

Madame la Cheffe du DFJP
Office fédéral des étrangers
Sct. Droit et pr. d. données
Quellenweg 9
3003 Berne-Wabern

Neuchâtel, le 9 novembre 2000

Procédure de consultation concernant Révision totale de la LSEE

Madame la Conseillère fédérale,

Le Forum suisse pour l'étude des migrations (FSM) a soumis le texte susmentionné à une lecture et discussion interne (à laquelle ont participé les experts suivants : Denise Efionayi ; Brigitta Gerber ; Sandro Cattacin ; Michael Duttwiler ; Hans Mahnig ; Martin Niederberger ; Etienne Piguet). En tant qu'institut de recherche, nous n'avons pas une position politique à défendre, mais plutôt des facettes à mettre en évidence. La présente prise de position se contente donc de souligner les points qui semblent problématiques en regard des connaissances scientifiques sur le thème de l'immigration ou présentent des risques d'arbitraire ou d'inéquité au vu de l'expérience des dernières décennies en matière d'immigration ou de principes reconnus du droit.

Nous avons à cet égard renoncé à répondre au questionnaire annexé à la demande de consultation lequel semble viser avant tout des prises de positions politiques.

pour le FSM Dr. Etienne Piguet

Vice-directeur

Commentaires concernant la révision totale de la LSEE

Art. 1 à 3

Nécessité de principes généraux

Il a été souligné positivement que la Confédération cherche à donner une plus grande cohérence aux différents volets de la politique en matière d'immigration.

Il nous semble souhaitable que la nouvelle loi soit explicitement ancrée dans des principes généraux donnant une orientation d'ensemble et permettant de situer dans quelle mesure la Suisse se définit comme pays d'immigration. Deux principes au moins nous semblent pertinents sur la base du rapport d'experts de la commission Hug :

1. L'entrée en Suisse se fait par deux voies : la première voie est ouverte aux personnes à même de contribuer à l'intérêt national du pays. La seconde voie est ouverte aux personnes ayant des motifs valables à chercher refuge en Suisse.
2. Une fois l'entrée en Suisse accordée, la logique générale d'octroi de droits nouveaux est subordonnée à la durée de séjour.

Une véritable loi cadre pour l'ensemble des politiques semble cependant seule à même de répondre à cet objectif de manière cohérente.

Art. 3 al. 3

Importance d'une évaluation de la politique

La publication périodique d'un rapport sur la situation de l'immigration en Suisse apparaît comme indispensable pour garantir la transparence de la politique et permettre les réajustements nécessaires. Le rapport ne devrait à cet égard pas se contenter d'une description mais procéder à une véritable évaluation.

Un tel rapport devrait pouvoir s'appuyer non seulement sur les publications actuelles de l'OFE et de l'OFS mais aussi sur des expertises indépendantes seules à même de garantir un monitoring objectif.

Il est souhaitable qu'un ordre de grandeur de la périodicité d'un tel rapport soit donné.

L'Art. 110 pourrait inclure les points ci-dessus afin de ne pas charger les articles généraux.

Modification indispensable du Registre central des étrangers

Il semble important de souligner qu'à l'heure actuelle l'instrument statistique à disposition pour décrire l'immigration en Suisse n'est pas en mesure de prendre en compte les critères principaux d'admission prévus par l'Art. 26 §2 (niveau de qualification, connaissances linguistiques). Une refonte du Registre central des étrangers est donc une condition nécessaire à la mise sur pied, puis à l'évaluation, de la nouvelle politique proposée dans le présent projet.

Cette remarque s'applique aussi à l'Art. 94.

Art. 4 al. a

Terminologie

Le terme de « recrutement » (en all. Rekrutierung) nous semble inadéquat dans la terminologie actuelle. Le recrutement actif à l'étranger ne concerne en effet qu'une partie des employeurs. Il devrait être remplacé par « admission ».

Flou du terme intérêt économique du pays

Ainsi que le précise le rapport explicatif, le critère d'*intérêt économique du pays* n'a pas été défini par la commission, il nous semble cependant que des **lignes directrices plus claires** sont indispensables. Les recherches scientifiques menées au sujet des conséquences économiques de l'immigration en Suisse au cours des dernières décennies ont montré qu'en matière de politique des étrangers, les intérêts de certaines branches de l'économie ne sont parfois pas convergents avec la croissance à long terme, la modernisation de l'appareil de production et le maintien du plein emploi. Il en va de même des intérêts régionaux. De manière similaire, l'utilisation de la politique des étrangers comme instrument d'action conjoncturel n'est pas sans présenter des risques structurels.

Laisser le soin de définir précisément les critères d'intérêt économique du pays à l'administration et aux cantons en charge de l'octroi des permis s'est ainsi révélé un choix erroné dans le passé¹. La formulation actuelle de la loi et surtout du rapport d'accompagnement laissent penser qu'il risque de se reproduire à l'avenir.

En parallèle à l'effort de clarification, il nous semble judicieux qu'un système de **monitoring** soit mis sur pied (à l'image – toutes proportions gardées – de la commission de la concurrence ou des questions conjoncturelles) afin

¹ On peut relever à ce sujet qu'une partie des critiques formulées dans le rapport de la commission d'experts de 1997 (au sujet en particulier des effets structurels de l'immigration) figuraient déjà dans le rapport BIGA. 1964. "Das Problem der ausländischen Arbeitskräfte : Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte". Bern: Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit.

d'apprécier l'adéquation entre la structure de l'immigration et les intérêts à long terme. Un tel groupe de monitoring devrait impérativement comporter des experts externes à l'administration. Son principe de fonctionnement devrait être celui d'une évaluation de l'application des critères prédéfinis et non celui d'une négociation entre des intérêts divergents comme ce fut, par exemple, le cas au niveau des commissions tripartites dans le passé.

On notera que les tâches d'une telle commission de monitoring pourraient englober l'appréciation des conséquences de l'accord de libre-circulation avec la CE.

Flou du terme intégration sociale

L'article devrait se contenter de mentionner les chances d'intégration professionnelles et non les chances d'intégration sociale. Ces dernières ne sont en effet pas mesurables compte tenu du peu de consensus existant – même dans la littérature scientifique – au sujet de l'intégration sociale. Les chances d'intégration professionnelle peuvent par contre, dans une certaine mesure, être appréciées à l'aide de critères objectifs.

Art. 4 al. d

Vision « défensive » de l'immigration

Cet article nous semble mettre excessivement l'accent sur les dangers de l'immigration (*Überfremdung*). Une formulation du type « L'admission tient compte de l'évolution démographique et sociale » serait à cet égard plus neutre. La fusion des alinéas b et d serait une alternative : « Les intérêts culturels, scientifiques, démographiques et sociaux de la Suisse sont pris en compte de façon appropriée ».

Art. 5

Nécessité de prendre en compte la nouvelle ordonnance sur l'intégration

Cet article reprend le texte et l'esprit de l'ancienne version de l'Ordonnance sur l'intégration laquelle a été modifiée par la suite. Il est nécessaire de modifier cet article en conséquence par la reprise de l'Art. 3 OIE.

Nous ne prenons pas position sur les chapitres 3 et 4 qui ne sont pas de notre compétence.

Art. 21

Emploi indépendant des étrangers

On voit mal en quoi la création d'une activité indépendante pourrait porter préjudice à l'économie du pays dans son ensemble. Cette question ne se pose

jamais en cas d'implantation en Suisse d'une entreprise étrangère déjà existante.

Il sera important à ce sujet de s'assurer que le critère d'*intérêt économique du pays* utilisé pour l'admission des indépendants est en cohérence avec celui défini de manière générale à l'article 4 et n'implique pas la protection de l'intérêt particulier à court terme de certains corps de métiers. Dans la logique des arguments développés par la Commission d'experts Hug, la protection contre la concurrence ne devrait dès lors pas être un argument de refus d'octroi de l'autorisation. Le voeu de la commission de laisser la liberté aux cantons de mettre sur pied des commissions tripartites présente à cet égard un risque d'inéquité et de divergence de traitement qui nous semble important.

Art. 25 et 26

Nécessité d'une définition plus claire des critères d'admission et de la mise sur pied d'une commission permanente

La transparence, l'équité et la cohérence dans l'appréciation des conditions personnelles d'entrée étaient les principaux avantages du système de points envisagé par la commission d'experts en migration de 1997. Si l'abandon d'un tel système peut se justifier par la complexité de sa mise en oeuvre, le présent projet nous semble rester très flou au sujet des critères concrets d'admission. Il ne se distingue dès lors que très marginalement de la procédure actuelle de sélection basée sur une appréciation au cas par cas et par l'absence de transparence sur les privilèges octroyés à certaines entreprises, branches ou régions.

La marge de manœuvre octroyée par la nouvelle loi serait en effet très large puisque quatre catégories d'entrée sont prévues explicitement

- cadres (Art. 26 al. 1)
- spécialistes (Art. 26 al. 1)
- travailleurs qualifiés (Art. 26 al. 1)
- personnes possédant des qualifications prof. particulières (Art. 26 al. 3 c.)

Compte tenu des nomenclatures actuelles dans le domaine de l'emploi², on voit mal quelles activités (mis à part les emplois sans aucune qualification) échappent à ces quatre catégories (en particulier à la troisième), des professions telles que serveur ou ouvrier agricole font clairement partie des travailleurs qualifiés.

² Du Bureau international du travail ou de l'Office fédéral de la statistique par exemple

Seule la mise sur pied d'une commission définissant les critères d'entrées de manière contraignante nous semble à même de garantir une procédure transparente et cohérente à l'échelle de l'ensemble du pays. En parallèle, la loi devrait prévoir explicitement la nécessité d'une motivation des décisions positives et négatives par l'administration. Seules des décisions motivées permettront en effet un monitoring objectif des conséquences des politiques suivies. Il est important à ce sujet de souligner la *boîte noire* que représente déjà, dans une certaine mesure, la politique des années 1970-1990 pour la recherche dans le domaine des migrations.

Manque de connaissance des besoins futurs de l'économie

Nous ne prenons pas position sur la question fondamentale de l'adéquation des critères d'admission choisis aux besoins futurs de l'économie. Nous nous rangeons, faute de mieux, derrière les conclusions de la Commission d'experts Hug selon laquelle les besoins dans le domaine du travail non-qualifié pourront être couverts dans l'espace de libre-circulation européen. Nous relevons cependant que cette question est controversée dans le monde académique et qu'aucune recherche approfondie n'a été effectuée jusqu'ici en Suisse au sujet des futurs besoins de main-d'œuvre étrangère de l'économie suisse.

Art. 28

Le statut de frontaliers comme subvention indirecte

Compte tenu de la suppression de l'exigence d'un retour quotidien pour les frontaliers (Art. 37 §4), la limitation de leur zone d'activité aux régions frontalières privilégie ces dernières au détriment des zones non frontalières. Un tel privilège nous semble introduire un risque d'inéquité entre les cantons.

Art. 29, al. b.

Critères d'admission des prestataires de services transfrontaliers

Les modalités de vérification des critères des Art. 23 à 27 et en particulier de l'art. 24 pour les prestataires de services transfrontaliers ne sont pas claires. On voit mal à qui elles s'appliquent au vu des accords bilatéraux avec la CE.

Art. 34

Transformation d'autorisation de courte durée

La durée de l'interruption entre les autorisations de courte durée ne semble pas pouvoir être maintenue dans le flou. Elle présente à cet égard un risque d'inéquité qui nous semble important. C'est en effet le choix d'une durée qui déterminera le degré de liaison effectif entre le statut de courte durée et les autres statuts (au vu en particulier de l'art. 36 §3 al. a).

Art. 37

cf. art. 28

Art. 44 § 1**Exigence de vie commune pour les couples**

De manière générale, il nous semble que la réflexion au sujet des critères d'immigration liés aux couples reste superficielle au vu de l'évolution actuelle de la société. Cette dernière se caractérise en particulier par la perte d'ampleur du mariage et par l'accroissement de nouvelles formes d'union (partenariat, couples de même sexe). On peut regretter que la révision d'une loi vieille de 70 ans n'ait pas saisi l'occasion de poser les bases d'une réflexion à ce sujet, même si nous sommes conscients des difficultés qu'elle implique.

Im Hinblick auf die Probleme, die den Anstoss zur Entstehung der Initiative Goll gegeben haben, erscheint uns die neue Voraussetzung des Zusammenlebens für den Erhalt einer Bewilligung problematisch. Die Bekämpfung von Scheinehen mag durch die Bedingung des Zusammenlebens erleichtert werden. Wir erinnern aber daran, dass bisher keine umfassenden Untersuchungen vorliegen, die den Missbrauch der Institution Ehe zahlenmässig belegen. Dadurch sind die tatsächlichen Ausmasse des Missbrauchs sehr schwammig und es kann folgerichtig nicht klar eingeschätzt werden, wie hoch das öffentliche Interesse an dessen Bekämpfung im Vergleich zu anderen Interessen zu gewichten ist.

Auf der anderen Seite scheinen uns gegen die Einführung der neuen Bedingung ebenfalls sehr gewichtige Argumente zu sprechen:

Im Hinblick auf Art. 8 EMRK erscheint es uns zumindest zweifelhaft, ob die Bedingung des Zusammenlebens an die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung geknüpft werden darf. Dass nämlich allein schon die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes (und nicht erst der Ehe) zur Verwirkung der Bewilligung führt, scheint uns dem Recht auf Familienleben zu widersprechen. Im Rahmen der Schrankentheorie zu den Grundrechten ist ferner nicht klar, ob die Massnahme erforderlich ist, noch ob die Mittel-Zweck-Relation gewahrt ist, und zwar wiederum, weil die Gefahr des Missbrauchs nicht konkret belegt ist.

Ausserdem gehen wir mit der Mehrheit der staatspolitischen Kommission des Nationalrates (Amtl. Bulletin NR 1999, S. 964 ff.) darin einig, dass durch die neue Regelung die Abhängigkeit des ausländischen Ehegatten gesteigert würde. Dies würde just in den Fällen von Gewalttätigkeit gegenüber der ausländischen Ehefrau, die den Anstoss zur Initiative Goll gegeben haben, dem gewalttätigen Ehemann ein weiteres Druckmittel in die Hand geben. Denn die neue – von der Zielsetzung her zwar sehr begrüssenswerte – Bestimmung von Art. 51, birgt immerhin noch das Risiko, bei der

Beweisführung der "wichtigen persönlichen Gründe" zu scheitern. Zu bemängeln ist aber in erster Linie der Wegfall der potentiell deeskalierenden Zwischenstufe des getrennten Haushaltes, der nach der vorgeschlagenen Bestimmung nicht mehr aufgenommen werden darf.

Dass der Staat den binationalen Paaren einen *modus vivendi* des Zusammenlebens vorschreibt, stellt ferner eine Ungleichbehandlung gegenüber rein schweizerischen Paaren dar, die sich einen solchen Eingriff nicht gefallen lassen müssen. Ein solcher Eingriff in die Privatsphäre lässt sich u.E. einzig mit dem Ziel der Missbrauchsbekämpfung nicht rechtfertigen.

Würde die neue Bedingung des Zusammenlebens dennoch eingeführt, sollte auf jeden Fall die Möglichkeit, "nach Eherecht" (Begleitbericht S. 20) aus beruflichen o.ä. Gründen Ausnahmegewilligungen zum getrennten Wohnen zu erlangen, im AuG ausdrücklich erwähnt, bzw. festgesetzt werden. Es erscheint uns keineswegs klar, ob im Zweifelsfall das AuG oder das ZGB als *lex specialis* vorgehen müsste. Auch der Rechtssicherheit wäre dies förderlich.

Diese Argumente zum Erfordernis des Zusammenwohnens gelten u.E. sinngemäss für die analogen Bestimmungen in den Art. 45 ff., auf die wir deshalb nicht mehr im Detail eingehen.

Art. 51

Diese neue Bestimmung erscheint uns von der Zielsetzung her sehr begrüssenswert, weist jedoch u.E. in ihrer Ausführung einige Mängel auf:

Es erscheint uns nicht kohärent, dass die ausländischen Personen nach Art. 44 (Ehe mit Schweizer oder Schweizerin) nicht einbezogen sind. Gerade weil in Art. 44 die neue Bedingung des ehelichen Zusammenlebens eingeführt werden soll, müsste auch hier Art. 51 greifen, wenn das Zusammenleben nicht mehr funktioniert.

Ferner sollte den Personen nach Art. 45-47, denen aufgrund von Art. 51 die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gewährt wird, zugleich ausdrücklich die Erwerbstätigkeit bewilligt werden, respektive sollte für die Personen nach Art. 44 sichergestellt werden, dass ihr Anspruch gemäss Art. 44 Abs. 5 nicht verloren geht. Da diese Personen nunmehr alleinstehend sind, können sie auch nicht mehr auf das allfällige Einkommen des Ehegatten zählen, sind statt dessen vielmehr darauf angewiesen, selber zu verdienen.

Alternativ könnte in einer Bestimmung, die Art. 44 Abs. 5 entspricht, auch den Familienangehörigen der Niedergelassenen (Art. 45), der Aufenthalter (Art. 46) und der Kurzaufenthalter (Art. 47) die Erwerbstätigkeit von Anfang an gewährt werden. Es erscheint uns sowieso grundsätzlich sinnvoll, die Aufenthaltsbewilligung systematisch mit dem Recht auf Erwerbstätigkeit zu verknüpfen. Eine entsprechende Bestimmung für die erwähnten Personengruppen vermissen wir jedoch im vorliegenden Entwurf.

Chapitre 8

Nécessité de prendre en compte la nouvelle ordonnance sur l'intégration

Ce chapitre reprend le texte et l'esprit de l'ancienne version de l'Ordonnance sur l'intégration laquelle a été modifiée par la suite. Il est nécessaire de le modifier en conséquence. Nos commentaires à cet égard vous sont parvenus.

Nous ne prenons pas position sur les chapitres 9 et 10 qui ne sont pas de notre compétence.

Art. 75 et ss

Admission provisoire

De nombreuses recherches laissent à penser qu'une situation provisoire de longue durée est préjudiciable à l'intégration économique et sociale des étrangers et peut engendrer des coûts sociaux importants pour la société d'accueil. L'expérience montre que le statut d'admission provisoire est souvent prononcé après un séjour préalable en Suisse (p.ex. dans le cas de l'action humanitaire 2000) et qu'elle peut se prolonger durant une très longue période. Il paraît dès lors important de prévoir, après un délai à déterminer, une transformation en autorisation de séjour durable.

Une telle possibilité permettrait en particulier d'éviter les discriminations dont peuvent faire l'objet des enfants ou des adolescents parfois nés en Suisse (assistance sociale minimale, nonaccès à des places d'apprentissage ou de formation dans certains cantons).

D'une manière générale, il faudrait éviter que des conditions d'accueil précaires, conçues pour de courtes périodes (assistance minimale, exclusions possible du marché du travail, nonaccès à la formation), se prolongent dans le temps au risque d'une marginalisation durable.

On peut également se demander si après l'introduction du statut de protection temporaire dans la nouvelle loi sur l'asile, il est justifié de perpétuer un statut, introduit au début des années 90, qui a pratiquement remplacé le permis humanitaire (B). La multiplicité des statuts introduit des différences supplémentaires de traitement et nuit à la clarté de la politique d'ensemble.

Nous ne prenons pas position sur les chapitres 12, 13, 14 et 15 qui ne sont pas de notre compétence.

Art. 94

Au sujet du Registre central des étrangers, cf. le commentaire de l'Art 3. al. 3

Art. 101 § 1**Sanktionen**

Wir verzichten auf eine eingehende Stellungnahme zum Sanktionensystem, unterstreichen jedoch, dass jedenfalls, welche Lösung auch gewählt wird, die Überprüfung seiner Wirksamkeit unerlässlich ist. Ansonsten merken wir folgendes an:

Wir gehen davon aus, dass ein illegaler Grenzübertritt eine reine Ordnungswidrigkeit darstellt und keinen Unrechtsgehalt im moralischen Sinn birgt, weshalb als Strafe höchstens Bussen angemessen sind.

Ausserdem sind Strafbestimmungen über die illegale Einreise (nicht über deren Förderung, Schleppertum etc.) unter general- und spezialpräventiven Gesichtspunkten fragwürdig. Man kann nicht erwarten, dass Migrierende die Ordnungsregelungen der schweizerischen Ausländergesetzgebung oder gar einzelne Strafmasse kennen, weshalb aber auch die Bestrafung aus rechtsstaatlicher Sicht unhaltbar ist. Die Annahme, dass Migrierende vor der Einreise über die Strafbestimmungen in unserer Ausländergesetzgebung informiert werden, scheint uns eher utopisch. Geht man jedoch davon aus, jedermann wisse, dass ein Grenzübertritt ohne Visum "irgendwie" verboten sei, mag dies noch keine Begründung für die Verdoppelung des Strafmasses liefern. Noch weniger kann man aus schweizerischer Sicht verlangen, dass Migrierende die Rechtsordnung unserer Nachbarländer kennen, weswegen uns eine Bestrafung wegen Verletzung der nachbarlichen Einreisebestimmungen deplaziert erscheint.

Der Begründung, weshalb neu die illegale Ausreise strafbar werden soll, konnten wir nicht folgen. Die vorgeschlagene Bestimmung scheint uns aber völkerrechtswidrig zu sein: Art. 12 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte v. 16. 12. 1966 lautet: *"Jedermann steht es frei, jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen."* Dieses Recht kann nur *"zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer"* eingeschränkt werden (Abs. 2). U.E. ist keiner dieser Fälle hier relevant.