appui de la 10e révision de l'AVS/AI[147]). Or, leur application n'est pas liée au critère du domicile, mais uniquement à la résidence et à une durée minimale de cotisations, en général[148]. Dans ce cadre, le TFA a confirmé que le caractère illégal du séjour est sans pertinence[149]; il a même été jusqu'à préciser que l'intention de séjourner en Suisse doit être appréciée, lorsqu'elle est pertinente, en faisant abstraction des décisions de police des étrangers, en suivant ainsi un raisonnement totalement opposé à celui dont découle l'exclusion de principe des prestations pour les clandestins ressortissants d'Etat non "conventionnels" ![150]

En résumé, les étrangers en situation irrégulière provenant d'Etats parties à des conventions de sécurité sociale avec la Suisse - soit vraisemblablement une part très importante des travailleurs clandestins, même si les pays du Sud ne sont pas concernés - parviennent ainsi à bénéficier de la plupart des prestations ordinaires de l'AVS et de l'AI, dans la mesure où elles ne sont pas au surplus conditionnées à l'existence d'un domicile en Suisse lors de la survenance de l'événement assuré[151].

b) La prévoyance professionnelle

La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, précitée, pose les bases du "deuxième pilier" de la sécurité sociale en la matière, en visant, en complément à l'AVS/AI, à maintenir un niveau de vie de manière appropriée (cf. art. 34quater al. 3 Cst.).

---

142 ATF 118 V 79; C. Sommaruga, op. cit., p. 48 et les références citées.
143 Ci-dessous, VI.B.2.d.
144 RS 831.131.12.
145 Cf. not. le n° 16 des Instructions administratives (Remb), qui ne mentionne que les étrangers ayant été l'objet d'une expulsion *stricto sensu*.
146 A. Maurer, op. cit. (1994), p. 96; P.-Y. Greber/J.-L. Duc/G. Scartazzini, op. cit., n° 41 ss ad Art. 1 LAVS.
147 FF 1990 II 2 ss, spéc. 59, 89 et 113.
148 Cf. C. Sommaruga, op. cit., p. 49 et les références citées; H. Heller, op. cit., p. 113.
149 ATF 118 V 79.
150 Arrêt du TFA du 2 avril 1993, in Pratique VSI 1/1995, pp. 38 ss.
151 Cf. l'analyse détaillée de C. Sommaruga, ibidem.

Y sont obligatoirement assujettis tous les salariés de plus de 17 ans dont le revenu dépasse le seuil critique (art. 2 LPP; actuellement: Fr. 23'880.-)[152]. Peu importe donc le domicile du travailleur ou son statut de police des étrangers, de sorte que les étrangers en situation irrégulière sont assurés sans distinction dès qu'ils remplissent les conditions précitées[153].

L'octroi des prestations (sous forme de rente en principe: cf. art. 1, 21, 24 et 30 ss LPP) n'est pas subordonné à d'autres conditions, sauf pour certaines rentes d'invalidité qui s'alignent sur les critères de l'AI. Sous réserve des règles valables pour ces dernières prestations, les étrangers en situation irrégulière bénéficient donc des services des caisses de prévoyance[154].

Enfin, la LPP fait exception au principe de la non-exportation des prestations, en raison du système de libre-passage institué par la loi fédérale du 17 décembre 1993[155]: l'assuré qui quitte une institution de prévoyance obtient de celle-ci un capital correspondant à ses expectatives d'assurance pour le transférer dans sa nouvelle institution, le cas échéant[156]. S'il quitte définitivement la Suisse, l'assuré peut exiger le paiement en espèces de sa prestation de sortie[157]. Concrètement, le travailleur clandestin peut toutefois se heurter à des difficultés pratiques pour obtenir ce versement, dans la mesure où il ne lui est pas possible de présenter de preuve officielle de son départ sauf à s'adresser à la police des étrangers[158].

c) L'assurance-chômage

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et les indemnités en cas d'insolvabilité (de l'employeur)[159] garantit les risques mentionnés en son titre par des conseils et des placements, la reconversion des intéressés, et des indemnités (art. 7).

Sont notamment assujettis au paiement des cotisations tous les travailleurs qui tombent sous le champ d'application de la LAVS (art. 2 al. 1 LACI). Il suffit donc d'exercer une activité dépendante, sous quelque statut que ce soit[160].

Si tous les travailleurs en situation irrégulière cotisent ainsi, aucun d'eux ne peut prétendre au versement des indemnités de chômage. Les conditions de ces indemnités comprennent en effet, et entre autres, l'existence d'un domicile spécial en Suisse et l'aptitude au placement (art. 8 al. 1 LACI). L'art. 12 LACI ne reconnaît de domicile en Suisse, aux fins de l'assurance chômage, qu'aux étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement ou de séjour, aussi longtemps qu'il permet d'exercer une activité lucrative. Cette définition exhaustive ne laisse donc pas de place à l'indemnisation des étrangers en situation irrégulière. Sauf convention bilatérale contraire, il suffit qu'un permis de séjour soit échu - quand bien même il pourrait être renouvelé - pour que l'intéressé soit exclu du bénéfice des indemnités de chômage[161]. En outre, ces étrangers - dont évidemment les purs clandestins - ne sont pas réputés "aptes au placement", faute d'autorisation de travail[162]. En revanche, d'autres prestations servies par l'assurance-chômage, notamment en cas d'insolvabilité de

---

[152] Cf. J.-L. Duc, Les assurances sociales en Suisse, 1995, pp. 58 ss.
[153] C. Sommaruga, op. cit., p. 50; H. Heller, op. cit., p. 116.
[154] C. Sommaruga, ibidem.
[155] RS 831.42.
[156] Cf. C. Helbling, Personalvorsorge und BVG, 1995, pp. 191 ss.
[157] Cf. J. Schneider, Les régimes complémentaires de retraite en Europe: libre circulation et participation, 1994, p. 361
[158] C. Sommaruga, op. cit., p. 50.
[159] RS 837.0; ci-après LACI.
[160] Cf. ci-dessus, VI.B.2.a.
[161] G. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, 1988, vol. I, pp. 160 ss.
[162] C. Sommaruga, op. cit. p. 51.

l'employeur, ne sont pas liées au domicile et peuvent ainsi théoriquement bénéficier aux étrangers en situation irrégulière[163].

d Assurance-maladie

L'assurance-maladie sociale, régie par la Loi fédérale du 18 mars 1994[164], couvre obligatoirement les risques maladie, accident lorsque l'assurance-accidents[165] n'entre pas en ligne de compte, et maternité (art. 1 al. 2 LAMal), par la prise en charge des coûts des mesures de prévention et de traitement (au sens large: cf. art. 25 LAMal). Facultativement, elle peut en outre couvrir la perte de gain par l'octroi d'indemnités journalières (art. 67 ss LAMal).

Ratione personae, l'assurance-maladie de base est obligatoire pour toute personne domiciliée en Suisse (art. 3 LAMal). Chacun est tenu de s'affilier à une caisse-maladie, sous peine de sanctions pénales (art. 92 LAMal) et d'une intervention du service cantonal de surveillance. Le critère du domicile conditionne également la durée de validité de l'assurance en ce sens que les personnes qui quittent la Suisse perdent toute couverture; les prestations ne sont en effet dues en général qu'autant que dure l'affiliation, même pour les événements survenus avant le départ[166].

L'interprétation de la notion du domicile se révèle ainsi également déterminante pour les étrangers en situation irrégulière. Le Conseil fédéral a précisé qu'il s'agit aussi du domicile civil (art. 1 al. 1 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie, du 27 juin 1995[167]). Il a prévu par ailleurs que sont tenus de s'assurer *en outre* - et notamment: les étrangers titulaires d'autorisations de séjour valables au moins trois mois; les requérants d'asile et les personnes admises provisoirement (art. 1 al. 2 OAMal). Il n'est pas certain cependant que cette disposition découle de la clause d'extension du champ d'application de l'art. 3 al. 3 LAMal[168], de sorte que l'on ne peut en tirer de conclusion certaine quant à l'approche à retenir. Certains auteurs préconisent dès lors que l'interprétation de l'art. 1 LAMal s'aligne sur la conception du domicile retenue dans le domaine de l'AVS/AI[169]: il en découlerait que les clandestins ne devraient théoriquement pas pouvoir être affiliés à l'assurance-maladie. De fait, l'expérience enseigne que les caisses-maladie ne donnent que très difficilement suite à des demandes d'affiliation sans que le requérant ne produise un titre de séjour valable.

Néanmoins, en réponse à une question parlementaire, le Conseil fédéral a déclaré - en termes non dénués de toute ambiguïté il est vrai - que la notion de domicile dans la LAMal doit être appliquée dans le sens du Code civil exclusivement[170]. Le Conseil fédéral envisage ainsi qu'un clandestin puisse être assujetti à l'assurance-maladie obligatoire lorsqu'il acquiert un domicile en Suisse en vertu de l'art. 24 al. 2 CC[171]. Les attitudes de tolérance dont font

---

[163] C. Sommaruga, ibidem. H. Heller, op. cit., pp. 120 s., souligne cependant que l'interdiction de l'abus de droit pourrait s'opposer à l'allocation de prestations destinées à suppléer au revenu du travail, dans la mesure où l'indemnisation prévue par la LACI ne dépend pas de la survenance d'événements extérieurs à l'emploi et indépendants du comportement de l'étranger sur la prise de l'emploi en question.

[164] RS 832.10; ci-après LAMal.

[165] Ci-dessous, VI.B.2.e.

[166] Cf. J.-L. Duc, op. cit., p. 119.

[167] RS 832.102; ci-après OAMal.

[168] Cf. A. Maurer, Das Neue Krankenversicherungsrecht, 1996, pp. 34 s.

[169] Cf. A. Maurer, ibidem.

[170] Question ordinaire Jaquet, Etrangers clandestins. Cas d'impossibilité de s'assurer pour la maladie, Bulletin officiel du Conseil national 1997, pp. 1603 s.

[171] "Le lieu où (une personne réside) est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse".

preuve les autorités cantonales, le cas échéant[172], devraient d'ailleurs être prises comme autant d'indices de domicile. Enfin, le Conseil fédéral a souligné qu'il n'appartient pas aux caisses-maladie de trancher la question de l'assujettissement à la LAMal, mais bien plutôt aux services cantonaux de surveillance (art. 6 LAMal et 10 OAMal). C'est donc l'attitude de ces derniers qui est déterminante: tous les cantons ne paraissent pas partager les vues du Conseil fédéral, de sorte que les pratiques des caisses-maladie pourront sans doute s'en écarter encore quelque temps, selon les cantons[173].

La position du Conseil fédéral est confortée par un raisonnement différent soutenu dernièrement dans la doctrine juridique. H. Heller[174] considère en effet que l'art. 1 LAMal est trop incertain sur le critère du domicile, de sorte qu'il y aurait lieu d'admettre l'existence d'une lacune sur le point de savoir si les "sans-papiers" tombent sous le coup de l'assurance-maladie obligatoire. Cette lacune devrait être alors comblée par un raisonnement analogique à celui que le Tribunal fédéral a suivi pour reconnaître que les travailleurs clandestins ont droit à une rémunération correspondant aux salaire minimal pour les travailleurs étrangers "déclarés", en vertu de l'art. 9 OLE[175]. En effet, ce même art. 9 OLE subordonne par ailleurs l'octroi des autorisations d'emploi à la condition que l'intéressé soit assuré contre les conséquences économiques de la maladie. De la sorte, la lutte contre le *dumping* sur les conditions d'embauche entraînerait une obligation d'assurance pour les travailleurs clandestins.

e) L'assurance-accidents

L'assurance instaurée par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents[176] est construite autour de la protection des travailleurs contre les accidents et maladies professionnels, bien qu'elle couvre aussi les accidents non-professionnels (cf. art. 1 et 6). Les prestations des caisses d'assurance-accidents s'étendent de la couverture des frais de soins et des moyens auxiliaires, à l'indemnisation de la perte de gain par indemnités journalières et par rente d'invalidité et de survivant et aux allocations pour impotents (art. 15-33 LAA).

Tout travailleur est obligatoirement assuré pendant toute la durée de son activité au service d'un employeur en Suisse (art. 1 et 3 LAA). L'assurance présente ainsi un caractère d'automaticité marquée: il appartient à l'employeur d'assurer ses travailleurs, et la carence de celui-là ne prive pas ceux-ci de toute couverture puisque la loi a institué une caisse supplétive (art. 58 ss/91 et 72 s. LAA)[177]. Il appert ainsi clairement que ni la nationalité, ni le

---

[172] A côté de la tolérance officieuse par les autorités cantonales de police des étrangers, le responsable de la question à l'Office fédéral des assurances sociales pense à cet égard aux cas d'enfants scolarisés ou d'étrangers annoncés aux services cantonaux de l'assurance-maladie. Ces deux derniers cas nous paraissent excessifs: peut-on conclure que l'Etat tolère l'étranger sur son territoire lorsque le comportement officiel pris en considération relève d'une autorité chargée d'un service public, exercé sans dénonciation des cas d'illégalité aux autorités compétentes de la police des étrangers ? Il est difficile de l'admettre dans la mesure où la non-dénonciation n'est que le résultat de l'application d'un secret social qui n'a manifestement pas été instauré à cette fin. Cela étant, cette position de l'OFAS a l'avantage d'éviter un cercle vicieux préjudiciable à la scolarisation des enfants en situation irrégulière, dès lors que certaines lois cantonales sur l'instruction publique exigent des élèves qu'ils possèdent une assurance-maladie; à Genève, il suffit à ces enfants d'être enregistrés dans une école pour qu'ils obtiennent un certificat du service de l'assurance-maladie attestant de leur assujettissement à l'assurance obligatoire, leur ouvrant les portes de la caisse de leur choix.

[173] Le canton de Vaud paraît s'aligner sur l'opinion de l'OFAS, selon G. Savary, Clandestins et assurance-maladie: "toléré" pourrait signifier "assuré", in Domaine public n° 1353, 27/8/1998, p. 6. A Genève, le Tribunal administratif est parvenu à une solution équivalente, mais par application analogique de la jurisprudence du TF relative à l'application des conventions de sécurité sociale en AVS (cf. arrêt A/440/1997-ASSU du 6 août 1997).

[174] Op. cit., pp. 122 ss.

[175] Cf. ci-dessous, VI.E.

[176] RS 832.20; ci-après LAA.

[177] Cf. J.-L. Duc, op. cit., pp. 131 ss.

statut de police des étrangers n'influent sur l'assujettissement à l'assurance-accidents - donc sur son bénéfice, puisque tous les événements survenus pendant la période d'assurance obligatoire sont couverts, même s'ils déploient leurs conséquences après la fin de cette période (cf. art. 3 al. 2 LAA)[178]. Le caractère illégal du séjour en Suisse ne peut par ailleurs pas suffire à réduire ou refuser des prestations au titre de l'art. 37 al. 3 LAA, qui l'autorise lorsque l'assuré a provoqué un accident en causant un crime ou un délit; la causalité entre l'infraction à la LSEE et l'accident est trop indirecte pour être adéquate[179]. Enfin, le droit aux prestations n'est pas limité dans le temps ou en quantité; il ne prend fin qu'avec la guérison ou l'intervention d'une autre assurance (AVS/AI; cf. art. 16 al. 2 et 19 al. 2 LAA).

Il en résulte que les prestations de l'assurance-accidents peuvent en outre être versées sur territoire étranger, si l'intéressé quitte la Suisse, et cela indépendamment de toute convention internationale. Il s'agit-là de l'exception la plus remarquable au principe de la non-exportation.

3) Assistance publique

L'assistance publique - soit les prestations étatiques minimales, subsidiaires aux assurances sociales, destinées à garantir un revenu social de compensation[180] - relève pour l'essentiel de la compétence des cantons (sauf pour les requérants d'asile; cf. art. 20a LAsi), de sorte que les régimes applicables sont divers et ne peuvent pas être présentés dans le cadre du présent rapport.

Jusqu'en octobre 1995, l'intervention de la Confédération dans ce domaine se limitait à la réglementation de la répartition intercantonale des tâches, fondée sur l'art. 48 Cst, qui prévoit que l'assistance doit être dispensée par le canton de domicile, y compris pour les étrangers (cf. la loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin[181]). La législation fédérale ne conférait cependant aucun droit à l'octroi de prestations d'assistance.

La date du 27 octobre 1995 a marqué un tournant important: le TF a reconnu l'existence d'un droit constitutionnel non écrit à des conditions minimales d'existence, dérivé de la liberté personnelle et imposé par l'ordre public[182] - mais sans faire allusion à l'art. 11 PIDESC, qui pourtant serait susceptible de commander la reconnaissance d'un tel droit, voire pourrait suppléer aux "imperfections" de la prérogative résultant de cette nouvelle jurisprudence[183]. Le principe de ce droit constitutionnel a été rappelé par le TF dans deux arrêts de 1996[184]. Quant à son contenu, ce nouveau droit a soulevé l'interrogation de la doctrine, dans la mesure où le TF en a laissé la concrétisation au soin des législations cantonales: d'aucuns ont ainsi relevé qu'en ne définissant pas lui-même la mesure de l'assistance due, mais en se limitant finalement à limiter les restrictions ou suppression de l'assistance publique, ce droit se rapproche en effet plus d'une simple liberté publique que d'un véritable droit social[185].

---

[178] Cf. J.-L. Duc, op. cit., p. 135; C. Sommaruga, op. cit., p. 50; H. Heller, pp. 118 s.
[179] Cf. C. Sommaruga, op. cit., p. 50 et les références citées; H. Heller, p. 103.
[180] Cf. F. Wollfers, Fondements du droit de l'aide sociale, 1995, p. 77; P.-Y. Greber, Droit suisse de la sécurité sociale, 1982, p. 560.
[181] RS 851.1.
[182] ATF 121 I 367, traduit in SJ 1996 p. 389.
[183] Cf. J. Künzli/W. Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 1997, pp. 105 ss, 131 ss.
[184] ATF 122 I 101 et 193.
[185] Cf. A. Auer, Conditions minimales, p. 37.

Mais peu nous importe ici. Ce qui est important est que ce "nouveau" droit - que la doctrine réclamait depuis des années, et que les cantons connaissaient pour la plupart au niveau légal - a été reconnu dans une affaire concernant des étrangers en situation irrégulière: il s'agissait de ressortissants tchèques qui étaient revenus illégalement, après une expulsion, dans la commune suisse où ils avaient vécu auparavant au titre de l'asile, et demandaient l'assistance de cette commune. Ils ne jouissaient d'aucun titre de séjour, et ne devaient leur présence en Suisse qu'au refus de leur Etat d'origine de les réadmettre; en d'autres termes, ils étaient tolérés *de facto*.

Comme le TF l'a expressément souligné, ce droit aux prestations minimales d'existence est donc un véritable droit de l'homme. L'acceptation de cette qualité par les services cantonaux d'assistance publique ne paraît cependant pas encore aller de soi. En effet, les cantons romands et les cantons de Berne et du Tessin ont convenu d'une pratique commune pour la mise en oeuvre du droit au minimum vital qui ne résout pas le problème de l'assistance aux personnes en situation totalement irrégulière. A teneur des directives qui traduisent cette pratique dans le canton de Genève, l'aide minimale (incluant des prestations pour l'entretien, le logement et les frais de santé, dans une mesure inspirée par les barèmes en vigueur pour les requérants d'asile) n'est dispensée aux étrangers démunis d'une "autorisation de séjour régulière" qu'à titre provisoire, pour une durée de 30 jours au maximum - et encore est-elle exclue aux requérants d'asile déboutés qui se sont soustraits à l'exécution de leur renvoi. Dans le délai de 30 jours précité, l'intéressé est tenu de s'annoncer aux autorités de police des étrangers, qui décident alors soit du renvoi soit d'une entrée en matière sur l'octroi d'une autorisation de séjour. L'aide n'est alors reconduite que jusqu'à l'échéance du délai de départ[186], dans le premier cas (et pour autant que le renvoi n'intervienne pas immédiatement), respectivement jusqu'à la décision sur l'autorisation de séjour dans le second cas - la procédure de recours éventuelle à ce propos étendant le bénéfice des prestations, pour autant qu'elle soit dotée de l'effet suspensif[187].

On constate que ce mécanisme permet aux organismes d'assistance publique de s'en tenir - formellement - au secret "social" qu'ils pratiquent usuellement, en tant qu'ils n'ont pas à dénoncer eux-mêmes les requérants d'aide aux autorités de police des étrangers. Dans son résultat, ce régime place cependant les intéressés devant un dilemme qui peut aboutir à leur passer l'envie de demander l'aide étatique.

Dans cette mesure, la pratique mise en place par les cantons romands pour satisfaire à l'ATF 121 I 367 nous apparaît insuffisante. En effet, le refus pur et simple de prestations au motif que le requérant ne donne pas suite à l'invitation de se présenter aux autorités de police des étrangers, ou n'obtient de leur part aucune attestation d'engagement de démarches en vue d'un permis, n'apparaît pas compatible avec la nature du droit constitutionnel au minimum vital: cela revient à refuser l'aide en fonction du statut illégal, soit d'un critère précisément non pertinent dans ce cas selon le TF. Le problème n'est pas académique, puisqu'il se pose aujourd'hui à l'égard d'étrangers tolérés *de facto*[188]. On peut dès lors penser que le TF aura l'occasion de reprendre l'examen de la question ... et se demander dès lors si les services sociaux s'en tiendront en cas de recours au secret qu'ils défendent vis-à-vis des autorités de police des étrangers. Dans ce cas, seuls les étrangers tolérés pourront vraisemblablement bénéficier effectivement du nouveau droit constitutionnel non écrit, à l'exclusion des clandestins ordinaires.

---

[186] Fixé par le canton, les directives fédérales éventuelles au sujet des échéances de départ étant sans importance.

[187] Art. 1-3 de l'Arrêté (non publié) du Département genevois de l'action sociale et de la santé relatif à l'aide financière aux étrangers non titulaires dune autorisation de séjour régulière, du 31 mars 1999.

[188] Pour Genève: Algériens et Kosovars dont le refoulement est exclu pour des motifs pratiques.

C. Liberté d'entreprendre et de contracter

L'art. 31 Cst. garantit la liberté du commerce et de l'industrie, sans toutefois tracer le cercle de ses bénéficiaires[189]. La jurisprudence a évolué sur la question de savoir si les étrangers pouvaient s'en prévaloir, et s'est finalement fixée sur une solution de principe qui a le mérite de la clarté à défaut d'être très convaincante dans sa motivation: seuls les étrangers titulaires d'un permis d'établissement sont protégés par l'art. 31 Cst, du fait que leur autorisation n'est pas soumise à des restrictions en ce qui concerne l'exercice d'activités économiques[190]. Ce qui signifie que la LSEE - soit une simple loi fédérale dont la précision n'est pas exemplaire - définit en réalité le champ d'application *ratione personae* d'un droit constitutionnel, sans qu'elle puisse se fonder clairement à cet effet sur l'art. 69ter Cst.

Quoi qu'il en soit, il est certain que les étrangers en situation irrégulière n'ont aucune chance d'obtenir la protection de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cela étant, il n'y a pas lieu d'en tirer des conclusions négatives quant à leur capacité et liberté contractuelles (au sens du droit civil). L'exemple de la validité du contrat de travail, qui sera présenté ci-dessous[191], montre en effet que l'illégalité du statut au regard des prescriptions de la police des étrangers reste sans conséquence. Le travailleur clandestin est ainsi tout à fait apte à ouvrir un compte-salaire en banque.

D. Le droit de propriété

L'art. 22ter Cst. protège la propriété, à la fois en tant qu'institution fondamentale de l'ordre juridique et économique suisse et en tant que droit constitutionnel[192]. Il peut être invoqué par tous, sans distinction de nationalité ou de statut administratif, de sorte que les étrangers en situation irrégulière en jouissent sans particularité.

Ces personnes n'ont évidemment guère de raisons d'invoquer la garantie de la propriété dans le domaine immobilier. En matière mobilière, la garantie de la propriété offre un intérêt particulier pour les étrangers en situation irrégulière en relation avec les mesures de refoulement. Il n'est pas rare en effet que les autorités de police confisquent les biens des intéressés en couverture des frais d'exécution des renvois, alors même qu'elles ne disposent pas forcément de bases légales suffisamment claires pour ce faire[193] - ce qui n'est pas le cas de la confiscation pénale déjà citée (art. 59 CPS). La question n'a toutefois pas donné lieu à jurisprudence, à notre connaissance. Mais il n'y a là rien d'étonnant vu que les conditions dans lesquelles ces mesures sont pratiquées ne laissent guère le loisir aux intéressés de recourir à ce propos.

E. Droits et libertés du travailleur

A ce titre, il convient de mentionner principalement que le statut irrégulier du travailleur quant aux prescriptions de police des étrangers ou de contrôle du marché de l'emploi n'a pas de conséquence quant à la validité des rapports de travail en eux-mêmes. Après avoir considéré que l'infraction aux règles administratives devait entraîner la nullité du contrat de travail en vertu de l'art. 20 du Code des obligations du 30 mars 1911[194], le TF a renversé sa jurisprudence au motif que la nullité du contrat de travail n'apparaissait pas appropriée au but poursuivi par l'interdiction légale, compte tenu notamment des avantages que

[189] Sur cette liberté, cf. R. Rhinow, Art. 31, in Commentaire Cst.
[190] Arrêt A. du 26 février 1997, in SJ 1997 p. 389.
[191] VI.E.
[192] Cf. G. Müller, n° 12 ss ad Art. 22ter, in Commentaire Cst.
[193] Cf. N. Wisard, Renvois, pp. 234 ss.
[194] RS 220; ci-après CO. L'art. 20 CO dispose: "Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs".

l'employeur en tirait[195]. Le TF a ainsi contribué à sortir le travailleur en situation irrégulière de sa précarité, dans le sens réclamé par la doctrine[196].

Le TF a d'ailleurs récemment renforcé sa jurisprudence en estimant que l'art. 9 OLE, qui exige que les étrangers ne soient autorisés à travailler qu'aux conditions de rémunération en usage pour les citoyens suisses, déploie des effets de droit civil au travers de l'art. 342 al. 2 CO. Le salaire contractuel du travailleur en situation irrégulière peut ainsi être corrigé à la hausse par le juge civil, sur action prud'homale ordinaire[197]. Le TF a ainsi développé un nouvel instrument (indirect) de lutte contre le *dumping* salarial, conforme à l'objectif du contrôle du marché du travail et à l'égalité de concurrence des entreprises. Les assurances sociales auxquels les travailleurs en situation irrégulière cotisent ne devraient pas s'en plaindre - ni d'ailleurs le fisc, puisque les employeurs se conforment fréquemment à leur devoir de prélever à la source les impôts afférents aux revenus des étrangers en situation irrégulière[198/199].

Pour le reste, le caractère irrégulier du séjour ne porte pas à conséquence sur les droits des travailleurs, notamment les droits syndicaux; ils en jouissent sans particularité[200].

Conclusion

Au terme de ce survol, force est de constater que les "sans-papiers" ne sont pas des sans-droits, même si l'on devrait à notre sens généraliser l'analyse des droits des étrangers en situation irrégulière dans la perspective des droits de l'homme, indépendamment des obstacles de justiciabilité auxquelles se heurtent les garanties des conventions internationales à caractère programmatique.

Néanmoins, l'équation posée entre l'absence de papiers et de droit se vérifie au stade de l'exercice de la plupart des droits, notamment dans le domaine social. Il y a là un problème humain indéniable, et une certaine contradiction juridique. Mais il ne faut pas perdre de vue que ce problème est dû avant tout à la situation créée par les intéressés eux-mêmes, quelles que puissent être les causes de leur immigration illégale. Dès lors, aucune solution juridique ne peut être valablement apportée à ce dilemne, dans un Etat de droit, tant et aussi

---

195 SJ 1988 p. 609; ATF 114 V 281.

196 F. Rapp, Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, in Basler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, pp. 277 ss; G. Aubert, Contrat de travail et autorisation de travail, in SJ 1988 p. 619; C. Sommaruga, op. cit., p. 47.

197 ATF 122 III 110.

198 Cf. J.-M. Rivier, Droit fiscal suisse, p. 91, concernant l'impôt fédéral direct. Les autorités fiscales ne dénoncent en principe pas les cas d'illégalité qui parviennent à leur connaissance, dans la mesure où elles sont également astreintes à un secret légal.

199 Reste à savoir si les autorités pénales pourraient également y être intéressées. Il y a là une question non résolue à notre connaissance, car d'importance pratique quasiment nulle semble-t-il, mais intéressante sur le principe: le fait que le salaire soit le produit d'une infraction (cf. art. 25 al. 6 LSEE) autorise-t-il sa confiscation pénale (respectivement le prononcé d'une créance compensatrice contre l'étranger, s'il l'a consommé) en vertu de l'art. 59 CPS ? Le lien de connexité entre l'infraction et le salaire incite à répondre positivement. On peut néanmoins pencher plutôt pour une réponse négative en se référant à la jurisprudence rendue au sujet de l'art. 59 CPS et selon laquelle seul le produit net d'une infraction est susceptible de confiscation lorsque l'activité n'est pas en soi illicite, mais exercée dans des circonstances délictueuses (cf. les arrêts cantonaux cités par C. Favre/M. Pellet/P. Stoudmann, Code pénal annoté, 1997, p. 147 n. 2.3, et par contraste les ATF 119 IV 17; 109 IV 121; 103 IV 142). Fournir des prestations de travail n'étant pas illicite en soi, il est ainsi possible de considérer que l'étranger n'est exposé à aucune confiscation dès lors que son salaire n'est que la contreprestation exacte d'un service en nature - ou, en d'autres termes, que l'étranger n'est pas enrichi par le versement du salaire de ses prestations. L'on trouve ainsi le moyen de répercuter au plan pénal la conception qui a prévalu en droit civil.

200 Cf. p. ex. M. Raess et alii, op. cit., ch. 6.2.2.6 au sujet de la liberté d'association.

longtemps que les étrangers n'auront pas acquis le droit de faire reconnaître et d'opposer aux Etats leur attachement à un territoire indépendamment de leur statut. Un premier pas en ce sens serait d'entrer en matière sur une véritable politique de régularisation pour les "sans-papiers".

Genève, le 17 mai 1999

Was gehen Sans-papiers die Kirche an?

***Benz H.R. Schär**, Prof. Dr. theol., Leiter "Fachstelle Migration" der reform. Kirchen Bern-Jura und Dozent für Sozialethik an der Universität Bern*

Der Pass ist der edelste Teil von einem Menschen. Er kommt auch nicht auf so einfache Weise zustand wie ein Mensch. Ein Mensch kann überall zustandekommen, auf die leichtsinnigste Art und ohne gescheiten Grund, aber ein Pass niemals. Dafür wird er auch anerkannt, wenn er gut ist, während ein Mensch noch so gut sein kann und doch nicht anerkannt wird. (B. Brecht, Flüchtlingsgespräche)

Wir werden bei allgemeineren ethischen und theologischen Fragen einsetzen, über Menschenrechte und den Nationalstaat nachdenken und schliesslich wieder bei der Rolle der Kirche und bei theologischen Überlegungen und bei drei Thesen zur politischen Rolle der Kirche ankommen.

"Menschenwürde braucht keine Papiere" heisst der Slogan der Kampagne für die Sans-papiers. Er simplifiziert die Sache allerdings sehr. Das heisst nicht, dass er falsch ist. Er fasst zwar nicht bündig eine differenzierte Reflexion zusammen, aber er gibt zu denken. Und uns gibt er vielleicht fast mehr zu denken, als sich seine Autoren vorgestellt haben. Das Thema ist in sich widersprüchlich und lässt sich deshalb nicht ganz gradlinig behandeln.

"Menschenwürde braucht keine Papiere". Das klingt beinahe selbstverständlich, denn Menschenrechte gelten als angeboren, auch theologisch gesehen: Menschenwürde, die Würde eines *jeden* Menschen, ist begründet in der *Imago dei*, der schöpfungsmässigen Gottebenbildlichkeit des Menschen. Sie ist unverlierbar, auch dann, wenn wir als real existierende Menschen sie nicht voll zur Darstellung bringen können. Als Geschöpfe nach dem Bild Gottes sind alle Menschen *gleich*: Gottes Söhne und Töchter. Auf *dieser* Ebene, der allgemeinsten, die sich nur denken lässt, sind sie folglich auch gleich zu *behandeln*, Papiere hin oder her.

Wenn wir aber nun fragen, was genau denn dieser fundamentale Anspruch auf Gleichheit begründet, dann werden die Fragen komplexer: Sicher gehören hierunter die Güter, die die *Allgemeine Menschenrechtserklärung* schützt, also das Recht auf Leben und Freiheit, die Anerkennung als Rechtsperson, der Schutz vor willkürlicher Verhaftung, das Recht, eine Ehe zu schliessen und eine Familie zu gründen etc.

Können wir aber konkreter werden? Die *Europäische Sozialcharta* - ein menschenrechtliches Vertragswerk, das von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist - zählt in §19 - unter der Überschrift "Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand" - eine Reihe von Rechten auf, die unserer Sache schon näher kommen: Ihnen gemäss soll ein Staat "sicherstellen", dass Wanderarbeitnehmer "nicht weniger günstig behandelt werden als die eigenen Staatsangehörigen" in Bezug auf folgende Dinge: Lohn, gewerkschaftliche Freiheiten, Unterkunft, Abgaben und Steuern, Beschreitung des Rechtsweges, Schutz vor Ausweisung. Allerdings sind diese Rechte, und das ist der entscheidende Punkt, auch in der Sozialcharta immer an die Bedingung geknüpft, dass sich der Arbeitnehmer *rechtmässig* im Hoheitsgebiet seines Gastlandes befindet.

Vorausgesetzt ist also die Existenz eines Nationalstaates. Wir hätten also nun nach den Rechten zu fragen, die ein Mensch im Hoheitsgebiet eines Staates hat, in dem er sich *nicht* rechtmässig befindet - eine Situation, die irregulär ist, wie wir gesehen haben auch gemessen an den menschenrechtlichen Vertragswerken. "Menschen erster und zweiter Klasse" - auch das ein Slogan aus der Kampagne - gibt es angesichts der Menschenrechte nicht, gewiss, aber es wird vom internationalen Recht durchaus anerkannt, dass ein Staat

zwischen eigenen und fremden Bürgern und Bürgerinnen oder zwischen Legalen und Illegalen unterscheidet.

Was tun? Wir könnten natürlich nun die Legitimität des Nationalstaats an sich in Frage stellen oder auch sein Recht, die Grenzen zu kontrollieren. Manche, die sich für Flüchtlinge und Illegale wehren, tun dies. Ich kann ihnen dabei nicht folgen. Vieles am Nationalstaat, diesem Konstrukt der Moderne, ist zwar durchaus fragwürdig und zeitbedingt, doch beruht auf dem Zusammenspiel von Nationalstaaten die ganze heutige Ordnung der Staatenwelt, *incl.* des Schutzes der Menschenrechte und einer wenn auch sehr prekären Friedenssicherung.

Theologisch-ethisch über den Nationalstaaat nachzudenken, ist aber ein sehr komplexes Unterfangen. Die Bibel jedenfalls lässt sich dabei kaum verwenden, denn solche Staatengebilde gab es zu ihrer Zeit nicht. Die frühen Schichten der Überlieferung setzen bloss *Vorformen* einer Staatlichkeit voraus, die späteren eine vom Nationalstaat sehr verschiedene Form politischer Organisation, die man als *Imperien* oder *Reich*e bezeichnet. Reiche aber, anders als Nationalstaaten, kennen kaum das Bedürfnis der Nationalstaaten, ihre Grenzen genau zu kontrollieren und zu wissen, wer genau sich wann wo aufhält und wer von Haus aus dazugehört.

Es ist heute anerkannt, dass die Menschenrechte eine Grenze der einzelstaatlichen Souveränität darstellen. Es steht also nicht im Belieben eines Staates, Menschen, die sich in seinem Hoheitsgebiet befinden, menschenverachtend zu behandeln - *und* es gilt auch nicht als Einmischung in innerstaatliche Angelegenheiten, von aussen den Finger auf solch menschenverachtendes Tun zu legen.

Wir formulieren deshalb unsere Frage neu: Gibt es allenfalls - nun ethisch und nicht juristisch gesehen - Einschränkungen der staatlichen Souveränität, die die Legitimation, über Sans-papiers zu gebieten, begrenzen? Und zwar über die allgemeinsten Menschenrechte hinaus?

Ich würde sagen: Ja. Zur Diskussion steht im vorliegenden Fall, dem der Schweiz, ja nicht nur die Anerkennung, die den Illegalen verweigert wird, sondern auch die Anerkennung, die den Legalen vorenthalten wird. Sie aber, die Legalen, sind nicht einfach dahergekommen. Mit ihnen hat der Staat sich freiwillig eingelassen, er hat sie gerufen - oder mindestens zugelassen, dass sie gerufen wurden - und er muss deshalb in Pflicht genommen werden.

Hier aber steckt, denke ich, auch das wahre politische - und ethische - Problem für die Schweiz. Es ist ja immer noch das Gleiche: Man ruft, mit Frisch zu sprechen, Arbeitskräfte und es kommen Menschen. Als Arbeitskräfte sind sie willkommen, als Menschen aber - mitsamt ihren Bedürfnissen - sind sie weniger willkommen.

Erinnern wir uns, wie Sans-papiers entstehen:

- Es sind oft ehemalige Saisonniers, Kurz- und sogar Jahresaufenthalter und -aufenthalterinnen, die durch die Fallstricke unserer Gesetze in die Illegalität getrieben werden. (Die Einführung der im Kern rassistischen Politik der drei Kreise hat daran einen grossen Anteil, indem sie zum Beispiel Saisonniers aus Ex-Jugoslawien von einem Tag zum andern für unerwünscht erklärt und zu Ausweich-Strategien gezwungen hat. (Dass heute nur noch von zwei Kreisen, von einem "binären Modell", gesprochen wird, hat die Sache um nichts humaner gemacht.)
- Sans-papiers sind auch Kinder, die von ihren Eltern, ohne dass sie das Recht auf Familienzusammenführung hätten, aus dem Ausland nachgezogen werden.
- Sans-papiers sind Frauen, die im Land bleiben, nachdem sie ihr Aufenthaltsrecht wegen einer Scheidung verloren haben.

Fazit: Fremdenpolizeiliche Vorschriften, die, gelinde gesagt, an der Grenze des menschenrechtlich Tolerierbaren lavieren, treiben Leute in die Illegalität, die einst hier legal waren oder sie lassen legal Anwesenden nur illegale Wege offen, wenn sie z.B. ihr Menschenrecht auf eine Familie realisieren wollen.

Sie *schaffen* eigentlich Illegalität. Die illegal Gewordenen ihrerseits werden dann aus Opfern zu Tätern gemacht und kriegen die Härte des Gesetzes zu spüren. In einer solchen Situation - und das ist hier das Wesentliche - müssen wir dem Staat ethisch das Recht absprechen, nach Belieben mit diesen Leuten zu verfahren.

Angesichts der schuldhaften Verstrickung der Schweiz in die Produktion von Illegalität, ist es nun aber durchaus angemessen, das Wort "Menschenwürde braucht keine Papiere" zu zitieren. Genau genommen prangert aber dieses Argument die Diskriminierung der Sans-papiers nicht direkt an, sondern es richtet sich in erster Linie gegen die Mechanismen, die fast zwangshaft Sans-papiers entstehen lassen.

Und das ist nun der Punkt, auch einige theologische Argumente wieder aufzunehmen: Altes und Neues Testament gehen ja noch weiter als bloss die allgemeine Menschenwürde theologisch festzustellen. Es gibt darüber hinaus eine ganz spezifische *Parteilichkeit* zugunsten derer, die in besonders verletzlichen Situationen sind. Immer wieder wird im Alten Testament davor gewarnt, das Recht von Witwen und Waisen zu beugen - und ihnen gesellt sich oft der Fremdling zu. Sie alle sind nicht einfach die, die besonders erbarmungswürdig sind. Ich glaube, wir müssen diese Warnungen politischer lesen als wir es oft getan haben. Sie sind *verletzlich* und *leicht ausbeutbar*. Sie können sich gegen Unrecht schlecht zur Wehr setzen. Die Warnungen des Alten Testaments wollen dies bewusst machen und so diese Leute schützen. Sie wollen aber auch die Gesellschaft davor bewahren, an ihnen schuldig zu werden.

Dieser Gedanke zieht sich durchs Alte Testament hindurch ins Neue hinein, mitsamt der Parteilichkeit für die Verletzlichen. Die wichtigste Stelle im Neuen Testament, die dies bestätigt, ist Mt. 25, wo dem Verhalten zum Hungrigen, Durstigen, zum Fremden, zum Nackten und Kranken und zum Gefangenen eine Bedeutung gegeben wird, die weit über das Zeitliche und Relative hinausgeht. "Was ihr getan habt einem von diesen meinen geringsten Brüdern und Schwestern", spricht der Weltenrichter(!), "das habt ihr mir getan." Ich glaube, wir gehen kaum fehl, wenn wir auch unsere Sans-papiers in diese Reihe stellen und ich sehe nicht, wie sich die christliche Kirche der Verpflichtung entziehen könnte, die daraus folgt.

Ich komme zu drei *Thesen zum politischen Handeln der Kirchen* - und weiss, dass ich dabei manches weglasse, was auch sehr wichtig wäre, z.B. das ganze diakonische Tun der Kirchen.

1. Da ein Teil der Illegalität in der Schweiz durch Gesetze verursacht wird, die menschenrechtlichen Kriterien nicht standhalten, muss es Aufgabe der Kirchen sein, auf den Gesetzgebungsprozess so einzuwirken, dass er diesen Kriterien genügt.
2. Da Zehntausende von Sans-papiers auf diese Weise bereits entstanden sind und seit längerer Zeit in der Schweiz leben, muss für sie auf eine Amnestie hingearbeitet werden, auch jetzt, nachdem der parlamentarische Vorstoss von Frau Angéline Fankhauser ins Abseits der Petitionen verwiesen worden ist. (Erinnern wir uns daran, dass Amnestien der Einsicht entspechen, dass menschliche Gesetzespflege zu widersprüchlichen und problematischen Folgen führen kann. Sie machen in diesem Sinn etwas gut, machen aber deswegen nicht Unrecht zu Recht.)
3. Da die innenpolitischen Verhältnisse der Schweiz wohl auch im besten Fall eine optimale Lösung des Sans-papiers-Problems nicht zulassen (und andererseits auf Grund der Weltsituation der Zustrom von Sans-papiers anhalten wird), ist ein Auge auf die Grauzonen zu halten. Es ist wichtig, dass sie humanisiert werden, und es ist leider wohl ebenfalls wichtig, dass sie einstweilen erhalten bleiben.

Migration und Weltmarkt

Stephan Günther *Redaktor im Informationszentrum Dritte Welt, IZ3W, Freiburg in Deutschland*

Ökonomische Aspekte von Illegalisierung und informeller Arbeit

Migration und Weltmarkt sind seit den Anfängen der Industrialisierung bzw. des Kapitalismus eng miteinander verwoben. Dabei verlief die Entwicklung der Modernisierung national und regional in sehr unterschiedlichem Tempo. Mit der Fabrikarbeit und dem Ausbau der Eisenbahn wuchs in manchen Ländern oder Regionen schon vor 200 Jahren der Bedarf an Arbeitskräften. Anwerbung von Arbeitern und auch unaufgeforderte Arbeitsmigration in die frühen industriellen Zentren waren Folgen dieser Entwicklung. Zunächst kamen die Arbeiter aus der näheren Umgebung, später aus den ländlichen, weiter entfernten Regionen, schließlich immer häufiger aus anderen Staaten. "Wir wissen", so die US-amerikanische Stadt- und Migrationsforscherin Saskia Sassen, "daß im Zeitalter des Kolonialismus Phasen starken wirtschaftlichen Wachstums die Mobilisierung »ausländischer« Arbeitskräfte nötig gemacht haben. Die Sklaverei war ein extremes Mittel, Arbeitskräfte zu beschaffen. Außerdem wurden Zwangsarbeiter in Massen in die Bergwerke und auf die Plantagen gebracht. Es wurden Millionen indischer Vertragsarbeiter für die Karibik und weißer europäischer Dienstboten für Nordamerika angeworben. Die einheimische Bevölkerung Südamerikas wurde durch Arbeitsverpflichtungssysteme (...) zur Arbeit gezwungen. Venezuela, das nach damaligem Wissensstand keine nennenswerten »Schätze« besaß, wurde dennoch überfallen, um Arbeitskräfte für die Plantagen auf den Karibikinseln zu bekommen."[201]

Mit den Anfängen des Weltmarkts ist also auch der Anfang transnationaler Arbeitsmigration gemacht. In den folgenden Jahrzehnten setzte sich einerseits dieser Trend fort: Aus Mexiko und Mittelamerika, aus China und Europa zog es Einwanderer in die USA, aus Ost- nach Westeuropa, aber auch regional innerhalb der Kontinente zogen Menschen in die Industrieregionen. Auf der anderen Seite entstanden Grenzen - durch die Konstituierung der Nationalstaaten, durch die Herausbildung nationaler Wirtschaftsweisen, durch die gewerkschaftliche Organisierung, die nicht selten Front machte gegen "billige" Arbeitskräfte aus dem Ausland. Diese beiden Interessenspole - die nationale Abschottung und der Bedarf an billiger Arbeitskraft - bestehen bis heute und haben sich im Laufe der Jahre in wellenförmigen Entwicklungen immer wieder modifiziert. In Deutschland beispielsweise gab es noch um die Jahrhundertwende einen enormen Bedarf an "Fremdarbeitern", die vor allem aus Polen ins Ruhrgebiet kamen. Im Ersten Weltkrieg wurden die "Fremd"- zu Zwangsarbeitern, während der folgenden Weltwirtschaftskrise mit ihrer hohen Arbeitslosigkeit wurden sie schon nicht mehr benötigt. Während des Nationalsozialismus kam der Widerspruch zwischen ökonomischem Bedarf und nationalistischer Abgrenzung an seinen unmenschlichen Höhepunkt: Millionen von Zwangsarbeitern wurden für die nationalsozialistische Kriegswirtschaft rekrutiert.

Auch nach dem Zweiten Weltkrieg kamen zunächst viele Flüchtlinge und mit ihnen eine hohe Arbeitslosigkeit. Ausländische Arbeitskräfte wurden nicht benötigt. Doch schon in den späten 50er und 60er Jahren, mit dem "Wirtschaftswunder", gab es Anwerbungen von Arbeitern aus Italien, Spanien, Griechenland, Jugoslawien, der Türkei und anderen Staaten. Mit dem Anwerbestop und den verschärften Ausländer- und Asylgesetzen wurde auch der sinkende Bedarf an Arbeit zum wiederholten Mal zum Ausdruck gebracht. Schon lange also ist die Migrationspolitik in erster Linie Arbeitsmarktpolitik, die allerdings durch nationalistische und rassistische Töne beeinflußt wird. Die politische Steuerung des

[201] Saskia Sassen: Migranten, Siedler, Flüchtlinge. Fischer, Frankfurt 1996.

Wechselspiels von Abschottung und Arbeitskräfte-Bedarfs erfaßt dabei jedoch nicht alle MigrantInnen. Denn die Ursachen für die Migration sind vielfältig und nur zum Teil durch die Politik der Zielländer kontrollierbar. Die Migrationsforschung unterteilt diese Ursachen für Flucht, Aus- und Einwanderung in sogenannte "Push"- und "Pull"-Faktoren. Push-Faktoren sind dabei Fluchtursachen, d.h. die Veränderungen der Lebensbedingungen im Herkunftsland, wenn also die Möglichkeiten, zu Hause leben zu können, sinken oder steigen. Dies können Kriege und Bürgerkriege sein, Vertreibung und Verfolgung, Hungersnöte, Arbeitslosigkeit oder andere Bedingungen, die Menschen wegtreiben aus ihrer heimischen Umgebung, oder umgekehrt Verbesserungen der ökonomischen Lage, Friedensprozesse oder politische Veränderungen im Herkunftsland, die den Menschen ein Bleiben oder Zurückkehren ermöglichen. Pull-Faktoren werden dagegen diejenigen Bedingungen genannt, die notwendig sind, in das Exil zu gelangen und dort zu leben. Dazu gehören die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen wie Asyl- und Einwanderungsgesetze genauso wie die Arbeitsmarktlage, die allgemeine wirtschaftliche Situation, bestehende familiäre o.a. Bindungen oder sprachliche und kulturelle Nähe.

Die These lautet dabei: Push-Faktoren steigen, Pull-Faktoren sinken tendenziell:

1. Einkommensverluste in Herkunftsländern: In vielen Staaten des Südens, aus denen Menschen fliehen, sinkt das Realeinkommen seit Jahren. Der Human Development Report 1996 stellte fest, daß" 1,6 Milliarden Menschen heute schlechter leben als vor 15 Jahren und in 70 Entwicklungsländern das Einkommensniveau niedriger ist als vor 20 Jahren."[202] Die Arbeitslosigkeit liegt in vielen Ländern bei 40 bis 50 %.
2. Kriege, Menschenrechtsverletzungen nehmen regional zu: Die Zahl der Kriege nach dem Zweiten Weltkrieg hat ebenso zugenommen wie die Intensität dieser Konflikte, bedingt vor allem durch die Verbreitung moderner Waffen.
3. Lebensgrundlagen werden regional schlechter (Weltmarktkonkurrenz, Versteppung und Verwüstung ...): Die Zahl der Umweltflüchtlinge aus der Sahel-Zone oder durch StaudammProjekte nimmt in weiten Teilen der Welt zu: Nach Berichten des UN-Umweltprogramms (UNEP) sollen etwa 135 Millionen durch Umweltzerstörung bedroht sein.
4. Einwanderungs-, Ausländer-, Asyl- u.a. Gesetze erschweren legale Einwanderung: Solche Gesetze sind beispielsweise in allen europäischen Staaten, in den USA und Kanada, in Japan, aber auch in Argentinien, Australien, Südafrika oder Indonesien erlassen worden.
5. Arbeitsmarkt und Arbeitsgesetzgebung bieten kaum Chancen auf legale Arbeit: Durch die Rationalisierung in fast allen Sektoren sinkt weltweit der Bedarf an Industriearbeit.
6. Konkurrenzkampf und Ausgrenzung verschärfen z.T. die rassistische und ausländerfeindliche Stimmung.

Allerdings gibt es auch migrationsfördernde Pull-Faktoren:

7. Bessere und billigere Verkehrs- und Kommunikationsmittel erleichtern mancherorts die Reise bzw. Flucht und ermöglichen es den MigrantInnen, auf Heimatbesuch zu gehen (zwischen den USA und mittelamerikanischen und karibischen Ländern wird diese Tendenz beschrieben, aber auch zwischen Ost- und Mitteleuropa).
8. Arbeitsmarkt braucht Migration: Die ständige Nachfrage nach billigen, z.T. aber auch spezialisierten und gut ausgebildeten Fachkräften (z.B. Krankenschwestern aus Osteuropa in der BRD) umgeht selbst restriktive Einwanderungsbeschränkungen bzw. schafft Ausnahmen.

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen: Weil Fluchtursachen bestehen bleiben oder sich gar verstärken (1-3), die Fluchtrouten z. T. billiger und schneller werden, auch

[202] Joachim Betz, Stefan Brüne (Hg.): Jahrbuch Dritte Weit 1999. Verlag C.H. Beck, München 1998.

Rückkehr möglich ist (7), es im informellen Sektor tatsächlich Bedarf an Arbeitskräften gibt (8), auf der anderen Seite Staaten Flucht und Migration "illegalisieren" (4-5), steigt die Zahl von Menschen ohne Papiere an.

Soweit läßt sich die Situation der MigrantInnen. zusammenfassen. Auf der anderen Seite gibt es auch ein (ökonomisches) Interesse an ihnen. Das Interesse an "Illegalen" beschränkt sich dabei nicht auf die "Schattenwirtschaft", der häufig mafiose Strukturen unterstellt werden und unter die vor allem illegaler Handel, Drogenhandel und Prostitution subsummiert werden, sondern einen weiten Bereich informeller Arbeit.

Arbeit ohne Papiere

Als in den 60er und 70er Jahren die ersten Textil-, Leder- und Montagefabriken ihre Produktion nach Asien, in die Türkei und nach Südosteuropa verlagerten, machte die Angst vor der Kapital- und Industrieflucht in Mitteleuropa die Runde. Die Löhne und vor allem die Lohnnebenkosten seien zu hoch, heißt es bis heute. Angesichts von Steuererhöhungen, sogar von nur ausbleibenden Steuersenkungen drohen ganze Industriezweige mit kollektiver Auswanderung.

Doch auch nach Jahrzehnten der Globalisierung von Produktion und Handel sind lediglich einige wenige arbeitsintensive Industrien aus Mitteleuropa verschwunden. Made in Hong Kong, Thailand, Pakistan, China oder Taiwan sind vor allem Spielwaren, Textilien, Schuhe und andere Lederwaren, bisweilen auch elektronische Geräte. Die Kern-Industrien wie Auto-, Kraftwerk-, Hightech- oder Software-Produktionen sind ebenso geblieben wie Fabriken, die schwer transportierbare Dinge herstellen: Möbel-, Stahl- oder Fahrzeugbau. Neben den hohen Transportkosten (allerdings wird die Fracht vergleichsweise einfacher und schneller) sind vor allem nachfragebezogene Standortargumente verantwortlich für die letztlich leere Drohung mit der Verlagerung von Produktionen. Die Nähe zum Absatzmarkt ist für die Produzenten vor allem relativ teurer Güter enorm wichtig, dazu kommen gute infrastrukturleistungen, FacharbeiterInnen, Produktionssicherheit und ausreichend Kapitalien.

Nun könnte man annehmen, daß eine Aufteilung der Industrien zwischen Nord und Süd nach Arbeitsintensität, Qualitätsanforderungen und Nachfrageorientierung der Produktion stattfinden könnte, die dazu führen müßte, daß sich irgendwann ein Status Quo einstellte. Qualifizierte, gut bezahlte ArbeiterInnen produzieren teure Produkte im Norden, weniger qualifizierte, schlecht bezahlte ArbeiterInnen produzieren die Massenware im Süden. Zum einen spricht gegen diese These, daß es schon jetzt gut ausgebildete Programmierer z.B. in Indien, Atomtechniker in China oder Facharbeiter in Mexiko gibt, also hoch spezialisierte Kräfte, die weit weniger verdienen als ihre KollegInnen im Norden. Außerdem - und damit komme ich zum eigentlichen Thema - gibt es einige Billiglohn-Bereiche, die nicht verlagerbar sind: Gastronomie, Landwirtschaft, Bauwirtschaft, Müllabfuhr, Hauswirtschaft und diverse andere Dienstleistungssektoren. Hier können die Einnahmen der Unternehmen mit der Lohnentwicklung nicht mehr mithalten. Die Folge: Subventionen in Landwirtschaft, Kohleabbau oder Stahlproduktion, staatliche Zuschüsse in Dienstleistungsbereichen - und vor allem informelle, halb-legale und illegale Beschäftigung zu Niedriglöhnen.

Als "Drittweltisierung" von Städten hat Saskia Sassen diese Entwicklung bezeichnet. Es bildet sich ein halb- bis illegaler, behördlich häufig geduldeter Produktions- und Dienstleistungssektor heraus, der aus staatlicher Kontrolle, aber auch aus staatlichen Wohlfahrtsleistungen herausfällt. Die Löhne in diesen Bereichen sind deshalb so gering, weil die "illegal" oder "schwarz" Arbeitenden keine Lohnnebenkosten verursachen, wegen ihrer abhängigen Lage und ohne Gewerkschaftsschutz zu Billiglöhnen arbeiten und weil schliesslich der "Luxus" von Arbeitssicherheit, Versicherungen, Arbeitskleidung, Urlaub und Krankengeld entfällt.

Diese Migration, die der Auslagerung von Produktion in gewisser Weise entgegenkommt, findet sich überall auf der Welt. Ich möchte an einigen Regionen nachweisen, dass die informelle Produktion global stattfindet, also Ausdruck ökonomischer Globalisierung ist, und für die betreffenden Produktionszweige von entscheidender Bedeutung sind. In Japan arbeiten rund 20 000 illegale Gastarbeiter aus China, weitere Tausende aus Südostasien. Darin sind illegale Flüchtlinge nicht erfaßt. (taz, 2.12.98). In Malaysia leben 1 Million "illegale Einwanderer." "Die meisten sind Wirtschaftsflüchtlinge aus Bangladesch, Burma, Thailand und vor allem Indonesien" (Frankfurter Rundschau 20.10.98). In den USA leben "mehrere Millionen" (Die Zeit) Menschen ohne Papiere, in Deutschland "eine halbe Millionen" (Frankfurter Rundschau, 3.12.98). Die Reihe ließe sich fortsetzen.

Für all diese Regionen gilt zunächst, daß die Zahlen der "Illegalen" in der Regel geschätzt sind, selten wird zwischen illegalem Aufenthalt, illegaler Arbeit und illegaler Einreise unterschieden. "Illegal", im Volksmund auch "schwarz" arbeiten beispielsweise in Deutschland (fast) alle irgendwie jobbenden nicht anerkannten Flüchtlingen, weil ihnen in der Regel jede Arbeit verboten ist. Dazu kommen nicht registrierte, d.h. sich irregulär aufhaltende Menschen, aber auch arbeitsberechtigte AusländerInnen und Deutsche, die die Arbeit nicht anmelden, um Steuern und Sozialabgaben zu sparen. Diejenigen, die am meisten "illegal" sind, d.h. weder aufenthalts- noch arbeitsberechtigt sind, werden am stärksten ausgebeutet, weil ihnen bei Protest gegen unterbezahlte, unwürdige oder besonders harte Arbeit nicht nur der Jobverlust, sondern auch die Abschiebung droht. Ein chinesischer Bauarbeiter in Japan verdient etwa 250 000 Yen pro Monat, wovon er 100 000 für Miete und Essen abtreten muß, der Rest geht an die Mafia, weil die Schlepper-Kosten von 3 Millionen Yen zurückgezahlt werden müssen[203]. Erst nach einigen Jahren - sofern er nicht abgeschoben wird - kann er Geld sparen. Folge ist auch, daß Löhne an dem Aufenthaltsstatus orientiert festgelegt werden. Polnische halblegale Haushaltshilfen in Berlin, so eine Studie, verdienen mit 12 bis 15 Mark pro Stunde relativ gut, während illegale russische oder bulgarische "Dienstmädchen" 5 bis maximal 8 Mark pro Stunde erhalten. Wenn auch der "illegale" Aufenthalt mitorganisiert wird, werden zusätzlich noch 150 bis 300 Mark Miete pro Person berechnet, auch wenn sich acht oder zehn Frauen ein Zimmer teilen müssen.

Im Folgenden will ich hier die Arbeitsmigration von Mexiko in die USA, von afrikanischen Ländern südlich der Sahara in die Republik Südafrika und von Osteuropa nach Mitteleuropa anführen. Gemeinsam ist diesen drei Bewegungen die relative räumliche Nähe, d.h. die MigrantInnen können auf dem Landweg ihr Ziel erreichen. Ebenfalls vergleichbar ist das Einkommens- und Produktionsgefälle zwischen den Regionen: Die Unterschiede des Bruttosozialproduktes (BSP) pro Kopf betragen zwischen USA und Mexiko 1:6,3, zwischen RSA und Sub-Saharan Aftica 1:6 und zwischen Mittel- und Osteuropa 1:8.[204]

Die Verteilung innerhalb der Regionen ist allerdings sehr unterschiedlich. Die Einkommensunterschiede innerhalb Mexikos oder Afrikas divergieren noch wesentlich mehr als z.B. in Mitteleuropa (Insofern sind Daten wie das hier aufgeführte BSP mit Vorsicht zu genießen). Das BSP/Jahr/Person beträgt in Sub-Sahara-Africa 580 $, in Mosambik gar nur 80 $, in der RSA dagegen 3010 $, in El Salvador 1480 $, in Mexiko 4010 $ und in den USA 25 860 $. Zwischen ost- und westeuropäischen Staaten ist dieses Verhältnis ähnlich: 2470 $ in Polen und 3210 $ in Tschechien stehen 25 580 $ in Deutschland gegenüber[205].

Die Löhne, die Illegalisierten gezahlt werden, orientieren sich dabei oft an denen in den Herkunftsländern: so bekommen russische Erntehelfer in der Regel weniger als polnische, diese natürlich wiederum erheblich weniger als inländische. Es entsteht eine Hierarchie von

---

[203] taz, 2. 12. 1998

[204] Christian Goebel: Am Ende des Regenbogens. Einwanderung, Fremdenfeindlichkeit und NationBuilding in Südafrika. IKO-Verlag, Frankfurt 1999.

[205] Weltaimanach 1998

1. gutbezahlter ExpertInnenarbeit,
2. weniger gut bezahlten, aber legalen Arbeit von InländerInnen oder AusländerInnen mit Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis,
3. Saison- und LeiharbeiterInnen mit Zeitverträgen, die in einer Grauzone arbeiten und sich aufhalten und schließlich
4. Illegalen, "schwarz" arbeitenden MigrantInnen. Das Verhältnis ist wiederum ähnlich. "Nach kurzfristigen Verbesserungen ihrer Situation während der 60er und Anfang der 70er Jahre hat sich die Situation lateinamerikanischer ArbeiterInnen kontinuierlich und stärker als bei anderen Bevölkerungsgruppen verschlechtert. Die Reallöhne der etwa zehn Millionen lateinamerikanischen ArbeiterInnen in den USA - von denen 6,3 Millionen MexikanerInnen sind - sind seit 1980 doppelt so stark gefallen wie die durchschnittlichen US-Löhne."206 Die jeweiligen Einkommen schwanken zwischen wenigen Pfennigen, die "Illegale" in Südafrika verdienen über etwa 2 Dollars im Süden der USA und 5-10 DM in Deutschland. Wichtig aber bleibt: Das Verhältnis zu legal Beschäftigten bleibt ähnlich: "Illegale" verdienen 1/3 bis 1/10 von dem regulären Lohn. Scheinbar absurd: Je rigider das staatliche Vorgehen, desto größer das Risiko für Unternehmen, desto größer der Konkurrenzkampf und geringer die Löhne. Und zwar weltweit.

Inzwischen gibt es immer häufiger Bestrebungen, die legalen Mindestlöhne offiziell zu senken oder - so momentan in Deutschland, nach dem Vorbild der USA und der Niederlande, Niedriglöhne einzuführen. Nicht selten wird dabei das Argument herangezogen, daß ansonsten mit Illegalen gearbeitet werden müßte, um konkurrenzfähig bleiben zu können. Erste "Erfolge" sind bereits zu verzeichnen: In der Landwirtschaft können Arbeitslose während der Saison zwangsverpflichtet werden. Mit 630 Mark Jobs, bislang abgabenfreien, aber auch ungesicherten Arbeitsverhältnissen, versuchen die Gesetzgeber Lücken für Niedriglohnsektoren zu schaffen. Die ökonomische Bedeutung "Illegalisierter" und informeller Arbeit wirkt also direkt und indirekt: Direkt durch die Niedriglohnarbeit und den erheblichen Einsparungen für die entsprechenden Unternehmen und Haushalte. Indirekt als Druckmittel seitens Arbeitgeberverbände und Unternehmen, um auch legal ein Niedriglohn-System einzuführen. Welche politischen Ziele verfolgen also die diversen Akteure? Sowohl im "rechten" wie auch im "linken" Lager gibt es jeweils eine Richtung, die auf staatliche Reglementierung setzt und eine, die auf Liberalismus bzw. Anti-Staatlichkeit setzt. Eine Einteilung in "linke' und "rechte" Positionen bleibt dabei sehr statisch und geht auf die vielfältigen Positionen nicht ein. Sie ermöglicht jedoch einen groben Überblick über die Hintergründe von Arbeitsmarkt- und Migrationspolitik.

Abb.: Politische Positionen zu Einwandening und Kontrolle

	"Staatskontrolle"	"Antistaatlich"
"Linke"	Einwanderungsgesetz mit Quote - Legalisierung	"Offene Grenzen für alle" - verbunden mit Forderung nach gleichen Rechten für alle
"Rechte"	Grenzkontrolle und Prinzip der Abschreckung - Illegalisierung	Wirtschaftsliberalismus: Prinzip des Stärkeren. Keine oder reduzierte Grenzen

In der tendenziell pro Einwanderung eingestellten Linken gibt es diverse Vorstellungen von Einwanderungsgesetzen, die es - durch Quoten und Reglementierungen staatlicherseits festgelegt - Flüchtlingen und ImmigrantInnen ermöglicht, legal einzureisen, zu leben und zu arbeiten. Die staatskritischen Gegner solcher quotierten Einwanderung fordern offene Grenzen, mit der Begründung, daß jeder Mensch frei wählen können soll, wo er lebt. An diesem Punkt sind die Forderungen sehr nah an denjenigen des radikalen Wirtschaftsliberalismus.

[206] vgl. Fußnote 202

Dieser geht von einer "natürlichen" Auslese innerhalb der freien Marktwirtschaft aus, d.h. es gebe so lange Einwanderung wie es Arbeit gebe, staatliche Kontrolle entfiele dann genauso wie staatliche Sozialleistungen. Die staatsbezogene Rechte dagegen fordert genau diese Kontrolle, um die Zahl der Einwanderer zu begrenzen, zu reduzieren oder zu minimieren.

II Workshops / Ateliers

Workshop 1 Von den Lebensbedingungen philippinischer Hausangestellter

Anni Heft-Misa *Psychologin VBP/FSP, Bern*

Jean-Pierre Garbade *avocat et auteur de la publication: Know your Rights. A legal guide for household employees in Switzerland, 1998. Geneva Forum for Philippine Concerns. Geneva (voir page 65)*

Erster Input: Dokumentarfilm (26 Min.) „Das Schweigen brechen...- aus der Dunkelheit ans Tageslicht“. Ein Film zur Situation vier philippinischer Hausangestellter in der Schweiz.

Die meisten TeilnehmerInnen im Workshop berichten, dass sie die Situation der ausländischen Hausangestellten in der Schweiz nicht kennen und sich mehr Informationen darüber wünschen.

Zweiter Input: Lily aus Manila erzählt über ihre Arbeit und ihr Leben als Angestellte in einem Diplomatenhaushalt in Bern. Sie hat vor kurzem ihren sechzigsten Geburtstag gefeiert und befürchtet, nicht mehr lange arbeitsfähig zu sein. Sie möchte sich jedoch noch nicht „pensionieren lassen“, weil sie beinahe keine Altersvorsorge betreiben konnte. Sie hat während der ganzen 24-jährigen Tätigkeit als Hausangestellte ihre grosse Familie in den Philippinen unterstützt, so dass sie jetzt über keinerlei Reserven verfügt.

Die Biographie von Lily steht stellvertretend für viele Lebensgeschichten ausländischer Hausangestellter, die vielfach unter menschenunwürdigen Bedingungen ihre Existenz und diejenige ihrer Familien zu sichern suchen.

Diskussionsrunde:

Die Teilnehmerinnen sind vom Film und der Geschichte Lilys sehr betroffen. Im Vordergrund der Diskussion steht die Frage nach den Rechten von Hausangestellten. Welche Rechte haben sie formal und wie können sie diese konkret einfordern? Der Anwalt, Jean-Pierre Garbade, beantwortet diese Fragen umfassend. Er verfügt über langjährige Erfahrung in der rechtlichen Vertretung ausländischer Hausangestellter (vgl. dazu die oben angegebene Publikation).

Wie könnte die Unterstützung der Kirchen für philippinische Hausangestellte aussehen?

Philippinas gehören zu den regelmässigsten Besuchern der röm.-kath. Sonntagsmessen in der Schweiz. In nicht wenigen Pfarreien sind Philippinas aktive Mitglieder. Rund um das kirchliche Leben herum entstehen für diese Personen wichtige soziale Kontakte und Netzwerke. Kirche kann so Raum bieten für den Erfahrungsaustausch, die Informationsvermittlung und gegenseitige Unterstützung im Alltag. Gemäss internen Informationen aus der ‚Philippine Community‘ gehören über die Hälfte der regelmässigen Besucher einer englischen Kirchenmesse in Genf den sogenannten ‚Sans-Papiers‘ an. Nach der Messe tauschen insbesondere die Frauen Informationen über Arbeitsmöglichkeiten aus. Da die Frauen über keine festen Adressen oder Telefonanschlüsse verfügen oder diese nicht bekanntgeben möchten, beschränken sich die Kontakte während der Woche auf die Kirchenbesuche.

Der Kirche könnte hier eine begleitende Funktion zukommen. Die Menschen haben auch diesbezügliche Erwartungen.

Workshop 2 Sans-papiers en Romandie : conséquence de la politique des trois cercles

Jean Kunz *Union syndicale suisse, Berne*

Rodolphe Petit *Mouvement des travailleurs saisonniers, OSEO communications, Lausanne*

Christophe Tafelmacher *Avocat, Lausanne*

Présentation par Rodolphe et Christophe de la situation vaudoise

Dans le canton de Vaud, la mise en pratique de la politique des trois cercles avec un blocage définitif à la fin 1996 a jeté de nombreux saisonniers ex-yougoslaves dans l'illégalité. Le mouvement qui s'est créé regroupe syndicats, églises, associations et partis politiques de gauche. Il a permis à plus de 200 ex-saisonniers d'obtenir une autorisation provisoire du canton malgré le refus de l'Office fédéral des étrangers d'octroyer ces permis sur le contingent cantonal. Le large mouvement populaire avec des actions dans la rue, dans la gare, avec le soutien d'artistes et de milieux politiques et syndicaux, a permis de prolonger les autorisations jusqu'à fin 1999. Chaque mois, des assemblées plénières réunissent toutes les personnes concernées afin de faire le point et réfléchir aux actions à mener pour maintenir la pression.

Pour donner suite aux décisions de refus de l'Office fédéral des étrangers, quatre recours ont été déposés auprès du Département fédéral de justice et police qui ont malheureusement été déboutés. Ces procédures sont actuellement au Tribunal fédéral dont une décision devrait tomber d'ici l'automne. Le mouvement doit absolument trouver un large soutien pour poursuivre la bataille dès que les décisions seront connues.

Le syndicat sans frontières présente aussi la situation à Genève et en Suisse rappelant qu'il y a urgence avec près de 100'000 clandestins dans ce pays, dont 20'000 à Genève et des situations particulièrement difficiles pour les femmes de ménage et employé(e)s d'ambassades. Il n'est plus possible de continuer à en rester à une défense individuelle.

Travail du groupe

En été 98, le Conseil fédéral abandonne la politique des trois cercles et introduit un nouveau modèle binaire. Questions :

- En quoi le nouveau système binaire va modifier notre politique de migration ?
- Comment donner une dimension nationale au type de mouvement des « sans-papiers vaudois » ?

Tour de table

- La Suisse doit reconnaître qu'elle est un pays d'immigration et abandonner une fois pour toute la notion de rotation. Il faut remettre en cause la prédominance de l'administration et ouvrir le débat dans la société civile.
- Il faut sortir de la raison d'Etat qui marque notre politique d'immigration (la peur de l'« Ueberfremdung » plus particulièrement).
- Il faut dénoncer les employeurs et des secteurs économiques entiers qui survivent en exploitant les clandestins. Ces travailleuses et travailleurs ne sont pas des marchandises. Ils ont aussi droit au respect et au regroupement familial.

- Il faut harceler l'administration en dénonçant publiquement des cas concrets pour démontrer l'inhumanité de notre politique des étrangères et étrangers.
- L'exemple des autres pays européens où des expériences positives ont été réalisées doit être mis en avant.
- Il faut créer des réseaux de solidarité partout en Suisse.

Conclusion

L'abandon de la politique des trois cercles et son remplacement par le système binaire ne va en rien changer la situation des clandestins. C'est une politique d'intégration, de reconnaissance des situations de ces femmes, hommes et enfants qui vivent dans la précarité et dans l'illégalité en Suisse qui permettra de trouver des solutions. La nouvelle loi des étrangers doit ouvrir des canaux permettant cette régularisation.

Le mouvement des sans-papiers vaudois doit pouvoir retrouver des relais dans tout le pays pour avoir la possibilité d'imposer à la Berne fédérale une solution positive aux 220 ex-saisonniers. Ce sont des réseaux de solidarité qu'il faut construire dans chaque canton, lieu privilégié pour y développer une solidarité concrète. Au niveau national, la motion Fankhauser a été transformée en postulat. Le terrain politique est totalement occupé par la peur de l'initiative de l'UDC de la limitation des étrangers à 18%, ce qui nous laisse malheureusement peu d'espace à une solution globale. Il faut aujourd'hui préparer le terrain dans les cantons pour pouvoir intervenir demain dans un meilleur rapport de forces.

Workshop 3 Illegaliserte Migrantinnen

Annette Hug *Netzwerk "Solidarität mit illegalisierten Frauen", Zürich*

Netzwerk Solidarität mit illegalisierten Frauen

Die Überlegungen, die zur Gründung des Netzwerks Solidarität mit illegalisierten Frauen geführt haben, beschreibt Dorothee Wilhelm in der cfd-Zeitung 1/97: „Zulassungspolitiken sind konstituierende Momente von Nationalstaaten: Solange es Nationalstaaten geben wird, wird es Einwanderungspolitiken geben. Und die richten sich letztlich nach ökonomischen Interessen, die bestenfalls junge, alleinstehende, nichtbehinderte, qualifizierte Männer begünstigen. Das Reden über und das Programmieren von Einwanderung und Nationalökonomie sind männlich dominiert: Vor allem Männer in Machtpositionen sprechen über die Realitäten und Bedürfnisse anderer Männer, die sie sich zudem vorwiegend als alleinstehend vorstellen. Folgerichtig sind es denn auch vor allem Männer, die den auf die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes zugeschnittenen Zulassungskriterien genügen. Gerechtigkeit?, fragen wir angesichts der Tatsache, dass weltweit Frauen am meisten betroffen sind von Gewaltverhältnissen und gezwungen sind, Wege zu suchen aus wirtschaftlichen und sozialen Notlagen. In der Schweiz haben Frauen aus nicht-europäischen Ländern praktisch keine Möglichkeiten, zu einer gesicherten Aufenthaltsregelung zu kommen. Was ihnen bleibt, ist das Reagieren auf die Nachfrage in den Schattenbereichen des Arbeitsmarktes oder der Weg über ein Asylgesuch. Aber auch im Flüchtlingsrecht können Frauen den Kriterien für Asylgewährung nur selten genügen: Frauenspezifische Fluchtgründe zählen, wenn überhaupt, ausschliesslich im Zusammenhang mit sexualisierter Gewalt. Ein Erlebnis sexualisierter Gewalt ist aber keineswegs das einzige, was Frauen zwingt, fortzugehen.

Was passiert mit Migrantinnen, die auf die offizielle Anerkennung ihrer Biografien und Motive nicht warten können oder wollen? Sie werden ausgeschafft oder zur Rückkehr «überredet». Wenn sie bleiben, setzen die Mechanismen der Illegalisierung ein. Bewusst reden wir in unserer Gruppe von ”Illegalisierten”, denn mit dem Friedensnobelpreisträger und Schoah-Überlebenden Elie Wiesel sind wir überzeugt, dass ein Mensch nicht als Mensch illegal sein kann. In der Bezeichnung «Illegalisierte» wird die Täterseite sichtbar: Es gibt jemanden, der Menschen die Illegalisierung antut.

Illegalisierung bedeutet für die Illegalisierten umfassende Rechtlosigkeit, ein Leben in dauernder Furcht vor der Ausschaffung, kein Zugang zu Gesundheits-, Fürsorge- und Ausbildungseinrichtungen, Vereinzelung und das extreme Ausgeliefertsein sowohl gegenüber direkter Gewalt jeder Art wie gegenüber schrankenloser Ausbeutung. Kurz: Ausschluss von den Menschenrechten auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person.

Die strukturelle und manifeste Gewalt gegen illegalisierte Frauen ist ein Skandal vor unseren Augen, den wir nicht hinnehmen, sondern sichtbar und bekämpfbar machen wollen. Wir wollen die Konsequenzen der «Kreis-Modelle» öffentlich bewusst machen, die von Illegalisierung betroffene Migrantinnen in der Schweiz vor allem in Branchen drängen, die zusätzlich illegalisierende Wirkung haben: Ins Sexgewerbe und ins Hausangestelltendasein.“

Inzwischen hat das Netzwerk eine Anlaufstelle für Soforthilfe geschaffen, die Frauen in akuten Notlagen kleine finanzielle Beiträge zur Verfügung stellt und medizinische Dienstleistungen vermittelt, die auch ohne Krankenkasse bezahlbar sind. Im Rahmen der Grundlagenarbeit führen wir eine Studie zur Situation von illegalisierten Hausangestellten und Putzfrauen in der Region Zürich durch. Es geht darum, die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen dieses Bereiches der Schattenwirtschaft aufzuzeigen und Perspektiven, Erfahrungen und Arbeitsbedingungen der betroffenen Frauen darzustellen.

Diskussionspunkte, die wir auch an der SEK-Tagung zur Sprache brachten, sind die Gratwanderung zwischen konkreter Hilfe, die vom Schweigen über das Thema eher profitiert, und dem Anspruch, die Ungerechtigkeit der Situation öffentlich anzuprangern, und die Schwierigkeit, von einer karitativen Beziehung zwischen Frauen mit und Frauen ohne Aufenthaltsrecht zu einer politischen Zusammenarbeit zu finden.

Workshop 4 Nationale Bewegung zur Unterstützung der "Sans-Papiers"

Anni Lanz *BODS / MODS, Bern*

Einleitend berichtet Angeline Fankhauser über ihre Motion "Amnestie für Papierlose", die sie in ein Postulat umwandelte, das vom Nationalrat gutgeheissen worden ist. Wiewohl sich mit diesem Ergebnis weitere politische Arbeit machen lässt, hat die Forderung nach einer Amnestie für "Sans-papiers" wenig konkrete Chancen auf Umsetzung. Weitere Schritte (z.B. hinsichtlich Härtefall-Regelungen) müssen nun unternommen werden. In der Schweiz tragen "Sans-papiers" immer noch das ganze Risiko selbst. Wir haben ihnen wenig konkrete Unterstützung zu bieten.

Die Frage, weshalb es so schwierig ist, aus lokalen Initiativen heraus eine transregionale Bewegung zu schaffen, wird zur Diskussion gestellt.

Kanton Waadt: Gewerkschaften und Kirchen haben sich zusammen für das Bleiberecht der Saisonniers aus dem ehemaligen Jugoslawien eingesetzt. Die rechtliche Unterstützung war verbunden mit Öffentlichkeitsarbeit. Aktionen und Kundgebungen. Vielleicht hätte ein Bleiberecht leichter erreicht werden können, ohne Öffentlichkeitsarbeit. In Basel wurde die Erfahrung gemacht, dass sich mit der Behörde sehr gut ein "Arrangement" für "Sans-papiers" finden lässt, wenn man damit nicht an die Öffentlichkeit geht. Die WaadtländerInnen haben jedoch grossen Wert auf die öffentliche politische Arbeit gelegt. Für strukturelle und rechtliche Veränderungen braucht es eine Wandlung im öffentlichen Bewusstsein. Mit informellen Arrangements wird am Status quo festgehalten. Die Bewegung selbst bleibt damit ebenfalls im "informellen" Bereich gefangen.

Kann man Illegales legalisieren? Die "Sans-papiers" sind nicht der einzige "illegale" Teil im Geschäft mit "Sans-papiers". Sie werden auf unrechtmässige, illegale Weise ausgebeutet.

Müsste die "Sans-papiers"-Bewegung nicht von den "Sans-papiers" ausgehen? Sie sind unter den jetzigen Bedingungen bei uns zu sehr mit dem Überleben beschäftigt. Sie finden nirgendwo eine offene Tür.

Weil der SEK offiziell Stellung für "Sans-papiers" bezogen hat, war es auf Gemeindeebene und an der Basis überhaupt möglich, die "Sans-papiers" zu thematisieren und konkrete Arbeiten anzupacken. Die offizielle Stellungnahme legitimierte das Vorgehen an der Basis. Die translokale Sensibilisierung ist wichtig für die lokale Arbeit, wie auch umgekehrt das lokale Engagement das translokale bedingt. Es ist wichtig, dass es die lokalen Unterstützungsnetze gibt für "Sans-papiers". Diese müssen auf einer Vertrauensbasis beruhen, in einem Rahmen, wo man sich gut kennt. Ohne diese konkreten Hilfsangebote und die damit verbundenen Erfahrungen ist eine transregionale oder eine politische Arbeit nicht glaubwürdig. Die Kirche hätte aufgrund ihres ethischen Auftrags viel Macht, sich zusammen mit anderen Organisationen auf beiden Ebenen einzusetzen.

Wie kommt aber eine translokale Arbeit zustande? Bis anhin wurde das Engagement von den lokalen Aufgaben absorbiert. Es ist jedoch schon viel, sich hin und wieder an einer nationalen Veranstaltung zu treffen. Die lokal orientierte Arbeit kann jedoch auch mit einem Mangel an Reflexion verbunden sein. Es wäre durchaus bereichernd, sich mit verschiedenen Theorien und Forschungsergebnissen, auch aus anderen Ländern, auseinanderzusetzen. Dies heisst nicht, dass sich eine translokale (oder transregionale) Bewegung auf einen theoretischen Konsens einigen muss. Eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Denkansätzen könnte jedoch belebend sein.

Schlussfolgerungen

Diskussion und Fazit des Runden Tischs

Moderation: Angeline Fankhauser, Nationalrätin

Am Runden Tisch wurden Fragen und Schlussfolgerungen aus den Gesprächsgruppen aufgenommen und in einem zweiten Schritt mit dem Publikum diskutiert.

Zusammenfassung der Situationsanalyse

Hildegard Hungerbühler, *Migrationsbeauftragte SEK, Bern*

1. Komplexität der Hintergründe von ungeregeltem Aufenthalt: Vielfältigkeit der Lebensrealitäten von ‚Sans-Papiers'

Unter ‚Sans-papiers' verstehen die TagungsteilnehmerInnen all diejenigen Menschen, die seit Jahren in der Schweiz leben und arbeiten, dies jedoch ohne Aufenthalts- oder Anwesenheitsrecht. Die Gründe, die zur Situation ‚sans papiers' führen, sind vielfältig und müssen im weiteren Kontext der (post-)modernen wirtschafts- und migrationspolitischen Entwicklungen analysiert werden. Viele Menschen sind einst regulär eingewandert (als Saisonniers aus dem früheren Jugoslawien, als Ehefrauen von Jahresaufenthaltern mit dem Aufenthaltszweck „Verbleib beim Ehemann", mit Touristenvisum im Rahmen der Heiratsmigration, im Rahmen einer bundesrätlichen Aufnahmeaktion als Kriegsflüchtlinge etc.), haben jedoch aufgrund ausländerrechtlicher Restriktionen bzw. ausländer- oder flüchtlingspolitischer Kurswechsel (Stichworte: Drei-Kreise-Modell, bundesrätlicher Rückführungsentscheid für Kriegsflüchtlinge (Bsp. Bosnien, Kosova)) ihren regulären Status verloren und sind nun ohne Aufenthaltsbewilligung, d.h. sans papiers, wenn sie sich der Ausweisung in die Perspektivelosigkeit entziehen. Ihre Lebens- und Arbeitssituation ist von komplexen Diskriminierungsmechanismen geprägt.

Die anwesenden MigrationsexpertInnen prognostizieren, dass aufgrund der eingeschlagenen Asyl- und Migrationspolitik (restriktive Zulassung und forcierte Rückkehr) auch in der Schweiz die Zahl der in irreguläre Verhältnisse abgedrängten Menschen anwachsen wird.

Mit zunehmender Verengung der regulären Einwanderungswege (Gesetzesverschärfungen: Asylgesetz; ANAG)[1] erden immer mehr MigrantInnen auf illegale Wege verwiesen. Das organisierte Schlepperwesen, das ja gerade bekämpft werden soll, erhält hiermit paradoxerweise eine wichtige Funktion bzw. neuen Auftrieb. Und, die Anwesenheit von MigrantInnen mit ungeregeltem Aufenthalt wird in der Folge weiter zunehmen.

Eine wichtige Problematik liegt in der Tabuisierung der wachsenden wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der ‚Sans-Papiers' in unserer Gesellschaft (vgl. dazu die Migrationspolitischen Leitlinien des SEK, 1996: Kapitel 6, siehe Seite PublikationenPublikationen65) Nirgendwo manifestieren sich die Widersprüche unserer Gesellschaft so stark wie an der Anwesenheit von Menschen mit ungeregeltem Aufenthalt. Gegensätzliche Interessen zwischen Nationalstaat (Bekämpfung der Illegalität aus rechtsstaatlicher Logik) und spezifischen Wirtschaftsbranchen (Verfügbarkeit billiger Arbeitskräfte) an den MigrantInnen in irregulären Situationen werden jedoch meist aus der offiziellen Migrationsdiskussion verdrängt. Es liegt in der „Natur„ der Irregularität, dass sie zahlenmässig nicht erfass-, bestenfalls schätzbar ist. Es dürfte zudem nicht im Interesse des

[1] Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer 1931/34

Staates sein, das Ausmass der irregulär anwesenden MigrantInnen offiziell anzuerkennen. Denn dies käme dem ernüchternden Bekenntnis gleich, dass die schweizerische Gesetzgebung Einwanderung letztlich kaum zu steuern oder kontrollieren vermag.

2. Die rechtliche Situation von MigrantInnen mit ungeregeltem Aufenthalt

Der SEK spricht in seinen ‚Migrationspolitischen Leitlinien' (1996: Kapitel 6) von nicht registrierten MigrantInnen, von MigrantInnen ohne geregelten Aufenthalt oder von Menschen in einer irregulären Situation. An der vielfältigen Begriffsverwendung zeigt sich die Schwierigkeit, die rechtliche Situation dieser MigrantInnen präzise zu fassen. In Frankreich hat sich der Begriff ‚Sans-Papiers' durchgesetzt. Er wurde von der Bewegung zur Unterstützung der ‚Sans-Papiers' in der Schweiz übernommen. Mit der Existenz ‚sans-papiers' ist in der Regel nicht das Fehlen von Identitätspapieren gemeint, sondern die fehlende Bescheinigung des Aufenthaltsrechts (die Aufenthaltsbewilligung). Am Beispiel der MigrantInnen, die als Hausangestellte im Dienste ausländischer Diplomaten stehen (vgl. dazu der Bericht aus der Gesprächsgruppe 1, Seite 49), lässt sich die rechtliche Grauzone verdeutlichen, welche die Lebens- und Arbeitsverhältnisse vieler dieser Menschen prägt. Sie halten sich zwar legitim in den Immunität geniessenden Diplomatenhaushalten auf, haben jedoch keinen ausländerrechtlichen Status.

Für die Diskussion um die rechtliche Stellung der ‚Sans-Papiers' ist es wichtig zu wissen, dass gewisse Grundrechte wie z.B. der Anspruch auf Fürsorge, auf das Einhalten von Lohnvorschriften etc. (vgl. die entsprechenden Urteile des Bundesgerichts im Referat von N. Wisard) auch Menschen ohne Aufenthaltsbewilligung zustehen. Das Problem besteht darin, dass erstens ein Informationsdefizit über die Rechte für ‚Sans-Papiers' besteht, und dass zweitens die Betroffenen selbst aus Angst vor Ausweisung und Verlust ihrer Existenzsicherung ihre Ansprüche nicht geltend zu machen wagen. Das oft starke Abhängigkeitsverhältnis zu ihren Arbeitgebern sowie fehlende Unterstützung sind weitere Gründe, weshalb formelle Rechte nur schwer eingefordert werden können (vgl. dazu das vom Genfer Anwalt Jean-Pierre Garbade verfasste rechtliche Handbuch für Hausangestellte in der Schweiz ‚Know Your Rights' in der Publikationsliste dieses Tagungsberichts, Seite 65).

3. Sozio-ökonomische Aspekte des ungeregelten Aufenthalts

Die beschriebene prekäre Rechtslage verstärkt die soziale Marginalisierung und die ökonomische Ausbeutbarkeit dieser Menschen. Viele unter ihnen leben dadurch in ständiger physischer Belastung und psychischer Spannung. Auf der anderen Seite profitieren strukturschwache Wirtschaftsbranchen genau von diesen Verhältnissen, indem sie jederzeit auf billige, flexible und weitgehend rechtlose Arbeitskräfte zurückgreifen können. Aus gewerkschaftlicher Sicht ist diese Situation auch problematisch, weil sie andere ArbeitnehmerInnen konkurrenziert, die ‚Sans-Papiers' in die Funktion des Lohndumpings drängt und sich so Entsolidarisierung und Fremdenfeindlichkeit in der Arbeiterschaft ausweiten können.

Andererseits üben ‚Sans-Papiers' auch oft Tätigkeiten auf dem informellen Arbeitsmarkt oder in Bereichen der sogenannten Schattenwirtschaft aus (Frauen z.B. im Haushalt, als KinderbetreuerInnen oder im Unterhaltungs- und Sexgewerbe). Dort befriedigen sie spezifische Nachfragen unserer Gesellschaft, für die sich immer weniger reguläre Arbeitnehmerinnen finden lassen.

In anderen europäischen Ländern ist heute bereits die Rede vom neuen Charakter der jüngsten Migration, von der sogenannten postmodernen, deregulierten Migration. Diese scheint eine zwingende Begleiterscheinung der fortschreitenden Globalisierung geworden zu sein. Erfolgreiche Globalisierung ist auf flexibilisierte und billige Arbeitskräfte angewiesen. Und da bieten sich weitgehend rechtlose MigrantInnen (Sans-papiers) auf der Suche nach Existenzsicherung geradezu an.

4. Wieviel Öffentlichkeit nützt den ‚Sans-Papiers?

Die TagungsteilnehmerInnen sind sich einig: Es darf über die zum Schweigen verurteilten Menschen nicht länger geschwiegen werden. Die Problematik muss enttabuisiert werden, muss im öffentlichen Migrationsdiskurs mitdiskutiert werden. Wie sich das Verhältnis unserer Gesellschaft zu MigrantInnen entwickelt wird massgeblich auch davon abhängen, welchen Umgang, welche „Lösungen" die Schweiz längerfristig mit und für die ‚Sans-Papiers' findet. Es gilt zu sensibilisieren, zu differenzieren, Vorurteile abzubauen und zu entkriminalisieren. Über die tatsächlichen Lebensrealitäten von ‚Sans-Papiers' soll aufgeklärt werden. Sie müssen konkrete Gesichter erhalten. Mittlerweile sind dramatische Lebensgeschichten als Teil der punktuellen, leider oft spektakulären und wenig systematisch-dokumentarischen Medienarbeit an die Öffentlichkeit gelangt. Dies sorgt jeweils für kurzfristige Empörung, dann verschwindet das Thema wieder. Es ist verständlich, wenn Menschen, die täglich von der Ausweisung bedroht sind, sich stark bemühen, nicht aufzufallen. Viele unter ihnen gehen einer regelmässigen Arbeit nach, sind vielleicht unsere Nachbarn, ihre Kinder besuchen mit unseren Kindern gemeinsam die Schule etc.. Durch die nach aussen aufrechterhaltene, scheinbare Normalität ihres Lebens erfahren wir nicht einmal, dass sie ‚Sans-Papiers' sind. Die ständige Angst vor der Ausweisung drängt sie in die Verschwiegenheit, in die clandestinité, und somit, wenn sie keine Unterstützung erhalten, auch in die Isolation.

Die Frage, wieviel Publizität für die Situation von ‚Sans-Papiers' konstruktiv ist, kann nicht abschliessend beantwortet werden. Das Dilemma bleibt: soll ihre Situation Beachtung finden, dann müssen sie öffentlich werden. Wenn sie dies aus den genannten Gründen nicht selber tun wollen/können, müssen dies unterstützende Solidarnetzwerke und Personen für sie tun. Übernehmen diese die Führung der ‚Sans-Papiers-Bewegung, ist es eigentlich nicht mehr ihre eigene Bewegung und besteht die Gefahr, dass sie klientelisiert und letztlich entmündigt werden. Die Diskussion darüber, wie hier weiter vorzugehen ist, ist noch nicht abgeschlossen.

5. Ungeregelten Aufenthalt regularisieren oder nicht? Der politische und menschenrechtliche Kontext

Die Chancen auf Regularisierung des Aufenthalts der ‚Sans-Papiers'in der Schweiz sind im aktuellen politischen Klima zu Migrationsfragen (Stichwort: erneute Verschärfung der Einwanderungsgesetze) äusserst gering. Was sich findet, ist die Bereitschaft der Behörden, punktuell und individuell Härtefallsituationen zu prüfen und mit der Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung zu regeln. Doch auch hier wird der rechtliche Spielraum immer enger.

Aus einer menschenrechtlichen Perspektive ist die Amnestieforderung für ‚Sans-Papiers' (analog zum Postulat Fankhauser) zu unterstützen. Die Situation dieser Menschen ist zu regularisieren, um ihnen ihre Menschenwürde zurückzugeben und sie letztlich im Interesse der Gesellschaft selbst in diese einzubeziehen.

Auf der anderen Seite stellt sich auch die Frage, ob den Betroffenen mit der Regularisierung alleine wirklich geholfen ist?

Im weiteren kommt man nicht um die Auseinandersetzung herum, ob es politisch denn erstrebenswert ist, diskriminierende Verhältnisse (z.B. die ausbeuterischen Arbeitsbedingungen für Frauen im Sexgewerbe) zu regularisieren? Eine einmalige Regularisierung hätte zwar den Charakter eines wichtigen symbolisch-politischen Aktes, jedoch würde sie – gerade z.B. angesichts der bevorstehenden Volksabstimmung über die „Regelung der Zuwanderung" der SVP, die eine Begrenzung der ausländischen Bevölkerung auf 18 Prozent anstrebt, die Grundproblematik nicht lösen. Insofern benötige es auch eine Gesamtstrategie.

Zusammenfassung des Handlungsbedarfs

Handlungsbedarf zeigt sich auf drei Ebenen:

a) Sichtbarmachung der Problematik.

Entwicklung eines geeigneten Konzepts für eine Öffentlichkeitsarbeit, welche die individuellen ‚Sans-Papiers' nicht in Gefahr bringt und ihre Situation dennoch thematisiert und in den öffentlichen Migrationsdiskurs einbringt.

b) Politische Intervention auf der nationalen Ebene:

Verwendung für die Humanisierung der Ausländergesetzgebung und gegen eine weitere Abdrängung von Menschen in illegalisierte Verhältnisse (Stichwort: ANAG-Revision; 18%-Initiative). Umsetzung des Postulats Fankhauser: Verhandlung mit dem Bundesamt für Ausländerfragen (BfA) mit dem Ziel, eine unabhängige ExpertInnenkommission zu bilden, welche Kriterien für die Regularisierung von ‚Sans-Papiers' ausarbeitet. (In der Zwischenzeit haben sich jedoch die Befürchtungen bestätigt, dass auf der Ebene des nationalen Rechts ein harter Kurs herrscht: vgl. dazu die Bundesgerichtsurteile im Falle von ehemaligen Saisonniers aus dem früheren Jugoslawien. Ihre Regularisierung wurde trotz Unterstützung durch den Kanton Waadt und einer breiten Solidaritätsbewegung letztinstanzlich abgelehnt (vgl. Gesprächsgruppe 2). Verhandlungen sind jedoch auch mit den kantonalen Behörden zu führen. Die Erfahrung zeigt (Bsp. Canton de Vaud), dass diese oft eher Hand bieten zur Regularisierung von Härtefällen, zur Suche nach humanitären Lösungen.

c) Entwicklung konkreter Handlungskonzepte zur Unterstützung der ‚Sans-Papiers' in der Alltagsbewältigung.

Aufbau von rechtlichen, sozialen und medizinischen Hilfsangeboten/Solidarnetzwerken. Insbesondere in der Gesprächsgruppe 1) wurde deutlich, wie wichtig es ist, betroffene Menschen direkt über ihre Rechte zu informieren.

Beitrag der Kirchen

Einige Schlussfolgerungen

Analog zum oben geltend gemachten Handlungsbedarf ist der Beitrag der Kirchen auf drei Ebenen anzusiedeln:

1. Informations- und Bildungsarbeit:

Sichtbarmachung und Enttabuisierung der Problematik mit differenzierter Informationsarbeit zunächst in den eigenen Reihen: es geht darum, für das Thema zu sensibilisieren, einen innerkirchlichen Prozess der Auseinandersetzung mit der Rolle und den Aufgaben der Kirche gegenüber den Menschen ‚sans papiers" anzuregen, aber auch eine breite Diskussion über das Verhältnis Kirche und Rechtsstaat, sowie Berührungsängste mit diesen Fragen abzubauen. Ein gereifter Meinungsbildungsprozess innerhalb der Kirche ist die Voraussetzung für ein öffentliches Engagement, sei es auf sozialdiakonischer oder auf politischer Ebene. Hierfür sind auch kirchliche Informationsveranstaltungen mit Gruppen von ‚Sans-Papiers' (analog zur heutigen Tagung) vorzusehen. Über die direkte Konfrontation mit Menschen und ihren Lebensgeschichten können realistischere Bilder entstehen.

2. Konzept- und Umsetzungsarbeit in der Sozialdiakonie

Auf kirchlichen Beratungsstellen, darunter insbesondere im Bereich der ‚kirchlichen Gassenarbeit' werden MitarbeiterInnen vermehrt mit MigrantInnen konfrontiert, die in illegalisierte Verhältnisse abgedrängt wurden. Erfahrungsgemäss zeigt sich, dass Hilfsangebote lokal verankert und gut vernetzt sein müssen, damit sie von ‚Sans-Papiers' in Anspruch genom-

men werden können. Zudem benötigt es eine Anlaufstelle mit Vertrauenspersonen. Für die Kirchen ergibt sich hiermit auf der Ebene der Kirchgemeinden ein geeignetes Handlungsfeld sowie Bedarf an Zusammenarbeit mit anderen Stellen. Die Bewegung ‚Sans-Papiers' konzentriert sich kräftemässig auf lokale Netze. Für konkrete Unterstützung benötigt es kleine Netze, persönliche Beziehungen.

Als ersten konkreten Schritt, wäre eine Bestandesaufnahme unter den kirchlichen Beratungsstellen (im Diakonie- und Migrationsbereich) anzustreben, um zu erheben, wie sie mit der Problematik konfrontiert werden und wie sie damit umgehen. Eine Evaluation der Erfahrungen müsste die Basis für die Erarbeitung von Handlungskonzepten für die Mitgliedkirchen und ihre Kirchgemeinden bilden. Zu denken wäre auch an die Eröffnung eines Solidaritätsfonds zur Unterstützung von ‚Sans-papiers'.

Eine grosse Herausforderung liegt zudem in der Vernetzung des lokalen Kontexts der Hilfe mit einer notwendigerweise überregionalen, politischen Bewegung. Auch hier gilt es die Zusammenarbeit mit anderen Instanzen zu suchen, mit Gewerkschaften und NGO's. Die Bildung der nationalen Plattform zur Unterstützung der Bewegung der ‚Sans-Papiers' im März 1998 war ein erster Schritt dazu, die heutige Tagung ein zweiter.

3. Politisches Engagement

Auch im politischen Engagement ist vernetzt vorzugehen. Die Kirchen sollen im Rahmen der bevorstehenden Vernehmlassungen zur Verschärfung des Ausländerrechts im ökumenischen Verbund Stellung beziehen und auf die Konsequenzen der wachsenden Ausgrenzung von MigrantInnen aus Ländern ausserhalb der Europäischen Union hinweisen.

Für die Thematisierung der Situation von ‚Sans-Papiers' in der Schweiz ist auf die neue Bundesverfassung Bezug zu nehmen, in welcher die Grundrechte für alle Menschen verankert sind.

Für weitere Hinweise zur Position des SEK: vgl. Migrationspolitische Leitlinien (1996: Kapitel 6).

III Anhang / Annexe

TeilnehmerInnenliste / liste des participant-e-s

Allemann Franziska	Vorstand BenützerInnen Zentrum 5 Ahornweg 4 3012 Bern	T. 031 301 41 80
Bach Wilhelm *	HEKS BS/BL - kirchl. Koordinationsstelle Evang.-ref. Kirche Basel-Stadt Socinstrasse 13 4051 Basel	T. 061 269 94 00 F. 061 261 48 76
Bahar Saba *	Institut romand de formation et de recherche sur les rapports sociaux de sexe 18, rue Dancet 1205 Genève	T. 022 320 05 27
Beilharz Rose *	Austrasse 104 4051 Basel	T. 061 271 75 94
Birchmeier Heinz, Pasteur	Traducteur 21, ch. des Platières 1219 Aire	T. 022 796 25 67
Brechbühler Sylvia *	Evang.-ref Kirche Basel-Stadt, Kommission für Auslanderseelsorge & Migration Leiterin der Kommission Chrischonastrasse 56 4058 Basel	T. 061 683 22 55 F. 061 683 22 58
Carbajal Mendoza Myriam	AQUI NOSOSTRAS Rte de Chamblioux 14 1763 Granges-Paccot	T. 026 466 88 08
Cid Luis *	Syndicat sans frontière 10, av. Wentd 1203 Genève	T. 022 344 58 59
Corredor Zingre Gladys *	Caritas Genève 73, av. du Lignon 1219 Le Lignon	T. 022 708 04 44 F. 022 708 04 45 T.P. 022 797 4101
Correvon Olivier	Centre social protestant du canton de Neuchâtel Rue du Temple Allemand 23 2300 La Chaux-de-Fonds	T. 032 493 32 21 T. 032 968 37 31
Dähler-Tjang Theresia *	Bethlehem-Mission Immensee Bildungsdienst 6405 Immensee	T. 041 854 11 76 F. 041 854 14 00
D'Alessandri Sabina	Rue F. Guillimann 6 1700 Fribourg	T. 026 322 48 34
De Caro Paolo	Eglise Evang.-ref. du Tessin Via del Tigho 38 6900 Lugano	T. 091 971 21 89
Di Marcantonio Iva	Missione Cattolica Italiana di Rorschach Gäbrisstrasse 5 9400 Rorschach	T. 071 841 50 54
Dieth-Perret Françoise *	Eglise française réformée de Berne Sägemattstrasse 82/61 3098 Köniz	T. 031 972 36 41
Düblin-Honegger Eva	Ausländerberatung der GGG St. Gallerring 11 4055 Basel	T. 061 381 19 48
Ducret Véronique *	Institut romand de formation et de recherche sur les rapports sociaux de sexe Case postale 1608 1227 Carouge	T. 022 301 37 95 T.P.&F. 022 796 81 15
Ebner-Golder Roswitha *	48, chemin de Chantefleur 1234 Vessy	T. 022 784 39 26 F. 022 784 42 41
Egger Véronique *	AGORA Genève Commission Asile et réfugiés FEPS 6, ch. du Guilllon	T. 022 343 45 47 T.P. 022 757 56 97

	1233 Bernex	
Escobar Elisa *	Caritas Genève 53, rue de Carouge 1205 Genève	T. 022 708 04 44 F. 022 708 04 45 elisaescobar@hotmail.com
Fankhauser Angeline	Nationalrätin In den Lettenreben 15 4104 Oberwil	T. 061 402 15 33
Fischer Beat, Pfr.	Evang.-ref. Kirche Basel-Land Kirchenrat Schutzrain 11 4242 Laufen	T. 061 761 64 12 F. 061 763 93 87
Flückiger Verena *	Schuldirektion der Stadt Bern, Ausländerfragen Effingerstrasse 21 Postfach 8125 3000 Bern	T. 031 321 72 23 F. 031 321 73 80
Fürst Klaus, Pfr.	Evang.-ref. Kirche Basel, Ausländerpfarramt Müllheimerstrasse 83 4057 Basel	T. 061 692 33 11 F. 061 692 32 45
Garbade Jean-Pierre	Rue de la Synagogue 41 Case postale 1211 Genève 11	T. 022 329 57 52 F. 022 329 95 81 Nat 079 213 61 33
Gerber Brigitta *	Insitut für Ethnologie Universität Basel Länggassstrasse 49 A 3012 Bern	T. 031 631 36 33 F. 031 631 42 12 bgerber@magnet.ch
Gessler Peter *	Evang.-ref. Kirche Basel-Stadt SEK-Migrationskommission Kirchenrat Friedensgasse 8 4056 Basel	T. 061 261 20 12
Graf Felicitas	Diakoniestelle der Evang.-ref. Kirche Basel Peterskirchplatz 8 4051 Basel	T. 061 261 65 77 F. 061 261 07 69
Günther Stephan *	IZ3W Kronenstrasse 16 A D-79100 Freiburg	0049 761 74 003/04 iz3wfreiburg@t-online.de
Hadzîabdié Ismeta *	Gruppe Alleinerziehenden Mütter Hofwiesenstrasse 267 8050 Zürich	T. 01 312 61 02
Hänni André	FVS Sägetstrasse 18 3123 Belp	T. 031 819 16 19
Hasler-Arana Patricia	Hochschule für Sozialarbeit Bern Lerchenweg 7 3110 Münsingen	T. 031 721 77 92 j.hasler@delicom.ch
Heckendorn Brigitte *	SEK-Migrationskommission Weihermattweg 18 4460 Gelterkinden	T. & F. 061 981 53 38
Hefti-Misa Anni *	Psycholgin VBP/FSP Zentrum 5 Kultur- und Begegnungszentrum Flurstrasse 26 b 3014 Bern	T. 031 333 26 20 F. 031 333 85 15 ahefti@bigfoot.com
Hoegger Susanna	SEK-Migrationskommission Vorstadt 44 4305 Olsberg	T. 061 263 10 15 F. 061 263 10 19
Hug Annette *	Sihlfeldstrasse 28 8003 Zürich	T. & F. 01 451 79 72
Hungerbühler Hildegard	SEK-Migrationsbeauftragte Postfach 3000 Bern 23	T. 031 370 25 72 F. 031 370 25 59
Inäbnit Vreni	Kirchgemeinde Belp Dorfstrasse 32A 3123 Belp	T. 031 819 44 18
Jakupovic' Mihriba	Gruppe Alleinerziehenden Mütter Langrütistrasse 45 8840 Einsiedeln	T. 055 412 58 47

Karamanoglu Nihal *	Anlaufstelle BL Oberfeldstrasse 11A 4133 Pratteln	T. 061 821 44 77 T.P. 061 322 68 60
Kohler Annelies *	BAFFAM Bollwerk 39 3011 Bern	T. 031 312 04 00 F. 031 312 04 20
Köppel Urs, Dr. *	Schweiz. Kath. Arbeitsgemeinschaft für Ausländerfragen (SKAF) SEK- Migrationskommission Neustadtstrasse 7 6003 Luzern	T. 041 210 03 47 F. 041 210 58 46
Kradolfer-S' Irmelin *	Evang.-ref. Kirche Basel-Stadt Peterkirchplatz 8 4051 Basel	T. 061 262 11 38
Krieg Delia *	Nosotras Basel Klingentalgraben 2 4057 Basel	T. 061 692 04 18
Kummer Regula *	Caritas Zürich Beckenhofstrasse 16 Postfach 8035 Zürich	T. 01 366 68 40 F. 01 363 68 46
Kunz Jean *	Union Syndicale Suisse Case postale 64 3000 Bern 23	T. 031 372 42 58 F. 031 371 08 37
Lanz Anni	BODS/MODS Neuengasse 8 3011 Bern	T. 031 311 07 70 F. 031 311 07 75
Laufer Marianne *	Consultation œcuménique Place Dufour 5 1110 Morges	T. 021 802 17 27
Le Breton Maritza	FIZ / SEK-Migrationskommission Tscharnerstrasse 24 3007 Bern	T.P.031 372 19 63 T.G.031 271 62 82
Lembwadio Luzolo Raoul *	Bureau du délégué aux étrangers Pommier 3 2000 Neuchâtel	T. 032 889 48 50 T.P.032 841 41 03
Leu Karin	SR Freiburg Pra Collomb 30 3280 Murten	T. 026 670 50 25 F. 026 670 50 29
Lovrié Zvezdana *	Gruppe Alleinerziehenden Mütter Langrütistrasse 45 8840 Einsiedeln	T. 055 412 58 47
Lucke Alice *	Commission Miigration FEPS 54, route de Malagnou 1208 Genève	T. 022 735 07 72 F. 022 320 01 02
Marchetto Viviana *	Appartenances Terreaux 10 1000 Lausanne 9	T. 021 341 12 57 F. 021 311 71 73
Mayinger Bahadi Cornelia *	HEKS Flüchtlings- & Inlanddienst, Zentrale SEK- Migrationskommission Postfach 722 8029 Zürich	T. 01 422 44 55 F. 01 422 44 48 mayinger@heks.eper
Meyer Jürg	Basler Zeitung Postfach 4002 Basel	T. 061 639 11 11
Mickler Birgitta	Hochschule für Sozialarbeit Bern Engehaldenstrasse 55 3012 Bern	T. 031 302 60 24 F. 031 302 84 11
Morais José	Caritas Genève 53, rue de Carouge 1205 Genève	T. 022 708 04 44
Muller Willy *	Centre Social Protestant Vaud Beau-Séjour 28 1004 Lausanne	T. 021 320 56 81
Mutlu Hasan *	Bureau du délégué aux étrangers Pommier 3 2000 Neuchâtel	T. 032 889 48 50
Perrochet Danielle	secrétariat Migration FEPS	T. 031 370 25 63

	Case postale 3000 Berne 23	F. 031 370 25 59
Pestalozzi-Racine Jeanne	Evang.-ref. Kirche Zürich Kirchenrätin Mühlehaldenstrasse 25 8953 Dietikon	T. 01 741 31 32 F. 01 774 22 12
Petit Rodolphe	Mouvememt des travailleurs saisonniers OSEO Communications 3, place de la Riponne Case postale 437 1000 Lausanne 17	T. 021 331 03 13 F. 021 331 03 15
Pittà Salvi	Asylkoordination Schweiz Postfach 5215 3001 Bern	T. 031 312 40 38 F. 031 312 40 45
Ramirez Paula	AQUI NOSOSTRAS Rte de Chamblioux 14 1763 Granges-Paccot	T. 026 466 88 08
Riedo René	Eidgenössische Ausländerkommission (EKA) Monbijoustrasse 91 3003 Bern	T. 031 325 91 17 F. 031 325 80 21
Rosati Susanna	FEMIA Wibichstrasse 86 8037 Zürich	T.P. 01 271 39 52 T.G. 01 451 37 77
Ruchti Nadia *	Migrantinnen Sprechstunde Landhausweg 11 3007 Bern	
Sancar Annemarie	cfd Falkenhöheweg 8 Postfach 3001 Bern	T. 031 301 60 06 F. 031 302 87 34
Schär Benz H.-R., Prof. Dr. *	Fachstelle Migration der Evang.-ref. Kirche Bern-Jura Speichergasse 29 3011 Bern	T. 031 311 87 47 F. 031 311 57 82
Schubert Niklaus, Pfr.	Evang.-ref. Kirche des Kantons Graubünden Dorfstrasse 6 7260 Davos-Dorf	T. 081 416 35 18
Senn Anne-Marie	Ausländerseelsorge Kandererstrasse 5 4057 Basel	T. 061 693 09 11
Serathiuk Nelson *	Centre Social Protestant - La Fraternité Pl. M.-L. Arlaud 2 1003 Lausanne	T. 021 312 21 65
Simon Fatima *	Forum des étrangers 13, place de la Gare 2502 Bienne	T. 032 323 55 70
Stamm-Crescione Daniela	Hochschule für Sozialarbeit Bern Schützengasse 13 c 2502 Biel	T. 032 323 36 61
Sterckx Maggy *	Armée du Salut, FSFP Hohenklingenstrasse 21 8049 Zürich	T. 01 341 22 01
Stienen Angela *	Institut für Ethnologie Universität Bern Länggassstrasse 49 A 3012 Bern	T. 031 631 36 33 stienen@ethno.unibe.ch
Stoll Vreni *	SEK-Kommission für Asyl- und Flüchtlingsfragen Kirchweg 44 a 5415 Nussbaumen	T. 056 282 29 78
Stranner-Salles J. Marina *	Grupo Atitude Mühlemattstrasse 62 3007 Berne	T. 031 372 93 69 T. 031 921 23 58 jmstranner@hotline.com
Streibert Susanne *	Anlaufstelle BL Oberfeldstrasse 11A 4133 Pratteln	T. 061 821 44 77
Szwed Erika *	Rte de Corbaroche 24 1723 Marly	T. 026 436 43 48 szwerika@bluewin.ch
Tafelmacher Christophe	Etude de Me Georges Reymond	T. 021 343 20 40

	Avocat Av. Juste Olivier 11 Case postale 1001 Lausanne	F. 021 312 20 11
Tröster-Reichel Hélène	Mission Morave Kandererstrasse 15 4057 Basel	T. 061 691 55 87
Urban Hedi	Centre Social Protestant - La Fraternité Place Arlaud 2 1003 Lausanne	T. 021 312 21 67
Van Beek Ria *	EFS / FSFP co-présidente 1, route de Sauverny 1290 Versoix	T + F 022 755 45 46
van Hotten Karin	HEKS Flüchtlings- & Inlanddienst Burdorf Bahnhofstrasse 57 3400 Burgdorf	T. 034 422 05 08 F. 034 422 69 58
Waeber Marianne	Association 'Français en Jeu' Av. du Temple 15 b 1012 Lausanne	T. 021 652 17 31
Wehrli Christoph	NZZ Postfach 8021 Zürich	T. 01 258 10 27 F. 01 252 13 29
Wieser Marguerite	Traductrice 12, ch. Challendin 1208 Genève	T.+ F. 022 349 08 65
Wisard Nicolas	Etude BMG Avocat Case postale 12 1211 Genève 12	T. 022 839 49 49 T.P. 022 300 31 41 F. 022 839 49 50
Wyss Marylène	Stagiaire du pasteur-médiateur Daniel Rochat Ch. du Risoux 21 1004 Lausanne	T. 021 626 18 27
Zingg Christoph *	Evang.-ref. Kirche Graubünden SEK-Migrationskommission Chesa Da Pravenda 7502 Bever	T.P. 081 852 46 02 T.G.079 283 47 26

* Alle diese Personen interessieren sich für die kontinuierliche Information zum Thema "Sans-papiers" sowie für die Weiterarbeit auf der praktischen/sozialdiakonischen oder der politischen Ebene.

Toutes ces personnes sont intéressées au suivi de l'information sur le thème des sans-papiers, ainsi qu'à la continuation du travail sur les plans pratique, socio-diaconal ou politique.

Publikationen / publications

Titel / Titre	Bestelladresse / pour commander
- Motion Fankhauser Amnestie für "Papierlose" - Motion Fankhauser Amnistie pour les "sans-papiers"	Angeline Fankhauser, Nationalrätin In den Lettenreben 15 4104 Oberwil Tel. 061 402 15 33
- Hidegard Hungerbühler (SEK): Migrationspolitische Leitlinien, Standortbestimmung und Handlungsperspektiven, Bern 1996 Kapitel 6: "Zum Problem der sogenannten Illegalität" - Lignes directrices pour une politique en matière de migrations, Etat des lieux et perspectives d'action, Bern 1996 chapitre 6 : "La question des illégaux"	SEK, Fachbereich Migration Postfach 3000 Bern 23 Tel. 031 370 25 63 Fax 031 370 25 59 E-mail: ise-ies@sek.ch Lange Fassung / version complère : fr. 15,00 Kurze Fassung / résumé : fr. 3,50
- Plattform zur Unterstützung der Kampagne für die Sans-papiers "Menschenwürde braucht keine Papiere" - Plate-forme de soutien à la campagne pour les sans-papiers "La dignité ne dépend pas des papiers !"	BODS Neuengasse 8 3011 Bern Tel. 031 311 07 70 Fax 031 311 07 75 E-mail: bods@bluewin.ch
Jean-Pierre Garbade : "Know your Rights". A legal guide for household employees in Switzerland, 1998.	Geneva Forum for Philippine Concerns Geneva Rue de Zurich 26 1201 Genève
Dokumentarfilm (26 Min.): „Das Schweigen brechen...- aus der Dunkelheit ans Tageslicht“. Ein Film zur Situation vier philippinischer Hausangestellter in der Schweiz.	Anni Hefti-Misa Zentrum 5 Kultur- und Begegnungszentrum Flurstrasse 26 b 3014 Bern Tel. 031 333 26 20 Fax 031 333 85 15 E-mail: ahefti@bigfoot.com

Kontaktadressen in den Regionen / Contacts régionaux

Basel	Solidaritätsnetz der Region Basel für Personen ohne geregelten Aufenthalt c/o Peter Gessler (vorläufig) Friedensgasse 8 4056 Basel	Peter **Gessler** 061 261 20 12
Bern	Koordination ‚Sans-papiers' des Kantons Bern c/o Fachstelle Migration der reform. Kirchen Bern-Jura (vorläufig) Speichergasse 29 3011 Bern Koordination ‚Sans-Papiers' der Stadt Bern c/o Sozialdienst der röm.-kath. Kirche Dreifaltigkeit Taubenstr. 4 3011 Bern	Brigitte **Morgenthaler-Subramaniam** 031 313 101 10 Martin **Van Egmond** 031 312 38 48
Fribourg	CCSI/SOS Racisme Case postale 218 1700 Fribourg	Stefan **Auerbach** 026 424 21 25
Genève	CCSI 25, route des Acacias 1227 Genève	Sandrine **Salerno** 022 304 48 60
Graubünden	Babaylan Schweiz Netzwerk philippinischer Frauen Hof 16 7000 Chur	
Vaud	Mouvement des sans-papiers VD Case postale 255 1000 Lausanne	Jean-Michel **Dolivo** 021 320 59 55
Zürich	Zürcher Komitee zur Unterstützung der Sans-Papiers c/o GBKZ Postfach 8026 Zürich Netzwerk Solidarität mit illegalisierten Frauen c/o FIZ Quellenstrassse 25 8005 Zürich	Therese **Jäggi** Kaspar **Büttikofer** 01 241 97 97 01 271 82 82