



Bern, Dezember 2020

Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers

Bericht des Bundesrats in Erfüllung des
Postulats der Staatspolitischen Kommission
des Nationalrats vom 12. April 2018
(18.3381)

Inhaltsverzeichnis

1	Hintergrund	9
2	Methodik	9
3	Sans-Papiers in der Schweiz	10
3.1	Begriffsbestimmung	10
3.2	Profil der Sans-Papiers in der Schweiz	12
3.2.1	Schätzungen zur Zahl der Sans-Papiers in der Schweiz	12
3.2.2	Migrationsbiografie	13
3.2.3	Herkunft der Sans-Papiers	13
3.2.4	Alter der Sans-Papiers	14
3.2.5	Ausbildung	14
3.3	Mögliche Ursachen von Schwarzarbeit	15
3.4	Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs	17
3.5	Politische Vorstösse auf Bundesebene	18
3.5.1	Aufenthaltsregelung und Operation Papyrus	18
3.5.2	Zugang von Sans-Papiers zu Schulbildung und Berufslehre	20
3.5.3	Zugang zu den Sozialversicherungen	20
3.5.4	Datenaustausch zwischen den Behörden	21
3.5.5	Scheinehen	21
3.6	Situation der Sans-Papiers während der Coronapandemie	21
4	Regelung von Härtefällen	24
4.1	Gesetzesbestimmungen und Kriterien für die Prüfung des Gesuchs	24
4.2	Zugang der Sans-Papiers zur beruflichen Grundbildung	26
4.3	Statistiken zum Zustimmungsverfahren des SEM	26
4.4	Praxis der Kantone	30
5	Operation Papyrus	33
5.1	Beschreibung der Operation Papyrus	33
5.2	Kriterien für die Aufenthaltsregelung gemäss der Operation Papyrus	34
5.3	Massnahmen bei den besonders betroffenen Branchen	34
5.4	Eingliederungs- und Integrationsmassnahmen	35
5.5	Evaluation der Operation Papyrus	35
5.5.1	Statistiken	35
5.5.2	Zusammenfassung des Evaluationsberichts	36
6	Städteinitiativen	40
6.1	«Sanctuary Cities»	40
6.2	Begriffsbestimmungen	40
6.3	City-Card	41
6.3.1	Ursprung	41
6.3.2	Konzept	41
6.3.3	In der Schweiz	41
7	Zugang von Sans-Papiers zu den Sozialversicherungen	43
7.1	Krankenversicherung	43
7.1.1	Unterstellung	43
7.1.2	Anspruch auf Leistungen	44
7.2	Unfallversicherung	44
7.2.1	Unterstellung	44

7.2.2	Anspruch auf Leistungen	45
7.3	Alters- und Hinterlassenversicherung, Invalidenversicherung und Erwerbsersatz-ordnung.....	45
7.3.1	Versicherungs- und Beitragspflicht.....	45
7.3.2	Leistungsansprüche.....	47
7.3.3	Leistungsansprüche aus der AHV und IV bei Ausreise aus der Schweiz.....	51
7.4	Ergänzungsleistungen (EL).....	51
7.5	Berufliche Vorsorge.....	51
7.6	Familienzulagen.....	52
7.7	Arbeitslosenversicherung.....	53
7.7.1	Arbeitslosenentschädigung	53
7.7.2	Arbeitsmarktliche Massnahmen	53
7.7.3	Kurzarbeitsentschädigung.....	53
7.7.4	Schlechtwetterentschädigung	54
7.7.5	Insolvenzenschädigung.....	54
7.8	Öffentliche Arbeitsvermittlung	54
7.8.1	Beratung und Vermittlung von Stellensuchenden.....	54
7.8.2	Stellenmeldepflicht.....	54
8	Folgen einer Aufhebung des Anspruchs auf Sozialversicherungsschutz	55
8.1	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	55
8.1.1	UNO-Pakt I und andere Konventionen der UNO und ihrer Organisationen.....	55
8.1.2	Europäische Menschenrechtskonvention	56
8.1.3	Fazit.....	57
8.2	Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung.....	57
8.2.1	Analyse der Rechtsgrundlagen, die durch einen Ausschluss verletzt werden könnten	57
8.2.2	Fazit.....	60
8.3	Alters- und Hinterlassenversicherung (AHV), Invalidenversicherung (IV), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagen	60
8.3.1	Auswirkungen auf den Bund	60
8.3.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden.....	60
8.4	Krankenversicherung	61
8.4.1	Auswirkungen auf den Bund	61
8.4.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden.....	62
8.5	Unfallversicherung	63
8.6	Allgemeines Fazit.....	63
9	Zugang zu Schulbildung und anderen öffentlichen Leistungen	63
9.1	Zugang zu obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung	63
9.2	Zugang zur Justiz und anderen staatlichen Leistungen.....	65
10	Datenaustausch zwischen den betroffenen Behörden	70
10.1	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem AIG.....	70
10.2	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA).....	72
10.3	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach den Sozialversicherungsgesetzen.....	73
11	Anwendung der Strafbestimmungen auf Sans-Papiers.....	74

11.1	Massgebende Strafbestimmungen	74
11.2	Vollzug der Strafbestimmungen	75
11.3	Statistik	76
12	Die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Staaten	79
12.1	Schätzungen zur Anzahl der Sans-Papiers	79
12.2	Legalisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers	80
12.3	Möglichkeiten zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers	80
12.4	Rechtliche Stellung der Sans-Papiers	81
12.4.1	Zugang zur medizinischen Versorgung	81
12.4.2	Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen	81
12.4.3	Zugang zur Schulbildung	82
12.4.4	Staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs	82
12.4.5	Zugang zum Rechtssystem	82
13	Mögliche Lösungen für Sans-Papiers	83
13.1	Im Bereich der Sozialversicherungen	83
13.1.1	Ausschluss von der Krankenversicherungspflicht	83
13.1.2	Eingeschränkter Leistungskatalog der Krankenversicherung für Sans-Papiers	84
13.1.3	Ausschluss von der Unfallversicherungspflicht und Leistungen der Unfallversicherung	85
13.1.4	Ausschluss vom Versicherungsobligatorium bei AHV/IV/EO/Familienzulagen	87
13.1.5	Verzicht auf Einreichung von Dokumenten für den Leistungsbezug von AHV/IV/EO/Familienzulagen	88
13.2	Im Bereich der Aufenthaltsregelung	89
13.2.1	Einleitung	89
13.2.2	Kollektive Regularisierung	91
13.2.3	Teilregularisierung	92
13.2.4	Präzisierung der Verordnung (Art. 31 VZAE) oder der Weisungen des SEM	94
13.2.5	Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE)	98
13.3	Datenaustausch	100
13.3.1	Änderung der Rechtsvorschriften zum Datenaustausch im AIG, im BGSA und in den Sozialversicherungsgesetzen	100
13.3.2	Datenaustausch zwischen Schulbehörden und Migrationsbehörden	102
13.4	Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen des AIG	104
14	Fazit	106
15	Anhänge	110

Zusammenfassung

Mit der Annahme des Postulats der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) vom 12. April 2018 (18.3381) hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Situation der Sans-Papiers in der Schweiz umfassend zu prüfen. Ein Schwerpunkt dieser Analyse liegt in der Darstellung der Rechtsansprüche von Sans-Papiers im Bereich der Sozialversicherungen. Zudem werden die Folgen eines möglichen Entzugs dieser Rechtsansprüche aufgezeigt.

Der vorliegende Bericht enthält zwei Teile: Der erste Teil beschreibt die Lage der Sans-Papiers in der Schweiz sowie die massgebenden rechtlichen Regelungen im Bereich der Sozialversicherungen, im Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) sowie im Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA). Er erläutert darüber hinaus den Zugang von Sans-Papiers und ihren Familienangehörigen zu weiteren staatlichen Leistungen wie zur Schulbildung oder zur Justiz (Ziff. 3–11). Weiter wird die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Ländern aufgezeigt (Ziff. 12). Im zweiten Teil des Berichts werden mögliche Lösungsansätze dargestellt (Ziff. 13).

Personen mit einem rechtswidrigen Aufenthalt werden allgemein als «Sans-Papiers» bezeichnet. Es handelt sich dabei um Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nie eine ausländerrechtliche Bewilligung besessen haben oder keine mehr besitzen oder die aus anderen Gründen nicht mehr zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt sind. Dazu gehören auch abgewiesene Asylsuchende mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, deren Ausreisefrist abgelaufen ist. Nach den neuesten Schätzungen leben zwischen 50 000 und 99 000 Sans-Papiers in der Schweiz, die wahrscheinlichste Schätzung liegt bei 76 000¹ (Ziff. 3.2).

Wie bei Schweizerinnen und Schweizern und rechtmässig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern hat sich die Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus auch stark auf die Situation der Sans-Papiers ausgewirkt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Beschäftigung und die Gesundheit. Der Bericht befasst sich mit dieser Thematik (Ziff. 3.6), die auch in den Medien aufgegriffen wurde. Auf politischer Ebene und von Unterstützungsgruppen wurden Forderungen laut, die Wegweisung dieser Personen auszusetzen und ihnen Entschädigungen bei Kurzarbeit oder Erwerbsausfall sowie den Zugang zur Gesundheitsversorgung oder zur Sozialhilfe zu gewähren (Ziff. 3.5 und 3.6). Dies zusätzlich zu der in der Bundesverfassung vorgesehenen Nothilfe, auf die auch Sans-Papiers Anspruch haben und die Kleidung, eine Unterkunft, Nahrung und die medizinische Notfallversorgung umfasst (Art. 12 BV).

A. Sozialversicherungspflicht und Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen

Wie der Bericht zeigt, sind Sans-Papiers verpflichtet und berechtigt, sich verschiedenen Sozialversicherungen anzuschliessen und entsprechende Leistungen zu beziehen. Die Bundesgesetze über die Krankenversicherung (KVG), die Unfallversicherung (UVG), die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), die Invalidenversicherung (IVG), den Erwerbsersatz (EOG) und die Familienzulagen (FamZG) berücksichtigen als Unterstellungskriterium in der Regel den Wohnort, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die Beitragspflicht zur Alters- und Hinterlassenenversicherung – nicht aber den rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz. Hingegen können sich Sans-Papiers grundsätzlich nicht der Arbeitslosenversicherung anschliessen oder Leistungen daraus beziehen (ausser bei Insolvenzenschädigung). Sie können weder Ergänzungsleistungen noch Sozialhilfe beantragen. Sie haben jedoch Anspruch auf oben erwähnte Nothilfe.

Der Bericht zeigt, dass ein allgemeiner Ausschluss der Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen die Verpflichtungen der Schweiz aus dem UNO-Pakt I und der Kinderrechtskonvention (KRK) erheblich verletzen würde. Zudem erscheint ein Ausschluss auch problematisch im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention und andere völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz. Mit der

¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Bericht des Instituts B,S,S im Auftrag des SEM vom 12. Dezember 2015, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Einreise & Aufenthalt > Aufenthalt > Sans-Papiers in der Schweiz.

Ratifizierung des UNO-Pakts I hat sich die Schweiz grundsätzlich verpflichtet, keine Rückschritte bei der Verwirklichung der darin genannten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu machen, einschliesslich des Rechts auf soziale Sicherheit. Würden den Sans-Papiers ihre Rechte im Bereich der Sozialversicherungen generell aberkannt, wäre dies ein Rückschritt gegenüber der derzeitigen Rechtslage in der Schweiz.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht würde ein gänzlicher Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen dem Sozialziel widersprechen, wonach Bund und Kantone sich dafür einsetzen, dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat (Art. 41 Abs. 1 Bst. a BV). Ein solcher Ausschluss liesse auch die Grundsätze von Artikel 112 Absatz 2 BV in Bezug auf die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung unbeachtet, die eine obligatorische Versicherung für alle vorsehen. Dies würde eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

Sollte dennoch ein Ausschluss beschlossen werden, hätte dies zur Folge, dass die Kosten auf die Kantone und Gemeinden, die für die Nothilfe zuständig sind, überwältigt würden. Dies gilt insbesondere für die von Sans-Papiers verursachten Gesundheitskosten. Ein Ausschluss aller Sans-Papiers von der AHV, der IV, der EO und den Familienzulagen würde auch dem heutigen Sozialversicherungssystem widersprechen. Damit wäre es für Arbeitgebende finanziell interessanter, Sans-Papiers einzustellen, da sie so keine Beiträge an die Sozialversicherungen bezahlen müssten. Deshalb ist der Bundesrat immer für den Grundsatz des sozialen Schutzes aller Arbeitnehmenden in der Schweiz eingetreten. Ein Ausschluss würde auch nicht dazu beitragen, dass weniger Gründe für eine illegale Migration bestehen.

Vor diesem Hintergrund lehnt der Bundesrat einen allgemeinen Ausschluss der Sans-Papiers von der Sozialversicherungspflicht ab. In der Praxis sind nur wenige Sans-Papiers versichert. Im Bereich der Krankenversicherung bekräftigt der Bundesrat die Schlussfolgerungen in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»², namentlich den Grundsatz einer obligatorischen Krankenversicherung für alle in der Schweiz wohnhaften Personen, zu denen auch die Sans-Papiers gehören.

Im Rahmen dieses Berichts wurden noch zwei weitere theoretische Möglichkeiten geprüft: Ein Zugang der Sans-Papiers zu einem beschränkten Leistungskatalog der Krankenversicherung und Verzicht auf die Einforderung bestimmter Dokumente, damit Sans-Papiers vermehrt der AHV/IV/EO unterstellt werden und Familienzulagen beziehen können. Diese beiden Optionen lehnt der Bundesrat ebenfalls ab. Die Leistungen des KVG-Katalogs entsprechen den Kriterien der Wirksamkeit, der Angemessenheit und der Wirtschaftlichkeit. Diese Kriterien werden regelmässig überprüft. Alle KVG-Leistungen entsprechen somit einem Bedürfnis. Wenn kranken Sans-Papiers bestimmte Leistungen vorenthalten werden, besteht das Risiko, dass sie nicht mehr genesen. Sie würden so eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit und damit auch für die Wirtschaft darstellen. Zudem liesse sich die zweite Option nur schwer umsetzen, denn die Behörden müssen über alle benötigten Dokumente verfügen, um den Anspruch auf Versicherungsunterstellung und Leistungserbringung zu beurteilen.

B. Aufenthaltsregelung und Sanktionen

Unter bestimmten Voraussetzungen, wozu namentlich ein mehrjähriger Aufenthalt und eine gute Integration gehören, können Sans-Papiers gestützt auf das AIG sowie das Asylgesetz (AsylG) bei der zuständigen Behörde des Aufenthaltskantons ein Gesuch um die Regularisierung ihres Aufenthalts einreichen (Härtefallregelung). Die Kantone entscheiden über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Wenn sie dem Gesuch entsprechen, leiten sie es dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung weiter. Der rechtliche Rahmen und die Weisungen des SEM lassen

² Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484), verfügbar unter: www.bag.admin.ch
> Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche
Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der
Sans-Papiers.

bei der Prüfung von Härtefallgesuchen einen gewissen Handlungsspielraum zu, wodurch sich auch unterschiedliche kantonale Lösungsansätze ergeben können. Zur Veranschaulichung wird im Bericht die Praxis der Kantone Waadt, Zürich, Basel-Stadt und Genf dargestellt. Im Bericht wird zudem die Operation Papyrus beschrieben, die der Kanton Genf in den Jahren 2017 und 2018 durchgeführt hat (Ziff. 5). Dieses Projekt hatte namentlich zum Ziel, den Arbeitsmarkt in bestimmten Branchen, in denen besonders viele Sans-Papiers beschäftigt sind, zu bereinigen und deren Aufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen und im Rahmen des geltenden Rechts zu regeln.

Im Teil des Berichts zu den Lösungsansätzen wird eine Änderung des geltenden Rechtsrahmens geprüft, namentlich der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) und der Weisungen des SEM. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung von Härtefallbewilligungen in der VZAE nicht noch weiter ausgeführt werden sollen, da andernfalls der erforderliche Handlungsspielraum der Kantone und des SEM zu stark eingeschränkt würde. Das SEM soll jedoch regelmässig prüfen, ob seine Weisungen noch der aktuellen Praxis und dem rechtlichen Rahmen entsprechen. Der Bundesrat erachtet zudem die bestehende Regelung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung als angemessen; er sieht hier ebenfalls keine Änderungen vor.

Der Bundesrat lehnt eine einmalige kollektive Regularisierung oder Teilregularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers weiterhin ab, da dies die Problematik des rechtswidrigen Aufenthalts nicht langfristig zu lösen vermag. Er spricht sich auch gegen eine erneute Änderung des Sanktionssystems im BGSA und im AIG aus. Mit der Teilrevision des BGSA im Jahr 2018 wurde der Kreis der am Datenaustausch beteiligten Behörden bereits erweitert. Dies ermöglichte es, den Vollzug im Rahmen der Arbeitsmarktaufsicht und in anderen Bereichen zu optimieren und die Synergien zu verstärken. Zudem wurde das vereinfachte Abrechnungsverfahren bei der AHV-Ausgleichskasse verschärft, um Missbräuche zu verhindern. Der Bundesrat erachtet daher die Bestimmungen des BGSA und die im AIG vorgesehen Sanktionen als angemessen und verhältnismässig.

C. Datenaustausch

Das BGSA sieht eine Bekanntgabe der Daten verschiedener Behörden (Vollzugsorgane im Bereich der Sozialversicherungen, Migrationsbehörden usw.) an die nach diesem Gesetz eingesetzten kantonalen Kontrollorgane vor. Der Datenaustausch erfolgt im Rahmen der vorgeschriebenen Kontrollen und unter eingeschränkten Voraussetzungen. Einige Sozialversicherungsgesetze (AHVG, IVG und AVIG) sehen ebenfalls eine Bekanntgabe der für die Bekämpfung der Schwarzarbeit benötigten Daten durch die Vollzugsorgane dieser Gesetze vor. Dazu gehören namentlich die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und die Arbeitgebenden.

Die Krankenversicherer und die Kantone sind nur berechtigt, Personendaten an die Migrationsbehörden bekanntzugeben, wenn die betroffene Person dazu schriftlich eingewilligt hat oder – wenn dies nicht möglich ist – eine Einwilligung nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf. Diese Bedingungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Darüber hinaus besteht kein systematischer Datenaustausch zwischen den Vollzugsorganen im Bereich der Sozialversicherungen und den Migrationsbehörden. Dadurch wird der Datenschutz gewährleistet und es kann vermieden werden, dass Sans-Papiers aus diesem Grund auf eine Anmeldung bei den Sozialversicherungen verzichten. Das AIG sieht namentlich für Straf- und Zivilgerichte sowie Staatsanwaltschaften eine Meldepflicht gegenüber den Migrationsbehörden vor.

Der Bundesrat kommt trotz der allenfalls möglichen Ziel- und Interessenkonflikte zwischen den beteiligten Behörden zum Schluss, dass die bestehende Regelung des Datenaustausches in diesem Bereich angemessen ist.

D. Zugang zur Schulbildung

Der Zugang zur obligatorischen Schulbildung von Sans-Papiers-Kindern ist verfassungsrechtlich garantiert. Die Schulen sind auch nicht verpflichtet, den Migrationsbehörden die Namen der eingeschulten Kinder von Sans-Papiers zu melden. Im Bericht werden zwei mögliche Lösungsansätze aufgeführt: Die Einführung einer allgemeinen Meldepflicht der Schulen gegenüber den Migrationsbehörden oder die Einführung einer beschränkten Meldepflicht, wenn sie im Interesse des Kindes erfolgt.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass der obligatorische Schulbesuch im Interesse aller Kinder erfolgt. Die Einführung einer auch nur beschränkten Meldepflicht würde diesem Interesse entgegenstehen, da andernfalls die Kinder von Sans-Papiers auf den Schulbesuch verzichten würden. Beschränkte Meldemöglichkeiten sind bereits heute vorgesehen, namentlich wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. Es besteht daher keine Notwendigkeit, diese Möglichkeiten auszuweiten.

1 Hintergrund

Das diesem Bericht zugrundeliegende Postulat folgte auf die Prüfung einer Motion der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) vom 26. Januar 2018 *«Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers»* (18.3005) durch die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N).

Ziel dieser Motion war die Ausarbeitung einer kohärenten Gesetzgebung, die sich auf eine Gesamtbetrachtung der Situation der Sans-Papiers stützt. In der Motion wurde vorgeschlagen, dass Sans-Papiers grundsätzlich keinen Anspruch auf Leistungen der Sozialversicherungen haben (insbesondere der Krankenversicherung oder der AHV); dass für Personen, die Sans-Papiers beschäftigen oder die ihnen eine Wohnung vermieten, schärfere Strafen verhängt werden und dass der Datenaustausch zwischen staatlichen Stellen erleichtert wird, damit namentlich Schulen die Behörden über Kinder von Sans-Papiers informieren können.

Die SPK-N lehnte in ihrer Beratung am 12. April 2018 die Motion der SGK-N mit der Begründung ab, dass sie sich mit zu unterschiedlichen Themen befasse und dass sie Sozialversicherungsrecht, Ausländerrecht und kantonale Bestimmungen zur Grundschulbildung vermische. Sie beschloss hingegen, ein Kommissionspostulat *«Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers»* (18.3381) einzureichen, das sich weitgehend an die Motion der SGK-N anlehnt.

Das Postulat hat folgenden Wortlaut:

Der Bundesrat wird beauftragt, unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus, folgende Punkte zu prüfen und in einem Bericht vorzulegen:

- *Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
- *Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
- *Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
- *heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
- *Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermietung);*
- *Anzahl jährliche Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
- *gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
- *Anzahl jährliche Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
- *mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

Am 18. Mai 2018 hat die SGK-N das Postulat der SPK-N unterstützt und ihre Motion zurückgezogen. Der Nationalrat hat das Postulat am 12. April 2018 angenommen.

2 Methodik

Die im Postulat erörterten Themen betreffen nicht nur den Migrationsbereich im engeren Sinn, sondern auch die Bereiche Sozialversicherungen, Schulbildung und Datenaustausch sowie die Praxis der Kantone und Städte im Umgang mit Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Sans-Papiers). Zahlreiche Themen fallen ausschliesslich in kantonale Zuständigkeit, und auch Gewerkschaften und Hilfswerke befassen sich mit der vorliegenden Thematik.

Aus diesem Grund hat das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Auftrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) eine Begleitgruppe geschaffen, der Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, Städte und Gemeinden sowie nationaler und interkantonalen Konferenzen und Bundesämter angehörten. Die Begleitgruppe hatte den Auftrag, die im Postulat aufgeworfenen Fragen zu diskutieren und sich zu den vom SEM ausgearbeiteten Lösungsansätzen zu äussern. Ihre Stellungnahmen in den Jahren 2018 und 2019 durchgeführten Sitzungen sowie die im Jahr 2020 eingereichten schriftlichen Stellungnahmen sind in Ziffer 13 des Berichts aufgeführt. Die Begleitgruppe hat sich auch zu verschiedenen kantonalen Projekten geäussert, beispielsweise zu der in den Jahren 2017 und 2018 im Kanton Genf durchgeführte Operation Papyrus oder zu den Diskussionen in den Städten Zürich und Bern bezüglich der Schaffung einer sogenannten City-Card für Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt.

Die vom SEM geleitete Begleitgruppe bestand aus Vertreterinnen und Vertretern der Bundesstellen, die von den Themen des Postulats betroffen sind. Neben dem SEM sind dies das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), das Bundesamt für Gesundheit (BAG), das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und das Bundesamt für Justiz (BJ). Zudem umfasste sie Vertreterinnen und Vertreter der Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM), des Verbands Schweizerischer Arbeitsmarktbahörden (VSAA), der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK), der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), des Schweizerischen Gemeindeverbands (SGV), des Schweizerischen Städteverbands (SSV), der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), der Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) und der Konferenz der kantonalen Ausgleichskassen. Zudem gehörte ein Vertreter des Projekts Operation Papyrus des Kantons Genf der Begleitgruppe an.

Das SEM organisierte zudem am 7. November 2019 einen «Runden Tisch», der eine Ausweitung der Diskussion von möglichen Lösungsansätzen mit Gewerkschaften und Hilfswerken ermöglichte. Neben den Mitgliedern der Begleitgruppe nahmen Vertreterinnen und Vertreter folgender Organisationen am «Runden Tisch» teil: Nationale Plattform zu den Sans-Papiers, Centre de contacts Suisses Immigrés (Genf), Centre social protestant (GE und VD), Solidarité Sans frontières, Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz (HEKS in ZH und GE), Schweizerisches Rotes Kreuz (BE), Caritas (LU und GE), UNIA (BE und GE), Syndicat interprofessionnel des travailleurs/travailleuses (GE), Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB), Schweizerischer Gewerbeverband (SGV), Schweizerischer Arbeitgeberverband (SAV) und die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und Volkswirtschaftsdirektoren (VDK). Die Ergebnisse dieser Gespräche und die von den Teilnehmenden geäusserten Meinungen sind in Ziffer 13 des Berichts ebenfalls enthalten. Sie werden den vorgeschlagenen Lösungsansätzen gegenübergestellt.

Das SEM hat weiter den kantonalen Migrationsbehörden über die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) einen Fragebogen zukommen lassen (vgl. Anhang 1). Das Ziel war es, die im Postulat enthaltenen Fragen genauer beantworten zu können und die Praxis der Kantone beim Datenaustausch, bei der Bearbeitung von Härtefallgesuchen, beim Zugang zu Schulbildung und zu öffentlichen Leistungen sowie bei der Erstellung von Statistiken in Erfahrung zu bringen. Die Antworten wurden ausgewertet. Sie werden bei den entsprechenden Themen im Bericht aufgeführt.

3 Sans-Papiers in der Schweiz

3.1 Begriffsbestimmung

Der Begriff «Sans-Papiers» wurde in den 1970er-Jahren durch die ersten sozialen Bewegungen zu diesem Thema in Frankreich geprägt. Er hat sich heute auch in der Wissenschaft und der Politik durchgesetzt. Im englischen Sprachraum sind die Begriffe « undocumented migrants » und « irregular migrants » geläufig.

Es handelt sich um einen politischen Begriff, der im nationalen oder internationalen Recht nicht näher definiert ist und der in zahlreichen unterschiedlichen Situationen angewendet wird.

Im Fall der Sans-Papiers handelt es sich genauer um «Ausländerinnen und Ausländer mit einem rechtswidrigen Aufenthalt». Der Begriff «Sans-Papiers» bedeutet nämlich nicht, dass sie keinen Reisepass oder keine anderen gültigen Reisepapiere besitzen. Es handelt sich um Personen, die nicht oder nicht mehr über eine gültige ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen.

Nach der allgemeinen Auffassung wird der Begriff «Sans-Papiers» wie folgt definiert und in zwei Kategorien aufgeteilt:

- *Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nie eine ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz besessen haben.*
- *Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nicht mehr eine ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz besitzen.*

Die beiden Kategorien umfassen insbesondere Personen, die rechtswidrig eingereist sind oder die nach Ablauf der Gültigkeit ihres Visums oder – bei einer Ausnahme von der Visumpflicht – nach Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts nicht aus der Schweiz ausgereist sind. Es kann sich aber auch um ausländische Personen handeln, die nach Ablauf der Gültigkeit ihrer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) oder nach einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) in der Schweiz geblieben sind.

Abgewiesene Asylsuchende, die die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme nicht erfüllen und die nicht freiwillig in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind oder die aufgrund ihres Verhaltens nicht dorthin ausgeschafft werden können, gehören ebenfalls zu den Sans-Papiers. Ihr Aufenthalt ist nach dem geltenden Recht rechtswidrig. Diese Personen sind den Behörden bekannt, wenn sie Nothilfe beziehen.

In der Praxis wird auf die beiden oben genannten Kategorien Bezug genommen, wenn von «Sans-Papiers» oder «Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt» die Rede ist.

Grundsätzlich fallen Angehörige der EU/EFTA-Staaten nicht in den Anwendungsbereich des Begriffs «Sans-Papiers», auch wenn diese Frage in der Praxis kontrovers diskutiert wird.³ Sie dürfen sich nämlich gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen in der Schweiz aufhalten, wenn sie erwerbstätig sind oder wenn sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe beanspruchen müssen. Zudem ist ein Krankenversicherungsschutz erforderlich, der sämtliche Risiken abdeckt. Grundsätzlich kann ihr Aufenthalt auch nachträglich geregelt werden, da die ausländerrechtliche Bewilligung bei Angehörigen der EU/EFTA-Staaten nur deklaratorischen Charakter hat.

Bei der Genfer Operation Papyrus (Ziff. 5), die eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers nach festgelegten Kriterien sowie eine Bereinigung des Arbeitsmarkts in Bezug auf die Beschäftigung von Sans-Papiers vorsah, wurde der Begriff «Sans-Papiers» enger gefasst: Abgewiesene Asylsuchende, die trotz eines rechtskräftigen negativen Asylentscheids in der Schweiz geblieben sind, waren vom Projekt ausgenommen. Die Operation Papyrus richtete sich ausschliesslich an Personen, die rechtswidrig in die Schweiz eingereist sind oder die nach Ablauf ihres Visums, des bewilligungsfreien Aufenthalts oder ihrer Aufenthaltsbewilligung nicht ausgereist sind.

Das vorliegende Postulat legt nicht näher fest, was unter dem Begriff «Sans-Papiers» zu verstehen ist. Unter Berücksichtigung der parlamentarischen Beratungen zu diesem Postulat, das eine «gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers» fordert, sind hier unter diesem Begriff alle Drittstaatsangehörigen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz zu verstehen. Dazu gehören auch

³ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 4.5, S. 1.

abgewiesene Asylsuchende, die die Schweiz nach Abschluss ihres Asylverfahrens nicht verlassen haben und die nicht in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat ausgeschafft werden können (siehe oben).

Diese Definition wurde auch im letzten Bericht des SEM zum Thema der Sans-Papiers verwendet, einschliesslich der abgewiesenen Asylsuchenden.⁴

3.2 Profil der Sans-Papiers in der Schweiz

Im Jahr 2015 hat das SEM den Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» veröffentlicht, der sich auf die Ergebnisse einer Studie des Beratungsbüros B,S,S stützt. Es war beauftragt, einerseits die Situation der Sans-Papiers in der Schweiz zu analysieren⁵ und andererseits eine aktuelle Schätzung der Anzahl der Sans-Papiers vorzunehmen (die letzte Schätzung stammte aus dem Jahr 2005).⁶ Die Ziffern 3.2 ff. beziehen sich namentlich auf diesen Bericht. Es handelt sich um die jüngste Studie auf nationaler Ebene, welche die Sans-Papiers soweit möglich zahlenmässig erfasst und Hinweise über deren Lebensweise in der Schweiz gibt. Dieser Bericht wurde auf der Grundlage von Gesprächen in verschiedenen Schweizer Kantonen⁷ und mit dem SEM verfasst. Dabei wurden Migrationsfachpersonen nach ihren Erfahrungen und Meinungen zur Thematik der Sans-Papiers befragt, die naturgemäss in keiner Statistik erfasst ist.

Auch auf kantonaler Ebene sind zwei Berichte zu erwähnen: der im März 2020 veröffentlichte Bericht des Kantons Zürich zu den im Kanton lebenden Sans-Papiers (Ziff. 4.4) und der Bericht über die Ergebnisse der Operation Papyrus im Kanton Genf, der in Ziffer 5.5 zusammengefasst wird.

3.2.1 Schätzungen zur Zahl der Sans-Papiers in der Schweiz

Je nach Schätzungsmethode liegt die Zahl der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers zwischen 58 000 und 105 000 Personen. Gemäss der Studie von 2015⁸ ist eine Annahme von 76 000 Personen am wahrscheinlichsten.

Die in einigen Kantonen⁹ geführten Gespräche haben gezeigt, dass in bevölkerungsreichen Kantonen und in urbanen Zentren mehr Sans-Papiers leben. Dies ist auf die Arbeitsmarktstruktur und die grössere Anonymität in den Städten zurückzuführen.

Eine informative Grösse, um die geografische Verteilung zu diskutieren, ist die Anzahl Sans-Papiers pro 1000 Einwohnerinnen und Einwohner. Die Kantone Graubünden und St. Gallen weisen mit 0,3 bzw. 1,0 den tiefsten Anteil Sans-Papiers pro 1000 Einwohner auf. Die höchsten Werte weisen die Kantone Genf mit 27, Basel-Stadt mit 22, Zürich mit 20 und Waadt mit 16 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner auf. Gleich hoch wird der Anteil Sans-Papiers in den Kantonen Aargau, Bern und Thurgau geschätzt, nämlich 3 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner. In den Kantonen Wallis und Tessin sind es je 2 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner. Der Durchschnitt über die zehn Kantone (ohne Freiburg) liegt bei 10 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner.

Die Anzahl Sans-Papiers in den im Jahr 2015 untersuchten Kantonen wird wie folgt geschätzt (beste Schätzung): Graubünden (60), St. Gallen (500), Genf (13 000), Basel-Stadt (4000), Zürich (28 000), Waadt (12 000), Aargau (2000), Bern (3000), Thurgau (800), Wallis (600), Tessin (600). Im Kanton Freiburg wurde die Zahl der Sans-Papiers auf insgesamt 20 000 Personen geschätzt, gemäss der Studie wird diese Schätzung jedoch als zu hoch erachtet.

⁴ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 4.

⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O.

⁶ Vgl. Longchamp, «[Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend](#)», gfs.bern, im Auftrag des Bundesamts für Migration, April 2005.

⁷ Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Wallis, Waadt und Zürich, vgl. Bericht a. a. O., S. 7.

⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 1; Gesamttabelle zur kantonalen Verteilung vgl. Tabelle Nr. 4, S. 23.

⁹ Untersuchungskantone: Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Wallis, Waadt und Zürich.

Die im Jahr 2015 geschätzte Gesamtzahl der Sans-Papiers liegt unter der Zahl, die in der Studie von 2005¹⁰ ermittelt wurde (90 000 Sans-Papiers). Der Unterschied zwischen diesen Werten könnte durch methodische Anpassungen zu erklären sein. Insbesondere die Tatsache, dass 2005 vor allem Kantone ausgewählt wurden, die einen hohen Anteil von Sans-Papiers an der Gesamtbevölkerung aufweisen, spielt eine entscheidende Rolle. Zudem wurden in einem Teil der Kantone die damaligen Schätzungen revidiert. Schliesslich wurden in der Studie von 2015 die Sans-Papiers aus dem EU/EFTA-Raum separat betrachtet, während sie in der früheren Studie gemeinsam mit den Sans-Papiers aus Drittstaaten ausgewiesen wurden.

3.2.2 Migrationsbiografie

Personen, die rechtswidrig oder als Touristen eingereist sind, stellen die grösste Gruppe von Sans-Papiers dar (etwa 63 % aller Sans-Papiers). Die anderen beiden untersuchten Gruppen, das heisst Personen mit einem negativen Asylentscheid und Personen, deren Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) abgelaufen ist (z. B. nach einer Scheidung) oder deren Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) widerrufen wurde, sind mit einem Anteil von 18 bzw. 19 Prozent ungefähr gleich stark vertreten. Dies sind naturgemäss nur Schätzungen.¹¹

In der letzten Zeit befasste sich die Eidgenössische Migrationskommission (EKM)¹² vertieft mit Personen, die nach Abschluss des Asylverfahrens weder als anerkannte Flüchtlinge noch als vorläufig Aufgenommene in der Schweiz bleiben dürfen und daher zur Ausreise verpflichtet sind. Zwischen zehn Prozent und einem Drittel der Sans-Papiers haben früher ein Asylverfahren durchlaufen. Zudem sind rund die Hälfte der 180 000 Asylsuchenden, die die Schweiz zwischen 2008 und 2017 verlassen mussten, «nicht kontrolliert» abgereist (88 000 Personen).¹³ Davon ist eine unbekannte Anzahl Personen in der Schweiz untergetaucht und ihr Aufenthalt ist rechtswidrig. Die Studie der EKM kommt zum Schluss, dass sich die Arbeitsmigration und das Asylverfahren auf doppelte Art verschränken: Weil die legale Einreise in die Schweiz für Arbeitsmigrierende aus visumpflichtigen Ländern fast unmöglich ist, stellen diese Personen ein Asylgesuch, um so in die Schweiz zu gelangen - und tauchen dann unter. Umgekehrt nutzt ein Teil der Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden, die Möglichkeiten des Arbeitsmarktes im Billiglohn-Sektor, um unterzutauchen, in der Schweiz zu bleiben und sich durch Schwarzarbeit den Lebensunterhalt zu verdienen. Die EKM hat sieben Empfehlungen formuliert, die sich an Politik und Verwaltung richten.¹⁴

Gemäss den für die Studie von 2015¹⁵ befragten Fachpersonen sind abgewiesene Asylsuchende, die den Behörden zumindest teilweise bekannt sind, in der Deutschschweiz stärker vertreten als in den Westschweizer Kantonen und im Tessin.

3.2.3 Herkunft der Sans-Papiers

Gesamtschweizerisch wird geschätzt, dass Sans-Papiers aus Zentral- oder Südamerika am häufigsten vertreten sind (42 %), gefolgt von Staatsangehörigen aus Europa (Nicht-EU/EFTA-Staaten 24 %), Afrika (19 %) und Asien (11 %). In den Kantonen Graubünden und Wallis weichen die Schätzungen stark von diesem Durchschnittsmuster ab: Die Fachpersonen gehen davon aus, dass hier rund 70 Prozent der Sans-Papiers aus Europa (ausserhalb des EU/EFTA-Raums) stammen.

¹⁰ Vgl. Longchamp a. a. O. und Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» a. a. O.

¹¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 36.

¹² Vgl. Bericht der Eidgenössischen Migrationskommission «Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven», Dezember 2019, verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Studien > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

¹³ Statistiken unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Statistiken > Asylstatistik > Übersichten > Asylstatistik, Übersicht Jahre.

¹⁴ Vgl. Empfehlungen der EKM in ihrem Bericht, a. a. O., verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Empfehlungen > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

¹⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 38.

Ähnlich wie Flüchtlinge aus Sri Lanka in den 1990er-Jahren die Saisoniers im Gastgewerbe in einem erheblichen Umfang ablösen, sind infolge der Wirtschafts- und Finanzkrisen in Lateinamerika Migrantinnen aus Ecuador, Bolivien, Peru und später Brasilien emigriert, um sich in der Privatwirtschaft oder im Care-Bereich zu betätigen. Hier wuchs die Nachfrage aus verschiedenen sozioökonomischen oder demografischen Gründen ständig (vgl. Ziff. 3.3). In Westschweizer Kantonen sind teilweise auch Migrantinnen aus den Philippinen oder anderen asiatischen Staaten in diesen Nischen tätig. Bei einer Mehrheit afrikanischer und asiatischer Sans-Papiers dürfte es sich um untergetauchte Asylsuchende handeln. Männer sind klar in der Überzahl; sie haben erfahrungsgemäss wesentlich grössere Schwierigkeiten, eine Stelle zu finden. Demgegenüber finden Lateinamerikanerinnen Beschäftigungsmöglichkeiten meist über bestehende soziale Netzwerke. Auch bei Sans-Papiers aus Europa (ausserhalb des EU/EFTA-Raums) dürfte es sich mehrheitlich um Männer aus dem Ausländer- wie auch dem Asylbereich handeln, die auf dem Bau, im Gastgewerbe und auch in der Landwirtschaft beschäftigt sind. Diese drei Sektoren setzen Saisoniers ein. Saisonarbeiten sind für Menschen aus anderen Kontinenten weniger praktikabel als für solche, die zwischen dem Herkunfts- und Arbeitsland hin und her reisen können. Dies dürfte auch erklären, weshalb in den Tourismuskantonen über zwei Drittel der Sans-Papiers, die mehrheitlich Männer sind, aus Süd- und Osteuropa stammen.¹⁶

3.2.4 Alter der Sans-Papiers

Im Jahr 2015 lebten rund zwei Drittel der Sans-Papiers ohne Kinder oder Ehegatte in der Schweiz. In den Tourismuskantonen und der Deutschschweiz liegt der entsprechende Anteil etwas höher (84 bzw. 80 %) und in der lateinischen Schweiz vergleichsweise tiefer (51 %).

Der Anteil der minderjährigen Sans-Papiers wird auf 12 Prozent geschätzt. 60 Prozent dürften zwischen 18 und 40 Jahre alt sein, die Zahl der über 40-jährigen Sans-Papiers wird auf 28 Prozent geschätzt. Einen auffallend höheren Anteil an Sans-Papiers zwischen 18 und 40 Jahren (80 %) weisen die beiden Kantone Graubünden und Wallis aus.

Im Vergleich zur Altersverteilung der ständigen Wohnbevölkerung sind weitaus mehr Sans-Papiers in der «mittleren» Alterskategorie zwischen 18 bis 40 Jahren zu finden, während es weniger Kinder und ältere Personen unter den Sans-Papiers gibt. Die grosse Mehrheit der Personen ohne Aufenthaltsbewilligung sind somit im erwerbsfähigen Alter. Dies lässt sich dadurch erklären, dass sie einerseits zur Arbeitssuche in die Schweiz kommen und hierbleiben, andererseits ist ohne Arbeit ein Aufenthalt in der Schweiz langfristig kaum möglich.

Zudem ist aus der einschlägigen Forschung bekannt, dass die Populationen neuer Migrationsbewegungen mit wenig gesichertem Aufenthalt generell jünger sind als die Wohnbevölkerung oder bereits etablierte Migrantengruppen. Allerdings zeigt sich seit einigen Jahren, dass mehr und mehr auch ältere Menschen in der Schweiz verbleiben, die wenig Aussicht haben, ihre Situation zu legalisieren. Dieser Trend ist in den Westschweizer Kantonen der Romandie bereits weiter fortgeschritten als in der Deutschschweiz, weil er vermutlich früher eingesetzt hat. Immer häufiger werden zudem Fälle der dritten Migrationsgeneration ohne Aufenthaltsberechtigung bekannt.¹⁷

3.2.5 Ausbildung

Die Angaben in Bezug auf den Bildungsstand der Sans-Papiers sind gemäss der Studie von 2015 mit einer hohen Unsicherheit gekennzeichnet. Die Meinungen gehen weit auseinander, auch innerhalb der Kantone. Durchschnittlich verfügen 22 Prozent der Sans-Papiers über einen Hochschulabschluss. Weitere 41 Prozent haben nur die obligatorische Schule abgeschlossen und weisen keine weiterführende Ausbildung aus. Der Anteil dieser Geringqualifizierten wird in der Deutschschweiz höher eingeschätzt als in der lateinischen Schweiz. Ob dieser Umstand auf ein unterschiedliches Profil

¹⁶ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 40 ff.

¹⁷ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 43.

der Sans-Papiers oder ihre Wahrnehmung durch die Befragten zurückzuführen ist, kann nicht beantwortet werden.

Er könnte aber damit zusammenhängen, dass in der Romandie ein grösserer Anteil der Betroffenen mit dem Motiv einreist, eine Arbeit aufzunehmen, wodurch eine adäquate Qualifikation an Bedeutung gewinnt. Beim Anteil der Sans-Papiers mit einer Hochschulbildung ist zwischen den verschiedenen Untersuchungsregionen hingegen nur geringe Varianz auszuweisen: Gemäss Expertenschätzungen verfügt einer von vier oder fünf Sans-Papiers über eine tertiäre Ausbildung.

Die hohe Unsicherheit bezüglich der Ausbildung von Sans-Papiers hängt teilweise auch damit zusammen, dass viele von ihnen Tätigkeiten ausüben, für die sie nach gängigen Vorstellungen überqualifiziert sind. Den Beratungsstellen und den Arbeitgebenden ist ihre Ausbildung jedoch kaum bekannt. So kommt es ab und zu vor, dass Frauen mit Hochschulabschluss in Haushalten tätig sind. Unter den meist jungen Asylsuchenden und den Saisonarbeitenden haben viele bloss eine obligatorische Schulbildung hinter sich, weil sie sich auf die Flucht machten oder bereits früh Geld verdienen mussten.¹⁸

3.3 Mögliche Ursachen von Schwarzarbeit

Die Bekämpfung der Schwarzarbeit steht seit Jahrzehnten auf der politischen Agenda in der Schweiz. Insgesamt bestehen jedoch wenige wissenschaftliche Analysen zur Thematik der Schattenwirtschaft und der Schwarzarbeit in der Schweiz. Schwarzarbeit lässt sich naturgemäss nicht genau in Zahlen fassen, da sie sich den offiziellen Statistiken entzieht und keine eigentliche Definition von Schwarzarbeit besteht. Folglich sind auch Aussagen zu den Gründen, den Folgen und dem Ausmass der Schwarzarbeit in der Schweiz schwierig.

In der Schweiz wird unter Schwarzarbeit eine üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte selbstständige oder unselbstständige Arbeit verstanden, die als Tätigkeit an sich legal ist, bei deren Ausübung aber gegen Rechtsvorschriften verstossen wird. Gemäss dem BGSA¹⁹ liegt Schwarzarbeit vor, wenn die im Ausländer-, Sozialversicherungs- und Quellenbesteuerungsrecht vorgesehenen Melde- und Bewilligungspflichten verletzt werden.²⁰

Faktoren der Emigration

Dass eine Mehrheit der Sans-Papiers nicht Schutzsuchende sind, sondern vor allem aus wirtschaftlichen Gründen auswandern, ist durch verschiedene Studien gut belegt.²¹ Ökonomische «Push-Faktoren» im Herkunftsland wie Perspektivenlosigkeit, hohe Arbeitslosigkeit, Stagnation, Armut, grosse wirtschaftliche Ungleichheiten sowie schlechte Lebensbedingungen werden oft als Auswanderungsgründe genannt. Andererseits bestehen auch «Pull-Faktoren» im Zusammenhang mit dem Einwanderungsland wie das hohe Konsumationsniveau, bessere Zukunftsperspektiven oder ein hoher Bedarf an Arbeitskräften. Politische (Krieg, Verfolgung, Gewalt) oder persönliche Gründe (Gewalt im Nahraum, geschlechtsspezifische Diskriminierung, Homosexualität, Heirat, Familiennachzug, Attraktivität unseres Staatssystems, das auf Freiheit, Emanzipation und

¹⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 44 ff.

¹⁹ **SR 822.41**

²⁰ Vgl. Bericht 2019 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), «Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit», S. 10, verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Berichte des SECO über den Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA).

²¹ Vgl. Claude Longchamp, Aebersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia «Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend». Schlussbericht im Auftrag des Bundesamtes für Migration, gfs, Bern, S. 38 und Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 5.1, S. 38, der sich auch auf andere Publikationen bezieht, die zu ähnlichen Ergebnissen kommen.

Geschlechtergleichheit beruht) scheinen beim Auswanderungsentscheid nur eine untergeordnete Rolle zu spielen.²²

Faktoren, die Schwarzarbeit begünstigen können

Nach Ansicht einiger Autoren wird irreguläre Migration in erster Linie durch die Nachfrage nach billigen, flexiblen Arbeitskräften gesteuert. Es sei belegt, dass primär die Nachfrage im Rahmen der Schattenwirtschaft illegale Einwanderung auslöse, und nicht etwa umgekehrt illegale Einwanderung Schwarzarbeit hervorrufe.²³

Der Bedarf an gering qualifizierten und flexiblen Arbeitskräften lässt sich im Wesentlichen durch wirtschaftliche Bedürfnisse wie die Ausübung einfacher oder repetitiver Arbeiten erklären. Zudem führt das wachsende Interesse der in der Schweiz lebenden Personen an hoch qualifizierten Arbeitsplätzen gleichzeitig zu einer gewissen Lücke im Arbeitsangebot für weniger qualifizierte Stellen.²⁴ Diese wenig geschätzten Arbeitsplätze sind mehrheitlich von gering qualifizierten ausländischen Staatsangehörigen, sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten, und von Sans-Papiers besetzt. Sans-Papiers fallen in der Regel in diese Kategorie.

Die Migrationsfachpersonen, die für den Bericht über die Sans-Papiers von 2015 befragt wurden, bestätigen diese Erkenntnisse. Die Anstellung von Sans-Papiers in Privathaushalten scheine durch den Mangel an Tagesschulen und Krippenplätzen – insbesondere auch für Alleinerziehende oder Eltern mit unregelmässigen Arbeitszeiten – und durch die zunehmende Auslagerung von Pflegeleistungen für kranke Menschen beeinflusst zu sein. Gemäss den Fachpersonen kommt den Privathaushalten bei der Branchenverteilung eine bedeutende Rolle zu: Jeder zweite Sans-Papiers arbeitet in einem Privathaushalt.²⁵

Die Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge sowie das Ausmass staatlicher Regulierungen und Vorschriften (Regeldichte) gehören ebenfalls zu den Hauptfaktoren, die Anreize setzen können, Arbeiten «schwarz» zu verrichten. Auch haben Studien gezeigt, dass die Qualität staatlicher Institutionen dabei einen wesentlichen Einfluss auf die Schwarzarbeit haben kann. So sind Steuerzahler eher bereit, Steuern zu entrichten, wenn sie dafür eine qualitativ hochstehende Gegenleistung erhalten und dabei von einer hohen Rechtssicherheit profitieren. Theoretisch dürften auch die Höhe der Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit, kontrolliert zu werden, das Ausmass der Schwarzarbeit beeinflussen. Um gegen Schwarzarbeit vorzugehen, hat das BGSA ein vereinfachtes Verfahren zur Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern sowie Kontroll- und Sanktionsmechanismen eingeführt.²⁶

Mögliche Gründe für die Beschäftigung von Sans-Papiers

In der Schweiz arbeiten Sans-Papiers vor allem in der Hotellerie und Gastronomie, im Baugewerbe, in der Landwirtschaft, im Gesundheitswesen und in der Pflege sowie in Privathaushalten.²⁷ Die meisten von ihnen arbeiten «schwarz», das heisst ohne Aufenthaltsbewilligung und ohne Sozialversicherungsbeiträge oder Quellensteuern zu bezahlen. Eine zahlenmässig kaum bestimmbare

²² Vgl. Claude Longchamp, Aebersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia, a. a. O., S. 41 und sinngemäss Roswitha Petry «La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'homme et droits suisse des migrations», Schulthess, 2013, S. 5.

²³ Vgl. Denise Efonyi-Mäder, Silvia Schönenberger und Ilka Steiner (2010) «Leben als Sans-Papiers in der Schweiz». Entwicklungen 2000-2010, Eidgenössische Migrationskommission, Ziff. 7.1.4, S. 58.

²⁴ Vgl. «16. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU» vom 29. Juni 2020 auf S. 71, verfügbar unter: www.seco.admin.ch.

²⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Ziff. 6.1, S. 46.

²⁶ Vgl. Bericht 2017 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) «Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit», S. 13, verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Berichte des SECO über den Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA).

²⁷ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Ziff. 6.1, S. 49.

Anzahl Sans-Papiers arbeitet «grau», da sie zwar keine Aufenthaltsbewilligung besitzen, aber Sozialversicherungsbeiträge und/oder Quellensteuern bezahlen.

Letztlich entscheiden die Arbeitgebenden über die Erwerbsform (Schwarz- oder Grauarbeit), denn ihnen obliegt die Pflicht, Sozialversicherungs- und Steuerabzüge vorzunehmen. Aus Sicht der Arbeitgebenden spielen die Arbeitskosten insofern eine Rolle bei der Anstellung von Sans-Papiers, als damit beträchtliche Einsparungen bei den Sozialabgaben und beim Stundenlohn möglich sind. Es ist zweifellos einfacher, einem Sans-Papiers einen unter dem Marktniveau liegenden Lohn anzubieten als einer Person mit rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz einen solchen Lohn aufzuzwingen.²⁸ Vermutlich melden einige Arbeitgebende insbesondere im Hauswirtschaftsbereich ihre Angestellten auch deshalb nicht an, weil sie nicht wissen, wie sie dabei vorgehen müssen – auch wenn die Einführung des vereinfachten Abrechnungsverfahrens ein grosser Erfolg war und von immer mehr Arbeitgebenden genutzt wird.

Aus Sicht der Sans-Papiers hängt der Auswanderungsentscheid oft mit der wirtschaftlichen Situation sowohl im Herkunftsland (fehlende wirtschaftliche Perspektiven, hohe Arbeitslosigkeit usw.) als auch im Aufenthaltsland (hohes Konsumniveau, bessere wirtschaftliche Zukunftsperspektiven usw.) zusammen. Die Schweiz kennt ein duales Zulassungssystem, das Kontingente für qualifizierte Arbeitskräfte aus Drittstaaten vorsieht. Das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)²⁹ macht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz namentlich davon abhängig, dass die gesuchstellende Person über eine Wohnung verfügt und die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Dies setzt wiederum den Abschluss eines Arbeitsvertrags vor der Einreise in die Schweiz voraus. Sans-Papiers aus Drittstaaten erfüllen diese Zulassungskriterien in der Regel nicht. Somit ist anzunehmen, dass sich diese Personen unmittelbar nach ihrer Ankunft in der Schweiz auf die Stellensuche machen, um ihre Grundbedürfnisse zu befriedigen. Denn jeder kurz- oder längerfristige Aufenthalt in einem Land ist mit Kosten verbunden und setzt voraus, dass genügende finanzielle Mittel vorhanden sind. Es ist allgemein bekannt, dass Sans-Papiers und ihre Arbeitgebenden wegen des rechtswidrigen Aufenthalts keinen Kontakt zu den Behörden wünschen. Deshalb melden sich Sans-Papiers meistens nicht bei den Sozialversicherungen oder Ausgleichskassen an, wenn sie eine Stelle gefunden haben. Dies gilt auch für den Kontakt mit den Migrationsbehörden, weil sie befürchten, dass ihr illegaler Aufenthaltsstatus bekannt wird und sie von der Schweiz weggewiesen werden.

3.4 Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs

Abgewiesene Asylsuchende und Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt sind verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Mit der Wegweisungsverfügung ist grundsätzlich eine angemessene Ausreisefrist anzusetzen (Art. 64d AIG). Für den Wegweisungsvollzug sind die Kantone zuständig. Nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung kann die zuständige kantonale Behörde die ausländische Person verpflichten, sich regelmässig bei einer Behörde zu melden, eine angemessene finanzielle Sicherheit zu leisten oder ihre Reisedokumente zu hinterlegen (Art. 64e AIG). Je nach Stand des Verfahrens kann sie verschiedene Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung der Wegweisungsverfügung anordnen (Ein- und Ausgrenzung oder Vorbereitungshaft, vgl. Art. 73 ff. AIG). Wenn die von einer Wegweisungsverfügung betroffene Person die Schweiz nicht freiwillig verlässt, kann sie zwangsweise ausgeschafft werden. Das SEM leistet der kantonalen Behörde administrative Unterstützung beim Wegweisungsvollzug, namentlich durch die Zusammenarbeit bei der Beschaffung von Reisedokumenten oder der Reiseorganisation sowie durch die Koordination zwischen den betreffenden Kantonen und dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (Art. 71 AIG).

²⁸ Vgl. diesbezüglich Denise Efionayi-Mäder, Silvia Schönenberger und Ilka Steiner (2010) «Leben als Sans-Papiers in der Schweiz», a. a. O., S. 59.

²⁹ SR 142.1

Der Vollzug der Wegweisungsentscheide bei Ausländerinnen und Ausländern mit rechtswidrigem Aufenthalt ist auch ein wichtiges Element der Ausländer- und Asylpolitik des Bundesrats. Er ergreift die notwendigen Massnahmen, um diesen Vollzug sicherzustellen. Die Schweiz hat mit zahlreichen Ländern Rückübernahmeabkommen und Migrationspartnerschaften abgeschlossen. In der Antwort zur Interpellation Müller (18.3809) «Schwierige Ausschaffungen. Was macht der Bundesrat?» hat der Bundesrat festgehalten, dass die internationale Zusammenarbeit im Rückkehrbereich im Allgemeinen gut funktioniert. Dies gilt auch für zahlreiche Staaten, mit denen kein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen wurde. Dennoch gestaltet sich die Zusammenarbeit mit einzelnen Staaten schwierig. Der Bundesrat ergreift alle möglichen Massnahmen, die für eine verbesserte Zusammenarbeit erforderlich sind.

Wie in Ziffer 3.2.2 erwähnt, stammt die Mehrheit der Sans-Papiers aus Süd- oder Mittelamerika (42 %) oder aus europäischen Ländern, die nicht der EU/EFTA angehören (24 %). Obwohl die Schweiz mit Brasilien und Kolumbien kein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen hat, bestehen bisher keine besonderen Schwierigkeiten bei der zwangsweisen Rückführung in diese Staaten. Dies gilt auch für die erwähnten europäischen Staaten, mit denen die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich sehr gut funktioniert. Eine freiwillige Rückkehr ist auf jeden Fall immer möglich.

Bei Sans-Papiers aus Afrika und Asien handelt es sich überwiegend um abgewiesene Asylsuchende, die in der Schweiz untergetaucht sind.³⁰ Auch mit den Herkunftsstaaten aus diesen beiden Regionen funktioniert die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich im Allgemeinen gut. Mit einzelnen Staaten bestehen hier jedoch Schwierigkeiten. Die Schweiz führt mit ihnen einen regelmässigen Migrationsdialog, um Verbesserungen im Rückkehrbereich zu erzielen. So konnte beispielsweise die Zusammenarbeit mit Äthiopien, die über Jahre hinweg komplett blockiert war, im Januar 2019 rechtlich geregelt werden.

3.5 Politische Vorstösse auf Bundesebene

Die Thematik des rechtswidrigen Aufenthalts wurde insbesondere aktuell, als sich die langfristigen Folgen der Saisonierpolitik der 1980er- und 1990er-Jahre bemerkbar machten (z. B. bezüglich der versteckten Kinder von Saisoniers). Dies löste bereits in den 1990er-Jahren einzelne politische Vorstösse aus. Doch erst die Mobilisierung der Sans-Papiers im Jahr 2001 (Besetzung von Kirchen in verschiedenen Schweizer Städten und Kantonen, unter anderem durch abgewiesene Asylsuchende)³¹ führte dazu, dass sich die Bundespolitik verbreitete mit dem rechtswidrigen Aufenthalt und der illegalen Erwerbstätigkeit befasste. In jüngerer Zeit wurden weitere Themen wie der Zugang von Sans-Papiers zu einer Berufslehre (ab 2008) und zu den Sozialversicherungen (ab 2009) oder die Operation Papyrus im Kanton Genf im Parlament vorgebracht.

3.5.1 Aufenthaltsregelung und Operation Papyrus

Zwischen 1997 und 2001 zielten die parlamentarischen Vorstösse in erster Linie auf eine kollektive Regularisierung der Sans-Papiers ab. Die Motion Fankhauser (97.3577) « Amnestie für Papierlose » wurde 1999 eingereicht und von 111 Parlamentarierinnen und Parlamentariern mitunterzeichnet. Sie wurde als Postulat überwiesen, um die unterschiedliche Praxis der Kantone bei der Regelung von Härtefällen zu prüfen. Es folgten zahlreiche weitere parlamentarische Vorstösse zur kollektiven Regularisierung von Sans-Papiers, darunter die Interpellation Hubmann (00.3370) « Regularisierung der Sans-Papiers » und die Motion Zisyadis (01.3149) « Aufenthaltsbewilligung für Papierlose in der Schweiz ». In den Jahren 2001 und 2004 nahm das Parlament auch von der Petition « Regularisierung der Papierlosen » des Zürcher Regionalkomitees (01.2011) zur Kenntnis, ohne ihr Folge zu geben. Die Petition forderte einen Rechtsrahmen für die Regularisierung von Sans-Papiers. Die Motion Barthassat (10.3762) « Legalisierung des Aufenthalts der Sans-Papiers. Einführung der Verjährung im

³⁰ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 41.

³¹ Zunächst in den Westschweizer Kantonen FR, VD und NE, im späteren Jahresverlauf auch in den Städten Basel, Bern und Zürich.

Ausländergesetz » wollte im AIG eine Bestimmung einführen, wonach Ausländerinnen und Ausländer nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer eine Bewilligung beantragen können. Sie wurde abgelehnt. Die Motion Romano (12.3212) « Änderung von Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b des Ausländergesetzes. Härtefälle », die eine konkretere Formulierung dieser Bestimmung verlangte, wurde ebenfalls abgelehnt. Aufgrund der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus wurde auch eine Motion für eine kollektive Regularisierung eingereicht (Motion Prezioso Batou (20.3339) « Generelle Legalisierung von Sans-Papiers und garantierter Zugang zu Sozialhilfe für die ganze Bevölkerung », siehe unten).

Die Operation Papyrus im Kanton Genf hat ebenfalls zu mehreren Vorstössen geführt. Dazu gehören zum Beispiel die Motion der SVP (17.3099) « Aufenthaltsbewilligungen für Sans-Papiers. Schluss mit der Genfer Praxis » (abgelehnt); die Fragen von Frau Nationalrätin Amaudruz (17.5000, 17.5009 und 17.5010), die sich in erster Linie mit den Bedingungen für diese Operation befassen sowie die parlamentarische Initiative der SVP (17.414) « Die Illegalität ist kein Härtefall », die die Festlegung der Härtefallkriterien im Gesetz und Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen in solchen Fällen forderte und der die SPK-N gemäss Beschluss vom 13. April 2018 keine Folge gab. Zwei Fragen befassen sich mit den Ergebnissen der Operation Papyrus (20.5072 und 20.5073) « Sans-papiers. Operation Papyrus (1 und 2) ». Sie beziehen sich auf die Haltung des SEM zu den Dossiers von Sans-Papiers, die kein Gesuch im Rahmen der Operation Papyrus eingereicht haben oder die nicht regularisiert worden sind. Die Interpellation Amaudruz (20.3775) « Papyrus. Vertrauen oder Versagen? » verlangt angesichts der bekannt gewordenen Betrugsfälle vom Bundesrat Auskunft darüber, wie der Kanton Genf und die Bundesbehörden die Gesuche um Härtefallbewilligungen behandelt haben.

Die Motion der SGK (18.3005) « Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers » wurde von der SGK-N am 17. Mai 2018 zurückgezogen, nachdem die SPK-N das Postulat (18.3381) « Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers » eingereicht hat, auf dem der vorliegende Bericht beruht. Am 12. Juni 2018 wurde dieses Postulat an den Bundesrat überwiesen. Die Fraktion der SVP hat die Motion (18.3421) « Für eine kohärente Praxis bei illegalen Einwanderern (Sans-Papiers) » eingereicht, die vom Bundesrat die Vorlage von Gesetzesänderungen in Anlehnung an die oben erwähnte Motion der SGK (18.3005) verlangt (beschränkter Zugang zu Sozialversicherungen, verschärfte Strafnormen, verstärkter Datenaustausch zwischen den verschiedenen Akteuren). Die Motion der Fraktion der SVP wurde am 19. Juni 2020 abgeschrieben.

Der Bundesrat hat sich stets gegen eine kollektive Regularisierung von Sans-Papiers und für eine Einzelfallregelung ausgesprochen. Er war auch immer der Ansicht, dass die im AIG und in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) genannten Kriterien ausreichend sind, um Härtefälle zu regeln. Dies geht auch aus den parlamentarischen Beratungen zur Schaffung des Ausländergesetzes hervor, das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist.

Das Thema der City-Card für Sans-Papiers (Ziff. 6.3) wurde im Rahmen einer Interpellation von Nationalrat Hess (19.3933) « Verstossen City-Cards gegen geltendes Recht? » eingebracht (noch nicht behandelt). In seinen Antworten auf die Frage von Nationalrat Rutz (18.5587) « Legalisierung illegal anwesender Ausländer auf kommunaler Ebene » und die Interpellation Quadri (19.4545) mit dem Titel: « Missachtung des Gesetzes und des Volkswillens. Die Eidgenössische Migrationskommission will den illegalen Aufenthalt von abgewiesenen Asylsuchenden legalisieren » hat der Bundesrat festgehalten, dass die Gemeinden und die Kantone keine Kompetenz haben, den Aufenthalt von Sans-Papiers nach eigenen Bestimmungen durch die Abgabe eines Ausweises wie einer City-Card verbindlich zu regeln.

Die Auswirkungen der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus auf die Sans-Papiers wurde auch in der ausserordentlichen Session vom 4. bis 8. Mai 2020 in zahlreichen parlamentarischen Vorstössen thematisiert. Die Motion Roduit (20.3446) « Situation der Menschen ohne rechtlich geregelten Status berücksichtigen », die Motion Baume-Schneider (20.3420) « Situation der Menschen ohne rechtlich geregelten Status berücksichtigen » und die Interpellation Marra (20.3298) « Welche Hilfe erhalten Sans-Papiers während der Covid-19-Krise? » schlagen vor, dass

der Bundesrat einen Hilfsfonds für Sans-Papiers einrichtet, um die finanziellen Folgen dieser Krise zu mindern. Die Motion Prezioso Batou (20.3339) « Generelle Legalisierung von Sans-Papiers und garantierter Zugang zu Sozialhilfe für die ganze Bevölkerung » fordert eine kollektive Regularisierung der Sans-Papiers, damit diese einen besseren Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen und Zugang zur Sozialhilfe erhalten. Und schliesslich befassen sich die Interpellationen Prezioso Batou (20.3338) « Im Interesse der gesamten Bevölkerung soll der Zugang zu den Leistungen der Gesundheitsversorgung und zu den Sozialleistungen für alle Menschen sichergestellt sein » und Arslan (20.3390) « Verarmungswelle in der Schweiz muss verhindert werden » mit dem Zugang der Sans-Papiers zu Leistungen im Gesundheitswesen und anderen Leistungen, die aufgrund der Gesundheitskrise gewährt werden. Die Interpellation Geissbühler (20.3472) « Wer Sans-Papiers beschäftigt, macht sich strafbar », die noch nicht behandelt wurde, enthält Fragen an den Bundesrat zur illegalen Beschäftigung und deren Folgen. Die Sozialdemokratische Fraktion hat eine dringliche Interpellation (20.3474) « Würdige Arbeitsbedingungen für Haushaltshilfen » eingereicht, die vom Bundesrat Auskunft verlangt über die Bedingungen für die in Privathaushalten beschäftigten Personen während der Gesundheitskrise (erledigt).

Zudem hat der Nationalrat das Postulat Nantermod (19.3651) « Für eine Zuwanderungsregelung, die den Bedürfnissen der Schweiz entspricht » angenommen. Es beauftragt den Bundesrat, in einem Bericht die verschiedenen Varianten für ein besseres System zur Regelung der Zuwanderung aus Drittstaaten zu prüfen. Optionen sind gemäss dem Postulat eine Verbesserung des heute geltenden Kontingentsmodells oder der Ersatz dieses Modells durch ein System, das stärker auf die Bedürfnisse der Wirtschaft ausgerichtet ist. Dies insbesondere in Branchen, in denen ein Mangel an einheimischen Arbeitskräften herrscht. Der Bundesrat wird diesen Bericht bis am 3. März 2022 verabschieden (Art. 124 ParlG).

3.5.2 Zugang von Sans-Papiers zu Schulbildung und Berufslehre

Vor 2008 haben sich die Politik und die Öffentlichkeit nur sporadisch mit diesem Thema befasst. Zu erwähnen sind namentlich die Interpellation Glasson (01.3497) « Zukunft der Kinder rechtswidrig anwesender Ausländer » und die Frage Bühlmann (01.5157) « Fehlende Berufsperspektiven für Kinder von «sans-papiers» ».

Die Annahme der Motion Barthassat (08.3616) « Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen » durch das Parlament war ein Wendepunkt in diesem Bereich. Die massgebende Verordnung wurde mit einer Bestimmung ergänzt, die die Voraussetzungen für die Absolvierung einer Berufslehre durch Sans-Papiers festlegt (Art. 30a VZAE). Dieser Artikel trat am 1. Februar 2013 in Kraft. Das gleiche Ziel verfolgten die Standesinitiativen der Kantone Neuenburg (10.318) « Berufslehre für Sans-Papiers », Jura (10.330) « Zugang zur Berufslehre für Jugendliche ohne Rechtsstatus » und Basel-Stadt (10.325) « Zugang zu Lehrstellen für Sans-Papiers » sowie die Motion Perrinjaquet (10.3375) « Jugendliche Sans-Papiers. Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts ». Sie wurden aufgrund der Annahme der oben erwähnten Motion Barthassat abgelehnt. In der Antwort auf die Frage Bea Heim (14.5221) « Jugendliche Sans-Papiers » nahm der Bundesrat Stellung zur Anzahl der Gesuche, die nach Inkrafttreten der neuen Bestimmung eingereicht wurden.

3.5.3 Zugang zu den Sozialversicherungen

Das im Jahr 2009 eingereichte Postulat Heim (09.3484) « Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung » beauftragte den Bundesrat, einen Bericht zur Problematik der Krankenversicherung und des Zugangs von Sans-Papiers zur Gesundheitsversorgung auszuarbeiten. In seinem Bericht hielt es der Bundesrat für angebracht, dass alle Sans-Papiers versichert sind. Mit der Interpellation Heim (09.4122) « Menschenwürde für Papierlose » und der dringlichen Anfrage Goll (10.1053) « Krankenversicherung. Wird das Obligatorium ausgehöhlt? » wurden weitere Vorstösse im Parlament eingereicht. Diese beauftragen den Bundesrat, die Situation von Sans-Papiers zu prüfen und deren Zugang zur Krankenversicherung und Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. In seiner Antwort auf die Motion Kuprecht (10.3203) « Aufhebung der KVG-Grundversicherungspflicht für

Sans-Papiers », die vom Parlament abgelehnt wurde, hält der Bundesrat fest, dass Sans-Papiers nicht von der Krankenversicherung auszuschliessen sind. Der Grundsatz der Krankenversicherung von Sans-Papiers wurde auch in den Antworten zu verschiedenen Vorstössen vertreten, so in der Motion Stahl (13.4093) und in den Anfragen Geissbühler (12.5238) und Carobbio (14.1104). Die parlamentarische Initiative Reimann (12.484), wonach bestimmte Personengruppen nicht mehr obligatorisch versichert werden sollen, wurde ebenfalls abgelehnt. Auch die Motion (12.3942), in welcher der gleiche Motionär forderte, dass Sans-Papiers keine KVG-Prämienverbilligung erhalten sollen, wurde abgelehnt.

Zu erwähnen sind auch die Vorstösse, die sich mit dem Zugang von Sans-Papiers oder anderen Ausländergruppen zu den Sozialversicherungen befassen: beispielsweise die Motion SVP (12.3819) « Asylwesen. Gesundheitsversorgung ausserhalb des KVG sicherstellen » (abgelehnt); die Motion Brand (12.3820) « Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern », wonach Nothilfebezüger im Krankheitsfall von den zuständigen kantonalen Behörden zur absoluten Mindestversorgung an einen Arzt verwiesen werden sollen (abgelehnt); die parlamentarische Initiative Giezendanner (16.467) « Keine Versicherungspflicht für illegale Aufenthalter » (zurückgezogen); die Motion Flückiger (17.3535) « Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht » (abgeschrieben); das Postulat de Courten (17.3483) « Massnahmen zur Senkung der Prämienlast in der obligatorischen Krankenversicherung. Gesundheitskosten im Asyl- und Flüchtlingswesen zulasten des Bundes » (abgeschrieben). Zu nennen sind auch die Interpellation Steinmann (18.3125) « Übersicht über die Leistungen zulasten der Allgemeinheit, die illegal Anwesende beziehen können » und die Motion SGK-N (18.3005) « Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers », die am 18. Mai 2018 zurückgezogen wurde zugunsten des Postulats der SPK-N (18.3381), das diesem Bericht zugrunde liegt.

Wie bereits im Kapitel zur Aufenthaltsregelung und zur Operation Papyrus erwähnt (Ziff. 3.5.1), wurden infolge der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht, die sich namentlich mit dem Zugang von Sans-Papiers zur Gesundheitsversorgung und mit deren pandemiebedingten Situation befassen.

3.5.4 Datenaustausch zwischen den Behörden

Im Bericht vom 22. Oktober 2010 in Erfüllung des Postulats Lustenberger (07.3682) « Erleichterter Datenaustausch zwischen Bundes- und Kantonsbehörden » hat der Bundesrat das EJPD beauftragt, zusammen mit dem EDI und dem EVD zu prüfen, ob die Asyl- und Ausländerbehörden zu informieren sind, wenn bestimmte Personen ohne gültige Aufenthaltsbewilligung Sozialversicherungsbeiträge bezahlen oder Leistungen der Sozialversicherungen beziehen. Die im Jahr 2010 eingereichte Motion Wehrli (10.3206) « Personenkontrolle. Effizienter Datenzugriff der Sozialversicherungen » (abgeschrieben) ging in die gleiche Richtung. Die Motionen Hess (18.4209) « Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler » und Brand (18.3765) « Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern » wurden vom Parlament angenommen. Sie streben einen vereinfachten Datenaustausch zwischen den Krankenversicherern und den Kantonen an.

3.5.5 Scheinehen

Die parlamentarische Initiative Brunner (05.463) « Scheinehen unterbinden » hatte eine wichtige Änderung zur Folge. Sie bezweckte, die Heirat von Ausländerinnen und Ausländern ohne Aufenthaltsbewilligung zu verhindern. Die entsprechenden Gesetzesänderungen traten im Jahr 2011 in Kraft (namentlich Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs, ZGB).

3.6 Situation der Sans-Papiers während der Coronapandemie

Die Mehrheit der Sans-Papiers sind keine Schutzsuchende; ihre Einreise erfolgte im Hinblick auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Sie sind hauptsächlich in der Hauswirtschaft, im Gastgewerbe oder auf dem Bau tätig (vgl. Ziff. 3.2 und 3.3). Die Gesundheitskrise aufgrund des Coronavirus und die

erforderlichen Schutzmassnahmen (v. a. der Lockdown) haben dazu geführt, dass viele Schweizerinnen und Schweizer, rechtmässig in der Schweiz anwesende Ausländerinnen und Ausländer sowie Sans-Papiers ihre Arbeitsstelle verloren haben. Die wirtschaftliche Situation hat sich allgemein verschlechtert. Dies gilt insbesondere für jene Menschen, die bereits vor dieser Krise Mühe hatten, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.

Die Situation der Sans-Papiers hat zu verschiedenen politischen Vorstössen auf Bundesebene geführt. Sie zielen insbesondere darauf ab, dass Sans-Papiers zusätzlich zu ihrem bestehenden Anspruch auf Nothilfe bei Bedarf auch finanzielle Leistungen oder einen erweiterten oder kostenlosen Zugang zur Gesundheitsversorgung (vgl. Ziff. 3.5) erhalten. Zahlreiche Hilfsorganisationen haben solche Massnahmen ebenfalls unterstützt. Sie haben zum Teil Lebensmittel an bedürftige Migrantinnen und Migranten verteilt oder Geld bereitgestellt, um den negativen Folgen der Krise entgegenzuwirken.

Im April 2020 haben rund 30 Organisationen aus dem Kanton Waadt einen offenen Brief mit einem Hilferuf an die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gerichtet. Ihr Anliegen war eine Ausweitung der besonderen Unterstützung für Schweizerinnen und Schweizer sowie ausländische Personen mit rechtmässigem Aufenthalt auch auf die Sans-Papiers. Die Stadt Bern hat sich namentlich an der Finanzierung eines Fonds beteiligt, der von einer Unterstützungsgruppe für Sans-Papiers geschaffen wurde und der die Sans-Papiers während der Krise finanziell unterstützen soll.

Die Stadt Zürich stand schon zu Beginn der Pandemie in Kontakt mit zahlreichen Akteuren der Zivilgesellschaft, um die Lücken bei der sozialen Absicherung der Bevölkerung zu schliessen. Dies erfolgte mit städtischen Angeboten oder durch die finanzielle Unterstützung entsprechender Organisationen. Die dafür bereitgestellten finanziellen Mittel stammen aus Vermächtnissen und sind zweckgebunden. Ihre Verwaltung erfolgt durch das Sozialdepartement.

Der Genfer Staatsrat verabschiedete am 25. Mai 2020 den Entwurf eines dringlichen und auf zwei Monate befristeten Gesetzes, das Personen, die aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Verdienstaufschlag erlitten haben, unterstützen soll. Diese Hilfe in Form einer zeitlich begrenzten Einmalentschädigung soll den Verdienstaufschlag zu 80 Prozent ausgleichen. Sie richtet sich an alle Personen, die seit mindestens einem Jahr in Genf wohnen und in den drei Monaten vor Inkrafttreten der kantonalen Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus erwerbstätig waren; dies unabhängig von der Art der Erwerbstätigkeit, der beruflichen Stellung oder dem Rechtsstatus. Das Referendum gegen dieses Gesetz ist am 14. September 2020 abgelaufen.

Vom 2. Mai bis zum 6. Juni 2020 verteilten die Caravane de la Solidarité und ihre Partner aus Organisationen und staatlichen Stellen einmal pro Woche Lebensmittel in Genf. Médecins sans frontières (MSF) und die Universitätsspitaler Genf (HUG) boten den Personen, die Lebensmittel erhalten haben, auch verschiedene medizinische Leistungen an. Am 2. Mai 2020³² wurde eine erste Studie mit einer Umfrage durchgeführt. Dabei zeigte sich, dass 52 Prozent der 532 Personen, die den Fragebogen ausgefüllt haben, Sans-Papiers sind (3,4 % waren Schweizerinnen und Schweizer, 28,3 % ausländische Personen mit einer Aufenthaltsregelung, 4,3 % Asylsuchende und 12 % Personen mit unbekanntem Status). Was den Zugang zur Gesundheitsversorgung betrifft, verfügten 40 Prozent der befragten Personen über eine Krankenversicherung. Bei den Sans-Papiers waren es nur 10 Prozent.

Bei der Lebensmittelverteilung vom 6. Juni 2020 waren 21,8 Prozent aller Teilnehmenden Sans-Papiers. Die zweite Studie beruhte auf den Daten von 310 Erwachsenen und 542 Kindern.³³ Im Gegensatz zur ersten Studie, die auch alleinstehende Sans-Papiers umfasste, betraf sie nur Familien

³² Vgl. Bericht Médecins sans frontières und Universitätsspitaler Genf «Connaissance, attitude et pratiques en lien avec le COVID-19 parmi les personnes en insécurité alimentaire à Genève», verfügbar unter: www.hu-ge.ch.

³³ Vgl. Bericht Médecins sans frontières und Universitätsspitaler Genf «Conditions de vie, santé et sécurité alimentaire des familles avec enfants participant aux distributions alimentaires durant la crise du COVID-19 à Genève», verfügbar unter: www.hu-ge.ch.

mit Kindern unter 13 Jahren. Sie kommt zum Schluss, dass 10,1 Prozent der Teilnehmenden Schweizerinnen und Schweizer und 13 Prozent Personen mit einer Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) waren. Insgesamt besaßen 53,5 Prozent der Teilnehmenden eine Aufenthaltsbewilligung oder eine andere Anwesenheitsberechtigung (Ausweis B: 38,8 %, Ausweis F: 12,4 %, Ausweis N [Asylsuchende]: 1,3 %, andere Ausweise: 1 %). 2 Prozent waren Touristen oder hatten einen unbekannten Status.

Es ist festzuhalten, dass Sans-Papiers über diese Initiativen der Kantone, Städte und Hilfswerke hinaus trotz ihrer Verpflichtung zur Ausreise nicht vollständig von den Sozialleistungen ausgeschlossen sind. Während ihres Aufenthalts in der Schweiz müssen sie einer obligatorischen Krankenversicherung angeschlossen sein und sie können entsprechende Leistungen beanspruchen (Art. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, KVG; SR 832.10). In einigen Kantonen können sie auch ohne Krankenversicherung gewisse Gesundheitseinrichtungen in Anspruch nehmen. In einigen Kantonen erhalten sie zudem Prämienverbilligungen (vgl. Ziff. 7.1–7.3 und 9.2).

Gemäss Artikel 12 der Bundesverfassung hat jede Person mit Aufenthalt in der Schweiz einen Anspruch auf Nothilfe, wenn sie Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Diese Nothilfe wird unabhängig vom Aufenthaltsstatus gewährt. Sie umfasst einen Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Für die Ausrichtung der Nothilfe sind die Kantone zuständig. Sie beinhaltet eine Unterkunft, Nahrung, Kleidung und die medizinische Notfallversorgung (vgl. Ziff. 9.2).

Personen, die in der Alters- und Hinterlassenenversicherung versichert sind (AHVG; SR 831.10), und Personen, die nach diesem Gesetz als Selbstständigerwerbende anerkannt sind, haben Anspruch auf Erwerbsersatz, wenn sie aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Verdienstausschlag erleiden. Dabei gelten die Bestimmungen der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (SR 830.31). Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten und der AHV angeschlossen sind, können diese Leistungen ebenfalls beanspruchen. In der Praxis vermeiden Sans-Papiers aber den Kontakt zu den Behörden und beantragen auch selten solche Leistungen.

In den Ziffern 7 und 9 werden die Leistungen der verschiedenen Sozialversicherungen im Detail aufgezeigt, auf die Sans-Papiers Anspruch haben.

Im Zusammenhang mit den Folgen der Coronavirus-Pandemie haben sich auf europäischer Ebene Italien und Portugal für gewisse Formen einer kollektiven Regularisierung namentlich von erwerbstätigen Sans-Papiers ausgesprochen.

In Italien wurde ein Dekret verabschiedet, das unter bestimmten Voraussetzungen die vorübergehende Regularisierung von nicht angemeldeten Arbeitnehmenden oder ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht von rechtswidrig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ermöglicht. Diese Massnahme beschränkt sich jedoch auf bestimmte Branchen, nämlich die Land- und Viehwirtschaft, die Fischerei, die Pflege und Betreuung und die Hauswirtschaft. Damit sollen diese Arbeitskräfte vor Ausbeutung geschützt werden; sie ersetzen zudem die vielen Saisoniers, die wegen der Gesundheitskrise nicht nach Italien einreisen durften. Bis zum Ablauf der Anmeldefrist wurden 200 000 Dossiers eingereicht. Gemäss dem italienischen Innenminister stammen 85 Prozent der Gesuche von Haushaltshilfen und Pflegenden. Bei der Mehrheit handelt es sich jedoch um italienische Bürgerinnen und Bürger und nicht um Migrantinnen und Migranten. 13 000 ausländische Staatsangehörige ohne Aufenthaltsbewilligung haben die Möglichkeit genutzt, eine temporäre Aufenthaltsbewilligung zu beantragen.

Die portugiesische Regierung hat in diesem Zusammenhang ebenfalls eine Reihe sozialer und wirtschaftlicher Massnahmen umgesetzt. Sie dürften in erster Linie dem Bau- und Landwirtschaftssektor im Süden des Landes zugutekommen, die auf ausländische Arbeitskräfte angewiesen sind.

4 Regelung von Härtefällen

4.1 Gesetzesbestimmungen und Kriterien für die Prüfung des Gesuchs

Die geltenden Bestimmungen im Ausländer- und Asylrecht erlauben es den kantonalen Behörden, mit der Zustimmung des SEM eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn ein «schwerwiegender persönlicher Härtefall» vorliegt. Dies gilt auch für Sans-Papiers. Es besteht jedoch kein Anspruch auf die Erteilung einer solchen Bewilligung.

In Bezug auf abgewiesene Asylsuchende sieht Artikel 14 Absatz 2 des Asylgesetzes (AsylG)³⁴ vor, dass die zuständige kantonale Behörde dem SEM ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Zustimmung unterbreiten kann, wenn sich die betreffende Person ab Einreichung ihres Asylgesuchs seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhält, ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war, ihre Integration in der Schweiz als fortgeschritten erachtet werden kann und kein Widerrufsgrund nach dem AIG besteht (Art. 62 AIG; namentlich keine längerfristige Freiheitsstrafe oder Sozialhilfeabhängigkeit). Diese Regelung gilt unabhängig vom Stand des Asylverfahrens, das heisst also auch für Personen, deren Asylgesuch rechtskräftig abgelehnt wurde.

Für Ausländerinnen und Ausländer, die kein Asylgesuch eingereicht haben, sieht Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG ebenfalls die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Abweichung der von den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen vor. Damit kann schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung getragen werden. Die zuständigen Migrationsbehörden entscheiden im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens über die Bewilligungserteilung. Eine Orientierungshilfe bilden dabei die entsprechende Verordnungsbestimmung (Art. 31 VZAE) und die Weisungen des SEM im Ausländerbereich.³⁵ Demnach wird namentlich die Integration der betroffenen Person in der Schweiz berücksichtigt, die eine allfällige Rückkehr in das Herkunftsland als sehr schwer erscheinen lassen kann (Verwurzelung in der Schweiz).

Die Weisungen des SEM umschreiben detailliert, welche Kriterien nach der VZAE für das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sprechen können. Ob ein Härtefall vorliegt, ist aber immer im konkreten Einzelfall zu entscheiden. Wenn der Kanton den Aufenthalt einer ausländischen Person regeln möchte (Art. 14 Abs. 2 AsylG oder Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG), muss er seinen Entscheid dem SEM zur Zustimmung unterbreiten (Art. 99 AIG und Art. 5 der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide³⁶). Das SEM erlässt einen formellen Entscheid, der beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) angefochten werden kann. Die aktuelle Praxis des SEM bei der Aufenthaltsregelung von rechtswidrig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern stützt sich auf die Rechtsprechung des BVGer in den letzten Jahren.

Im Rahmen der Operation Papyrus im Kanton Genf (Ziff. 5) haben die Behörden den Handlungsspielraum genutzt, den das Gesetz, die Verordnung und die Weisungen des SEM einräumen (siehe auch die Erläuterungen in Ziff. 5 und 13.2.4). Das SEM war als Zustimmungsbehörde an dieser Operation beteiligt. Dabei hat es seine allgemeine Praxis bei Familien insofern angepasst, als es bei der Prüfung eines Härtefalls den Schulbesuch der Kinder in der Schweiz und nicht mehr nur das kritische Alter der Adoleszenz in der Schweiz als Entscheidkriterium berücksichtigt. Diese Lockerung erfolgt innerhalb des Handlungsspielraums, den die Gesetzesbestimmungen und die Weisungen des SEM einräumen. Sie hat keinen Einfluss auf den Ermessensspielraum der Kantone, die frei darüber entscheiden können, ob sie einen Härtefall dem SEM zur Zustimmung unterbreiten oder nicht.

³⁴ SR 142.31

³⁵ Vgl. Weisungen AIG, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen > I. Weisungen Ausländerbereich, vgl. Ziff. 5.6.

³⁶ SR 142.201.1

Die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls setzt voraus, dass sich die betroffene Person in einer persönlichen Notlage befindet. Zudem müssen ihre Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von anderen ausländischen Personen in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein. Geprüft wird, ob es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zuzumuten ist, in ihre Heimat zurückzukehren und sich dort aufzuhalten. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland ihren persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Die Härtefallregelung bezweckt nicht den Schutz vor kriegesischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Situationen, die den Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich machen. In solchen Fällen wird eine vorläufige Aufnahme geprüft.

Gemäss bisheriger Praxis des Bundesgerichts (BGer) sind bei der Beurteilung von Härtefällen die Gesamtumstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Einzelfallprüfung soll die ganze Sachlage erfassen und alle Aspekte berücksichtigen, die für oder gegen die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sprechen.³⁷

Die rechtlichen Kriterien, auf die sich die kantonalen Behörden und das SEM bei der Prüfung eines Härtefallgesuchs stützen, sind in Artikel 31 VZAE und in den Weisungen des SEM aufgeführt. Dabei handelt es sich um folgende Kriterien:

- Integration der ausländischen Person

Die Behörde beurteilt die Integration anhand der Integrationskriterien nach Artikel 58a AIG: Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Respektierung der Werte der Bundesverfassung, Sprachkompetenzen mindestens auf der Niveaustufe A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (GER) und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung.

Die ausländische Person muss in der Lage sein, mit ihrem Einkommen oder mit Leistungen Dritter, auf die ein Anspruch besteht (z. B. Leistungen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung), ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Sie darf nicht auf Sozialhilfe angewiesen sein. Das SEM prüft zudem, ob gegen die Person Betreibungen oder Verlustscheine vorliegen und ob sie zu den sogenannten «Working Poors» gehört. Entscheidend ist, dass die betreffende Person im Rahmen des ihr Zumutbaren am Wirtschaftsleben teilnimmt (Art. 58a Bst. d AIG i. V. m. Art. 77e VZAE). Dabei sind die persönlichen Verhältnisse angemessen zu berücksichtigen (Art. 58a Abs. 2 AIG i. V. m. Art. 77f VZAE). Das SEM berücksichtigt ebenfalls die Situation von abgewiesenen Asylsuchenden, deren Wegweisung nicht vollzogen werden konnte und die gemäss den geltenden Bestimmungen des Asylrechts keine Erwerbstätigkeit ausüben dürfen (Art. 43 AsylG). Sind die übrigen Voraussetzungen von Artikel 14 Absatz 2 AsylG erfüllt, wird geprüft, ob die Person bei einer Bewilligungserteilung im Rahmen des Härtefalls die Lebenshaltungskosten und allfällige Unterhaltsverpflichtungen durch ein eigenes Einkommen (z. B. Zusicherung einer Arbeitsstelle) bestreiten kann (Art. 77e VZAE).

- Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder
- Finanzielle Verhältnisse
- Dauer der Anwesenheit in der Schweiz

In Bezug auf das Kriterium der Anwesenheitsdauer ist festzuhalten, dass – im Gegensatz zu Artikel 14 Absatz 2 AsylG – Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und die VZAE keine Mindestaufenthaltsdauer erwähnen. Die Weisungen AIG des SEM legen ebenfalls keine Mindestaufenthaltsdauer fest und unterstreichen, dass die Situation von Fall zu Fall zu beurteilen ist. Sie halten jedoch fest, dass der besonderen Situation von Familien Rechnung zu tragen ist und dass in diesem Fall als Richtwert eine Anwesenheit von fünf Jahren in der Schweiz gilt.

- Gesundheitszustand

³⁷ Vgl. BGE 124 II 110 und BGE 128 II 200

- Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsstaat

Das SEM prüft, ob von der betreffenden Person trotz ihrer langen Anwesenheit in der Schweiz verlangt werden kann, dass sie in den Herkunftsstaat zurückkehrt. Dabei wird berücksichtigt, ob die Person über ein familiäres oder soziales Netz verfügt, mit dem sie in Verbindung geblieben ist. Ebenfalls berücksichtigt wird eine allfällige Ausbildung, welche die Person in ihrem Land und danach in der Schweiz absolviert hat.

Bei abgewiesenen Asylsuchenden, deren Wegweisung nicht vollzogen wurde, berücksichtigt das SEM auch die Gründe, weshalb der Wegweisungsvollzug nicht möglich war. Diese Gründe können unabhängig vom Willen des abgewiesenen Asylsuchenden sein (objektive Gründe, z. B. wenn er selbst dann nicht ausreisen kann, wenn er dies freiwillig wollte). Häufiger ist aber die Situation gegeben, dass eine freiwillige Ausreise möglich wäre, aber ein zwangsweiser Vollzug mangels Bereitschaft der Behörden des Herkunftsstaats nicht durchsetzbar ist (subjektive Gründe). In diesem Fall verweigert das SEM in der Regel selbst bei langem Aufenthalt in der Schweiz die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung.

- Die ausländische Person muss zudem ihre Identität nachweisen.

4.2 Zugang der Sans-Papiers zur beruflichen Grundbildung

Nach Annahme der Motion Barthassat (08.3616), die vom Bundesrat die Schaffung eines Zugangs von jugendlichen Sans-Papiers zur Berufsbildung verlangte, wurde die VZAE am 1. Februar 2013 mit einer neuen Bestimmung ergänzt. Sie ermöglicht die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten (Art. 30a VZAE). Die betroffene Person muss den Nachweis erbringen, dass sie in den fünf Jahren vor Einreichung des Gesuchs ununterbrochen die obligatorische Schule in der Schweiz besucht hat. Zudem wird geprüft, ob der Arbeitgeber ein entsprechendes Gesuch eingereicht hat und ob die erforderlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

Wie bei der Prüfung von Härtefällen nach Artikel 31 VZAE (Ziff. 4.1), müssen auch in diesem Fall die Integrationskriterien erfüllt sein. Der integrativen Wirkung der Schulbildung wird Rechnung getragen. Die Kriterien der Sprachkenntnisse und des Erwerbs von Bildung gelten angesichts der erforderlichen Dauer des Schulbesuchs (fünf Jahre) allgemein als erfüllt. Von entscheidender Bedeutung ist auch das bisherige Verhalten der ausländischen Person in der Schweiz. Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz kann ihr jedoch nicht entgegengehalten werden, da sie in der Regel ihren Eltern in die Schweiz gefolgt ist. Die Aufenthaltsvoraussetzungen der Eltern und Geschwister der Person, welche die Bedingungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Artikel 30a VZAE erfüllt, sind nach den Vorgaben von Artikel 31 VZAE zu prüfen.

Seit 2013 haben die Kantone dem SEM nur 61 Fälle von solchen jugendlichen Sans-Papieren übermittelt. Dies erklärt sich dadurch, dass sie selten allein in der Schweiz leben und grundsätzlich von ihren Eltern und Geschwistern begleitet werden. Wenn sich die Frage einer möglichen Berufslehre stellt, erfüllt die restliche Familie in der Regel die Härtefallkriterien nach Artikel 31 VZAE. Die jungen Ausländerinnen und Ausländer werden in diesem Fall in das Härtefallgesuch der ganzen Familie einbezogen und nicht individuell als Lernende geregelt.

4.3 Statistiken zum Zustimmungsverfahren des SEM

Zusammenfassung

Das SEM veröffentlicht jährlich eine Statistik der Gesuche um Zustimmung zur Erteilung einer Härtefallbewilligung, die es von den Kantonen erhält.

Die nachfolgenden Tabellen zeigen, dass das SEM zwischen 2014 und 2019 die meisten Härtefälle bewilligt hat, die ihm nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG (oder nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG unterbreitet wurden).

Ausländerrechtliche Härtefälle

In fünf Jahren haben die Kantone dem SEM insgesamt 3471 Gesuche um Zustimmung nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG unterbreitet. Es hat 45 Gesuche oder 1,29 Prozent abgelehnt. Zehn Deutschschweizer Kantone (AI, AR, LU, NW, OW, SH, SZ, TG, UR, ZG) und TI haben kein Gesuch unterbreitet. Seit 2016 hat die Zahl der dem SEM unterbreiteten Fälle zugenommen. Dies ist auf die Fälle zurückzuführen, die im Rahmen der Operation Papyrus in Genf (vgl. Ziff. 5) unterbreitet wurden und die ebenfalls in den Statistiken enthalten sind. Die zwei grössten Westschweizer Kantone GE (2841 Gesuche bei 6 Ablehnungen) und VD (399 Gesuche bei 14 Ablehnungen) sowie FR (50 Gesuche bei 0 Ablehnungen) haben am meisten Fälle zur Zustimmung unterbreitet, gefolgt von den Kantonen BE (44 Gesuche bei 0 Ablehnungen) und BS (36 Gesuche bei 0 Ablehnungen). Acht Kantone (AG, BL, GL, JU, NE, SO, VS, ZH) haben von 2014 bis 2018 ein bis zehn Gesuche unterbreitet.

Asylrechtliche Härtefälle

Bei der Zustimmung in Härtefällen nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG (Personen mit Asylgesuch) sieht die Situation etwas anders aus. Mit Ausnahme von Uri haben alle Kantone zwischen 2014 und 2019 dem SEM Gesuche unterbreitet. Von insgesamt 797 Gesuchen wurden 97 abgelehnt, was einer Ablehnungsquote von 12,17 Prozent entspricht. Die Kantone ZH (149 Gesuche bei 2 Ablehnungen), BE (123 Gesuche bei 12 Ablehnungen) und VD (91 Gesuche bei 36 Ablehnungen) haben zwischen 2014 und 2019 am meisten Gesuche unterbreitet, gefolgt von AG (71 Gesuche bei 13 Ablehnungen) und TI (42 Gesuche bei 10 Ablehnungen). In fünf Jahren haben acht Kantone weniger als zehn Gesuche eingereicht (AI, AR, GL, GR, JU, NW, SZ, UR). GE und FR haben im Vergleich zu den Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG (siehe oben) deutlich weniger Gesuche nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG unterbreitet (GE: 32 Gesuche bei 1 Ablehnung; FR: 25 Gesuche bei 3 Ablehnungen). VD gehört zu den drei Kantonen, die am meisten Gesuche unterbreitet haben, sowohl für Härtefälle nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG als auch nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG.

Tabelle zu den Statistiken über die Zustimmung durch das SEM bei Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und Artikel 31 VZAE

V = Gutheissung

X = Ablehnung

T = Total Zustimmungsgesuche

Jahr	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total pro Kanton		
Legende	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
Kanton																					
AG	1	0	1													1	0	1	2	0	2
BE	7	0	7	9	0	9	8	0	8	8	0	8	7	0	7	5	0	5	44	0	44
BL				1	0	1							1	0	1	1	0	1	3	0	3
BS	1	0	1	8	0	8	9	0	9	3	0	3	6	0	6	9	0	9	36	0	36
FR	7	0	7	8	0	8	22	0	22	2	0	2	8	0	8	3	0	3	50	0	50
GE	176	5	181	220	0	220	318 ¹	0	318	544 ¹³	0	544	632 ¹³	0	632	951 ¹³	1	952	2841	6	2847
GL	1	0	1																1	0	1
GR																			1	0	1
JU				4	0	4	2	0	2										6	0	6
NE	1	0	1	1	0	1	1	0	1	2	0	2	1	0	1	2	0	2	8	0	8
SG																4	0	4	4	0	4
SO										1	1	2							1	1	2
VD	99	6	105	51	2	53	44	4	48	38	0	38	59	0	59	94	2	96	385	14	399
VS													1	0	1				1	0	1
ZH	1	0	1	2	0	2	2	0	2	2	0	2				3	0	3	10	0	10
Ohne Angaben				14	14	14	4	0	4	7	5	12	1	5	6	7	5	12	16	20	36
TOTAL	294	11	305	318	16	334	410	4	414	607	6	613	716	0	716	1081	8	12	3426	45	3471

NB: Die vom SEM im Rahmen der Operation Papyrus (vgl. Ziff. 5) genehmigten Fälle sind in den Zahlen der Jahre 2016 bis 2018 und teilweise des Jahres 2015 enthalten.

Tabelle zu den Statistiken über die Zustimmung durch das SEM bei Härtefällen nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG und Artikel 31 VZAE

V = Gutheissung

X = Ablehnung

T = Total Zustimmungsgesuche

Jahr	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total pro Kanton		
Legende	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
Kanton																					
AG	10	0	10	4	7	13	8	0	8	3	0	3	9	2	11	22	4	26	58	13	71
AI	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	1	0	1				2	0	2
AR	-	-	-	4	0	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
BE	11	1	12	19	5	24	22	1	23	25	1	26	16	4	20	18	0	18	111	12	123
BL	5	0	5	5	2	7	5	0	5	4	0	4	13	0	13	33	0	33	65	2	67
BS	-	-	-	5	0	5	-	-	-	12	0	12	3	0	3	1	0	1	21	0	21
FR	5	0	5	1	0	1	8	0	8	7	2	9	1	1	2				22	3	25
GE	1	0	1	8	0	8	8	0	8	6	1	7	5	0	5	3	0	3	31	1	32
GL	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-	-	-	-	2	0	2	3	0	3
GR	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-				4	0	4
JU	0	1	1	-	-	-	1	0	1	-	-	-	1	0	1				2	1	3
LU	5	2	7	1	0	1	5	1	6	3	0	3	9	0	9				23	3	26
NE	4	4	8	6	0	6	4	0	4	2	3	5	1	0	1	3	0	3	20	7	27
NW	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-				1	0	1
OW	2	0	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	0	4	5	0	5	11	0	11
SG	3	0	3	-	-	-	4	0	4	1	0	1	-	-	-	11	0	11	19	0	19
SH	0	1	1	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	5	1	6	7	1	8
SO	-	-	-	2	1	3	5	0	5	4	1	5	-	-	-	4	0	4	15	2	16
SZ	3	0	3	1	0	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
TG	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	8	0	8	12	0	12
TI	11	3	14	7	0	7	12	4	16	0	1	1	0	2	2	2	0	2	32	10	42
UR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
VD	9	7	16	7	2	9	16	7	23	7	8	15	7	5	12	9	7	16	55	36	91
VS	12	0	12	4	0	4	-	-	-	0	2	2	3	0	3				19	2	21
ZG	1	0	1	2	0	2	3	1	4	1	0	1	1	0	1				8	1	9
ZH	11	0	11	26	0	26	16	0	16	23	0	23	44	0	44	27	2	29	147	2	149
Ohne Angaben	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	97	19	116	105	17	122	121	14	135	100	19	119	124	14	138	153	14	167	700	97	797

4.4 Praxis der Kantone

Von den im Jahr 2015 geschätzten 76 000 Sans-Papiers³⁸ wohnten und arbeiteten die meisten in städtischen Kantonen.

Wie die Statistiken zeigen (Ziff. 4.3), ist die Zahl der dem SEM unterbreiteten Zustimmungsgesuche für Härtefälle von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Zwischen 2014 und 2019 haben die Kantone VD und GE am meisten ausländerrechtliche Härtefälle an das SEM übermittelt. Elf vorwiegend Deutschschweizer Kantone haben zwischen 2014 und 2019 dem SEM keine Gesuche unterbreitet. Fast alle Kantone haben in diesem Zeitraum dem SEM jedoch asylrechtliche Härtefälle unterbreitet (insbesondere abgewiesene Asylsuchende).

Dies ist namentlich durch die unterschiedliche Politik und Praxis der Kantone begründet. Die Bestimmungen des AsylG, des AIG und der VZAE sowie die Weisungen des SEM legen den Rechtsrahmen für Härtefallbewilligungen fest (vgl. Ziff. 4.1). Er lässt den Kantonen einen gewissen Handlungsspielraum bezüglich der Fälle, die sie dem SEM zur Zustimmung unterbreiten. Dieser Rechtsrahmen ist auch für das SEM verbindlich beim Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Härtefallbewilligungen. Es verfügt ebenfalls über einen gewissen Ermessensspielraum für die Festlegung seiner Praxis. Die Entscheide des SEM werden vom Bundesverwaltungsgericht überprüft (Ziff. 4.1).

Die Mehrheit der Kantone, die den Fragebogen des SEM beantwortet hat (Ziff. 1 und Anhang 1), geht davon aus, dass die Ablehnung eines Härtefallgesuchs bei einer Beschwerde durch das zuständige kantonale Gericht bestätigt wird. Allerdings führen nur wenige Kantone umfassende Statistiken zu den Beschwerdeverfahren. Die kantonalen Behörden geben an, dass sie nur wenige Härtefallgesuche ablehnen (die Angaben bewegen sich zwischen null und fünf Ablehnungen in den letzten fünf Jahren bei Gesuchen nach Art. 14 Abs. 2 AsylG und Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG). Der Kanton Zürich hat mitgeteilt, dass er zwischen 2014 und 2018 zwei Fälle in Anwendung von Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und 21 Fälle in Anwendung von Artikel 14 Absatz 2 AsylG in eigener Kompetenz abgelehnt hat. Im Kanton Bern prüft das kantonale Migrationsamt die Gesuche vorgängig anonym, bevor ein offizielles und nicht anonymes Gesuch eingereicht wird. Dadurch sind die negativen Entscheide des Kantons deutlich zurückgegangen. Der Kanton Genf hat angegeben, dass zwischen 2013 und 2016 insgesamt 193 Gesuche abgelehnt wurden. Der Kanton Waadt hat zwischen 2016 und 2018 insgesamt 89 Gesuche abgelehnt.

Der Handlungsspielraum, den die rechtlichen Bestimmungen und die Weisungen des SEM einräumen, zeigt sich in der Praxis der Kantone GE, VD, BS und ZH:

Kanton Genf

Im Kanton Genf, der eine starke humanitäre Tradition hat, leben gemäss Schätzungen rund 13 000 Sans-Papiers (Stand 2015).³⁹ Mit dem Genfer Projekt «Operation Papyrus» (Ziff. 5) wurde im Rahmen des geltenden Rechts beabsichtigt, den Aufenthalt einer gewissen Anzahl von Sans-Papiers zu regeln und gleichzeitig die Situation in bestimmten Branchen zu bereinigen, in denen besonders viele Sans-Papiers arbeiten. Dazu wurden die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert. Zurzeit ist Genf der einzige Kanton, der ein solches Projekt durchgeführt hat. Es endete am 31. Dezember 2018. Die Kriterien für die Regelung des Aufenthalts sowie die Begleitmassnahmen zu diesem Projekt werden in Ziffer 5 erläutert.

Nach dem Ende der « Operation Papyrus » hat der Kanton Genf die Kriterien veröffentlicht, die ab dem 1. Januar 2019 gelten. Sie bilden die Grundlage für die Unterbreitung eines Gesuchs um die Erteilung einer Härtefallbewilligung an das SEM durch das Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Genf (OCPM). Es handelt sich dabei um folgende Kriterien:

³⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 4.1, S. 22.

³⁹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

- ein Aufenthalt von 5 Jahren für Familien mit Kindern. Dieses Kriterium von 5 Jahren gilt für alle Familienangehörigen;
- ein Aufenthalt von 10 Jahren für Alleinstehende und Paare ohne Kinder;
- Nachweis einer erfolgreichen Integration; es müssen Sprachkenntnisse auf dem Niveau A2 (mündlich) nachgewiesen werden;
- keine strafrechtlichen Verurteilungen, keine wiederholte Verurteilungen wegen eines rechtswidrigen Aufenthalts oder wegen einer rechtswidrigen Erwerbstätigkeit, keine aufeinanderfolgenden Einreiseverbote;
- finanzielle Unabhängigkeit und keine Schulden.

Die im Rahmen der «Operation Papyrus» eingeführten Begleitmassnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und des Lohndumpings werden beibehalten:

- Die Verwendung des Anmeldeformulars OCIRT, das einerseits den Sans-Papiers die Einreichung eines Gesuchs für eine Regelung ohne Zustimmung ihres Arbeitgebers erlaubt und andererseits durch die Identifizierung des Arbeitgebers eine bessere Überwachung des Arbeitsmarkts ermöglicht;
- Gezielte Kontrollen des Arbeitsmarkts bei einem Verdacht auf einen Missbrauch;
- Das System «Ménage Emploi» (Ziff. 5.5.1) wird ebenfalls beibehalten; diese Eingliederungsmassnahme dient allen Arbeitnehmenden im Bereich der Hauswirtschaft.

Kanton Waadt

Die Zahl der Sans-Papiers im Kanton Waadt wird auf 12 000 geschätzt (Stand 2015).⁴⁰ Der Kanton beurteilt folgende Dossiers positiv im Hinblick auf eine Unterbreitung an das SEM:

- Alleinstehende Personen: zehn Jahre Aufenthalt, keine oder unbedeutende Vorstrafen, finanziell unabhängig;
- Familien mit Kindern: fünf bis acht Jahre Aufenthalt je nach Alter und Schulbesuch der Kinder, keine oder unbedeutende Vorstrafen, finanziell unabhängig.

Am 28. Februar 2017 wurde im Grossen Rat des Kantons Waadt eine Resolution eingereicht. Sie hatte das Ziel, mit dem SEM in einen Dialog zu treten und ein besonderes Verfahren einzuführen für die Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers, die im Kanton Waadt wohnen und arbeiten. Das Verfahren sollte sich an den Kriterien der Operation Papyrus des Kantons Genf orientieren. Dabei sollte aber insbesondere das Kriterium der Dauer des ununterbrochenen Aufenthalts in der Schweiz gelockert werden. Die Resolution wurde abgelehnt.

Kanton Basel-Stadt

Im Kanton Basel-Stadt lebten im Jahr 2015 schätzungsweise 4000 Sans-Papiers.⁴¹ Der Kanton hat die Kriterien, nach denen er eine Härtefallbewilligung dem SEM zur Zustimmung unterbreitet, auf seiner Webseite in der Form eines Merkblatts veröffentlicht. Es richtet sich an Sans-Papiers und konkretisiert auch das Verfahren.

Für die Erteilung einer Härtefallbewilligung bestehen demnach gute Voraussetzungen, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen im Sinn von Artikel 31 VZAE erfüllt sind:⁴²

- Vorlage der heimatlichen Dokumente bzw. Ausweispapiere (Feststellung der Identität);
- Aufenthalt im Kanton Basel-Stadt von mindestens fünf Jahren bei Familien mit schulpflichtigen Kindern (die Aufenthaltsdauer gilt für alle Familienangehörigen) und insgesamt mindestens zehn Jahren bei Paaren oder Einzelpersonen ohne Kinder (ein Kurzbesuch im Herkunftsland

⁴⁰ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴² Dokument verfügbar unter: www.bdm.bs.ch > Behörden und Organisation > Bevölkerungsdienste und Migration > Wohnen > An-/Abmeldung und Umzug > Gesuche um Härtefallregelung.

unterbricht den Aufenthalt nicht, der Lebensmittelpunkt muss aber im Kanton Basel-Stadt bleiben);

- familiäre und/oder soziale Kontakte zu Personen in der Schweiz (Verwurzelung, erfolgreiche Einschulung);
- finanzielle Mittel (genügend finanzielle Mittel, sodass gemäss den Richtlinien der SKOS kein Risiko für den Bezug von Sozialhilfe besteht: vollständige wirtschaftliche Unabhängigkeit, gefestigter Arbeitsplatz);
- bedarfsgerechte Wohnung;
- keine Schulden (Zahlungsrückstände bis 10 000 Franken werden toleriert, wenn ein verpflichtender Rückzahlungsplan vorliegt);
- keine Vorstrafen (eine geringfügige Übertretung oder Vorstrafen bezüglich des eigenen rechtswidrigen Aufenthalts werden nicht berücksichtigt);
- Deutschkenntnisse (mindestens Referenzniveau A2).

Sind nicht alle Kriterien erfüllt, prüft das Migrationsamt BS im Einzelfall, ob trotzdem eine Unterbreitung des Gesuchs an das SEM erfolgen kann. In diesen Fällen werden der Gesundheitszustand, das Alter und weitere besondere persönliche Umstände zusätzlich berücksichtigt.

Im Gegensatz zu den Weisungen des SEM legt der Kanton Basel-Stadt eine Mindestaufenthaltsdauer auf seinem Hoheitsgebiet (und nicht in der gesamten Schweiz), eine Schuldenobergrenze (CHF 10 000) und höhere Anforderungen an die Sprachkompetenzen (A2 statt A1) fest. Zudem kann ein Gesuch anonym zur Vorprüfung eingereicht werden, um gestützt auf die bestehenden Informationen eine erste unverbindliche Einschätzung zu erhalten. Bei Einreichung eines formellen Gesuchs muss die betroffene Person jedoch ihre Personalien angeben.

Kanton Zürich

Die Zahl der Sans-Papiers in diesem Kanton wurde im Jahr 2015 auf 28 000 geschätzt.⁴³

Der Kanton Zürich hat im April 2020 einen Bericht veröffentlicht. Er stützt sich auf eine Studie, die zwei private Institutionen durchgeführt haben, um die Anzahl Sans-Papiers im Kanton in Erfahrung zu bringen. Als Sans-Papiers gelten Personen, die sich ohne Aufenthaltsbewilligung mehr als einen Monat und für eine nicht absehbare Zeit in der Schweiz aufhalten. Dem Bericht ist zu entnehmen, dass zwischen 13 600 und 24 900 Sans-Papiers im Kanton leben. Die wahrscheinlichste Schätzung liegt bei insgesamt 19 250 Sans-Papiers.

Den kleinsten Teil der Sans-Papiers dürften abgewiesene Asylsuchende ausmachen (1100–2200 Personen). Dabei handelt es sich gleichzeitig um jenen Bereich, in dem die Schätzung des Kantons Zürich mit der geringsten Spannweite verbunden ist. Bei Personen mit einer früheren Aufenthaltsbewilligung sind immerhin noch verlässliche Grunddaten vorhanden, die Abschätzung der Anzahl Sans-Papiers ist aber mit grossen Unsicherheiten verbunden (1100–3100 Personen). Die grösste Unsicherheit, weil rein auf Experteneinschätzungen beruhend, liegt in der Schätzung der primären Sans-Papiers. Sie stellen aber die grösste Gruppe dar (11 500–19 500 Personen). Bei den Interviewten dominiert die Einschätzung, dass Menschen aus Lateinamerika die klar grösste Gruppe von Sans-Papiers ausmachen. Dies würde bedeuten, dass fast die Hälfte aller Sans-Papiers im Kanton Zürich aus primären Sans-Papiers aus Lateinamerika besteht. Die zweitgrösste Gruppe dürften Menschen aus Europa (ohne EU/EFTA) stellen. Hier wird vermutet, dass sowohl eine namhafte Anzahl primärer Sans-Papiers als auch Personen mit vorheriger Aufenthaltsbewilligung in Zürich leben.⁴⁴

⁴³ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴⁴ Vgl. Bericht «Sans-Papiers im Kanton Zürich» vom 19. März 2020, verfügbar unter: www.zh.ch > Medienmitteilung 19.3.2020.

Im der Antwort zum Fragebogen des SEM hat der Kanton Zürich seine Praxis bei ausländerrechtlichen Härtefallgesuchen (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG) von Sans-Papiers erläutert. Sie beruht auf einer Gesamtwürdigung folgender Kriterien:

- Ausser dem rechtswidrigen Aufenthalt und der Nichtmitwirkung wird ein korrektes Verhalten verlangt; entsprechend keine Strafbefehle oder -urteile;
- Erfüllen aller Kriterien für eine Härtefallbewilligung (soziale Integration [Freundes- und Bekanntenkreis, aus dem auf eine starke Verwurzelung in der Schweiz geschlossen werden kann], Sprache [grundsätzlich B1], Gesundheit, erhöhte Härte gegenüber vergleichbaren ähnlichen Fällen aus dem gleichen Land bezüglich Rückkehr ins Heimatland oder Wegzug aus der Schweiz [dabei werden vor allem zwischenzeitliche Heimataufenthalte, die Möglichkeiten einer beruflichen und wirtschaftlichen Reintegration sowie die gelebten familiären Beziehungen im Heimatland gewichtet];
- rund zehnjähriger Aufenthalt in der Schweiz (Familien mit minderjährigen Kindern auch weniger als zehn Jahre möglich; dabei spielt auch Art. 30a VZAE eine Rolle);
- Nachweis einer beruflichen und wirtschaftlichen Integration (Arbeitsstelle, wobei das daraus erzielte Einkommen die selbstständige Bestreitung des Lebensunterhalts sicherstellen muss).
- Was die asylrechtlichen Härtefallgesuche (Art. 14 Abs. 2 AsylG) betrifft, so nimmt die zuständige kantonale Behörde eine Gesamtwürdigung folgender Kriterien vor:
- Ausser dem rechtswidrigen Aufenthalt und der Nichtmitwirkung wird ein korrektes Verhalten verlangt; entsprechend keine Strafbefehle oder -urteile;
- korrektes Verhalten im Rahmen der Unterbringung;
- Erfüllen aller Kriterien für eine Härtefallbewilligung (soziale Integration [Freundes- und Bekanntenkreis, aus dem auf eine starke Verwurzelung in der Schweiz geschlossen werden kann], Sprache [grundsätzlich B1], Gesundheit, erhöhte Härte gegenüber vergleichbaren ähnlichen Fällen aus dem gleichen Land bezüglich Rückkehr ins Heimatland oder Wegzug aus der Schweiz);
- rund zehnjähriger Aufenthalt in der Schweiz (Familien mit minderjährigen Kindern seit fünf Jahren, vor allem dann, wenn es sich um Personen aus Ländern handelt, in denen der Wegweisungsvollzug nicht absehbar ist);
- Nachweis einer künftigen beruflichen und wirtschaftlichen Integration (zugesicherte Arbeitsstelle, wobei das daraus erzielte Einkommen die selbstständige Bestreitung des Lebensunterhalts sicherstellen muss).
- Die Gutheissung eines Gesuchs ist nicht ausgeschlossen, wenn ein Kriterium nicht ganz erreicht wurde (Ausnahme Straffälligkeit). Das «Defizit» muss aber durch die anderen Kriterien «aufgewogen» werden.

5 Operation Papyrus

5.1 Beschreibung der Operation Papyrus

Im Herbst 2015 leitete der Kanton Genf die Vorbereitungsphase ein für einen Prozess zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers und zur Bereinigung der Situation in Branchen, die von Schwarzarbeit und Lohndumping betroffen sind. Das Projekt mit dem Namen «Operation Papyrus» begann offiziell im Februar 2017 und wurde am 31. Dezember 2018 abgeschlossen. Es wurde unter aktiver Beteiligung von Genfer Vereinigungen und Gewerkschaften ausgearbeitet und umgesetzt, die die Interessen der Sans-Papiers vertreten. Sie unterstützten die Migrantinnen und Migranten bei der Erstellung ihrer Dossiers. Die Operation Papyrus richtete sich nicht an Personen aus dem Asylbereich sowie an Personen mit einem gültigen Aufenthaltstitel eines Mitgliedstaats der Europäischen Union. Sie bestand aus:

1. *einem Verfahren zur individuellen Regelung des Aufenthalts von gut integrierten Sans-Papiers gestützt auf genaue Kriterien (Härtefallbewilligung);*
2. *Massnahmen zur Kontrolle und Bereinigung der Situation in den von Schwarzarbeit und Lohndumping besonders betroffenen Branchen, insbesondere der Hauswirtschaft (Anpassung der Arbeitsbedingungen an die geltenden Regelungen, namentlich Einhaltung der Vorgaben für Mindestlöhne und den Sozialversicherungsschutz);*
3. *Massnahmen zur Eingliederung und Integration (Stellenbörse im Hauswirtschaftsbereich sowie Informationskampagne bei den Arbeitgebenden zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und Lohndumping).*

5.2 Kriterien für die Aufenthaltsregelung gemäss der Operation Papyrus

Wie in den Ziffern 4.1 und 4.2 erwähnt, verfügen die Kantone über einen gewissen Handlungsspielraum bei der Anwendung der gesetzlichen Kriterien des AIG, der VZAE und der Weisungen des SEM. In Ausübung dieses Ermessens hat der Kanton Genf für die Operation Papyrus folgende Kriterien festgelegt:

- ununterbrochener Aufenthalt in Genf während mindestens fünf Jahren für Mitglieder einer Familie mit mindestens einem Kind, das seit drei Jahren schulpflichtig ist, oder während zehn Jahren für Familien mit nicht schulpflichtigen Kindern, für Familien ohne Kinder und für alleinstehende Personen;
- erfolgreiche Integration (Französischkenntnisse mindestens auf Niveaustufe A2 des GER);
- Erwerbstätigkeit;
- keine Vorstrafen (abgesehen vom rechtswidrigen Aufenthalt);
- finanzielle Unabhängigkeit und keine Schulden.

Das SEM begleitete die Operation als Zustimmungsbehörde für die Erteilung einer Härtefallbewilligung (Ziff. 4.1). Die betroffenen Personen oder ihre Beauftragten mussten das Gesuch beim Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Genf (OCPM) einreichen. Es prüfte, ob die Gesuchsteller die Kriterien für eine Härtefallbewilligung erfüllen. Erachteten die zuständige kantonale Behörde die Kriterien als erfüllt, leiteten sie das Dossier zur Prüfung und Zustimmung an das SEM weiter. Das SEM entschied im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach seinem Ermessen, ob die betroffene Person die entsprechenden Voraussetzungen tatsächlich erfüllt. Das SEM stimmte dem Gesuch zu oder lehnte es ab. War die kantonale Behörde hingegen der Ansicht, dass die Kriterien nicht erfüllt sind, lehnte sie das Gesuch in eigener Kompetenz und ohne Einbezug des SEM ab. In beiden Fällen konnten die betroffenen Personen gegen den Entscheid Beschwerde einlegen, bei Verfügungen des SEM beim Bundesverwaltungsgericht und bei Verfügungen der kantonalen Behörde bei den kantonalen Gerichten. Dieses Verfahren zur Erteilung einer Härtefallbewilligung ist für alle Kantone gleich (Ziff. 4.1).

Die Operation Papyrus stellte weder eine Amnestie noch eine kollektive Regularisierung von Sans-Papiers dar.⁴⁵ Wie bei allen von den Kantonen unterbreiteten Gesuchen um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung hat das SEM jeden Einzelfall unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsvorschriften und in Anwendung seines Ermessens geprüft.

5.3 Massnahmen bei den besonders betroffenen Branchen

In den Branchen, in denen besonders viele Sans-Papiers beschäftigt werden, wurden arbeitsmarktliche Begleitmassnahmen durchgeführt. Zu diesen Branchen gehört namentlich der

⁴⁵ Unter «Amnestie» ist eine gesetzgeberische Massnahme oder ein Verwaltungsentscheid zu verstehen, der die rechtswidrige Natur bestimmter Handlungen aufhebt. Im Migrationskontext gehen Massnahmen der kollektiven Regularisierung, die Ausländerinnen und Ausländern mit unbefugtem Aufenthalt gewährt werden, oft mit einer Amnestie einher.

Hauswirtschaftsbereich, in dem Kontrollen nur schwer durchgeführt werden können. Das Ziel war es, die Schwarzarbeit und das Lohndumping einzudämmen. Der Kanton Genf startete im April 2017 eine öffentliche Informationskampagne mit dem Motto «Le travail au noir ça se paie cash». Die Kampagne sensibilisierte die Arbeitgebenden bezüglich der negativen Folgen der Schwarzarbeit und hielt sie dazu an, die Arbeits- und Lohnbedingungen einzuhalten und Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten.

Parallel zum Prozess der Aufenthaltsregelung für Sans-Papiers kontrollierte das Arbeitsinspektorat des Kantons Genf (OCIRT) systematisch die Dossiers mit Gesuchen aus dem Hauswirtschaftsbereich, die Anhaltspunkte für Verstösse gegen die geltenden Bestimmungen aufwiesen. Arbeitgebende, welche die Lohnbedingungen nicht einhielten oder die keine Sozialversicherungsbeiträge entrichteten, wurden unter Androhung von Verwaltungssanktionen und einer Strafanzeige aufgefordert, dies zu korrigieren (Ziff. 5.5.1).

5.4 Eingliederungs- und Integrationsmassnahmen

Eine weitere Säule der Operation Papyrus waren Massnahmen zur Eingliederung und Stabilisierung der betroffenen Migrantinnen und Migranten. In diesem Zusammenhang richtete das OCPM eine Anlaufstelle für Sans-Papiers ein, die von den Mitarbeitenden des Bureau de l'intégration des étrangers (BIE) geführt wurde. Sie stellten den Sans-Papiers, die ihre Situation regeln wollten, alle benötigten Informationen bereit.

Zudem wurde eine Stellenbörse im Hauswirtschaftsbereich geschaffen, um private Arbeitgebende mit den Stellensuchenden zusammenzubringen. Die Stellenbörse soll als ständige Einrichtung dafür sorgen, dass die berufliche Integration der Personen mit einem geregelten Aufenthalt stabil verläuft und dass die Arbeitgebenden auch zukünftig ihren Verpflichtungen nachkommen. Sie steht allen inländischen Arbeitskräfte offen, die so einen Zugang zu einem bisher relativ undurchsichtigen Arbeitsmarkt haben. Alle Begleitmassnahmen tragen zur Stabilisierung der betreffenden Branche und der dort beschäftigten Personen bei, ohne einen Pull-Effekt zu verursachen.

5.5 Evaluation der Operation Papyrus

5.5.1 Statistiken

Insgesamt haben 3450 Personen ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei den Migrationsbehörden des Kantons Genf eingereicht.

Das SEM hat der Erteilung eine Aufenthaltsbewilligung wegen eines Härtefalls (Ausweis B) an 2883 Personen (Sans-Papiers) zugestimmt. Es handelt sich dabei insbesondere um Familien (536 Familien, das heisst 816 Eltern und 860 Kindern). Dazu kamen 29 kinderlose Paare (58 Personen) und 1149 alleinstehende Personen. Der Kanton Genf und das SEM lehnten 97 Gesuche ab. 224 Dossiers sind noch bei den Genfer Behörden und beim SEM hängig (Stand am 30.9.2020).

Das OCPM hat einige eingereichte Dossiers als betrügerisch erachtet und die Fälle der Staatsanwaltschaft gemeldet. Strafrechtliche Ermittlungen sind im Gang. Dies betrifft jedoch nur einen kleinen Teil der Dossiers. Bisher wurden der Staatsanwaltschaft 293 Dossiers gemeldet. Rund 15 Verurteilungen sind bereits ergangen (Stand am 23.9.2020). Das OCPM wird bei ihnen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigern und sie aus der Schweiz wegweisen.

Das kantonale Arbeitsinspektorat (OCIRT) prüfte systematisch die Dossiers mit Gesuchen aus dem Hauswirtschaftsbereich, die Anhaltspunkte für Verstösse gegen die geltenden Bestimmungen aufwiesen. Von den 1834 geprüften Dossiers waren 70 Prozent einwandfrei. Bei den Dossiers mit festgestellten Gesetzesverstössen haben 79 Prozent der Arbeitgebenden diese Situation bereinigt. Das Ergebnis zeigt, dass die Arbeitgebenden sich nun offenbar ihrer gesetzlichen Pflichten bewusst sind und dass sie eher diesen Pflichten nachkommen, als ihr Personal zu entlassen. Damit haben sie zur Normalisierung im Hauswirtschaftsbereich beigetragen. Die Daten des «Chèque Service» (Dienst für Privathaushalte zur Anmeldung von Hausangestellten bei den obligatorischen Sozialversicherungen) bestätigen, dass gezielte und konkrete Begleitmassnahmen viele

Arbeitgebende veranlasst haben, ihr Personal zu melden. Dazu gehören die Kontrollen des OCIRT und die Informationskampagne «Le travail au noir, ça se paie cash». Für die Sozialversicherungen haben sich allein durch das System «Chèque Service» jährliche Mehreinnahmen von 5,7 Millionen Franken ergeben.

Dank der Massnahme «Ménage Emploi» im Hauswirtschaftsbereich, welche die Vermittlung zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden und die Schaffung von rechtskonformen Anstellungsverhältnissen erleichtern soll, konnten 150 Arbeitsverträge abgeschlossen werden. 14 Verträge betrafen Personen, deren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt wurde. Diese Massnahme hat sich somit als ein wesentliches Element zur Aufrechterhaltung einer stabilen Beschäftigung dieser Personen erwiesen. Zudem bringt «Ménage Emploi» Klarheit in einen mitunter undurchsichtigen Arbeitsmarkt und trägt so zur Normalisierung im Hauswirtschaftsbereich bei.⁴⁶

5.5.2 Zusammenfassung des Evaluationsberichts

Die Operation Papyrus wurde am 31. Dezember 2018 abgeschlossen. Nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Dossiers hat der Kanton Genf die Universität Genf, die Genfer Hochschule für Wirtschaft und das Institut für angewandte Forschung in Betriebswirtschaft beauftragt, Bilanz zur Operation Papyrus zu ziehen.⁴⁷ Der Evaluationsbericht wird nachstehend zusammengefasst.

Die Genfer Behörden haben zusätzlich eine Ergänzungsstudie mit der Bezeichnung «Parchemins» in Auftrag gegeben. Sie soll den Einfluss des Aufenthaltsstatus auf die Gesundheit und die Lebensumstände der Sans-Papiers in Genf beurteilen. Es wird beobachtet, wie sich die Situation der betreffenden Personen während der Zeit, in der ihr Gesuch um Aufenthaltsbewilligung (Operation Papyrus) bearbeitet wird, und in den darauffolgenden Jahren entwickelt. Die Situation der Personen, die eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben, wird mit der Situation von Personen ohne Bewilligung verglichen. Die Studie wird von der Universität Genf und den Genfer Universitätsspitalern (HUG) durchgeführt und dürfte im 2021 abgeschlossen werden. Der Zeitplan ist aber nicht gleich wie bei der Studie zu den Ergebnissen der Operation Papyrus.

Der Evaluationsbericht bezieht sich auf eine Auswahl von 543 Teilnehmenden: Sie umfasst 304 Personen mit nicht geregeltem Aufenthalt der «Vergleichsgruppe»⁴⁸ und 239 Personen mit geregeltem Aufenthalt der «Studiengruppe», die zwischen März 2015 und November 2019 gemäss den Kriterien der Operation Papyrus eine Härtefallbewilligung (Ausweis B) erhalten haben.⁴⁹

5.5.2.1 Profil der Studienteilnehmenden (Studiengruppe und Vergleichsgruppe)

Herkunft und Aufenthaltsdauer

73,6 Prozent der Personen der Studiengruppe (geregelter Aufenthalt) stammen aus Lateinamerika: Brasilien (44 %), Bolivien (25 %) und Kolumbien (7 %). Die zweitwichtigste Herkunftsregion ist Asien; hier stammen 95 Prozent aus den Philippinen und der Mongolei. Die osteuropäischen

⁴⁶ Vgl. Medienmitteilung des Departements für Sicherheit, Arbeit und Gesundheit des Kantons Genf vom 21. Februar 2020, verfügbar unter: www.ge.ch > Thèmes > Opération Papyrus.

⁴⁷ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève» im Auftrag des Departements für Sicherheit und Wirtschaft und 2019 fortgeführt vom Departement für Sicherheit, Arbeit und Gesundheit des Kantons Genf, Dezember 2019, veröffentlicht am 21. Februar 2020 durch die Genfer Behörden. Bericht verfügbar unter: www.ge.ch > Publications > Opération Papyrus.

⁴⁸ Die Vergleichsgruppe besteht aus Personen, welche die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Operation Papyrus nicht vollumfänglich erfüllen, weil ihnen beispielsweise einige Jahre Aufenthalt fehlen, und die ohne dieses Kriterium hätten teilnehmen dürfen, sowie Personen, die ein Gesuch eingereicht haben und noch auf eine Antwort der Behörden warten. Diese Gruppe umfasst also nicht Personen, bei denen bestimmte Kriterien zu einem automatischen Ausschluss von der Operation Papyrus führen (Asylsuchende, vorbestrafte Personen usw.).

⁴⁹ Sie umfasst also auch Personen, die nach den gleichen Kriterien wie bei der Operation Papyrus, aber vor deren offiziellen Ankündigung am 21. Februar 2017 regulisiert wurden.

Staatsangehörigen stammen hauptsächlich aus dem Kosovo. Bei den Personen aus Afrika handelt es sich vorwiegend um Staatsangehörige von nordafrikanischen Ländern (86 % sind aus Marokko, Algerien oder Tunesien). Auch die Vergleichsgruppe (nicht geregelter Aufenthalt) umfasst mehrheitlich Personen aus Lateinamerika (59 %, wobei brasilianische und bolivianische Staatsangehörige am stärksten vertreten sind). Der Anteil asiatischer und afrikanischer Staatsangehöriger ist in der Vergleichsgruppe höher als in der Studiengruppe. Gemäss dem Bericht ist dies jedoch zufallsbedingt und abhängig von den Personen, die sich zur Teilnahme bereit erklärt haben. Die Personen der Vergleichsgruppe haben sich im Durchschnitt seit elf Jahren im Kanton aufgehalten, bei den Personen der Studiengruppe sind es durchschnittlich 13 Jahre.

Es handelt sich also hauptsächlich aus Lateinamerika stammende und seit mehr als zehn Jahren in Genf wohnende Frauen im Alter von rund 45 Jahren, die ihren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt haben. Dieses Profil entspricht auch den Personen der Vergleichsgruppe.⁵⁰

Familiäre Situation und Ausbildung

Die Mehrheit der Personen mit geregelter Aufenthalt der Studiengruppe sind ledig (58 %). Berücksichtigt man jedoch den Beziehungsstatus und nicht den Zivilstand, lebt die Mehrheit in einer Partnerschaft (54 %). Von den 239 Personen der Studiengruppe sind 75 Kinder (31 %) und 164 Elternteile (69 %). Diese haben insgesamt 328 Kinder, wovon 70 in der Schweiz geboren wurden (21 %). Die meisten Kinder sind minderjährig, sie leben mit ihren Eltern in der Schweiz (98 %) und besuchen die Schule (100 % der Kinder zwischen 4 und 16 Jahren).⁵¹ Bei den Personen der Studiengruppe hat die Mehrheit ihre Ausbildung mit 20 Jahren abgeschlossen und eine Schule auf Sekundarstufe (58,2 %; Handelsschule, Berufsausbildung, Gymnasium usw.) besucht oder eine Hochschulausbildung (21,3 %) absolviert. Somit haben 79,5 Prozent einen Abschluss auf Sekundar- oder Tertiärstufe. 94 Prozent der Personen mit Hochschulabschluss haben zudem diese Ausbildung in ihrem Herkunftsland absolviert. Und schliesslich waren 66 Prozent in einem Anstellungsverhältnis, bevor sie ihr Herkunftsland verlassen haben, 13 Prozent waren selbstständig erwerbstätig.⁵²

Durchschnittliche Arbeitszeit

Die Frauen mit geregelter Aufenthalt arbeiten wöchentlich durchschnittlich 35,3 Stunden, gegenüber 40,9 Stunden bei den Männern. Diese Zahlen liegen über dem Schweizer Durchschnitt, der gemäss BFS im Jahr 2018 bei 32 Stunden lag. Dabei werden nur die bezahlten Stunden erfasst, jedoch nicht die Zeit, die für den Arbeitsweg aufgewendet wird. Sie kann hoch sein, da die betreffenden Personen oft bei verschiedenen Arbeitgebern in einer Teilzeitanstellung arbeiten.⁵³

Anzahl Stellen und Branchen

Neun Personen der Studiengruppe sind selbständig Erwerbstätig (3,9 %). Von den unselbständig Erwerbstätigen haben 53,9 Prozent einen einzigen Arbeitgeber, ein Drittel hat zwei bis fünf verschiedene Arbeitsverhältnisse, und 13,9 Prozent arbeiten für mehr als fünf verschiedene Arbeitgebende. Praktisch alle (95,9 %) besetzen eine oder mehrere Stellen in einer einzigen Branche. Sie sind hauptsächlich in drei Branchen tätig: Hauswirtschaft (59 %), Bau (15,2 %) und Hotellerie (10,6 %). Nur 10,6 Prozent üben andere Berufe im Tertiärsektor aus (Coiffeur, Reinigung, Verkauf, Gesundheit, Schönheit). Die Mehrheit der Frauen sind in der Hauswirtschaft beschäftigt (90 %

⁵⁰ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 1.1–1.3, S. 30–32.

⁵¹ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Abb. 2.4, S. 37.

⁵² Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 2.2, S. 38.

⁵³ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 2.3.1, S. 39.

gegenüber 13 % bei den Männern). Die Männer sind hauptsächlich auf dem Bau (39 %), in Reinigungsunternehmen, im Verkauf (24 %) und in der Hotellerie (24 %) tätig.⁵⁴

Anmeldung bei den Sozialversicherungen

Von den Personen aus der Studiengruppe waren 77 Prozent bei den Sozialversicherungen angemeldet, bei der Vergleichsgruppe (kein geregelter Aufenthalt) waren es nur 41,2 Prozent. Von den Personen, deren Aufenthalt seit weniger als sechs Monaten geregelt wurde, waren nur 72,4 Prozent bei den Sozialversicherungen angemeldet; bei Personen, deren Aufenthalt seit mehr als sechs Monaten geregelt wurde, beträgt der Anteil 85 Prozent. Die Regelung des Aufenthalts und dessen Dauer scheinen sich also positiv auf die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Pflichten auszuwirken. Der Bericht unterstreicht, dass die Begleitmassnahmen zur Operation Papyrus wahrscheinlich einen Einfluss auf die Erhöhung der Anmeldequote gehabt haben.⁵⁵

Stabilität der Arbeitsplätze

Rund 88 Prozent der Personen in der Studiengruppe haben bereits vor der Regelung ihres Aufenthalts gearbeitet (vgl. Ziff. 2.3.4 des Berichts, Tabelle 2.2, S. 45). 95,4 Prozent der Personen, die einen erst seit kürzerer Zeit (weniger als sechs Monate) geregelten Aufenthalt haben, besetzen weiterhin die gleiche Stelle wie vor der Erteilung der Härtefallbewilligung. Bei 79,0 Prozent der Personen, deren Aufenthalt vor mehr als sechs Monaten geregelt wurde, hält das gleiche Arbeitsverhältnis weiterhin an.

Nur 31 Personen der Studiengruppe geben an, dass sie mindestens eine ihrer Arbeitsstellen wegen der Regelung ihres Aufenthalts verloren haben.⁵⁶ Daraus ist zu schliessen, dass die Arbeitsverhältnisse nach der Regelung stabil geblieben sind.

Löhne

Der Medianlohn der Personen der Studiengruppe beträgt brutto 22 Franken pro Stunde. Bei der Mehrheit der Personen der Studiengruppe beträgt das verfügbare Einkommen zwischen 2262 und 3303 Franken pro Monat («ungefähres verfügbares Einkommen»⁵⁷). Die Vergleichsgruppe weist einen Medianlohn von 1899 Franken pro Monat auf, bei einem monatlich verfügbaren Einkommen zwischen 1200 und 2733 Franken.

Sozialhilfe und finanzielle Unabhängigkeit

Trotz ihrer schwierigen finanziellen Situation haben nur 0,8 Prozent der Personen der Studiengruppe (insgesamt zwei Personen) Sozialhilfe beantragt, da sie aus gesundheitlichen Gründen ihre Arbeit vorübergehend aufgeben mussten. Die finanzielle Unabhängigkeit der Studiengruppe wird unterschiedlich eingeschätzt. Der Bericht nennt drei verschiedene Methoden, um die finanzielle Unabhängigkeit zu berechnen. Je nach gewählter Methode liegt diese bei 70, 80 oder 86 Prozent. Am plausibelsten erachtet der Bericht jedoch den Wert von 86 Prozent.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.2, Abb. 2.10, 2.11 und 2.12, 2.13 S. 41–43.

⁵⁵ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.3, S. 43.

⁵⁶ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.4, S. 45.

⁵⁷ Zur Berechnung des verfügbaren Äquivalenzeinkommens, das im Bericht genannt wird, wurden sämtliche Nettolöhne der verschiedenen Mitglieder eines Haushalts zu den erhaltenen Beihilfen und Zuschüssen (Familienzulagen und KVG) hinzugezählt. So konnte das verfügbare Einkommen des gesamten Haushalts geschätzt werden. Dieses wurde dividiert durch die Zahl der Haushaltsmitglieder, umgerechnet in Erwachsenenäquivalente (gemäss der OECD-Skala, die als Standard dient und anhand der die Nichtproportionalität der Haushaltsausgaben berücksichtigt wird).

⁵⁸ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.4.4, S. 51–53.

Situation der Personen mit regeltem Aufenthalt in finanzieller Hinsicht und auf dem Arbeitsmarkt

In Bezug auf die Branchen wurde eine gewisse Stabilität festgestellt: Zwischen der Evaluation in der Halbzeit der Operation Papyrus und der Schlussevaluation haben nur 12 Prozent der Personen mit regeltem Aufenthalt die Branche gewechselt. Hingegen war bei der Anzahl Stellen eine Entwicklung zu beobachten: Von den 183 Arbeitsverhältnissen der Sans-Papiers, die in der Halbzeit der Operation Papyrus befragt wurden, bestehen nur noch 75 oder 41 Prozent. Dabei ist aber zu bedenken, dass bei der Hälfte der «neuen» Arbeitsverhältnisse, die im zweiten Fragebogen (zur Ausarbeitung des Schlussberichts) gemeldet wurden, der Beginn des Anstellungsverhältnisses vor dem Datum des ersten Fragebogens liegt. Die Zunahme der Stellen, die den Sozialversicherungen gemeldet werden, wird ebenfalls bestätigt. So waren 72,5 Prozent der Arbeitsverhältnisse, die beim Ausfüllen des ersten Fragebogens bestanden, gemeldet. Bei den im zweiten Fragebogen erwähnten Arbeitsverhältnissen lag dieser Wert bei 77 Prozent. Dies bestätigt, dass Arbeitsverhältnisse eher bei den Sozialversicherungen gemeldet werden, wenn ein Zugang zu einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) besteht.⁵⁹

5.5.2.2 Fazit des Evaluationsberichts

Die Evaluation der Operation Papyrus soll vor allem zwei Fragen beantworten:

- *Kann man von einer Sogwirkung bezüglich der Beschäftigung von neuen Sans-Papiers in den von der Operation Papyrus betroffenen Branchen sprechen?*
- *Besteht die finanzielle Unabhängigkeit der Personen mit regeltem Aufenthalt über die Regelung des Aufenthalts hinaus?*

Die erste Frage beantwortet der Bericht negativ.

In den von der Operation Papyrus besonders betroffenen Branchen, also in erster Linie im Hauswirtschaftsbereich, wurde keine Sogwirkung bezüglich der Beschäftigung von neuen Sans-Papiers festgestellt. Durch die Regelung des Aufenthalts werden die Beschäftigungsverhältnisse von den Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden eher bei den Sozialversicherungen gemeldet. Dies hat dazu beigetragen, die Situation im Hauswirtschaftssektor zu bereinigen. So waren 41 Prozent der von Sans-Papiers besetzten Stellen bei den Sozialversicherungen gemeldet. Bei Personen, deren Aufenthalt seit weniger als sechs Monaten geregelt ist, hat sich dieser Anteil auf 72 Prozent erhöht. Liegt die Regelung des Aufenthalts mehr als sechs Monate zurück, erhöht sich dieser Anteil auf 85 Prozent. Die Arbeitsverhältnisse von Personen, deren Aufenthalt durch die Operation Papyrus geregelt wurde, haben sich als sehr stabil erwiesen.

Die Arbeitgebenden ziehen es vor, zukünftig ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen, als sich von ihren Angestellten mit einem nun regeltem Aufenthalt zu trennen. Von den Arbeitnehmenden haben rund ein Drittel nach der Regelung ihres Aufenthalts versucht, eine neue Stelle zu finden. Begründet wird dies in erster Linie mit dem Wunsch, das Einkommen zu erhöhen, und weniger mit dem Bedürfnis nach einem Branchenwechsel.

Die zweite Frage beantwortet der Bericht positiv.

Nur zwei Personen, deren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt wurde, mussten Sozialhilfe beantragen. Der Grund dafür war, dass sie wegen Gesundheitsproblemen ihre Arbeit vorübergehend aufgeben mussten. Auch wenn sich eine Mehrheit der Personen mit regeltem Aufenthalt (Studiengruppe) in einer schwierigen finanziellen Situation befinden und sie einem Armutsrisiko ausgesetzt sind, stellt der Bericht fest, dass mindestens 86 Prozent von ihnen in einem

⁵⁹ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.5, S. 54–55.

finanziell unabhängigen Haushalt leben (siehe Ziff. 5.5.2.1; dies variiert je nach Berechnungsmethode).

6 Städteinitiativen

6.1 «Sanctuary Cities»

In den 1980er-Jahren fanden in Lateinamerika mehrere Bürgerkriege statt, vor allem in Guatemala und in El Salvador. Sie veranlassten viele Menschen, aus ihrem Land zu flüchten und in den USA um Asyl zu ersuchen. Da sie aber von der damaligen Administration von Präsident Reagan als Wirtschaftsflüchtlinge betrachtet wurden, erhielten nur wenige Asyl und den damit verbundenen Schutz. In der Folge erklärten sich einzelne Religionsgemeinschaften als «Zufluchtsorte» in Anlehnung an die Zufluchtsstätte des Alten Testaments. Hier erhielten die Betroffenen Hilfe (Essen, medizinische Behandlung, Beschäftigung, Rechtsberatung) und Schutz vor der Ausschaffung.

Die Stadt San Francisco hat zuerst eine sogenannte «Sanctuary Ordinance»⁶⁰ erlassen. Gemäss dieser Verordnung dürfen städtische Beamtinnen und Beamte keine Gelder oder andere Ressourcen der Stadt dafür aufwenden, um die Einwanderungs- und Zollbehörden bei der Anwendung des Bundesgesetzes über die Einwanderung zu unterstützen, sofern diese Unterstützung nicht gestützt auf ein Bundesgesetz oder ein Gesetz eines US-Bundesstaats erforderlich ist. Im Jahr 2013 hat San Francisco zudem die «Due Process for All Ordinance»⁶¹ verabschiedet. Diese Verordnung beschränkt die Fälle, in denen die städtischen Ordnungskräfte den Einwanderungs- und Zollbehörden die bevorstehende Entlassung einer Person aus einem lokalen Gefängnis melden dürfen. Sie verbietet auch die Zusammenarbeit mit diesen Behörden bei Ersuchen um Inhaftnahme.⁶²

Heute ist San Francisco eine von über 200 Städten in den Vereinigten Staaten, die eine solche «Sanctuary Policy» kennen. Einige Bundesstaaten sind ihnen gefolgt und haben ähnliche Bestimmungen erlassen.

6.2 Begriffsbestimmungen

Der Begriff «Sanctuary Policy» ist rechtlich nicht definiert. Er bezieht sich auf Verwaltungen, welche die Zusammenarbeit mit den Migrationsbehörden des Bundes einschränken, indem sie ihnen namentlich keine Auskünfte zum Status von Migrantinnen und Migranten erteilen und die maximale Haftdauer beschränken. Diese Bundesstaaten und lokalen Behörden arbeiten oft mit den Vollzugsbehörden des Bundes zusammen, insbesondere bei strafrechtlichen Untersuchungen. Einige schränken diese Zusammenarbeit jedoch bei administrativen Untersuchungen ein, um die öffentliche Sicherheit und die Ziele der kommunalen Polizeibehörden zu unterstützen. Dadurch werden beispielsweise Zeugen und Opfer von Verbrechen zu einer Aussage ermuntert, auch wenn sie kein Aufenthaltsrecht besitzen.

In den betreffenden Städten haben die lokalen Regierungen angeordnet, dass die Polizei bei Personenkontrollen den Aufenthaltsstatus von Migrantinnen und Migranten nicht überprüfen darf. Die betroffenen Personen erhalten damit faktisch ein Verbleiberecht in dieser Stadt.

⁶⁰ Vgl. San Francisco Administrative Code, Chapter 12h: Immigration Status, verfügbar unter: https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF_Prozent20Admin_Prozent20Code_Prozent2012H-12I.pdf

⁶¹ Vgl. San Francisco Administrative Code, Chapter 12i: Civil Immigration Detainers, verfügbar unter: https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF_Prozent20Admin_Prozent20Code_Prozent2012H-12I.pdf

⁶² Vgl. What is the Sanctuary Ordinance & FAQ, verfügbar unter: <https://sfgov.org/oceia/sanctuary-city-ordinance-0>

6.3 City-Card

6.3.1 Ursprung

Das Konzept der «Urban Citizenship» ergibt sich direkt aus der «Sanctuary Policy» (siehe oben). Es handelt sich dabei um eine konkrete Massnahme zugunsten von Personen mit rechtswidrigen Aufenthalt. Früher waren solche Massnahmen auf die Behörden und die Polizei ausgerichtet.

6.3.2 Konzept

Gestützt auf das Konzept der «Urban Citizenship» sind diese städtischen Ausweise (City-Card) für alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Stadt vorgesehen. Sie dienen der Identifikation gegenüber der Polizei, ohne dass die Staatsangehörigkeit oder der Aufenthaltsstatus angegeben werden muss (Grundsatz «don't ask, don't tell»). Um die Karte für möglichst viele Einwohnerinnen und Einwohner attraktiv zu machen, werden sie mit gewissen Vorteilen verbunden und sie erleichtern den Zugang zu bestimmten öffentlichen und privaten Leistungen.

Zur Veranschaulichung dient das Beispiel von New York. Diese Metropole stellt seit 2015 allen Einwohnerinnen und Einwohnern gegen Vorlage von gewissen Nachweisen einen Ausweis aus: die New York City Identification Card (IDNYC).⁶³ Als Nachweis der Identität werden neben dem amerikanischen Pass auch ausländische Reisepässe oder Führerausweise, Geburtsurkunden oder Studentenausweise akzeptiert. Als Nachweis für den Aufenthalt in New York genügt die Vorlage von Rechnungen für Gas, Wasser oder Strom oder beispielsweise ein Schreiben einer Obdachlosenunterkunft. Die IDNYC erleichtert den Zugang zu verschiedenen öffentlichen und privaten Leistungen, für die man sich ausweisen muss.

Obwohl solche Ausweise für alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Stadt gedacht sind, richten sie sich in erster Linie an besonders schutzbedürftige Personen, insbesondere mit einem rechtswidrigen Aufenthalt. Sie sollen die üblichen und anerkannten Mittel zur Identifikation und die erforderlichen Aufenthaltsbewilligungen ersetzen. Diese Funktion wird zwar nicht speziell hervorgehoben, sie ist aber ihr Hauptzweck.

6.3.3 In der Schweiz

Ein direkter Vergleich mit den Lösungen in den Vereinigten Staaten ist schwierig, da die Kompetenzen beim Vollzug des Ausländerrechts in der Schweiz wesentlich anders geregelt sind.

Diskussionen in den Städten Zürich und Bern

Netzwerke wie «Züri City Card» und «Wir alle sind Bern», die sich für Sans-Papiers einsetzen, haben das Thema auf die politische Agenda gesetzt.

Der Zürcher Gemeinderat hat am 31. Oktober 2018 dem Stadtrat dazu eine Motion⁶⁴ überwiesen. Dieser muss innerhalb von zwei Jahren einen Vorschlag unterbreiten, wie die «Züri City Card» für alle Einwohnerinnen und Einwohner der Stadt, einschliesslich der Sans-Papiers, eingeführt werden kann.

Der Regierungsrat des Kantons Zürich lehnte zudem eine Interpellation ab, die ähnliche Massnahmen wie die Operation Papyrus in Genf forderte. Er argumentierte, dass die Situation im Kanton Zürich nicht mit der Situation im Kanton Genf vergleichbar sei, in dem schweizweit am meisten Sans-Papiers leben. Dort sei die Situation in erster Linie auf die grosse Anzahl ausländischer Personen mit Diplomatenstatus zurückzuführen, die Hausangestellte beschäftigen. In seiner Antwort auf die

⁶³ Vgl. Link: <https://www1.nyc.gov/site/idnyc/benefits/benefits.page>

⁶⁴ Dringliche Motion der SP-Grüne und AL-Fraktion vom 11.7.2018 «Einführung einer städtischen Identitätskarte für alle Stadtbewohnerinnen und Stadtbewohner (Züri City Card)» (2018/278), verfügbar unter: www.gemeinderat-zuerich.ch > Geschäfte.

Interpellation hielt der Regierungsrat weiter fest, dass der Bund im Ausländerbereich zuständig sei und dass Sans-Papiers um eine Härtefallbewilligung ersuchen könnten.⁶⁵

Im Schwerpunkteplan 2018–2021 zur Umsetzung des Leitbildes zur Integrationspolitik hat der Gemeinderat der Stadt Bern folgendes Ziel verabschiedet: «Die Stadt beteiligt sich an der Debatte um das Konzept von «Urban Citizenship» und ist bestrebt, eine City-Card einzuführen, um damit die Teilhabe aller Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus zu fördern. Die Federführung für die Umsetzung des oben erwähnten Ziels liegt beim Kompetenzzentrum Integration der Stadt Bern.»

Rechtsrahmen

Das Konzept der City-Card als Ausweis, der den Aufenthalt der Inhaberin oder des Inhabers regelt, wurde in der letzten Zeit in der Bundesversammlung diskutiert. Es hat einige Fragen aufgeworfen.

In seiner Frage (18.5587) «Legalisierung illegal anwesender Ausländer auf kommunaler Ebene» wollte Nationalrat Rutz wissen, ob es möglich sei, kommunale Ausweise zu schaffen, welche die Anwesenheit von Sans-Papiers legalisieren, und falls ja, wer die Kompetenz zur Ausstellung der Ausweise habe. Der Bundesrat wies in seiner Antwort darauf hin, dass die Gemeinden und die Kantone keine Kompetenz haben, den Aufenthalt von Sans-Papiers durch die Ausstellung von eigenen Ausweisen verbindlich zu regeln.

Mit der Interpellation von Nationalrat Hess «Verstossen City-Cards gegen geltendes Recht?» (19.3933) wird namentlich gefragt, ob diese Karten rechtswidrig sind, ob sie rechtlich verbindlich sind, ob die kantonalen und kommunalen Behörden zur Ausstellung eines solchen Ausweises befugt sind und ob vom Bund Massnahmen zu treffen sind. Diese Interpellation wurde im Nationalrat noch nicht behandelt.

Der Bundesrat hat in seiner Antwort wie bei der Frage von Nationalrat Rutz festgehalten, dass die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie die Gewährung von Asyl Sache des Bundes ist (Art. 121 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV]⁶⁶). Das AIG⁶⁷ legt fest, unter welchen Voraussetzungen ausländische Personen zugelassen werden und einen Ausländerausweis erhalten können (Art. 41 AIG). Weder die Kantone noch die Gemeinden verfügen über eigene Kompetenzen in diesem Bereich. Ein von einer Stadt ausgestellter Karte, die ein faktisches Aufenthaltsrecht auf dem Stadtgebiet anerkennt, würde demnach gegen Bundesrecht verstossen.⁶⁸

Die Einführung einer solchen Karte als Identitätsausweis würde auch deshalb gegen Bundesrecht verstossen, weil der Bundesrat gemäss dem Ausweisgesetz (Art. 1 Abs. 3)⁶⁹ zuständig ist für die Regelung der Ausweisarten für Schweizerinnen und Schweizer. Zurzeit werden der Pass und die Identitätskarte gemäss den Bestimmungen der Ausweisverordnung anerkannt (Art. 1 VAwG).⁷⁰ Ausländische Personen müssen gemäss den Bestimmungen des AIG während ihres Aufenthalts in der Schweiz im Besitz eines gültigen und anerkannten ausländischen Ausweispapieres sein (Art. 13

⁶⁵ Vgl. Regierungsratsbeschluss Nr. 440/2017 vom 9. Mai 2017 zur Interpellation Michèle Dünki-Bättig, Glattfelden, Sibylle Marti und Thomas Marthaler, Zürich, betreffend Sans-Papiers im Kanton Zürich, verfügbar unter: www.zh.ch > Kanton Zürich > Politik & Stadt > Gesetze & Beschlüsse > Beschlüsse des Regierungsrates.

⁶⁶ SR 101

⁶⁷ SR 142.2

⁶⁸ Verfügbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista.

⁶⁹ SR 143.1

⁷⁰ SR 143.11

Abs. 1 und 89 AIG). Sie werden ebenfalls durch den Bundesrat bestimmt (vgl. Art. 13 Abs. 1 AIG und Art. 8 VZAE)⁷¹.

Nach dem Konzept der City-Card soll mit einem lokalen Ausweis für Sans-Papiers der Anschein einer rechtskonformen Situation bezüglich der Regelung des Aufenthalts erweckt werden. Sie verleiht dem Aufenthalt von Sans-Papiers auf dem Gebiet der betreffenden Stadt von Beginn weg eine gewisse Rechtmässigkeit, indem sie Schutz vor möglichen Kontrollen und Zugang zu weiteren Leistungen bietet. Sie werden von den Behörden nicht behelligt und können nach einigen Jahren ein Gesuch um die Erteilung einer Härtefallbewilligung einreichen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit einem solchen Konzept könnten somit die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern wesentlich leichter umgangen werden

7 Zugang von Sans-Papiers zu den Sozialversicherungen

7.1 Krankenversicherung

7.1.1 Unterstellung

Nach Artikel 3 Absatz 1 KVG⁷² muss sich jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz innert drei Monaten nach der Wohnsitznahme in der Schweiz für Krankenpflege versichern oder von ihrem gesetzlichen Vertreter bzw. ihrer gesetzlichen Vertreterin versichern lassen. Gemäss Rechtsprechung des BGer⁷³ ist für die Wohnsitzfrage nicht massgebend, ob eine gültige Aufenthaltsbewilligung vorhanden ist. Sans-Papiers, die sich mit der Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz aufhalten, haben hier ihren Wohnsitz und sind somit versicherungspflichtig.

Personen, die im Rahmen eines Asylverfahrens eingereist sind, haben grundsätzlich ihren Wohnsitz in der Schweiz, da sie hier wohnen und ihren Wohnsitz im Ausland aufgegeben haben (Art. 24 Abs. 2 ZGB). Nach einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid ist es mitunter schwierig zu wissen, ob die betreffende Person die Schweiz verlassen hat oder nicht. Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich die Person nicht mehr in der Schweiz aufhält, kann der Kanton verlangen, dass die Fälligkeit der Prämien sistiert wird (Art. 92d der Verordnung über die Krankenversicherung; KVV)⁷⁴. Personen, die trotz negativem Ausgang ihres Asylverfahrens in der Schweiz bleiben, behalten hier ihren Wohnsitz und sind somit weiterhin versicherungspflichtig. Die Versicherungspflicht endet erst, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen haben oder mit ihrem Tod (Art. 7 Abs. 5 KVV).

Es wurden mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht mit dem Ziel, Sans-Papiers von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auszuschliessen.⁷⁵

Um den Zugang von Sans-Papiers zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu gewährleisten, gab das BSV als damalige Aufsichtsbehörde über die Krankenversicherung im Jahr 2002 eine Weisung heraus, welche die Versicherer an ihre Pflicht erinnerte. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 23. Mai 2012⁷⁶ festgestellt hat, ist nur ein Teil der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers

⁷¹ SR 142.201

⁷² SR 832.10

⁷³ BGE 129 V 77

⁷⁴ SR 832.102

⁷⁵ Vgl. Motion Kuprecht (10.3203) «Aufhebung der KVG-Grundversicherungspflicht für Sans-Papiers» (abgelehnt), parlamentarische Initiative Reimann (12.484) «Keine KVG-Grundversicherungspflicht für Sans-Papiers, für abgewiesene Asylbewerber sowie für solche mit Nichteintretensentscheid» (keine Folge geleistet), Motion SVP (12.3819) «Asylwesen. Gesundheitsversorgung ausserhalb des KVG sicherstellen» (abgelehnt), Motion Brand (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern» (abgelehnt), parlamentarische Initiative Giezendanner (16.467) «Keine Versicherungspflicht für illegale Aufenthalter» (zurückgezogen). Vgl. auch Ziff. 3 dieses Berichts.

⁷⁶ Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik >

versichert. Dafür gibt es mehrere Gründe: schwierige finanzielle Situation, das Bestreben, Kontakte mit den Behörden zu vermeiden, Schwierigkeiten, sich bei einem Versicherer anzumelden. Der Bundesrat möchte die Versicherungsdeckung der Sans-Papiers erhöhen. Aufgrund der Interpellation Maury Pasquier (14.3798) «Sans-Papiers ohne Krankenversicherung. 13-stellige AHV-Versichertennummer unabhängig vom rechtlichen Status erstellen» wurden die Unterstützungsgruppen von Sans-Papiers über eine Kontaktstelle beim BAG informiert, an die sich diese bei Problemen mit der Ausstellung der Versichertenkarte wenden können. Die dem BAG gemeldeten Fälle konnten zur Zufriedenheit der betroffenen Personen geregelt werden.

7.1.2 Anspruch auf Leistungen

Alle nach dem KVG versicherten Personen haben unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus Anspruch auf den gleichen Leistungskatalog (Art. 5 Bst. f des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes; KVAG). Es wurden mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht, um die Leistungen für Sans-Papiers zu beschränken.⁷⁷ Der Bundesrat hat in seinen Antworten stets auf den wichtigen Grundsatz hingewiesen, dass alle in der Schweiz wohnhaften Personen – unabhängig von ihrer Herkunft und ihrem Aufenthaltsstatus – das Recht auf dieselbe medizinische Versorgung haben.

7.2 Unfallversicherung

7.2.1 Unterstellung

Nach Artikel 1a Absatz 1 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)⁷⁸ sind alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden, einschliesslich Heimarbeitende, Lernende, Praktikantinnen und Praktikanten, Volontärinnen und Volontäre sowie in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätige Personen gegen Unfall und Berufskrankheiten versichert. Wenn sie wöchentlich mindestens acht Stunden beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt sind, sind sie ebenfalls gegen Nichtberufsunfälle versichert (Art. 13 der Verordnung über die Unfallversicherung; UVV)⁷⁹.

Gemäss Rechtsprechung gilt als Arbeitnehmer nach Artikel 1a Absatz 1 UVG, wer zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken und ohne ein eigenes wirtschaftliches Risiko tragen zu müssen dauerhaft oder vorübergehend eine Arbeit ausführt für einen Arbeitgeber, dem er mehr oder weniger unterstellt ist. Dies sind also vor allem Personen, die über einen Arbeitsvertrag nach den Artikeln 319 ff. des Obligationenrechts (OR)⁸⁰ verfügen oder in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehen. Das Bestehen eines Arbeitsvertrags stellt jedoch keine Voraussetzung für die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft nach Artikel 1a Absatz 1 UVG dar.

Wenn kein Arbeitsvertrag oder ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis besteht, ist die Arbeitnehmereigenschaft im Lichte der gesamtwirtschaftlichen Umstände im Einzelfall zu bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass das UVG im Hinblick auf eine möglichst umfassende Versicherungsdeckung auch Personen einschliesst, die aufgrund ihrer unentgeltlichen Arbeitsleistung nicht als Arbeitnehmende betrachtet werden können; dies ist beispielsweise bei Volontärinnen und Volontären oder Praktikantinnen und Praktikanten der Fall. Der Begriff des Arbeitnehmers nach Artikel 1a UVG ist somit breiter gefasst als der arbeitsrechtliche Begriff.

Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

⁷⁷ Vgl. Motion Brand (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern», wonach Nothilfebezüger im Krankheitsfall von den zuständigen kantonalen Behörden zur absoluten Mindestversorgung an einen Arzt zu verweisen sind (abgelehnt); Motion Flückiger-Bäni (17.3535) «Eine Krankenversicherung «light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht» (abgeschrieben); Motion SVP (19.3035) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht» (noch nicht behandelt). Vgl. auch Ziff. 3 dieses Berichts.

⁷⁸ SR 831.20

⁷⁹ SR 832.202

⁸⁰ SR 220

Generell unterstreicht die Rechtsprechung zwei Kriterien, die zur Unterstellung unter das UVG führen können: die Ausbildung als Ziel für die eingestellte Person oder das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens an der Arbeitsleistung. Gestützt auf diese Grundsätze hat das BGer im Fall einer Sozialhilfebezügerin, die im Rahmen eines Arbeitsversuches ohne Lohn in einem Reinigungsunternehmen beschäftigt wurde, entschieden, dass sie über das Unternehmen versichert ist, da dieses ein wirtschaftliches Interesse an der Arbeitsleistung hat (BGE 8C_302/2017 vom 18. August 2017). Auch eine 15-jährige Jugendliche, die in ihrer Freizeit in einem Reitzentrum arbeitete und als einzige Entschädigung Pferde reiten durfte, war nach Ansicht des BGer obligatorisch gegen Unfall versichert (BGE 115 V 55).

Personen ohne Aufenthaltstitel sind von dieser Regel nicht ausgenommen. Ab dem Zeitpunkt, in dem diese nach den oben genannten Rechtsprechungskriterien als Arbeitnehmende erachtet werden (beispielsweise aufgrund des wirtschaftlichen Interesses des Unternehmens, das sie eingestellt hat), sind Sans-Papiers nach den Bestimmungen des UVG versichert. Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten tragen die Arbeitgebenden. Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle, falls eine solche Deckung gegeben ist, gehen zu Lasten der Sans-Papiers. Abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmenden bleiben vorbehalten (Art. 91 UVG).

7.2.2 Anspruch auf Leistungen

Nach Artikel 73 UVG erbringt die Ersatzkasse UVG die gesetzlichen Versicherungsleistungen an verunfallte Arbeitnehmende, für deren Versicherung nicht die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) zuständig ist und die von ihrem Arbeitgeber nicht versichert worden sind. Ist das Unternehmen aufgrund seiner Tätigkeit obligatorisch bei der SUVA versichert nach Artikel 66 UVG, hat die SUVA, die ein Teilmonopol besitzt, die Leistungen zu erbringen; dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber nichts unternommen hat, um sein Personal zu versichern. Wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmenden nicht versichert, die Eröffnung seines Betriebs nicht gemeldet oder sich sonst wie der Prämienpflicht entzogen hat, erhebt die Suva oder die Ersatzkasse vom Arbeitgeber für die Dauer der Säumnis, höchstens aber für fünf Jahre, eine Ersatzprämie in der Höhe des geschuldeten Prämienbetrags. Der Betrag wird verdoppelt, wenn sich der Arbeitgeber in unentschuldbarer Weise der Versicherungs- oder Prämienpflicht entzogen hat. Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten wiederholt nicht nach, so kann eine Ersatzprämie vom drei- bis zehnfachen Prämienbetrag erhoben werden (Art. 95 UVG).

Somit sind ausländische Arbeitnehmende auch ohne Aufenthaltstitel obligatorisch gegen Unfall versichert, wie alle anderen Arbeitnehmenden auch. Dass sie vom Arbeitgeber nicht bei den Sozialversicherungs- und anderen Behörden gemeldet worden sind, ändert nichts daran, dass diese Deckung besteht. Auf jeden Fall sind sie versichert und erhalten Versicherungsleistungen nach den Bestimmungen des UVG.

7.3 Alters- und Hinterlassenversicherung, Invalidenversicherung und Erwerbsersatzordnung

7.3.1 Versicherungs- und Beitragspflicht

Die Bundesverfassung erklärt die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV und IV) sowie die Erwerbsersatzordnung (EO) für obligatorisch (Art. 112 Abs. 2 Bst. a und 116 Abs. 3 BV⁸¹). Diese Pflichtversicherungen umfassen alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Der Wohnsitzbegriff richtet sich nach dem Zivilgesetzbuch (Art. 13 ATSG und Art. 23 ff. ZGB). Danach befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Ist der Wohnsitz nicht nachweisbar, gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz. Die

Unrechtmässigkeit des Aufenthalts hindert weder die Begründung des zivilrechtlichen Wohnsitzes noch die Versicherungsunterstellung oder Leistungserbringung.

Sans-Papiers, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben oder arbeiten, unterliegen dem Versicherungsobligatorium: Wer in der Schweiz seinen Wohnsitz hat oder arbeitet, muss unabhängig von der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsstatus Beiträge an die AHV, die IV und die EO bezahlen (Art. 1a, 3 und 12 AHVG⁸², Art. 2 IVG⁸³ und Art. 27 Abs. 1 EOG⁸⁴). Dabei richtet sich die Beitragspflicht in der IV und der EO nach der Beitragspflicht in der AHV. Wer AHV-beitragspflichtig ist, ist somit automatisch auch IV- und EO-beitragspflichtig.

Erwerbstätige Personen

Ausländerinnen und Ausländer müssen, um in der Schweiz erwerbstätig sein zu dürfen, über eine Arbeitsbewilligung verfügen (Art. 11 Abs. 1 AIG⁸⁵). Arbeitgebende haben sich vor dem Stellenantritt einer Ausländerin oder eines Ausländers durch Einsicht in das Ausweispapier oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht (Art. 91 Abs. 1 AIG). Auch wenn ein Sans-Papiers ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung in der Schweiz erwerbstätig ist, fällt er von Gesetzes wegen unter das Versicherungsobligatorium und ist beitragspflichtig (Art. 1a Abs. 1 Bst. b und 3 AHVG). Die Beitragspflicht besteht ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres. Die AHV/IV/EO-Beiträge berechnen sich gestützt auf den massgebenden Lohn (Art. 4 Abs. 1 AHVG).⁸⁶

Bei unselbstständig erwerbstätigen Personen werden die Beiträge je hälftig vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen und müssen bei jeder Lohnzahlung in Abzug gebracht werden (Art. 14 Abs. 1 AHVG). Der Arbeitgeber überweist die Beiträge periodisch an die zuständige Ausgleichskasse. Erwerbstätige Sans-Papiers kommen somit nicht selber mit der zuständigen AHV-Ausgleichskasse in Kontakt, sondern nur über den Arbeitgeber, der sie bei der AHV anmelden und die Beiträge für sie abrechnen muss.

Selbstständig erwerbstätige Versicherte rechnen hingegen direkt mit der zuständigen Ausgleichskasse ab, wobei die Steuerbehörden der Ausgleichskasse das Nettoeinkommen melden. Dabei bildet das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gemäss Veranlagung für die direkte Bundessteuer die Grundlage für die Berechnung der Beiträge.

Die Beitragspflicht endet mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit. Das gilt auch für Personen, die das ordentliche Rentenalter erreicht haben (Männer: 65 Jahre, Frauen: 64 Jahre; Art. 21 Abs. 1 AHVG) und weiter erwerbstätig sind.

Nichterwerbstätige Personen

Personen, die kein oder nur ein geringes Erwerbseinkommen erzielen und Wohnsitz in der Schweiz haben, müssen Beiträge als Nichterwerbstätige bezahlen. Die Beitragspflicht für Nichterwerbstätige beginnt am 1. Januar nach Vollendung des 20. Altersjahres und endet, wenn die nichterwerbstätige Person das ordentliche Rentenalter erreicht hat.

Von der Beitragspflicht ausgenommen sind:

- Versicherte, deren Ehefrau oder Ehemann im Sinne der AHV erwerbstätig ist und mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet (Art. 3 Abs. 3 Bst. a AHVG);

⁸² SR 831.10

⁸³ SR 831.20

⁸⁴ SR 834.1

⁸⁵ SR 142.20

⁸⁶ Vom massgebenden Lohn, der je Arbeitsverhältnis den Betrag von 2300 Franken im Kalenderjahr nicht übersteigt, werden die Beiträge nur auf Verlangen hin erhoben. Wer Hausdienstarbeitnehmende beschäftigt, ist jedoch verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen, auch wenn der Geld- oder Naturallohn tiefer ist als 2300 Franken im Jahr.

- Versicherte, die im Betrieb der Ehefrau oder des Ehemanns ohne Barlohn mitarbeiten und deren Ehefrau oder Ehemann mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet (Art. 3 Abs. 3 Bst. b AHVG).

Nichterwerbstätige Personen, die noch nicht von einer Ausgleichskasse für die Beitragszahlung erfasst sind, müssen sich selbst bei der Ausgleichskasse des Wohnkantons anmelden. Die Ausgleichskasse setzt Akontobeiträge fest. Die definitiven Beiträge werden in der Regel aufgrund der Steuerveranlagung festgesetzt.

Erhält eine Ausgleichskasse Kenntnis davon, dass eine beitragspflichtige Person keine Beiträge bezahlt hat, so hat sie die Nachzahlung der geschuldeten Beiträge zu verlangen (Art. 39 Abs. 1 AHVV). Die Beitragsforderung erlischt fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in welchem sie rechtskräftig wurde (Art. 16 Abs. 2 AHVG). Eine Nachzahlung der Beiträge oder Verrechnung der Beiträge mit der Rente ist nur innerhalb dieser fünf Jahre zulässig.

Wie eine Studie aus dem Jahr 2005 ergeben hat, treten Sans-Papiers freiwillig kaum mit offiziellen Ämtern in Kontakt.⁸⁷ Sie kommen deshalb ihrer Beitragspflicht in der Regel nicht nach, da sie von den Arbeitgebenden nur selten bei der AHV-Ausgleichskasse gemeldet werden und Nichterwerbstätige sich nicht freiwillig anmelden. Eine Anmeldung von Sans-Papiers bei den AHV-Ausgleichskassen ist bereits aus diesen Gründen der Ausnahmefall.

7.3.2 Leistungsansprüche

7.3.2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)

Altersrente der AHV

Versicherte, die das ordentliche Rentenalter erreicht haben (Männer: 65 Jahre; Frauen: 64 Jahre; Art. 21 Abs. 1 AHVG) und denen während mindestens eines vollen Beitragsjahres Beiträge angerechnet werden können (Mindestbeitragsdauer, Art. 50 AHVV i. V. m. Art. 29 AHVG), haben Anspruch auf eine Altersrente der AHV. Die Höhe der Altersrente ist abhängig von den anrechenbaren Beitragsjahren, den Erwerbseinkommen sowie den Erziehungs- und Betreuungsgutschriften.⁸⁸ Die Altersrente muss bei der zuständigen Ausgleichskasse beantragt werden; sie wird bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters somit nicht automatisch ausgerichtet.

Ausländerinnen und Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz haben unter den gleichen Voraussetzungen Anspruch auf eine Altersrente. Verlassen sie die Schweiz definitiv, wird ihnen ihre Rente ins Ausland ausbezahlt, sofern die Schweiz mit dem Heimatstaat ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat. Besteht kein Sozialversicherungsabkommen, können die betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen die Rückvergütung der Beiträge verlangen (Ziff. 7.3.3).

Wenn während der Dauer des Versicherungsobligatoriums keine Beiträge einbezahlt wurden, entsteht weder ein Anspruch auf eine Altersrente noch auf die Rückvergütung der AHV-Beiträge.

Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten der AHV können unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich Anspruch auf folgende Leistungen haben:

- Kinderrente der AHV (Art. 22^{ter} AHVG); Auszahlung ins Ausland an Ausländerinnen und Ausländer nur, wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht;

⁸⁷ Vgl. Bericht «Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend», a. a. O., S. 41 ff.

⁸⁸ Erziehungsgutschriften werden für Jahre angerechnet, in denen ihnen die elterliche Sorge für eines oder mehrere Kinder unter 16 Jahren zusteht (Artikel 29^{sexies} AHVG). Betreuungsgutschriften werden bei der Betreuung von pflegebedürftigen Verwandten angerechnet (Artikel 29^{septies} AHVG). Erziehungs- und Betreuungsgutschriften können nicht kumuliert werden.

- Hilfslosenentschädigung der AHV (Art. 43^{bis} AHVG); nur bei Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz;
- Assistenzbeitrag der AHV (Art. 43^{ter} AHVG); Auszahlung ins Ausland an Ausländerinnen und Ausländer nur, wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht;
- Hilfsmittel der AHV (Art. 43^{quater} AHVG); nur bei Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz.

Hinterlassenenrente der AHV

Damit ein Anspruch auf eine Hinterlassenenrente besteht, müssen der verstorbenen Person mindestens während eines vollen Beitragsjahres AHV-Beiträge angerechnet werden können. Hinterlassenenrenten können an Witwen, Witwer oder Waisen ausgerichtet werden:

- Witwenrente, sofern die Witwe Kinder hat. Wenn die Witwe keine Kinder hat, ist der Anspruch von der Dauer der Ehe und dem Alter der Witwe abhängig (Art. 23–24a AHVG).
- Witwerrente, sofern und solange der Witwer minderjährige Kinder hat (Art. 23, 24 Abs. 2 und 24a AHVG).
- Waisenrente für Waisen bis zum vollendeten 18. Altersjahr, für Waisen in Ausbildung bis zum vollendeten 25. Altersjahr (Art. 25 AHVG).

Die Hinterlassenenrente muss von der Witwe, dem Witwer oder dem Waisen bei der zuständigen Ausgleichskasse beantragt werden; das heisst, sie wird nicht automatisch ausgerichtet.

War die verstorbene Person Ausländerin oder Ausländer, hat die hinterlassene Person nur bei Wohnsitz in der Schweiz Anspruch auf die Hinterlassenenrente. Verlässt sie die Schweiz, wird die Hinterlassenenrente nur dann ins Ausland ausbezahlt, wenn mit dem Heimatstaat der verstorbenen Person ein Sozialversicherungsabkommen besteht. Besteht kein Sozialversicherungsabkommen, wird keine Rente ins Ausland ausbezahlt (Ziff. 7.3.3).

In der Praxis kommt es in der Regel nicht zu einem Bezug von Alters- oder Hinterlassenenrenten, da ein Behördenkontakt von Sans-Papiers generell vermieden wird und die für Leistungen der AHV notwendigen gesicherten Personendaten oft fehlen.

7.3.2.2 Invalidenversicherung (IV)

Für Sans-Papiers ist der Anspruch auf Leistungen der IV gewährleistet, solange diese versicherungspflichtig sind (siehe Ziff. 7.3.1) und die Voraussetzungen gemäss Gesetz oder Sozialversicherungsabkommen erfüllt sind. Die Leistungen der IV decken ein breites Spektrum ab. Sie umfassen Eingliederungsmassnahmen (medizinische Massnahmen, berufliche Massnahmen und Hilfsmittel) ebenso wie Renten und Hilfslosenentschädigungen. Die nachstehende Tabelle gibt einen Überblick über die Voraussetzungen der IV nach Leistungsart für Ausländerinnen und Ausländer aus Staaten, mit denen kein Versicherungsabkommen besteht; die Mehrheit der Sans-Papiers stammen aus Nichtvertragsstaaten.⁸⁹

Tabelle: Voraussetzungen der IV für Staatsangehörige eines Nichtvertragsstaats

	Grundvoraussetzungen	Zusätzliche Voraussetzungen
Eingliederungs-massnahmen	<u>Über 20 Jahre:</u> • Sie sind versichert (Art. 9 Abs. 1^{bis} IVG).	<u>Über 20 Jahre:</u> • Sie haben bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines Jahres Beiträge geleistet oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der

⁸⁹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» a. a. O., S. 41.

		<i>Schweiz aufgehalten (Art. 6 Abs. 2 IVG).</i>
	<u>Unter 20 Jahre:</u> <i>Sie sind versichert oder haben einen versicherten Elternteil (Art. 9 Abs. 2 IVG).</i>	<u>Unter 20 Jahre:</u> <i>Sie sind in der Schweiz invalid geboren oder haben sich bei Eintritt der Invalidität seit mindestens einem Jahr oder seit der Geburt ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten, und ihr Vater oder ihre Mutter hat während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der Schweiz aufgehalten (Art. 9 Abs. 3 IVG).</i>
Ordentliche Rente	<i>Sie haben bei Eintritt der Invalidität während mindestens drei Jahren Beiträge geleistet (Art. 36 Abs. 1 IVG).</i>	<i>Kein Rentenexport ins Ausland (Art. 18 Abs. 2 AHVG).</i>
Ausserordentliche Rente	<i>Sie waren während der gleichen Anzahl Jahre versichert wie ihr Jahrgang, konnten aber die Mindestbeitragsdauer von drei Jahren vor Entstehen des Rentenanspruchs nicht erfüllen (Art. 39 IVG und 42 AHVG).</i>	<i>Sie haben die Voraussetzungen für Eingliederungsmassnahmen vor Vollendung des 20. Altersjahrs erfüllt (weil sie entweder vor diesem Alter Eingliederungsmassnahmen erhalten haben oder Anspruch auf solche Massnahmen hatten [Art. 9 Abs. 3 und Art. 39 Abs. 3 IVG])</i> <i>Rentenexport: Ausserordentliche Renten werden grundsätzlich nur an Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz ausbezahlt.</i>
Hilflosenentschädigung	<i>Sie sind der IV unterstellt (Art. 42 IVG).</i>	<u>Über 18 Jahre:</u> <i>Sie haben bei Eintritt der Invalidität während eines Jahres Beiträge geleistet oder während zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz gelebt; sie haben ihren Wohnsitz und ihren</i>

		<i>gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz (Art. 6 Abs. 2 IVG).</i>
		<u>Unter 18 Jahre:</u> <i>Sie erfüllen bei Eintritt der Invalidität die Voraussetzungen für den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen nach Artikel 9 Absatz 3 IVG (Art. 42^{bis} Abs. 2 AIG).</i>

Wie AHV-Rentnerinnen und -Rentner, haben auch Personen, die eine Invalidenrente beziehen, Anspruch auf eine Rente für minderjährige oder in Ausbildung stehende Kinder. Die Kinderrente wird längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr ausgerichtet (Art. 35 IVG).

Versicherte, die eine Hilflosenentschädigung beziehen und zu Hause leben, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag (Art. 42^{quater} Abs. 1 Bst. a IVG). Für minderjährige und volljährige Versicherte sind diese Voraussetzungen in den Artikeln 39a und 39b der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV)⁹⁰ festgelegt.

7.3.2.3 Erwerbsersatzordnung (EO)

Die Erwerbsersatzordnung (Erwerbsersatzgesetz vom 25. September 1952⁹¹; EOG) regelt den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft.

Erwerbsersatz für Dienstleistende

Dienstleistende in Armee, Rotkreuz-, Zivil- und Schutzdienst haben Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung (Art. 1a EOG). Allerdings beschränkt sich die Dienstpflicht auf Schweizer Bürger (Art. 2 Abs. 1 Militärgesetz vom 3. Februar 1995⁹²; MG). Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus handelt, unterliegen sie nicht der Dienstpflicht.

Teilnehmer an eidgenössischen und kantonalen Kaderkursen von «Jugend und Sport» im Sinne von Artikel 9 des Sportförderungsgesetzes vom 17. Juni 2011⁹³ (SpoFöG) sowie an Jungschützenleiterkursen nach Artikel 64 MG haben ebenfalls Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung (Art. 1a Abs. 4 EOG). Das Bundesamt für Sport bestimmt die Kurse, die Anspruch auf Entschädigung geben (Art. 3 Verordnung vom 24. November 2004⁹⁴ zum Erwerbsersatzgesetz; EOv). Es kann davon ausgegangen werden, dass Sans-Papiers nicht an solchen Kursen teilnehmen, weil sich zukünftige J+S-Leiterinnen und -Leiter durch den J+S-Coach des Vereins oder der Schule zur Leiterausildung empfehlen und anmelden lassen und sich zur regelmässigen Tätigkeit als J+S-Leiterin oder -Leiter verpflichten müssen. Ausserdem muss die EO-Entschädigung bei der AHV-Ausgleichskasse beantragt werden, bei der die Sans-Papiers, wie vorgehend ausgeführt, in der Regel nicht gemeldet sind.

Erwerbsersatz bei Mutterschaft (Mutterschaftsentschädigung)

⁹⁰ SR 831.201

⁹¹ SR 834.1

⁹² SR 510.10

⁹³ SR 415.0

⁹⁴ SR 834.11

Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung haben Frauen, die während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert waren, in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und im Zeitpunkt der Niederkunft

- erwerbstätig sind;
- arbeitslos sind und entweder bereits ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung beziehen oder eine genügende Beitragszeit im Sinne des Arbeitslosengesetzes aufweisen; oder
- arbeitsunfähig sind und deswegen ein Taggeld beziehen.

Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung muss bei der zuständigen Ausgleichskasse geltend gemacht werden. Der Anmeldung müssen verschiedene Dokumente beigelegt werden, so insbesondere eine Kopie des Personalausweises, des Familienbüchleins oder des Geburtsscheins. Die Ausrichtung der Mutterschaftsentschädigung knüpft somit grundsätzlich an die Erwerbstätigkeit sowie das Beibringen von Urkunden betreffend Mutter und Kind an. Bei Sans-Papiers dürfte der Bezug einer Mutterschaftsentschädigung deshalb regelmässig daran scheitern, dass die Leistung nicht beantragt wird oder amtliche Dokumente nicht vorhanden sind.

7.3.3 Leistungsansprüche aus der AHV und IV bei Ausreise aus der Schweiz

Wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht

Reist ein Sans-Papiers definitiv aus der Schweiz in ein Land aus, mit dem die Schweiz ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat,⁹⁵ und wird er oder sie dort als Flüchtling oder als staatenlos anerkannt, würden der betroffenen Person Rentenleistungen der AHV oder IV ausbezahlt oder, sofern diese Möglichkeit im Abkommen vorgesehen ist, AHV-Beiträge zurückerstattet. Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt handelt, bleibt ihr Aufenthaltsstatus nach einer Ausreise in aller Regel rechtswidrig und sie werden deshalb wohl eher keine Leistungen aus der Schweiz beantragen.

Wenn kein Sozialversicherungsabkommen besteht

Reist ein Sans-Papiers definitiv aus der Schweiz in ein Land aus, mit dem die Schweiz *kein* Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat, werden keine AHV/IV-Renten ins Ausland ausbezahlt. Die betroffene Person kann aber die Rückvergütung der einbezahlten AHV-Beiträge beantragen. Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt handelt, bleibt ihr Aufenthaltsstatus nach einer Ausreise in aller Regel rechtswidrig und sie werden deshalb wohl eher keine Rückvergütung der AHV-Beiträge verlangen.

7.4 Ergänzungsleistungen (EL)

Das Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen bestimmt, dass Ausländerinnen und Ausländer nur Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben, wenn sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten (Art. 5 Abs. 1 ELG). Somit haben Sans-Papiers keinen Anspruch auf solche Leistungen.

7.5 Berufliche Vorsorge

Die Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge gilt für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die einen AHV-pflichtigen Lohn von mindestens 21 330 Franken (Eintrittsschwelle in das Obligatorium ab 2020) erwerben. Die zweite Säule stützt sich also bei der Versicherungspflicht auf die Beurteilung der ersten Säule ab und stellt keine eigenen Kriterien in Bezug auf die Aufenthaltsberechtigung der Versicherten auf. Ist ein Sans-Papiers ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung in der Schweiz erwerbstätig, fällt er – wie in der 1. Säule – von Gesetzes wegen unter das Versicherungsobligatorium, sofern er mit seinem Lohn die Eintrittsschwelle erreicht.

⁹⁵ Mit folgenden Staaten hat die Schweiz Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen, die den Leistungsbereich koordinieren: EU/EFTA-Staaten (FZA/EFTA-Übereinkommen), Australien, Brasilien, Chile, Bosnien und Herzegowina, Israel, Japan, Kanada, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Philippinen, San Marino, Serbien, Türkei, Uruguay und USA.

Die obligatorische Versicherung beginnt an dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis anfängt, frühestens mit Vollendung des 17. Altersjahres. Vorerst, bis zum Erreichen des 24. Altersjahres, decken die Beiträge nur die Risiken Tod und Invalidität ab. Ab dem Alter von 25 Jahren wird zusätzlich für die Altersrente angespart. Verschiedene Personengruppen sind dem Obligatorium nicht unterstellt: unter anderem Selbstständigerwerbende sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten.

Die Altersvorsorge in der zweiten Säule basiert auf einem individuellen Sparprozess. Die angesparten Guthaben können bereits vor dem Rentenalter bezogen werden, etwa beim Aufnehmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder beim endgültigen Verlassen der Schweiz. Verlassen die Versicherten die Schweiz in Richtung EU/EFTA-Land und sind dort weiterhin sozialversichert, können sie ihre Guthaben aber nur im Umfang des sogenannten Überobligatoriums beziehen. Auch diesbezüglich werden Sans-Papiers gleich behandelt wie alle anderen Versicherten. Die Altersrenten der beruflichen Vorsorge werden weltweit ausbezahlt, nicht nur in Vertragsstaaten wie in der AHV. Wie häufig Sans-Papiers ihre Guthaben vorzeitig oder im Vorsorgefall beziehen und wie viele Guthaben in der 2. Säule Sans-Papiers tatsächlich zuzuordnen sind, ist nicht bekannt.

7.6 Familienzulagen

In Bezug auf die Familienzulagen wird primär an die obligatorische Versicherung gemäss AHVG angeknüpft. Daher sind selbstständig und unselbstständig erwerbende Personen im und ausserhalb des Landwirtschaftssektors versicherungspflichtig in Bezug auf Familienzulagen. Nichterwerbstätige, deren steuerbares Einkommen 42 660 Franken im Jahr nicht übersteigt und die weder EL noch eine ordentliche Altersrente beziehen (auch der Ehepartner darf keine Altersrente beziehen), sind auch versichert.

Es besteht ein Anspruch für:

- eigene Kinder (unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht oder ob es sich um adoptierte Kinder handelt);
- Stiefkinder, die überwiegend im Haushalt des Stiefelternteils leben oder bis zur Mündigkeit lebten;
- Pflegekinder, die im Haushalt unentgeltlich zur dauernden Pflege und Erziehung aufgenommen wurden;
- Geschwister und Enkelkinder, für deren Unterhalt überwiegend aufgekommen wird.

Es werden folgende Mindestleistungen ausgerichtet:

- eine Kinderzulage von 200 Franken pro Monat für Kinder bis 16 Jahre;
- eine Ausbildungszulage von 250 Franken pro Monat ab dem Beginn einer nachobligatorischen Ausbildung des Kindes, jedoch frühestens ab dem 15. Altersjahr. Die Ausbildungszulage wird bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr gewährt;
- eine Haushaltzulage von 100 Franken pro Monat für landwirtschaftliche Arbeitnehmende.

Die Kantone können diese Ansätze erhöhen. Einzelne Kantone richten zudem Geburts- und Adoptionszulagen aus.

Familienzulagen werden für Kinder im Ausland nur dann ausgerichtet, wenn die Schweiz aufgrund eines Abkommens über soziale Sicherheit dazu verpflichtet ist. Bei Kindern oder Jugendlichen, die die Schweiz zu Ausbildungszwecken verlassen, wird davon ausgegangen, dass sie ihren Wohnsitz für längstens fünf Jahre in der Schweiz behalten. In diesem Fall besteht für sie weiterhin ein Anspruch auf Familienzulagen.

Für den Erhalt von Familienzulagen ist der Nachweis zu erbringen, dass das Kind, für das Zulagen beantragt werden, das Kind der antragstellenden Person ist und in der Schweiz lebt. Dies ist anhand von entsprechenden Dokumenten nachzuweisen. Um einen Behördenkontakt zu vermeiden, dürften

Sans-Papiers meist auch keinen Anspruch auf Familienzulagen geltend machen und damit auch keine Familienzulagen beziehen.

7.7 Arbeitslosenversicherung

7.7.1 Arbeitslosenentschädigung

Um Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu haben, müssen Ausländerinnen und Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung unter anderem:

- in der Schweiz wohnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. c und 12 AVIG);
- vermittlungsfähig und berechtigt sein, in der Schweiz zu arbeiten (Art. 8 Abs. 1 Bst. f und 15 Abs. 1 AVIG); und
- den Schaden für die Arbeitslosenversicherung mindern, indem sie eine zumutbare Arbeit annehmen (Art. 17 AVIG).

Auch wenn Sans-Papiers die Beitragszeit erfüllen (Art. 8 Abs. 1 Bst. e und 13 Abs. 1 AVIG), kollidiert ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mit den Voraussetzungen des Wohnsitzes, der Vermittlungsfähigkeit und der Möglichkeit, die Schadensminderungspflicht zu erfüllen. Sie haben somit keinen Anspruch auf diese Entschädigung.

Eine Ausnahme besteht jedoch für Personen, deren Aufenthaltsbewilligung abgelaufen ist. Wenn sie die Bewilligungsverlängerung rechtzeitig beantragt haben und die kantonalen Arbeitsmarktbehörden sowie die Fremdenpolizei bestätigen, dass ihr Gesuch nicht aussichtslos ist, kann die Arbeitslosenversicherung ihnen einen Anspruch eröffnen, sofern alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁶

7.7.2 Arbeitsmarktliche Massnahmen

Arbeitsmarktliche Massnahmen sind für Personen gedacht, welche die Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfüllen (Art. 8 AVIG). Sie stehen daher Sans-Papiers nicht offen.

Artikel 59d AVIG berechtigt Stellensuchende, die keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, weil sie weder die Beitragszeit (Art. 13 AVIG) noch die Voraussetzung für eine Befreiung (Art. 14 AVIG) erfüllen, Arbeitsmarktliche Massnahmen in beschränktem Umfang zu beanspruchen. Sie müssen jedoch alle übrigen Voraussetzungen von Artikel 8 AVIG erfüllen, darunter jene der Vermittlungsfähigkeit und des Wohnsitzes. Sans-Papiers erfüllen diese nicht und haben somit keinen Anspruch auf Arbeitsmarktliche Massnahmen.

7.7.3 Kurzarbeitsentschädigung

Nach Artikel 31 Absatz 1 Buchstabe d AVIG haben Arbeitnehmende bei Arbeitsausfall Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, vor allem, wenn dadurch ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Soweit die Kurzarbeitsentschädigung dem Erhalt der Arbeitsplätze von Arbeitnehmenden dient, die über keine gültige Arbeitsbewilligung verfügen, haben diese keinen Anspruch darauf. Dass diese Arbeitnehmenden nicht ausdrücklich auf der Liste der Personen ohne Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aufgeführt sind (Art. 31 Abs. 3 AVIG), ändert nichts daran, da eine der Voraussetzungen für einen solchen Anspruch nicht erfüllt ist.

Ob eine gültige Arbeitsbewilligung vorliegt, wird von den Organen der ALV zurzeit nicht systematisch geprüft. Wird jedoch von der Arbeitslosenkasse selber oder nach einer Kontrolle des Arbeitgebers durch das SECO oder einer Kontrolle durch die Vollzugsorgane des BGSA festgestellt, dass die

⁹⁶ Vgl. AVIG-Praxis ALE B137 und B230 ff., erstellt vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), verfügbar unter: www.arbeit.swiss.ch > Publikationen > Weisungen/Kreisschreiben > AVIG-Praxis.

Kurzarbeitsentschädigung an Sans-Papiers ausgerichtet wurde, so hat die Kasse die zu Unrecht bezogenen Leistungen zurückzufordern.

Wenn die Organe der Arbeitslosenversicherung selber feststellen, dass die Kurzarbeitsentschädigung Sans-Papiers betrifft, müssen sie gegebenenfalls die für den Vollzug des BGSA zuständigen Behörden informieren (Art. 11 und 12 BGSA).

Da der Arbeitsvertrag nicht ungültig ist, hat der von Kurzarbeit betroffene Sans-Papiers seinen Lohnanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen.

7.7.4 Schlechtwetterentschädigung

Das AVIG legt nicht ausdrücklich fest, dass die Schlechtwetterentschädigung dazu dient, Arbeitsplätze in Branchen zu erhalten, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind (Art. 42 Abs. 1 AVIG). Doch genau dies ist ihr Zweck. Sans-Papiers haben keinen Anspruch auf SWE, da – wie bei der Kurzarbeitsentschädigung – die ALV nicht zum Erhalt der Arbeitsplätze von unrechtmässig in der Schweiz anwesenden Arbeitnehmenden beitragen kann.

Somit müssen diese Arbeitnehmenden bei wetterbedingten Arbeitsausfällen ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung selber beim Arbeitgeber geltend machen.

7.7.5 Insolvenzentschädigung

Sans-Papiers, die Lohnansprüche gegenüber einem insolventen Arbeitgeber haben, erhalten eine Insolvenzentschädigung.⁹⁷ Im Unterschied zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Schlechtwetterentschädigung haben diese Arbeitnehmenden Anspruch auf die Insolvenzentschädigung, denn diese deckt den Lohn für Arbeit ab, die im Rahmen eines gültigen Arbeitsvertrags bereits geleistet wurde. Ausserdem dient diese Leistung nicht der Erhaltung von Arbeitsverträgen. Die Arbeitslosenkasse, welche die Arbeitnehmenden entschädigt, ist von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, sich in der Folge gegen den Arbeitgeber zu wenden, um mithilfe des Betreibungs- und Konkursrechts die Rückerstattung der gewährten Leistungen einzufordern.⁹⁸

7.8 Öffentliche Arbeitsvermittlung

7.8.1 Beratung und Vermittlung von Stellensuchenden

Der Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung ist Personen vorbehalten, die über eine Arbeitsbewilligung für die Schweiz verfügen und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind. Sans-Papiers können somit keine Beratungs- und Vermittlungsleistungen der öffentlichen Arbeitsvermittlung (in der Regel die RAV) in Anspruch nehmen.

7.8.2 Stellenmeldepflicht

Nur Personen, die beim RAV als Stellensuchende angemeldet sind, können auf die Plattform zugreifen, auf der die meldepflichtigen Stellen ausgeschrieben sind. Da Sans-Papiers keine Beratungs- und Vermittlungsleistungen der öffentlichen Arbeitsvermittlung in Anspruch nehmen können, haben sie auch keinen gesicherten Zugriff auf die offenen Stellen, für die eine Meldepflicht gilt.

⁹⁷ Vgl. AVIG-Praxis IE B9, a. a. O., verfügbar unter: www.arbeit.swiss.ch > Publikationen > Weisungen/Kreisschreiben > AVIG-Praxis.

⁹⁸ Vgl. Motion Olivier Feller (17.4055) «Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die Insolvenzentschädigung soll nur ausgerichtet werden, wenn die Beiträge an die Arbeitslosenversicherung einbezahlt wurden».

8 Folgen einer Aufhebung des Anspruchs auf Sozialversicherungsschutz

8.1 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

8.1.1 UNO-Pakt I und andere Konventionen der UNO und ihrer Organisationen

Die Schweiz hat sich mit der Ratifizierung des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1), insbesondere Artikel 9 UNO-Pakt I,⁹⁹ dazu verpflichtet, das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit, einschliesslich Sozialversicherungen, anzuerkennen und es unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten zu garantieren.¹⁰⁰ Dies beinhaltet die Verpflichtung, mit aktiven gesetzlichen und anderen Massnahmen die Erfüllung des Rechts auf Sozialversicherungen zu gewährleisten und dieses Recht im gesetzlichen und politischen System zu verankern.

Das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit ist neben dem UNO-Pakt I zudem in zahlreichen weiteren internationalen Instrumenten festgehalten, welche die Schweiz ratifiziert hat. Zum Beispiel in zahlreichen Konventionen der internationalen Arbeitsorganisation¹⁰¹, in Artikel 5 (e) (iv) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965¹⁰², in Artikel 11 (1) (e) und Artikel 14 (2) (c) des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979¹⁰³ und in Artikel 26 der Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (KRK)¹⁰⁴.

Das Sozialversicherungssystem gilt grundsätzlich für alle Personen (vgl. Ziff. 7).

Die Schweiz hat sich mit der Ratifizierung des UNO-Pakts I (Art. 2 [1]) dazu verpflichtet, grundsätzlich keinen Rückschritt bei der Erfüllung der darin festgehaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, einschliesslich des Rechts auf Sozialversicherungen, vorzunehmen.¹⁰⁵ Eine generelle Aberkennung der Rechte der Sans-Papiers wie im Postulat angedacht würde im Hinblick auf die heute geltende Rechtslage in der Schweiz einen Rückschritt bedeuten. In Ausnahmefällen sind unter strikten Bedingungen Rückschritte erlaubt, sie sind in diesem Fall jedoch nicht erfüllt. So müsste nachgewiesen werden, dass die Schweiz das Maximum ihrer verfügbaren Möglichkeiten für die Erfüllung des Rechts aufgewendet und alle möglichen Alternativen geprüft hat, dass sie die betroffenen Gruppen in den Entscheidungsprozess miteinbezogen und der Unterstützung von verletzbaren und gefährdeten Gruppen besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat, dass der Rückschritt in der Gesamtheit der Rechte des UNO-Pakts I begründet ist und dass jegliche direkte und indirekte Diskriminierung vermieden wurde.¹⁰⁶

Zudem sieht der UNO-Pakt I vor, dass die Vertragsstaaten das Recht jeder Person auf das subjektiv erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit (Art. 12 Abs. 1) sowie das Recht jeder Person auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und ihre Familie (Art. 11 Abs. 1) anerkennen, ohne Diskriminierung in Bezug auf die Rasse, die Hautfarbe, das Geschlecht, die Sprache, die Religion, die politische oder sonstige Anschauung, die nationale oder soziale Herkunft, das Vermögen, die Geburt oder den sonstigen Status der Person (Art. 2 Abs. 2). Ebenso garantiert die KRK das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit (Art. 24 KRK) und das Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen

⁹⁹ In Verbindung mit Art. 2, 11 und 12 UNO-Pakt I, SR 0.103.1.

¹⁰⁰ Vgl. insbesondere General Comment No. 19 zu Art. 9 des UNO Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 4. Februar 2008 in UN. Doc. E/C.12/GC/19.

¹⁰¹ Vgl. auch Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919, Beilage Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation, Ziff. III (f).

¹⁰² SR 0.104

¹⁰³ SR 0.108

¹⁰⁴ SR 0.107

¹⁰⁵ Vgl. para. 9 in General Comment No. 3 zu Art. 2 (1) des UNO Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 14. Dezember 1990 in UN. Doc. E/1991/23.

¹⁰⁶ Vgl. para. 42 im oben zitierten General Comment No. 19.

Entwicklung angemessenen Lebensstandard (Art. 27 Abs. 1 KRK). Beide Rechte – ebenso wie das oben erwähnte Recht auf soziale Sicherheit (Art. 26 KRK) – sind ohne Diskriminierung zu gewährleisten (Art. 2 KRK). Zudem ist bei Entscheiden über den Zugang der Kinder und/oder der Eltern zu den sozialen Rechten dem Kindeswohl (Art. 3 KRK) umfassend Rechnung zu tragen.¹⁰⁷ Die Vertragsstaaten sind zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der KRK unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel verpflichtet (Art. 4 KRK), wobei das Konzept der «progressiven Realisierung» zur Anwendung kommt.¹⁰⁸ Sie sollten gezielte Rückschritte betreffend diese Rechte unterlassen,¹⁰⁹ haben aber im Übrigen einen Ermessensspielraum hinsichtlich der möglichen Massnahmen zur Verwirklichung dieser Rechte.¹¹⁰

Schliesslich sind auch die Artikel 2 (Innerstaatliche Umsetzung und Diskriminierungsverbot), Artikel 7 (Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Artikel 17 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Artikel 26 (Diskriminierungsverbot) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) zu beachten.

Im Hinblick auf die oben genannten Punkte würde die Schweiz mit einer generellen Aberkennung der Rechtsansprüche aus und auf Sozialversicherungen von Sans-Papiers ihre internationalen Verpflichtungen aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen. Zudem erscheint die generelle Aberkennung dieser Rechtsansprüche mit Blick auf die weiteren zitierten internationalen Verpflichtungen sehr problematisch.

8.1.2 Europäische Menschenrechtskonvention

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) begründet keinen Anspruch auf konkrete staatliche Sozialleistungen.¹¹¹ Die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen gegenüber Drittstaatsangehörigen könnte jedoch das Diskriminierungsverbot in Artikel 14 EMRK in Verbindung mit Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)¹¹² verletzen.¹¹³ Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist eine Unterscheidung diskriminierend, wenn ihr eine objektive und vernünftige Rechtfertigung fehlt.¹¹⁴ Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung, ob und inwieweit eine unterschiedliche Behandlung von sonst ähnlichen Situationen gerechtfertigt ist, insbesondere im Sozialbereich.¹¹⁵ Der EGMR hat zudem Folgendes festgehalten: «Die Staaten können durchaus legitime Gründe haben, die Inanspruchnahme von kostenlastigen öffentlichen Diensten – wie etwa Leistungen der sozialen Sicherheit und des Gesundheitswesens – für sich illegal und nur kurzfristig im Land aufhaltende Einwanderer, die in der Regel nichts zu deren Finanzierung beitragen, einzuschränken. Sie können auch zulässigerweise

¹⁰⁷ Vgl. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 22 (2017) des Kinderrechtsausschusses zu den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Menschenrechte von Kindern im Kontext der internationalen Migration, 16. November 2017, CRC/C/GC/2, § 29 und 44.

¹⁰⁸ Vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 19 (2006) zur öffentlichen Haushaltsplanung für die Verwirklichung von Kinderrechten (Art. 4), 20. Juli 2016, CRC/C/GC/19, § 30.

¹⁰⁹ Vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 19 (2006), Fn. 105, § 31.

¹¹⁰ Vgl. auch Art. 10 Abs. 4 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011 (SR 0.107.3).

¹¹¹ Vgl. beispielsweise Urteil des EGMR Di Trizio gegen die Schweiz vom 2. Februar 2016, § 59.

¹¹² Der EGMR hat wiederholt festgestellt, dass staatliche Leistungen in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fallen können. Siehe zum Beispiel EGMR, Di Trizio gegen die Schweiz, Urteil vom 2. Februar 2016, Nr. 7186/09, § 58 ff. (Invalidenrente); EGMR, Belli und *Arquier-Martinez* gegen die Schweiz, Urteil vom 11. Dezember 2018, Nr. 65550/13, § 57 ff. (ausserordentliche Invalidenrente/Hilflosenentschädigung).

¹¹³ Vgl. dazu auch SKMR et al., Handbuch Migrationsrecht Schweiz, 2015, S. 339 ff.

¹¹⁴ Vgl. EGMR, Belli und *Arquier-Martinez* gegen die Schweiz, Fn. 109, § 90.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 92; *Koua Poirrez* gegen Frankreich, Urteil vom 30. September 2003, Nr. 40892/98, Reports 2003-X, § 46; *Gaygusuz* gegen Österreich, Urteil vom 16. September 1996, Nr. 17371/90, Reports 1996-IV § 42.

zwischen verschiedenen Kategorien von Ausländern unterscheiden.»¹¹⁶ Eine Unterscheidung einzig aufgrund der Nationalität bedarf gemäss EGMR jedoch sehr gewichtiger Gründe.¹¹⁷ Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 3 EMRK (Schutz vor unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) lässt sich zudem eine Pflicht zum Schutz vor existenzbedrohender Armut ableiten. Voraussetzung ist, dass eine existenzbedrohende Situation vorliegt.¹¹⁸ Im Übrigen berücksichtigt der EGMR die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen im Rahmen von Artikel 3 EMRK. Zum einen zieht er die Schutzbedürftigkeit bei der Beurteilung, ob die für die Anwendung von Artikel 3 EMRK erforderliche Schwelle an Schwere erreicht wurde, in Betracht, wobei eine grössere Schutzbedürftigkeit eine niedrigere Toleranzgrenze rechtfertigt. Zum anderen berücksichtigt er die Schutzbedürftigkeit bei der Beurteilung der positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten, wobei eine grössere Schutzbedürftigkeit eine grössere Schutzverantwortung mit sich bringt.¹¹⁹

Eine allgemeine Aberkennung der Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die Sans-Papiers gewährt werden, erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen. Insbesondere die Aberkennung solcher Ansprüche gegenüber Personen, die Beiträge in Sozialversicherungen eingezahlt haben, ist äusserst problematisch.¹²⁰ Die Aberkennung der Rechtsansprüche muss in jedem Fall auf objektiven und vernünftigen Gründen beruhen. Sie muss einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sein. Zudem darf sie nicht zu einer existenzbedrohenden Situation führen. Eine allgemeine Aberkennung für alle Personen ohne rechtmässigen Aufenthalt würde diese Voraussetzungen kaum erfüllen.

8.1.3 Fazit

Ein allgemeiner Ausschluss der Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen würde wesentlich gegen die Pflichten der Schweiz aus dem UNO-Pakt I und der Kinderrechtskonvention verstossen. Ein solcher Ausschluss erscheint auch problematisch im Hinblick auf andere völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz sowie die Artikel 3, 8 und 14 EMRK.

8.2 Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung

8.2.1 Analyse der Rechtsgrundlagen, die durch einen Ausschluss verletzt werden könnten

Bestimmungen zur Zuweisung von Gesetzgebungskompetenzen

Die Verfassungsbestimmungen, die dem Bund Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Sozialversicherungen zuweisen, umschreiben grundsätzlich nicht den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungen – oder nur insofern, als sie die Möglichkeit eines obligatorischen Versicherungsschutzes vorsehen. Der Kreis der Versicherten wird grundsätzlich durch den Gesetzgeber bestimmt.

Artikel 112 Absatz 2 Buchstabe a BV legt als Grundsatz im Bereich der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) fest, dass die Versicherung obligatorisch ist. Vor der Totalrevision der Bundesverfassung bestimmte Artikel 34^{quater} Absatz 2 der Verfassung von 1874, dass der Bund eine obligatorische Versicherung für die ganze Bevölkerung einführen muss. Die Vorarbeiten haben keinen Hinweis ergeben auf einen Willen, den Ermessensspielraum des Gesetzgebers in dieser Hinsicht zu erweitern. Deshalb ist die Lehre der Auffassung, dass der Grundsatz der obligatorischen Versicherung

¹¹⁶ Vgl. EGMR, *Ponomaryovi gegen Bulgarien*, Urteil vom 21. Juni 2011, Nr. 5335/05, Reports 2011, § 54.

¹¹⁷ Vgl. EGMR, *Koua Poirrez gegen Frankreich*, Fn. 112, § 46; *Gaygusuz gegen Österreich*, Fn. 5, § 42.

¹¹⁸ Vgl. Stefanie Schmahl und Tobias Winkler, Schutz vor Armut in der EMRK? AVR 2010, 422 ff.; EGMR, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Urteil vom 21. Januar 2011 (Grosse Kammer), Nr. 30696/09, Reports 2011, § 219 und 253 (unmenschliche und erniedrigende Behandlung eines Asylsuchenden). Zu beachten ist ferner das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK).

¹¹⁹ Vgl. *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Fn. 115, § 251, CEDH 2011; *Tarakhel gegen die Schweiz*, Urteil vom 4. November 2014 (Grosse Kammer), Nr. 29217/12, § 119, Reports 2014 (Auszüge).

¹²⁰ Die Leistung von Beiträgen ist insbesondere bei der Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Bedeutung. Siehe EGMR, *Belli und Arquier-Martinez gegen die Schweiz*, Fn. 109, § 103.

von Artikel 112 BV im gleichen Sinne wie unter der alten Verfassung zu verstehen ist, sodass der Gesetzgeber grundsätzlich verpflichtet ist, die AHV/IV für die ganze Bevölkerung für obligatorisch zu erklären.¹²¹ Sie räumt dem Gesetzgeber dennoch einen (weiten) Spielraum ein.¹²²

So hat der Gesetzgeber Personen, welche die gesetzlichen Anforderungen nur für einen relativ kurzen Zeitraum erfüllen, von der obligatorischen Versicherung ausgeschlossen. Der Bundesrat ist jedoch der Ansicht, dass der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers, unabhängig von der Dauer ihres Wohnsitzes in der Schweiz, den Spielraum nach Artikel 112 BV überschreiten würde.

Die Artikel 113 Absatz 2 Buchstabe b und 114 Absatz 2 Buchstabe b BV legen den Grundsatz fest, dass der Anschluss an die berufliche Vorsorge und die Arbeitslosenversicherung für Arbeitnehmende obligatorisch ist. Diese Bestimmungen erlauben dem Gesetzgeber jedoch, Ausnahmen vorzusehen und damit einen Teil der Arbeitnehmenden ausdrücklich von der Versicherung auszuschliessen. Ein Ausschluss der Sans-Papiers von diesen beiden Sozialversicherungen würde somit nicht gegen die Artikel 113 und 114 BV verstossen.

Sozialziele

Nach Artikel 41 Absatz 2 BV setzen sich Bund und Kantone dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist. Ausserdem setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat (Art. 41 Abs. 1 Bst. a BV). Der Bund strebt die Sozialziele im Rahmen seiner verfassungsmässigen Zuständigkeiten und seiner verfügbaren Mittel an (Art. 41 Abs. 3 BV), aber aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden (Art. 41 Abs. 4 BV). Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber auf Bundesebene muss die Sozialziele berücksichtigen, wenn er seine Kompetenzen im Bereich der Sozialversicherungen ausübt.

Mit dem Ausdruck «jede Person» ist jede natürliche Person, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, gemeint. Nach herrschender Lehre bedeutet der Verweis auf «jede Person», dass die gesamte Schweizer Bevölkerung an der sozialen Sicherheit teilhaben soll. Der Ausschluss von Bevölkerungsgruppen, beispielsweise Ausländerinnen und Ausländern, wäre unzulässig.¹²³ Alle Segmente der Bevölkerung, welche die in Artikel 41 Absatz 2 BV genannten Risiken gewärtigen, sollen soziale Sicherheit geniessen.¹²⁴ Da die in unserem Land lebenden Sans-Papiers zur Schweizer Bevölkerung gehören, sind sie grundsätzlich in der in Artikel 41 Absatz 2 BV verwendeten Formulierung «jede Person» eingeschlossen.

Der Gesetzgeber verfügt über einen Ermessensspielraum, den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungen festzulegen. Dies geht klar aus den Verfassungsbestimmungen hervor, die ihm erlauben, einen Teil der Arbeitnehmenden von der Arbeitslosenversicherung und der beruflichen Vorsorge auszuschliessen. So hat der Gesetzgeber Personen mit Aufenthalt aber ohne Wohnsitz in der Schweiz¹²⁵ – das heisst Personen, die sich ohne Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz aufhalten (Art. 23 ZGB) – von den Sozialversicherungen ausgeschlossen. Ebenso steht die Arbeitslosenversicherung nicht offen für Selbstständigerwerbende (Art. 2 AVIG, SR 837.0). Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde jedoch dem Ausschluss einer gesellschaftlichen Gruppe gleichkommen; Sans-Papiers stellen insofern eine eigene

¹²¹ Vgl. Thomas Gächter/Martina Filippo, Art. 112 Nr. 14, in: BSK BV-Kommentar, 2015; Ueli Kieser, Art. 112 Nr. 9, in: SG BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

¹²² Vgl. Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Art. 112 Nr. 4, 2. Aufl., 2017; Thomas Gächter/Martina Filippo, Art. 112 Nr. 14, a. a. O.: «grundsätzlich der gesamten Wohnbevölkerung»; Ueli Kieser, Art. 112 Nr. 9, a. a. O.: «grundsätzlich die ganze [...] Bevölkerung».

¹²³ Vgl. Thomas Gächter/Gregori Werder, Art. 41 Nr. 31 und 68, in: BSK BV, 2015.

¹²⁴ Vgl. Margrit Biggler-Eggenberger/Rainer J. Schweizer, Art. 41 Nr. 92, in: SG BV-Kommentar, 2014.

¹²⁵ Vgl. Art. 1a Abs. 1 Bst. a AHVG, SR 831.10, und die Sozialversicherungen, die sich auf die Beitragspflicht nach dem AHVG beziehen; vgl. auch Art. 3 KVG, SR 832.10.

gesellschaftliche Gruppe dar, als sie ihren Status nicht von sich aus ändern können und nur der Staat ihnen ermöglichen kann, diesen Status abzulegen. Ein solcher Ausschluss einer gesellschaftlichen Gruppe würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.

Recht auf Hilfe in Notlagen

Sans-Papiers, die in Not geraten und nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen, haben Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Art. 12 BV). Dabei handelt es sich um ein Grundrecht, das für alle Personen gilt.¹²⁶ Dieses umfasst jedoch nicht den Anspruch, sich bei den Sozialversicherungen des Bundes versichern zu lassen.¹²⁷ Daher steht es einem Ausschluss der Sans-Papiers von den Sozialversicherungen nicht entgegen. Es ist jedoch festzuhalten, dass ein solcher Ausschluss das Risiko von Sans-Papiers, in Not zu geraten, erhöht.

Grundrechte

Personen, die zuvor versichert waren

Der Ausschluss von den Leistungen der Sozialversicherungen kann Sans-Papiers betreffen, die zuvor entsprechende Beiträge bezahlt haben. Während einer Übergangsphase ginge es zunächst um Sans-Papiers, die vom Systemwechsel betroffen sind. Dann ginge es auch um Personen, die aufgrund eines behördlichen Entscheids, der zum Entzug ihres Aufenthaltsrechts geführt hat, zu Sans-Papiers werden, weil ihr Herkunftsstaat keine zwangsweisen Rückführungen akzeptiert. Je nach den vorgesehenen Folgen (z. B. Aufhebung von künftigen Leistungsansprüchen, Rückerstattung der bezahlten Beiträge) und je nach Art der Sozialversicherung könnte der Ausschluss Grundrechte verletzen, die auch für Sans-Papiers gelten (z. B. Gleichbehandlung, Willkürverbot, Eigentumsgarantie). Die Verfassungsmässigkeit einer Ausschlussmassnahme müsste daher vertieft geprüft werden gemäss den für die Sozialversicherungen vorgesehenen Modalitäten.

Sans-Papiers, die nach Einführung des Sozialversicherungsausschlusses in die Schweiz einreisen

Für Personen, die nach Einführung des Sozialversicherungsausschlusses von Sans-Papiers in der Schweiz Wohnsitz nehmen würden und die – weil sie keine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung besitzen – sich nicht mehr einer Versicherung anschliessen könnten, würde der Ausschluss von den Sozialversicherungen einem Ausschluss von der Solidarität gleichkommen: Sans-Papiers könnten zwar privat eine Versicherungsdeckung in diesem Bereich beantragen, aber der Privatversicherer wäre nicht verpflichtet, sie aufzunehmen. Somit würden Sans-Papiers nicht zwangsläufig von der Solidarität zwischen Versicherten profitieren, was ein wesentlicher Faktor des Sozialversicherungssystems ist. Gemäss Rechtsprechung zur Gewährleistung der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) kann die Frage, ob ein angemessener Grund für eine Unterscheidung vorliegt, je nach Epoche und den herrschenden Vorstellungen zu unterschiedlichen Regelungen führen.¹²⁸ Der Gesetzgeber verfügt über einen grossen Ermessensspielraum um zu bestimmen, ob die unterschiedliche Ausgangslage, das heisst die fehlende Aufenthaltsbewilligung, ein angemessener Grund ist für eine unterschiedliche Behandlung zur Regelung der Situation. Das Unterscheidungskriterium, das für die Sozialversicherungspflicht als zulässig erachtet wird, ist bisher im Wesentlichen der Wohnsitz oder der Arbeitsort. Der Besitz einer Aufenthaltsbewilligung wird nicht als angemessener Grund für eine Unterscheidung bei der Sozialversicherungspflicht erachtet; denn alle in der Schweiz wohnhaften oder arbeitenden Personen sind den gleichen Risiken ausgesetzt, welche die Sozialversicherungen solidarisch decken möchten.

¹²⁶ Vgl. Lucien Müller, Art. 12 Nr. 5; in: SG BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

¹²⁷ Vgl. Karin Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, These BE, 2002, S. 240; gegen: Margrit Bigler-Eggenberger, Art. 12 Nr. 34, SG BV-Kommentar, 2. Aufl., 2008; die Position wurde von Lucien Müller in der Erläuterung zu Art. 12 für die 3. Aufl. des SG BV-Kommentars nicht übernommen.

¹²⁸ Vgl. BGE 145 I 73, E. 5.1, S. 86.

Nach Ansicht des Bundesrats soll von dieser Auslegung des verfassungsrechtlichen Rahmens nicht abgewichen werden. Ein Ausschluss der Sans-Papiers von den Sozialversicherungen würde demnach eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

Übrige Versicherte und Konkurrenten?

Ein Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers hätte zur Folge, dass bei allen durch Arbeitgeberbeiträge mitfinanzierten Sozialversicherungen die Arbeitgebenden von der Beitragspflicht für die von ihnen beschäftigten Sans-Papiers befreit wären. Die Gewährung dieses faktischen Vorteils an die Arbeitgebenden von Sans-Papiers und der Nachteil, der sich dadurch auf dem Arbeitsmarkt für die übrigen Arbeitnehmenden oder für die Konkurrenten ergäbe, würde nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot oder den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten verstossen, solange die Beschäftigung von Sans-Papiers strafbar ist (Art. 117 AIG) und die Strafe in allen Fällen, von denen die Behörden Kenntnis erhalten, systematisch ausgesprochen wird.

8.2.2 Fazit

Der gänzliche Ausschluss von Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 Buchstabe a BV widersprechen. Er würde zudem die Grundsätze nach Artikel 112 Absatz 2 BV im Bereich der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung unbeachtet lassen und eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

8.3 Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), Invalidenversicherung (IV), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagen

8.3.1 Auswirkungen auf den Bund

Ein genereller Ausschluss von Sans-Papiers von der AHV, IV und EO (Wegfall des Versicherungsobligatoriums und der Beitragspflicht) würde dem System der Sozialversicherungen zuwiderlaufen. Denn dieses basiert auf dem Grundsatz, dass jede Person, die in der Schweiz wohnt oder arbeitet, dem Versicherungsobligatorium unterliegt und Leistungen beanspruchen kann, sofern sie die Voraussetzungen dazu erfüllt. Das Versicherungsobligatorium verfolgt ausserdem den Zweck, dass das Gemeinwesen im Versicherungsfall nicht belastet werden soll.

Für Arbeitgebende wäre es finanziell attraktiver, einen nicht versicherten und beitragspflichtigen Sans-Papiers schwarz anzustellen statt einen Schweizer oder eine Schweizerin oder eine ausländische Person mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung (es sei denn, die Beschäftigung von Sans-Papiers bliebe strafbar, vgl. Ziff. 8.2.1). Dies würde jedoch der Politik des Bundes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit widersprechen. Aus diesem Grund muss in der AHV, IV, EO und bei den Familienzulagen unbedingt an der Beitragspflicht jeder erwerbstätigen Person – unabhängig vom ausländerrechtlichen Status – festgehalten werden.

Die Sozialversicherungen, insbesondere die AHV und die IV, stellen eine Errungenschaft dar. Das Sozialversicherungsrecht gewährleistet den Versicherungsschutz und die Erfüllung der Beitragspflicht aller zu versichernden Personen und ermöglicht den Zugang zur Alters- und Invalidenversorgung. Der Ausschluss einer Bevölkerungsgruppe von der AHV, IV, EO und den Familienzulagen wäre deshalb ein Rückschritt. Damit würde eine Lücke in das bestehende System gerissen und eine wesentliche Grundlage der 1. Säule infrage gestellt. Es ist zentral, dass alle Personen, die in der Schweiz leben oder arbeiten – unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus – dieselben Rechte und Pflichten aus der AHV, IV und EO sowie den Familienzulagen ableiten können.

Da Sans-Papiers den Behördenkontakt in der Regel vermeiden, kommt es nur in Ausnahmefällen zu einem Bezug von AHV- und IV-Leistungen. Die finanziellen Auswirkungen einer Aberkennung der Leistungsansprüche auf den Bund wären deshalb marginal.

8.3.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden

Der Ausschluss könnte schliesslich zu einer Verschiebung von Versicherungslasten zum Gemeinwesen (Nothilfe) führen, sofern nicht auch hier der Behördenkontakt vermieden wird. Für

die Versicherten ergäbe sich letztlich keine spürbare Erleichterung, während die Steuerzahler belastet würden. Nach Ansicht des Bundesrats ist eine Systemänderung, die unnötigerweise öffentliche Mittel in Anspruch nähme, nicht sinnvoll, wenn eine wirtschaftlich geeignetere Versorgung auf Basis eines Versicherungssystems existiert.

8.4 Krankenversicherung

Nach Artikel 12 BV haben Sans-Papiers in einer Notlage auf jeden Fall Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Diese Bestimmung, die in engem Zusammenhang mit Artikel 7 BV zum Schutz der Menschenwürde zu sehen ist, gilt nämlich nicht nur für Schweizer Bürgerinnen und Bürger, sondern auch für Ausländerinnen und Ausländer ungeachtet ihres Aufenthaltsstatus in der Schweiz.

Der Umfang und die Elemente der Nothilfe nach Artikel 12 BV werden von den Kantonen und Gemeinden bestimmt. Das BGer¹²⁹ hat festgehalten, dass die Hilfe nach Artikel 12 BV alle Mittel umfassen muss, die für das Überleben in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlich sind. Im Gesundheitsbereich haben die betroffenen Personen Anspruch auf eine medizinische Grundversorgung.

Gemäss einem Teil der Lehre¹³⁰ sind bei der Konkretisierung dieses Anspruchs der gesamtgesellschaftliche Kontext und die individuellen Umstände der Notlage zu berücksichtigen. Die enge Verbindung zwischen diesem Anspruch und der Menschenwürde spricht für eine eher grosszügige Umsetzung in der Praxis. Der Umfang der zu gewährleistenden medizinischen Grundversorgung kann sich am Leistungskatalog des KVG orientieren, ergänzt durch zahnmedizinische Grundleistungen.

Auch wenn Sans-Papiers sich nicht mehr einer Krankenversicherung anschliessen könnten, hätten sie dennoch Anspruch auf medizinische Grundversorgung, die durch den Leistungskatalog des KVG bestimmt werden kann.

8.4.1 Auswirkungen auf den Bund

Asylsuchende, die einen Nichteintretensentscheid und eine rechtskräftige Wegweisungsverfügung erhalten haben, fallen nicht mehr unter das Asylgesetz. Sie gelten als ausländische Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz, für die ausschliesslich das AIG¹³¹ anwendbar ist. Sie sind vom Sozialhilfesystem ausgeschlossen. Sie haben nur Anspruch auf Nothilfe,¹³² die vom Wohnkanton gewährt wird.¹³³ Der Bund richtet den Kantonen eine einmalige Pauschale aus für die Kosten im Zusammenhang mit der Nothilfe.¹³⁴

Sans-Papiers, die versichert sind, bezahlen ihre Prämien und ihre Kostenbeteiligungen selber. Sie haben Anspruch auf Prämienverbilligung (vgl. Ziff. 9.2). Eine Motion zur Aufhebung dieses Anspruchs¹³⁵ wurde vom Parlament im Jahr 2013 abgelehnt. Mit einem Ausschluss der Sans-Papiers von der Versicherungspflicht könnte der Bund einen Betrag einsparen, der den Prämienverbilligungen für Sans-Papiers entspricht. Diese Einsparung lässt sich jedoch betragsmässig nicht bestimmen, da die Versicherer nicht in der Lage sind, Versicherte ohne gültige Aufenthaltsbewilligung zu ermitteln.

¹²⁹ Vgl. Urteil des BGer 2P.318/2004

¹³⁰ Vgl. Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Erläuterung zu Art. 12, N. 6 (2. Aufl. 2017); Lucien Müller, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Erläuterung zu Art. 12, Nr. 29 (3. Aufl. 2014).

¹³¹ SR **142.20**

¹³² Vgl. Art. 82 AsylG

¹³³ Vgl. Art. 20 des Zuständigkeitsgesetzes, ZUG; SR **851.1**.

¹³⁴ Vgl. Art. 88 AsylG und Art. 28 der Asylverordnung 2, AsylV 2; SR **142.312**.

¹³⁵ Vgl. Motion Reimann (12.3942) «Keine Verbilligung der Krankenkassenprämien für Sans-Papiers».

8.4.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden

Die Nothilfe ist Sache der Kantone und Gemeinden. Sie tragen somit die Gesundheitskosten der nicht versicherten Sans-Papiers, die in ihrem Hoheitsgebiet wohnen.

Die Zahl der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers wurde in einer Studie aus dem Jahr 2015 mit 76 000–90 000 Personen angegeben (vgl. Ziff. 3). Dabei handelt es sich natürlich nur um eine Schätzung, da Sans-Papiers definitionsgemäss nicht amtlich erfasst werden. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 23. Mai 2012¹³⁶ festgestellt hat, ist nur ein Teil der Sans-Papiers krankenversichert. Die Erhebung der Anzahl Versicherter ohne gültigen Aufenthaltstitel ist sehr schwierig, weil sich diese im Bereich der Krankenversicherung in nichts von den übrigen Versicherten unterscheiden. Die Gesundheitsversorgung, die Sans-Papiers in den Aufnahmestrukturen gewährt wird, wurde in fünf Kantonen (BS, FR, GE, VD, ZH) überprüft. Dabei ging es nicht darum herauszufinden, ob diese Personen versichert sind oder nicht. In den meisten Fällen achten die Aufnahmezentren darauf, dass diese Personen einer Krankenversicherung angeschlossen sind.

Im Kanton Genf sind das «Collectif de soutien aux Sans-Papiers de Genève» und das «Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires» (CAMSCO) bemüht, den Zugang der Sans-Papiers zur medizinischen Grundversorgung sicherzustellen. Das Collectif erklärt den Sans-Papiers, wie sie vorgehen müssen, um sich einer Krankenversicherung anzuschliessen. Die CAMSCO kümmert sich um die gesundheitlichen Bedürfnisse der vulnerablen Bevölkerung von Genf, zu der auch die Sans-Papiers gehören. Sie behandelt durchschnittlich 4000 Personen pro Jahr, wovon 80 Prozent Sans-Papiers sind.

Im Kanton Zürich kümmern sich eine Anlaufstelle und die medizinische Permanence für Sans-Papiers (Meditrina) um diese Personen. Die Anlaufstelle berät Sans-Papiers namentlich im Hinblick auf ihren Beitritt zu einer Krankenversicherung. Meditrina stellt die medizinische Grundversorgung bereit und behandelt 350–400 Personen pro Jahr.

In Basel stellt die Anlaufstelle für Sans-Papiers zusammen mit ihrem Ärztenetzwerk die medizinische Grundversorgung dieser Personen sicher, bevor sie krankenversichert werden. Die Anlaufstelle kümmert sich auch um ihren Beitritt zu einer Krankenversicherung. Sie stellt jährlich für rund 650 Sans-Papiers den Zugang zur Gesundheitsversorgung sicher.

Im Kanton Waadt kümmert sich unter anderem der «Point d'Eau» um Sans-Papiers. Im Jahr 2018 führte diese Einrichtung 2827 medizinische Konsultationen durch. Davon profitierten 907 Personen, darunter 617 Sans-Papiers (68 %) und 145 EU-Bürgerinnen und -Bürger, die noch keine Bewilligung besaßen (16 %). Das «Collectif vaudois de soutien aux Sans-Papiers» (CVSSP) berät die Sans-Papiers bezüglich der Massnahmen, die für den Beitritt zu einer Krankenversicherung zu treffen sind.

Im Kanton Freiburg bietet die Vereinigung Frisanté den Sans-Papiers Gesundheitsleistungen an und begleitet sie, wenn sie sich einer Versicherung anschliessen. Im Jahr 2018 nahmen 127 Sans-Papiers die medizinischen Leistungen von Frisanté in Anspruch. Die Vereinigung hat den Versicherungsbeitritt von 134 Personen begleitet.

Wenn Sans-Papiers sich nicht mehr gegen Krankheit versichern könnten, müssten ihre Gesundheitskosten vollständig durch die Kantone und/oder Gemeinden finanziert werden. Die Kosten, die sich aus den Gesundheitsleistungen der Aufnahmestrukturen ergeben, wurden nicht ermittelt.

Die Anlaufstellen für Sans-Papiers haben die negativen Folgen eines Ausschlusses dieser Personengruppe von der Krankenversicherung in gesundheitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht

¹³⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

hervorgehoben. Nicht versicherte Sans-Papiers neigen noch viel mehr als andere dazu, auf eine medizinische Behandlung zu verzichten. Nicht behandelte Infektionskrankheiten können sich in der Bevölkerung ausbreiten und stellen ein grosses Risiko für die öffentliche Gesundheit und die Wirtschaft dar.

8.5 Unfallversicherung

Wenn Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus ihr Recht, sich einer Unfallversicherung anzuschliessen, und damit auch ihren Anspruch auf entsprechende Versicherungsleistungen verlieren, würde dies bedeuten, dass kein Unfallversicherer für die Folgen eines Berufs- oder Nichtberufsunfalls aufkommen würde. Nach Artikel 1a Absatz 2 KVG gewährt die soziale Krankenversicherung Leistungen bei Unfall, soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt. Falls Sans-Papiers keinerlei Ansprüche aus den verschiedenen Sozialversicherungen mehr hätten, müsste wahrscheinlich die Sozialhilfe über die Wohngemeinde der betroffenen Person einspringen. Ein Sozialversicherungsausschluss würde sich also nicht direkt auf den Bund auswirken. Aber die Kosten würden höchstwahrscheinlich auf die Kantone und die Gemeinden überwälzt, was erhebliche Auswirkungen auf diese hätte.

8.6 Allgemeines Fazit

Ein genereller Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde nicht nur die internationalen Verpflichtungen der Schweiz in erheblichem Masse verletzen (vgl. Ziff. 8.1), sondern auch im Widerspruch zur Bundesverfassung stehen (vgl. Ziff. 8.2).

Sollte dennoch ein solcher Ausschluss beschlossen werden, würden die Gesundheitskosten der Sans-Papiers auf die Kantone und Gemeinden überwälzt, die für die Nothilfe zuständig sind. Für abgewiesene Asylsuchende würden die Kantone und Gemeinden zwar eine einmalige Pauschale des Bundes erhalten, diese würde aber im Fall einer Krankheit oder eines Unfalls nicht alle Kosten decken.

Und schliesslich würde ein Ausschluss der Sans-Papiers von der AHV, der IV, der EO und den Familienzulagen im Widerspruch zum heutigen System der sozialen Sicherheit stehen. Für Arbeitgebende wäre es interessanter, Sans-Papiers statt andere in der Schweiz lebende Personen zu beschäftigen, denn für Erstere wären sie von den Beitragspflichten befreit.

9 Zugang zu Schulbildung und anderen öffentlichen Leistungen

9.1 Zugang zu obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung

Auf internationaler Ebene erwähnt bereits die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (Art. 26) das Recht auf Bildung als ein Mittel, um die Achtung der Menschenrechte zu vermitteln und deren Anerkennung und wirksame Umsetzung sicherzustellen.

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, der für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft trat (UNO-Pakt I)¹³⁷, anerkennt das Recht eines jeden auf Bildung (Art. 13). Diese Bestimmung verlangt von den Vertragsstaaten nicht nur, den Grundschulunterricht für alle obligatorisch und unentgeltlich zugänglich zu machen (Abs. 2 Bst. a), sondern auch die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu weiterführenden Schulen, einschliesslich des höheren Fach- und Berufsschulwesens (Abs. 2 Bst. b) sowie zum Hochschulunterricht (Abs. 2 Bst. c). Die Rechte des Pakts sind ohne Diskriminierung zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 2). Zudem sind regressive Massnahmen grundsätzlich nicht mit den Verpflichtungen des Pakts vereinbar (siehe auch Ziff. 8.1).

Die Kinderrechtskonvention (KRK) entspricht in den Grundzügen dem Inhalt von Artikel 13 des UNO-Pakts I. Sie erläutert, was das Recht auf Bildung beinhaltet (Art. 28 und 29), und legt die Rolle der

Staaten bei dessen Umsetzung fest. Es ist allgemein anerkannt, dass die KRK diesbezüglich in ihrer Wirkung identisch ist mit dem UNO-Pakt I.

Das BGer verneint zurzeit eine direkte Anwendbarkeit von Artikel 13 Absatz 2 Buchstaben b und c des UNO-Pakt I, sodass daraus kein subjektives Recht auf eine Ausbildung auf der Sekundärstufe und auf eine Hochschulbildung abgeleitet werden kann.¹³⁸ In Bezug auf die KRK (Art. 28 Bst. b und c) hat sich das BGer zu diesem Punkt noch nicht geäußert. Die Schweiz hat sich dennoch verpflichtet, die entsprechenden Bestimmungen umzusetzen.

Unabhängig davon, ob sie sich rechtmässig oder rechtswidrig in der Schweiz aufhalten, sieht die Bundesverfassung (BV) für alle Kinder einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht vor (vgl. Art. 19 und 62 BV). Da die obligatorische Schulbildung in die Zuständigkeit der Kantone fällt, sind die Schulen verpflichtet, allen Kindern den Schulbesuch und damit eine obligatorische Ausbildung zu ermöglichen, auch wenn sie keine Aufenthaltsbewilligung besitzen. Als Grundschulunterricht gilt die Ausbildung in öffentlichen Schulen während der obligatorischen Schulzeit zu, was seit Inkrafttreten des Konkordats HarmoS mindestens elf Schuljahren entspricht.

Diesbezüglich ist auch auf die «Empfehlungen zur Schulung der fremdsprachigen Kinder» vom 24. Oktober 1991 der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) zu verweisen. Sie haben den Kantonen ermöglicht, klare Regelungen bezüglich des Schulbesuchs und des Schutzes von bereits eingeschulten Sans-Papiers zu erlassen. In diesen Empfehlungen bekräftigt die EDK den Grundsatz, wonach alle in der Schweiz lebenden fremdsprachigen Kinder ohne jegliche Diskriminierung in die öffentlichen Schulen zu integrieren sind.¹³⁹

In der Praxis ist der unentgeltliche Zugang zur Grundschulbildung also durch die Bundesverfassung garantiert.¹⁴⁰ Nach der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung fällt hingegen die nachobligatorische Ausbildung, das heisst die Sekundarstufe II oder die Berufsbildung, nicht in den Geltungsbereich von Artikel 19 BV.¹⁴¹

Einige Autoren sind der Auffassung, dass sich aus der KRK eine völkerrechtliche Verpflichtung ableiten lässt, jugendlichen Sans-Papiers den gleichen Zugang zu weiterführenden Ausbildungsmöglichkeiten zu ermöglichen wie anderen Jugendlichen.¹⁴² Diesbezüglich beziehen sich einige Kantone auch auf das Rundschreiben der EDK von 1991 und machen keinen Unterschied zwischen obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung. In der Praxis dürfen deshalb Sans-Papiers in einigen Kantonen das Gymnasium besuchen. Dies gilt auch für die Aufnahme eines Studiums an einer Universität oder Fachhochschule. Wie erwähnt besteht jedoch bisher kein subjektives Recht auf eine nachobligatorische Ausbildung, das sich aus der KRK oder dem UNO-Pakt I ergeben würde. Im Übrigen scheint der Zugang zu einer nachobligatorischen Ausbildung ohne Erwerbstätigkeit in der Praxis kein reales Problem zu sein. Ein Grossteil der Kantone hat in ihren Antworten im Fragebogen des SEM bestätigt, dass es auf ihrem Gebiet für Sans-Papiers möglich ist, eine theoretische weiterführende Ausbildung zu absolvieren.

Seit dem 1. Februar 2013 regelt Artikel 30a VZAE die Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt, die eine berufliche Grundbildung in der Schweiz absolvieren möchten. Praktika und andere Erwerbstätigkeiten fallen nicht in den

¹³⁸ Vgl. BGE 126 I 240

¹³⁹ Vgl. Empfehlung der EDK zur Schulung der fremdsprachigen Kinder vom 24./25. Oktober 1991, verfügbar unter: www.edk.ch > Offizielle Texte > Empfehlungen von 1971 bis 1994, S. 207.

¹⁴⁰ Vgl. Roswitha Petry, La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations, Schulthess 2013, S. 276.

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise BGE 129 I 35, 7.4 mit weiteren Hinweisen in Roswitha Petry, La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations, Schulthess 2013, S. 276.

¹⁴² Vgl. Peter Uebersax et al. (Hg.) Ausländerrecht – Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2009, S. 410 / N 9.112 ff.

Geltungsbereich dieses Artikels (vgl. Ziff. 4.1). Die Grundidee dieser Regelung ergibt sich aus der Umsetzung einer Motion¹⁴³, die jugendlichen Sans-Papiers eine Berufslehre ermöglichen wollte. Dies vor dem Hintergrund, dass die Unterzeichnung eines Lehrvertrags und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zwingend die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung voraussetzen. Beim Zugang zu einer akademischen Ausbildung ist die fehlende Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung in der Regel kein Problem.

Jugendliche Sans-Papiers, die sich demgegenüber nach Abschluss der obligatorischen Schulbildung für eine Berufsausbildung entschieden, konnten wegen der fehlenden Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung keinen Arbeitsvertrag abschliessen. Eine solche Ausbildung war ihnen daher verwehrt. Gemäss dem AIG benötigen nämlich alle Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 11 Abs. 1 AIG). Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine berufliche Grundausbildung gilt als Erwerbstätigkeit (Art. 1a Abs. 2 VZAE). Deshalb steht jugendlichen Sans-Papiers diese Ausbildungsmöglichkeit nicht offen, da ihr Aufenthalt nicht geregelt ist. In einem solchen Fall macht sich der Arbeitgeber strafbar, weil er eine ausländische Person ohne die erforderliche Bewilligung beschäftigt (Art. 117 AIG). Artikel 30a VZAE stellt eine Lösung für dieses Problem dar, indem er besondere Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine Berufsausbildung festlegt (Ziff. 4.2).

9.2 Zugang zur Justiz und anderen staatlichen Leistungen

Zugang zur Justiz

In der Praxis vermeiden Sans-Papiers soweit wie möglich den Kontakt zu Behörden. Sie haben Angst vor den Folgen, wenn ihr rechtswidriger Aufenthalt bekannt wird. Dies gilt auch in Bezug auf die Verteidigung ihrer Rechte vor Gericht. Auch in diesem Bereich besteht ein Interessenkonflikt zwischen dem Zugang zu einer richterlichen Behörde zur Verteidigung der Rechte von Sans-Papiers (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 29a BV) und dem Datenaustausch der verschiedenen Polizei-, Strafverfolgungs- und Justizbehörden (des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts) mit den kantonalen Migrationsbehörden. Zudem besteht eine behördliche Anzeigepflicht.

Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁴⁴ gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren in Zivil- oder Strafsachen. Dies umfasst auch den Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Eine Beschränkung dieser Rechtsweggarantie darf den Zugang einer Partei zu einem Gericht nicht in einer Weise oder in einem Umfang einzuschränken, der dieses Recht in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt. Sie ist nur dann mit Artikel 6 Absatz 1 der Konvention vereinbar, wenn sie einem legitimen Zweck dient und wenn die angewandten Mittel in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Artikel 14 der Konvention, der eine Diskriminierung bei der Geltendmachung der in der Konvention anerkannten Rechte verbietet, ist in diesem Zusammenhang ebenfalls anwendbar (vgl. diesbezüglich Ziff. 8.1.2 weiter oben). In einem familienrechtlichen Verfahren hat das EGMR festgehalten, dass es angesichts der Bedeutung der strittigen Fragen besonders zwingende Gründe braucht, um eine unterschiedliche Behandlung der Gesuchstellerin, die keine Aufenthaltsbewilligung besitzt, und der Personen, die eine solche Bewilligung besitzen, zu rechtfertigen.¹⁴⁵

¹⁴³ Vgl. Motion Barthassat (08.3616) «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen».

¹⁴⁴ SR 0.101

¹⁴⁵ EGMR, Anakomba Yula gegen Belgien, Urteil vom 10. März 2009, Nr. 45413/07, § 31 ff.

Die EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020–2025)¹⁴⁶ bildet den Rahmen für die Arbeit der Kommission in diesem Zeitraum. Diese Strategie empfiehlt, dass die Kommission rechtliche und praktische Instrumente auf EU-Ebene bewertet, um die Anzeige von Straftaten und den Zugang zu Unterstützungsdiensten für Migrantinnen und Migranten unabhängig vom Aufenthaltsstatus zu verbessern. Die Kommission soll insbesondere den Austausch zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf bewährte Verfahren fördern, die darauf abzielen, die Anzeige von Straftaten von den Rückführungsverfahren zu trennen, ohne die Wirksamkeit dieser Verfahren zu gefährden.

Datenbekanntgabe

Das AIG und die VZAE sehen vor, dass die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen sowie zivil- und strafrechtliche Urteile unaufgefordert den Migrationsbehörden gemeldet werden müssen, wenn sie Ausländerinnen und Ausländer betreffen. Eine Meldung hat auch dann zu erfolgen, wenn sich die Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 97 Abs. 1 und Abs. 3 AIG und Art. 82 VZAE). Es muss sich dabei um Daten handeln, die für die Aufenthaltsregelung von zentraler Bedeutung sind (BBI 2002 3709, 3823). Die mit dem Vollzug des AIG betrauten Behörden unterstützen sich gegenseitig und erteilen auf Verlangen die benötigten Auskünfte (Art. 97 Abs. 1 AIG).

In Bezug auf die Auslegung der massgebenden Bestimmungen im AIG (Art. 97 Abs. 1 und 3 AIG; Art. 82 VZAE) sowie den Umfang der Meldepflicht der richterlichen Behörden gegenüber den Migrationsbehörden sind die Lehrmeinungen geteilt. Die Meldepflicht nach dem AIG wird auch so ausgelegt, dass sie der richterlichen Behörde einen gewissen Ermessensspielraum belässt.¹⁴⁷ Sie kann demnach eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen und ihre Meldepflicht im Lichte des Rechts auf Zugang zur Justiz auslegen.¹⁴⁸ Nach dieser Auffassung der Lehre muss das Gericht somit die Interessen abwägen und prüfen, ob eine Meldung bei den Migrationsbehörden nicht die überwiegenden privaten Interessen der betroffenen Person mit einem rechtswidrigen Aufenthalt verletzen würde. Dies kann beispielsweise die Bekanntgabe der Personalien im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens betreffen.

Anzeigepflicht

Der rechtswidrige Aufenthalt ist ein Vergehen, das von Amtes wegen strafrechtlich verfolgt wird (Art. 115 AIG). Er ist somit nicht nur von der Datenbekanntgabe nach dem AIG und der VZAE betroffen, sondern auch von den verschiedenen Anzeigepflichten, die sich aus den Verfahrensgesetzen des Bundes ergeben. Die Schweizerische Strafprozessordnung¹⁴⁹ (Art. 302 Abs. 1 StPO) verpflichtet die Strafbehörden, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind. Sie müssen somit ein Verfahren gegen Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt eröffnen, wenn sie dafür zuständig sind und Kenntnis vom rechtswidrigen Aufenthalt haben. Die StPO überlässt es dem Bund und den Kantonen, die Anzeigepflicht der Mitglieder anderer Behörden zu regeln (Abs. 2). Der Bund sowie zahlreiche Kantone haben eine Anzeigepflicht erlassen. Im Kanton Genf verpflichtet das kantonale Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu anderen strafrechtlichen Bundesgesetzen (LaCP) alle Behörden, alle Mitglieder einer Behörde und alle Beamtinnen und Beamten nach Artikel 110 Absatz 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie

¹⁴⁶ Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 24. Juni 2020, S. 14 verfügbar unter www.ec.europa.eu.

¹⁴⁷ Vgl. Roswitha Petry, a. a. O., S. 210 und 211 sowie Regina Kiener und Danielle Breitbücher, Das Recht von Sans-papiers auf Justizzugang. Erhebung und Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus durch Justizbehörden aus grundrechtlicher Sicht, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 7, Juli 2019, S. 369–371.

¹⁴⁸ Vgl. a. a. O. Roswitha Petry, S. 212 und Regina Kiener und Danielle Breitbücher, S. 370.

¹⁴⁹ SR 312.0

alle Urkundspersonen, die in Ausübung ihrer Funktion von einem Verbrechen oder einem Officialdelikt Kenntnis erhalten, dies der Polizei oder der Staatsanwaltschaft zu melden.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Zivil- und Verwaltungsgerichte eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen müssen, damit sie das Recht von rechtswidrig anwesenden Personen auf Zugang zur Justiz nicht durch eine mögliche Strafanzeige behindern. Die Strafverfolgungsbehörden unterliegen demnach einer strengeren Anzeigepflicht.¹⁵⁰

Prämienverbilligung in der Krankenversicherung

Als in der Schweiz wohnhafte Personen sind Sans-Papiers krankenversicherungspflichtig. In der Praxis ist jedoch festzustellen, dass sich nur wenige versichern lassen. Das KVG¹⁵¹ bestimmt, dass die Kantone Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen gewähren (Art. 65 Abs. 1 KVG). Deshalb gilt der Anspruch auf Prämienverbilligung auch für Sans-Papiers, wenn sie versichert sind. Eine Motion zur Aufhebung dieses Anspruchs¹⁵² wurde vom Parlament im Jahr 2013 abgelehnt.

Die Kantone geniessen grosse Freiheit bei der Gestaltung ihrer Prämienverbilligungen. Sie können autonom definieren, was unter «bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu verstehen ist. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, den Begriff «Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu präzisieren, werden die Bedingungen, von denen die Prämienverbilligungen abhängen, nicht vom Bundesrecht geregelt. Die von den Kantonen erlassenen Bestimmungen bezüglich der Prämienverbilligung stellen autonomes kantonales Recht dar.¹⁵³ Die von den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern vorzulegenden Unterlagen hängen somit von den Verfahrensregeln der einzelnen Kantone ab; jeder Kanton legt die Voraussetzungen für den Erhalt der Prämienverbilligung selber fest.

Wie der Bundesrat bereits in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans Papiers»¹⁵⁴ festgehalten hat, ist es Sans-Papiers nur in sieben Kantonen auf Antrag möglich, bei der regulären Prämienverbilligung berücksichtigt zu werden. In elf Kantonen können Personen, die über keine Aufenthaltsbewilligung verfügen und/oder über die keine Steuerdaten vorliegen, aufgrund der kantonalen Bestimmungen keine Prämienverbilligung beantragen. Die restlichen Kantone verfügen über keine Praxis in Bezug auf Prämienverbilligungen für Sans-Papiers. Die kantonale Gesetzgebung über die Ausrichtung der Prämienverbilligung verunmöglicht es in zahlreichen Kantonen, dass Personen ohne Steuerdaten und/oder Wohnsitznachweis bei der Prämienverbilligung berücksichtigt werden können. Die kantonalen Bestimmungen stehen daher im Widerspruch zum Anspruch auf Prämienverbilligung gemäss KVG (Art. 65 Abs. 1). Die Hürde, sich an eine staatliche Behörde zu wenden, dürfte für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung unabhängig von der kantonalen Praxis bezüglich der Prämienverbilligung hoch sein.

Sozialhilfe und Nothilfe

Ausländerinnen und Ausländer werden von dem Kanton unterstützt, in dem sie ihren Unterstützungswohnsitz haben (Art. 20 des Zuständigkeitsgesetzes, ZUG¹⁵⁵). Gemäss der SKOS¹⁵⁶ ergibt sich der Unterstützungswohnsitz grundsätzlich unabhängig vom Bestehen und der Art einer ausländerrechtlichen Bewilligung. Ein Lebensmittelpunkt in der Schweiz liegt aber nur dann vor, wenn die Absicht dauernden Verbleibens realisierbar ist und ihr insbesondere keine rechtlichen Hindernisse

¹⁵⁰ Vgl. Roswitha Petry, a. a. O., S. 212 und Regina Kiener und Danielle Breitbücher, a. a. O., S. 370.

¹⁵¹ SR **832.10**

¹⁵² Vgl. Motion Reimann 12.3942 «Keine Verbilligung der Krankenkassenprämien für Sans-Papiers».

¹⁵³ Vgl. BGE 8C_345/2015.

¹⁵⁴ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484), a. a. O., Ziff. 1.2, S. 6.

¹⁵⁵ SR **851.1**

¹⁵⁶ Vgl. Merkblatt SKOS, Unterstützung ausländischer Personen aus Drittstaaten, Bern 2019, Ziff. 2.1, S. 3, verfügbar unter: www.skos.ch > Publikationen > Merkblätter und Empfehlungen.

entgegenstehen (z. B. rechtskräftige Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung, rechtskräftiger Widerruf der Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung). Ein Unterstützungswohnsitz kann auch bereits vor der Erteilung einer Bewilligung bestehen (z. B. wenn die Voraussetzungen für eine Jahresaufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung erfüllt sind und die betreffende Person der Aufforderung zur Regelung ihres Aufenthalts nachgekommen ist).

Daraus ergibt sich, dass Sans-Papiers keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben, da sie wegen ihres rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz keinen Unterstützungswohnsitz geltend machen können. Sie haben jedoch Anspruch auf Nothilfe gemäss Bundesverfassung (Art. 12 BV). Die SKOS hat ihre Empfehlungen an die Kantone aktualisiert. Diese treten am 1. Januar 2021 in Kraft. In diesem Zusammenhang halten die Richtlinien klar fest, dass Personen ohne Recht auf Verbleib in der Schweiz keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. Gelangen sie in der Schweiz in eine Notlage, haben sie Anspruch auf Hilfe in Notlagen in folgendem Umfang:

- a. Wenn eine Rückreise möglich und zumutbar ist, beschränkt sich der Anspruch auf Notfallhilfe, namentlich die Rückreisekosten und Essensgeld.
- b. Solange eine Rückreise nicht möglich oder zumutbar ist, besteht ein Anspruch auf Nahrung, Obdach, Kleidung und medizinische Grundversorgung.¹⁵⁷

Heirat in der Schweiz

Das BGer erinnerte in einem Urteil daran, dass das durch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweizerische Bundesverfassung garantierte Recht auf Eheschliessung auch von Ausländerinnen und Ausländern mit rechtswidrigem Aufenthalt geltend gemacht werden kann. Dieses Recht steht nämlich grundsätzlich jeder volljährigen Person zu, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und Religion. Es handelt sich dabei um ein Menschenrecht und nicht um ein Bürgerrecht.¹⁵⁸

Seit 2011 sieht das ZGB¹⁵⁹ (Art. 98 Abs. 4 ZGB) vor, dass Verlobte, die nicht Schweizerinnen oder Schweizer sind, während des Vorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen müssen. Andernfalls können sie nicht heiraten. Diese Bestimmung soll Scheinehen verhindern. Stellt das mit der mit einem Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens befasste Zivilstandsamt fest, dass sich einer der künftigen Ehepartner rechtswidrig in der Schweiz aufhält, wird in der Praxis eine angemessene Frist für die notwendigen Massnahmen zur Regelung des Aufenthalts bei der Migrationsbehörde angesetzt. Die Migrationsbehörde erteilt grundsätzlich eine ausländerrechtliche Bewilligung im Hinblick auf die Eheschliessung, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ausländische Person damit die Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will und auch klar erkennbar ist, dass nach der Eheschliessung die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt werden. Steht aber aufgrund der Umstände und insbesondere aufgrund der persönlichen Situation der betroffenen Person von vornherein fest, dass nach der Eheschliessung keine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden kann, sehen die zuständigen Migrationsbehörden auch von der Erteilung einer vorübergehenden ausländerrechtlichen Bewilligung im Hinblick auf die Eheschliessung ab.

Das Zivilstandsamt ist zudem verpflichtet, der zuständigen Migrationsbehörde die Identität der Personen mitzuteilen, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachweisen konnten (Art. 67 Abs. 5 und Art. 75f Abs. 5 der Zivilstandsverordnung [ZStV]¹⁶⁰). Wird mit der Eheschliessung eine Umgehung der Bestimmungen über die Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern

¹⁵⁷ Vgl. SKOS-Richtlinien, Stand 1. Januar 2021, A.5, S. 12, verfügbar unter: www.skos.ch > Publikationen > Merkblätter und Empfehlungen.

¹⁵⁸ Vgl. namentlich BGE 2C_349/2011, E. 3.7.

¹⁵⁹ SR 210

¹⁶⁰ SR 211.112.2

bezweckt, teilt dies die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte ebenfalls der zuständigen Migrationsbehörde mit (Art. 74a Abs. 7 und 75m Abs. 7 ZStV).

Familienergänzende Kinderbetreuung und Finanzhilfen

Die familienergänzende Kinderbetreuung ist in erster Linie Sache der Kantone und Gemeinden. Sie legen die Modalitäten fest für den Zugang zu Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter und zu Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung. Die Kantone und Gemeinden leisten Finanzhilfen an Kindertagesstätten oder an die Eltern selber, um diese bei den Kosten für die externe Kinderbetreuung zu entlasten. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen diese Finanzhilfen gewährt werden.

Auf Grundlage des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung fördert der Bund mit einem befristeten Impulsprogramm die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit. So leistet er seit dem 1. Februar 2003 Finanzhilfen für die Schaffung von Kinderbetreuungsplätzen. Am 1. Juli 2018 hat der Bund neue Finanzhilfen eingeführt zur Unterstützung von Kantonen und Gemeinden, die sich verpflichten, die Kosten der Eltern für die familienergänzende Kinderbetreuung zu senken. Und schliesslich kann sich der Bund an der Finanzierung von Projekten beteiligen, mit denen Betreuungsangebote besser auf die Bedürfnisse berufstätiger Eltern ausgerichtet werden.¹⁶¹

Je nach Art der Finanzhilfe werden diese vom Bund an die Kantone oder an die Betreuungseinrichtungen selber ausgerichtet. Der Bund bezahlt keine Finanzhilfen direkt an die Familien, die ein familienergänzendes Betreuungsangebot in Anspruch nehmen.

Aufgrund der Zuständigkeit der Kantone und Gemeinden in diesem Bereich ist es den Bundesbehörden nicht bekannt, ob und unter welchen Bedingungen Sans-Papiers familienergänzende Kinderbetreuung in Anspruch nehmen können.

Stipendien

Das schweizerische Stipendienwesen ist kantonal geregelt. Jeder Kanton hat eine eigene gesetzliche Grundlage zur Vergabe von Stipendien und Darlehen. Die persönlichen und finanziellen Voraussetzungen, die zu Ausbildungsbeiträgen berechtigen, sind von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich geregelt.

Einige Kantone haben jedoch die Interkantonale Vereinbarung zur Harmonisierung von Ausbildungsbeiträgen (Stipendienkonkordat) unterzeichnet, das am 1. März 2013 in Kraft trat.¹⁶² Das Konkordat bezweckt eine Harmonisierung der kantonalen Stipendiengesetzgebungen. Es umfasst sowohl die Tertiärstufe (Hochschulen und höhere Berufsbildung) als auch die Sekundarstufe II (Allgemeinbildung, Berufsbildung). Die Beitrittskantone übernehmen in ihren kantonalen Stipendiengesetzgebungen die im Stipendienkonkordat festgehaltenen Grundsätze und Mindeststandards. Mit dem Konkordat werden die kantonalen Stipendiengesetze nicht in allen Belangen gleich ausgestaltet, aber in wichtigen Punkten harmonisiert.

Jeder Kanton behält auch mit dem Beitritt die Hoheit über sein Stipendienwesen. Es bleibt genügend Spielraum, um kantonale Gegebenheiten zu berücksichtigen. Ein Kanton kann sich grosszügiger zeigen, wenn er dies wünscht. Artikel 5 des Konkordats verlangt jedoch, dass Ausländerinnen und Ausländer, die keine EU/EFTA-Angehörige sind, über eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügen und seit fünf Jahren aufenthaltsberechtigt sind; andernfalls können sie keine Leistungen beziehen. Ein Grossteil der kantonalen Gesetze übernimmt diesen Grundsatz (vgl. namentlich AI, BE, SH, SO, VD, VS). Im Kanton Zürich sieht jedoch das

¹⁶¹ Vgl. Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung, SR 861

¹⁶² Bisher haben sich 21 Kantone dem Konkordat angeschlossen. Es sind dies die Kantone AG, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, OW, SG, SH, TG, TI, UR, VD, ZG und ZH (Stand 29.01.20).

Bildungsgesetz (BiG; AS 410.1) Beiträge für Ausbildungskosten und Lebensunterhalt von Ausländerinnen und Ausländern vor, die seit fünf Jahren ununterbrochen in der Schweiz leben.

Führerausweis, Handlungen des Standesamts und Notariatsdienstleistungen

Eine Prüfung der Identität und des Aufenthaltsrechts ist zum Beispiel bei der Erteilung von Lernfahrausweisen, bei Handlungen des Standesamts oder bei Notariatsdienstleistungen gesetzlich vorgeschrieben.

Weitergehende Dienstleistungen

Im Bereich des Arbeitsrechts sind beispielsweise die Bestimmungen über die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall (Art. 324a des Obligationenrechts [OR]¹⁶³), bezahlte Ferien (Art. 329a OR) sowie die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge (Art. 356 ff. OR) auf Personen anwendbar, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten.

Es ist üblich, dass Vermieterinnen und Vermieter eine Aufenthaltsbewilligung sowie Garantien verlangen, da in der Schweiz neue Mietverhältnisse bei den Einwohnerkontrollen gemeldet werden müssen (vgl. z. B. Art. 14 des Gesetzes über die Einwohnerkontrolle des Kantons Waadt [RSV 142.01] oder Art. 20 des Gesetzes über die Einwohnerkontrolle des Kantons Neuenburg [RSN 132.00]). Vermieterinnen und Vermieter können sich strafbar machen, wenn sie ihrer Meldepflicht nicht nachkommen – ein Risiko, das kaum jemand eingehen mag, der unter mehreren Interessenten auswählen kann. Deshalb wohnen zahlreiche Sans-Papiers in Untermiete bei Verwandten oder Bekannten aus ihrem Herkunftsland oder bei Partnerinnen und Partnern, die rechtmässig in der Schweiz leben. Andere teilen sich eine Wohnung oder leben bei ihren Arbeitgebenden, was vor allem für Hausangestellte zutrifft.

Beim Bezug von Dienstleistungen und Gütern wie Fernsehempfang, Elektrizität und Wasser wird das Aufenthaltsrecht nicht überprüft. Grundsätzlich entsteht das Vertragsverhältnis mit der tatsächlichen Nutzung.

In der Regel sind Sans-Papiers aufgrund ihres Status mit zahlreichen Schwierigkeiten im Alltag konfrontiert (Eröffnung eines Bankkontos, Empfang eines eingeschriebenen Briefs, Abschluss eines Telefonabonnements usw.).

10 Datenaustausch zwischen den betroffenen Behörden

Die Bundesverfassung (BV) sieht vor, dass Bund und Kantone einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen, zusammenarbeiten und einander Amts- und Rechtshilfe leisten (Art. 44 BV). Diese Bestimmung sieht eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung vor, ohne jedoch die Bedingungen und die Form festzulegen. Dazu sind gesetzliche Regelungen erforderlich. Der Datenaustausch überschneidet sich teilweise mit der Amtshilfe. Die Amtshilfe ist nicht auf die Weitergabe von Personendaten beschränkt. Sie kann weitere Auskünfte, die Akteneinsicht oder auch die Übergabe von Unterlagen oder das Mitwirken bei Abklärungen umfassen.

10.1 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem AIG

Gemäss dem AIG unterstützen sich die für den Vollzug dieses Gesetzes zuständigen Behörden gegenseitig. Sie erteilen die benötigten Auskünfte und gewähren auf Verlangen Einsicht in amtliche Akten (Art. 97 Abs. 1 AIG). Andere Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind verpflichtet, die für den Vollzug des AIG notwendigen Daten und Informationen auf Verlangen den Behörden, die mit der Umsetzung des AIG betraut sind, bekannt zu geben (Art. 97 Abs. 2 AIG). Der Bundesrat bestimmt in der VZAE, welche Daten den ausländerrechtlichen Vollzugsbehörden zu melden sind (Art. 97 Abs. 3 AIG) bei:

- Eröffnung von Strafuntersuchungen;

- zivil- und strafrechtlichen Urteilen;
- Änderungen im Zusammenhang mit dem Zivilstand sowie Verweigerung der Eheschliessung;
- Bezug von Sozialhilfe;
- Bezug von Arbeitslosenentschädigung;
- Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem ELG;
- Disziplinar massnahmen von Schulbehörden;
- Massnahmen von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden;
- anderen Entscheiden, die auf einen besonderen Integrationsbedarf hindeuten.

Nach den Artikeln 82 ff. VZAE betrifft die Datenbekanntgabe folgende Behörden:

- Die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen, von denen Ausländerinnen und Ausländer betroffen sind, sowie entsprechende zivil- und strafrechtliche Urteile. Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 82 VZAE).
- Die Zivilstands- und Gerichtsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert und in jedem Fall Eheschliessungen, Verweigerungen der Eheschliessung, Ungültigerklärungen sowie Trennungen und Scheidungen von Ausländerinnen und Ausländern. Die beteiligten Behörden geben der kantonalen Migrationsbehörde im Zusammenhang mit einer Meldung nach Absatz 1 Tatsachen bekannt, die auf eine rechtsmissbräuchliche Eheschliessung zur Umgehung der Zulassungsvorschriften nach Artikel 51 AIG hindeuten. Dies gilt auch für die schweizerischen Vertretungen im Ausland (Art. 82a VZAE).
- Die für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen zuständigen Behörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert den Bezug von Sozialhilfe durch Ausländerinnen und Ausländer (Art. 82b VZAE).
- Die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert bestimmte Daten von Staatsangehörigen aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die keine Niederlassungsbewilligung besitzen und bestimmte Voraussetzungen erfüllen (Art. 82c VZAE).
- Die für die Festsetzung und die Auszahlung der Ergänzungsleistungen zuständigen Organe melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert den Bezug von Ergänzungsleistungen durch Ausländerinnen und Ausländer (Art. 82d VZAE).
- Die Schulbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert Entscheide über definitive Schulausschlüsse von ausländischen Schülerinnen und Schülern. Diese Meldepflicht gilt nicht, wenn sich die betroffene Schülerin oder der betroffene Schüler rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 82e VZAE).
- Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die in der VZAE bestimmten Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen, die Ausländerinnen und Ausländer betreffen und die die kantonale Migrationsbehörde für ihre Entscheide benötigt. Die Gerichtsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die in der VZAE bestimmten Kindesschutzmassnahmen, die sie in einem familienrechtlichen Verfahren angeordnet haben (Art. 82f VZAE).

Nach Artikel 104 Absatz 1 AIG kann das SEM zudem auf Gesuch der Grenzkontrollbehörden die Luftverkehrsunternehmen dazu verpflichten, Personendaten der beförderten Personen bestimmter Flüge zu melden, um die Durchführung der Grenzkontrollen zu verbessern und rechtswidrige Einreisen zu bekämpfen.

10.2 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA)

Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) trat am 1. Januar 2008 in Kraft und wurde am 1. Januar 2018 teilweise revidiert. Die vorgenommenen Änderungen betreffen namentlich die Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Vollzugsbehörden. Die Synergien zwischen den für die Arbeitsmarktkontrolle zuständigen Organen wurden optimiert, und das vereinfachte Abrechnungsverfahren bei der AHV-Ausgleichskasse wurde verschärft, um Missbrauch zu verhindern.

Nach dem BGSA wird Schwarzarbeit indirekt durch den gesetzlich bestimmten Kontrollgegenstand eingegrenzt (vgl. Art. 6 BGSA). Das BGSA verpflichtet das kantonale Kontrollorgan, die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht zu prüfen. Schwarzarbeit liegt somit vor, wenn die ausländer-, sozialversicherungs- und quellensteuerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten nicht eingehalten werden.

Als rechtsübergreifendes Rahmengesetz sieht das BGSA vor, dass die Gemeinde-, Kantons- und Bundesbehörden mit den Kontrollorganen zusammenarbeiten, wenn sie Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit feststellen (vgl. Art. 11 BGSA). Die einzelnen Pflichten, die Arbeitgebende und Arbeitnehmende im Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht einzuhalten haben, werden also nicht im BGSA, sondern in den entsprechenden Spezialgesetzen (AIG, AHVG, DBG usw.) definiert. Es sind dementsprechend auch die in diesen Bereichen zuständigen Behörden, die im Nachgang an eine Kontrolle der Schwarzarbeitsinspektoren die notwendigen Abklärungen durchführen und bei Verstössen gegen den Kontrollgegenstand nach Artikel 6 BGSA die entsprechenden Sanktionen und administrativen Massnahmen aussprechen.

Das BGSA verpflichtet die Kantone dazu, ein Kontrollorgan zur Bekämpfung der Schwarzarbeit einzurichten. Das kantonale Kontrollorgan kontrolliert, ob Arbeitgebende und Arbeitnehmende die Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht einhalten (Art. 6 BGSA). Die Aufgabe der Kontrollorgane besteht in der Abklärung des Sachverhalts, indem sie namentlich Kontrollen durchführen. Neben der Kontrolltätigkeit übernimmt das Kontrollorgan Koordinationsaufgaben. Stellt das kantonale Kontrollorgan Verdachtsmomente hinsichtlich einer Verletzung namentlich von sozialversicherungs- oder ausländerrechtlichen Pflichten fest, leitet es diese den zuständigen Behörden weiter. Die Spezialbehörden führen soweit erforderlich weitere Abklärungen durch und erlassen bei Bestätigung des Verdachts die in der jeweiligen Gesetzgebung vorgesehenen Verwaltungsmassnahmen und Sanktionen. Die kantonalen Kontrollorgane selbst verfügen über keine Sanktionskompetenzen.

Die im BGSA vorgesehene Pflicht betrifft die zuständigen Behörden der Gemeinden, der Kantone und des Bundes in Sachen Arbeitsinspektion, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Beschäftigung, Sozialhilfe, Polizei, Flüchtlingswesen, Ausländerpolizei, Einwohnerkontrolle, Zivilstand und Steuerwesen sowie das Grenzwachtkorps, die mit den kantonalen Kontrollorganen zusammenarbeiten müssen. Diese Pflicht gilt auch für die Behörden der Kantone und des Bundes und die privaten Organisationen, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständig sind. Sie informieren das kantonale Kontrollorgan über Feststellungen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die auf Schwarzarbeit hinweisen (Art. 11 Abs. 1 und 2 BGSA).

Meldepflichten (vgl. Art. 12 Abs. 2 BGSA) gegenüber den Migrationsbehörden sind nur bei Kontrollen und in folgenden Fällen vorgesehen:

Die für die Arbeitslosenversicherung zuständigen Behörden der Kantone und des Bundes, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständigen Behörden der Kantone und des Bundes sowie die in diesen Bereichen zuständigen privaten Organisationen geben die Ergebnisse ihrer Kontrollen den Asyl- und Ausländerbehörden bekannt, wenn:

- die betreffende Person aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen erzielt hat, für das die Sozialversicherungsbeiträge an die AHV, IV, EO oder ALV oder die Familienzulagen nicht entrichtet wurden; und
- sich nicht sogleich ergibt, dass der Aufenthalt dieser Person den geltenden Bestimmungen entspricht.

Die anderen in Artikel 11 BGSA genannten Behörden (beispielsweise die für die Einwohnerkontrolle zuständigen Behörden, die Zivilstandsbehörden oder das Grenzwachtkorps) teilen den gegebenenfalls betroffenen Behörden des Kantons oder des Bundes die Ergebnisse der Kontrollen mit, die sie im Rahmen ihrer Aufgaben durchführen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit das Sozialversicherungs-, Ausländer- oder Quellenbesteuerungsrecht missachtet worden ist. Als gegebenenfalls betroffene Behörden gelten gemäss BGSA:

- die AHV-Ausgleichskassen und die Familienausgleichskassen;
- die Unfallversicherer;
- die Durchführungsstellen der Arbeitslosenversicherung;
- die Steuerbehörden des Bundes und der Kantone;
- die Asyl- und Ausländerbehörden;
- die zuständige IV-Stelle.

Und schliesslich ist das kantonale Kontrollorgan oder Dritte, an die Kontrolltätigkeiten nach dem BGSA delegiert wurden, verpflichtet, die zuständigen Behörden oder Organe zu informieren, wenn sich im Rahmen der Kontrollen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein Verstoss namentlich gegen das Entsendegesetz¹⁶⁴ vom 8. Oktober 1999 vorliegt (Art. 12 Abs. 6 BGSA).

10.3 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach den Sozialversicherungsgesetzen

Gemäss dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) haben Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren (Art. 33 ATSG). Verschiedene Gesetze (KVG, UVG, AHVG, IVG, ATSG, ELG usw.) sehen jedoch Abweichungen von diesem Grundsatz vor.

Nach dem Krankenversicherungsgesetz

Im Bereich der Krankenversicherung sind die Situationen, in den die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des KVG oder des KVAG¹⁶⁵ betrauten Organe Daten an Dritte übermitteln dürfen, abschliessend in Artikel 84a KVG aufgeführt. Die Versicherer und die Kantone – wenn sie die Versicherungspflicht kontrollieren oder über Gesuche um Prämienverbilligung entscheiden – sind Organe gemäss dieser Bestimmung.

Sie dürfen Personendaten nur dann an die Migrationsbehörde weitergeben, wenn die betreffende Person schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf (Art. 84a Abs. 5 Bst. b KVG). Diese Voraussetzungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Zwei Motionen, die einen vereinfachten Datenaustausch zwischen Krankenversicherern und den Kantonen fordern,¹⁶⁶ wurden vom Parlament angenommen.

Nach dem Unfallversicherungsgesetz

¹⁶⁴ SR 823.20

¹⁶⁵ SR 832.12

¹⁶⁶ Vgl. Motion Brand (18.3765) «Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern» und Motion Hess (18.4209) «Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler».

Im Bereich der Unfallversicherung sind die Situationen, in denen die Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des UVG betraut sind, Daten an Dritte bekannt geben dürfen, abschliessend aufgeführt (Art. 97 UVG). Die Unfallversicherer nach UVG sind Organe im Sinne dieser Bestimmung.

In Abweichung von Artikel 33 ATSG dürfen nicht personenbezogene Daten an Dritte bekannt gegeben werden, wenn dies einem überwiegenden Interesse entspricht. Das Gleiche gilt für personenbezogene Daten, wenn die betreffende Person im Einzelfall schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf (Art. 97 Abs. 6 UVG). Diese Voraussetzungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Das UVG bestimmt jedoch, dass die zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erforderlichen Daten nach den Artikeln 11 und 12 BGSA übermittelt werden dürfen (vgl. Art. 97 Abs. 1^{bis}), wenn die Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Anhaltspunkte für Schwarzarbeit feststellen. Die Behörden der Kantone und des Bundes sowie die privaten Organisationen, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständig sind, informieren daher das kantonale Kontrollorgan über Feststellungen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die auf Schwarzarbeit hindeuten.

Folglich sind Unfallversicherer in der Regel nicht befugt, Personendaten an die Migrationsbehörden weiterzuleiten. Vorbehalten sind jedoch die nachfolgenden Bestimmungen zur Schwarzarbeit.

Nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit

Das AHVG, das IVG und das AVIG sehen ebenfalls vor (Art. 50a AHVG, Art. 66a IVG, Art. 97a AVIG), dass die mit der Durchführung dieser Gesetze betrauten Behörden – namentlich die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und Arbeitsämter – Daten bekannt geben dürfen, die für die Bekämpfung der Schwarzarbeit benötigt werden. Diese Datenbekanntgabe stützt sich auf die Artikel 11 und 12 BGSA (Ziff. 10.1) und erfolgt entweder über das Kontrollorgan der Schwarzarbeit (Art. 11 Abs. 2 BGSA), wenn die Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeit auf Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit stossen, oder direkt zwischen den betreffenden Behörden (Art. 12 BGSA).

Wie weiter oben erläutert (Ziff. 10.2), müssen die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und die Arbeitsämter unter bestimmten Voraussetzungen den Migrationsbehörden die Ergebnisse ihrer Kontrollen mitteilen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit das Sozialversicherungs-, Ausländer- oder Quellenbesteuerungsrecht missachtet worden ist (Art. 12 Abs. 3 und 4 BGSA). Zudem müssen die kantonalen Steuerbehörden den AHV-Ausgleichskassen Meldung erstatten, wenn sie feststellen, dass Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit überhaupt nicht deklariert wurden (Art. 12 Abs. 1 BGSA).

Sans-Papiers melden sich jedoch in der Regel nicht bei den AHV-Ausgleichskassen oder anderen Behörden an, wodurch in der Praxis so gut wie kein Informationsaustausch besteht.

11 Anwendung der Strafbestimmungen auf Sans-Papiers

11.1 Massgebende Strafbestimmungen

Übersicht

Strafbare Handlungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt und der Beschäftigung von Sans-Papiers fallen hauptsächlich in den Anwendungsbereich der Strafbestimmungen des AIG.

Das BGSA betrifft mehrere Rechtsgebiete. Es sieht in erster Linie eine Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden der Kantone und des Bundes (Behörden der Arbeitsinspektion und der Arbeitslosenversicherung, Arbeitsmarktbehörden, Polizeibehörden usw.) mit dem kantonalen Kontrollorgan vor. Die Bekämpfung der Schwarzarbeit besteht neben der eigentlichen Kontrolltätigkeit zu einem erheblichen Teil aus Koordinationsaufgaben. Stellt das kantonale Kontrollorgan

Verdachtsmomente fest, informiert es die für das entsprechende Rechtsgebiet zuständigen Behörden (namentlich den kantonalen Migrationsbehörden oder den Ausgleichskassen; Ziff. 10.2). Eine allfällige strafrechtliche Verfolgung erfolgt gestützt auf die entsprechenden Spezialgesetze.

Gestützt auf das BGSA können jedoch Arbeitgebende, die wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung ihrer sozialversicherungs- und ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten rechtskräftig verurteilt worden sind, für bis zu fünf Jahre vom öffentlichen Beschaffungswesen ausgeschlossen werden. Zudem können Finanzhilfen für ebenfalls längstens fünf Jahre gekürzt werden. Im BGSA wird darüber hinaus die vorsätzliche Erschwerung oder Vereitelung einer Schwarzarbeitskontrolle sowie die vorsätzliche Verletzung der Mitwirkungspflicht der kontrollierten Personen und Betriebe unter Strafe gestellt.

Ausländerrechtliche Sanktionen

Das Strafbestimmungen des AIG betreffen insbesondere die rechtswidrige Ein- oder Ausreise, den rechtswidrigen Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG), die Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 AIG), die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 AIG), die Täuschung der Behörden (Art. 118 AIG) sowie weitere Widerhandlungen wie die Verletzung der An- und Abmeldepflichten (vgl. Art. 120 AIG und insbesondere Art. 120 Abs. 1 Bst. a AIG).

Die rechtswidrige Ein- oder Ausreise, der rechtswidrige Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) werden mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Bei fahrlässig begangener Tat wird eine Busse verhängt (Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG). Die Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft (Art. 116 Abs. 1 AIG). In leichten Fällen kann auch nur eine Busse verhängt werden (Art. 116 Abs. 2 AIG). Wenn die Täterin oder der Täter entweder mit der Absicht handelt, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, oder für eine Vereinigung oder Gruppe handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung dieser Tat zusammengefunden hat, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, und mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden (Art. 116 Abs. 3 AIG).

Die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe geahndet (Art. 117 Abs. 1 AIG). Im Wiederholungsfall innert fünf Jahren wird eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe oder nur eine Geldstrafe verhängt (Art. 117 Abs. 2 AIG). Wird die Tat fahrlässig begangen, beträgt die Strafe Busse bis zu 20 000 Franken (Art. 117 Abs. 3 AIG).

Zur Strafbarkeit der rechtswidrigen Ein- oder Ausreise, des rechtswidrigen Aufenthalts und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) besteht eine umfangreiche Rechtsprechung. Sie legt Grundsätze in Bezug auf die Strafbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts fest (BGE 143 IV 249). Demnach ist der rechtswidrige Aufenthalt strafbar, wenn sich die ausländische Person unrechtmässig in der Schweiz aufhält und es für sie nicht objektiv unmöglich ist, das Land zu verlassen und in ihr Herkunftsland zurückzukehren.

Gemäss der Rechtsprechung muss die Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts bei der Prüfung eines Gesuchs von Sans-Papiers für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nicht berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 2A.166/2001, 2b/bb, mit Verweis auf BGE 130 II 39 E. 3).

11.2 Vollzug der Strafbestimmungen

Für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten sind die Kantone zuständig.

Verstösse gegen das AIG werden von den vom Kanton bezeichneten Behörden von Amtes wegen verfolgt (Staatsanwaltschaft oder kantonale Arbeitsmarktaufsichtsbehörde).

Jede Person ist berechtigt, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich anzuzeigen (Art. 301 StPO). Die StPO verpflichtet die Strafbehörden jedoch, alle Straftaten, die sie

bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind (Art. 302 Abs. 1 StPO). Die Anzeigepflicht der Mitglieder anderer Behörden wird in Spezialgesetzen des Bundes oder im kantonalen Recht geregelt (Art. 302 Abs. 2 StPO).

Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, die Migrationsbehörden über laufende Strafuntersuchungen zu informieren (vgl. Ziff. 10 und 11 und Art. 97 AIG). Ausserdem sehen einige kantonale Durchführungsgesetze zum AIG vor, dass die Mitglieder von Behörden, die nicht im Strafbereich tätig sind, Verstösse gegen das AIG anzeigen müssen (vgl. auch Ziff. 10 und 11). So verpflichtet der Kanton Waadt die Gemeindepräsidenten und die Angestellten der Einwohnerkontrollen, der Waadtländer Staatsanwaltschaft jeden Verstoß gegen das AIG zu melden, von dem sie Kenntnis erlangen (Art. 41 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer). Wenn die Migrationsbehörde einen rechtswidrigen Aufenthalt feststellt oder davon Kenntnis erlangt, prüft sie die Wegweisung aus der Schweiz (Art. 64 AIG¹⁶⁷).

Die Anwendung der ausländerrechtlichen Strafbestimmungen stützt sich grösstenteils auf die Mitteilung von Kontrollergebnissen der kantonalen Kontrollorgane zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der Behörden und Organisationen nach 12 BGSA (vgl. Ziffer 10.2), sowie die Anzeigen der Polizeibehörden oder von anzeigepflichtigen Dritten.

In den letzten Jahren wurden verschiedene Fälle der Förderung und Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern, die oft auch als «Delikte der Solidarität» bezeichnet werden, durch die Medien bekannt. Das BGer hat in seinen Entscheiden festgehalten, dass der einfache Kontakt mit einer ausländischen Person, die den Aufenthalt in der Schweiz angenehmer macht, nicht strafbar ist. Ein solches Verhalten stellt keine Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts dar. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Verhalten den Erlass oder Vollzug einer Verfügung gegen die rechtswidrig anwesende Person erschwert oder die Möglichkeiten der Behörden einschränkt, diese Person anzuhalten. Das BGer ist generell der Auffassung, dass die Beherbergung einer rechtswidrig anwesenden Person eine Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts darstellt (Art. 116 AIG) und somit strafbar ist (vgl. BGE 130 IV 77). In der Praxis werden die betreffenden Personen in der Regel zu Geldstrafen verurteilt.

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), das mit Inkrafttreten des AIG am 1. Januar 2008 aufgehoben wurde, enthielt eine Bestimmung, wonach die Hilfeleistung in bestimmten Situationen nicht strafbar ist, wenn dies aus achtenswerten Gründen erfolgte (Art. 23 Abs. 3 ANAG).

11.3 Statistik

Anwendung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA)

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) erstellt jährlich einen Bericht, der Aufschluss gibt über den Vollzug des BGSA – namentlich über die Kontrolltätigkeit und seit 2017 auch über die Koordinationstätigkeit der kantonalen Kontrollorgane zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Im Berichtsjahr 2019 haben die kantonalen Kontrollorgane 12 554 Verdachtsmomente weitergeleitet. Ein Verdachtsmoment liegt vor, wenn das Kontrollorgan nach seinen Abklärungen den Verdacht hat, dass ein Betrieb oder eine Person gegen den Kontrollgegenstand verstossen hat und den Fall zur weiteren Untersuchung an die zuständigen Behörden und Organisationen weiterleitet. Dies entspricht einer Abnahme von 20 Prozent gegenüber dem Vorjahr (2018: 15 740 Verdachtsmomente). Die stärkste Abnahme im Vergleich zu 2018 ist im Bereich Ausländerrecht zu verzeichnen (2018: 5513 Verdachtsmomente; 2019: 3452 Verdachtsmomente; –37 %). Besonders ausgeprägt war der Rückgang in den Kantonen Genf (–1932) und Wallis (–253), die diese Entwicklung massgeblich

¹⁶⁷ Siehe auch Ziff. 8.6 Weisungen Ausländerbereich des SEM, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Services > Weisungen & Kreisschreiben > Weisungen Ausländerbereich.

beeinflusst haben. Im Jahr 2019 wurden im Bereich Sozialversicherungsrecht 5717 Verdachtsmomente weitergeleitet (–10 %), im Quellenbesteuerungsrecht waren es 3385 (–12 %). Die Abnahme an Verdachtsfällen lässt nicht generell auf einen Rückgang von Schwarzarbeit im Jahr 2019 schliessen. Die Veränderung der erfassten Verdachtsfälle liegt im üblichen Rahmen der jährlichen Schwankungen.

Im Nachgang an diese Übermittlungen sind von den Spezialbehörden 3356 Rückmeldungen eingegangen (–19 % gegenüber dem Vorjahr; 2018: 4134 Rückmeldungen). Die Zahl der Rückmeldungen gibt Aufschluss über die Anzahl Fälle, in denen sich der Verdacht bestätigte und Massnahmen ergriffen wurden. Aufgeschlüsselt nach Rechtsgebieten sehen die Zahlen für 2019 wie folgt aus: Sozialversicherungsrecht 736 Rückmeldungen (–20 %), Ausländerrecht 2012 Rückmeldungen (–18 %), Quellenbesteuerungsrecht 608 Rückmeldungen (–22 %). Diese Zahlen erlauben jedoch keine Aussagen über die Entwicklung des tatsächlichen Ausmasses von Verstössen und unterliegen den üblichen Schwankungen.

Neben der Durchführung von Betriebs- und Personenkontrollen erfüllen die kantonalen Kontrollorgane auch Koordinationsaufgaben. Unter dem Begriff «Koordinationstätigkeit» wird die Entgegennahme eines Verdachts auf Schwarzarbeit und dessen direkte Weiterleitung an die zuständige Spezialbehörde ohne vorgängige Durchführung von weiteren Sachverhaltsabklärungen durch das kantonale Kontrollorgan verstanden. Im Berichtsjahr 2019 wurden gesamtschweizerisch 6062 Hinweise auf Schwarzarbeit ohne vorgängige eigene Kontrollen den zuständigen Behörden weitergeleitet. Dies entspricht im Vergleich zum Vorjahr einer Zunahme von 13 Prozent (2018: 5344 Hinweise).

Im Nachgang an diese direkten Übermittlungen meldeten die Spezialbehörden den kantonalen Kontrollorganen im Rahmen derer Koordinationstätigkeit im Jahr 2019 gesamtschweizerisch 1488 Sanktionen.¹⁶⁸

Anhand dieser Zahlen lässt sich jedoch nicht ermitteln, wie hoch der Anteil der Sans-Papiers an den angezeigten und bestraften Arbeitgebenden und Selbstständigen ist.

Verstösse gegen das AIG gemäss der polizeilichen Kriminalstatistik

Das Bundesamt für Statistik (BFS) veröffentlicht jährlich jeweils im März die «Polizeiliche Kriminalstatistik».¹⁶⁹ Sie stützt sich auf die Daten der Kantonspolizeien und bezieht sich auf die Verstösse gegen das Strafgesetz, das Betäubungsmittelgesetz und das AIG, die ihnen angezeigt wurden. Im Jahr 2019 wurden insgesamt 37 024 Straftaten gegen das AIG erfasst. Aus dem statistischen Bericht für das Jahr 2019 geht hervor, dass ein Grossteil der Widerhandlungen die rechtswidrige Einreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz betraf (25 076 Straftaten, 67,7 %). 4902 Verstösse wurden wegen Erwerbstätigkeit oder Stellenwechsel ohne Bewilligung registriert. Im Vergleich zu 2018 sind die Zahlen stabil.¹⁷⁰

Im Jahr 2019 wurden insgesamt 21 575 ausländischen Personen Verstösse gegen das AIG vorgeworfen. Davon fielen 17 773 Personen in die Kategorie «übrige Ausländer»; diese werden im Bericht namentlich definiert als Inhaberinnen und Inhaber einer Kurzaufenthaltsbewilligung oder einer Grenzgängerbewilligung, legal oder illegal anwesende Touristinnen und Touristen, Asylsuchende mit Nichteintretensentscheid oder abgewiesene Asylsuchende, Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt nach Ablauf ihrer Aufenthaltsbewilligung oder mit unbekanntem Aufenthaltsstatus.¹⁷¹ 2702 Personen gehörten der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung an; im Rahmen dieser Statistik sind dies

¹⁶⁸ Vgl. Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bericht BGSA 2019, a. a. O., S. 6.

¹⁶⁹ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», verfügbar unter: www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Kriminalität und Strafrecht > Polizeiliche Kriminalstatistik 2019.

¹⁷⁰ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», a. a. O., Ziff. 3.9.2, S. 61.

¹⁷¹ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», a. a. O., Ziff. 2.4.4.3, S. 32 und die Definitionen in Ziff. 2.4.3, S. 28.

Inhaberinnen und Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B), einer Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) oder einer Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit (diplomatisches Personal, internationale Funktionäre, Ausweis Ci). 3163 Personen aus dem Asylbereich – gemäss dieser Statistik sind dies vorläufig Aufgenommene (Ausweis F), Asylsuchende (Ausweis N) und Schutzbedürftige (Ausweis S) – wurden im Jahr 2019 des Verstosses gegen das AIG beschuldigt.

Verstösse gegen das AIG gemäss der Strafurteilsstatistik

Neben der oben genannten Statistik veröffentlicht das BFS jährlich eine Statistik über die strafrechtlichen Verurteilungen. Die Strafurteilsstatistik erfasst die Gesamtheit der ins Strafregister eingetragenen Verurteilungen von Erwachsenen und Jugendlichen aufgrund von Widerhandlungen gegen das Strafgesetzbuch, das Strassenverkehrsgesetz, das Betäubungsmittelgesetz und das AIG.¹⁷² Sie stützt sich auf die Daten des schweizerischen Strafregisters (VOSTRA).

Bei Verstössen gegen das AIG werden die strafrechtlichen Verurteilungen nach Jahr, Art der Straftat (Art. 115–119 AIG), Alter und Staatsangehörigkeit der verurteilten Person aufgeführt. Ausländische Staatsangehörige sind in drei Kategorien unterteilt: Ausländer mit B-, C- oder Ci-Ausweis, «andere Ausländer», worunter Asylsuchende, Grenzgänger/innen und Kurzaufenthalter/innen (Ausweis L) fallen, und «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus», das heisst Personen, bei denen das Gericht den ausländerrechtlichen Status nicht feststellen konnte. Aus den Statistiken ist jedoch nicht ersichtlich, ob ein Strafurteil Sans-Papiers betrifft. Davon ausgegangen werden kann bei der Kategorie «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus» (siehe weiter unten).

Im Detail sehen die strafrechtlichen Verurteilungen für Verstösse gegen die Artikel 115–119 AIG wie folgt aus:

- 2019: 13 909 Ausländerinnen und Ausländer
- 2018: 15 226 Ausländerinnen und Ausländer
- 2017: 14 390 Ausländerinnen und Ausländer
- 2016: 15 102 Ausländerinnen und Ausländer
- 2015: 15 258 Ausländerinnen und Ausländer
- 2014: 14 498 Ausländerinnen und Ausländer
- 2013: 15 218 Ausländerinnen und Ausländer

Beim rechtswidrigen Aufenthalt nach Artikel 115 Absatz 1 Buchstabe b AIG sind die Zahlen 2019 leicht rückläufig (8550 verurteilte Personen) im Vergleich zu 2018 (9472 verurteilte Personen). Für die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nach Artikel 115 Absatz 1 Buchstabe c AIG wurden Jahr 2716 ausländische Personen im Jahr 2019 strafrechtlich verurteilt, gegenüber 3010 im Jahr 2018.

Die Ausländerinnen und Ausländer mit «unbekanntem Status» (das Gericht konnte den ausländerrechtlichen Status der verurteilten Person nicht bestimmen), die in den letzten fünf Jahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG), Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG) oder Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 Abs. 1 Bst. a AIG) verurteilt wurden, sind wie folgt aufgeschlüsselt:

Jahr	Rechtswidriger Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG)	Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit	Erleichterung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des
------	---	---	--

¹⁷² Vgl. statistische Tabellen 2013–2019 zu den strafrechtlichen Verurteilungen «Erwachsene: Verurteilungen und verurteilte Personen für eine Straftat nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)», verfügbar unter: www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Kriminalität und Strafrecht > Strafjustiz > Verurteilte Personen.

		(Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG)	rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 Abs. 1 Bst. a AIG)
2019	137	89	18
2018	187	95	34
2017	185	99	17
2016	205	98	25
2015	232	108	16
2014	253	123	19
2013	263	109	20

In der Kategorie «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus» und bei den oben genannten Verstössen können sich auch Sans-Papiers befinden. Die Erhebungen des BFS machen hier keine Unterscheidung. Um zu bestimmen, ob ein Sans-Papiers strafrechtlich verurteilt worden ist, müssten die Strafjustizbehörden aufgefordert werden, alle ergangenen Strafurteile zu konsultieren und den Status der verurteilten Person zu prüfen. Die statistischen Erhebungen der Kantone zu den strafrechtlichen Verurteilungen erlauben es ebenfalls nicht, Sans-Papiers von anderen verurteilten Ausländerinnen und Ausländern zu unterscheiden. Die kantonalen Erhebungen unterscheiden die Art der begangenen Verstösse gegen das AIG, ohne die Staatsangehörigkeit der verurteilten Person und ihren ausländerrechtlichen Status zu nennen. Eine Rücksprache bei kantonalen Migrationsbehörden hat keine weiteren Erkenntnisse gebracht.

Aus den Antworten zum Fragenkatalog des SEM ist ersichtlich, dass die kantonalen Behörden diesbezüglich über keine genaueren Statistiken verfügen. Es besteht keine Statistik, die es ermöglicht, bei Verstössen gegen das AIG zwischen Sans-Papiers und anderen ausländischen Personen zu unterscheiden. In den Kantonen werden festgestellte Verstösse gegen das AIG durch die kantonalen Strafverfolgungsbehörden geahndet. Lediglich eine kantonale Migrationsbehörde äusserte sich kritisch gegenüber der Praxis der Strafjustiz. Sie wird insbesondere in Bezug auf die Rechtsprechung der Strafgerichte bei ausländerrechtlichen Verstössen als zu grosszügig erachtet.

12 Die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Staaten

Der nachfolgende Überblick basiert auf einer Umfrage des SEM zur Situation von Sans-Papiers in Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Polen, Rumänien, Schweden, Slowenien, Tschechien und der Türkei (vgl. Anhang 2). Bezüglich der besonderen Massnahmen zur Regelung des Aufenthalts in Italien und Portugal während der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus wird auf Ziffer 3.6 verwiesen.

12.1 Schätzungen zur Anzahl der Sans-Papiers

Naturgemäss kann die Anzahl der in einem Land lebenden Sans-Papiers nur geschätzt werden. Für folgende Staaten wurden Schätzungen mitgeteilt:

<i>Finnland</i>	Mehrere Tausend, maximal rund 5000
<i>Irland</i>	Rund 26 000
<i>Niederlande</i>	Einige Zehntausend

<i>Tschechien</i>	Mindestens 1000
-------------------	-----------------

12.2 Legalisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers

Eine kollektive Regelung oder Teilregelung des Aufenthalts von Sans-Papiers (Ziff. 13.2.1; 13.2.2) erfolgte in den letzten Jahren in Belgien, Irland, Luxemburg, den Niederlanden, Polen und Schweden.

<i>Belgien</i>	Zwischen 2009 und 2011 wurden nach Protestaktionen und Hungerstreiks verschiedene Regularisierungen durchgeführt für Personen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllten, namentlich in Bezug auf die Integration.
<i>Irland</i>	In der Vergangenheit wurde der Aufenthalt geregelt von Eltern oder Elternteilen, deren Kinder in Irland geboren wurden, von Personen, die ursprünglich im Besitz einer Arbeitsbewilligung waren und danach unverschuldet ihre Aufenthaltsberechtigung verloren haben sowie von Studierenden, die die maximale Aufenthaltsdauer für ein Studium überschritten haben oder die aufgrund neuer Anforderungen unverschuldet die Bedingungen zum Studienaufenthalt nicht mehr erfüllen konnten.
<i>Luxemburg</i>	Im Jahr 2013 wurde erwerbstätigen Sans-Papiers aus Drittstaaten eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.
<i>Niederlande</i>	Der Aufenthalt von Personen mit sehr langen Asylverfahren wurde einmalig geregelt. Voraussetzung dafür war ein ununterbrochener Aufenthalt von einer bestimmten Dauer sowie der Rückzug des Asylgesuchs. Darüber hinaus wurde zweimal der Aufenthalt von Asylsuchenden mit Kindern geregelt.
<i>Polen</i>	In den Jahren 2003 bis 2012 wurden drei Regularisierungen durchgeführt. Die letzte Regularisierung setzte einen ununterbrochenen Aufenthalt von rund vier Jahren voraus. Für abgewiesene Asylsuchende wurde ein kürzerer Aufenthalt von zwei Jahren vorausgesetzt, wenn das Asylgesuch bereits vor dem 1. Januar 2010 abgewiesen worden war.
<i>Schweden</i>	Es wurden drei Teilregelungen durchgeführt.

12.3 Möglichkeiten zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers

In der Mehrheit der Staaten besteht eine rechtliche Grundlage, die die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an Sans-Papiers nach Prüfung des Einzelfalls oder zumindest eine Duldung ermöglicht (siehe Tabelle unten).

Die massgeblichen Kriterien sind teilweise unterschiedlich, in allen Staaten stehen jedoch humanitäre Aspekte im Vordergrund. Dazu gehören die Gesundheit, die familiären Beziehungen, die Bindungen an den Gaststaat und die Dauer des Aufenthalts sowie der Stand der Integration. Für Familien mit Kindern, unbegleitete Minderjährige sowie junge Erwachsene gelten regelmässig weniger strenge Voraussetzungen.

<i>Belgien</i>	Es kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn die betroffenen Personen ihre Identität offenlegen und besondere Umstände vorliegen. In der Praxis erhalten vor allem junge Erwachsene und Familien mit minderjährigen Kindern eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen.
<i>Deutschland</i>	Es kann eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt werden. Personen, die lediglich über eine «Duldung» verfügen und die gewisse Integrationskriterien erfüllen, haben ebenfalls die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten.

<i>Finnland</i>	Es kann eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erteilt werden. Als humanitäre Gründe gelten beispielsweise medizinische Gründe, das Vorliegen einer persönlichen Notlage oder enge Bindungen zu Finnland.
<i>Irland</i>	Gestützt auf die Prüfung des Einzelfalls können aus humanitären oder wirtschaftlichen Gründen Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden.
<i>Luxemburg</i>	Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Härtefällen setzt voraus, dass die betroffenen Personen keine falschen Angaben gemacht haben, keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen, sich seit mindestens vier Jahren im Land aufhalten und allfällige Massnahmen zum Vollzug der Wegweisung nicht vereitelt haben.
<i>Niederlande</i>	Personen, die sich um eine selbstständige Ausreise bemühen, aber unverschuldet keine Identitäts- und Reisedokumente von ihren heimatlichen Behörden erhalten, können eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erhalten.
<i>Österreich</i>	Es kann eine Aufenthaltsberechtigung aus familiären Gründen oder aufgrund von ausserordentlichen Umständen erteilt werden. Massgebend sind insbesondere die Aufenthaltsdauer, die familiären oder privaten Beziehungen, der Integrationsgrad und das persönliche Verhalten. Ausserdem können Personen, die seit mindestens einem Jahr über eine «Duldung» verfügen, eine Aufenthaltsberechtigung erhalten.
<i>Polen</i>	Personen, die als Minderjährige eingereist sind und innerhalb eines Jahres nach Erreichen der Volljährigkeit ein Härtefallgesuch stellen, können eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Im Weiteren können Aufenthaltsbewilligungen aus familiären Gründen oder zum Schutz des Kindeswohls erteilt werden.

12.4 Rechtliche Stellung der Sans-Papiers

12.4.1 Zugang zur medizinischen Versorgung

Die Mehrheit der Staaten gewährt Sans-Papiers zumindest den Zugang zu einer medizinischen Notfallversorgung.

Für Deutschland bestehen nur Angaben zu Personen, die im Rahmen des Asylverfahrens weggewiesen wurden und ausreisepflichtig sind. Sie haben Zugang zur medizinischen Grundversorgung.

In Luxemburg wird der Zugang zur medizinischen Versorgung an die Bedingung geknüpft, dass die betroffenen Personen sozialversichert sind.

In Belgien, Dänemark, Finnland, Lettland, Norwegen, Schweden und Slowenien bestehen grosszügigere Regelungen für Minderjährige und vulnerable Personen. Sie haben teilweise den gleichen Zugang zur medizinischen Versorgung wie rechtmässig anwesende Ausländerinnen und Ausländer oder die eigenen Staatsangehörigen.

Demgegenüber haben Sans-Papiers in Estland grundsätzlich keinen Zugang zur medizinischen Versorgung.

12.4.2 Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen

Der Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen wird restriktiv gehandhabt. Lediglich in Irland, Luxemburg und Slowenien können Sans-Papiers unter bestimmten Voraussetzungen Sozialversicherungsleistungen in Anspruch nehmen.

In Irland und Luxemburg besteht der Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen nur dann, wenn die entsprechenden Beitragszahlungen geleistet wurden. In Slowenien sind die Zugangsvoraussetzungen gesetzlich näher geregelt.

Versicherte Sans-Papiers in Luxemburg und Slowenien erhalten die gleichen Leistungen wie Ausländerinnen und Ausländer mit einem Aufenthaltsrecht.

Demgegenüber haben Sans-Papiers in Belgien, Estland, Lettland, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Polen, Schweden und Tschechien keinen Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen.

12.4.3 Zugang zur Schulbildung

Eine überwiegende Mehrheit der Staaten gewährt schulpflichtigen Sans-Papiers den Zugang zur obligatorischen Schulbildung. In Litauen ist nur der Zugang von unbegleiteten minderjährigen Sans-Papiers zur obligatorischen Schulbildung und zu Programmen für die berufliche Bildung gewährleistet. Wurde eine Wegweisung angeordnet, besteht der Zugang zur obligatorischen Schulbildung in Lettland nur bis zum Ablauf der Ausreisefrist oder während der Dauer der Sistierung des Wegweisungsvollzugs.

In Irland und Luxemburg besteht auch ein Zugang zu weiterführenden Ausbildungen. In Dänemark haben Sans-Papiers Zugang zu Berufsausbildungseinrichtungen, wenn sie bei den Behörden registriert sind.

Nur in Estland haben Sans-Papiers generell keinen Zugang zu den obligatorischen oder postobligatorischen Bildungsangeboten.

12.4.4 Staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs

Dänemark, Deutschland, Finnland, Schweden, Slowenien und Tschechien gewähren Sans-Papiers unter gewissen Bedingungen staatliche finanzielle Unterstützung zur Deckung der wichtigsten Bedürfnisse.

In Belgien haben begleitete und unbegleitete minderjährige Sans-Papiers, die sich in einem Empfangszentrum aufhalten, Anrecht auf Sachleistungen und ein Taschengeld. Befinden sie sich an einem anderen Ort, wird die Sozialhilfe in Form von Sach- oder Geldleistungen ausgerichtet. Sie erhalten die gleichen Sozialhilfeleistungen wie rechtmässig anwesende Ausländerinnen und Ausländer sowie belgische Staatsangehörige.

In Dänemark steht der Zugang zu finanzieller staatlicher Unterstützung nur Sans-Papiers offen, die bei den Behörden registriert sind.

In Bezug auf Deutschland liegen nur Angaben vor zu Personen, die im Rahmen des Asylverfahrens weggewiesen wurden und die ausreisepflichtig sind. Sie erhalten im Rahmen einer Nothilfe Sachleistungen, die Unterbringung und Betreuung erfolgt in einem Empfangszentrum oder in einer Kollektivunterkunft. Halten sie sich nicht in staatlichen Asylstrukturen auf, erfolgt die Hilfe in Form von Geldleistungen.

Estland, Lettland, Luxemburg und die Niederlande gewähren Sans-Papiers keine staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs. In Belgien besteht kein Zugang zu staatlicher Unterstützung für volljährige Sans-Papiers.

12.4.5 Zugang zum Rechtssystem

In Irland, Lettland, Luxemburg, Norwegen, Polen und Tschechien haben Sans-Papiers Zugang zum Rechtssystem, ohne dass sie ihre Identität oder ihren Aufenthaltsstatus offenlegen müssen.

In Slowenien ist der entsprechende Zugang im Rahmen von Verwaltungsverfahren gewährleistet.

In Belgien ist für Anträge an die Gerichte die Angabe einer Registernummer erforderlich, über die Sans-Papiers nicht verfügen. Wird die Registernummer nicht angegeben, kann dies dazu führen, dass der rechtswidrige Aufenthalt den Behörden bekannt wird.

Auch in Estland setzt der Zugang zum Rechtssystem voraus, dass die Identität offengelegt wird.

13 Mögliche Lösungen für Sans-Papiers

Die im Postulat erörterten Themen betreffen nicht nur den Migrationsbereich im engeren Sinn, sondern auch die Bereiche Sozialversicherung, Schulbildung und Datenaustausch sowie die Praxis der Kantone und Städte im Umgang mit Sans-Papiers. Zahlreiche Bereiche fallen ausschliesslich in kantonale Zuständigkeit, und auch Gewerkschaften und Hilfswerke befassen sich mit der Thematik. In diesem Zusammenhang hat das SEM im Auftrag des EJPD eine Begleitgruppe ins Leben gerufen, der Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, Städte und Gemeinden sowie nationaler und interkantonalen Konferenzen und verschiedener Bundesämter angehörten. Die Begleitgruppe war beauftragt, die im Postulat aufgeworfenen Fragen zu diskutieren und sich zu den vom SEM erarbeiteten Lösungen zu äussern (Ziff. 2). Ihre Stellungnahmen werden bei jedem Lösungsansatz aufgeführt. Ausserdem organisierte das SEM einen «Runden Tisch», der eine weitergehende Diskussion zur Thematik ermöglichte. Dabei wurden auch die Positionen der Gewerkschaften und Hilfswerke aufgenommen. Die entsprechenden Stellungnahmen werden ebenfalls bei den Lösungsansätzen aufgeführt (Ziff. 2).

Die Eidgenössische Migrationskommission (EKM) war am «Runden Tisch» vom 7. November 2019 nicht anwesend, da am gleichen Datum ihre Jahrestagung stattfand. Sie hat jedoch schriftlich Stellung genommen (Anhang 3). Eine schriftliche Stellungnahme liegt auch von der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers vor, die am Runden Tisch teilgenommen hat (Anhang 4). Ihre Positionen werden unter der Stellungnahme der Mitglieder des Runden Tisches zu den einzelnen Lösungsansätzen wiedergegeben, soweit sie diese ergänzen.

13.1 Im Bereich der Sozialversicherungen

13.1.1 Ausschluss von der Krankenversicherungspflicht

Argumente für diese Lösung:

- Kohärentes Verhalten der Behörden gegenüber Sans-Papiers und kohärente Anwendung der schweizerischen Rechtsvorschriften. Somit lässt sich kein direkter oder indirekter Vorteil aus einem rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erzielen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Für die Sans-Papiers selber: Ohne Krankenversicherung würde das Gefühl der Unsicherheit noch grösser. Das Risiko, dass ein notwendiger Arztbesuch hinausgeschoben oder darauf verzichtet wird, würde zunehmen.
- Für die allgemeine Bevölkerung: Schieben Sans-Papiers notwendige Arztbesuche hinaus, stellt dies ein Risiko in Bezug auf die Übertragung bestimmter Krankheiten auf die übrige Bevölkerung dar.
- Für die Kantone und Gemeinden: Wenn Sans-Papiers sich nicht mehr einer Krankenversicherung anschliessen können, müssten die Kantone und Gemeinden für die Kosten der medizinischen Leistungen aufkommen.
- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen.
- Der vollständige Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf bestimmte verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (Ziff. 8.2).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Diese Lösung ist aus den oben erwähnten Gründen abzulehnen. Wie der Bundesrat im Fazit seines Berichts «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»¹⁷³ hervorgehoben hat, besteht die beste Lösung darin, die Versicherungspflicht der Sans-Papiers beizubehalten. Der Bundesrat hat in diesem Bericht auch festgehalten, dass der Grad der Versicherungsdeckung von Sans-Papiers erhöht werden soll und dass Sans-Papiers und andere Versicherte gleichbehandelt werden sollen. Ihr Beitritt zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist zu erleichtern. Gemäss der Weisung des BSV aus dem Jahr 2002, die nach wie vor in Kraft ist, sind die Versicherer zur Aufnahme aller Personen verpflichtet, welche die rechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllen. Diese Verpflichtung besteht unabhängig vom Aufenthaltsstatus.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben unterstrichen, dass es wichtig ist, alle Personen beim Zugang zur Gesundheitsversorgung unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus gleich zu behandeln. Sie haben auch festgehalten, dass die Verweigerung des Beitritts von Sans-Papiers zur Krankenversicherung nicht zu unterschätzende negative Folgen für die öffentliche Gesundheit hätte.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich einstimmig für die Beibehaltung der Versicherungspflicht von Sans-Papiers ausgesprochen. Sie haben die Schwierigkeiten hervorgehoben, mit denen die Sans-Papiers konfrontiert sind und die sie von einem Versicherungsbeitritt abhalten (finanzielle Probleme oder die Befürchtung, dass sie bei den Migrationsbehörden gemeldet werden). Zudem haben sie die kantonalen Unterschiede bei der Prämienverbilligung angesprochen.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Das Recht auf medizinische Grundversorgung ist in der Bundesverfassung verankert. Dieses Grundrecht gilt für alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten. Staatlich finanzierte Anlaufstellen ausserhalb der Regelstrukturen braucht es nicht. Vielmehr muss dafür gesorgt werden, dass der Zugang zu den Regelstrukturen gewährleistet ist.»

13.1.2 Eingeschränkter Leistungskatalog der Krankenversicherung für Sans-Papiers

Sans-Papiers können sich einer Krankenversicherung anschliessen, sie haben aber nur Anspruch auf einen eingeschränkten Leistungskatalog.

Argumente für diese Lösung:

- Da Sans-Papiers nur beschränkte Leistungen in Anspruch nehmen könnten, wäre die obligatorische Krankenversicherung von der Übernahme von Leistungen, auf die kein Anspruch besteht, «entlastet». Dieser Vorteil ist zu relativieren, da Sans-Papiers wahrscheinlich eine tiefere Prämie bezahlen würden als Versicherte, die den ganzen Leistungskatalog beanspruchen können. Die reduzierten Leistungen hätten hauptsächlich zur Folge, dass die rückläufigen Prämieinnahmen kompensiert werden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Sans-Papiers, die einer Krankenversicherung angehören, bezahlen ihre Prämien (vorbehaltlich der Prämienverbilligung) und ihre Kostenbeteiligungen selber. Daher belasten sie die Krankenversicherung nicht mehr als Versicherte mit geregelter Aufenthalt. Ein beschränkter

¹⁷³ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

Leistungskatalog lässt sich also nicht damit rechtfertigen, dass Sans-Papiers die Krankenversicherung mehr als andere Versicherte belasten würden.

- Diese Lösung stellt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus der versicherten Person dar.
- Diese Lösung könnte im Hinblick auf die internationalen Verpflichtungen der Schweiz problematisch sein (Ziff. 8.1).
- Die Leistungen des KVG-Katalogs entsprechen den Kriterien der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit. Diese Kriterien werden regelmässig überprüft. Alle KVG-Leistungen entsprechen somit einem Bedürfnis. Wenn kranken Sans-Papiers bestimmte Leistungen vorenthalten werden, besteht das Risiko, dass sie nicht mehr genesen. Sie würden so eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit und damit auch für die Wirtschaft darstellen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat hat sich in seinen Antworten zu mehreren parlamentarischen Vorstössen gegen einen beschränkten Leistungskatalog für Sans-Papiers ausgesprochen.¹⁷⁴ Dabei hat er namentlich den Grundsatz der Gleichbehandlung bekräftigt (Art. 5 Bst. f KVAG), der jeder in der Schweiz versicherten Person, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, den gleichen Anspruch auf Übernahme der Leistungen gemäss KVG gewährleistet. Zudem würde die Umsetzung dieser Lösung auch den Schlussfolgerungen des Bundesrats in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»¹⁷⁵ widersprechen.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben unterstrichen, dass die Leistungen des KVG-Katalogs den Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit entsprechen. Sie sind daher nicht überflüssig, und es kann nicht darauf verzichtet werden. Eine Einteilung der Leistungen in zwei Kategorien (erforderliche Leistungen, nicht erforderliche Leistungen) wäre daher sehr schwierig. Ausserdem würde ein beschränkter Leistungskatalog wahrscheinlich eine tiefere Prämie bedeuten. Die Prämienberechnung für den beschränkten Leistungskatalog wäre jedoch äusserst kompliziert.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich einstimmig für die Beibehaltung des ganzen Leistungskatalogs für Sans-Papiers ausgesprochen.

13.1.3 Ausschluss von der Unfallversicherungspflicht und Leistungen der Unfallversicherung

Argument für diese Lösung:

- Kohärente Anwendung der schweizerischen Gesetzgebung und kohärentes Verhalten der Behörden gegenüber Sans-Papiers. Aus einem rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz lässt sich kein direkter oder indirekter Vorteil erzielen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Gesetzgebung im Bereich der Unfallversicherung hat nie unterschieden zwischen Arbeitnehmenden mit regulärem Aufenthaltsstatus und Sans-Papiers; das Gleiche gilt im

¹⁷⁴ Vgl. Motion Groupe UDC (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern», abgelehnt; Motion Flückiger-Bäni (17.3535) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht», abgeschrieben; Motion Herzog (19.3035) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht», noch nicht behandelt.

¹⁷⁵ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

Übrigen für die Rechtsprechung. Eine Aufhebung der Ansprüche von Personen ohne Aufenthaltsstatus würde dem eigentlichen Prinzip der Unfallversicherung widersprechen. Deren Aufgabe besteht darin, die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden vor den gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen oder Berufskrankheiten zu schützen.

- Die Unfallversicherung versteht sich als Weiterführung der zivilrechtlichen Haftung des Arbeitgebers. Wenn Personen ohne ausländerrechtliche Bewilligung vom Kreis der Versicherten ausgeschlossen werden, obwohl sie den gleichen Risiken ausgesetzt sind wie Arbeitnehmende mit einem geregelten Aufenthalt, würde dies eine Ungleichbehandlung bedeuten.
- Arbeitnehmende ohne ausländerrechtliche Bewilligung, die nicht gegen Unfall versichert sind, würden ihre Leistungen für Arbeitgebende erbringen, die für sie keine Versicherungsprämien bezahlen müssten.
- Zudem würden unfallbedingte Kosten über die Sozialhilfe auf die Gemeinden überwältigt. Die Problematik wäre also keineswegs gelöst.
- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Mass verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (Ziff. 8.2).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Diese Lösung ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Der Bundesrat befürwortet den Status quo.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben betont, dass es wichtig ist, in diesem Bereich alle Personen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus gleich zu behandeln. Eine Unterscheidung zwischen rechtmässig beschäftigten Arbeitnehmenden und Arbeitnehmenden ohne ausländerrechtliche Bewilligung in Bezug auf die Kranken- und Unfallversicherungspflicht sei schwer nachvollziehbar, da sie im Alltag den gleichen Risiken ausgesetzt sind.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich ebenfalls für die Beibehaltung der UVG-Deckung für Sans-Papiers ausgesprochen. Sie bestehen auf einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden unabhängig davon, ob sie eine ausländerrechtliche Bewilligung besitzen oder nicht. Sie haben zudem festgehalten, dass eine Aufhebung dieser Versicherungsdeckung kein Problem löst und die Situation von Sans-Papiers noch weiter verschlechtern würde.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Ein Ausschluss von Sans-Papiers macht keinen Sinn. Wenn Sans-Papiers, die nicht kranken- und unfallversichert sind, Leistungen beziehen, werden die anfallenden Kosten auf die Allgemeinheit abgewälzt. Statt Sans-Papiers auszuschliessen, sollte sichergestellt werden, dass sie bei bescheidenem Einkommen in den Genuss von Prämienreduktionen kommen und sie in der Lage sind, die stetig steigenden Prämien regelmässig zu bezahlen.»

13.1.4 Ausschluss vom Versicherungsobligatorium bei AHV/IV/EO/Familienzulagen

Das Versicherungsobligatorium nach dem AHVG gilt für die AHV, die IV, die EO sowie die Familienzulagen und erfasst unabhängig vom ausländerrechtlichen Status alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz, einschliesslich der Sans-Papiers (Art. 112 Abs. 2 Bst. a BV und Art. 1a Abs. 1 Bst. a und b AHVG). Mit einem generellen Ausschluss vom Versicherungsobligatorium AHV/IV/EO/Familienzulagen würden Sans-Papiers von der Pflicht befreit, AHV/IV/EO-Beiträge bezahlen zu müssen.

Argumente für diese Lösung:

- Sans-Papiers sind heute unter Umständen zum Bezug von Leistungen dieser Versicherungen oder allenfalls zur Rückerstattung der einbezahlten AHV-Beiträge berechtigt, wenn sie die Schweiz verlassen müssen. Die Rückerstattung der Beiträge ist teilweise mit einem grossen administrativen Aufwand verbunden. Bei einem generellen Versicherungsausschluss würde dieser Aufwand wegfallen.
- Ein Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers würde nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot oder den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten verstossen, solange die Beschäftigung von Sans-Papiers strafbar ist (Art. 117 AIG) und die Strafe in allen Fällen, von denen die Behörden Kenntnis erhalten, systematisch ausgesprochen wird.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen. Insbesondere die Aberkennung solcher Ansprüche gegenüber Personen, die Beiträge in Sozialversicherungen eingezahlt haben, ist äusserst problematisch.¹⁷⁶ Die Aberkennung der Rechtsansprüche muss in jedem Fall auf objektiven und vernünftigen Gründen beruhen. Sie muss einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sein. Zudem darf sie nicht zu einer existenzbedrohenden Situation führen. Eine allgemeine Aberkennung für alle Personen ohne regulären Status würde diese Voraussetzungen kaum erfüllen.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers würde den Ermessensspielraum nach Artikel 112 BV überschreiten.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Für zuvor versicherte Personen könnte der Ausschluss Grundrechte verletzen, die auch für Sans-Papiers gelten (z. B. Gleichbehandlung, Willkürverbot, Eigentumsgarantie). Die Verfassungsmässigkeit einer Ausschlussmassnahme müsste daher vertieft geprüft werden gemäss den Modalitäten der betreffenden Sozialversicherungen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (siehe Ziff. 8.2).
- Sans-Papiers könnten keine Leistungsansprüche der AHV/IV/Familienzulagen mehr erwerben.
- Bei späterer Regulierung des Aufenthaltsstatus würden Beitragslücken aus früheren Jahren auftreten, in denen die Person dem Versicherungsobligatorium nicht unterstellt gewesen wäre und somit gar keine Möglichkeit gehabt hätte, Beiträge zu leisten. Beitragslücken wirken sich negativ auf die Höhe der AHV- oder IV-Leistung aus.

¹⁷⁶ Die Leistung von Beiträgen ist insbesondere bei der Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Bedeutung. Siehe EGMR, Belli und Arquier-Martinez gegen die Schweiz, Fn. 72, § 103.

- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von rechtswidriger Beschäftigung steigern, da die Arbeitgebenden keine Sozialversicherungsbeiträge mehr für diese Personengruppe entrichten müssten und damit bei einer Kontrolle auch keine rückwirkende Erhebung (zuzüglich Verzugszinsen und Strafzuschläge) zu befürchten hätten.
- Das Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) müsste allenfalls nichtversicherte Kosten tragen (Nothilfe).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die aufgeführten Argumente gegen eine solche Lösung überwiegen. Ein allgemeiner Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

In Anbetracht der Gründe, die gegen eine solche Lösung sprechen, ist die Begleitgruppe ebenfalls der Ansicht, dass am Versicherungsobligatorium und an der Beitragspflicht der Sans-Papiers festgehalten werden muss.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches sprechen sich einstimmig gegen einen Ausschluss der Sans-Papiers vom Versicherungsobligatorium aus, denn ein solcher Ausschluss könnte je nach Umständen zusätzliche Kosten für die Kantone und Gemeinden nach sich ziehen. Die Teilnehmenden unterstreichen, dass das heutige System auf jeden Fall beizubehalten ist.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass ein Ausschluss von den Sozialversicherungen die Situation der Sans-Papiers weiter verschlechtern und Schwarzarbeit fördern würde. Zudem würde ein Ausschluss von Sans-Papiers, die im Hauswirtschaftsbereich arbeiten, den Grundsätzen des Übereinkommens Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) widersprechen. Dieses Übereinkommen hat die Schweiz im Jahr 2014 ratifiziert (SR 0.822.728.9); es ist 2015 in Kraft getreten. Es verlangt namentlich, dass alle in dieser Branche Beschäftigten gleich behandelt werden.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Eine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von Schwarzarbeit erhöhen: Arbeitgeber müssten keine Sozialversicherungsbeiträge entrichten und hätten bei einer Kontrolle keine rückwirkende Erhebung von Beiträgen zu befürchten. Statt dass das Gemeinwesen in den Genuss der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge käme, müsste es die nicht versicherten Kosten tragen.»

13.1.5 Verzicht auf Einreichung von Dokumenten für den Leistungsbezug von AHV/IV/EO/Familienzulagen

Der Aufenthaltsstatus spielt für den Leistungsbezug in der AHV und IV zwar keine Rolle. Für die Anmeldung der Leistungen müssen Sans-Papiers aber Dokumente zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen vorlegen. Ebenfalls erforderlich sind Dokumente, die zur Berechnung der Höhe der Leistung notwendig sind (Angaben über Aufenthaltsdauer, Erwerbstätigkeit, Zivilstand, Kinder usw.). Die betroffenen Personen verfügen teilweise nicht die erforderlichen Dokumente oder sie wollen sie nicht vorlegen. Aus diesen Gründen vermeiden sie den Kontakt zu den Behörden und melden sich nicht für Leistungen an, auch wenn sie früher – allenfalls auch mit einem geregelten Aufenthalt – Beiträge bezahlt haben.

Argumente für diese Lösung:

- Sans-Papiers wären weiterhin zum Leistungsbezug oder, sofern sie die Schweiz definitiv verlassen, zur Rückerstattung der einbezahlten AHV-Beiträge berechtigt.

- Sie würden sich allenfalls vermehrt für einen Leistungsbezug anmelden, auf den sie Anspruch haben, wenn sie keine Dokumente mit näheren Auskünften zu ihrer Person vorlegen müssten.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die entsprechenden Dokumente werden für die Prüfung benötigt, ob die betreffende Person tatsächlich Anspruch auf die Leistung hat, und um die Höhe der allfälligen Leistung zu berechnen.
- Im Hinblick auf eine Gleichbehandlung müssen alle Antragsteller die benötigten Dokumente vorlegen. Eine Ausnahme ist nicht gerechtfertigt.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Argumente gegen eine solche Lösung überwiegen. Für die Sicherstellung einer korrekten Bearbeitung der Gesuche ist es wichtig, dass die zuständigen Stellen einen Zugang zu allen benötigten Dokumenten haben.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe ist angesichts der Argumente gegen eine solche Lösung der Auffassung, dass sie die Problematik des rechtswidrigen Aufenthalts in diesem Bereich nicht zu lösen vermag.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches sind der Ansicht, dass der Zugang zu den Sozialversicherungen nicht geändert werden sollte. Nach ihrer Meinung ist es zudem nicht Aufgabe der Sozialversicherungen, sich mit dem Aufenthaltsstatus der versicherten Person zu befassen.

13.2 Im Bereich der Aufenthaltsregelung

13.2.1 Einleitung

Die geprüften Lösungen in diesem Bereich widerspiegeln namentlich die parlamentarischen Vorstösse der letzten Jahre und die aktuellen Diskussionen. Die schriftlichen Stellungnahmen der EKM und der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers (Anhänge 3 und 4) werden jeweils am Schluss der Stellungnahme der Teilnehmenden des Runden Tisches aufgeführt, wenn sie diese Stellungnahme ergänzen.

Weitere Themen im Zusammenhang mit den Sans-Papiers

City-Card

Die Thematik der City-Card wird in Ziffer 6.3 erörtert. Solche Ausweise stellen keine Lösung für die Aufenthaltsregelung von Personen dar, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Gemäss der Bundesverfassung (Art. 121 BV) ist die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie die Gewährung von Asyl Sache des Bundes. Die Zulassungsvoraussetzungen und der Aufenthalt werden durch das Bundesrecht geregelt. Der Bund sorgt für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts, und die Kantone sind für den Vollzug in ihrem Bereich zuständig. Das AIG sieht vor, dass Ausländerinnen und Ausländer mit der ausländerrechtlichen Bewilligung in der Regel auch einen entsprechenden Ausweis erhalten (Art. 41 AIG). Die Gemeinden und Kantone sind daher nicht berechtigt, den Aufenthalt der Sans-Papiers mit einem eigenen Ausweis zu regeln. Sie wären rechtlich nicht verbindlich und würden den Aufenthalt der betreffenden Personen somit nicht legalisieren.

Diese Thematik wurde in der Begleitgruppe und mit den Teilnehmenden des Runden Tisches ebenfalls erörtert. Dabei haben sie von den Absichten des Zürcher Projekts (Züri City Card) Kenntnis genommen. Die Teilnehmenden des Runden Tisches sprechen sich mehrheitlich für das Prinzip einer City-Card oder einer «Urban Citizenship» aus, die auch Sans-Papiers offenstehen würde. Sie halten diese Frage für prüfenswert.

Die EKM erachtet in ihrer schriftlichen Stellungnahme eine City-Card, wie sie in Zürich und Bern diskutiert werden, als ungenügend. Diese beiden Städte möchten allen Einwohnerinnen und Einwohnern unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Ausweis ausstellen und ihnen so die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und den Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen in der Stadt ermöglichen. Deren Gültigkeit würde sich nämlich auf das Gebiet der Stadt beschränken und hätte keine Wirkung auf kantonaler und gesamtschweizerischer Ebene. Die EKM erwähnt auch das Beispiel des Kantons Waadt, der nothilfebeziehenden Personen eine Bescheinigung ausstellt, die von der Polizei akzeptiert wird und die die Betroffenen vor einer (wiederholten) Anzeige wegen rechtswidrigen Aufenthalts schützt. Die EKM empfiehlt in ihrem Bericht zu ausländischen Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden (Ziff. 3), die Ausstellung einer solchen Karte für alle Personen mit einem Bezug von Nothilfe.

Schaffung eines Kontingents für die Zulassung von beruflich nicht oder nur gering qualifizierten Arbeitnehmenden aus Drittstaaten

Das heutige Zulassungssystem sieht nur die Zulassung von beruflich qualifizierten Arbeitskräften aus Drittstaaten vor. Sie unterstehen zudem jährlichen Höchstzahlen (Kontingenten), die durch den Bundesrat festgelegt werden. Sans-Papiers sind in der Regel in Branchen tätig, in denen Arbeitskräfte ohne oder nur mit einer geringen beruflichen Qualifikation benötigt werden (Bau, Hauswirtschaft, Hotellerie, Ziff. 3.2). Die Möglichkeit einer Schaffung eines Kontingents für die Zulassung auch von beruflich nicht oder nur gering qualifizierten Drittstaatsangehörigen wurde vor allem am «Runden Tisch» erörtert.

Die Begleitgruppe steht dieser Lösung skeptisch gegenüber. Ein Mitglied der Begleitgruppe hat betont, dass ein solches Kontingent zu einem Pull-Effekt führen könnte und wohl politisch umstritten wäre. Es sei auch schwer vorstellbar, dass rechtswidrig in der Schweiz anwesende Drittstaatsangehörige nachträglich eine Aufenthaltsbewilligung erhalten könnten, die ihnen eine rechtmässige Erwerbstätigkeit ermöglicht.

Für die Teilnehmenden des Runden Tisches ist dies hingegen ein interessanter und prüfenswerter Lösungsansatz. Die Mehrheit ist sich hier einig, dass die bereits in der Schweiz lebenden Sans-Papiers Vorrang haben müssten. Allfällige Kontingente sollten zunächst für diese Personen verwendet werden.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass regularisierte Sans-Papiers den kantonalen Kontingenten nicht angerechnet werden sollen. In Bezug auf die Regularisierung sollten sie wie andere Ausländerinnen und Ausländer behandelt werden, die mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers erachtet in ihrer schriftlichen Stellungnahme hingegen Kontingente als eine pragmatische Lösung. Eine derartige Massnahme komme aber nur in Frage, wenn bei der Implementierung eines Sonderkontingents die Regularisierung der bereits in der Schweiz wohnhaften Sans-Papiers priorisiert würde oder diese Bevölkerungsgruppe zuvor mit einem spezifischen Regularisierungsprogramm eingegliedert werden könnte. Nach der Auffassung der Plattform könnte der Bundesrat die bestehende Zulassungsregelung für Personen aus Drittstaaten auch so ändern, dass der Bedarf an Arbeitskräften im Haushalt, im Baugewerbe, in der Gastronomie oder der Landwirtschaft gedeckt werden kann.

Empfehlungen der EKM für ausländische Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden

Im Dezember 2019 hat die EKM sieben Empfehlungen veröffentlicht¹⁷⁷ zur Verbesserung der Praxis der Kantone bei abgewiesenen Asylsuchenden, die einen rechtskräftigen Wegweisungsentscheid erhalten haben und sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Ziff. 3.2.1). Die Empfehlungen sollen zudem die Unsicherheit eines nicht geregelten Aufenthalts verringern, namentlich durch eine flexiblere Prüfung einer vorläufigen Aufnahme oder der Voraussetzungen für die Erteilung einer

¹⁷⁷ Vgl. Bericht und Empfehlungen der Eidgenössischen Migrationskommission «Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven», Dezember 2019, verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Studien > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

Härtefallbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG). Zudem kann der Abschluss einer beruflichen Ausbildung oder der Zugang zu einer kurzfristigen Erwerbstätigkeit ermöglicht werden. Eine Empfehlung bezieht sich auf die Ausstellung eines besonderen Ausweises, wie dies im Kanton Waadt vorgesehen ist. Damit werden Personen, die Nothilfe beziehen, als «registriert» ausgewiesen und sie werden bei einer Personenkontrolle nicht wegen des rechtswidrigen Aufenthalts gebüsst.

Der Bundesrat hat in seiner Antwort auf die Interpellation Quadri (19.4545) « Missachtung des Gesetzes und des Volkswillens. Die Eidgenössische Migrationskommission will den illegalen Aufenthalt von abgewiesenen Asylsuchenden legalisieren » (erledigt am 19. Juni 2020) zur Ausstellung eines solchen Ausweises Stellung genommen. Eine glaubwürdige und konsequente Asylpolitik voraus, dass rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende die Schweiz auch tatsächlich verlassen. Die Empfehlung der EKM widerspricht diesem Grundsatz. Gemäss dieser Empfehlung soll für Personen mit Nothilfe ein Ausweis ausgestellt werden, der sie als «registriert» ausweist. Bei einer Personenkontrolle sollen sie damit nicht wegen des rechtswidrigen Aufenthalts gebüsst werden. Zudem legt Artikel 41 Absatz 1 des AIG fest, dass Ausländerinnen und Ausländer mit der ausländerrechtlichen Bewilligung in der Regel auch einen Ausweis erhalten, in dem die Bewilligungsart aufgeführt wird. Asylsuchende einen Ausweis N und sie können sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Nach einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid wird ihnen dieser Ausweis entzogen und sie müssen die Schweiz verlassen. Die Ausstellung einer Bestätigung gemäss der Empfehlung der EKM kommt einer generellen Regelung des Aufenthalts für alle rechtskräftig abgewiesenen Asylsuchenden gleich. Eine solche Lösung würde zu einer Zunahme von unbegründeten Asylgesuchen in der Schweiz führen und die Bereitschaft abgewiesener Asylsuchender zur freiwilligen Ausreise erheblich schmälern. Zudem würde dies zu einer ungerechtfertigten Besserstellung von abgewiesenen Asylsuchenden gegenüber anderen ausländischen Personen mit einer Wegweisung führen. Der Bundesrat lehnt diesen Vorschlag daher ab.

Ein Teil der weiteren Empfehlungen der EKM überschneidet sich mit den Lösungen, die nachfolgend erläutert werden. Die Meinungen dazu werden dort ebenfalls aufgeführt.

13.2.2 Kollektive Regularisierung

Mit der kollektiven Regularisierung soll der Aufenthalt aller Sans-Papiers geregelt werden, die zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Schweiz leben. Voraussetzung dafür ist die Einhaltung bestimmter Bedingungen wie die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, keine Vorstrafen (mit Ausnahme des rechtswidrigen Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung), eine gute Integration, keine Schulden sowie eine bezahlte und stabile Beschäftigung (Schwarzarbeit). Diese Lösung umfasst keinen Entscheid über eine strafrechtliche Amnestie, bei der den betroffenen Personen der bisherige rechtswidrige Aufenthalt und die rechtswidrige Erwerbstätigkeit nicht zur Last gelegt wird. Sie beinhaltet auch keine Amnestie bezüglich der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, die entsprechenden Pflichten würden weiterhin bestehen und ihre Nichteinhaltung bestraft.

Argumente für diese Lösung:

- Sie ermöglicht es, zu einem bestimmten Zeitpunkt und für einen bestimmten Zeitraum die Anzahl ausländischer Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz zu verringern.
- Eine solche Massnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie mit einer Änderung der Migrationspolitik im Sinne einer verschärften Praxis gegenüber rechtswidrig anwesenden ausländischen Personen einhergeht.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Massnahme vermag das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nur teilweise und nicht endgültig zu regeln.
- Neue Sans-Papiers werden die Personen mit einem geregelten Aufenthalt ersetzen, die eine Stelle mit besseren Arbeitsbedingungen suchen (Pull-Effekt).

- Eine kollektive Regularisierung würde einer kohärenten Migrationspolitik widersprechen. Sie würde daher Ausländerinnen und Ausländer dazu veranlassen, die geltenden rechtlichen Bestimmungen zu umgehen, um später bei einer allenfalls möglichen erneuten kollektiven Regularisierung eine Aufenthaltsbewilligung zu erwirken.
- Eine solche Massnahme würde sich nicht auf den Anschluss an die Sozialversicherungen und die Ausrichtung entsprechender Leistungen auswirken, denn die entsprechenden Pflichten würden bestehen bleiben und ihre Nichteinhaltung würde weiterhin bestraft. Auch die rechtswidrige Erwerbstätigkeit und der rechtswidrige Aufenthalt wären weiterhin strafbar.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Nach Ansicht des Bundesrats überwiegen die Argumente gegen eine solche Lösung.

Die schweizerische Asylpolitik und die gesetzlichen Bestimmungen über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei schwerwiegenden persönlichen Härtefällen tragen den humanitären Aspekten bereits Rechnung. Eine kollektive Regularisierung hätte zur Folge, dass die Missachtung der ausländerrechtlichen Vorschriften belohnt würde. Damit würde eine Erwartungshaltung erzeugt, die zu weiteren kollektiven Regularisierungen führen dürfte. Ein solches Vorgehen würde zudem im Widerspruch zum Konzept des heutigen dualen Zulassungssystems stehen. Bisher haben sich sowohl das Parlament als auch der Bundesrat gegen ein solches Vorgehen ausgesprochen (siehe Ziff. 3.5 zu den abgelehnten parlamentarischen Vorstössen).

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Angesichts der Argumente gegen ein solches Vorgehen teilt die Begleitgruppe die Auffassung des Bundesrats. Eine solche Massnahme würde nicht zur Lösung des Problems der rechtswidrigen Aufenthalte beitragen. Die Mitglieder der Begleitgruppe haben keine über diese allgemeine Würdigung hinausgehende Anmerkungen vorgebracht.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Eine kollektive und weitgehend bedingungslose Regularisierung wird von der Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches nicht als realistische und politisch tragbare Lösung erachtet. Sie würde zudem Gesetzesänderungen bedingen. Diese Ansicht teilt auch die EKM in ihrer schriftlichen Stellungnahme. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hat sich demgegenüber in ihrer schriftlichen Stellungnahme für Regularisierungsprogramme ausgesprochen.

13.2.3 Teilregularisierung

Die kollektive Regularisierung umfasst alle Gruppen von Sans-Papiers, die sich zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die Teilregularisierung auf eine bestimmte Gruppe, die unter gewissen Bedingungen ausländerrechtlich geregelt werden kann. Sie könnte sich beispielsweise auf Familien mit Kindern beschränken. Zudem müssten die unter Ziffer 13.2.2 genannten allgemeinen Voraussetzungen (gute Integration, keine Schulden usw.) ebenfalls erfüllt sein. Für alleinstehende Sans-Papiers, Konkubinatspartner oder Ehepaare ohne Kinder würden bei der Erteilung einer Härtefallbewilligung weiterhin die allgemeinen ausländerrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen. Auch diese Lösung wäre nicht mit einer strafrechtlichen Amnestie oder einer Amnestie bezüglich der Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verbunden. Der rechtswidrige Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung würden weiterhin bestraft.

Argumente für diese Lösung:

- Die in Ziffer 13.2.1 enthaltenen Argumente für eine kollektive Regularisierung gelten auch hier. Mit einer Teilregularisierung könnte zudem gezielt gegen die prekären Verhältnisse in bestimmten Bereichen (Arbeit, Wohnung usw.) von besonders betroffenen Sans-Papiers vorgegangen werden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die in Ziffer 13.2.1 genannten Argumente gegen eine kollektive Regularisierung können hier übernommen werden. Eine Teilregularisierung beispielsweise von Familien mit Kindern könnte dazu führen, dass die Sans-Papiers den Nachzug ihrer Familienangehörigen dazu nutzen, bessere Bedingungen für eine Aufenthaltsregelung zu schaffen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass das geltende Recht bereits den notwendigen Handlungsspielraum enthält, um bei der Prüfung der Gesuche den humanitären Anliegen zum Beispiel bezüglich der besonderen Situation von Familien Rechnung tragen zu können. Er hat im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse zu diesem Thema (Ziff. 3.5) wiederholt dargelegt, dass eine individuelle Prüfung der Gesuche wegen ihrer Einzelfallgerechtigkeit vorzuziehen sei.

Bei der Ausarbeitung und der Beratung des AIG sind der Bundesrat, die Kantone und eine grosse Mehrheit des Parlaments zum Ergebnis gelangt, dass eine kollektive Regularisierung oder eine Teilregularisierung für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung nicht zielführend ist. So hat der Ständerat zum Beispiel eine Regelung im AIG abgelehnt, die eine generelle Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers nach einem Aufenthalt in der Schweiz von mehr als vier Jahren vorsah. Das AIG wurde vom Volk in der Abstimmung vom 24. September 2006 von einer grossen Mehrheit der Stimmbevölkerung angenommen. Es trat am 1. Januar 2008 in Kraft.

Bei den Beratungen zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; AB 2004 N 1203) lehnte der Nationalrat eine generelle Regularisierung der rechtswidrig anwesenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach einem Aufenthalt von einem Jahr ab. Es wurde darauf hingewiesen, dass eine solche Regelung die rechtswidrige Einwanderung fördern und eine Belohnung des rechtswidrigen Aufenthalts darstellen würde.

Der Bundesrat ist darüber hinaus der Ansicht, dass auch eine solche Teilregularisierung das Problem der Sans-Papiers nicht langfristig zu lösen vermag.

Haltung der Begleitgruppe (teilweise Ablehnung)

Aus dem Protokoll der letzten Sitzung der Begleitgruppe geht hervor, dass eine Teilregularisierung nach Ansicht der Mitglieder keine angemessene Antwort auf die Herausforderungen im Zusammenhang mit den Sans-Papiers darstellt.

Die SKOS und die SODK haben in ihren schriftlichen Stellungnahmen (Ziff. 2) die Ansicht geäussert, dass im Hinblick auf die Erfahrungen mit der Operation Papyrus in Genf die Möglichkeiten einer Teilregularisierung geprüft werden sollten. Die SODK sieht diese Einschätzung durch die neuen Erfahrungen mit der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus bestätigt. Der SSV hält in seiner schriftlichen Stellungnahme fest, dass die Ablehnung dieser Lösung durch die Begleitgruppe nicht in der notwendigen Ausführlichkeit diskutiert wurde. Er möchte diesen Vorschlag deshalb nicht undifferenziert ablehnen.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (zu prüfende Massnahme)

Im Gegensatz zur kollektiven Regularisierung erachten die Teilnehmenden eine Teilregularisierung bestimmter Gruppen von Sans-Papiers als prüfenswert, sofern die entsprechenden Kriterien von Anfang an klar bestimmt sind. Dabei haben sich die Teilnehmenden auf die Erfahrungen in Genf bezogen (Operation Papyrus, Ziff. 5). Bei diesem Projekt zeigten die Genfer Politikerinnen und Politiker sowie die kantonalen Behörden eine gewisse Bereitschaft, unterschiedliche Modelle für eine Regularisierung zu entwickeln.

Die EKM unterstreicht in ihrer schriftlichen Stellungnahme, dass eine (Teil-)Amnestie eine mögliche Lösung sein könne. Es seien jedoch formelle Kriterien zu definieren, die erfüllt sein müssten, um ein Gesuch um Regularisierung stellen zu können. Zudem müssten materielle Kriterien für die Prüfung von Einzelfällen festgelegt werden. Die EKM verweist ebenfalls auf die Erfahrungen in Genf und

hält fest, dass das Migrationsamt des Kantons Zürich ein Pilotprojekt «Systematische Überprüfung von Langzeitbeziehenden der Nothilfe» entwickelt habe, das eine Regularisierung dieser Personengruppe aus dem Asylbereich anvisiere. Dieses Pilotprojekt begann Mitte 2017 und wurde 2018 abgeschlossen. Personen, welche die formalen Kriterien für ein Härtefallgesuch erfüllten, wurden von den Behörden angeschrieben. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie die Einreichung eines Härtefallgesuchs in Betracht ziehen können. Viele Angeschriebene nahmen in der Folge Kontakt mit Beratungsstellen auf und reichten entsprechende Gesuche ein. Dieser Impuls bewirkte beispielsweise, dass sich Bezüger von Nothilfe aktiv um eine bessere sprachliche Integration bemühten, wenn die erforderlichen sprachlichen Kompetenzen fehlten. Sie konnten so nach und nach die für ein Gesuch erforderlichen Dokumente einreichen. Rund 100 Personen erhielten eine gesetzlich vorgesehene Härtefallbewilligung, die die Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit eröffnete.

In ihrer schriftlichen Stellungnahme hat sich die nationale Plattform zu den Sans-Papiers für pragmatische Regularisierungsprogramme ausgesprochen. Die Erfahrungen in anderen Ländern würden zeigen, dass eine Regularisierung die Situation eher normalisiere als verschlechtere. Sie erweise sich auch als ein bedeutendes Instrument zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.

13.2.4 Präzisierung der Verordnung (Art. 31 VZAE) oder der Weisungen des SEM

In Artikel 31 VZAE sind die Kriterien aufgeführt, die bei der Prüfung eines Härtefallgesuchs zu berücksichtigen sind. Diese Kriterien beruhen auf der Rechtsprechung gestützt auf das frühere Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), das am 1. Januar 2008 durch das AIG ersetzt wurde. Die VZAE trat ebenfalls zu diesem Zeitpunkt in Kraft. Massgebend sind namentlich die Dauer der Anwesenheit, die familiäre Situation, die Dauer eines allfälligen Schulbesuchs, der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben (Verweis auf Art. 58a AIG) oder die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland. Es handelt sich um allgemeine Kriterien, die den kantonalen Behörden und dem SEM einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung von Härtefallgesuchen geben (Ziff. 4). Die Weisungen des SEM¹⁷⁸ präzisieren diese Kriterien, ohne jedoch durch eine zu starke Detailregelung den gesetzlichen Handlungsspielraum einzuschränken. So wird beispielsweise keine Mindestaufenthaltsdauer für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen bei schwerwiegenden persönlichen Härtefällen festgelegt. Es wird lediglich ein Richtwert von fünf Jahren beim Aufenthalt von Familien mit Kindern aufgeführt.

Im Rahmen der in den Jahren 2017 und 2018 in Genf durchgeführten Operation Papyrus wurden die gemäss der VZAE und den Weisungen des SEM massgebenden Kriterien präzisiert (Ziff. 5.2). So wurde insbesondere ein Richtwert für den erforderlichen Voraufenthalt von Familien festgelegt. Zudem wurde festgehalten, dass die Einschulung von Kindern bei der Prüfung der Gesuche zu berücksichtigen ist. Einige Kantone (BE, BS, VD) haben ebenfalls Richtlinien zur Präzisierung der Kriterien nach der VZAE erlassen (Ziff. 4.4). Sie haben dabei als Richtwert eine Aufenthaltsdauer von mindestens zehn Jahren bei Einzelpersonen sowie von fünf Jahren bei Familien festgelegt, damit dem SEM ein Gesuch um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung unterbreitet wird. Dabei handelt es sich um Richtwerte und die übrigen Kriterien müssen ebenfalls erfüllt sein. Ausserdem schreiben einige Kantone als Richtwert Sprachkenntnisse gemäss dem Niveau A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen vor, währenddem die VZAE hier keine Vorgaben macht (Ziff. 4.4).

Es stellt sich die Frage, ob die in Artikel 31 VZAE genannten Kriterien zu präzisieren sind, um den Handlungsspielraum der kantonalen Behörden und des SEM bei der Prüfung von Härtefällen einzuschränken. Eine solche Präzisierung könnte auf zwei Arten erfolgen: Durch eine Änderung von Artikel 31 VZAE oder der Weisungen des SEM.

Eine mögliche Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundbildung (Art. 30a VZAE) wird in Ziffer 13.2.5 erörtert.

¹⁷⁸ Vgl. Weisungen I. Ausländerbereich, Ziff. 5.6, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben.

Änderung von Artikel 31 VZAE oder der Weisungen des SEM

Argumente für diese Lösung:

- Dies könnte zu einer einheitlicheren Praxis der kantonalen Behörden bei der Übermittlung der Gesuche an das SEM für die Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung führen.
- Eine Präzisierung der Kriterien ermöglicht es, die Bedingungen für eine Regelung des Aufenthalts klarer zu regeln. Die betroffenen Personen können so die Chancen eines Gesuchs besser abschätzen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Eine weitergehende Präzisierung der Kriterien würde zu einem geringeren Handlungsspielraum der kantonalen Behörden und des SEM bei der Beurteilung von Härtefallgesuchen führen.
- Eine solche Präzisierung könnte zu einer übermässigen «Schematisierung» der Prüfung von schwerwiegenden persönlichen Härtefällen führen. Dies würde der heutigen Praxis und den rechtlichen Grundlagen widersprechen, die für die Beurteilung von schwerwiegenden persönlichen Härtefällen eine Einzelfallprüfung vorsehen (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG). Zudem könnte eine solche Lösung auch zur Folge haben, dass nach einer bestimmten Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz «automatisch» und ohne weitere Prüfung des Einzelfalls eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird. Dies würde die Umgehung des Ausländerrechts erleichtern.
- Die bisherige Regelung hat sich bewährt und sie ermöglicht eine gewisse Flexibilität. Die bestehenden Weisungen des SEM enthalten bereits die für die Behandlung von Härtefällen grundsätzlich notwendigen Präzisierungen.
- Die Mehrheit der kantonalen Behörden, die zum Fragenkatalog des SEM Stellung genommen haben (vgl. Ziff. 2), erachten zudem die bestehende Regelung als angemessen. Einige davon haben ausdrücklich festgehalten, dass eine zu enge Formulierung in *der VZAE oder* in den *Weisungen des SEM* nicht angemessen sei. Die zuständige Behörde der Stadt Bern ist demgegenüber der Auffassung, dass eine Anpassung erwogen werden kann, um dem Potenzial der Sans-Papiers Rechnung zu tragen. Nur sehr wenige Kantone erachten die heutige Regelung als zu grosszügig.

Haltung des Bundesrats (Änderung von Art. 31 VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: regelmässige Überprüfung der Weisungen)

Änderung der VZAE

In den letzten Jahren hat der Bundesrat im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse zu einer Änderung der Kriterien in der VZAE Stellung genommen (Ziff. 3.5). Im Jahr 2014 verabschiedete er in Erfüllung einer Motion eine neue Bestimmung in der VZAE. Sie enthält die Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten (Art. 30a VZAE; Umsetzung der Motion Barthassat 08.3616 «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen»; Ziff. 5.1 und 13.2.5).

Der Bundesrat erachtet eine erneute Änderung der Härtefallregelung und insbesondere der Kriterien nach Artikel 31 VZAE nicht als erforderlich. Die geltenden Bestimmungen haben sich bewährt und sie gewähren den kantonalen Behörden sowie dem SEM den notwendigen Handlungsspielraum für die Regelung von Härtefällen.

Eine Lockerung der Kriterien für die Erteilung von Härtefallbewilligungen würde höchstwahrscheinlich zu einem Pull-Effekt führen. Sie würde auch zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber anderen Ausländerinnen und Ausländern führen, die sich an die gesetzlichen Regelungen halten. Dies gilt namentlich für Arbeitnehmende oder Studierende, für die strengere Zulassungskriterien gelten. Ein solches System würde zudem die Missachtung der gesetzlichen Regelungen belohnen. Umgekehrt

würde eine Verschärfung oder eine weitgehende Präzisierung der Kriterien nach Artikel 31 VZAE den Handlungsspielraum zu stark einschränken, den die geltenden Regelungen ermöglichen. In diesem Fall hätte die Operation Papyrus in Genf, welche im Rahmen der bestehenden Kriterien der VZAE durchgeführt werden konnte und die mit Massnahmen zur Bereinigung des Arbeitsmarkts verbunden wurde, wahrscheinlich nicht ohne Verordnungsänderungen durchgeführt werden können.

Bisher hat das Parlament die Auffassung vertreten, dass sich die geltende Gesetzgebung bewährt hat und Bund und Kantone den notwendigen Handlungsspielraum belassen hat. Es hat namentlich im Rahmen der Prüfung der parlamentarischen Initiative (17.414) «Die Illegalität ist kein Härtefall» die Bedeutung der in der VZAE festgelegten Kriterien diskutiert. Diese parlamentarische Initiative wollte im Härtefallkriterien der VZAE im AIG verankern und eine Kontingentierung der Härtefallbewilligungen einführen. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) hat ihr keine Folge geleistet. Das Parlament war der Ansicht, dass diese Vorschläge das Problem der Sans-Papiers nicht zu lösen vermögen.

Die Mehrheit der kantonalen Behörden, die den Fragekatalog des SEM (Ziff. 2) beantwortet haben, erachten zudem eine Änderung der VZAE nicht als notwendig.

Änderung der Weisungen des SEM

In den Weisungen des SEM werden die in der VZAE enthaltenen Kriterien bereits konkretisiert. Sie stellen ein wichtiges Instrument zur Vereinheitlichung der kantonalen Praxis dar. Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass regelmässige Überprüfung dieser Weisungen einer Änderung der VZAE vorzuziehen ist.

Gemäss dem Bericht der Genfer Behörden über die Ergebnisse der Operation Papyrus konnte die Situation im Hauswirtschaftssektor bereinigt werden, ohne dass dabei ein wesentlicher Pull-Effekt beobachtet wurde (Ziff. 5.5). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Weisungen des SEM gemäss den für die Operation Papyrus festgelegten Kriterien geändert werden müssen.

Der Kanton Genf hat hier den Handlungsspielraum genutzt, der sich aus dem AIG, der VZAE und den Weisungen des SEM ergibt, um die Kriterien für die Behandlung von Härtefällen zu konkretisieren (Ziff. 4.4 und 5.2). Das bedeutet jedoch nicht, dass nur diese Genfer Lösung rechtlich möglich ist und dass sie in die Weisungen des SEM für alle Kantone aufgenommen werden muss.

Die Weisungen des SEM sollen im Gegenteil den Kantonen den Handlungsspielraum bewahren, den der Gesetzgeber im Rahmen des AIG, des AsylG und der VZAE für sie vorgesehen hat. Dies haben auch die Mitglieder der Begleitgruppe, einige Teilnehmende des Runden Tisches sowie die kantonalen Behörden, die den Fragenkatalog des SEM beantwortet haben (Ziff. 2 und 4), ausdrücklich betont.

Das SEM muss regelmässig überprüfen, ob die Weisungen noch mit der aktuellen Praxis und der Rechtsprechung übereinstimmen. Dabei ist darauf zu achten, dass ein Automatismus bei der Erteilung von Härtefallbewilligungen vermieden werden muss. Dies gilt namentlich in Bezug auf das Kriterium der Aufenthaltsdauer in der Schweiz. Die Weisungen dürfen nicht den Eindruck erwecken, dass Sans-Papiers nach einer bestimmten Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts praktisch automatisch eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Allfällige Änderungen dürfen auch nicht zu einer Lockerung der heutigen Praxis des SEM führen. Nach der Auffassung des Bundesrats sollen Gesuche für eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers weiterhin einzelfallweise geprüft werden. Die kantonalen Behörden des SEM sollen auch künftig über einen gewissen Handlungsspielraum für die Beurteilung von Härtefällen verfügen.

Das Parlament hat die Motion Barthassat (10.3762) «Legalisierung des Aufenthalts der Sans-Papiers. Einführung der Verjährung im Ausländergesetz» abgelehnt. Damit teilte es die Auffassung des Bundesrats, wonach der Handlungsspielraum des geltenden Rechts der Festlegung von bestimmten Fristen für eine Aufenthaltsregelung im AIG vorzuziehen ist. Dies geht auch aus den Beratungen im Nationalrat zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit hervor (AB 2004 N 1203). Dabei wurde eine generelle Regelung des Aufenthalts von rechtswidrig anwesenden

Arbeitnehmenden nach einem Jahr ebenfalls abgelehnt, da eine solche Lösung die illegale Migration fördern und den rechtswidrigen Aufenthalt belohnen würde.

Haltung der Begleitgruppe (Änderung von Art. 31 VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: Punktuelle Anpassungen bei Bedarf):

Änderung von Artikel 31 VZAE

Die Mitglieder der Begleitgruppe sind allgemein der Auffassung, dass eine Änderung von Artikel 31 VZAE und insbesondere eine weitere Präzisierung der Kriterien nicht nötig sind. Der Handlungsspielraum im Rahmen der geltenden Bestimmungen ist beizubehalten. Die VKM unterstreicht, dass dies insbesondere im Hinblick auf die unterschiedliche Situation in den einzelnen Kantonen von grosser Bedeutung ist.

Der SSV hält fest, dass eine Präzisierung im Sinne einer Lockerung der Kriterien von Artikel 31 VZAE die Erarbeitung von Pilotprojekten wie im Kanton Genf erleichtern dürfte. VSAA und VDK sind der Ansicht, dass eine Neuregelung der Voraussetzungen für Bewilligungserteilung in Härtefällen allein gestützt auf die Bedürfnisse und Feststellungen im Kanton Genf nicht zielführend wäre. Dem Föderalismus müsse Rechnung getragen werden und eine zu starke Orientierung an den Bedürfnissen eines einzelnen Kantons sei zu vermeiden.

In Bezug auf die Haltung der Begleitgruppe zur Notwendigkeit einer Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE) wird auf Ziffer 13.2.5 verwiesen.

Änderung der Weisungen des SEM (punktuelle Anpassungen bei Bedarf)

VKM, VSAA, VDK und SODK erachten die aktuellen Weisungen des SEM als genügend klar. Sie lehnen jedoch punktuelle Anpassungen nicht ab. Sie halten aber fest, dass dies nicht zu einer übermässigen Schematisierung bei der Behandlung von Härtefallgesuchen führen dürfe.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Änderung der VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: Annahme, eine Gewichtung und eine Präzisierung der Kriterien ist wünschenswert)

Änderung von Artikel 31 VZAE (Ablehnung)

Die Mehrheit der Teilnehmenden hält eine Änderung von Artikel 31 VZAE für unnötig, der den Behörden der Kantone und des Bundes eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers erlaubt.

Die EKM hält demgegenüber in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass mittel- und langfristig die Voraussetzungen für die Regelung des Aufenthalts in den entsprechenden Rechtsgrundlagen angepasst werden könnten. Dies auf der Basis der Erfahrungen, die sich aus der Praxis der Kantone entwickeln. Die EKM unterstreicht, dass auch eine «bessere Umschreibung der Voraussetzungen» die notwendigen Ermessensspielräume offenlassen soll. Sie müssen es erlauben, der gelebten Realität von Sans-Papiers Rechnung zu tragen, die oft prekär und immer vielfältig ist. Sie betont zudem, dass sich die Operation Papyrus in Genf und die systematische Überprüfung der Situation von Langzeitbeziehenden in der Nothilfe (siehe oben) im Kanton Zürich auf geltendes Recht stützen und die darin enthaltenen Handlungsspielräume ausloten. Die beiden Pilotprojekte würden aufzeigen, dass eine Teilamnestie erreicht werden könne, ohne dass die formellen und materiellen Kriterien im geltenden Recht angepasst (respektive besser umschrieben) werden müssten.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers spricht sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme demgegenüber für eine Änderung der Kriterien in der VZAE aus, damit das SEM einer grösseren Anzahl Gesuche zustimmen könne. Sie fordert insbesondere, dass in der VZAE nicht mehr der Begriff «schwerwiegender» Härtefall verwendet wird. Ein «persönlicher» Härtefall soll ausreichend sein für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Zudem soll dem öffentlichen Interesse an der Regularisierung einer rechtswidrig anwesenden Person vermehrt Rechnung getragen werden, damit nicht nur das persönliche Interesse der betroffenen Person im Vordergrund steht.

In Bezug auf die Haltung des runden Tisches zur Notwendigkeit einer Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE) wird auf Ziffer 13.2.5 verwiesen.

Änderung der Weisungen des SEM (Annahme)

Nach Ansicht der meisten Teilnehmenden des runden Tisches sollen die rechtlichen Kriterien der VZAE in den Weisungen des SEM präzisiert werden. Die Diskussionen hätten gezeigt, dass es wünschenswert sei, einige abstrakte Begriffe (z. B. «fortgeschrittene Integration») zu präzisieren und die Weisungen mit konkreten Beispielen zu ergänzen. Diese Präzisierungen hätten den Vorteil, dass sie mehr Klarheit und Transparenz bezüglich der Praxis des SEM bringen würden. Auch die Sans-Papiers selber würden so mit Sicherheit wissen, ob sie die Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung erfüllen. Als Beispiel werden die Migrationsbehörden der Kantone Basel und Genf genannt. Sie haben auf ihrer Website Dokumente veröffentlicht, die die rechtlichen Kriterien für eine Regularisierung aufzeigen und das Vorgehen erläutern.

Zudem wird eine Gewichtung der Kriterien gewünscht. So darf die finanzielle Situation der Sans-Papiers kein massgebliches Kriterium sein, weil es sich hier um eine Bevölkerungsgruppe handelt, die in schwierigen Verhältnissen lebt. Die Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsland soll ebenfalls kein vorrangiges Kriterium bei der Prüfung der Situation eines Sans-Papiers sein, der seit Jahren in der Schweiz lebt. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers teilt diese Ansicht in ihrer schriftlichen Stellungnahme.

Aus Sicht der EKM wäre es kurzfristig zielführender, wenn das SEM Massnahmen in die Wege leiten würde, die auf den Erfahrungen des Genfer- oder des Zürcher Modells aufbauen. Das SEM soll zudem die Kantone ermutigen, auf der Basis bestehender Erfahrungen eigene Modelle zur Regularisierung von Sans-Papiers zu entwickeln.

Vor diesem Hintergrund hat die Mehrheit der Teilnehmenden des runden Tisches festgehalten, dass eine Präzisierung der Kriterien zwar die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung oder einer unterschiedlichen Auslegung verringern kann und damit die Rechtssicherheit erhöht. Andererseits könnte dadurch der Handlungsspielraum der Behörden auch kleiner werden.

13.2.5 Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE)

Die Bundesverfassung sieht unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht vor (Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV, obligatorischer Grundschulunterricht). Für Sans-Papiers kann sich jedoch eine nachobligatorische Ausbildung als schwierig erweisen. Im Jahr 2014 wurde die VZAE mit einer neuen Bestimmung ergänzt (Art. 30a VZAE). Sie legt die besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers fest, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten. Damit wurde die durch das Parlament angenommene Motion Barthassat (08.3616) «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen» umgesetzt. Diese Bestimmung wird insbesondere deshalb kritisiert, weil das SEM nur vergleichsweise wenige Zustimmungen zu Aufenthaltsbewilligungen im Hinblick auf eine Berufsausbildung verfügt hat (Ziff. 4.2). Es stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gelockert werden sollen.

Argument für diese Lösung:

- Mit einer Lockerung (z. B. durch eine kürzere Mindestdauer des obligatorischen Schulbesuchs in der Schweiz) würden mehr Sans-Papiers die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung erfüllen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Anzahl Fälle ist beschränkt. Der Aufenthalt von Jugendlichen, die eine Berufslehre absolvieren wollen, wird oft bereits im Rahmen der Härtefallbewilligung ihrer Eltern geregelt (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG und Art. 31 VZAE).
- Eine Lockerung der Kriterien würde eine Ungleichbehandlung namentlich gegenüber anderen Sans-Papiers und ausländischen Personen schaffen, die eine Aufenthaltsbewilligung für eine Aus- oder Weiterbildung im Rahmen der ordentlichen Zulassungsbestimmungen beantragen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Eine Aufhebung von Artikel 30a VZAE ist nicht gerechtfertigt. Er ergänzt die allgemeine Bestimmung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung (Art. 31 VZAE). Es werden genaue Kriterien für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Personen festgelegt, die eine mit einer Erwerbstätigkeit verbundene Ausbildung absolvieren möchten. Zudem entspricht diese spezifische Regelung einem Wunsch des Parlaments.

Eine Lockerung der in Artikel 30a VZAE festgelegten Kriterien (z. B. kürzere Dauer des vorgeschriebenen obligatorischen Schulbesuchs, anonymisierte Gesuche, längere Frist für die Gesuchseinreichung) würde eine Ungleichbehandlung schaffen zwischen jugendlichen Sans-Papiers, die eine Berufslehre absolvieren, und jenen, die eine Aufenthaltsbewilligung für einen anderen Zweck (z. B. für Studium) beantragen und für die strengere Kriterien gelten. Eine weitere Ungleichbehandlung würde sich gegenüber Sans-Papiers ergeben, die eine Härtefallbewilligung gestützt auf Artikel 31 VZAE beantragen. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung wären nämlich weniger streng als für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Artikel 31 VZAE – obwohl es sich in beiden Fällen um Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz handelt.

Der Bundesrat lehnt deshalb eine Aufhebung oder Lockerung von Artikel 30a VZAE ab. Mit diesem Artikel kann jugendlichen Sans-Papiers angemessen Rechnung getragen werden, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren wollen.

Haltung der Begleitgruppe (Annahme)

Aus den schriftlichen Stellungnahmen der Mitglieder der Begleitgruppe geht hervor, dass SSV, SGV, SODK, VSAA, VDK und SKOS einer Lockerung bestimmter Bestimmungen in Artikel 30a VZAE generell positiv gegenüberstehen.

An den Sitzungen der Begleitgruppe hat der SSV die Ansicht nicht geteilt, dass sich diese Regelung bewährt hat. Die Möglichkeit einer Lockerung der Bewilligungsvoraussetzungen sei näher zu prüfen. In der schriftlichen Stellungnahme fordert der SSV, dass bei Einreichung eines Härtefallgesuchs auf einen Identitätsnachweis der gesuchstellenden Person zu verzichten sei. SKOS, VDK und VSAA teilen diese Ansicht und halten fest, dass so auch die Familie der gesuchstellenden Person anonym bleiben kann. Die Illegalität könne damit dank der relativ gut integrierten Jugendlichen zahlenmässig begrenzt werden. Sie sind vermutlich auch fähig, eine berufliche Ausbildung zu absolvieren.

Die SODK spricht sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme auch für eine Lockerung der Kriterien von Artikel 30a VZAE aus, insbesondere in Bezug auf die Dauer des Schulbesuchs und die Frist für die Einreichung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

Der SGV spricht sich ebenfalls dafür aus, eine Lockerung der Voraussetzungen zu prüfen, ohne jedoch die erforderlichen Änderungen näher zu präzisieren.

An den Sitzungen der Begleitgruppe hat die VKM festgehalten, dass in den meisten Fällen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nach den allgemeinen Bestimmungen für die ganze Familie erfüllt seien und dass es sich hier um ein geringfügiges Problem handelt. Der Vertreter des Kantons Genf führte aus, dass ihm kein Fall aus der Praxis bekannt sei, in dem ein jugendlicher Sans-Papiers eine Lehrstelle nicht angetreten habe, um seine Familie vor einer Wegweisung zu schützen. Dennoch bestehe hier ein Risiko.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Annahme)

Die Mehrheit der Teilnehmenden des runden Tisches erachten die rechtlichen Kriterien für jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten, als zu streng. Die erforderliche Dauer des Schulbesuchs in der Schweiz vor dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs soll weniger als fünf Jahre betragen. Zudem sollen nahe Familienangehörige, die mit den jugendlichen Sans-Papiers in der Schweiz leben und die selber die Kriterien für eine Regelung des Aufenthalts nicht erfüllen, keine negativen Folgen durch die Behörden zu gewärtigen haben. Die Möglichkeit einer anonymen Behandlung des Gesuchs sei zu prüfen.

Diese Ansicht teilt auch die EKM, die in ihrer schriftlichen Stellungnahme festhält: «Auch im Bereich der beruflichen Grundausbildung nutzen die Kantone vorhandene Spielräume. Im Kanton Basel-Stadt werden jugendliche Sans-Papiers aus dem Asylbereich, die Nothilfe beziehen, bezüglich der Teilnahme an einer beruflichen Grundausbildung gleich behandelt wie jugendliche Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich. Der Besuch von Lehr- oder Ausbildungsgängen wird bei einem Negativentscheid im Asylverfahren nicht gestoppt. Der Kanton setzt einen Schwerpunkt bei der Ermöglichung einer selbstständigen Zukunft für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Vollzug der Wegweisung hat jedoch immer Vorrang (siehe hierzu: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019). Die Erfahrungen aus den Kantonen Genf und Zürich zeigen, dass es in der Gruppe der Sans-Papiers einen beträchtlichen Anteil von Kindern und Jugendlichen gibt. Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn diese die negativen Folgen der Aufenthaltssituation ihrer Eltern tragen müssen. Aus ihrer Sicht ist sicherzustellen, dass die Nachkommen von Sans-Papiers in einem kindergerechten Umfeld aufwachsen, die öffentliche Schule besuchen und eine Ausbildung – Berufslehre oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II – machen können. Eine Berufslehre ist bei Kindern und Jugendlichen auch bei einer allfälligen späteren Rückkehr ins Herkunftsland eine gute Investition. Die geringe Zahl von Sans-Papiers, die zwischen 2013 und 2019 eine Lehrstelle antreten konnten, zeigt, dass Artikel 30a VZAE Schwachstellen aufweist. In diesem Bereich müsste geltendes Recht dringend angepasst werden. In ihren diesbezüglichen Stellungnahmen schlägt die EKM unter anderem vor, dass jugendlichen Sans-Papiers nach Abschluss der Grundausbildung die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, ohne dass sie dafür ein Härtefallgesuch stellen müssen. In der Schweiz herrscht ein Mangel an Fachkräften, und das Land hat ein Interesse daran, jungen Berufsleuten eine Perspektive zu geben.»

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass in Artikel 30a VZAE entweder ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Dauer der Berufsausbildung geschaffen werden soll oder dass die Definition der Erwerbstätigkeit so geändert werden soll, dass die berufliche Grundausbildung nicht mit einer Arbeitsbewilligung verknüpft ist. Sie wünscht auch einen geringeren Handlungsspielraum der Kantone in diesem Bereich. Zudem sollten die Verfahren zur Bearbeitung der Gesuche beschleunigt werden. Die Plattform ist auch der Ansicht, dass Bund und Kantone Sensibilisierungsarbeit leisten müssen, damit Sans-Papiers weniger Angst davor haben, ein Härtefallgesuch einzureichen.

13.3 Datenaustausch

13.3.1 Änderung der Rechtsvorschriften zum Datenaustausch im AIG, im BGSA und in den Sozialversicherungsgesetzen

Die geltenden rechtlichen Bestimmungen erlauben keinen automatischen und erweiterten Datenaustausch zwischen den Migrationsbehörden und den Vollzugsorganen im Bereich der Sozialversicherungen (Ziff. 10). Bei Kontrollen erfolgt jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eine Meldung im Rahmen des BGSA (Ziff. 10.2). Es stellt sich die Frage, ob die bestehende Regelung beim Datenaustausch geändert werden soll.

Argumente für diese Lösung:

- Bessere Informationen für die Migrationsbehörden über Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt.
- Kein widersprüchliches Verhalten der verschiedenen Behörden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Das revidierte BGSA, das seit dem 1. Januar 2018 in Kraft ist, hat die rechtlichen Möglichkeiten für den Informationsaustausch zwischen den Behörden bereits erweitert. Bei den Beratungen zum BGSA wollte das Parlament den Datenaustausch nicht noch zusätzlich erweitern.
- Trotz der Zielkonflikte zwischen dem Sozialversicherungs- und dem Ausländerrecht oder dem BGSA ist der bestehende Datenaustausch ausreichend, da er den Sans-Papiers die notwendige soziale Absicherung erlaubt.
- In der Praxis wäre eine verstärkter Datenaustausch kaum wirkungsvoll, da sich Sans-Papiers bereits heute nicht oder nur selten bei den Sozialversicherungen anmelden.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat erachtet einen automatischen oder erweiterten Datenaustausch zwischen den mit dem Vollzug der Sozialversicherungsgesetze, des BGSA oder des AIG betrauten Organen in der Praxis als wenig wirkungsvoll, da Sans-Papiers sich aus Angst vor einer Entdeckung in der Regel nicht bei den Behörden anmelden.

Die bestehende Regelung ist insgesamt kohärent, auch wenn Interessens- und Zielkonflikte bestehen zwischen den verschiedenen Behörden, die im Kontakt mit Sans-Papiers stehen oder Entscheide fällen, die sie betreffen. Sie ermöglicht den beteiligten Behörden, ihre eigenen Aufgaben zu erfüllen. Zudem wurde kürzlich bei den parlamentarischen Beratungen zur Änderung des BGSA ein erweiterter Datenaustausch geprüft. Das SECO veröffentlicht jährlich einen Bericht über die Umsetzung des BGSA. Sollten hier Mängel festgestellt werden, könnten weitere konkrete Massnahmen ergriffen werden.

Zwei Motionen,¹⁷⁹ die einen erleichterten Datenaustausch zwischen den Krankenversicherern und den Kantonen fordern, wurden vom Parlament angenommen und sind umzusetzen. Der vereinfachte Datenaustausch soll die Kontrolle der Versicherungspflicht nach dem KVG verbessern.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe ist der Ansicht, dass ein erweiterter Datenaustausch in der Praxis kaum Wirkung zeigen würde.

VSAA und VDK halten fest, dass die letzte Revision des BGSA den Informationsaustausch bereits verbessert hat. In Bezug auf die Operation Papyrus unterstreicht der Vertreter des Kantons Genf, dass die enge Zusammenarbeit zwischen dem kantonalen Amt für Bevölkerung und Migration (OCPM) und dem kantonalen Arbeitsinspektorat (OCIRT), das für die Bekämpfung der Schwarzarbeit zuständig ist, unter strikter Einhaltung der geltenden Bestimmungen zum Datenschutz und zum Informationsaustausch erfolgte.

Der SSV hält in seiner schriftlichen Stellungnahme fest, dass er wie die Begleitgruppe eine Verschärfung beim Informationsaustausch ablehnt. Er erachtet die aktuelle Regelung aber insbesondere in Bezug auf den Zugang zur Justiz als nicht angemessen. Zudem sei zu prüfen, ob sich mit weniger strengen Meldepflichten Verbesserungen erzielen lassen.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

¹⁷⁹ Vgl. Motion Brand (18.3765) «Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern» und Motion Hess (18.4209) «Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler».

Die Teilnehmenden sprechen sich generell gegen einen systematischen Datenaustausch zwischen den verschiedenen Behörden aus, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen (Schulen, Sozialversicherungen, Migrationsbehörden usw.). Eine solche Massnahme würde die Situation der Sans-Papiers weiter verschlechtern und den Arbeitgebenden mehr Macht verleihen. Zudem würde der Zugang zur Justiz noch zusätzlich erschwert.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass bei einem Konflikt zwischen dem Interesse an einem Datenaustausch und der Umsetzung der Grundrechte von Sans-Papiers die Grundrechte Vorrang haben.

13.3.2 Datenaustausch zwischen Schulbehörden und Migrationsbehörden

Kinder von Sans-Papiers-Kinder haben Zugang zur obligatorischen Schulbildung (Ziff. 9). In der Praxis besteht trotz des rechtswidrigen Aufenthalts auch ein Zugang zur nachobligatorischen akademischen Ausbildung. Die Schulbehörden sind gemäss den Bestimmungen des AIG nicht verpflichtet, von sich aus rechtswidrige Sachverhalte den Migrationsbehörden zu melden. Seit dem 1. Januar 2019 sind sie jedoch verpflichtet, den kantonalen Migrationsbehörden unaufgefordert Entscheide über definitive Schulausschlüsse zu melden (Art. 97 Abs. 3 Bst. ^{quater} AIG). Ausgenommen sind allerdings Schülerinnen und Schüler, die sich nicht rechtmässig in der Schweiz aufhalten (Art. 82e Abs. 2 VZAE).

Eine Verpflichtung zur Information der Migrationsbehörden besteht insbesondere bei der Eröffnung von Strafuntersuchungen, bei zivil- und strafrechtlichen Urteilen, bei Zivilstandsänderungen, bei einer Verweigerung der Eheschliessung sowie beim Bezug von Sozialhilfe (Art. 97 Abs. 3 Bst. a–d AIG).

Eine Auskunftspflicht besteht zudem auf Anfrage im Einzelfall. Die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden müssen den Migrationsbehörden auf Verlangen im Einzelfall die für den Vollzug des Ausländergesetzes notwendigen Daten und Informationen bekannt geben (Art. 97 Abs. 2 AIG). Besteht im Interesse des Kindeswohls ein Handlungsbedarf der Behörden, erfolgt heute eine Meldung des Falles an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

Es stellt sich die Frage, ob die Einführung einer systematischen Meldepflicht zwischen den Schulbehörden und den Migrationsbehörden erforderlich ist, damit die Migrationsbehörden Kenntnis von der Einschulung des Kindes eines Sans-Papiers erhalten. Der Datenaustausch könnte auf zwei Arten erfolgen:

Lösung 1: Generelle Meldepflicht

Die Schulbehörden kontrollieren bei der Anmeldung von ausländischen Kindern den Aufenthaltsstatus. Sie informieren die Migrationsbehörden automatisch, wenn Hinweise für einen rechtswidrigen Aufenthalt bestehen.

Argumente für diese Lösung:

- Die Einführung einer Meldepflicht führt zu einem kohärenteren Verhalten der verschiedenen Behörden. Es besteht keine «Grauzone» bezüglich des Aufenthaltsrechts in der Schweiz (Tolerierung dieser Kinder durch die Schulbehörden, Wegweisung durch die Migrationsbehörden bei Kenntnis der Situation).
- Klare Verhältnisse für die betroffenen Personen, insbesondere wenn die Meldepflicht mit einer ausländerrechtlichen Härtefallregelung verbunden wird.
- Die Umsetzung bedeutet kaum Mehraufwand für die Schulen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Sachfremde Aufgabe der Schulbehörden im Migrationsbereich.
- Ohne Regularisierung des Aufenthaltsrechts erfolgt keine Einschulung der Sans-Papiers-Kinder aus Angst vor einer Wegweisung.
- Es besteht ein verfassungsmässiger Anspruch auf den Zugang zur obligatorischen Schulbildung. Damit ist auch eine Schulpflicht aller Kinder verbunden.

- Die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) und der Bundesrat haben sich wiederholt gegen einen Datenaustausch in diesem Bereich ausgesprochen.

Lösung 2: Eingeschränkte Meldepflicht (bei Gefährdung des Kindeswohls)

Die Schulbehörden erstatten den Migrationsbehörden nur Meldung über Kinder von Sans-Papiers, wenn Hinweise für einen rechtswidrigen Aufenthalt bestehen und das Wohl des Kindes gefährdet ist (z. B. bei Hinweisen auf gesundheitliche oder familiäre Probleme).

Argument für diese Lösung:

- Meldung beschränkt auf Problemfälle, bei denen im Interesse des Kindeswohls ein Handlungsbedarf der Behörden besteht.

Argumente gegen diese Lösung:

- Eine Meldepflicht für Schulbehörden hätte eine Ausweitung ihrer Aufgaben zur Folge, die dem Anspruch auf die obligatorische Schulbildung (BV) entgegensteht.
- Zuständig für das Kindeswohl ist primär die KESB und nicht die Migrationsbehörde. Die KESB informiert nur in bestimmten Fällen die Migrationsbehörde.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Gesetzesänderungen in diesem Bereich sind abzulehnen, auch wenn die Einführung solcher Meldepflichten rechtlich möglich wäre.

Der Bundesrat erachtet solche Massnahmen im Hinblick auf die Integrations- und Bildungsinteressen der Kinder als nicht angebracht, obwohl auch hier ein Interessenkonflikt besteht zwischen den notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung des Ausländerrechts und dem Recht aller Kinder auf den obligatorischen Schulunterricht. Sowohl eine generelle als auch eine beschränkte Meldepflicht (Lösungen 1 und 2) hätten neben den erwähnten Nachteilen wohl in erster Linie zur Folge, dass die Kinder von Sans-Papiers die Schule nicht mehr besuchen würden. Der UNO-Pakt I und die KRK gewährleisten jedoch ein Recht aller Personen auf Bildung. Bereits heute bestehen beschränkte Meldemöglichkeiten, namentlich wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. Es besteht somit keine Notwendigkeit, diese Möglichkeiten auszuweiten. Auch bei der Ausarbeitung und der Beratung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) wurde aus diesem Grund auf die Einführung einer Meldepflicht für Schulbehörden verzichtet. Die VZAE schliesst ebenfalls ausdrücklich aus, dass die Schulbehörden die kantonalen Migrationsbehörden über den definitiven Schulausschluss von ausländischen Schülerinnen und Schülern informieren, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Art. 82e Abs. 2 VZAE).

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe teilt die Haltung des Bundesrats. Sie ist der Ansicht, dass eine solche Meldepflicht das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nicht zu lösen vermag. Die Mitglieder haben keine weiteren Anmerkungen dazu gemacht.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des runden Tisches unterstreichen, dass der Zugang zur Schulbildung gewährleistet sein muss und dass für die Schulen der Aufenthaltsstatus der Schülerinnen und Schüler unerheblich ist. Sie bestätigen, dass in der Praxis kein Datenaustausch zwischen Schul- und Migrationsbehörden stattfindet. Nach Ansicht der Teilnehmenden soll dies auch so bleiben. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass Sans-Papiers-Kinder nicht mehr zur Schule gingen, was unweigerlich zu Integrationsschwierigkeiten führe.

13.4 Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen des AIG

Für eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen vor allem bei einem rechtswidrigen Aufenthalt, der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 115–117 AIG) spricht folgendes Argument:

- Dies kann ein starkes Signal für ausländische Personen und Arbeitgebende sein, das sie davon abhält, gegen die Aufenthaltsbestimmungen und das Verbot von Schwarzarbeit zu verstossen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Das bestehende System ist verhältnismässig und hat sich bewährt.
- Eine Verschärfung könnte dazu führen, dass die ausländerrechtlichen Sanktionen unverhältnismässig wären im Vergleich zu den Sanktionen bei anderen Straftatbeständen, die namentlich im Schweizerischen Strafgesetzbuch geregelt sind.
- Sollten Änderungen in diesem Bereich vorgesehen werden, können sie im Rahmen von hängigen Vorlagen diskutiert werden (siehe unten).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat hat sich in der Antwort auf die Interpellation Feri (16.3807) «Kommerzielle Schlepper und Menschenhändler. Strafmass» zur Verschärfung der Sanktionen bei der Bekämpfung von Menschenschmuggel geäußert. Diese Interpellation verlangt, dass das Strafmass für Menschenschmuggel sowohl beim Grundtatbestand als auch beim qualifizierten Straftatbestand angepasst wird (Art. 116 Abs. 1 und 3 AIG). Der Bundesrat hielt fest, dass eine Änderung von Artikel 116 AIG in Prüfung sei. Er gab in der Zwischenzeit einen Entwurf zur Änderung der Überschrift von Artikel 116 AIG im Rahmen der Umsetzung des Aktionsplans Integrierte Grenzverwaltung und der finanziellen Unterstützung von Kantonen mit Aufnahmezentren an der Grenze in die Vernehmlassung. Dabei soll der geläufige Begriff «Menschenschmuggel» in das AIG aufgenommen werden. Der Bundesrat hat in seinem erläuternden Bericht festgehalten, dass eine Erhöhung des Strafmasses in Artikel 116 AIG nicht wünschenswert sei, weil insbesondere der geltende Strafrahmen ausreichend ist und in der Praxis auch nicht ausgeschöpft wird. Einige Vernehmlassungsteilnehmer wünschten dennoch schärfere Sanktionen beim Tatbestand des Menschenschmuggels. Die Botschaft des Bundesrats zu dieser Vorlage wird derzeit ausgearbeitet.

Zudem hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht¹⁸⁰ die Aufhebung der Bestimmung bezüglich der leichten Fälle (Art. 116 Abs. 2 AIG) vorgeschlagen. Diesen Fällen kann mit den Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs bereits Rechnung getragen werden. Darüber hinaus erachtet der Bundesrat weitere Änderungen von Artikel 116 AIG nicht als erforderlich.

In der Wintersession 2019 lehnte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) die parlamentarische Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren» ab (mit 15 gegen 8 Stimmen). Sie wollte die Förderung der rechtswidrigen Ein- oder Ausreise oder des rechtswidrigen Aufenthalts sowie die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern, die nicht über die erforderliche Bewilligung verfügen, nicht mehr unter Strafe stellen, sofern diese Hilfe aus achtenswerten Beweggründen geleistet wird. Der Nationalrat gab dieser parlamentarischen Initiative in der Frühlingssession ebenfalls keine Folge (mit 102 gegen 89 Stimmen).

Die übrigen ausländerrechtlichen Sanktionen bei rechtswidriger Ein- oder Ausreise, rechtswidrigem Aufenthalt, Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) oder bei einer Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 AIG) erachtet der Bundesrat ebenfalls als angemessen. Ein höheres Strafmass wäre unverhältnismässig. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass die Strafdrohungen dem Unwert der Tat angemessen sein müssen. Die Strafdrohungen

¹⁸⁰ BBl 2018 2827

sind nach der Schwere der Rechtsgutverletzungen abzustufen und in Einklang mit den bestehenden Straftatbeständen des Strafrechts zu bringen. Zudem wurde das seit 2008 geltende AIG an internationale Standards angeglichen und es sieht im Vergleich zum früheren Recht bereits deutlich strengere Strafbestimmungen vor. Dies gilt insbesondere für die gewinnorientierte und organisierte Form der Tatbegehung.

Dies entspricht auch der Haltung der kantonalen Behörden in den Antworten zum Fragenkatalog des SEM (vgl. Ziff. 2). Auch aus ihrer Sicht sind die bestehenden Sanktionen angemessen und sie werden auch angewendet. In Kombination mit den im BGSA vorgesehenen Sanktionen enthält die geltende Regelung ausreichende Instrumente zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und des rechtswidrigen Aufenthalts.

Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass neben den bisherigen Vorschlägen keine weiteren Massnahmen erforderlich sind.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe wünscht keine Verschärfung der bestehenden Sanktionen und bringt keine weiteren Bemerkungen an.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des runden Tisches erachten eine Verschärfung der ausländerrechtlichen Sanktionen in Bezug auf den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung generell nicht als erforderlich.

Sie sprechen sich demgegenüber für eine strafrechtliche Amnestie sowohl für Sans-Papiers als auch für ihre Arbeitgebenden aus. Ausgenommen sind Fälle, bei denen eine Ausbeutung vorliegt. Die Aussicht auf Bestrafung veranlasse Sans-Papiers dazu, untergetaucht zu bleiben. Arbeitgebende würden zudem die Sans-Papiers eher entlassen, als sie allenfalls bei einem Verfahren zur Regelung des Aufenthalts zu unterstützen. Gemäss den Erfahrungen mit der Operation Papyrus sei es ein gangbarer Weg, dass Arbeitgebende straffrei bleiben, wenn sie sich bereit erklären, innerhalb einer bestimmten Frist ihren gesetzlichen Verpflichtungen (Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge, Einhaltung des Mindestlohns) nachzukommen und die Sozialabgaben rückwirkend zu leisten.

Mehrere Teilnehmende geben an, dass Arbeitgebende im Hauswirtschaftsbereich die Vorschriften oft nicht kennen und auch nicht wüssten, wie sie zur Erfüllung ihrer Pflichten vorgehen müssen. Sie sollten daher nicht ohne weiteres bestraft werden. Dies gelte jedoch nicht bei missbräuchlichem Verhalten der Arbeitgebenden (Ausbeutung).

Die am Runden Tisch teilnehmenden Gewerkschaften sind ebenfalls der Ansicht, dass zwischen den verschiedenen Kategorien von Arbeitgebenden zu unterscheiden sei. Gegen Arbeitgebende im Hauswirtschaftsbereich, welche die Vorschriften oder die entsprechenden Verfahren teilweise nicht kennen, sei weniger streng vorzugehen als gegen Arbeitgebende in der Bau- oder Gastronomiebranche, welche die Rechtsvorschriften genau kennen, aber aus finanziellen Gründen nicht einhalten. Diese Arbeitgebenden seien zu bestrafen.

Aus Solidarität begangene Delikte sollten ebenfalls nicht bestraft werden. Personen, die beispielsweise Sans-Papiers aus achtenswerten Gründen eine Unterkunft bereitstellen, sollten nicht sanktioniert werden. Die Teilnehmenden unterstützen das Ziel der parlamentarischen Initiative Mazzone (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren», der der Nationalrat am 4. März 2020 keine Folge gegeben hat.

Die EKM äusserst sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme wie folgt: «In der Vergangenheit wurden die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Personen ohne aufenthaltsrechtlichen Status schrittweise erweitert. So wurden letztes Jahr die Reisemöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Personen restriktiver geregelt. Vorläufig aufgenommenen Personen und Asylsuchenden soll es künftig grundsätzlich verboten sein, ins Ausland zu reisen. Bei unbewilligten Reisen in den Heimat- oder

Herkunftsstaat soll die «vorläufige Aufnahme» erlöschen. Personen, die gegen diese neue Regelung verstossen, werden sanktioniert und zu Sans-Papiers gemacht. Aus der Sicht der EKM verstösst die behördliche Schaffung von neuen Sans-Papiers nicht nur gegen die verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Menschenwürde, sondern sie schadet auch der Schweiz.»

Gemäss der schriftlichen Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers ist Artikel 115 Absatz 4 AIG dahingehend zu präzisieren, dass bei einem hängigen Gesuch um Aufenthaltsbewilligung ein allfälliges Strafverfahren ausgesetzt wird. Die Artikel 116 Absatz 1 Buchstabe b und 117 Absatz 1 AIG seien so zu ändern, dass bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung die Arbeitnehmenden und die Arbeitgebenden nicht strafbar sind, solange die Lohnbedingungen eingehalten werden. Die Plattform unterstützt ebenfalls das Ziel der erwähnten parlamentarischen Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren».

14 Fazit

Der Bericht zeigt auf, dass die Problematik der Sans-Papiers mit verschiedenen Zielkonflikten verbunden ist.

Sozialversicherungen und Ausländerrecht

Ein Konflikt besteht zwischen dem Zugang zu den Sozialversicherungen und dem Ausländerrecht. Es gilt der Grundsatz, dass die Unterstellung unter die meisten Sozialversicherungen nicht von der ausländerrechtlichen Regelung der betreffenden Person abhängig ist. Massgebend ist der Wohnsitz in der Schweiz. Gleichzeitig wird der rechtswidrige Aufenthalt von ausländischen Personen durch Kontrollmassnahmen insbesondere gestützt auf das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) und die Strafbestimmungen des AIG bekämpft.

Die im Bericht erwähnten Vor- und Nachteile der möglichen Lösungsansätze zeigen, dass das aktuelle System zwar nicht perfekt ist, sich aber bewährt hat und die zwischen den Sozialversicherungsgesetzen und dem Ausländerrecht bestehenden Zielkonflikte zu verringern vermag (Ziff. 13). Ein genereller Ausschluss der Sans-Papiers von der Sozialversicherungspflicht würde gegen gewisse völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verstossen (namentlich den UNO-Pakt I und die Kinderrechtskonvention) und er wäre auch im Hinblick auf die EMRK und die Bundesverfassung problematisch. Eine solche Lösung würde zudem die Beschäftigung von Sans-Papiers für Arbeitgebende noch attraktiver machen, da sie im Gegensatz zu den übrigen Arbeitnehmenden von den Sozialabgaben befreit wären (Ziff. 8.1, 8.2 und 13.1). Sie hätte auch zusätzliche Aufwendungen für die Kantone und Gemeinden zur Folge, die namentlich die Kosten im Bereich der Gesundheitsversorgung im Rahmen der Nothilfe übernehmen müssten.

Der Bundesrat hält an seiner Absicht fest, die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich für alle in der Schweiz lebenden Personen beizubehalten. Ein Ausschluss der Sans-Papiers wäre nicht angemessen und widersprüchlich.

Andere Varianten wie der Zugang zu einem beschränkten Leistungskatalog der Krankenversicherung (vgl. Ziff. 13.1.3) oder der Verzicht der Versicherer, bestimmte Dokumente einzufordern im Hinblick auf einen Anschluss an die AHV/IV/EO (vgl. Ziff. 13.1.5) würden ebenfalls nicht zu einer befriedigenden Lösung führen. Sie widersprechen der Politik des Bundesrats, die auf dem sozialen Schutz aller Arbeitnehmenden beruht. Zudem würden sie zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

Die Begleitgruppe und die Teilnehmenden des «Runden Tisches» sprechen sich ebenfalls für eine Sozialversicherungspflicht aller in der Schweiz lebenden Personen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus aus.

Bekämpfung von Schwarzarbeit

Mit dem BGSA wurde eine Regelung zur Bekämpfung von Schwarzarbeit eingeführt, die Sans-Papiers nicht von den Sozialversicherungen und deren Leistungen ausschliesst, wobei in der Praxis nur wenige erwerbstätige Sans-Papiers bei einer Ausgleichskasse angemeldet sind (Ziff. 10.3).

Es ist festzuhalten, dass sich die Gründe für rechtswidrige Arbeitsverhältnisse nicht auf individuelles Fehlverhalten von Arbeitnehmenden oder Arbeitgebenden reduzieren lassen. Sie müssen auch vor dem Hintergrund gesamtgesellschaftlicher Entwicklungszusammenhänge verstanden werden. Die soziodemografischen Entwicklungen, die Höhe der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, die Qualität staatlicher Institutionen, die Höhe der Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit, kontrolliert zu werden, beeinflussen die Schwarzarbeit ebenfalls (Ziff. 3.3). Schwarzarbeit ist kein neues Phänomen in der Schweiz, und es nicht möglich, alle Arbeitsbeziehungen umfassend zu kontrollieren.

Nach Ansicht des Bundesrats enthalten die gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit geeignete Instrumente, um gegen eine rechtswidrige Erwerbstätigkeit oder die Beschäftigung von ausländischen Personen ohne ausländerrechtliche Bewilligung vorzugehen. Die ausländerrechtlichen Sanktionen wurden mit dem Inkrafttreten des AuG (heute AIG) am 1. Januar 2008 erheblich verschärft. Die Einhaltung der ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten wird von den kantonalen Migrationsbehörden und – gestützt auf das BGSA – von den kantonalen Kontrollorganen überwacht. Mit der Teilrevision des BGSA am 1. Januar 2018 haben die zuständigen kantonalen Kontrollorgane wirksamere Instrumente zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Missbrauchsbekämpfung beim vereinfachten Abrechnungsverfahren erhalten. Die Teilrevision des BGSA ermöglicht auch einen intensiveren Datenaustausch zwischen den für die Arbeitsmarktkontrolle zuständigen Stellen, den Migrationsbehörden und den Ausgleichskassen. Dies gilt für den Fall, dass bestimmte Behörden oder Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Anhaltspunkte für Schwarzarbeit feststellen (Ziff. 10.1).

Da sich Sans-Papiers in der Regel nicht bei den Behörden anmelden, wenn sie eine Entdeckung befürchten müssen, erachtet der Bundesrat einen automatischen Datenaustausch zwischen den mit dem Vollzug der Sozialversicherungsgesetze und den mit dem Vollzug des AIG betrauten Organen in der Praxis als wenig wirkungsvoll. Bei den parlamentarischen Arbeiten zur Teilrevision des BGSA im Jahr 2018 wollte das Parlament nicht über den zurzeit im BGSA vorgesehenen Datenaustausch hinausgehen.

Die Begleitgruppe, die befragten kantonalen Migrationsbehörden und die Teilnehmenden des Runden Tisches haben festgehalten, dass die geltenden Bestimmungen des BGSA aus ihrer Sicht ausreichend sind.

Aufenthaltsregelung in Härtefällen

In Bezug auf eine Aufenthaltsregelung für Sans-Papiers lehnt der Bundesrat eine einmalige kollektive Regularisierung oder Teilregularisierung grundsätzlich ab. Die bestehenden Rechtsgrundlagen im AIG und in der VZAE gewähren den Kantonen und dem SEM den nötigen Handlungsspielraum, um im Einzelfall eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt. Der Bundesrat erachtet eine Anpassung der massgebenden rechtlichen Bestimmungen nicht als erforderlich.

Die Begleitgruppe und die Teilnehmenden des Runden Tisches lehnen eine einmalige kollektive Regularisierung ebenfalls ab. Einige Mitglieder der Begleitgruppe und eine Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches äussern sich jedoch differenzierter in Bezug auf die Möglichkeit einer einmaligen Teilregularisierung beschränkt auf bestimmte Personenkategorien. Sie sind der Ansicht, dass solche Lösungen gestützt auf die Erfahrungen mit der Operation Papyrus im Kanton Genf geprüft und allenfalls umgesetzt werden sollten. Die Mitglieder der Begleitgruppe und eine Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches sind dennoch der Ansicht, dass die bestehenden Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nicht geändert werden sollen (Art. 31

VZAE). Sie sprechen sich auch für eine individuelle Prüfung der Bewilligungsgesuche in Härtefällen aus. Es wird befürchtet, dass eine Änderung der rechtlichen Grundlagen den für die Behandlung von Härtefällen benötigten Handlungsspielraum verringern würde. Diese Ansicht teilen auch die kantonalen Migrationsbehörden, die den Fragebogen des SEM ausgefüllt haben (vgl. Ziff. 2).

Nach Ansicht des Bundesrats besteht auch kein Handlungsbedarf bei der Regelung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung im Hinblick auf eine Berufsausbildung von Sans-Papiers (Art. 30a VZAE). Er erachtet die bestehenden Kriterien als angemessen. Die von einigen Mitgliedern der Begleitgruppe und einigen Teilnehmenden des Runden Tisches in diesem Bereich gewünschten Lockerungen (v. a. kürzere Mindestdauer des geforderten Schulbesuchs in der Schweiz) eine nicht gerechtfertigte Besserstellung gegenüber anderen ausländischen Personen zur Folge hätte. Dies gilt namentlich gegenüber ausländischen Personen, die eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung für eine Berufsausbildung in der Schweiz beantragen und dabei strengere Voraussetzungen erfüllen müssten.

Das SEM muss jedoch regelmässig überprüfen, ob seine Weisungen zum Ausländerrecht dem aktuellen Stand der Bestimmungen im Gesetz und in den Verordnungen, der Rechtsprechung und der Praxis entsprechen. Allfällige Änderungen der Weisungen sollen jedoch den Handlungsspielraum der zuständigen Behörden im Rahmen des geltenden Rechts nicht einschränken oder zu einer Lockerung der Praxis des SEM führen (Ziff. 13.2.4). Die Weisungen des SEM zur Prüfung von Härtefallgesuchen müssen dem Willen entsprechen, der den massgebenden Rechtsvorschriften zugrunde liegt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Festlegung von detaillierten und abschliessenden Bewilligungsvoraussetzungen diesem Grundsatz widersprechen würden. Dies gilt beispielsweise bezüglich der zeitlichen Voraussetzungen für die Prüfung von Härtefällen. Dadurch würde der vom Gesetzgeber festgelegte Handlungsspielraum zu stark eingeschränkt.

Die Begleitgruppe spricht sich ebenfalls für punktuelle Anpassungen der Weisungen des SEM aus, wenn dafür ein Bedarf besteht. Die Teilnehmenden des Runden Tisches erachten demgegenüber eine Präzisierung und eine Gewichtung der Kriterien der VZAE in den Weisungen des SEM als wünschenswert.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass sich das geltende Recht auch in Bezug auf abgewiesene Asylsuchende bewährt hat, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Es lässt in schwerwiegenden Härtefällen Ausnahmen vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens zu. Voraussetzung dafür ist, da sich die betroffene Person seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhält. Ein Pull-Effekt wird vermieden Art. (14 Abs. 2 AsylG). Das Parlament hat der im Jahr 2019 in Kraft getretenen Neustrukturierung des Asylbereichs zugestimmt, ohne hier eine Änderung vorzunehmen.

Strafrechtliche Sanktionen

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass neben der bereits vorgeschlagenen Änderung von Artikel 116 AIG (Ziff. 13.4) keine weiteren Anpassungen bei den Strafbestimmungen des AIG erforderlich sind. Eine Verschärfung der Strafen wäre nicht verhältnismässig. Das Parlament hat sich zudem gegen eine Entkriminalisierung der aus Solidarität geleisteten Hilfe für rechtswidrig anwesende Migrantinnen und Migranten in der Schweiz ausgesprochen. Der Nationalrat hat der parlamentarischen Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren» am 4. März 2020 keine Folge gegeben.

Die Begleitgruppe erachtet die bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen ebenfalls als angemessen. In diesem Sinn haben sich auch die befragten kantonalen Behörden in den Antworten zum Fragenkatalog des SEM geäußert (Ziff. 2 und Anhang 1). Die Teilnehmenden des Runden Tisches sind der Ansicht, dass die strafrechtlichen Sanktionen auf keinen Fall verschärft werden dürfen. Sie sprechen sich teilweise für eine Entkriminalisierung gemäss der oben erwähnten parlamentarischen Initiative aus.

Zugang zum obligatorischen Schulunterricht der Kinder von Sans-Papiers

Auch im Schulbereich besteht ein Interessenkonflikt zwischen den notwendigen Massnahmen zur Verhinderung von Widerhandlungen gegen die ausländerrechtlichen Bestimmungen und dem verfassungsmässigen Recht aller Kinder auf den obligatorischen Schulunterricht. Der Bundesrat ist weiterhin der Auffassung, dass ein systematischer Datenaustausch zwischen den Schulen und Migrationsbehörden nicht angemessen ist und das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nicht lösen würde. Bei einem systematischen Datenaustausch besteht nämlich die Gefahr, dass die Kinder von Sans-Papiers-Kinder nicht mehr zur Schule gehen und sich ihre Situation dadurch noch verschlechtert. Dies entspricht auch der Haltung der Begleitgruppe und des Runden Tisches.

Die Zielkonflikte zwischen den von der Thematik der Sans-Papiers betroffenen Bereichen und Vollzugsbehörden lassen sich nicht vollständig auflösen. Dennoch erachtet der Bundesrat das bestehende System in Bezug auf die Aufenthaltsregelung, die Sozialversicherungspflicht, die Bekämpfung von Schwarzarbeit, den Datenaustausch und die strafrechtlichen Sanktionen als kohärent. Es ermöglicht den Behörden, ihre unterschiedlichen gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen und gleichzeitig der besonderen Situation von Sans-Papiers Rechnung zu tragen. Mit einer konsequenten Anwendung der ausländerrechtlichen Bestimmungen durch die zuständigen Migrationsbehörden insbesondere auch beim Wegweisungsvollzug lässt sich die Zahl der rechtswidrig anwesenden Personen in der Schweiz verringern.

15 Anhänge

- Anhang 1:** Fragebogen, der den kantonalen Migrationsbehörden über die VKM zugestellt wurde
- Anhang 2:** Fragebogen, der verschiedenen europäischen Staaten zugestellt wurde
- Anhang 3:** Schriftliche Stellungnahme der Eidgenössischen Migrationskommission (EKM)
- Anhang 4:** Schriftliche Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers

Anhang 1: Fragenkatalog, der den Kantonen über die VKM zugestellt wurde (vgl. Ziff. 1)

Anhang



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Staatssekretariat für Migration SEM

Direktion
Stabsbereich Recht

Referenz/Aktenzeichen: **Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft.** / **Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft.** Unser Zeichen: **Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft.**

3003 Bern-Wabern, den 27. April 2019

Anlass: Umsetzung des Postulats SPK-NR (18.3381) «Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers»

Fragenkatalog zuhanden der Kantone

1. Wortlaut des Postulats

Der Bundesrat wird beauftragt, unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus, folgende Punkte zu prüfen und in einem Bericht vorzulegen:

- 1. Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
- 2. Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
- 3. Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
- 4. heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
- 5. Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermietung);*
- 6. Anzahl jährliche Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
- 7. gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
- 8. Anzahl jährliche Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
- 9. mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

2. Vorabinformationen:

Bei der Ausarbeitung des Bundesratsberichts haben wir den Begriff «Sans-Papiers» definiert als Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz, die in der Regel keine Staatsangehörigen eines EU/EFTA-Mitgliedstaates sind.

Zu dieser Kategorie gehören namentlich:

- ausländische Personen, die nie eine Aufenthaltsbewilligung besessen haben und die erwerbstätig oder nicht erwerbstätig sind;
- ausländische Personen, die keine für die Schweiz gültige Aufenthaltsbewilligung mehr besitzen.

Dabei kann es sich insbesondere um ausländische Personen handeln, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer ihres Visums nicht aus der Schweiz ausgereist sind oder deren Aufenthaltsbewilligung abgelaufen und nicht verlängert worden ist und die dennoch in der Schweiz geblieben sind. Asylsuchende, deren Asylgesuch abgelehnt wurde und die nicht freiwillig in ihr Heimat- oder Herkunftsland zurückgekehrt sind oder die nicht dorthin weggewiesen werden können, gehören ebenfalls zu dieser Personengruppe, da ihr Aufenthalt als rechtswidrig zu betrachten ist. Letztere beziehen in der Regel Nothilfe und sind den Behörden somit bekannt.

Für die Ziffern 1 und 2 des Postulats (bezüglich Sozialversicherungen) ist das Eidgenössische Departement des Innern zuständig, weshalb das vorliegende Dokument keine spezifischen Fragen zu diesem Thema enthält. Falls Sie jedoch Anmerkungen oder Informationen insbesondere im Zusammenhang mit dem diesbezüglichen Austausch unter den Kantonen haben, können Sie uns diese gerne unter dem Punkt «Verschiedenes» mitteilen.

3. Fragen des SEM an die Kantone

Wir danken Ihnen im Voraus für Ihre Unterstützung. Ihre Antworten werden bei der Ausarbeitung des Berichts des Bundesrates in Erfüllung des oben genannten Postulats sehr hilfreich sein.

Zu Ziffer 3 des Postulats (Schulen und öffentliche Dienstleistungen)

1. *Wie sieht Ihre Praxis in Bezug auf den Zugang von Sans-Papiers zu obligatorischen und nachobligatorischen Schulen (Universität, Hochschule und Lehre) aus?*
2. *Erhalten Sans-Papiers gemäss Ihrer Erfahrung und in der Praxis die gleichen öffentlichen Leistungen wie Personen mit rechtmässigem Aufenthalt?*

Zu Ziffer 4 des Postulats (Datenaustausch)

3. *Wie sieht Ihre Praxis in Bezug auf den Datenaustausch zwischen den verschiedenen kantonalen Stellen (Schulen, Strafverfolgungsbehörden, kantonale Ausgleichskasse, Sozialdienste, Arbeitsvermittlungsstellen, Spitäler usw.) und den Migrationsbehörden im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Werden Sans-Papiers von diesen Stellen systematisch der kantonalen Migrationsbehörde gemeldet?*
4. *Denken Sie, dass die geltenden Pflichten in Bezug auf den Datenaustausch gemäss dem Ausländergesetz (namentlich Art. 97 AIG und Art. 82 ff. VZAE), dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (namentlich Art. 50a AHVG) und weiteren Gesetzen (namentlich dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit) ausreichen?*

Zu Ziffer 5 und 6 des Postulats (Vollzug der Strafbestimmungen, Statistiken und kantonale Praxis)

5. *Wie sehen Ihre Erfahrungen in Bezug auf Verstösse (illegaler Aufenthalt, Beschäftigung ohne Bewilligung, Arbeitsvermittlung ohne Bewilligung, Unterbringung) im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Verfügen Sie über entsprechende Statistiken? Welches sind die straf- und ausländerrechtlichen Folgen bei Verstössen?*

Wie sehen Ihre Erfahrungen in Bezug auf Verstösse (illegaler Aufenthalt, Beschäftigung ohne Bewilligung, Arbeitsvermittlung ohne Bewilligung, Unterbringung) im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Verfügen Sie über entsprechende Statistiken? Welches sind die straf- und ausländerrechtlichen Folgen bei Verstössen?

6. *Gibt es Fälle, in denen auf eine Strafverfolgung verzichtet wird? Wenn ja, aus welchen Gründen?*

Zu Ziffer 7 des Postulats

7. *Wie sieht die Praxis in Ihrem Kanton in Bezug auf die Prüfung und Bearbeitung der von Sans-Papiers eingereichten Gesuche um eine Aufenthaltsbewilligung aus (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG und Art. 14 Abs. 2 AsylG)?*

Zu Ziffer 8 des Postulats

8. *Wie hoch ist die jährliche Anzahl negativer Entscheide betreffend Sans-Papiers gestützt auf Artikel 31 VZAE über den Zeitraum der letzten fünf Jahre?*

9. *Wie sieht die Praxis der kantonalen Beschwerdeinstanzen in Ihrem Kanton aus?*

Zu Ziffer 9 des Postulats

10. *Sollte die geltende Regelung von Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG, Artikel 14 Absatz 2 AsylG und Artikel 31 VZAE geändert werden?*

Verschiedenes

11. *Haben Sie zusätzliche Anmerkungen in Bezug auf die Umsetzung des Postulats?*

**Anhang 2: Fragebogen, der den verschiedenen europäischen Staaten zugestellt wurde
(vgl. Ziff. 12)**



Vienna, 09th October 2019

GDISC NCP Request from Switzerland

“Undocumented migrants – How does the respective legislation and practice look like within other European countries?”

Deadline: 28.10.2019

Background information

Switzerland is currently putting together a situation report on the legislation and practice for undocumented migrants. In this regard Switzerland would be interested to learn about how the legislation and practice for undocumented migrants looks like in other European countries.

Questions

- 1) Is irregular migration and especially the regularization of persons without a right to stay a current topic in your country? What are the current political discussions on this topic? Have you in the past carried out a collective regularization, given amnesty or partial amnesty (e.g. for families with children)? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 2) Does your legal framework provide the possibility of regularizing undocumented persons (single persons or persons with children [as opposed to a collective regularization above])? If so, what legal conditions need to be fulfilled for such a regularization? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 3) Do you have any number or an estimate on the number of undocumented persons residing in your country?
- 4) Which rights and duties apply to persons without a right to stay residing in your country? Do they have access to:
 - Medical care?
 - Social insurance benefits? (eg. insurance regarding sickness, accident, or retirement etc.)
 - Compulsory education (school) or post-secondary education?
 - Financial state assistance covering basic needs?
 - Justice (courts) without having to disclose their irregular stay?
 - Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?
- 5) Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?

Anhang 3: Schriftliche Stellungnahme der Eidgenössischen Migrationskommission (Ziff. 13)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Eidgenössische Migrationskommission EKM

EKM, 17. Januar 2020

Zur Problematik der Sans-Papiers

Stellungnahme der EKM

Sehr geehrte Frau Galli

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Problematik der Sans-Papiers Stellung nehmen zu können. Um Lösungen für Problematik zu finden, müssen aus Sicht der EKM auf drei Ebenen Instrumente entwickelt und umgesetzt werden:

1. *Der Bund und die Kantone müssen Formen der Zusammenarbeit entwickeln, welche die Spielräume, die gemäss geltendem Bundesrecht bestehen, zugunsten der Sans-Papiers (Regularisierung) und ggf. zur Sanierung des Arbeitsmarkts (Durchsetzung der Gesetzgebung gegen die Schwarzarbeit und Sanierung stark betroffener Branchen) kreativ zu nutzen (siehe bspw. das Modell «Opération Papyrus» im Kanton Genf oder das Modell «Aktive Prüfung der Regularisierung von Sans-Papiers» im Kanton Zürich).*
2. *Geltendes Recht muss punktuell angepasst werden (z.B. Art. 30 VZAE zur beruflichen Grundbildung).*
3. *Die Schaffung neuer Sans-Papiers durch die Politik muss vermieden werden.*

In der Folge finden Sie die Anregungen der EKM zur Aufenthaltsregelung und zu den staatlichen Leistungen. Diese verweisen grob auf zwei Gruppen von Sans-Papiers, auf solche aus dem Ausländer- und solche aus dem Asylbereich.

Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen aus sogenannten Drittstaaten, die nie ein Visum oder eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz besessen haben oder Personen, die einmal im Besitz eines Visums oder einer Aufenthaltsbewilligung waren, die Aufenthaltsberechtigung jedoch abgelaufen ist, ohne dass sie die Schweiz verlassen haben. Sie bestreiten ihren Lebensunterhalt zumeist durch Arbeit in Niedriglohnbereichen.

Sans-Papiers aus dem Asylbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen, die aus dem Asylprozess ausscheiden, die jedoch in der Schweiz bleiben. Entweder können sie objektiv nicht in ihr Heimatland zurückkehren oder sie fürchten sich vor einer Rückkehr so sehr, dass sie ein Leben am Rand der Schweizer Gesellschaft vorziehen.

Ein Teil dieser Sans-Papier taucht unter und versucht sich mit Gelegenheitsarbeiten über Wasser zu halten. Bei einem weiteren Teil handelt es sich um Personen, welche den Behörden bekannt sind, die sozusagen in der «regulären Illegalität» leben. Sie leben von der Nothilfe, denn es ist ihnen untersagt zu arbeiten und ihren Lebensunterhalt selber zu bestreiten. Die Zahl der Personen, die über länger als ein Jahr Nothilfe beziehen, ist steigend.

Fokus 1: Aufenthaltsregelung

Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze (Voll-/Teilamnestie, Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM, Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung, Sonderkontingente, City Card)

- *Kann eine Amnestie (mit Bedingungen und mit welchen?) oder nur eine Teilamnestie (für bestimmte Gruppen von Sans-Papiers) eine mögliche Lösung sein?*

Die EKM stellt sich auf den Standpunkt, dass eine (Teil-)Amnestie eine mögliche Lösung sein kann. Aus ihrer Sicht müssen jedoch formelle Kriterien definiert werden, die erfüllt sein müssen, um ein Gesuch um Regularisierung zu stellen und es müssen materielle Kriterien festgelegt werden, die herangezogen werden, um Einzelfälle zu prüfen.

Verschiedene Kantone haben in den vergangenen Jahren entsprechende Erfahrungen gesammelt. Zwei Beispiele:

Die «Opération Papyrus» wurde vom Kanton Genf entwickelt. Dieses Pilotprojekt zielte auf die Regularisierung von Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich, die in den Arbeitsmarkt integriert waren und den Lebensunterhalt selbstständig bestritten. Im Rahmen des Projekts konnten jene Sans-Papiers ein Gesuch stellen, die arbeiteten und finanziell unabhängig waren und die in der Schweiz nicht straffällig geworden waren. Familien mit schulpflichtigen Kindern mussten mindestens fünf Jahre ununterbrochen in Genf gelebt haben, Einzelpersonen, kinderlose Paare oder Paare mit Kindern, die noch nicht schulpflichtig sind, zehn Jahre. Ausserdem mussten sie ihre Französischkenntnisse in einem Test unter Beweis stellen. Bei einem Drittel der Personen, die im Rahmen dieses Pilotprojekts reguliert wurden, handelte es sich um Kinder und Jugendliche. In enger Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Migration SEM definierte der Kanton Genf klare materielle Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung. Das SEM bot Hand, den Anträgen, welche die Kriterien erfüllten, zuzustimmen.

Zivilgesellschaftliche Organisationen halfen den Sans-Papiers, die Chancen und Risiken eines Härtefallgesuchs abzuwägen. Nach der Einreichung unterzogen die Genfer Behörden jeden Einzelfall einer Prüfung, wobei die Sans-Papiers darauf vertrauen konnten, dass die Behörden die Härtefallgesuche nicht nach freiem Ermessen, sondern nach klaren und einheitlichen Kriterien beurteilten. Parallel dazu ergriffen die Genfer Behörden flankierende Massnahmen, um die Situation auf dem Arbeitsmarkt – insbesondere im Bereich der Hauswirtschaft – zu sanieren. Gesuche konnten zwischen Februar 2017 und Dezember 2018 eingereicht werden. Bis Ende Oktober 2019 waren in Genf 1323 Personen reguliert worden.

Mit der «Systematischen Überprüfung von Langzeitbeziehenden der Nothilfe» hat das Migrationsamt des Kantons Zürich ab 2017 ein Pilotprojekt entwickelt, das die Regularisierung von Langzeitbeziehenden von Nothilfe aus dem Asylbereich anvisiert. Personen, welche die formalen Kriterien für ein Härtefallgesuch erfüllten, wurden von den Behörden angeschrieben. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie die Einreichung eines Härtefallgesuchs in Betracht ziehen können. Viele Angeschriebene nahmen daraufhin mit Beratungsstellen Kontakt auf und stellten entsprechende Gesuche. Fehlten beispielsweise die sprachlichen Kompetenzen, bewirkte dieser Impuls, dass sich Nothilfebezüger aktiv um eine bessere sprachliche Integration bemühten und nach und nach die erforderlichen Dokumente einreichen konnten. Dieses Pilotprojekt startete Mitte 2017 und wurde 2018 abgeschlossen. Rund 100 Personen erhielten die vom Gesetz vorgesehene Härtefallbewilligung, welche den Betroffenen die Möglichkeit eröffnete, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Der Wille der Politik und der beteiligten Behörden war sowohl im Kanton Genf wie auch im Kanton Zürich die Voraussetzung für die Entwicklung der Regularisierungsmodelle.

- *Könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) besser umschrieben werden?*

Die «Opération Papyrus» und die «Systematische Überprüfung von Langzeitbeziehenden in der Nothilfe» stützen sich auf geltendes Recht und loten die darin enthaltenen Spielräume aus. Die beiden Pilotprojekte zeigen auf, dass eine Teilamnestie erreicht werden kann, ohne dass die formellen und materiellen Kriterien im geltenden Recht angepasst (sprich besser umschrieben) werden müssen.

Kurzfristig kann die «bessere Umschreibung» der Voraussetzungen Risiken bergen: enger gefasste Kriterien können Kantonen, in denen ein politischer Wille besteht und die gewillt sind, die prekäre Situation von Sans-Papiers zu verbessern, die dafür notwendigen Spielräume entziehen. Es wird ihnen verunmöglicht, neue Wege zu beschreiten und innovative Modelle zu entwickeln. Aus der Sicht der EKM wäre es deshalb kurzfristig zielführender, wenn das SEM Massnahmen in die Wege leiten könnte, welche auf den Erfahrungen des Genfer oder des Zürcher Modells aufbauen und die Kantone ermutigen könnte, auf der Basis bestehender Erfahrungen eigene Modelle zur Regularisierung von Sans-Papiers zu entwickeln.

Mittel- und langfristig könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in den einschlägigen rechtlichen Grundlagen angepasst werden. Dies auf der Basis der gewonnenen Erfahrungen, welche sich aus der Praxis der Kantone zu entwickeln beginnen. Aber auch eine «bessere Umschreibung der Voraussetzungen» muss Ermessensspielräume offen lassen, die es erlauben, der gelebten Realität von Sans-Papiers – die oft prekär und immer vielfältig ist – Rechnung zu tragen.

Könnten die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsregelung in die Weisungen Ausländer I Ziffer 5 des SEM präzisiert werden?

Siehe oben.

- *Könnte eine (Teil)Lösung mit einer Änderung von Art. 30a VZAE (Berufliche Grundbildung) erreicht werden?*

Auch im Bereich der beruflichen Grundbildung nutzen die Kantone vorhandene Spielräume. Im Kanton Basel-Stadt werden jugendliche Sans-Papiers, die Nothilfe beziehen, bezüglich der Teilnahme an einer beruflichen Grundbildung gleichbehandelt wie jugendliche Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich. Der Besuch von Lehr- oder Ausbildungsgängen wird bei einem Negativentscheid im Asylverfahren nicht gestoppt. Der Kanton setzt einen Schwerpunkt bei der Ermöglichung einer selbstständigen Zukunft für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Vollzug der Wegweisung hat jedoch immer Vorrang (siehe hierzu: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019, www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empf_ausscheiden_asylsystem.pdf).

Die Erfahrungen aus den Kantonen Genf und Zürich zeigen, dass es in der Gruppe der Sans-Papiers einen beträchtlichen Anteil von Kindern und Jugendlichen gibt. Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn diese die negativen Folgen der Aufenthaltssituation ihrer Eltern tragen müssen. Aus ihrer Sicht ist sicherzustellen, dass die Nachkommen von Sans-Papiers in einem kindergerechten Umfeld aufwachsen, die öffentliche Schule besuchen und eine Ausbildung – Berufslehre oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II – machen können. Eine Berufslehre ist bei Kindern und Jugendlichen auch bei einer allfälligen späteren Rückkehr ins Herkunftsland eine gute Investition.

Die geringe Zahl von 48 Sans-Papiers, die zwischen 2013 und 2019 eine Lehrstelle antreten konnten zeigt, dass Art. 30a VZAE Schwachstellen aufweist. In diesem Bereich müsste geltendes Recht dringend angepasst werden. Die EKM hat sich bereits mehrmals und ausführlich – beispielsweise in der Vorkonsultation des SEM zu einer möglichen Anpassung der Bestimmung über die berufliche Grundausbildung von Sans-Papiers vom 26. Januar 2018 – geäussert, in welche Richtung eine entsprechende Änderung gehen müsste (siehe Anhang).

In ihren diesbezüglichen Stellungnahmen schlägt die EKM u.a. vor, dass jugendlichen Sans-Papiers nach Abschluss der Grundbildung die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, ohne dass sie dafür ein Härtefallgesuch stellen müssen. In der Schweiz herrscht ein Mangel an Fachkräften, und das Land hat ein Interesse daran, jungen Berufsleuten eine Perspektive zu geben.

- *Führt die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für die Kantone zu einer Lösung?*

Die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für Sans-Papiers, die durch die Kantone regulisiert wurden, schiessen aus der Sicht der EKM am Ziel vorbei. Regulisierte Sans-Papiers sollten nicht an die kantonalen Kontingente für die Zuwanderung von Arbeitskräften aus Drittstaaten angerechnet werden. Bei der Regularisierung sollten sie gleichbehandelt werden wie Personen, die mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben.

- *Kann die Einführung von sogenannten City Cards eine Lösung bringen?*
- *Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn Nothilfebeziehende, die von Ordnungskräften kontrolliert werden, aufgrund ihres nicht bewilligten Aufenthalts gebüsst und aufgrund mehrmaliger Bussen verurteilt und eingesperrt werden können.*

Eine City Card, wie sie in Zürich und Bern geprüft wird, sieht vor, allen Bewohnerinnen und Bewohnern der Stadt, unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Ausweis auszustellen und ihnen so die Teilhabe am Leben und den Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen in der Stadt zu ermöglichen. Da sich die Gültigkeit auf das Gebiet der Stadt beschränkt, ist die City Card für sich genommen jedoch ungenügend. Sie ersetzt nicht die Entwicklung von Instrumenten durch die Kantone und den Bund.

Ein anderes Modell hat der Kanton Waadt entwickelt: Er stellt nothilfebeziehenden Sans-Papiers eine Bescheinigung aus, die im Regelfall von der Polizei akzeptiert wird und die Betroffene davor schützt, für den illegalen Aufenthalt bestraft zu werden. Grundsätzlich begrüsst die EKM auch diese Möglichkeit.

- *Stellt die Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen im AIG eine Lösungsmöglichkeit dar?*

In der Vergangenheit wurden die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Personen ohne aufenthaltsrechtlichen Status schrittweise erweitert. So wurden letztes Jahr die Reisemöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Personen restriktiver geregelt. Vorläufig aufgenommenen Personen und Asylsuchenden soll es künftig grundsätzlich verboten sein, ins Ausland zu reisen. Bei unbewilligten Reisen in den Heimat- oder Herkunftsstaat soll die «Vorläufige Aufnahme» erlöschen. Personen, die gegen diese neue Regelung verstossen, werden sanktioniert und zu Sans-Papiers gemacht.

Aus der Sicht der EKM verstösst die behördliche Schaffung von neuen Sans-Papiers nicht nur gegen die verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Menschenwürde, sondern sie schadet auch der Schweiz (siehe hierzu Stellungnahme der EKM und Anhang zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) zur Motion «Keine Reisen ins Heimatland für vorläufig Aufgenommene» vom Dezember 2019, <https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/aktuell/stellungnahmen/2019/2019-12-03.html>).

- *Kann ein konsequenter Vollzug der Wegweisung aller Personen ohne Aufenthaltsregelung eine Lösung darstellen?*

Die Wegweisung wird – dort wo sie möglich ist – bereits heute konsequent vollzogen. Der Bund unterstützt die Kantone bei dieser Aufgabe: beispielsweise mit der regelmässigen Überprüfung der Situation in den Herkunfts- oder Heimatstaaten und mit Rückkehrprogrammen zur Förderung der freiwilligen Rückkehr. Die Erweiterung und flexiblere Gestaltung der Rückkehrhilfe sind aus der Sicht der EKM geeignet, um den Vollzug zu unterstützen (siehe hierzu auch: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019,

Fokus 2: staatliche Leistungen

Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze (Zugang zu Sozialversicherungen, Ausschluss, Reduktion, Anonymisierung, Datenaustausch, Bekämpfung der Schwarzarbeit, Verschärfung der Strafbestimmungen)

1. Im Bereich der Sozialversicherungen:

- *Macht ein Ausschluss von den Kranken- und Unfallversicherungsleistungen bei Sans-Papiers Sinn?*

Ein Ausschluss von Sans-Papiers macht aus Sicht der EKM keinen Sinn. Wenn Sans-Papiers, die nicht kranken- und unfallversichert sind, Leistungen beziehen, werden die anfallenden Kosten auf die Allgemeinheit abwälzt. Statt Sans-Papiers auszuschliessen sollte sichergestellt werden, dass sie bei bescheidenem Einkommen in den Genuss von Prämienreduktionen kommen und sie in der Lage sind, die stetig steigenden Prämien regelmässig zu bezahlen.

- *Sind Leistungsbeschränkungen bei der Krankenversicherung zielführend?*

Das Recht auf medizinische Grundversorgung ist in der Bundesverfassung verankert. Dieses Grundrecht gilt für alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten. Staatlich finanzierte Anlaufstellen ausserhalb der Regelstrukturen braucht es nicht. Vielmehr muss dafür gesorgt werden, dass der Zugang zu den Regelstrukturen gewährleistet ist.

- *Sollen Sans-Papiers von der Versicherungspflicht bei der AHV/IV/EO befreit werden und die Rechtsansprüche dieser Versicherung auf Personen mit geregelter Aufenthalt beschränkt werden?*

Das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung enthält ein Versicherungsobligatorium. Dieses gilt für alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Eine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von Schwarzarbeit erhöhen: Arbeitgeber müssten keine Sozialversicherungsbeiträge entrichten und hätten bei einer Kontrolle keine rückwirkende Erhebung von Beiträgen zu befürchten. Statt dass das Gemeinwesen in den Genuss der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge käme, müsste es die nicht versicherten Kosten tragen.

2. Im Bereich des Datenaustausches:

- *Soll auf den Nachweis bei der Identität mit bestimmten Dokumenten für den Leistungsbezug verzichtet werden?*

Ein Verzicht auf den Nachweis der Identität sollte aus der Sicht der EKM dringend geprüft werden. Dort wo der Nachweis die Prekarität von Sans-Papier verschärft und die Grundrechte einschränkt, muss darauf verzichtet werden.

Anhang 4: Schriftliche Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers (Ziff. 13)

Arbeitspapier der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers zum Postulat 18.3381: Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans- Papiers

Bern, Februar 2020

Allgemeines

Die Plattform zu den Sans-Papiers ist ein Zusammenschluss von Anlaufstellen aus verschiedenen Kantonen, lokalen und nationalen NGOs, Vereinen, Kirchen, Hilfswerken, Gewerkschaften, Parteien und Parlamentarier*innen sowie Einzelpersonen, die die Ziele der Plattform unterstützen.

Die Plattform setzt sich schweizweit für die Rechte und Anliegen von Sans-Papiers ein. Sie hat zum Ziel, den Zugang zu einem stabilen legalen Status für Sans-Papiers zu erleichtern, und strebt ihre Regularisierung an. Sie unterstützt und fördert politische Bestrebungen zur Verbesserung der rechtlichen, gesellschaftlichen und ökonomischen Situation der Sans-Papiers.

Sans-Papiers sind in der Schweiz eine Realität und entgegen eines häufigen Missverständnisses besitzen die meisten von ihnen Ausweispapiere. Da sie versteckt leben müssen, gibt es über ihre Anzahl keine genauen Angaben. Sicherlich kann aber schweizweit von mindestens 100'000 Personen ausgegangen werden. Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens und der daraus folgenden Gesetzesänderungen von 2002 wurde die Situation der Personen aus Drittstaaten und damit auch der Sans-Papiers erneut weiter erschwert. Anders als Staatsangehörige eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates können Sans-Papiers in der Regel keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz beantragen. Dies obwohl die meisten von ihnen in Privathaushalten arbeiten. Sie putzen, hüten Kinder und kümmern sich um betagte Menschen. Andere arbeiten auf dem Bau, im Gastgewerbe oder in der Landwirtschaft. Alle leisten einen wichtigen Beitrag für unsere Gesellschaft. Trotzdem ist ihr Leben von Angst und Unsicherheit geprägt, da sie ihren Arbeitgeber*innen fast rechtlos ausgeliefert sind und jederzeit von der Polizei kontrolliert und in gewissen Situationen sogar aus der Schweiz ausgeschafft werden könnten.

Die abgewiesenen Asylsuchenden gehören erst seit den Gesetzesrevisionen von 2004 und 2008 zur Bevölkerungsgruppe der Sans-Papiers. Ihr Verbleib in der Schweiz wurde illegalisiert und sie wurden mehrheitlich zu «Nothilfeempfänger*innen» gemacht, die unter einem Arbeitsverbot stehen und unter äusserst prekären und repressiven Lebensbedingungen leben müssen, viele von ihnen jahrzehntelang und ohne Perspektive auf eine Regularisierung. Es handelt sich um eine reguläre Illegalität, welche für die betroffenen Personen eine äusserst belastende Lebenssituation bedeutet. Das Risiko einer physischen oder psychischen Erkrankung sowie ein Abdriften in die Straffälligkeit ist unter diesen Umständen gross.

Das Leben im Verborgenen zieht viele Probleme mit sich, die uns alle betreffen. Die Sans-Papiers vermeiden den Kontakt mit den Behörden auch dort, wo sie unbesehen ihres fehlenden Aufenthaltsstatus, Anspruch auf staatliche Dienstleistungen hätten. So fehlen den Sans-Papiers aufgrund der nicht bezahlten Sozialabgaben der soziale Schutz, und gleichzeitig fehlen den Sozialwerken bedeutende Einnahmen. Sie verzichten auf den Zugang zu Recht und Justiz, weil ihnen die Verletzung ihrer Rechte und ihrer Integrität im Vergleich zur Wegweisung als geringeres Übel erscheint. Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch bei Verletzung von elementarsten Menschenrechten ohne rechtlichen Schutz bleiben, so etwa bei Diskriminierung, bei sexuellem Missbrauch oder bei der Ausbeutung ihrer Arbeitskraft. Der Verzicht auf den Zugang zur Justiz hat auch Folgen für den Rechtsstaat. Werden selbst schwere (Grund-) Rechtsverletzungen nicht geahndet und die Täter*innen nicht in Verantwortung gezogen, unterbleibt die Durchsetzung des Rechts und es entstehen rechtsfreie Räume. Hinzu kommt, dass die Menschen, die es in ihrem Umfeld gut meinen, kriminalisiert werden: unterstützende Freund*innen, Vermieter*innen aber auch Arbeitgebende, die das Arbeitsverhältnis regularisieren möchten. Viele Sans-Papiers leiden an gesundheitlichen

Problemen (Depressionen aufgrund von sozialer Isolation und Perspektivlosigkeit). Auch Jugendliche Sans-Papiers trifft es schwer, da sie nur sehr beschränkte Möglichkeiten haben, den Einstieg ins Berufsleben zu meistern. Diese Verhältnisse müssen geändert werden.

Die geforderte gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers muss darin bestehen, Sans-Papiers als Teil der Schweizer Gesellschaft und als Arbeitnehmer*innen anzuerkennen. Diese Anerkennung müsste über eine kollektive Regularisierung oder zumindest ein pragmatisches Regularisierungsprogramm in allen Kantonen geschehen.

Bis es soweit ist, ist ein klares Bekenntnis zu den Grundrechten für alle in der Schweiz lebenden Menschen notwendig. Das Recht auf soziale Sicherheit, auf Bildung und das Recht auf Gesundheitsversorgung sind elementare Grundrechte, die in der Schweizer Bundesverfassung verankert sind. Die universelle Gültigkeit dieser Grundrechte darf nicht in Frage gestellt werden. Das heisst, die Wahrung dieser Rechte muss immer höher gewichtet werden als ein allfälliger Verstoss gegen das Ausländergesetz. In der Verantwortung stehen dabei insbesondere der Bund, die Kantone und alle Institutionen, die im Zusammenhang mit diesen Grundrechten öffentliche Aufgaben erfüllen. Im Rahmen ihrer Möglichkeiten müssen sie Verbesserungsmöglichkeiten prüfen und allenfalls zusätzlich positive Massnahmen umsetzen, damit die Grund- und Menschenrechte entsprechend Art. 35 Abs. 2 BV effektiv und tatsächlich unabhängig vom Aufenthaltsstatus gewährleistet sind.

Aktuell ist die Lebenssituation der Sans-Papiers je nach Kanton sehr unterschiedlich. So werden ihr Zugang zu staatlichen Leistungen, die Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte und ihre Chance auf eine Regularisierung je nach Sensibilität und politischem Wille der involvierten Akteur*innen unterschiedlich gehandhabt. Dieser Zustand grenzt in der Praxis oftmals an behördliche Willkür. In diesem Sinne begrüsst die Plattform das Postulat 18.3381 der staatspolitischen Kommission des Nationalrates, welches eine gesamthafte und schweizweite Prüfung der Problematik der Sans-Papiers vom Bundesrat verlangt, in der unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus folgende Punkte zu beurteilen und in einem Bericht vorzulegen sind:

- *Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus den Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
- *Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
- *Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
- *heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
- *Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermittlung);*
- *Anzahl jährlicher Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
- *gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
- *Anzahl jährlicher Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
- *mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

Im folgenden Dokument werden sowohl die Grundlagen aufgelistet, die für die Beantwortung des Postulats zu berücksichtigen sind, als auch die wichtigsten Schlüsse der Plattform zusammengefasst.

Grundlagen

Auflistung der Grundlagen und Berichte, die für die Beantwortung des Postulates von Interesse sind:

- *Schutz des Privatlebens: Art. 13 und 14 BV, Art. 8 EMRK*
- *Recht auf Datenschutz: Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 1 StPO, Art. 97 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 82 VZAE*
- *Recht auf Zugang zur Justiz: Art. 29 Abs. 1 und 3 sowie Art. 29a und Art. 30 BV, Art. 2 Ziff. 3 und Art. 14 Ziff. 1 und 2 UNO-Pakt II, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK, Art. 6 Abs. 1 StPO, Art. 301 Abs. 1 StPO*
- *Arbeitsrechte: Art. 8, 27, und 41 BV, Art. 23 AEM, Art. 7 UNO-Pakt I*
- *Recht auf medizinische Grundversorgung / Recht auf Hilfe in Notlagen: Art. 12 und 41 Abs. 1 lit. b BV, Art. 25 AEM, Art. 12 UNO-Pakt I*
- *Recht auf Bildung: Art. 19 BV, Art. 26 EMRK, Art. 26 AEM, Art. 13 und 14 UNO-Pakt I*
- *Soziale Rechte / Sozial- und Krankenversicherungspflicht: Art. 41 Abs. 2 BV, Art. 23 und 24 AEM, Art. 9 UNO-Pakt I*
- *die aktuelle ausländerrechtliche Regelung mit den dazugehörigen Weisungen des SEM: Art. 30 AIG, Art. 31 VZAE, Art. 14 Abs. 2 AsylG, Art. 30a VZAE, Ziffer 5.6 Weisungen AIG*
- *Weisung des Bundesamtes für Sozialversicherung zur Versicherungspflicht der Sans-Papiers vom 19.12. 2002*
- *Kreisschreiben über die Schweigepflicht und die Datenbekanntgabe in der AHV/IVEO/EL/FamZLw/FamZ, vom 1.1.2014*
- *Das Übereinkommen 189 „Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ der Internationalen Arbeiterorganisation (IAO):*
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_de.pdf
- *Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention):*
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20162518/index.html>
- *Rechtsgutachten des Lehrstuhls für öffentliches Recht der Universität Zürich vom 25. Januar 2018:*
<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- *Positionspapier des Stadtrates von Zürich zum Thema Sans-Papiers vom 5. September 2018:*
<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- *Bericht im Auftrag des SEM zur Situation der Sans-Papiers in der Schweiz, 2015:*
https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/internationales/illegale-migration/sans_papiers/ber-sanspapiers-2015-d.pdf.download.pdf/ber-sanspapiers-2015-d.pdf
- *Berichte der EKM zur Situation der Sans-Papiers:*
<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/zuwanderung---aufenthalt/sanspapiers.html>

Atelier I: Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze

Die Plattform spricht sich für eine Kombination von unterschiedlichen Massnahmen aus:

Voll- bzw. Teilregularisierung und Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM

Die Plattform spricht sich klar für griffige Regularisierungsprogramme aus. Bei der Mehrheit der Regularisierungen, die in den letzten Jahren in Europa durchgeführt wurden, kam es danach zu keiner signifikanten Zunahme von Sans-Papiers in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Vielmehr führt die Regularisierung zu einer Normalisierung auf mehreren Ebenen: Für die Betroffenen bedeutet sie Schutz vor Ausbeutung und Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte; für die Gesamtbevölkerung bringt sie soziale Sicherheit, mindert Kosten in Form von Nothilfe und generiert Steuern. Schliesslich ist die Regularisierung eine wichtige Massnahme gegen die Schwarzarbeit und unterstützt die willigen Arbeitgeber*innen bei der Normalisierung der Arbeitsverhältnisse.

Das Gesetz, konkret Art. 30 AIG und Art. 14 Abs. 2 AsylG, gewährt den betroffenen Instanzen einen gewissen Spielraum bei der Regularisierung der Sans-Papiers, weshalb auf dieser Grundlage grundsätzlich auch ohne Gesetzesänderung Regularisierungsprogramme in der Schweiz umgesetzt werden können. Es braucht dafür aber einen hohen politischen Willen der Kantone und des SEM, weil die Auslegung des Gesetzes bis anhin sehr restriktiv gehandhabt wurde.

Damit die Anzahl Härtefallgesuche, die von den Kantonen zur Zustimmung ans SEM weitergeleitet werden, erhöht werden kann, müssen Anpassungen in der Verordnung (Art. 31 VZAE) und in den Weisungen des AIG (Ziffer 5.6) vorgenommen werden:

- *Es sollte nicht mehr von einem „schwerwiegenden“ sondern einzig von einem „persönlichen Härtefall“ gesprochen werden;*
- *die Integrationsfähigkeit muss an objektiv messbaren Grössen gebunden sein;*
- *bei der Abwägung sollten nicht nur die persönlichen Umstände der Gesuchsteller*in, sondern auch das öffentliche und gesamtgesellschaftliche Interesse einer Regularisierung und der von der Gesuchsteller*in geleistete Beitrag für die Gesellschaft berücksichtigt werden;*
- *der Gesundheitszustand und das Alter sollten in jedem Fall berücksichtigt werden (Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE, Weisung AIG Ziffer 5.6.10.5);*
- *die Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsstaat sollte nicht mehr als höher gewichtet bzw. als massgebend für die Gesamtprüfung bezeichnet werden (Weisung AIG Ziffer 5.6.10.6).*

Die Plattform schlägt zudem vor, dass aufgrund der gesammelten Erfahrungen aus der Genfer Operation Papyrus die Weisungen der AIG dementsprechend präzisiert werden, dass ein vereinfachtes Härtefallverfahren mit einer zuvor festgelegten Abwägung der Kriterien in Absprache mit den kantonalen Behörden und dem SEM eingeführt werden, damit die Regularisierung einer bestimmten Zielgruppe beschleunigt werden kann. Das angepasste Verfahren, die objektiven Kriterien und die dazugehörigen Belege können auf kantonaler Ebene schriftlich festgelegt werden, beispielsweise in Form eines Merkblattes (Weisung AIG Ziffer 5.6 und 5.6.10). Mit der Standardisierung und der damit gewonnenen Rechtssicherheit werden die versteckt lebenden Sans-Papiers dazu angeregt, sich bei den Behörden zu melden, an den gesellschaftlichen Pflichten teil zu nehmen und mit einer Bewilligung auch ihre Arbeitsverhältnisse zu regularisieren.

Natürlich können auch bei einer solchen Anpassung der Weisung des AIG weiterhin Härtefallgesuche ausserhalb des vereinfachten Verfahrens gutheissen werden. Das heisst, es können auch Personen ein Härtefallgesuch stellen, welche die für die Zielgruppe festgelegte Abwägung der Kriterien nicht gänzlich erfüllen.

Schliesslich darf ein Härtefallverfahren sowohl für die Gesuchstellenden als auch für das Umfeld keine strafrechtlichen Konsequenzen mit sich ziehen. In diesem Zusammenhang schlägt die Plattform vor, dass mit einer parlamentarischen Initiative Art. 115 Abs. 4 AIG dahingehend präzisiert wird, dass wenn der Aufenthalt aufgrund eines Bewilligungsverfahrens geregelt wird, ein allfälliges Strafverfahren sistiert werden kann. Im gleichen Sinne sollte auch Art. 116 Abs. 1 lit. b und Art. 117 Abs. 1 AIG dahingehend angepasst werden, dass wer Ausländerinnen oder Ausländer, die in einem Bewilligungsverfahren die erforderliche Arbeitsbewilligung erlangen, eine Erwerbstätigkeit verschafft, nicht bestraft wird, wenn die arbeitsrechtlichen Mindestvorschriften gemäss Art. 22 AIG eingehalten werden. In diesem Zusammenhang ist auf die von Nationalrätin Lisa Mazzone (G, GE) eingereichte parlamentarische Initiative (18.461n Pa.Iv. Mazzone. Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren) und die darauf zurückzuführende Petition „Solidarität ist kein Verbrechen!“ zu verweisen, die verlangt, dass Personen, die Hilfe leisten, sich nicht strafbar machen, wenn sie dies aus achtswerten Gründen tun.

Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung

Die Bundesverfassung und völkerrechtliche Normen verpflichten die Schweiz, Kinder und Jugendliche zu schützen und deren Entwicklung zu fördern, ungeachtet von deren ausländerrechtlichem Status. Deshalb hat der Bundesrat 2012 beschlossen, dass im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung Sans-Papiers-Jugendlichen nicht nur der Zugang zur obligatorischen und nachobligatorischen Schule gewährleistet wird, sondern ihnen auch eine berufliche Grundausbildung ermöglicht werden soll.

Zur Umsetzung der überwiesenen Motion 08.3616 schlug der Bundesrat damals vor, Artikel 30a der Verordnung anzupassen, um jungen Sans-Papiers ihr Recht auf eine berufliche Grundbildung (nachobligatorische Schulbildung) in der Schweiz garantieren zu können. Bereits bei der Einführung der vorliegenden Bestimmungen bemängelte die Plattform zu den Sans-Papiers die Tatsache, dass die Möglichkeit, eine berufliche Grundausbildung zu absolvieren, an die geltende Regelung für Härtefallbewilligungen angeknüpft werden sollte. Um jungen Menschen ohne geregelten Aufenthalt den Zugang zur beruflichen Grundbildung zu garantieren, wie es die Motion Barthassat forderte, braucht es eine bedingungslose und verbindliche Lösung. Das heisst, entweder eine Regelung innerhalb des Ausländergesetzes, die einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Zeit der beruflichen Grundbildung vorsieht oder eine Ausnahmeregelung, welche die berufliche Grundbildung nicht an eine Arbeitsbewilligung bindet.

Solange Art. 30a VZAE bestehen bleibt, sind wir der Meinung, dass der Bund den kantonalen Behörden verbindliche Weisungen bezüglich der Handhabung, der Auslegung und des Verfahrensprozesses vorlegen muss. Vor allem müssen die zu erfüllenden Kriterien objektiv nachvollziehbar sein und der Verfahrensprozess beschleunigt werden. Der Ermessensspielraum der kantonalen Behörden ist zu gross und die Gesuchsbearbeitungen dauern zu lange, was für viele junge Sans-Papiers und potentielle Berufsbildner*innen abschreckend wirkt oder dazu führt, dass die Jugendlichen ihre in Aussicht gestellte Lehrstelle verlieren. Auch wäre eine Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit durch den Bund und die Kantone über die Möglichkeit und den Wunsch, dass junge Sans-Papiers eine berufliche Grundausbildung abschliessen, dringend notwendig. So könnte die Angst bei allen Betroffenen (Sans-Papiers und Lehrbetrieben) verkleinert werden, ein Gesuch einzureichen. Das Härtefallgesuch für Jugendliche Sans-Papiers sollte ferner unabhängig von der familiären Situation der betroffenen Person überprüft werden, damit diesen jungen Menschen Chancengleichheit zukommt und sie Zugang zur Arbeitswelt erlangen, um ein würdevolles und unabhängiges Leben führen zu können.

Sonderkontingente

Nach der neuesten Studie des Staatssekretariats für Migration leben in der Schweiz um die 76'000 Sans-Papiers und rund die Hälfte davon arbeitet in Privathaushalten. Die Nachfrage nach Arbeitnehmenden im Bereich der Hausarbeit, die traditionellerweise von Frauen und unbezahlt geleistet wurde und wird, steigt zunehmend. Entgegen den Einschätzungen, dass diese Nachfrage

von Arbeitskräften aus dem EU/EFTA-Raum bedient werden kann, zeigt sich auch Jahre nach der Öffnung durch die Personenfreizügigkeit, dass nach wie vor ein grosser Teil der bezahlten Hausarbeit unangemeldet und von Arbeiterinnen ohne Aufenthaltsbewilligung verrichtet wird.

Die Sans-Papiers, die diese Arbeit verrichten, leisten viel, sowohl betreffend ihres Aufwandes als auch hinsichtlich des gesellschaftlichen Nutzens. Nur leisten sie dies im Verborgenen. Es ist ein Spiegelbild dafür, dass die traditionell von Frauen verrichtete, gesellschaftlich unabdingbare Haus- und Care-Arbeit weiterhin verkannt bleibt.

Ein Sonderkontingent wäre eine pragmatische Lösung, um diesen Arbeitssektor endlich zu normalisieren. Die Plattform spricht sich aber nur für eine derartige Massnahme aus, wenn innerhalb der Implementierung eines Sonderkontingentes die Regularisierung der in der Schweiz bereits wohnhaften Sans-Papiers priorisiert wird oder diese Bevölkerungsgruppe zuvor mit einem spezifischen Regularisierungsprogramm eingegliedert werden kann.

Der Bundesrat könnte beispielsweise auf Verordnungsebene den Art. 23 Abs. 3 AIG dahingehend erweitern, dass in Abweichung von den Absätzen 1 und 2 Personen zugelassen werden, um den Bedarf an Arbeitskräften im Haushalt, im Baugewerbe, in der Gastronomie oder der Landwirtschaft abzudecken.

Stadtausweise (City Cards)

Die prekäre Lebenssituation der Sans-Papiers ist in den einzelnen Kantonen seit Jahren ein Thema. Aus diesem Grund entschlossen sich Städte wie Zürich und Bern auf lokaler Ebene progressive Lösungsansätze zu suchen. Mit einem städtischen Ausweis planen sie die Lebenssituation von Menschen ohne Aufenthaltsrecht auf lokaler/ städtischer Ebene zu verbessern und zu erleichtern. Diese Ausweise sind keine Lösung um den Aufenthalt der Sans-Papiers zu regularisieren. Sie bezwecken vielmehr, allen Stadtbewohner*innen den Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen zu gewähren – unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus. Somit sollen diese Stadtausweise eine Normalisierung des Alltagslebens und eine Verbesserung der Lebenssituation von Sans-Papiers ermöglichen und zu einer Vereinfachung von Abläufen beim Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen beitragen.

Atelier II: Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze

Zugang zu oder Ausschluss aus den Sozialversicherungen – unterschiedliche Szenarien

Laut der letzten Studie des SEM leben bis zur Hälfte der Sans-Papiers über fünf Jahre in der Schweiz, 85% sind erwerbstätig. Somit sind - abzüglich der Minderjährigen - fast alle erwerbstätig. Viele arbeiten in Privathaushalten. Jedoch bezahlen lediglich bei einem Siebtel der Sans-Papiers die Arbeitgeber*innen in die Sozialversicherungen ein. So sind die Sans-Papiers in der Regel weder kranken-, alters- noch arbeitslosenversichert und erhalten keine bezahlten Ferien. Besonders stossend ist der Umstand, dass unterdessen viele in das Alter des Ruhestands getreten sind, ohne dass je Beiträge an die Altersversicherung bezahlt worden sind.

Der Ausschluss aus den Sozialversicherungen würde diese Situation nur noch verschlimmern und dem öffentlichen Interesse am Arbeitnehmer*innenschutz grundsätzlich widersprechen, indem der Ausschluss die Sans-Papiers weiter in die Irregularität drängt und die Schwarzarbeit fördert. Auch würde diese Exklusion den fundamentalen Pfeiler der Sozialversicherungen - dass alle Arbeitnehmer*innen in der Schweiz die Pflicht haben, deren Funktionsfähigkeit durch ihre Sozialbeiträge zu gewährleisten - in Frage stellen. Schliesslich würde eine solche Massnahme auch die Arbeitgeber*innen treffen, die gewillt sind, Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen und Lohndumping zu vermeiden.

Hinzu kommt, dass ein solcher Ausschluss auch dem im Herbst 2014 ratifizierten Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) widersprechen würde. Dieses Übereinkommen für

„Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ gilt nach Artikel 2, Punkt 1, unmissverständlich „für alle Hausangestellten“. Es verlangt, dass diese arbeitsrechtlich mit allen anderen Angestellten gleichgestellt werden und ihre Lage punkto Entlohnung, Arbeitszeit, soziale Sicherheit und gesunde Arbeitsbedingungen verbessert und die Angestellten vor Missbrauch, Belästigung und Gewalt geschützt werden.

Datenaustausch

Die Förderung des Datenaustausches führt nicht zu einer kohärenten Gesetzgebung, sondern drängt die Sans-Papiers weiter in die Irregularität. Damit wird nicht die Zahl der Sans-Papiers kleiner, sondern die Zahl der Personen grösser, die keinen Zugang zu in der Verfassung verankerten Grundrechten haben. Ihre Lebenssituation wird noch prekärer. Zudem wird somit vielen Formen der Begleitkriminalität (Menschenhandel, Schwarzarbeit, Ausbeutung, Erpressung) Vorschub geleistet. Der Zugang zur Justiz muss gesichert werden, indem die Polizei, die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte den Schutz vor Straftaten auch bei Sans-Papiers höher gewichten als allfällige Verstöße gegen das Ausländergesetz.

Auch im Schulwesen hätte eine Meldepflicht gravierende Folgen. Das Kindeswohl beinhaltet sowohl das Recht auf Bildung für alle Kinder in der Schweiz – unabhängig von ihrer Nationalität oder ihrem Aufenthaltsstatus – als auch den Vorrang des Kindeswohls bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen. Mit einer Meldepflicht der Schulen würde die Schweiz die Menschenrechte gravierend verletzen und hinnehmen, dass es wieder Kinder in der Schweiz gibt, die nicht eingeschult werden und somit keinen Zugang zu Bildung haben. Aufgrund der Digitalisierung findet der automatische Datenaustausch immer häufiger statt, was dazu führt, dass das Recht auf Bildung der Sans-Papiers-Kinder in Gefahr gerät. Aus diesem Grund müssten ausführende Behörden dahingehend sensibilisiert, geschult und sich der Risiken bewusst sein, wenn sie die Einführung eines Datenaustauschs zwischen den Dienststellen vorschlagen.

Die Plattform möchte in diesem Zusammenhang auf die allgemeinen Grundsätze verweisen. Bei einem Konflikt zwischen Datenaustausch und der Ausübung von Grundrechten, ist klar dem Zugang zu den Grundrechten Vorrang zu gewähren.

Medizinische Grundversorgung und Krankenkassenobligatorium

Der Vorschlag, eine staatliche Parallelmedizin für Sans-Papiers aufzubauen, ist praktisch nicht umsetzbar, da sich Sans-Papiers nicht bei einer staatlichen Gesundheitsstelle melden werden, die mit den Migrationsbehörden in Kontakt steht. Eine Erpressung im Sinne von "Gesundheitsversorgung mit Meldung an die Behörden oder gar keine" steht dem Ziel, die Gesundheitsversorgung allen hier lebenden Menschen zugänglich zu machen, direkt entgegen. Zudem würden schliesslich die Kantone hohe Kosten für die medizinische Grundversorgung tragen müssen, wenn Sans-Papiers keine Möglichkeit mehr hätten, eine Krankenkasse abzuschliessen und sich – aufgrund der Gefahr des Datenaustausches – erst bei schweren Komplikationen behandeln lassen würden. Hinzu kommt, dass solche Fälle sowohl für die betroffenen Sans-Papiers-Personen, als auch die öffentliche Gesundheit nicht zumutbare Risiken wären.

Für mehr Informationen

Ada Marra (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP VD) - 076 383 20 69

Mattea Meyer (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP ZH) - 079 101 68 90

Bea Schwager (SPAZ Zürich) – 079 543 45 33

Marianne Halle (CCSI Genève) – 079 272 92 59

Olivia Jost (ALS Basel) – 077 414 11 01



Berne, décembre 2020

Pour un examen global de la problématique des sans-papiers

Rapport du Conseil fédéral en réponse au
postulat de la Commission des institutions
politiques du Conseil national du 12 avril
2018 (18.3381)

Table des matières

1	Contexte	8
2	Méthodologie	8
3	Les sans-papiers en Suisse	9
3.1	Définition	9
3.2	Profil	10
3.2.1	Estimation du nombre	11
3.2.2	Parcours de migration	11
3.2.3	Origine	12
3.2.4	Âge	13
3.2.5	Formation	13
3.3	Causes probables du travail au noir	13
3.4	Garantie de l'exécution du renvoi	16
3.5	Interventions parlementaires au niveau fédéral	16
3.5.1	Réglementation du séjour et opération Papyrus	17
3.5.2	Accès à la scolarité et à une formation professionnelle initiale	18
3.5.3	Accès aux assurances sociales	19
3.5.4	Échange de données entre autorités	20
3.5.5	Mariages fictifs	20
3.6	Situation durant la pandémie (coronavirus)	20
4	Réglementation des cas de rigueur	22
4.1	Dispositions légales et critères d'examen	22
4.2	Accès à une formation professionnelle initiale	24
4.3	Statistiques sur la procédure d'approbation par le SEM	25
4.4	Pratique des cantons	28
5	Opération Papyrus	31
5.1	Description de l'opération Papyrus	31
5.2	Critères de régularisation des conditions de séjour selon l'opération Papyrus	32
5.3	Dispositif de contrôle et d'assainissement des secteurs économiques touchés	33
5.4	Dispositif d'insertion et d'intégration	33
5.5	Évaluation de l'opération Papyrus	33
5.5.1	Statistiques	33
5.5.2	Condensé du rapport d'évaluation	34
6	Initiatives urbaines	38
6.1	Villes sanctuaires	38
6.2	Définitions	38
6.3	Carte d'identité municipale (<i>city card</i>)	38
6.3.1	Origine	38
6.3.2	Concept	38
6.3.3	En Suisse	39
7	Affiliation des sans-papiers aux assurances sociales	41
7.1	Assurance-maladie	41
7.1.1	Assujettissement	41
7.1.2	Droit aux prestations	41
7.2	Assurance-accidents	42
7.2.1	Assujettissement	42
7.2.2	Droit aux prestations	43

7.3	Assurance-vieillesse, survivants, et invalidité et régime des allocations pour perte de gain.....	43
7.3.1	Obligation de s'affilier et de cotiser.....	43
7.3.2	Droit aux prestations	45
7.3.3	Droit aux prestations de l'AVS et de l'AI en cas de départ de Suisse	48
7.4	Prestations complémentaires	48
7.5	Prévoyance professionnelle	48
7.6	Allocations familiales.....	49
7.7	Assurance-chômage	50
7.7.1	Indemnité de chômage.....	50
7.7.2	Mesures du marché du travail	50
7.7.3	Indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail.....	50
7.7.4	Indemnités en cas d'intempéries	51
7.7.5	Indemnités en cas d'insolvabilité	51
7.8	Service public de l'emploi.....	51
7.8.1	Conseil et placement des demandeurs d'emploi	51
7.8.2	Obligation d'annoncer les postes vacants	51
8	Conséquence en cas de retrait des droits d'affiliation aux assurances sociales	52
8.1	Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse.....	52
8.1.1	Pacte I de l'ONU et autres conventions de l'ONU et de ses organisations	52
8.1.2	Convention européenne des droits de l'homme	53
8.1.3	Conclusions	54
8.2	Compatibilité avec la Constitution fédérale.....	54
8.2.1	Analyse des bases légales susceptibles d'être violées par une exclusion	54
8.2.2	Conclusions	57
8.3	Assurance-vieillesse et survivants (AVS), assurance-invalidité (AI), régime des allocations pour perte de gain (APG) et allocations familiales	57
8.3.1	Conséquences pour la Confédération	57
8.3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	57
8.4	Assurance-maladie	58
8.4.1	Conséquences pour la Confédération	58
8.4.2	Conséquences pour les cantons et les communes	58
8.5	Assurance-accidents.....	60
8.6	Conclusion générale	60
9	Accès à l'école et à d'autres prestations publiques.....	60
9.1	Accès à la scolarité obligatoire et postobligatoire	60
9.2	Accès à la justice et à d'autres prestations publiques.....	62
10	Echange de données entre les autorités concernées	67
10.1	Collaboration et communication de données découlant de la LEI.....	67
10.2	Collaboration et communication de données découlant de la loi sur le travail au noir (LTN)	68
10.3	Collaboration et communication de données découlant des lois sur les assurances sociales.....	70
11	Application des dispositions pénales aux sans-papiers	71
11.1	Normes pénales pertinentes	71
11.2	Application des normes pénales.....	72
11.3	Statistiques	73

12	Situation des sans-papiers dans différents pays européens	76
12.1	Estimation du nombre de sans-papiers	76
12.2	Légalisation du séjour des sans-papiers	76
12.3	Possibilités de régulariser le séjour des sans-papiers	76
12.4	Statut juridique des sans-papiers	77
12.4.1	Accès aux soins médicaux	77
12.4.2	Accès aux prestations des assurances sociales.....	78
12.4.3	Accès à la formation scolaire	78
12.4.4	Aide de l'État pour la couverture des besoins vitaux	78
12.4.5	Accès au système judiciaire	79
13	Solutions envisageables pour les sans-papiers.....	79
13.1	En matière d'assurances sociales	79
13.1.1	Exclusion de l'obligation d'assujettissement à l'assurance-maladie.....	79
13.1.2	Catalogue de prestations de l'assurance-maladie restreint pour les sans-papiers....	80
13.1.3	Exclusion de l'assujettissement à l'assurance-accidents et de ses prestations	81
13.1.4	Exclusion de l'obligation d'assujettissement à l'AVS/AI/APG/allocations familiales ..	83
13.1.5	Renoncer à exiger la présentation de documents pour percevoir des prestations AVS/AI/APG/allocations familiales	84
13.2	En matière de réglementation du séjour	85
13.2.1	Introduction	85
13.2.2	Régularisation collective	87
13.2.3	Régularisation partielle.....	88
13.2.4	Préciser l'ordonnance (art. 31 OASA) ou les directives du SEM	90
13.2.5	Modification des conditions d'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale (art. 30a OASA).....	94
13.3	Échange de données	96
13.3.1	Modification des bases légales sur l'échange de données prévu par la LEI, la LTN et les lois sur les assurances sociales.....	96
13.3.2	Échange de données entre les autorités scolaires et les autorités migratoires	97
13.4	Durcissement des sanctions pénales de la LEI	99
14	Conclusions.....	102
15	Annexes	105

Résumé

En adoptant le postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) du 12 avril 2018 (18.3381), le Parlement a chargé le Conseil fédéral de présenter une analyse détaillée de la situation des sans-papiers en Suisse. Un point central de cette analyse réside dans l'inventaire des droits des sans-papiers en matière d'affiliation aux différentes assurances sociales et la conséquence d'un éventuel retrait de ces droits.

Le présent rapport s'articule autour de deux axes : le premier décrit la situation des sans-papiers en Suisse ainsi que les réglementations principales dans les domaines des assurances sociales, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et de la loi sur le travail au noir (LTN). Il décrit également l'accès des sans-papiers et de leur famille à d'autres prestations étatiques telles que la scolarité ou l'accès à la justice (ch. 3 à 11). Enfin, le rapport fait état de la situation des sans-papiers au sein de différents pays européens (ch. 12). Le deuxième axe concerne les solutions qui peuvent être envisagées (ch. 13).

De manière générale, les personnes en séjour illégal, communément appelées « sans-papiers », sont soit des ressortissants étrangers qui n'ont jamais été au bénéfice d'un titre de séjour et qui exercent ou non une activité lucrative, soit des ressortissants étrangers qui ne sont plus en possession d'un titre de séjour ou d'un droit de présence valable en Suisse pour d'autres raisons. Les requérants d'asile déboutés sous le coup d'une décision de renvoi définitive dont le délai de départ est échu appartiennent aussi à cette catégorie. Selon les dernières estimations nationales connues¹, le nombre de sans-papiers résidant en Suisse se situe entre 50 000 et 99 000 personnes, l'estimation la plus probable étant celle de 76 000 sans-papiers pour toute la Suisse (ch. 3.2).

Tout comme pour les ressortissants suisses et les étrangers séjournant légalement en Suisse, la crise sanitaire actuelle liée au coronavirus a eu de lourdes répercussions sur les sans-papiers, en particulier en matière d'emploi et de santé. Le rapport se penche aussi sur cette thématique (ch. 3.6) qui a été largement abordée par les médias. Plusieurs appels ont été lancés tant au niveau politique qu'au niveau des collectifs de défense (ch. 3.5 et 3.6) en vue notamment de suspendre les renvois de sans-papiers et de leur octroyer des indemnités en cas de chômage partiel ou de perte de gain, l'accès aux soins ou à l'aide sociale en plus de l'aide d'urgence prévue par la Constitution fédérale (art. 12 Cst.), à laquelle ils ont aussi droit et qui comporte la fourniture d'un abri, de nourriture, de vêtements et de soins médicaux de base.

A. Assujettissement et droits aux prestations des assurances sociales

Il ressort du présent rapport que les sans-papiers ont le droit et l'obligation de s'affilier à de nombreuses assurances sociales et de bénéficier des prestations qui en découlent. Les lois fédérales sur l'assurance-maladie (LAMal), sur l'assurance-accidents (LAA), sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), sur l'assurance-invalidité (LAI), sur les allocations pour perte de gain (APG) et sur les allocations familiales prennent généralement en compte comme critère d'assujettissement le domicile ou l'exercice d'une activité lucrative, ou encore l'obligation de cotiser à l'assurance vieillesse et survivants, et non le critère du séjour légal en Suisse. En revanche, les sans-papiers ne peuvent en principe pas s'affilier à l'assurance-chômage (sauf pour l'indemnité en cas d'insolvabilité), ni bénéficier de ses prestations ou de prestations complémentaires et n'ont pas non plus droit à l'aide sociale. Ils ont toutefois droit à l'aide d'urgence.

Le rapport montre qu'une exclusion générale des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales violerait dans une large mesure les obligations de la Suisse découlant du pacte I de l'ONU et de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). En outre, une exclusion apparaît également problématique au regard d'autres engagements internationaux de la Suisse, ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme. En ratifiant le pacte I de l'ONU, la Suisse s'est engagée, en principe, à ne pas régresser dans la réalisation des droits économiques, sociaux et

¹ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », rapport du 12 décembre 2015 de l'institut B,S,S, commandé par le SEM, disponible sous www.sem.admin.ch > Entrée & séjour > Séjour > Les sans-papiers en Suisse.

culturels qui y sont énoncés, y compris en ce qui concerne le droit à la sécurité sociale. Une privation générale, dans le domaine des assurances sociales, des droits des sans-papiers, constituerait un pas en arrière par rapport à la situation juridique actuelle en Suisse.

Sous l'angle de la Cst., une exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales entrerait en conflit avec le but social, qui prévoit que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne bénéficie de la sécurité sociale (art. 41, al. 1, let. a, Cst.), et ne respecterait pas le cadre fixé par l'art. 112, al. 2, Cst. en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, qui énonce le principe d'une assurance obligatoire pour tous, ce qui créerait une inégalité de traitement injustifiée.

Si une exclusion était néanmoins décidée, elle aurait pour conséquence de répercuter les coûts, notamment de santé, engendrés par les sans-papiers sur les cantons et les communes, responsables en matière d'aide d'urgence. Une exclusion de tous les sans-papiers de l'AVS, de l'AI, des APG et des allocations familiales serait également en contradiction avec le système de sécurité social actuel. Il serait alors financièrement plus intéressant pour un employeur d'embaucher des sans-papiers, car il serait dispensé de payer des cotisations sociales. Pour cette raison, le Conseil fédéral a toujours défendu le principe de la protection sociale de tous les travailleurs en Suisse. Une exclusion ne permettrait pas non plus de diminuer les raisons de la migration illégale.

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral rejette une exclusion générale de l'assujettissement aux assurances sociales des sans-papiers, qui, dans la pratique, se révèlent peu nombreux à être assurés. Dans le domaine de l'assurance-maladie, il confirme les conclusions qu'il a déjà rendues dans son rapport « assurance-maladie et accès aux soins des sans-papiers »², notamment le principe d'une assurance-maladie obligatoire pour toutes les personnes domiciliées en Suisse, ce qui inclut aussi les sans-papiers.

Deux autres possibilités théoriques ont encore été analysées : celle d'un accès des sans-papiers à un catalogue restreint de prestations de l'assurance-maladie et celle de renoncer à demander certains documents de manière à augmenter le nombre de sans-papiers assujettis à l'AVS/AI/APG et de ceux bénéficiant des allocations familiales. Le Conseil fédéral rejette également ces deux hypothèses. Les prestations du catalogue de la LAMal répondent à des critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité. Ces critères sont réexaminés régulièrement. Toutes les prestations LAMal répondent donc à un besoin. Si l'on prive les sans-papiers malades de certaines prestations, ils risquent de ne pas pouvoir guérir et représenteraient ainsi un danger pour la santé publique et, par voie de conséquence, pour l'économie. En outre, la deuxième hypothèse pourrait difficilement être mise en œuvre car pour juger du droit à l'assujettissement et aux prestations, il est important que les autorités soient en possession de tous les documents nécessaires.

B. Réglementation du séjour et sanctions

Sous réserve de certaines conditions, notamment un séjour de plusieurs années et une bonne intégration, la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et la loi sur l'asile (LAsi) permettent aux sans-papiers de déposer une demande auprès des autorités compétentes afin de régulariser leurs conditions de séjour (cas de rigueur). Les cantons décident de la délivrance d'une autorisation de séjour et, s'ils y sont favorables, transmettent la demande au SEM pour approbation. Le cadre légal et les directives du SEM laissent une certaine marge de manœuvre pour l'examen des cas de rigueur, ce qui peut entraîner des approches cantonales différentes. Pour les illustrer, le rapport se penche sur les pratiques des cantons de Vaud, Zurich, Bâle-Ville et Genève. Un chapitre spécifique est aussi consacré à l'opération Papyrus, menée de 2017 à 2018 par le canton de Genève (ch. 5). Ce projet visait notamment à normaliser le marché de l'emploi dans certains secteurs où un nombre particulièrement important de sans-papiers sont employés et à régulariser leurs conditions de séjour conformément aux dispositions légales en vigueur.

² Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484), disponible sous www.ofsp.admin.ch > Stratégie et politique > Stratégie nationales en matière de santé > Égalité des chances en matière de santé > Accès aux soins des sans-papiers.

La partie du rapport consacrée aux solutions à envisager analyse l'opportunité de modifier le cadre légal actuel, notamment l'ordonnance sur l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative (OASA) et les directives du SEM. Le Conseil fédéral est d'avis que l'ordonnance ne devrait pas être encore plus détaillée, sous peine de trop limiter la marge de manœuvre nécessaire des cantons et du SEM pour l'octroi des autorisations de séjour pour cas de rigueur. En revanche, il estime que le SEM doit analyser régulièrement si ses directives correspondent à la pratique actuelle et au cadre légal. Il estime aussi que l'actuelle réglementation des conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour en vue d'effectuer une formation professionnelle initiale sont adéquates et n'envisage pas non plus de modifications dans ce domaine.

Le Conseil fédéral rejette en outre la solution d'une régularisation collective ou partielle unique du séjour des sans-papiers, estimant que cela n'apporterait pas de solution à long terme à la problématique du séjour illégal. Il rejette aussi une nouvelle modification du système des sanctions découlant de la LTN et de la LEI. En effet, la révision partielle de la LTN, en 2018, a élargi le cercle des autorités pour l'échange d'informations, ce qui a permis d'optimiser l'exécution de la surveillance du marché du travail et d'autres domaines et d'améliorer les synergies. En outre, la procédure de décompte simplifiée auprès de la caisse de compensation AVS a été durcie afin d'empêcher les abus. Le Conseil fédéral juge par conséquent les dispositions de la LTN, révisée en 2018, et les sanctions pénales découlant de la LEI adéquates et proportionnées.

C. Échange de données

La LTN prévoit une communication de données de différentes autorités (organes compétents en matière d'assurances sociales, autorités migratoires, etc.) aux organes cantonaux de contrôle instaurés par la LTN aux fins de l'exécution des contrôles prescrits et sous réserve de conditions strictes. Certaines lois sur les assurances sociales (LAVS, LAI et LACI) prévoient aussi la communication des données nécessaires à la lutte contre le travail au noir par les organes chargés d'appliquer ces lois, dont font notamment partie les caisses de compensation AVS, les offices AI et les employeurs.

Les assureurs-maladie et les cantons ne sont autorisés à transmettre des données personnelles aux autorités migratoires que lorsque la personne concernée y a consenti par écrit ou, s'il n'est pas possible d'obtenir son consentement, lorsque les circonstances permettent de présumer qu'il en va de l'intérêt de l'assuré. Ces conditions ne sont pas réalisées dans la pratique pour les sans-papiers.

En dehors de cela, il n'existe pas de communication de données systématique entre les organes compétents en matière d'assurances sociales et les autorités migratoires. Il en découle que cela permet d'assurer la protection des données et d'éviter que les sans-papiers renoncent à s'affilier. La LEI, quant à elle, instaure des obligations de communication envers les autorités migratoires notamment aux tribunaux pénaux et civils et aux ministères publics.

Dans ce domaine, le Conseil fédéral arrive à la conclusion que malgré les conflits de buts et d'intérêts pouvant exister en matière d'échange de données entre les différentes autorités, le cadre légal actuel est adéquat.

D. Accès à la scolarité

L'accès à la scolarité obligatoire des enfants sans-papiers est garanti au niveau du droit constitutionnel. Il n'existe pas non plus d'obligation pour les établissements scolaires de communiquer aux autorités migratoires le nom des enfants de sans-papiers scolarisés. Le rapport se penche sur deux solutions possibles : l'introduction d'une obligation d'annonce générale par les établissements scolaires de tous les enfants de sans-papiers scolarisés aux autorités migratoires et l'introduction d'une obligation d'annonce limitée aux cas dans lesquels l'intérêt de l'enfant est en jeu.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il en va de l'intérêt de tous les enfants d'effectuer une scolarité obligatoire et que l'introduction d'une obligation de communication, même limitée, irait à l'encontre de cet intérêt car les enfants de sans-papiers renonceraient probablement à leur scolarisation. Des possibilités limitées de communication sont déjà prévues, notamment lorsque le bien de l'enfant est menacé. Il n'y a donc pas de nécessité d'élargir ces possibilités.

1 Contexte

Le postulat à l'origine du présent rapport fait suite à l'examen par la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) d'une motion déposée le 26 janvier 2018 par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) « *Pour une législation cohérente sur les sans-papiers* » (18.3005).

Le but de cette motion était l'élaboration d'une législation cohérente basée sur une vue d'ensemble de la situation des sans-papiers. Dans la motion, il était notamment proposé que les sans-papiers n'aient en principe pas droit à des prestations des assurances sociales, en particulier à celles de l'assurance-maladie ou de l'AVS ; que des peines plus sévères soient infligées aux personnes qui emploient des sans-papiers ou qui leur louent un appartement; et que l'échange de données entre les organes étatiques soit facilité afin que les écoles, notamment, puissent signaler les enfants concernés aux autorités.

Lors de son examen le 12 avril 2018, la CIP-N a rejeté la motion de la CSSS-N. Elle a estimé que la motion traitait de domaines trop différents, mêlant droit des assurances sociales, droit des étrangers ou encore des dispositions du droit cantonal concernant l'enseignement de base. Elle a en revanche décidé de déposer un postulat de commission « *Pour un examen global de la problématique des sans-papiers* » (18.3381) qui s'inspire très largement de la motion de la CSSS-N, et dont le texte est le suivant.

« Le Conseil fédéral est chargé d'examiner les points ci-dessous, en tenant compte des enseignements tirés de l'opération Papyrus, menée dans le canton de Genève, et de présenter les résultats de son examen dans un rapport :

droits de s'affilier aux assurances sociales et de bénéficier des prestations en découlant, qui sont aussi accordés à des personnes dénuées de statut de séjour régulier (sans-papiers) ;

conséquences d'un éventuel retrait de ces droits, aussi bien pour la Confédération, les cantons et les communes que pour les sans-papiers concernés ;

accès à l'école et à d'autres prestations publiques pour les sans-papiers ;

pratique actuelle en matière d'échange de données entre les différentes autorités qui sont en contact avec des sans-papiers ;

application des normes pénales pertinentes et pratique juridique lors d'infractions ayant un lien avec des sans-papiers (emploi, proposition d'emploi, location de logement) ;

nombre annuel de cas juridiques au cours des cinq dernières années, classés par type d'infraction ;

pratique usuelle en matière de régularisation du séjour des sans-papiers et d'autorisation d'exercer une activité lucrative en fonction des critères servant à définir les cas de rigueur (art. 31 OASA) ;

nombre annuel de régularisations au cours des cinq dernières années ;

solutions envisageables pour les personnes sans permis de séjour. »

Le 18 mai 2018, la CSSS-CN a soutenu le postulat de la CIP-N et retiré sa motion. Le postulat a été adopté le 12 avril 2018 par le Conseil national.

2 Méthodologie

Les thèmes abordés par le texte du postulat ne concernent pas uniquement le domaine de la migration au sens étroit, mais aussi celui des assurances sociales, de la scolarité, de l'échange de données ainsi que la pratique des cantons et des villes en matière de traitement des personnes séjournant illégalement en Suisse (sans-papiers). De nombreux thèmes relèvent exclusivement de la compétence cantonale et la thématique occupe également les syndicats et les œuvres d'entraide.

Dans ce contexte, un groupe d'accompagnement, formé de représentants des cantons, des villes, des communes, des conférences nationales et intercantionales ainsi que de plusieurs offices de

l'administration fédérale, a été créé par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) sur mandat du Département fédéral de justice et police (DFJP). Le mandat du groupe d'accompagnement était de discuter des questions posées par le texte du postulat et de se prononcer sur les solutions élaborées par le SEM. Les avis, résultant des deux séances organisées en 2018 et en 2019 ainsi que des prises de positions écrites envoyées par les membres en 2020, sont présentés au ch. 13. Le groupe d'accompagnement s'est aussi exprimé sur les différents projets cantonaux tels que l'opération Papyrus menée à Genève en 2017 et 2018 ou les discussions dans les villes de Zurich et de Berne au sujet de la création d'une carte d'identité municipale (*city card*) pour les personnes en séjour illégal en Suisse.

Dirigé par le SEM, le groupe d'accompagnement comptait, outre des représentants de cet office, des représentants des offices fédéraux concernés par les différents thèmes abordés par le postulat (Office fédéral des assurances sociales [OFAS], Office fédéral de la santé publique [OFSP], Secrétariat d'État à l'économie [SECO], Office fédéral de la justice [OFJ]). Il comptait également des représentants de l'Association des services cantonaux de la migration cantonaux (ASM), de l'Association des offices suisses du travail (AOST), des représentants de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), des représentants de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS), ainsi que des représentants de l'Association des communes suisses (ACS), de l'Union des villes suisses (UVS), de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), de la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) et de la Conférence des caisses cantonales de compensation. Il comptait également un représentant du canton de Genève à l'origine de l'opération Papyrus.

Une table ronde a aussi été organisée par le SEM, le 7 novembre 2019. Elle a permis d'élargir la discussion et de recueillir les positions des syndicats et des œuvres d'entraide sur des solutions possibles. En plus des membres du groupe d'accompagnement listés précédemment, qui étaient aussi conviés aux discussions menées lors de la table ronde, les participants étaient des représentants de la Plateforme nationale Sans-papiers, du Centre de contacts Suisses Immigrés (Genève), du Centre social protestant (GE et VD), de Solidarité Sans frontières, de l'Entraide protestante suisse (EPER de ZH et GE), de la Croix-Rouge suisse (BE), de Caritas (LU et GE), d'UNIA (BE et GE), du Syndicat interprofessionnel des travailleurs/travailleuses (GE), de l'Union syndicale suisse (USS), de l'Union suisse des arts et métiers (USAM), de l'Union patronale suisse (UPS) et de la Conférence des départements cantonaux de l'économie publique. Les résultats des discussions et des avis exprimés par les participants de la table ronde sont aussi présentés au ch. 13 et mis en regard des solutions proposées dans le présent rapport.

Afin de pouvoir répondre de manière précise aux points soulevés par le postulat et de connaître les différentes pratiques cantonales en matière d'échange de données, de traitement des demandes pour cas de rigueur, d'accès à la scolarité et aux prestations publiques ou d'établissement des statistiques, le SEM s'est adressé aux offices cantonaux de migration via l'Association des services cantonaux de migration (ASM) et leur a transmis un questionnaire (cf. annexe 1). Les réponses reçues ont fait l'objet d'une évaluation et sont présentées en regard des différents thèmes du rapport.

3 Les sans-papiers en Suisse

3.1 Définition

La notion de sans-papiers est apparue dans les années 1970 dans le cadre des premiers mouvements sociaux en France et s'est imposée aujourd'hui dans le champ scientifique et politique. Dans les pays anglophones, on utilise couramment les termes « undocumented migrants » et « irregular migrants ».

Le terme « sans-papiers » constitue une notion politique qui n'est pas définie précisément au niveau juridique national ou international et qui est utilisé dans un grand nombre de situations différentes.

Dans le cas des sans-papiers, il est plus précis de parler de « ressortissants étrangers en séjour illégal ». En effet, le terme de « sans-papiers » ne signifie pas que ces personnes ne possèdent pas de passeport ou de documents de voyage valides, mais seulement qu'elles ne bénéficient pas ou plus d'une autorisation de séjour ou d'un droit de présence valable en Suisse.

Par conséquent, il est généralement admis que les sans-papiers peuvent être définis de la manière suivante et répartis en deux groupes principaux :

Les ressortissants étrangers qui n'ont jamais disposé d'un titre de séjour ou d'un autre droit de présence en Suisse et qui exercent ou non une activité lucrative.

Les ressortissants étrangers qui ne sont plus en possession d'un titre de séjour ou ne bénéficient plus d'un droit de présence en Suisse et qui exercent ou non une activité lucrative.

Ces deux catégories comprennent notamment des ressortissants étrangers qui sont entrés illégalement en Suisse ou qui ne sont pas repartis de Suisse à l'échéance de la validité de leur visa ou, s'ils en sont libérés, à l'échéance du délai de séjour sans autorisation. Il peut aussi s'agir de ressortissants étrangers qui sont restés en Suisse à l'échéance de la validité de leur autorisation de séjour (permis B) ou après la révocation de leur autorisation d'établissement (permis C).

Les requérants d'asile dont la demande d'asile a été rejetée, qui ne remplissent pas les conditions d'une admission provisoire et qui ne sont pas rentrés volontairement dans leur pays d'origine ou de provenance, ou qui ne peuvent pas y être renvoyés à cause de leur comportement, sont aussi considérés comme des sans-papiers. Leur séjour est considéré comme illégal selon le droit en vigueur. Ils sont connus des autorités s'ils perçoivent l'aide d'urgence.

En pratique, c'est en général aux deux catégories précitées que l'on se réfère lorsque l'on parle de « sans-papiers » ou de « personnes en séjour illégal ».

En principe, les ressortissants de l'UE/AELE n'entrent pas dans le champ d'application de la notion de sans-papiers, bien que cette question soit controversée en pratique³. En effet, ils peuvent séjourner en Suisse, en vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes, s'ils disposent de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant leur séjour et d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques ou bien s'ils exercent une activité lucrative. En principe, leur séjour peut aussi être réglé a posteriori car le titre de séjour des ressortissants UE/AELE n'est que déclaratoire.

Dans le cadre de l'opération Papyrus, menée par le canton de Genève (ch. 5), qui visait notamment la régularisation de personnes sans-papiers selon des critères précis et l'assainissement du marché du travail en relation avec la problématique de l'emploi de sans-papiers, la définition des sans-papiers était plus étroite : les requérants d'asile déboutés restés en Suisse en dépit de l'entrée en force de leur décision d'asile négative ont été exclus. L'opération Papyrus visait uniquement les personnes entrées de manière illégale en Suisse ou qui y sont restées à l'échéance de leur visa, de la durée de séjour autorisée en cas d'exemption, ou de leur autorisation de séjour.

Le postulat ne définit pas ce qu'il faut entendre par le terme de « sans-papiers ». Toutefois au vu des discussions au Parlement lors de l'examen du postulat et de son titre qui demande « un examen global de la problématique des sans-papiers », il faut entendre par le terme de « sans-papiers » toutes les personnes ressortissantes d'États tiers en séjour illégal en Suisse, ce qui inclut également les requérants d'asile déboutés qui n'ont pas quitté volontairement la Suisse à l'issue de leur procédure d'asile et qui ne peuvent pas être renvoyés dans leur pays d'origine ou de provenance (cf. supra).

Cette définition rejoint aussi celle utilisée dans le dernier rapport du SEM sur la thématique des sans-papiers, qui englobe aussi les requérants d'asile déboutés⁴.

3.2 Profil

³ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., ch. 4.5, p. 3.

⁴ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 4.

En 2015, le SEM a publié un rapport sur la situation des sans-papiers en Suisse. Ce rapport s'appuie sur les résultats d'une étude menée par le bureau de conseil B,S,S dont le mandat était, d'une part, d'analyser leur situation en Suisse⁵ et, d'autre part, d'actualiser l'estimation du nombre de sans-papiers faite en 2005⁶. Les ch. 3.2 ss se réfèrent notamment à ce rapport. Il s'agit de l'étude la plus récente au niveau national qui recense le nombre de sans-papiers et fournit des indications sur leur mode de vie. Ce rapport a été rédigé sur la base d'entretiens menés dans différents cantons de Suisse⁷ et avec le SEM afin de connaître l'avis et les expériences des spécialistes du domaine de la migration sur la thématique des sans-papiers, domaine qui, par sa nature, échappe à toute donnée statistique.

Au niveau cantonal, deux rapports peuvent aussi être mentionnés : il s'agit du rapport du canton de Zurich, publié en mars 2020, sur les sans-papiers séjournant dans le canton (cf. ch. 4.4) et du rapport sur les résultats de l'opération Papyrus menée à Genève, qui évalue l'opération et dont un résumé est disponible au ch. 5.5.

3.2.1 Estimation du nombre

Suivant les méthodes d'estimation, le nombre de sans-papiers séjournant en Suisse varie entre 58 000 et 105 000. Selon l'étude menée en 2015⁸, la meilleure estimation est celle de 76 000 sans-papiers pour toute la Suisse. Les entretiens menés dans certains cantons⁹ ont montré que les cantons très peuplés accueillent davantage de sans-papiers. L'on trouve également un plus grand nombre de sans-papiers dans les centres urbains, car la structure du marché du travail y est plus favorable et les villes offrent l'assurance d'un certain anonymat.

Le nombre de sans-papiers pour mille habitants est un indicateur pertinent pour la répartition entre les cantons. Ainsi les cantons des Grisons (0,3 pour 1000) et de Saint-Gall (1,0 pour 1000) sont ceux qui affichent la plus faible proportion. On relève les proportions les plus élevées dans les cantons de Genève (27 pour 1000), Bâle-Ville (22 pour 1000), Zurich (20 pour 1000) et Vaud (16 pour 1000). Les estimations faites dans les cantons d'Argovie, de Berne et de Thurgovie sont identiques (3 pour 1000). Les cantons du Valais et du Tessin recensent quant à eux 2 sans-papiers pour 1000 habitants. La moyenne sur dix cantons (sans Fribourg) est de 10 sans-papiers pour 1000 habitants.

Le nombre total de sans-papiers pour les cantons analysés en 2015 (meilleure estimation) se présente comme suit : Grisons (60) ; Saint-Gall (500) ; Genève (13 000) ; Bâle-Ville (4000) ; Zurich (28 000) ; Vaud (12 000) ; Argovie (2000) ; Berne (3000), Thurgovie (800) ; Valais (600) ; Tessin (600). Dans le canton de Fribourg, le nombre total de sans-papiers a été estimé à 20 000 personnes ; toutefois, selon l'étude, ce chiffre est considéré comme surestimé.

Le nombre total de sans-papiers estimé en 2015 est inférieur à celui qui avait été établi lors de la précédente étude en 2005¹⁰ (90 000 sans-papiers). La différence entre ces valeurs pourrait s'expliquer par une différence de méthode. Ainsi, en 2005, l'étude s'était essentiellement concentrée sur des cantons présentant une forte proportion de sans-papiers par rapport à la population résidente. Dans certains cantons, les estimations ont par ailleurs été revues à la baisse dans le cadre de l'étude de 2015. Enfin, l'étude de 2015 a examiné à part le cas des ressortissants des pays de l'UE/AELE, alors qu'ils étaient comptabilisés avec ceux des pays tiers dans l'étude précédente.

3.2.2 Parcours de migration

⁵ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit.

⁶ Cf. Longchamp, « [Sans-papiers en Suisse: c'est le marché de l'emploi qui est déterminant, non pas la politique d'asile](#) », gfs.bern sur mandat de l'Office fédéral des migrations, avril 2005.

⁷ Argovie, de Bâle-Ville, de Berne, de Fribourg, de Genève, des Grisons, de Saint-Gall, du Tessin, de Thurgovie, du Valais, de Vaud et de Zurich, cf. rapport op. cit., p. 7.

⁸ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 1 et pour le tableau complet de la répartition cantonale, cf. tableau n° 4, p. 23.

⁹ Cantons étudiés : Argovie, Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Grisons, Saint-Gall, Tessin, Thurgovie, Valais, Vaud et Zurich.

¹⁰ Cf. Longchamp, op. cit. et le rapport « les sans-papiers en Suisse en 2015 », op.cit.

Les personnes entrées illégalement ou comme touristes représentent la plus grande part des sans-papiers (env. 63 %). Les deux autres groupes examinés, soit les personnes frappées d'une décision d'asile négative et celles dont l'autorisation de séjour (permis B) a expiré par exemple à la suite d'un divorce ou dont l'autorisation d'établissement (permis C) a été révoquée, représentent respectivement 18 % et 19 % des cas de sans-papiers. Il ne s'agit évidemment que d'estimations¹¹.

La Commission fédérale des migrations (CFM)¹² s'est récemment intéressée tout particulièrement aux personnes qui, à l'issue de la procédure d'asile, n'ont pas été autorisées à rester en Suisse ni comme réfugiés, ni comme personnes admises à titre provisoire et qui doivent par conséquent quitter le pays. Entre 10 % et un tiers des sans-papiers en Suisse seraient préalablement passés par une procédure d'asile. De plus, environ la moitié des 180 000 demandeurs d'asile qui devaient quitter la Suisse entre 2008 et 2017 l'ont fait de manière « non contrôlée » (88 000 personnes)¹³. Parmi eux, un nombre inconnu est passé à la clandestinité et séjourne de manière irrégulière en Suisse. L'étude de la CFM conclut que la migration de travail et la procédure d'asile sont doublement imbriquées : comme l'entrée légale en Suisse est pratiquement impossible pour les travailleurs migrants issus de pays soumis à l'obligation de visa, ces personnes déposent une demande d'asile pour entrer en Suisse et passent à la clandestinité. Inversement, une partie des personnes qui quittent le système de l'asile profitent des possibilités offertes par le marché du travail dans le secteur des bas salaires pour entrer dans la clandestinité, rester en Suisse et gagner leur vie en accomplissant du travail au noir. La CFM a aussi formulé sept recommandations destinées aux instances politiques et administratives¹⁴.

L'étude menée en 2015¹⁵ précise que les requérants d'asile déboutés, en partie connus des autorités, représentent au dire des spécialistes interrogés une part plus importante en Suisse alémanique qu'en Suisse romande et au Tessin.

3.2.3 Origine

Les ressortissants de pays d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud constituent le plus grand groupe de sans-papiers vivant en Suisse (42 %), suivis des ressortissants de pays d'Europe (États autres que l'UE / AELE, 24 %), d'Afrique (19 %) et d'Asie (11 %). Les chiffres diffèrent considérablement dans les cantons des Grisons et du Valais ; les spécialistes estiment que près de 70 % des sans-papiers viennent d'Europe (hors UE/AELE).

Dans les années 1990, les réfugiés sri-lankais ont massivement remplacé les saisonniers dans l'hôtellerie et la restauration. Plus récemment, la crise économique et financière sévissant en Amérique latine a poussé des Équatoriens, des Boliviens, des Péruviens d'Équateur à émigrer vers l'Europe et à chercher du travail dans l'économie privée ou dans le domaine des soins à la personne, secteur où la demande ne cesse de croître pour des raisons socio-économiques ou démographiques (cf. ch. 3.3). En Suisse romande, des migrants des Philippines ou d'autres pays asiatiques sont employés dans ces niches. On estime que la majorité des sans-papiers africains et asiatiques sont des requérants d'asile passés dans la clandestinité, pour la plupart des hommes, qui, d'expérience, trouvent plus difficilement un emploi. Les femmes originaires d'Amérique latine trouvent généralement un emploi via les réseaux existants. Les sans-papiers d'Europe (hors EU/AELE) sont également essentiellement des hommes. Issus du domaine des étrangers et du domaine de l'asile, ils travaillent le plus souvent dans le bâtiment, l'hôtellerie et la restauration ou l'agriculture, trois secteurs qui font appel à des emplois saisonniers. Les emplois saisonniers étant plus facilement

¹¹ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 36.

¹² Cf. rapport de la Commission fédérale des migrations, « Personnes sortant du système d'asile : profils, itinéraires (ou échappatoires), perspectives », disponible sous www.ekm.admin.ch > Publications > Personnes sortant du système d'asile.

¹³ Cf. statistiques sous www.sem.admin.ch > Publications & services > Statistiques > Statistiques en matière d'asile > Aperçu > Statistiques d'asile, aperçu par années.

¹⁴ Cf. les recommandations de la CFM faites en marge de son rapport, op. cit., disponibles sous www.ekm.admin.ch > Publications > Recommandations > Personnes sortant du système d'asile.

¹⁵ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 38.

occupés par des personnes à même de faire le déplacement entre leur pays d'origine et le pays de travail que par des personnes venues d'autres continents, cela expliquerait pourquoi plus des deux-tiers de sans-papiers présents dans les cantons touristiques, majoritairement des hommes, viennent d'Europe de l'Est et du Sud¹⁶.

3.2.4 Âge

En 2015, près des deux tiers des sans-papiers vivaient en Suisse sans enfants et sans conjoint. Dans les cantons touristiques et en Suisse alémanique, la proportion de personnes seules est légèrement plus élevée (84 % et 80 %), en Suisse latine un peu plus faible (51 %).

La part des sans-papiers mineurs est estimée à 12 %. Elle est de 60 % pour les 18 à 40 ans et de 28 % pour ceux qui ont plus de 40 ans. La proportion de sans-papiers âgés de 18 à 40 ans est nettement plus élevée (80 %) dans les cantons des Grisons et du Valais.

Les 18-40 ans sont plus nombreux chez les sans-papiers que dans la population résidente, tandis que les enfants et les personnes âgées sont sous-représentés. La grande majorité des personnes sans autorisation de séjour sont donc en âge de travailler. Cela peut s'expliquer, d'une part, par le fait qu'elles viennent ou restent en Suisse pour y trouver un travail et, d'autre part, parce qu'il n'est guère possible de séjourner en Suisse sans avoir une activité lucrative.

Diverses études ont par ailleurs montré que les populations issues de flux migratoires récents, qui ne sont pas certaines de pouvoir séjourner durablement dans le pays vers lequel elles émigrent, sont de façon générale plus jeunes que la population résidente ou les populations de migrants déjà établies. Toutefois, une tendance se dégage ces dernières années car de plus en plus de personnes plus âgées sans réelles perspectives de régularisation restent en Suisse. Cette tendance est plus marquée en Suisse romande qu'en Suisse alémanique, sans doute parce qu'elle a commencé plus tôt. De plus en plus de cas de migrants sans autorisation de séjour de la troisième génération y sont recensés¹⁷.

3.2.5 Formation

Les données concernant le niveau de formation des sans-papiers présentent un grand degré d'incertitude selon l'étude de 2015. Les avis divergent considérablement, même au sein d'un même canton. En moyenne, 22 % des sans-papiers sont titulaires d'un diplôme supérieur, tandis que 41 % ont terminé l'école obligatoire sans autre formation (personnes peu qualifiées). La part de personnes peu qualifiées est jugée plus élevée en Suisse alémanique qu'en Suisse romande. Il est difficile de savoir si cela est dû à des différences de profil chez les sans-papiers ou de perception par les personnes interrogées.

En Suisse romande, le fait que la majorité des sans-papiers escomptent trouver un travail, ce pourquoi une qualification est un atout, pourrait expliquer ces écarts. La part des sans-papiers titulaires d'un diplôme supérieur est en revanche quasi identique dans toutes les régions : au dire des spécialistes interrogés, 20 à 25 % des sans-papiers ont une formation tertiaire.

La grande imprécision quant au degré de formation des sans-papiers s'explique également par le fait que bon nombre d'entre eux exercent une activité pour laquelle ils sont, de l'avis général, surqualifiés, alors que leurs employeurs et les services d'encadrement ne savent rien ou presque de leur niveau de formation. Il arrive ainsi que des femmes ayant un diplôme supérieur travaillent dans des ménages. Soucieux de gagner de l'argent au plus tôt, la plupart des jeunes requérants d'asile et des travailleurs saisonniers ont uniquement achevé la scolarité obligatoire avant d'émigrer¹⁸.

3.3 Causes probables du travail au noir

¹⁶ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 40 et ss.

¹⁷ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 43.

¹⁸ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 44 et ss.

La lutte contre le travail au noir est à l'agenda politique depuis des décennies en Suisse. Toutefois, les analyses scientifiques sur la thématique de l'économie souterraine et du travail au noir en Suisse sont rares. Le travail au noir est, par essence, difficile à quantifier précisément, car il échappe aux statistiques officielles et il n'existe pas, à proprement parler, de définition commune. Il est donc difficile de se prononcer sur ses motifs, ses conséquences et son ampleur en Suisse.

En Suisse, on entend par travail au noir un travail exécuté à titre indépendant ou salarié, qui procure normalement un gain et qui constitue en soi une activité légale, mais dont l'exercice enfreint des dispositions légales. Il y a donc travail au noir au sens de la loi sur le travail au noir (LTN)¹⁹ lorsque les obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues par le droit des étrangers, des assurances sociales et de l'impôt à la source ne sont pas respectées²⁰.

Facteurs de l'émigration

Diverses études ont montré que la majorité des sans-papiers ne sont pas des personnes en quête de protection, mais qu'ils émigrent surtout pour des raisons économiques²¹. Les facteurs économiques propres au pays d'origine (facteurs d'incitation ou *push factors*), tels que l'absence de perspectives, le fort taux de chômage, la situation économique, la pauvreté, les fortes disparités et les mauvaises conditions de vie, sont souvent invoqués pour justifier l'émigration. D'autre part, il existe aussi des facteurs d'attraction (ou *pull factors*) liés au pays d'immigration, soit son niveau de consommation, la perspective d'un avenir meilleur ou le marché du travail en recherche de main-d'œuvre. Les motifs politiques (guerre, persécution, violence) ou personnels (violence de proximité, discrimination liée au sexe, à l'homosexualité, au mariage, regroupement familial, attractivité de notre système politique basé sur la liberté, émancipation et égalité des sexes) sembleraient ne jouer qu'un rôle accessoire dans la décision d'émigrer²².

Facteurs susceptibles d'inciter le recours au travail au noir

Certains auteurs estiment que l'immigration irrégulière est déterminée en premier lieu par la demande de main-d'œuvre bon marché et flexible et qu'il est admis que c'est surtout la demande générée dans le cadre de l'économie souterraine qui déclenche l'immigration illégale, et non l'immigration illégale qui crée le travail au noir²³.

Le besoin du marché du travail en main-d'œuvre peu qualifiée et flexible s'explique essentiellement par des besoins économiques comme l'exécution de travaux simples ou répétitifs. En outre, l'intérêt croissant des personnes résidentes en Suisse pour des postes de travail hautement qualifiés entraîne, dans un même temps, un certain déficit de l'offre de travail pour des emplois moins qualifiés²⁴. Ces postes de travail peu valorisés sont majoritairement occupés par des ressortissants étrangers peu qualifiés résidant légalement en Suisse. Les sans-papiers se retrouvent généralement dans cette catégorie.

¹⁹ RS 822.41.

²⁰ Cf. rapport 2019 du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), « Exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir », p. 10, disponible sous www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Travail Libre circulation des personnes et Relations du travail > Rapports du SECO sur l'exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN).

²¹ Cf. Claude Longchamp, Abersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia, « Sans-papiers en Suisse: c'est le marché de l'emploi qui est déterminant, non pas la politique d'asile ». Rapport final sur mandat de l'Office fédéral des migrations, Gfs, Berne, p. 38 et le rapport « les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., ch. 5.1, p. 38, qui se réfère aussi à d'autres ouvrages dont les conclusions sont similaires.

²² Cf. Claude Longchamp, Abersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia, op. cit., p. 41 et dans le même sens, Roswitha Petry, « La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'homme et droits suisse des migrations », Schulthess, 2013, p. 5.

²³ Cf. Efonayi-Mäder, Denise, Silvia Schönenberger et Ilka Steiner (2010). « Visage des sans-papiers en Suisse ». Evolution 2000-2010, Commission fédérale pour les questions de migration, ch. 7.1.4, p. 58.

²⁴ Cet effet de déplacement est décrit dans le « 16^e rapport de l'Observatoire de la libre-circulation des personnes » du 29 juin 2020, p.71, disponible sur www.seco.admin.ch.

Des spécialistes de la migration interrogés pour les besoins du rapport de 2015 sur les sans-papiers ont indiqué que l'emploi de sans-papiers dans les ménages privés semble être influencé par le manque d'écoles à horaire continu et de places de crèche – notamment pour les familles monoparentales ou les parents ayant des horaires de travail irréguliers –, ainsi que par l'externalisation croissante des prestations de soins pour les personnes malades. De l'avis des spécialistes, les ménages privés jouent un rôle décisif dans la répartition sectorielle des sans-papiers, car un sans-papiers sur deux travaillerait chez un particulier²⁵.

Les prélèvements fiscaux et les assurances sociales ainsi que l'ampleur des règlements et des directives (densité régulatrice) comptent aussi parmi les principaux facteurs susceptibles d'encourager le travail au noir. Des études ont également montré que la qualité des institutions de l'État pouvait avoir un impact déterminant sur le travail au noir. En effet, les contribuables sont plutôt prêts à payer des impôts s'ils reçoivent une contrepartie de qualité et bénéficient d'une grande sécurité juridique. Sur un plan théorique, la sévérité des sanctions et la probabilité d'être contrôlé voire sanctionné influent sur l'ampleur du travail au noir. Ainsi, afin de lutter contre celui-ci, la loi fédérale sur le travail au noir (LTN), a mis en place une procédure simplifiée de prélèvement des cotisations aux assurances sociales et des impôts et a institué des mécanismes de contrôle et de répression²⁶.

Causes probables de l'emploi de sans-papiers

En Suisse, les sans-papiers occupent surtout des emplois dans les branches de l'hôtellerie, de la restauration, du bâtiment, de l'agriculture, des soins de santé et à la personne et de l'économie domestique²⁷. Ils travaillent majoritairement « au noir », soit sans autorisation de séjour et sans cotiser aux assurances sociales ou prélèvement de l'impôt à la source. Certains, dont la part ne peut pas véritablement être quantifiée, travaillent « au gris », ce qui signifie qu'ils n'ont pas d'autorisation de séjour, mais paient des cotisations aux assurances sociales et/ou des impôts à la source.

La décision concernant le statut de travail (noir ou gris) appartient aux employeurs, car c'est à eux qu'incombe l'obligation d'opérer les déductions de charges sociales et d'impôts. Par conséquent, du point de vue des employeurs, le coût de la main-d'œuvre joue un rôle dans l'engagement de sans-papiers, car ils réalisent des économies substantielles au niveau des charges sociales et du salaire horaire. Il sera sans doute plus facile de proposer un salaire inférieur au prix du marché à un sans-papiers que de l'imposer à une personne qui séjourne légalement en Suisse²⁸. Néanmoins, on peut également supposer qu'une partie des employeurs, notamment ceux de l'économie domestique, ne déclarent pas leurs employés aussi en raison du fait qu'ils ignorent comment procéder, même si depuis l'entrée en vigueur de la procédure de décompte simplifiée, celle-ci a rencontré un grand succès et a sensiblement augmenté depuis son introduction.

Du point de vue des sans-papiers, la décision d'émigrer est souvent liée à des motifs économiques ayant trait tant au pays d'origine (manque de perspectives économiques, fort taux de chômage, etc.) qu'au pays de séjour (haut niveau de consommation, perspectives d'un avenir économique meilleures, etc.). Le système d'admission binaire que connaît la Suisse prévoit seulement l'admission de travailleurs qualifiés ressortissants d'État tiers dans le cadre de contingents. La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)²⁹ conditionne l'obtention d'une autorisation de séjour pour l'exercice d'une activité lucrative en Suisse notamment à l'obligation de disposer d'un logement et au respect des conditions de rémunération et de travail, ce qui présuppose la conclusion d'un contrat de travail

²⁵ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », ch. 6.1, p.46.

²⁶ Cf. rapport 2017 du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), « Exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir », p. 13, disponible sous www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Travail Libre circulation des personnes et Relations du travail > Rapports du SECO sur l'exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN).

²⁷ Cf. rapport « les sans-papiers en Suisse en 2015 », ch. 6.1, p.49.

²⁸ Cf. dans ce sens Efonayi-Mäder, Denise, Silvia Schönenberger et Ilka Steiner (2010). « Visage des sans-papiers en Suisse », op. cit., p. 59.

²⁹ RS 142.1.

avant l'entrée en Suisse. Les travailleurs sans-papiers issus d'État tiers ne remplissent généralement pas ces critères d'admission. Par conséquent, dès leur arrivée en Suisse, on peut supposer que ces personnes se mettent en quête d'un emploi permettant de subvenir à leurs besoins vitaux, car tout séjour (plus ou moins long) dans un pays a un coût et nécessite d'avoir des moyens financiers à disposition. Il est généralement admis qu'en raison de l'illégalité de leur séjour, les sans-papiers et leurs employeurs ne souhaitent pas avoir de contact avec les autorités. De ce fait, ils ne s'annoncent généralement pas auprès des assurances sociales ou des caisses de compensation lorsqu'ils trouvent un emploi. C'est aussi vrai en ce qui concerne le contact avec les autorités migratoires, car ils craignent la découverte de l'illégalité de leur séjour et les conséquences d'un renvoi de Suisse.

3.4 Garantie de l'exécution du renvoi

Les requérants d'asile déboutés et les personnes séjournant illégalement en Suisse ont l'obligation de quitter le territoire suisse. La décision de renvoi est assortie en principe d'un délai de départ raisonnable (art. 64d LEI). Les cantons sont responsables de l'exécution des décisions de renvoi de Suisse. Après la notification d'une décision de renvoi, l'autorité cantonale compétente peut obliger l'étranger concerné à se présenter régulièrement à une autorité, à fournir des sûretés financières appropriées ou à déposer des documents de voyage (art. 64e LEI). Suivant le stade de la procédure, elle dispose de différentes mesures de contrainte pour exécuter sa décision (assignation d'un lieu de résidence ou détention en vue du renvoi, cf. art. 73 ss LEI). Si la personne concernée par une décision de renvoi ne quitte pas la Suisse de manière volontaire, un renvoi forcé peut intervenir. Le SEM soutient l'autorité cantonale dans les démarches administratives liées à l'exécution des renvois, notamment par la collaboration à l'obtention de documents de voyage ou l'organisation du voyage de retour et la coordination entre les cantons concernés et avec le Département fédéral des affaires étrangères (art. 71 LEI).

L'exécution des décisions de renvoi des étrangers en séjour illégal représente aussi un élément important de la politique du Conseil fédéral en matière de droit des étrangers et de l'asile. Il met en œuvre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ces décisions. La Suisse a conclu avec de nombreux pays des accords de réadmission et des partenariats migratoires. Comme le Conseil fédéral a eu l'occasion de le souligner dans sa réponse à l'interpellation Müller (18.3809) « Renvois compliqués, que fait le Conseil fédéral ? », la coopération internationale en matière de renvois fonctionne bien de manière générale. Cela est aussi le cas avec de nombreux États avec lesquels il n'existe pas d'accord de réadmission. Certains pays posent toutefois des difficultés et le Conseil fédéral entreprend par conséquent toutes les démarches nécessaires à cet effet.

Comme indiqué au ch. 3.2.2, la majorité des sans-papiers proviennent d'Amérique du Sud ou d'Amérique centrale (42 %) ou de pays européens qui ne sont pas membres de l'UE/AELE (24 %). Bien que la Suisse n'ait pas conclu d'accord de réadmission avec le Brésil ou la Colombie notamment, il n'existe, à ce jour, pas de difficultés particulières pour le renvoi forcé des personnes en séjour illégal originaires de ces pays. Cela est aussi vrai avec les autres États européens avec lesquels la coopération dans le domaine du retour fonctionne très bien, de sorte qu'il n'existe pas non plus de difficultés particulières liées à l'exécution des renvois. Dans tous les cas, un retour volontaire est toujours possible.

La majeure partie des sans-papiers provenant d'Afrique et d'Asie sont des requérants d'asile déboutés passés dans la clandestinité³⁰. De manière générale, la collaboration en matière de retours fonctionne bien également avec les États de provenance de ces deux régions, même si des difficultés subsistent avec certains pays. La Suisse mène avec eux un dialogue régulier en matière de migrations afin d'améliorer la situation concernant l'exécution des retours. Ces échanges ont par exemple permis en janvier 2019 d'entériner un cadre légal pour la coopération avec l'Éthiopie, alors que la situation était totalement bloquée depuis des années.

3.5 Interventions parlementaires au niveau fédéral

³⁰ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., p. 41.

La question du séjour illégal ne s'est accentuée que lorsque les conséquences à long terme de la politique des saisonniers pratiquée durant les années 1980 et 1990 se sont fait ressentir (par ex. problématique des enfants cachés des saisonniers). Cela a suscité dans les années 1990 un certain nombre d'interventions politiques. Mais c'est seulement en raison de la mobilisation des sans-papiers en 2001 (occupation d'églises dans diverses villes et cantons de Suisse, entre autres par des requérants d'asile déboutés³¹), que le séjour illégal et l'activité lucrative illégale sont réellement devenus des thèmes récurrents de la politique suisse. Plus récemment, les sujets tels que l'accès à l'apprentissage des sans-papiers (dès 2008) et leur affiliation aux assurances sociales (dès 2009) ou encore l'opération Papyrus, menée par le canton de Genève, sont venus compléter la liste des sujets traités au Parlement.

3.5.1 Réglementation du séjour et opération Papyrus

Entre 1997 et 2001, les interventions parlementaires portaient principalement sur une régularisation collective des sans-papiers. Il y a lieu de relever la motion Fankhauser (97.3577) « Amnistie pour les sans-papiers », déposée en 1999 et signée par 111 parlementaires, qui a été traitée en tant que postulat afin d'examiner les différentes pratiques cantonales en matière de réglementation des cas de rigueur. S'en sont suivies de nombreuses interventions parlementaires portant sur la régularisation collective des cas de sans-papiers, comme l'interpellation Hubmann (00.3370) « Régularisation des sans-papiers », ou la motion Zisyadis (01.3149) « Régularisation de tous les travailleurs clandestins de Suisse ». En 2001 et 2004, le Parlement a également pris acte, sans y donner suite, de la pétition (01.2011) sur la régularisation des sans-papiers du Zürcher Regionalkomitee, qui demandait un cadre légal pour la régularisation des clandestins. La motion Barthassat (10.3762) « Régularisation des sans-papiers. Introduire la notion de prescription dans la loi », qui visait à introduire dans la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) une durée de séjour après laquelle l'étranger pourrait prétendre à une autorisation, a été rejetée. La motion Romano (12.3212) qui demandait une formulation plus précise de l'art. 30 LEtr a elle aussi été rejetée. En raison de la crise sanitaire liée au coronavirus, une motion a aussi été déposée demandant une régularisation collective des sans-papiers (motion Prezioso Batou 20.3339 « Régularisation collective des sans-papiers et garantie d'accès aux aides sociales à toute la population », cf. infra).

L'opération « Papyrus » du canton de Genève a suscité plusieurs interventions. On peut citer la motion de l'UDC (17.3099) « Autorisations de séjour accordées aux clandestins. La pratique genevoise doit être suspendue », (rejetée). Les questions de Madame la conseillère nationale Amaudruz sur l'opération Papyrus (17.5000, 17.5009, 17.5010) qui portaient principalement sur les conditions du projet, et l'initiative parlementaire de l'UDC (17.414) « La clandestinité n'est pas un cas de rigueur », à laquelle la CIP-N a décidé de ne pas donner suite le 13 avril 2018 et qui demandait de fixer dans la loi les critères du cas de rigueur et de soumettre à des contingents les autorisations de séjour pour ce type de cas. Deux autres questions sur les résultats de l'opération Papyrus (20.5072 et 20.5073 « Sans-papiers. Opération Papyrus (1 et 2) ») ont été déposées. Elles portent sur la position du SEM en ce qui concerne les dossiers de sans-papiers qui n'ont pas déposé de demande dans le cadre de l'opération Papyrus et sur ceux qui n'ont pas été régularisés. L'interpellation Amaudruz (20.3775) « Papyrus. Confiance ou défaillance ? » demande au Conseil fédéral d'exposer la manière dont ont été traitées les demandes d'autorisations de séjour par les autorités du canton de Genève et les autorités fédérales au vu des fraudes dénoncées.

La motion CSSS-N (18.3005) « Pour une législation cohérente sur les sans-papiers », retirée le 17 mai 2018 après le dépôt par la CIP-N du postulat (postulat CIP-N 18.3381 « Pour un examen global de la situation des sans-papiers ») demandait au Conseil fédéral de limiter l'accès aux assurances sociales des sans-papiers, de durcir les normes pénales et d'étendre l'échange d'informations entre les différentes autorités. L'UDC a déposé la motion 18.3421 « Pour une pratique cohérente vis-à-vis des immigrants illégaux (sans-papiers) » demandant au Conseil fédéral de

³¹ D'abord dans les cantons francophones de FR, VD, NE puis au cours de la même année dans les villes de Bâle, Berne et Zurich.

proposer des modifications législatives allant dans le sens de la motion CSSS-N (18.3005) précitée. La motion de l'UDC a été classée le 19 juin 2020.

Le Conseil fédéral s'est toujours exprimé contre une régularisation collective, préférant une réglementation au cas par cas. De même, il a toujours considéré que les critères énumérés dans la LEI et l'OASA étaient suffisants pour réglementer les cas de rigueur. Ces constats ressortent aussi des débats parlementaires sur la LEtr, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

Le sujet des *city cards* pour les sans-papiers (ch. 6.3) a été traité dans le cadre d'une interpellation déposée par le conseiller national Hess (19.3933) « Les city cards sont-elles illégales ? » (non encore traitée). Dans sa réponse à la question déposée par le conseiller national Rutz (18.5587) « Régularisation par les communes des étrangers séjournant clandestinement sur leur territoire » et à l'interpellation Quadri (19.4545) « La Commission fédérale des migrations veut légaliser le séjour des requérants d'asile déboutés, au mépris de la loi et de la volonté du peuple », le Conseil fédéral a précisé que les communes et les cantons n'avaient pas la compétence d'adopter des règles concernant la régularisation du séjour des sans-papiers au moyen de documents d'identité, comme une *city card*, qui auraient une valeur contraignante.

La situation des sans-papiers en raison de la crise sanitaire liée au coronavirus a aussi fait l'objet de nombreuses interventions parlementaires déposées durant la session extraordinaire qui s'est déroulée du 4 au 8 mai 2020. La motion Roduit (20.3446) « Prendre en considération la situation des personnes sans statut légal », la motion Baume-Schneider (20.3420) « Prendre en considération la situation des personnes sans statut légal » et l'interpellation Marra (20.3298) « Quelle aide pour les sans-papiers durant la crise du COVID-19 ? » proposent que le Conseil fédéral crée un fond en faveur des sans-papiers afin d'atténuer les conséquences financières de la crise. La motion Prezioso Batou (20.3339) « Régularisation collective des sans-papiers et garantie d'accès aux aides sociales à toute la population » demande, quant à elle, une régularisation collective des sans-papiers afin qu'ils bénéficient d'un meilleur accès aux prestations des assurances sociales et d'un accès à l'aide sociale. Enfin, les interpellations Prezioso Batou (20.3338) « Dans l'intérêt de l'ensemble de la population, garantir l'accès aux soins et aux prestations sociales à toute la population » et Arslan (20.3390) « Éviter une vague de pauvreté en Suisse » questionnent sur l'accès des sans-papiers aux soins et aux différentes aides octroyées en raison de la crise sanitaire. L'interpellation Geissbühler (20.3472) « Punir les personnes qui emploient des sans-papiers », non encore traitée, interpelle le Conseil fédéral sur le travail illégal et ses conséquences. Le Groupe socialiste a déposé une interpellation urgente (20.3474) « Des conditions de travail dignes pour le personnel de maison » qui interroge sur les conditions du personnel de maison pendant de la crise sanitaire (liquidée).

Enfin, il faut aussi mentionner que le Conseil national a adopté le postulat Nantermod (19.3651) « Pour une gestion migratoire répondant aux besoins de la Suisse ». Il charge le Conseil fédéral d'analyser, dans un rapport, les différentes options possibles pour un meilleur régime de gestion de l'immigration des Etats tiers. Selon le texte du postulat, les options consistent en l'amélioration ou le remplacement du système actuel par un système plus adapté aux besoins de l'économie, en particulier dans les secteurs de pointe où la main-d'œuvre indigène fait défaut. Le Conseil fédéral a jusqu'au 3 mars 2022 pour adopter le rapport (art. 124 LParl).

3.5.2 Accès à la scolarité et à une formation professionnelle initiale

Avant 2008, la politique et le public ne se sont occupés de ce thème que de manière sporadique. On peut mentionner notamment l'interpellation Glasson (01.3497) « Avenir des enfants de clandestins », la question Bühlmann (01.5157) « Absence de perspectives professionnelles pour les enfants de sans-papiers ».

L'acceptation par le Parlement de la motion Barthassat (08.3616) « Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal » a marqué un tournant dans ce domaine, avec l'ajout dans l'OASA de l'art. 30a, entré en vigueur le 1^{er} février 2013, qui précise les critères spécifiques applicables aux sans-papiers désirant effectuer un apprentissage. Dans ce contexte, les initiatives parlementaires du canton de Neuchâtel (10.318) « Pour que les sans-papiers aient accès à l'apprentissage », du

Jura (10.330) « Accès à l'apprentissage des jeunes sans statut légal » et de Bâle-Ville (10.325) « Accès à l'apprentissage pour les jeunes en situation irrégulière » et Perrinjaquet (10.3375) « Jeunes sans-papiers. Une formation professionnelle mais pas de passe-droit » visaient elles aussi à créer des bases légales pour permettre un accès à l'apprentissage. Elles ont été rejetées vu la suite donnée à la motion Barthassat. Dans sa réponse à la question Bea Heim (14.5221), le Conseil fédéral a pris position sur le nombre de demandes déposées à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 30a OASA.

3.5.3 Accès aux assurances sociales

Le postulat Heim (09.3484) « Sans-papiers. Assurance maladie et accès aux soins », déposé en 2009, chargeait le Conseil fédéral d'élaborer un rapport sur la problématique de l'assurance-maladie et de l'accès aux soins des sans-papiers. Dans son rapport, le Conseil fédéral a estimé approprié que tous les sans-papiers soient assurés. Outre le postulat Heim, d'autres interventions ont été déposées au Parlement, à savoir l'interpellation Heim (09.4122) « Dignité des sans-papiers », la question urgente Goll (10.1053) « Assurance-maladie. Contourne-t-on l'obligation de contracter ? ». Elles chargent le Conseil fédéral d'examiner la situation et de garantir la couverture d'assurance-maladie et l'accès aux soins pour les sans-papiers. Dans sa réponse à la motion Kuprecht (10.3203) « Exonérer les sans-papiers de l'obligation de s'assurer », rejetée par le Parlement, le Conseil fédéral mentionne qu'il n'y a pas lieu d'exclure les sans-papiers de l'assurance-maladie. Le principe de leur affiliation à l'assurance-maladie a aussi été soutenu dans différentes réponses: on peut mentionner la motion Stahl (13.4093), la question Geissbühler (12.5238) et la question Carobbio (14.1104). L'initiative parlementaire Reinmann (12.484), qui demandait à ce que certaines catégories de personnes ne soient plus obligatoirement affiliées, elle a aussi été rejetée. La motion du même auteur demandant qu'il n'y ait pas de réduction de primes de la LAMal pour les sans-papiers (12.3942) a connu le même sort.

Il faut encore mentionner des interventions visant l'affiliation des sans-papiers ou d'autres groupes d'étrangers aux assurances sociales telles que la motion UDC (12.3819) « Domaine de l'asile. L'accès aux soins doit être garanti hors du cadre de la LAMal » et la motion Brand (12.3820) « Les bénéficiaires de l'aide d'urgence ne doivent plus être affiliés à l'assurance-maladie », qui demandait qu'en cas de maladie, les autorités cantonales compétentes envoient les bénéficiaires de l'aide d'urgence chez un médecin qui ne fournirait que les soins minimaux. Toutes deux ont été rejetées. L'initiative parlementaire Giezendanner (16.467) « Supprimer l'obligation de s'assurer pour les personnes en séjour illégal » (retirée); la motion Flückiger (17.3535) « Assurance maladie "light" pour les personnes dont le séjour est précaire » (classée) ou le postulat de Courten (17.3483) « Mesures visant à faire baisser les primes de la LAMal. Mettre à la charge de la Confédération les coûts de la santé dans le domaine de l'asile et des réfugiés » (classé). Il faut encore citer l'interpellation Steinmann (18.3125) « Aperçu des prestations que les clandestins peuvent toucher aux frais de la collectivité » et la motion de la CSSS-N (18.3005) « Pour une législation cohérente sur les sans-papiers », qui a été retirée le 18 mai 2018 au profit du postulat de la CIP-N (18.3381), en exécution duquel est rédigé le présent rapport.

Comme indiqué précédemment dans le chapitre consacré à la réglementation du séjour et à l'opération Papyrus, la crise sanitaire liée au coronavirus a eu pour conséquence le dépôt de nombreuses interventions parlementaires portant notamment sur l'accès aux soins des sans-papiers et leur situation dans le contexte de la pandémie.

3.5.4 Échange de données entre autorités

Dans son rapport du 22 octobre 2010 en réponse au postulat Lustenberger (07.3682) « Faciliter l'échange de données entre autorités fédérales et cantonales », le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner avec le DFI et le DFE si les autorités compétentes en matière d'asile et d'étrangers devaient être informées lorsque certaines personnes versent des cotisations d'assurances sociales ou perçoivent des prestations des assurances sociales sans disposer d'un permis de séjour valable. La motion Wehrli (10.3206) « Contrôle des données. Accès des assurances sociales aux registres pertinents », déposée en 2010 (liquidée), allait aussi dans ce sens. Les motions Hess (18.4209) « Domicile, primes d'assurance-maladie et parts cantonales des prestations hospitalières. Moins de bureaucratie, moins d'erreurs » et Brand (18.3765) « Échange moderne de données par voie électronique entre les communes et les assureurs-maladie » ont été adoptées par le Parlement. Elles visent à simplifier l'échange de données entre les assureurs-maladie et les cantons.

3.5.5 Mariages fictifs

L'initiative parlementaire Brunner (05.463) « Empêcher les mariages fictifs » a joué un rôle important. Cette initiative avait pour but d'empêcher le mariage de personnes sans autorisation de séjour. Les modifications législatives s'y rapportant (notamment l'art. 98, al. 4 du code civil, CC) sont entrées en vigueur en 2011.

3.6 Situation durant la pandémie (coronavirus)

La majorité des sans-papiers séjournant en Suisse ne sont pas des personnes en quête de protection, mais des migrants économiques. Ils travaillent principalement dans les secteurs de l'économie domestique, de la restauration, de l'hôtellerie ou du bâtiment (cf. ch. 3.2 et ch. 3.3). La crise sanitaire provoquée par le coronavirus et le confinement qui en a découlé a privé bon nombre de citoyens suisses et de ressortissants étrangers résidant légalement en Suisse, mais aussi des sans-papiers, de leurs emplois, entraînant une précarisation et une paupérisation de ces personnes, plus particulièrement de celles qui avaient déjà du mal à subvenir à leurs besoins avant la crise.

La situation des sans-papiers a donné lieu à des interventions politiques au niveau fédéral en vue de leur octroyer notamment des aides financières ou un accès plus étendu, voire gratuit, aux soins (cf. ch. 3.5), en plus des prestations de l'aide d'urgence à laquelle ils ont déjà droit. De nombreuses organisations de défense des migrants ont également soutenu des mesures allant dans ce sens et mis en place une distribution de denrées alimentaires de base ou débloqué des fonds pour prévenir les effets négatifs de la crise.

Dans le canton de Vaud, une trentaine d'organisations ont lancé un appel à l'aide en adressant une lettre ouverte en avril 2020 aux autorités communales, cantonales et fédérales afin d'étendre aux sans-papiers l'aide apportée aux Suisses et aux étrangers en séjour légal en Suisse. La ville de Berne a notamment participé au financement d'un fonds créé par une association de défense des sans-papiers destiné à aider financièrement les sans-papiers durant la crise.

Depuis le début de la pandémie, la ville de Zurich a été en contact avec de nombreux acteurs de la société civile afin de combler les lacunes dans la prise en charge sociale de la population, soit par des offres propres à la ville, soit en apportant un soutien financier aux organisations concernées. Dans ce contexte, des fonds municipaux ont été mis à disposition. Ces fonds, financés par des legs et affectés à des objectifs spécifiques, sont gérés par le Département des affaires sociales.

Le Conseil d'État genevois a adopté, le 25 mai 2020, un projet de loi urgente et de durée limitée à deux mois destiné à indemniser les personnes ayant subi une perte de revenus en raison des mesures de lutte contre le coronavirus. Cette aide, octroyée sous forme d'une indemnité unique et pour une période déterminée, vise à compenser à hauteur de 80% la perte de revenu liée aux mesures prises pour endiguer la pandémie. Elle s'adresse à toute personne résidant à Genève depuis une année et ayant exercé une activité lucrative au moins au cours des trois mois précédant l'entrée en vigueur des mesures cantonales de lutte contre le coronavirus, quels que soient l'activité

lucrative, le statut professionnel ou le statut légal. Le référendum contre cette loi a expiré le 14 septembre 2020.

Du 2 mai au 6 juin 2020, une distribution alimentaire organisée par la Caravane de la Solidarité et ses partenaires publics et associatifs s'est tenue chaque semaine à Genève. Médecins sans frontières (MSF) et les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) ont assuré diverses interventions médicales pour les bénéficiaires de ces distributions. Une première enquête, réalisée le 2 mai 2020³² et portant sur 532 personnes, a mis en lumière que les sans-papiers représentaient 52 % des bénéficiaires de la distribution alimentaire ayant répondu au questionnaire (contre 3,4 % de citoyens suisses, 28,3 % de ressortissants étrangers titulaires d'un titre de séjour, 4,3 % de requérants d'asile et 12 % dont le statut était inconnu). Concernant l'accès aux soins, 40 % des personnes interrogées avaient une assurance-maladie. Parmi les sans-papiers, seuls 10 % étaient assurés. Lors de la distribution du 6 juin 2020, la proportion de sans-papiers a été évaluée à 21,8 % des participants. L'étude portait sur les données de 310 adultes et 542 enfants³³. Contrairement à la première étude, qui comprenait aussi les sans-papiers célibataires, cette dernière ne prenait en compte que les familles avec enfants de moins de 13 ans. Le rapport conclut à la présence de 10,1% de citoyens suisses et de 13% de personnes avec une autorisation d'établissement (permis C). Au total, 53,5 % des participants possédaient une autorisation de séjour ou une autorisation de séjour temporaire (permis B : 38,8 % ; permis F : 12,4 %, permis N [requérants d'asile] : 1,3 %, autres permis : 1%) ; enfin, 2 % avaient un statut de touriste ou leur statut était inconnu.

En parallèle à ces initiatives des cantons, des villes et des organisations d'entraide, il y a lieu de rappeler que les sans-papiers, qui sont tenus de quitter la Suisse et dont l'exécution du renvoi est du ressort des cantons, ne sont pas dépourvus de tout droit à des prestations sociales. Ils sont en effet soumis à l'assurance-maladie obligatoire aussi longtemps qu'ils séjournent en Suisse et peuvent bénéficier des prestations médicales qui en découlent (art. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, LAMal ; RS 832.10). S'ils ne possèdent pas d'assurance-maladie, ils ont accès, selon les cantons, à des structures de soins spécifiques. Ils bénéficient également dans certains cantons de la réduction des primes d'assurance-maladie (ch. 7.1, 7.2, 7.3 et 9.2).

La Constitution fédérale (art. 12 Cst.) garantit dans tous les cas une aide d'urgence à toute personne se trouvant en Suisse en situation de détresse et qui ne peut pas subvenir à son entretien, indépendamment de son statut de séjour. Cela inclut le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. L'aide d'urgence, qui est de la compétence des cantons, consiste à fournir un abri, de la nourriture, des vêtements et des soins médicaux de base (ch. 9.2).

Enfin, il faut mentionner la possibilité pour les personnes physiques affiliées à l'assurance-vieillesse et survivants (loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS ; RS 831.10) et les indépendants reconnus comme tels par cette loi de faire valoir leur droit à l'allocation perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus s'ils subissent une perte de revenu liée à la situation sanitaire actuelle, aux conditions prévues dans l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (RS 830.31). Si des personnes en séjour illégal sont affiliées à l'AVS, elles peuvent aussi y prétendre. Dans la pratique, elles évitent toutefois le contact avec les autorités et demandent rarement une prestation.

Pour le surplus, les ch. 7 et 9 énumèrent de manière détaillée les prestations de différentes assurances sociales auxquelles les sans-papiers ont droit.

³² Cf. rapport Médecins sans frontière et Hôpitaux universitaires Genève, « Connaissance, attitude et pratiques en lien avec le COVID-19 parmi les personnes en insécurité alimentaire à Genève », disponible sur www.hu-ge.ch.

³³ Cf. rapport Médecins sans frontière et Hôpitaux universitaires Genève Conditions de vie, « santé et sécurité alimentaire des familles avec enfants participant aux distributions alimentaires durant la crise du COVID-19 à Genève », disponible sur www.hu-ge.ch.

Au niveau européen, l'Italie et le Portugal se sont montrés favorables à certaines formes de régularisation collective, notamment des travailleurs sans-papiers, en raison de la crise sanitaire liée au coronavirus.

L'Italie a adopté un décret qui permet d'obtenir, sous conditions, la régularisation temporaire d'un travailleur non déclaré ou un droit de séjour temporaire en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants en séjour irrégulier. Les secteurs concernés étaient toutefois limités à l'agriculture, à l'élevage, à la pêche, à l'aide à la personne et au travail domestique. Il s'agissait de protéger ces travailleurs face au risque d'exploitation et aussi de pallier le grave manque de travailleurs saisonniers en raison de la crise sanitaire liée au coronavirus. À la date limite de dépôt des dossiers, plus de 200 000 demandes avaient été présentées. Selon le ministère italien de l'Intérieur, 85 % des demandes concernent des femmes de ménage et des soignants, et la majorité d'entre elles proviennent de citoyens italiens plutôt que de migrants ; 13 000 étrangers dont le permis de séjour avait expiré ont fait usage de cette possibilité de demander un permis de séjour temporaire.

Le gouvernement portugais a aussi mis en place une série de mesures sociales et économiques. Elles devraient principalement profiter aux secteurs de la construction et de l'agriculture, qui s'appuient largement sur la main-d'œuvre étrangère dans le sud du pays.

4 Réglementation des cas de rigueur

4.1 Dispositions légales et critères d'examen

Les dispositions légales en vigueur aussi bien dans le domaine des étrangers que dans celui de l'asile permettent aux autorités cantonales d'octroyer une autorisation de séjour pour cas individuels d'extrême gravité (ou cas dits « de rigueur ») sous réserve de l'approbation du SEM. Cela concerne aussi les sans-papiers. Il n'existe cependant pas de droit à l'octroi d'une telle autorisation.

S'agissant des requérants d'asile déboutés, l'art. 14, al. 2, de la loi sur l'asile (LAsi)³⁴ prévoit qu'un canton peut soumettre à l'approbation du SEM l'octroi d'une autorisation de séjour pour autant que la personne concernée séjourne en Suisse depuis cinq ans au moins à compter du dépôt de sa demande d'asile, que son lieu de séjour ait toujours été connu des autorités, que son intégration en Suisse puisse être considérée comme poussée et qu'il n'existe aucun motif de révocation au sens de la LEI (art. 62 LEI, notamment absence de condamnation à une peine privative de liberté de longue durée ou de dépendance à l'aide sociale). Cette disposition s'applique indépendamment de l'état de la procédure, et donc aux personnes frappées d'une décision d'asile négative entrée en force.

Pour les étrangers qui n'ont pas déposé de demande d'asile, l'art. 30, al. 1, let. b, LEI prévoit également l'octroi d'une autorisation de séjour, en dérogation des conditions d'admission, pour tenir compte des cas individuels d'extrême gravité ou d'intérêt publics majeurs. Les autorités migratoires compétentes décident de l'octroi des autorisations en vertu de leur pouvoir d'appréciation. L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (art. 31 OASA) et les directives du SEM dans le domaine des étrangers³⁵ fixent le cadre dans lequel s'exerce ce pouvoir d'appréciation. Dans ce cadre, il est notamment tenu compte du degré d'intégration en Suisse de l'étranger, qui peut rendre désormais un éventuel retour dans le pays d'origine difficilement envisageable (« enracinement » en Suisse).

Les directives du SEM définissent en détail les critères, découlant de l'OASA, qui permettent de conclure à l'existence d'un cas de rigueur. Chaque situation doit toutefois être examinée individuellement. Si le canton entend régulariser les conditions de séjour d'un étranger au titre d'un cas individuel d'extrême gravité (sous l'angle de l'art. 14, al. 2, LAsi ou de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI), il doit soumettre sa décision à l'approbation du SEM (art. 99 LEI et art. 5 de l'ordonnance du DFJP

³⁴ RS 142.31

³⁵ Cf. directives LEI, disponibles sous www.sem.admin.ch > publications > I. Directives domaine du droit des étrangers, cf. ch. 5.6.

relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et de décision préalables dans le domaine du droit des étrangers³⁶). Le SEM rend une décision formelle sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF). La pratique actuelle du SEM en matière de régularisation des conditions de séjour des étrangers en situation illégale repose sur la jurisprudence développée au cours des dernières années par le TAF.

Dans le cadre de l'opération Papyrus (cf. ch. 5), les autorités ont utilisé la marge de manœuvre accordée par la loi, l'ordonnance et les directives du SEM (cf. les développements qui suivent en infra, ch. 5 et ch. 13.2.4). Le SEM a participé à cette opération en tant qu'autorité d'approbation. Dans ce contexte, il a ajusté sa pratique générale vis-à-vis des familles avec enfants en tenant compte de la scolarisation de ces derniers en Suisse pour l'examen d'un cas de rigueur et non plus seulement de l'âge critique de l'adolescence. Cet assouplissement s'inscrit dans la marge de manœuvre laissée par les dispositions légales et les directives du SEM. Il n'a pas d'influence sur le pouvoir d'appréciation des cantons, qui restent libres de décider s'ils souhaitent ou non proposer un cas de rigueur pour approbation au SEM.

La reconnaissance d'un cas de rigueur implique que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles que connaissent généralement les autres étrangers, sont très précaires. Il s'agit d'examiner si l'on peut raisonnablement exiger de l'étranger, sur les plans personnel, économique et social, qu'il rentre dans son pays d'origine afin d'y demeurer. Pour ce faire, sa situation future sera comparée à celle qui est la sienne en Suisse. La réglementation relative aux cas de rigueur ne vise toutefois pas à protéger l'étranger de situations de conflit, d'abus des autorités ou de situations analogues qui rendraient l'exécution d'un renvoi illicite, inexigible ou impossible. Dans ce cas, il y a lieu d'examiner l'opportunité d'une admission provisoire.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient de considérer l'ensemble des circonstances du cas d'espèce lors de l'examen d'un cas de rigueur. Doivent ainsi être pris en compte tous les éléments objectifs et tous les aspects qui plaident pour ou contre la reconnaissance d'une situation personnelle d'extrême gravité³⁷.

Les critères légaux sur lesquels s'appuient les autorités cantonales et le SEM lors de l'examen d'une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur figurent à l'art. 31 OASA et dans les directives du SEM. Il s'agit notamment des éléments suivants :

- *Intégration de l'étranger*

Pour évaluer l'intégration, l'autorité tient compte des critères d'intégration visés à l'art. 58a LEI : respect de la sécurité et de l'ordre publics, respect des valeurs de la Cst., compétences linguistiques (l'exigence minimale correspond au niveau A1 du cadre européen commun de référence pour les langues, CECR) et participation à la vie économique ou acquisition d'une formation.

L'étranger doit être apte à subvenir lui-même à ses besoins grâce à son revenu ou à des prestations provenant de tiers auxquelles il a droit (exemple : prestations des assurances sociales telles que la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité). Il ne doit pas dépendre de l'aide sociale. Le SEM vérifie aussi si l'étranger concerné fait l'objet de poursuites ou d'actes de défaut de biens et s'il fait partie de la catégorie des travailleurs dit pauvres (working poor). Le critère essentiel est que la personne participe à la vie économique dans les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé d'elle (art. 58a, let. d, LEI en relation avec l'art. 77e OASA). Il y a lieu de tenir compte de manière appropriée des circonstances particulières de la personne (art. 58a, al. 2, LEI en relation avec l'art. 77f OASA). Le SEM tient compte également de la situation des requérants d'asile déboutés dont le renvoi n'a pas pu être exécuté et qui font l'objet d'une interdiction de travailler au sens des dispositions légales en vigueur en matière d'asile (art. 43 LAsi). Si les autres conditions de l'art. 14, al. 2, LAsi sont remplies, l'autorité compétente vérifie si, dans l'éventualité de l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur, la personne serait en mesure de percevoir un revenu (par ex.

³⁶ RS 142.201.1

³⁷ Cf. ATF 124 II 110 et ATF 128 II 200

promesse d'embauche) lui permettant de couvrir le coût de la vie et de s'acquitter de son obligation d'entretien (art. 77e OASA).

- *Situation familiale, en particulier période de scolarisation et durée de la scolarité des enfants*
- *Situation financière*
- *Durée de la présence en Suisse*

S'agissant du critère de la durée du séjour, il convient de relever que contrairement à l'art. 14, al. 2, LAsi, l'art. 30, al. 1, let b, LEI et l'OASA ne mentionnent pas de durée minimale de séjour. Les directives LEI du SEM ne précisent pas non plus la durée minimale de séjour à retenir et soulignent que la situation doit s'apprécier de cas en cas. Elles mentionnent néanmoins qu'il convient de tenir compte de la situation particulière des familles et qu'une présence de cinq ans en Suisse doit être retenue comme valeur indicative.

- *État de santé*
- *Possibilités de réintégration dans l'État de provenance :*

Le SEM examine si, malgré une longue présence en Suisse, il peut être exigé de la personne concernée qu'elle retourne vivre dans son pays de provenance. Sont prises en considération la présence d'un réseau familial ou social avec lequel l'étranger a conservé des liens, la formation éventuelle suivie par la personne dans son pays puis en Suisse.

S'agissant de la catégorie des requérants d'asile déboutés dont le renvoi n'a pas été exécuté, le SEM tient également compte des raisons pour lesquelles cette exécution n'a pas eu lieu. Il peut s'agir de motifs objectifs, c'est-à-dire des motifs indépendants de la volonté du requérant d'asile débouté (par ex. lorsque la personne ne peut pas quitter la Suisse alors même qu'elle est disposée à le faire de manière volontaire) ou, cas le plus fréquent, de motifs subjectifs, par exemple lorsqu'un départ volontaire serait possible et qu'une exécution sous contrainte n'est pas envisageable à cause d'un manque de coopération des autorités de l'État de provenance. Dans le second cas, le SEM s'oppose généralement à l'octroi d'une autorisation de séjour même si la personne est présente depuis longtemps en Suisse.

- *L'étranger doit en outre justifier de son identité.*

4.2 Accès à une formation professionnelle initiale

À la suite de l'acceptation de la motion Barthassat (08.3616), qui demandait au Conseil fédéral de créer une voie d'accès à la formation professionnelle initiale des jeunes sans-papiers, l'OASA a été complétée, le 1^{er} février 2013, d'une nouvelle disposition légale (art. 30a OASA) permettant de délivrer une autorisation de séjour pour cas de rigueur à un jeune en séjour illégal qui souhaite effectuer une formation professionnelle initiale. La personne concernée doit avoir fréquenté l'école obligatoire en Suisse au moins durant les cinq années précédant le dépôt de la demande d'autorisation de séjour et ce, de manière ininterrompue. Elle doit aussi apporter la preuve qu'elle a accompli les années de scolarité requises en Suisse. Le dépôt d'une demande par l'employeur et le respect des conditions de rémunération et de travail sont également examinées.

Comme pour l'examen des cas de rigueur sous l'angle de l'art. 31 OASA (ch. 4.1), les critères d'intégration doivent être satisfaits. Il est tenu compte de l'effet intégratif de la formation scolaire. Le critère des compétences linguistiques et celui de l'acquisition d'une formation sont généralement considérés comme remplis dans ce cas, eu égard à la durée de scolarisation (cinq ans) requise. Le comportement du jeune depuis son arrivée en Suisse est également déterminant. Cependant, le séjour illégal en Suisse ne saurait lui être reproché, sachant que les intéressés sont généralement entrés en Suisse pour y suivre leurs parents. Enfin, les conditions de séjour des parents et des frères et sœurs de la personne qui remplit les conditions pour l'obtention d'une autorisation de séjour visées à l'art. 30a OASA doivent être examinées au regard de l'art. 31 OASA.

Depuis 2013, 61 cas de jeunes sans-papiers ont été transmis au SEM par les cantons. Cela s'explique par le fait que les jeunes sans-papiers séjournent rarement seuls en Suisse et sont en

principe accompagnés de leurs parents et de leur fratrie. Or, lorsque se pose la question d'un éventuel apprentissage, le reste de la famille remplit généralement les critères d'un cas de rigueur selon l'art. 31 OASA. Le jeune étranger est, par conséquent, inclus dans la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur de l'ensemble de la famille et ne fait pas l'objet d'une régularisation individuelle en tant qu'apprenti.

4.3 Statistiques sur la procédure d'approbation par le SEM

Résumé

Le SEM publie annuellement une statistique recensant les demandes des cantons qui s'adressent à lui en vue de l'approbation de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur.

Les tableaux ci-dessous montrent qu'entre 2014 et 2019, le SEM a approuvé la majorité des cas qui lui ont été soumis, que ce soit en vertu de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI ou de l'art. 14, al. 2, LAsi.

Cas de rigueur du domaine des étrangers

En cinq ans, les cantons ont transmis 3471 demandes d'approbation en vertu de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI au SEM, qui en a refusé 45, soit 1,29 %. Dix cantons alémaniques (AI, AR, LU, NW, OW, SH, SZ, TG, UR, ZG) et TI n'ont déposé aucune demande. Le nombre de cas soumis au SEM a augmenté dès 2016 en raison des cas transmis dans le cadre de l'opération Papyrus à Genève (cf. ch. 5), qui sont compris dans les statistiques du SEM. Ce sont les deux grands cantons romands GE et VD (GE : 2841 dont 6 refus et VD : 399 dont 14 refus) et Fribourg (FR : 50 dont 0 refus) qui ont soumis le plus de cas au SEM pour approbation. Viennent ensuite les cantons de BE (44 dont 0 refus) et BS (36 dont 0 refus). Huit cantons (AG, BL, GL, JU, NE, SO, VS, ZH) ont transmis, de 2014 à 2018, entre 1 et 10 demandes.

Cas de rigueur du domaine de l'asile

La situation en matière d'approbation des cas de rigueur selon l'art. 14, al. 2, LAsi (personnes ayant déposé une demande d'asile) se présente un peu différemment, car quasiment tous les cantons de Suisse, à l'exception d'Uri, ont transmis des demandes au SEM entre 2014 et 2019. Sur 797 demandes, 97 ont été refusées, soit un taux de refus de 12,17 %. Les cantons de ZH (149 dont 2 refus), BE (123 dont 12 refus) et VD (91 dont 36 refus) sont les cantons qui ont transmis le plus de demandes au SEM entre 2014 et 2019. Viennent ensuite AG (71 demandes dont 13 refus) et TI (42 demandes dont 10 refus). Sur cinq ans, huit cantons ont déposé moins de 10 demandes (AI, AR, GL, GR, JU, NW, SZ, UR). En comparaison avec le nombre de cas soumis au SEM par GE et FR pour des cas de rigueur fondés sur l'art. 30, al. 1, let. b, LEI (cf. supra), ces derniers ont déposé moins de demandes fondées sur l'art. 14, al. 2, LAsi (GE : 32 demandes dont 1 refus ; FR : 25 demandes, dont 3 refus). Seul VD se situe dans le top 3 des cantons qui ont déposé le plus de demandes, que ce soit en matière de cas de rigueur fondés sur l'art. 30, al. 1, let. b, LEI que de cas fondés sur l'art. 14, al. 2, LAsi.

Tableaux des statistiques des approbations par le SEM des cas de rigueur conformément à l'art. 30, al. 1, let. b, LEI et à l'art. 31 OASA

V = Approbation
X = Refus
T = Total demandes d'approbation

Années	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total par canton		
Légende	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
Cantons																					
AG	1	0	1													1	0	1	2	0	2
BE	7	0	7	9	0	9	8	0	8	8	0	8	7	0	7	5	0	5	44	0	44
BL				1	0	1							1	0	1	1	0	1	3	0	3
BS	1	0	1	8	0	8	9	0	9	3	0	3	6	0	6	9	0	9	36	0	36
FR	7	0	7	8	0	8	22	0	22	2	0	2	8	0	8	3	0	3	50	0	50
GE	176	5	181	220	0	220	318 ¹	0	318	544 ¹³	0	544	632 ¹³	0	632	951 ¹³	1	952	2841	6	2847
GL	1	0	1																1	0	1
GR																			1	0	1
JU				4	0	4	2	0	2										6	0	6
NE	1	0	1	1	0	1	1	0	1	2	0	2	1	0	1	2	0	2	8	0	8
SG																4	0	4	4	0	4
SO										1	1	2							1	1	2
VD	99	6	105	51	2	53	44	4	48	38	0	38	59	0	59	94	2	96	385	14	399
VS													1	0	1				1	0	1
ZH	1	0	1	2	0	2	2	0	2	2	0	2				3	0	3	10	0	10
sans indications				14	14	14	4	0	4	7	5	12	1	5	6	7	5	12	16	20	36
TOTAL	294	11	305	318	16	334	410	4	414	607	6	613	716	0	716	1081	8	12	3426	45	3471

N.B. : les cas approuvés par le SEM dans le cadre de l'opération Papyrus (cf. ch. 5) sont compris dans les chiffres des années 2016 à 2018 et en partie de l'année 2015.

Tableau des statistiques des approbations par le SEM des cas de rigueur conformément à l'art. 14, al. 2, LAsi et à l'art. 31 OASA

V = Approbation

X = Refus

T = Total demandes d'approbation

Années	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total par canton		
Légende	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
Cantons																					
AG	10	0	10	4	7	13	8	0	8	3	0	3	9	2	11	22	4	26	58	13	71
AI	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	1	0	1				2	0	2
AR	-	-	-	4	0	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
BE	11	1	12	19	5	24	22	1	23	25	1	26	16	4	20	18	0	18	111	12	123
BL	5	0	5	5	2	7	5	0	5	4	0	4	13	0	13	33	0	33	65	2	67
BS	-	-	-	5	0	5	-	-	-	12	0	12	3	0	3	1	0	1	21	0	21
FR	5	0	5	1	0	1	8	0	8	7	2	9	1	1	2				22	3	25
GE	1	0	1	8	0	8	8	0	8	6	1	7	5	0	5	3	0	3	31	1	32
GL	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-	-	-	-	2	0	2	3	0	3
GR	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-				4	0	4
JU	0	1	1	-	-	-	1	0	1	-	-	-	1	0	1				2	1	3
LU	5	2	7	1	0	1	5	1	6	3	0	3	9	0	9				23	3	26
NE	4	4	8	6	0	6	4	0	4	2	3	5	1	0	1	3	0	3	20	7	27
NW	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-				1	0	1
OW	2	0	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	0	4	5	0	5	11	0	11
SG	3	0	3	-	-	-	4	0	4	1	0	1	-	-	-	11	0	11	19	0	19
SH	0	1	1	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	5	1	6	7	1	8
SO	-	-	-	2	1	3	5	0	5	4	1	5	-	-	-	4	0	4	15	2	16
SZ	3	0	3	1	0	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
TG	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	8	0	8	12	0	12
TI	11	3	14	7	0	7	12	4	16	0	1	1	0	2	2	2	0	2	32	10	42
UR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
VD	9	7	16	7	2	9	16	7	23	7	8	15	7	5	12	9	7	16	55	36	91
VS	12	0	12	4	0	4	-	-	-	0	2	2	3	0	3				19	2	21
ZG	1	0	1	2	0	2	3	1	4	1	0	1	1	0	1				8	1	9
ZH	11	0	11	26	0	26	16	0	16	23	0	23	44	0	44	27	2	29	147	2	149
sans indications	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	97	19	116	105	17	122	121	14	135	100	19	119	124	14	138	153	14	167	700	97	797

4.4 Pratique des cantons

Sur les 76 000 sans-papiers recensés en Suisse en 2015³⁸, la majeure partie séjourne et travaille dans les cantons urbains.

Comme le montrent les statistiques (ch. 4.3), le nombre de demandes d'approbation soumises au SEM varie en fonction des cantons. Entre 2014 et 2019, les cantons de VD et GE sont ceux qui ont transmis au SEM le plus de demandes pour des cas de rigueur en vertu de la LEI. Onze cantons, principalement des cantons alémaniques, n'ont soumis aucun cas pour approbation du SEM entre 2014 et 2019. En ce qui concerne les cas de rigueur découlant de la LAsi (notamment des cas de requérants d'asile déboutés), presque tous les cantons de Suisse ont présenté des demandes pour approbation au SEM durant cette même période.

Ces différences relèvent notamment des différentes politiques et pratiques cantonales. Les dispositions de la LAsi, de la LEI et de l'OASA et les directives du SEM définissent le cadre dans lequel peuvent s'inscrire les cas de rigueur (ch. 4.1). Ce cadre légal laisse aux cantons une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration de leurs pratiques et politiques respectives afin de décider quels cas ils entendent soumettre au SEM pour approbation. Le SEM, quant à lui, décide de l'octroi ou du refus des autorisations de séjour pour cas de rigueur en fonction du même cadre légal et de ses directives. Il jouit également d'un pouvoir d'appréciation pour définir sa pratique. Ses décisions sont contrôlées par le Tribunal administratif fédéral (ch. 4.1).

La plupart des autorités cantonales migratoires ayant répondu au questionnaire qui leur a été envoyé (ch. 1 et annexe 1) estiment que leurs décisions cantonales de refus d'octroi d'une autorisation sont confirmées par leurs tribunaux cantonaux. Si peu de cantons établissent des statistiques détaillées de ces décisions, il ressort néanmoins des réponses reçues que la majorité des cantons ont peu de cas de refus (les chiffres communiqués varient entre 0 et 5 cas en tout, ces cinq dernières années, pour les demandes en application de l'art. 14, al. 2, LAsi et de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI). Le canton de ZH a indiqué avoir refusé dans sa compétence entre 2014 et 2018 deux cas en application de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI et 21 cas en application de l'art. 14, al. 2, LAsi. Dans le canton de Berne, l'Office cantonal de la migration pré-examine de manière anonyme les demandes avant qu'une demande officielle, non anonyme cette fois, soit déposée. Cela a entraîné une diminution conséquente des décisions négatives prononcées par le canton. Genève a communiqué qu'entre 2013 et 2016, 193 demandes ont été refusées. Le canton de Vaud a prononcé, entre 2016 et 2018, 89 décisions de refus.

La marge de manœuvre laissée par le cadre légal actuel et les directives du SEM peut être illustrée avec les pratiques cantonales des cantons de GE, VD, BS et ZH.

Canton de Genève

Le canton de Genève – un canton à forte tradition humanitaire, qui accueille, selon les estimations, environ 13 000³⁹ sans-papiers (estimation en 2015) – a lancé le projet nommé « opération Papyrus » visant à régulariser selon les dispositions légales actuelles un certain nombre d'étrangers sans papiers et à assainir certains des secteurs économiques notamment touchés par l'emploi d'étrangers sans papiers. Dans ce cadre, les critères légaux ont été concrétisés. À l'heure actuelle, Genève est le seul canton à avoir engagé une telle opération. Elle s'est achevée le 31 décembre 2018. Les critères de régularisation ainsi que les mesures d'accompagnement de ce projet sont détaillés au ch. 5.

À la fin de l'opération Papyrus, le canton de Genève a publié les critères, valables dès le 1^{er} janvier 2019, sur lesquels l'office cantonal de la population et des migrations (OCPM) se fonde pour

³⁸ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op cit., ch. 4.1, p. 22.

³⁹ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op cit., tableau 4, p. 23.

transmettre une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue de son approbation par le SEM. Les critères sont les suivants :

- *Une durée de séjour de 5 ans pour les familles avec enfant(s) scolarisé(s) – le critère de 5 ans s'applique à l'ensemble des membres de la famille ;*
- *Une durée de séjour de 10 ans pour les célibataires et couples sans enfant(s) ;*
- *Faire preuve d'une intégration réussie; le niveau de connaissance linguistique A2 (oral) doit être attesté ;*
- *Absence de condamnations pénales, de condamnations répétées pour séjour illégal et travail sans autorisation et de décisions d'interdiction d'entrée en Suisse successives ;*
- *Une indépendance financière complète et une absence de dette.*

Les mesures d'accompagnement, mises en place dans le cadre de l'opération Papyrus (ch. 5), relatives à la lutte contre le travail au noir et la sous-enchère salariale sont maintenues :

- *L'usage du formulaire d'annonce de l'OCIRT, qui permet d'une part aux personnes sans papiers d'entreprendre les démarches de régularisation indépendamment de l'accord de leur employeur et d'autre part d'améliorer la surveillance du marché de l'emploi grâce à l'identification des employeurs ;*
- *Les contrôles ciblés du marché du travail en cas de suspicion de situations abusives.*
- *Le système « Ménage Emploi » (ch. 5.5.1) est également maintenu au titre de mesure d'insertion pour l'ensemble des employés du secteur de l'économie domestique.*

Canton de Vaud

Le nombre de sans-papiers y est estimé à 12 000 (estimation de 2015)⁴⁰. Pour les dossiers ci-après, le canton donne un préavis positif en vue d'une transmission au SEM :

- *Célibataires : 10 ans de séjour, pas de condamnations ou condamnations de moindre importance, indépendance financière ;*
- *Familles avec enfants : de 5 à 8 ans de séjour selon l'âge et la scolarisation des enfants, pas de condamnations ou condamnations de moindre importance, indépendance financière.*

Le 28 février 2017, une résolution a été déposée au Grand Conseil vaudois visant à entrer en discussion avec le SEM pour mettre en place une procédure de régularisation des personnes sans-papiers habitant et travaillant dans le canton de Vaud, procédure analogue à celle mise sur pied récemment dans le canton de Genève (Papyrus), fondée sur les mêmes critères, avec en particulier un assouplissement du critère de la durée du séjour continu. Cette résolution a été rejetée.

Canton de Bâle-Ville

Le canton, dont le nombre de sans-papiers était estimé en 2015 à 4000⁴¹, a officiellement publié et précisé sur son site internet, à l'intention des migrants sans-papiers, les critères à remplir et la procédure à suivre pour que le canton transmette le cas au SEM pour approbation.

Les chances d'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur sont réputées intactes (*intakte Chancen*, selon la formule employée par le canton de Bâle-Ville) si la personne remplit les conditions ci-après selon l'art. 31 OASA⁴² :

- *Présentation des pièces d'identité et des documents établis par le pays d'origine (établissement de l'identité) ;*

⁴⁰ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op cit., tableau 4, p. 23.

⁴¹ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op cit., tableau 4, p. 23.

⁴² Document disponible sous : www.bdm.bs > Behörden und Organisation > Bevölkerungsdienst und Migration > An-/Abmeldung und Umzug > Gesuche um Härtefallregelung.

- *Séjour dans le canton de Bâle-Ville d'au moins cinq ans dans le cas de familles avec enfants en âge scolaire (la durée de séjour vaut pour tous les membres de la famille) et un séjour d'au moins dix ans au total pour les couples et les personnes célibataires sans enfants (une visite de brève durée dans le pays d'origine n'interrompt pas le séjour pour autant que le centre de vie reste dans le canton de Bâle-Ville) ;*
- *Relations familiales ou contacts sociaux avec des personnes vivant en Suisse (enracinement, scolarisation réussie) ;*
- *Indépendance financière (moyens financiers suffisants selon les normes de la CSIAS pour ne pas risquer de dépendre de l'aide sociale : indépendance économique complète, emploi stable) ;*
- *Logement approprié ;*
- *Absence de dettes (des arriérés jusqu'à concurrence de 10 000 francs sont tolérés dès lors qu'un plan de remboursement impératif a été défini) ;*
- *Absence de condamnation (une contravention mineure ou une condamnation antérieure pour séjour illégal ne sont pas prises en compte) ;*
- *Connaissances d'allemand (au moins niveau A2 du CECR).*

Si la personne ne remplit pas tous les critères ci-dessus, l'office des migrations de Bâle-Ville évalue les circonstances du cas afin de déterminer si la demande a des chances d'aboutir auprès du SEM. L'état de santé, l'âge et d'autres circonstances personnelles particulières entrent ici en ligne de compte.

Contrairement aux directives du SEM, cette notice fixe une durée minimale de séjour sur le territoire du canton (et non dans toute la Suisse), un montant maximal de dettes (CHF 10 000) et des compétences linguistiques plus élevées (A2 au lieu de A1). De plus, il est possible de déposer une pré-demande de manière anonyme dans le but d'obtenir, sur la base des informations fournies, une première évaluation sans engagement. Toutefois, en cas de dépôt formel, l'intéressé doit indiquer son identité.

Canton de Zurich

Le nombre de sans-papiers dans ce canton a été estimé en 2015 à 28 000⁴³.

Le canton a aussi publié, en avril 2020, un rapport qui s'appuie sur une étude menée par deux instituts privés afin de connaître le nombre de sans-papiers dans le canton. Aux fins de cette analyse, le terme sans-papiers désignait des personnes qui séjournent en Suisse sans autorisation de séjour pendant plus d'un mois et pour une durée non prévisible. Il ressort du rapport qu'environ 13 600 à 24 900 sans-papiers séjournent dans le canton, l'estimation la plus vraisemblable se situant autour de 19 250 sans-papiers au total.

Les requérants d'asile déboutés formeraient la plus petite part des sans-papiers à Zurich (entre 1100 et 2200 personnes). Selon les auteurs, c'est pour ce groupe que les estimations sont le plus précises (fourchette la plus faible). Concernant les personnes qui ont précédemment possédé une autorisation de séjour, bien que l'on dispose de données de base relativement fiables à leur sujet, il est très difficile d'évaluer précisément leur nombre (entre 1100 et 3100 personnes). C'est toutefois l'estimation du nombre des sans-papiers dits primaires – le groupe le plus important (entre 11 500 et 19 500 personnes) – qui est la plus incertaine, car elle se fonde uniquement sur les appréciations de spécialistes. Les personnes interrogées sont pour la plupart de l'avis que ce groupe est constitué en très grande majorité de personnes provenant d'Amérique latine. En d'autres termes, plus de la moitié des sans-papiers dans le canton de Zurich sont des sans-papiers primaires originaires de cette partie du monde. Le second groupe en importance est vraisemblablement constitué de ressortissants

⁴³ Cf. rapport « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », op. cit., tableau 4, p. 23.

européens hors UE et AELE, dont on estime qu'un nombre considérable vit à Zurich (sans-papiers primaires et personnes ayant précédemment possédé un titre de séjour)⁴⁴.

Dans sa réponse au questionnaire envoyé par le SEM, le canton a exposé sa pratique, basée sur la LEI (art. 30, al. 1, let. b, LEI), envers les sans-papiers qui déposent une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Elle repose sur une appréciation globale des critères suivants :

- *Comportement correct et absence de condamnations pénales (autres que le séjour illégal et la non-coopération) ;*
- *Satisfaction de tous les critères d'un cas de rigueur (intégration sociale [cercle d'amis et de connaissances permettant de conclure à un fort enracinement en Suisse], compétences linguistiques [essentiellement niveau B1], état de santé, difficultés plus grandes que dans des cas comparables de personnes originaires du même pays concernant la possibilité de retourner dans le pays d'origine ou de quitter la Suisse [il est notamment tenu compte de séjours temporaires dans le pays d'origine, des possibilités d'une réintégration professionnelle et économique sur place et des liens familiaux que la personne entretient encore dans son pays]) ;*
- *Séjour d'une dizaine d'années en Suisse (un séjour d'une durée inférieure à dix ans est admis pour les familles avec enfants mineurs ; l'art. 30a OASA joue également un rôle à cet égard) ;*
- *Intégration professionnelle et économique avérée (emploi permettant de subvenir à ses besoins / aux besoins de la famille).*
- *En ce qui concerne les demandes pour cas de rigueur fondés sur la LAsi (art. 14, al. 2 LAsi), l'autorité cantonale compétente effectue une appréciation globale des critères suivants :*
- *Comportement correct attesté par l'absence de condamnations pénales (autres que le séjour illégal et la non-coopération) ;*
- *Comportement correct en lien avec l'hébergement ;*
- *Satisfaction des critères d'un cas de rigueur (intégration sociale [cercle d'amis et de connaissances permettant de conclure un à fort enracinement en Suisse], compétences linguistiques [essentiellement niveau B1], état de santé, difficultés plus grandes que dans des cas comparables de personnes originaires du même pays concernant la possibilité de retourner dans le pays d'origine ou de quitter la Suisse) ;*
- *Séjour d'une dizaine d'années en Suisse (cinq ans pour les familles avec enfants mineurs, en particulier si elles viennent de pays vers lequel un renvoi n'est pas prévisible) ;*
- *Preuve d'une future intégration professionnelle et économique (promesse d'embauche, l'emploi concerné devant permettre à la personne de subvenir à ses besoins / aux besoins de sa famille).*
- *L'approbation d'une demande n'est pas exclue même si un critère n'est pas entièrement rempli (hors condamnation pénale). Le « déficit » doit néanmoins être « rééquilibré » par les autres critères.*

5 Opération Papyrus

5.1 Description de l'opération Papyrus

À l'automne 2015, le canton de Genève a lancé la phase préliminaire d'un processus de régularisation du séjour des sans-papiers et d'assainissement des secteurs économiques touchés par le travail au noir et la sous-enchère salariale. Ce projet, baptisé « opération Papyrus », a

⁴⁴ Cf. rapport du 19.3.20 « Sans-papiers im Kanton Zürich », disponible sous www.zh.ch > Medienmitteilung 19.3.20.

officiellement débuté en février 2017 et s'est achevé le 31 décembre 2018. Cette opération a été élaborée et mise en œuvre avec la participation active des associations et syndicats genevois chargés de la défense des intérêts des sans-papiers. Ces associations conseillent et soutiennent les migrants dans la constitution de leur dossier de régularisation. Les personnes relevant du domaine de l'asile n'étaient pas concernées par cette opération, pas plus que les personnes au bénéfice d'un titre de séjour valable dans un État de l'Union européenne (ch. 3.1). L'opération Papyrus comportait trois volets :

1. Une procédure de réglementation du statut de séjour de sans-papiers bien intégrés au cas par cas et sur la base de critères précis (autorisation de séjour pour cas de rigueur);
2. Un dispositif de contrôle et d'assainissement des secteurs économiques particulièrement touchés par le travail au noir et la sous-enchère salariale, en particulier celui de l'économie domestique (mise en conformité des conditions de travail, dont, en particulier, le respect des salaires minimaux et l'affiliation aux assurances sociales) ;
3. Un dispositif d'insertion et d'intégration (bourse à l'emploi de l'économie domestique, campagne d'information relative à la lutte contre le travail au noir et la sous-enchère salariale destinée aux employeurs).

5.2 Critères de régularisation des conditions de séjour selon l'opération Papyrus

Les cantons bénéficient d'une certaine marge de manœuvre pour concrétiser les critères légaux contenus dans la LEI et l'OASA et les directives SEM (ch. 4.1). Les critères définis par le canton de Genève dans le cadre de l'opération Papyrus s'inscrivent dans cette marge de manœuvre et étaient les suivants :

- *Pour les familles avec enfants : séjour continu à Genève de minimum cinq ans pour un des membres de la famille avec au moins un enfant scolarisé depuis trois ans ou séjour de dix ans pour les autres catégories, à savoir les familles avec enfants non scolarisés, les familles sans enfants et les célibataires ;*
- *Intégration réussie (s'agissant des connaissances linguistiques : minimum niveau A2 de français selon le CECR) ;*
- *Emploi;*
- *Absence de condamnations pénales (autres que le séjour illégal) ;*
- *Indépendance financière et absence de dettes.*

Le SEM a suivi l'opération en tant qu'autorité d'approbation compétente en matière d'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (ch. 4.1). La demande en vue de l'octroi de l'autorisation de séjour devait être déposée par les ressortissants étrangers ou leurs mandataires auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) du canton de Genève, qui examinait si les personnes remplissaient les critères d'octroi en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Après analyse par le canton et si celui-ci estimait que les critères étaient remplis, le dossier était transmis pour examen au SEM en vue de son approbation. En vertu de son pouvoir d'appréciation, ce dernier déterminait à son tour, dans le cadre de la procédure d'approbation, si la personne remplissait bien les conditions d'octroi de l'autorisation. Soit il acceptait la demande, soit il la rejetait. Si le canton estimait en revanche que les critères n'étaient pas remplis, il rejetait la demande de sa propre compétence, sans la transmettre au SEM. Dans les deux cas de figure, les personnes concernées pouvaient interjeter recours soit auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du SEM, soit auprès des tribunaux cantonaux contre la décision cantonale. Cette procédure est identique pour tous les cantons de Suisse pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (cf. ch. 4.1).

L'opération Papyrus ne constituait ni une amnistie ni une régularisation collective des migrants sans papiers⁴⁵. Comme pour tous les cas de rigueur qui lui sont soumis par les cantons, le SEM a procédé à un examen individuel des cas en vertu de son pouvoir d'appréciation et des dispositions légales en vigueur.

5.3 Dispositif de contrôle et d'assainissement des secteurs économiques touchés

Afin d'assainir les secteurs concernés par l'emploi des étrangers sans papiers (notamment celui de l'économie domestique, dont le contrôle est difficile) et d'endiguer le travail au noir et la sous-enchère salariale, des mesures d'accompagnement relatives au marché du travail ont été mises en place. Le canton a lancé en avril 2017 une campagne d'information publique avec comme slogan « Le travail au noir, ça se paie cash ». Elle visait à informer les employeurs et à les sensibiliser aux conséquences du travail au noir, ainsi qu'à les encourager à se mettre en conformité s'agissant du respect des conditions salariales et du versement des cotisations sociales.

Parallèlement au processus de régularisation des conditions de séjour des sans-papiers, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève (OCIRT) a procédé au contrôle systématique des dossiers de l'économie domestique qui présentaient des indices de non-conformité. Les employeurs qui ne respectaient pas les conditions salariales ou omettaient de verser les cotisations sociales ont été invités à se mettre en conformité, sous peine d'être sanctionnés administrativement et dénoncés pénalement (ch. 5.5.1).

5.4 Dispositif d'insertion et d'intégration

Des mesures relatives à l'insertion et à la stabilisation des migrants concernés constituaient un autre pilier de l'opération. Dans ce cadre, une permanence d'information pour les sans-papiers a été instituée par l'OCPM. Tenue par des collaborateurs du Bureau de l'intégration des étrangers (BIE), elle avait pour mission de fournir aux sans-papiers désirant légaliser leur situation l'ensemble des renseignements utiles.

Enfin, une bourse à l'emploi de l'économie domestique a été créée et pérennisée afin de mettre en relation employeurs privés et candidats. Elle vise à garantir la stabilité de l'insertion professionnelle des personnes régularisées ainsi que le respect, par les employeurs, de leurs obligations légales. Elle est, en outre, ouverte à l'ensemble de la main-d'œuvre indigène, lui permettant ainsi d'accéder à un marché de l'emploi jusque-là relativement opaque. L'ensemble de ces mesures d'accompagnement concourent à assurer la stabilisation du secteur économique concerné et du personnel y travaillant tout en évitant de créer un appel d'air.

5.5 Évaluation de l'opération Papyrus

5.5.1 Statistiques

Au total, 3450 personnes ont déposé une demande d'autorisation de séjour auprès de l'autorité migratoire du canton de Genève.

Le SEM a approuvé l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (permis B) à 2883 personnes sans-papiers. Il s'agit principalement de familles (536 familles, soit 816 parents et 860 enfants), que viennent compléter 29 couples sans enfants (58 personnes) et 1149 célibataires. Le canton de Genève et le SEM ont prononcé 97 décisions de refus. 224 dossiers sont encore en traitement auprès des autorités cantonales genevoises et du SEM (état au 30.9.20).

Certains dossiers ont également été considérés comme frauduleux par l'OCPM et les cas ont été dénoncés au Ministère public. Des instructions pénales sont en cours. Néanmoins, cela ne concerne qu'une petite partie des dossiers (293 dossiers ont été dénoncés au Ministère public, état au

⁴⁵ Par amnistie on entend une mesure législative ou une décision administrative effaçant la nature illégale de certains actes. Dans le contexte migratoire, les mesures de régularisation collectives, accordées aux étrangers en situation irrégulière, s'accompagnent souvent d'une amnistie.

30.9.20). Une quinzaine de condamnations ont déjà été prononcées et vont donner lieu à des décisions de refus d'autorisation de séjour et de renvoi de Suisse de la part de l'OCPM (état au 23.9.20).

L'OCIRT a procédé au contrôle systématique des dossiers du secteur de l'économie domestiques présentant des indices de non-conformité. Sur les 1834 dossiers contrôlés, 70 % ne présentaient pas d'infraction. Parmi les dossiers en infraction, 79 % des employeurs se sont mis en conformité. Ces données démontrent que les employeurs semblent avoir pris conscience de leurs obligations légales et se sont mis en conformité plutôt que de licencier leur personnel. Ils ont ainsi contribué à la stabilisation du secteur de l'économie domestique. Les données provenant de Chèque Service (service administratif aux ménages privés visant à faciliter les démarches de déclaration aux assurances sociales obligatoires des salaires des personnes travaillant à domicile) viennent confirmer que le dispositif, très ciblé et très concret, des mesures d'accompagnement (contrôles de l'OCIRT et campagne d'information « Le travail au noir, ça se paie cash ») a fortement incité les employeurs à déclarer leur personnel. Le gain pour les assurances sociales se monte, avec le seul dispositif de Chèque Service, à 5,7 millions de francs de charges sociales supplémentaires encaissées par année. Le dispositif « Ménage Emploi », qui vise à faciliter la mise en relation entre employés et employeurs de l'économie domestique pour un engagement conforme au cadre légal, a permis la conclusion de 150 contrats de travail, dont quatorze concernent des personnes régularisées via l'opération Papyrus. Ce dispositif démontre ainsi sa pertinence en tant qu'élément de maintien de la stabilité dans l'emploi des personnes dont le statut de séjour a été régularisé. En outre, en apportant de la clarté sur un marché de l'emploi souvent opaque, Ménage Emploi contribue à la stabilisation du secteur de l'économie domestique⁴⁶.

5.5.2 Condensé du rapport d'évaluation

L'opération s'est achevée le 31 décembre 2018. Au terme du délai imparti pour le dépôt des dossiers, le canton de Genève a mandaté l'Université de Genève, la Haute école de gestion de Genève et l'Institut de recherches appliquées en économie de gestion afin de dresser un bilan de l'opération Papyrus⁴⁷. Un condensé du rapport d'analyse est présenté dans les chapitres qui suivent.

En plus de cette étude, les autorités genevoises ont commandé une étude complémentaire intitulée « Parchemins ». Cette analyse a pour but de mesurer l'influence du statut de séjour sur la santé et les conditions de vie des migrants sans papiers à Genève. Il s'agit d'observer l'évolution de la situation des personnes durant la période de demande de permis de séjour (opération Papyrus) et les années suivantes. La situation des personnes ayant obtenu un permis de séjour sera comparée avec celle des personnes vivant sans permis. L'étude est effectuée par l'Université de Genève et les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) et devrait s'achever en 2021. Elle répond toutefois à un calendrier distinct de l'étude sur les résultats de l'opération Papyrus précitée.

L'étude d'évaluation de Papyrus a porté sur un échantillon réunissant 543 participants. Il se compose de 304 personnes non régularisées – appelées « groupe témoin »⁴⁸ – et de 239 personnes régularisées – appelées « groupe d'étude » – selon les critères du dispositif Papyrus et qui ont

⁴⁶ Cf. communiqué de presse du Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du canton de Genève du 21.2.20, disponible sous www.ge.ch > thèmes > opération Papyrus.

⁴⁷ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », sur mandat du Département de la sécurité et de l'économie et reconduit en 2019 par le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du canton de Genève, décembre 2019, publié le 21 février 2020 par les autorités genevoises. Rapport disponible sous www.ge.ch > publications > opération Papyrus.

⁴⁸ Le groupe témoin est constitué des personnes qui ne remplissaient pas totalement les conditions de l'opération Papyrus, par exemple pour lesquelles il manquait quelques années de séjour, mais qui auraient pu, sans cela, y prendre part, ou qui avaient déposé leur demande et étaient en attente d'une réponse des autorités. Ce groupe ne comprend donc pas les personnes pour lesquelles certains critères impliquaient une exclusion automatique du dispositif Papyrus (requérants d'asile, personnes ayant un casier judiciaire, etc.).

obtenu une autorisation de séjour pour cas de rigueur (permis B) entre mars 2015 et novembre 2019⁴⁹.

5.5.2.1 Profils des participants à l'étude (personnes régularisées et non régularisées)

Origines et durée du séjour

Au total, 73,6 % des personnes du groupe d'étude sont originaires d'Amérique latine : Brésil (44 %), Bolivie (25 %) et Colombie (7 %). La seconde région de provenance est l'Asie, avec 95 % de personnes originaires des Philippines et de Mongolie. Les ressortissants d'Europe de l'Est proviennent essentiellement du Kosovo. Concernant les personnes originaires d'Afrique, elles sont majoritairement natives de pays d'Afrique du Nord (86 % sont marocaines, algériennes ou tunisiennes). Quant au groupe témoin, il recense aussi une majorité de personnes originaires d'Amérique latine (59 %, dont les ressortissants du Brésil et de la Bolivie sont le plus représentés). La proportion de ressortissants d'Asie et d'Afrique est plus importante dans le groupe témoin que dans le groupe d'étude. Le rapport précise toutefois que cela est dû au hasard des personnes rencontrées qui ont accepté de participer. Les personnes du groupe témoin séjournaient en moyenne depuis 11 ans dans le canton alors que celle du groupe d'étude en moyenne depuis 13 ans.

Ce sont donc principalement des femmes âgées d'environ 45 ans, originaires d'Amérique latine et résidant à Genève depuis plus de dix ans qui ont normalisé leur statut de séjour dans le cadre de l'opération Papyrus. Ce profil correspond aussi aux personnes du groupe témoin⁵⁰.

Caractéristiques familiales et formation

La majorité des personnes régularisées du groupe d'étude sont célibataires (58 %). Si l'on tient compte de leur situation conjugale et non de leur statut matrimonial, une majorité est toutefois en couple (54 %). Sur les 239 personnes du groupe d'étude, 75 sont sans enfants (31 %) et on dénombre 164 parents (69 %) qui ont donné naissance à 328 enfants, dont 70 nés en Suisse (21 %). La majorité sont des enfants mineurs qui résident en Suisse avec leurs parents (98 %) et sont scolarisés (100 % des enfants âgés entre 4 et 16 ans)⁵¹. Les personnes du groupe d'étude ont, pour la plupart, terminé leur formation à 20 ans, et achevé une école de niveau secondaire (école de commerce, formation professionnelle, collège, *high school*, etc. ; 58,2 %) ou une formation universitaire (21,3 %). Il s'ensuit que 79,5 % d'entre elles possèdent un diplôme du degré secondaire ou tertiaire. Par ailleurs, 94 % des personnes détenant un diplôme universitaire l'ont obtenu dans leur pays d'origine. Enfin, 66 % occupaient un emploi salarié avant de quitter leur pays d'origine et 13 % avaient une activité rémunérée en tant qu'indépendant⁵².

Nombre moyen d'heures travaillées

Les femmes régularisées travaillent en moyenne 35,3 heures contre 40,9 heures pour les hommes. Ces chiffres sont supérieurs à la moyenne suisse qui s'établissait, selon l'OFS, pour les actifs occupés à 32 heures en 2018. De surcroît, le nombre d'heures de travail des personnes régularisées tient uniquement compte des heures rémunérées et masque un nombre important d'heures de déplacement, non rémunérées, engendré par le cumul de différents emplois à temps partiel⁵³.

⁴⁹ Il inclut donc aussi des personnes ayant été régularisées selon les mêmes critères que ceux définis par l'opération Papyrus, mais avant son annonce officielle le 21 février 2017.

⁵⁰ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, ch. 1.1 à 1.3, p. 30 à 32.

⁵¹ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, figure 2.4, p. 37.

⁵² Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, ch. 2.2, p. 38.

⁵³ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, ch. 2.3.1, p. 39.

Nombre et secteurs d'emplois occupés

Au sein du groupe d'étude, neuf personnes sont des indépendants (soit 3,9 %). Quant aux salariés, 53,9 % n'ont qu'un seul employeur, un tiers cumule entre deux et cinq relations d'emploi différentes et enfin 13,9 % travaillent pour plus de cinq employeurs différents. La quasi-totalité (95,9 %) occupent un ou plusieurs emplois dans un seul secteur d'activité. Ils sont actifs dans les secteurs de l'économie domestique (59 %), du bâtiment (15,2 %) et de l'hôtellerie (10,6 %). Seuls 10,6 % se répartissent dans d'autres professions du secteur tertiaire (coiffure, nettoyage, vente, santé, esthétique). La majorité des femmes sont occupées dans l'économie domestique (90 %, contre 13 % d'hommes). Les hommes quant à eux se répartissent entre le bâtiment (39 %), les entreprises de nettoyage, la vente (24 %) et l'hôtellerie (24 %)⁵⁴.

Déclaration aux assurances sociales

Dans le groupe d'étude, 77 % des personnes étaient déclarées aux assurances sociales alors que dans le groupe témoin (non-régularisés), seuls 41,2 % l'étaient. Pour les personnes régularisées depuis moins de six mois, seules 72,4 % étaient déclarées aux assurances sociales ; pour celles régularisées depuis plus de six mois, cette part passe à 85 %. La régularisation du séjour et son ancienneté semblent donc avoir une incidence positive sur la mise en conformité des emplois. Le rapport souligne encore que les mesures d'accompagnement mises en place lors de l'opération ont probablement eu une influence sur l'augmentation du taux d'affiliation⁵⁵.

Stabilité de l'emploi

Près de 88 % des membres du groupe d'étude travaillaient déjà avant la régularisation de leur statut de séjour (cf. ch. 2.3.4 du rapport, tableau 2.2, p. 45) ; 95,4 % des emplois occupés par des personnes récemment régularisées (depuis moins de six mois) existaient déjà préalablement à l'obtention de leur autorisation de séjour pour cas de rigueur. Quant aux individus régularisés depuis six mois ou plus, 79,0 % de leurs relations d'emploi ont persisté jusqu'à ce jour.

Seules 31 personnes ayant répondu à l'étude estiment avoir perdu au moins l'un de leurs emplois à cause de la régularisation de leur statut de séjour⁵⁶. Par conséquent, il faut en conclure qu'il y a eu une stabilité des emplois occupés après la régularisation de la situation des personnes en question.

Salaires perçus

Le salaire brut médian perçu par le groupe d'étude est de CHF 22 de l'heure. La majorité des personnes du groupe d'étude ont un revenu mensuel disponible compris entre CHF 2262 et CHF 3303 (revenu disponible approximé⁵⁷). Pour le groupe témoin, la médiane mensuelle s'établit à CHF 1899, pour un revenu disponible mensuel qui varie entre CHF 1200 et CHF 2733.

Aide sociale et indépendance financière

Malgré la précarité de leur situation financière, 0,8 % à peine des personnes du groupe d'étude (deux personnes en tout) ont eu recours à l'aide sociale, car elles ont dû quitter leur emploi momentanément pour raisons de santé. Suivant la méthode de calcul choisie pour estimer l'indépendance financière du groupe d'étude, les résultats diffèrent. Le rapport fait état de trois méthodes différentes pour analyser l'indépendance financière : les chiffres oscillent entre 70 %, 80 %

⁵⁴ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, cf. ch. 2.3.2, figures 2.10, 2.11 et 2.12, 2.13 p. 41 à 43.

⁵⁵ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, cf. ch. 2.3.3, p. 43.

⁵⁶ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, cf. ch. 2.3.4, p. 45.

⁵⁷ Le revenu disponible équivalent approximé, mentionné dans le rapport, a été calculé en additionnant l'ensemble des salaires nets des différents membres d'un ménage aux subsides et allocations reçus (allocation familiales et LAMal), ce qui a permis d'obtenir une approximation du revenu disponible pour l'ensemble du ménage et de diviser le montant obtenu par le nombre de membres du ménage, convertis en équivalents adultes (selon l'échelle de l'OCDE, qui constitue la norme utilisée pour prendre en compte la non proportionnalité des dépenses au sein d'un ménage).

et 86 % d'indépendance financière en fonction de la méthode appliquée. Le rapport retient toutefois comme le plus plausible le taux de 86 %⁵⁸.

Évolution financière et sur le marché de l'emploi des personnes régularisées

Une stabilité dans les secteurs d'emploi a été constatée entre l'évaluation de la situation à mi-parcours de l'opération et l'évaluation finale, puisque 12 % seulement des personnes régularisées ont changé de secteur d'activité. On observe en revanche une évolution des emplois occupés. Sur les 183 relations d'emploi des sans-papiers questionnés à mi-parcours de l'opération, seules 75 persistent, soit 41 %. Néanmoins, ce taux doit être nuancé car la moitié des « nouvelles » relations d'emploi rapportées dans le second questionnaire (en vue de l'élaboration du rapport final) ont une date d'embauche antérieure à la date du premier questionnaire. L'occupation croissante d'emplois déclarés aux assurances sociales est d'ailleurs aussi confirmée. En effet, 72,5 % des relations d'emploi occupées lors du premier questionnaire était déclarées et ce taux s'élève à 77 % pour les relations d'emploi mentionnées dans le second questionnaire. Ce résultat confirme donc que l'accès à une autorisation de séjour (permis B) favorise la déclaration de la relation d'emploi aux assurances sociales⁵⁹.

5.5.2.2 Conclusions du rapport d'évaluation

Le but de l'évaluation de l'opération Papyrus était de répondre à deux questions principales :

- 1) Peut-on parler d'un effet d'appel d'air concernant l'emploi de nouveaux sans-papiers dans les secteurs économiques concernés par l'opération Papyrus?
- 2) L'indépendance financière des personnes régularisées persiste-t-elle au-delà de la normalisation de leur statut de séjour?

Le rapport répond à la *première* question par la négative.

Aucun effet d'appel d'air concernant l'emploi de nouveaux sans-papiers n'a été constaté dans les secteurs économiques principalement concernés par le dispositif Papyrus, soit majoritairement l'économie domestique. La régularisation des conditions de séjour favorise la déclaration des emplois aux assurances sociales par l'employé et par l'employeur. Cette mise en conformité a contribué à assainir le secteur de l'économie domestique. En effet, 41 % des emplois occupés par des personnes sans papiers étaient déclarés aux assurances sociales, alors que cette part a augmenté à 72 % (pour les personnes régularisées depuis moins de six mois) et à 85 % (pour les personnes régularisées depuis six mois ou plus). Une stabilité importante des relations d'emploi occupées par les personnes régularisées par l'opération Papyrus a été observée.

Les employeurs ont davantage tendance à se mettre en conformité avec la loi qu'à se séparer de leurs employés régularisés. Du côté des employés, environ un tiers avaient entrepris des démarches pour trouver un nouvel emploi après leur régularisation. Les raisons invoquées portent principalement sur l'envie d'augmenter le revenu tiré de l'activité lucrative plutôt que la volonté de changer de secteur d'activité.

Le rapport répond à la *deuxième* question par l'affirmative.

Seules deux personnes régularisées dans le cadre de l'opération ont dû recourir temporairement à l'aide sociale suite à une interruption de travail due à des problèmes de santé. Le rapport souligne encore que même si une majorité des personnes régularisées dans le cadre de l'opération Papyrus (groupe d'étude) sont confrontées à des situations financières précaires et à un risque de pauvreté, force est de constater qu'au moins 86 % d'entre elles vivent dans un ménage financièrement indépendant (cf. ch. 5.5.2.1 supra, varie en fonction des méthodes de calcul).

⁵⁸ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, cf. ch. 2.4.4, p. 51-53.

⁵⁹ Cf. rapport « Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève », op. cit, cf. ch. 2.5, p. 54 à 55.

6 Initiatives urbaines

6.1 Villes sanctuaires

Dans les années 1980, plusieurs guerres civiles font rage en Amérique centrale, notamment au Guatemala et au Salvador. Ces guerres ont poussé de nombreuses personnes à fuir leur pays pour se rendre aux États-Unis et y demander l'asile. Or, l'administration du président Reagan les considérant comme des migrants économiques, très peu d'entre elles obtinrent l'asile et la protection qui en découle. En réponse, des communautés religieuses se déclarèrent « sanctuaires », s'inspirant des villes-refuge au temps de l'Ancien Testament, fournissant aide (nourriture, soins médicaux, emploi, conseils juridiques) et protection contre le refoulement.

La ville de San Francisco a été la première à adopter une politique en matière de refuge en promulguant un règlement consacrant son statut de ville-sanctuaire (*Sanctuary Ordinance*⁶⁰), en vertu duquel il est interdit aux employés municipaux d'utiliser les fonds ou les ressources de la ville pour aider les services de l'immigration et des douanes à faire appliquer la loi fédérale sur l'immigration, à moins que cette aide ne soit requise par une loi fédérale ou une loi d'un État. En 2013, San Francisco a même adopté un règlement garantissant un procès équitable à tous (*Due Process for All Ordinance*⁶¹). Ce règlement limite les cas dans lesquels les agents des forces de l'ordre de la ville peuvent donner un préavis aux services de l'immigration et des douanes quant à la libération d'une personne d'une prison locale. Il interdit également toute coopération lors de demandes de ces services relatives à des détenus⁶².

Aujourd'hui, la ville de San Francisco est une des plus de 200 villes à travers les États-Unis à avoir une politique en matière de refuge (*sanctuary policy*). Certains États appliquent également ce type de politique.

6.2 Définitions

Il n'existe pas de définition juridique des politiques en matière de refuge (*sanctuary policies*). Le terme s'applique aux administrations qui limitent la coopération avec les autorités fédérales en matière d'immigration, notamment en ne fournissant pas des renseignements sur le statut d'immigrant et en limitant la durée maximale de la détention des immigrants. Les États et les localités coopèrent souvent avec les organismes fédéraux d'application de la loi, en particulier lors d'enquêtes criminelles. Certains États et administrations locales ont des politiques qui limitent la coopération dans les enquêtes civiles pour appuyer la sécurité publique et les objectifs de police communautaire, comme encourager les témoins et les victimes d'actes criminels à se manifester, même si les personnes concernées n'ont pas d'autorisation de séjour.

Il s'agit de villes dans lesquelles le gouvernement ordonne à la police de ne pas vérifier le statut de séjour d'une personne lors d'un contrôle. Dans les faits, cela revient à reconnaître un droit à demeurer dans cette ville.

6.3 Carte d'identité municipale (*city card*)

6.3.1 Origine

Le concept d'*urban citizenship* (citoyenneté urbaine) découle directement des politiques en matière de refuge (cf. supra). Il s'agit d'une concrétisation en faveur des personnes en séjour illégal. Jusqu'alors, ces politiques s'adressaient aux autorités et à la police.

6.3.2 Concept

⁶⁰ Cf. *San Francisco Administrative Code*, chapitre 12h : *Immigration Status*, disponible sur <https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF%20Admin%20Code%2012H-12I.pdf>

⁶¹ Cf. *San Francisco Administrative Code*, chapitre 12i : *Civil Immigration Detainers*, disponible sur <https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF%20Admin%20Code%2012H-12I.pdf>

⁶² Cf. *What is the Sanctuary Ordinance & FAQ*, disponible sur <https://sfgov.org/oceia/sanctuary-city-ordinance-0>

Basées sur le concept de la citoyenneté urbaine, les cartes d'identité municipales (city card) s'adressent à tous les habitants d'une ville en tant que moyen d'identification, notamment auprès de la police et ce, sans avoir à dévoiler sa nationalité et son statut de séjour (principe du « Don't ask, don't tell »). Afin de les rendre attrayantes auprès d'un maximum d'habitants, ces cartes doivent s'accompagner d'un certain nombre d'avantages et faciliter l'accès à toute une série de prestations, tant publiques que privées.

Prenons l'exemple d'une des villes les plus médiatisées d'outre-Atlantique, New York. Cette métropole délivre, depuis 2015, une carte d'identité à tous ses résidents sur présentation de pièces justificatives diverses (*The New York City Identification Card*, IDNYC)⁶³. En plus du passeport américain, les passeports ou permis de conduire étrangers, les certificats de naissance ou les cartes d'étudiant sont également acceptés aux fins d'identification. Pour prouver son séjour à New York, les factures de gaz, d'eau ou d'électricité ou, par exemple, une lettre d'un refuge pour sans-abri suffisent. L'IDNYC facilite l'accès à divers services publics et privés qui nécessitent une identification.

De telles cartes, bien qu'elles s'adressent à tous les habitants d'une ville, visent avant tout les personnes les plus vulnérables, principalement celles en séjour illégal, en cherchant à se substituer aux moyens d'identification usuels et reconnus et aux autorisations de séjour requises. Ce point n'est pas mis en avant, mais il n'en reste pas moins la principale raison d'être de ces cartes.

6.3.3 En Suisse

Une comparaison directe avec ce qui se fait aux États-Unis est difficile, car les compétences en matière d'exécution du droit des étrangers sont sensiblement différentes en Suisse.

Discussions au sein des villes de Zurich et Berne

Des réseaux comme « Züri City-Card » et « Wir alle sind Bern », engagés en faveur des sans-papiers, ont placé le débat sur le devant de la scène politique.

Le législatif de la ville de Zurich (*Gemeinderat*) a transmis le 31 octobre 2018 une motion⁶⁴ à l'exécutif (*Stadtrat*). Celui-ci doit, dans un délai de deux ans, soumettre une proposition sur la manière dont la « Züri City-Card » pourrait être introduite pour tous les habitants de la ville, y compris les sans-papiers.

Le gouvernement zurichois (*Regierungsrat des Kantons Zürich*) a rejeté une interpellation réclamant des mesures similaires à l'opération Papyrus, en arguant que la situation dans le canton de Zurich ne pouvait pas être comparée avec celle du canton de Genève, qui connaît la plus forte densité de sans-papiers de Suisse. Selon le gouvernement zurichois, cette situation serait principalement liée au grand nombre d'étrangers avec un statut diplomatique et aux travailleurs domestiques qu'ils emploient. Dans sa réponse à l'interpellation, il a ajouté que la Confédération était compétente dans le domaine des étrangers et que les sans-papiers pouvaient demander une autorisation pour cas de rigueur⁶⁵.

Dans le programme de points forts qu'il a adopté pour la période 2018 à 2021 pour mettre en œuvre les lignes directrices de la politique d'intégration, le conseil communal de la ville de Berne s'est fixé comme objectif de contribuer au débat sur la notion de « citoyenneté urbaine » et de s'efforcer de créer une « carte d'identité urbaine » ou *city card* encourageant une participation pleine et entière à tous les habitants de la ville. La concrétisation de cet objectif a été confiée au *Kompetenzzentrum Integration*, le centre de compétences en matière d'intégration de la ville de Berne.

⁶³ Cf. <https://www1.nyc.gov/site/idnyc/benefits/benefits.page>

⁶⁴ Dringliche Motion der SP-Grüne und AL.-Fraktion vom 11.7.18 « Einführung einer städtischen Identitätskarte für alle Stadtbewohnerinnen und Stadtbewohner (Züri City Card) » (2018/278), disponible sous: www.gemeinderat-zuerich.ch > Geschäfte.

⁶⁵ Cf. Regierungsratsbeschluss Nr. 404/2017 vom 9. Mai 2017 zu Interpellation Michèle Dünki-Bättig, Glattfelden, Sibyle Marti und Thomas Marthaller, Zürich, betreffend Sans-Papiers im Kanton Zürich, disponible sous www.zh.ch > Kanton Zürich > Politik & Staat > Gesetze & Beschlüsse > Beschlüsse des Regierungsrates.

Cadre légal

Le concept des « city cards » réglant le séjour des titulaires, a récemment fait débat au Parlement suisse et soulevé un certain nombre d'interrogations.

La question du conseiller national Rutz (18.5587) « Régularisation par les communes des étrangers séjournant clandestinement sur leur territoire » demande s'il est possible d'instaurer des documents d'identité communaux pour régulariser le séjour des sans-papiers et, si cela devait être le cas, qui aurait compétence pour établir ces documents d'identité. Le Conseil fédéral a répondu que les communes et les cantons ne sont pas compétents pour réglementer eux-mêmes de manière contraignante le séjour des sans-papiers en leur fournissant un document d'identification.

L'interpellation du conseiller national Hess « Les city cards sont-elles illégales? » (19.3933) demande notamment si ces cartes sont contraires au droit, si elles ont une valeur juridique, si les autorités cantonales et communales sont compétentes pour délivrer ce genre de documents et si des mesures doivent être prises par la Confédération. Cette interpellation n'a pas encore été traitée par le Conseil national.

Comme il l'avait fait pour la question Rutz, le Conseil fédéral a précisé dans sa réponse que la législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération (cf. art. 121, al. 1, Cst.⁶⁶). La LEI⁶⁷ règle les conditions auxquelles un étranger peut être admis en Suisse et reçoit un titre de séjour (art. 41 LEI). Ni les cantons ni les communes n'ont de compétence propre en la matière. Partant, une carte émise par une ville reconnaissant *de facto* un droit de séjour sur le territoire de celle-ci serait contraire au droit fédéral⁶⁸.

L'introduction d'une telle carte comme document d'identité serait également contraire au droit fédéral dès lors que le Conseil fédéral est compétent pour régler les types de documents d'identité pour les Suisses selon la loi fédérale sur les documents d'identité (cf. art. 1, al. 3)⁶⁹. À l'heure actuelle, les documents reconnus par la législation sont le passeport et la carte d'identité, conformément aux dispositions de l'ordonnance sur les documents d'identité (cf. art. 1 ODI)⁷⁰. S'agissant des ressortissants étrangers, la LEI exige qu'ils soient munis d'une pièce de légitimation étrangère valable et reconnue durant leur séjour en Suisse (art. 13, al. 1, et 89 LEI). Le Conseil fédéral est ici aussi compétent pour désigner ces pièces de légitimation en vertu de l'ordonnance sur l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative (cf. art. 13, al. 1, LEI et art. 8 OASA)⁷¹.

Selon le concept de la « city card », un tel document pour les sans-papiers est destiné à donner l'apparence d'une situation légalement conforme en matière de réglementation du séjour. Elle confère dès le départ l'apparence d'une certaine légalité au séjour sur le territoire de la ville en question, en offrant aux sans-papiers une protection contre d'éventuels contrôles et l'accès à d'autres services. Ces personnes ne seront pas inquiétées par les autorités et pourront, si elles en remplissent les conditions, déposer une demande d'autorisation pour cas de rigueur après un certain nombre d'années, pour autant que les autres conditions soient remplies. Un tel concept permettrait de contourner beaucoup plus facilement les réglementations fédérales sur l'admission et le séjour des étrangers.

⁶⁶ RS 101

⁶⁷ RS 142.2

⁶⁸ Textes disponibles sous www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche curia vista.

⁶⁹ RS 143.1

⁷⁰ RS 143.11

⁷¹ RS 142.201

7 Affiliation des sans-papiers aux assurances sociales

7.1 Assurance-maladie

7.1.1 Assujettissement

Aux termes de l'art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)⁷², toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie, ou être assurée par son représentant légal, dans les trois mois qui suivent sa prise de domicile en Suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷³, le fait de disposer ou non d'une autorisation de séjour valable n'est pas déterminant pour la question du domicile. Les sans-papiers qui résident en Suisse avec l'intention de s'y établir y ont leur domicile et sont donc soumis à l'obligation de s'assurer.

S'agissant des personnes entrées dans le cadre d'une procédure d'asile, elles ont en principe leur domicile en Suisse puisqu'elles y résident et ont quitté leur domicile à l'étranger (art. 24, al. 2, du code civil suisse, CC). À la suite d'une décision d'asile négative définitive, il est parfois difficile de savoir si la personne concernée a quitté la Suisse ou non. S'il existe des indices sérieux que la personne ne se trouve plus en Suisse, le canton peut demander la suspension de l'échéance des primes (art. 92d de l'ordonnance sur l'assurance-maladie ; OAMal)⁷⁴. Les personnes qui restent en Suisse nonobstant l'issue négative de leur procédure d'asile y conservent leur domicile et restent par conséquent soumis à l'obligation de s'assurer. Cette dernière ne prend fin que lorsqu'il est prouvé que la personne a quitté définitivement la Suisse ou lorsqu'elle décède (art. 7, al. 5, OAMal).

Plusieurs interventions parlementaires ont été déposées dans le but d'exclure les sans-papiers de l'assurance obligatoire des soins⁷⁵.

Pour garantir l'affiliation des sans-papiers à l'assurance obligatoire des soins, l'OFAS, alors compétent pour la surveillance de l'assurance-maladie, a édicté en 2002 une directive rappelant aux assureurs leur obligation. Comme le Conseil fédéral l'a constaté dans son rapport du 23 mai 2012⁷⁶, seule une partie des sans-papiers vivant en Suisse est assurée. Les raisons en sont multiples : situation financière précaire, volonté d'éviter les contacts avec les autorités, difficulté à entreprendre les démarches d'affiliation auprès d'un assureur. Le Conseil fédéral a pour objectif d'augmenter la couverture d'assurance des sans-papiers. À la suite de l'interpellation Maury Pasquier (14.3798) « Sans-papiers sans assurance-maladie. Établir le numéro AVS à 13 chiffres quel que soit le statut légal », les organisations qui s'occupent des sans-papiers ont été informées d'un contact à l'OFSP pour les problèmes d'établissement de la carte d'assuré. Les cas qui ont été annoncés à l'OFSP ont été réglés à la satisfaction des intéressés.

7.1.2 Droit aux prestations

Toutes les personnes assurées selon la LAMal ont droit au même catalogue de prestations, indépendamment de leur statut (art. 5, let. f, de la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie ; LSAMal). Plusieurs interventions parlementaires ont été déposées dans le but de restreindre les

⁷² RS 832.10

⁷³ ATF 129 V 77

⁷⁴ RS 832.102

⁷⁵ Cf. motion Kuprecht (10.3203) « LAMal. Exonérer les sans-papiers de l'obligation de s'assurer » (rejet), initiative parlementaire Reimann (12.484) « Assurance de base selon la LAMal. Retirer de l'assurance obligatoire les sans-papiers et les requérants d'asile déboutés ou frappés d'une décision de non-entrée en matière » (refus de donner suite), motion UDC (12.3819) « Domaine de l'asile. L'accès aux soins doit être garanti hors du cadre de la LAMal » (rejet), motion Brand (12.3820) « Les bénéficiaires de l'aide d'urgence ne doivent plus être affiliés à l'assurance-maladie » (rejet), initiative parlementaire Giezendanner (16.467) « Supprimer l'obligation de s'assurer pour les personnes en séjour illégal » (retrait). Cf aussi ch. 3 du présent rapport.

⁷⁶ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484) « Assurance-maladie et accès aux soins des sans-papiers », disponible sous : www.ofsp.admin.ch > Stratégie & politique > Stratégies nationales en matière de santé > Égalité des chances en matière de santé > Égalité des chances dans le système de santé > Accès aux soins de santé des sans-papiers.

prestations dont peuvent bénéficier les sans-papiers⁷⁷. Dans ses réponses, le Conseil fédéral a toujours affirmé qu'il est primordial que toutes les personnes habitant en Suisse – quel que soit leur origine ou leur statut de séjour – aient droit aux mêmes soins médicaux.

7.2 Assurance-accidents

7.2.1 Assujettissement

Conformément à l'art. 1a, al. 1, de la loi sur l'assurance-accidents (LAA)⁷⁸, tous les travailleurs occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, les apprentis, les stagiaires, les volontaires, ainsi que les personnes travaillant dans des écoles de métiers ou des ateliers protégés, sont assurés à titre obligatoire contre les accidents et les maladies professionnels. S'ils sont occupés au moins huit heures par semaine auprès d'un même employeur, ils sont également assurés contre les accidents non professionnels (art. 13 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents ; OLAA)⁷⁹.

Selon la jurisprudence, est réputé travailleur au sens de l'art. 1a, al. 1, LAA celui qui, dans un but lucratif ou de formation et sans devoir supporter de risque économique propre, exécute durablement ou provisoirement un travail pour un employeur, auquel il est plus ou moins subordonné. Sont ainsi visées avant tout les personnes au bénéfice d'un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants du code des obligations (CO)⁸⁰ ou qui sont soumises à des rapports de service de droit public. Cependant, l'existence d'un contrat de travail ne constitue pas une condition pour la reconnaissance de la qualité de travailleur au sens de l'art. 1a, al. 1, LAA.

En l'absence d'un contrat de travail ou de rapports de service de droit public, la qualité de travailleur doit être déterminée à la lumière de l'ensemble des circonstances économiques du cas d'espèce. Dans cette appréciation, il convient de ne pas perdre de vue que la LAA, dans la perspective d'une couverture d'assurance la plus globale possible, inclut également des personnes qui, en l'absence de rémunération, ne peuvent pas être qualifiées de travailleurs, tels que les bénévoles ou les stagiaires. La notion de travailleur au sens de l'art. 1a LAA est par conséquent plus large que celle que l'on rencontre en droit du travail.

De façon générale, la jurisprudence insiste sur deux critères pouvant établir l'assujettissement à la LAA : le but de formation pour la personne engagée ou l'intérêt économique de l'entreprise (rendement du travail présentant un intérêt économique). En application de ces principes, le Tribunal fédéral a jugé qu'une bénéficiaire de l'aide sociale placée à l'essai sans être rémunérée dans une entreprise de nettoyage était assurée par cette dernière, dès lors qu'elle a un intérêt économique à la prestation accomplie (ATF 8C_302/ 2017 du 18 août 2017). Il a également estimé qu'une adolescente de 15 ans, qui travaillait pendant ses loisirs dans un centre équestre et qui, pour seule contrepartie, avait le droit de monter à cheval, était obligatoirement assurée contre les accidents (ATF 115 V 55).

Les personnes dépourvues de titre de séjour ne font pas exception à la règle. À partir du moment où il est considéré comme travailleur selon les critères jurisprudentiels développés ci-avant, par exemple en raison de l'intérêt économique de l'entreprise qui l'a engagé, un sans-papiers est assuré selon les dispositions de la LAA. Dès lors, les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de son employeur. Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels, si une telle couverture est donnée, sont à sa charge. Les conventions contraires en faveur du travailleur sont réservées (art. 91 LAA).

⁷⁷ Cf. motion Brand (12.3820) « Les bénéficiaires de l'aide d'urgence ne doivent plus être affiliés à l'assurance-maladie » : cette motion demande qu'en cas de maladie, les autorités cantonales compétentes envoient les bénéficiaires de l'aide d'urgence chez un médecin qui ne fournira que les soins minimaux (rejet) ; motion Flückiger-Bäni (17.3535) « Assurance-maladie "light" pour les personnes dont le statut de séjour est précaire » (classement), motion UDC (19.3035) « Assurance-maladie "light" pour les personnes dont le statut de séjour est précaire » (non encore traitée). Cf aussi ch. 3 du présent rapport.

⁷⁸ RS 831.20

⁷⁹ RS 832.202

⁸⁰ RS 220

7.2.2 Droit aux prestations

L'art. 73 LAA prévoit que la caisse supplétive LAA alloue les prestations légales d'assurance aux travailleurs victimes d'un accident que la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) n'a pas la compétence d'assurer et qui n'ont pas été assurés par leur employeur. Si, de par son activité, l'entreprise est obligatoirement assurée auprès de la CNA conformément à l'art. 66 LAA, c'est à cette dernière compagnie jouissant d'un monopole partiel d'allouer ses prestations, même si l'employeur n'a pas effectué les démarches pour assurer son personnel. Si l'employeur n'a pas assuré ses travailleurs, n'a pas annoncé l'ouverture de son entreprise ou, de toute autre manière, s'est dérobé à son obligation de payer les primes, la CNA ou la caisse supplétive perçoit auprès de lui, pour la durée de son omission, mais pour cinq ans au plus, des primes spéciales s'élevant au montant des primes dues. Ce montant est doublé lorsque d'une manière inexcusable, l'employeur s'est dérobé à l'obligation d'assurer ses travailleurs ou de payer les primes. En cas de récidive de la part de l'employeur, les primes spéciales peuvent être d'un montant de trois à dix fois celui des primes dues (art. 95 LAA).

En conclusion, même dépourvu de titre de séjour, un travailleur étranger est obligatoirement assuré contre les accidents selon la LAA, comme n'importe quel autre travailleur. Le fait qu'il n'ait pas été annoncé par son employeur aux différentes autorités compétentes, en matière d'assurances sociales notamment, ne change rien à l'existence de cette couverture. En tous les cas, il est couvert et percevra les prestations d'assurance selon les dispositions de la LAA.

7.3 Assurance-vieillesse, survivants, et invalidité et régime des allocations pour perte de gain

7.3.1 Obligation de s'affilier et de cotiser

La Cst. consacre le caractère obligatoire de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS et AI) et du régime des allocations pour perte de gains (APG) (art. 112, al. 2, let. a, et 116, al. 3, Cst.⁸¹). Ces assurances sont obligatoires pour toutes les personnes domiciliées ou exerçant une activité lucrative en Suisse. La notion de domicile se fonde ici sur les dispositions du code civil (art. 13 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA] et art. 23 ss CC), en vertu desquelles le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. Si le domicile ne peut être attesté, c'est l'endroit où la personne réside qui en tient lieu. L'illicéité du séjour ne signifie pas l'absence de domicile au sens du droit civil et n'empêche pas l'affiliation aux assurances sociales ni la perception de prestations de ces assurances.

Les sans-papiers qui ont leur domicile ou qui travaillent en Suisse ont l'obligation de s'affilier : toute personne domiciliée ou travaillant en Suisse doit payer des cotisations à l'AVS, à l'AI et aux APG, indépendamment de sa nationalité et de son statut de séjour (art. 1a, 3 et 12 LAVS⁸², art. 2 LAI⁸³ et art. 27, al. 1, LAPG⁸⁴). L'obligation de cotiser à l'AI et aux APG découle de l'obligation de cotiser à l'AVS. Quiconque doit payer des cotisations à l'AVS doit donc automatiquement en payer à l'AI et aux APG.

Personnes exerçant une activité lucrative

Tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation (art. 11, al. 1, LEI⁸⁵). Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91, al. 1, LEI). Même s'il ne possède pas d'autorisation pour travailler, un sans-papiers qui exerce une activité lucrative en Suisse a, conformément à la loi, l'obligation de s'affilier et de payer des cotisations (art. 1a, al. 1, let. b, et art. 3 LAVS). L'obligation de

⁸¹ RS 101

⁸² RS 831.10

⁸³ RS 831.20

⁸⁴ RS 834.1

⁸⁵ RS 142.20

cotiser débute le 1^{er} janvier qui suit le 17^e anniversaire. Le montant des cotisations AVS/AI/APG est calculé sur la base du salaire déterminant (art. 4, al. 1, LAVS)⁸⁶.

Dans le cas de personnes exerçant une activité lucrative salariée, les cotisations sont financées à parts égales par l'employeur et par le travailleur et retenues sur chaque paie (art. 14, al. 1, LAVS). L'employeur verse périodiquement les cotisations à la caisse de compensation compétente. La personne sans papiers qui exerce une activité lucrative n'a donc jamais besoin d'être directement en contact avec la caisse de compensation. C'est l'employeur qui se charge de la déclarer à l'AVS et de décompter pour elle les cotisations.

En revanche, les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante versent leurs cotisations directement à la caisse de compensation. Les autorités fiscales communiquent le revenu net à la caisse de compensation : le revenu issu de l'activité indépendante selon la taxation déterminante pour l'impôt fédéral direct sert de base pour le calcul des cotisations.

L'obligation de cotiser prend fin soit lorsque cesse l'activité lucrative, soit lorsque la personne atteint l'âge ordinaire de la retraite (65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes ; art. 21, al. 1, LAVS), même si elle continue d'exercer une activité lucrative.

Personnes sans activité lucrative

Les personnes qui n'ont pas de revenu professionnel ou dont le revenu est minime et qui sont domiciliées en Suisse doivent payer des cotisations en tant que personnes sans activité lucrative. Dans leur cas, l'obligation de cotiser débute le 1^{er} janvier qui suit leur 20^e anniversaire et prend fin au moment où elles atteignent l'âge ordinaire de la retraite.

Exceptions à l'obligation de cotiser :

- *Assurés dont le conjoint exerce une activité lucrative au sens défini par l'AVS et verse au moins le double de la cotisation minimale (art. 3, al. 3, let. a, LAVS).*
- *Assurés collaborant dans l'entreprise familiale sans toucher de salaire en espèces et dont le conjoint verse au moins le double de la cotisation minimale (art. 3, al. 3, let. b, LAVS).*

Les personnes sans activité lucrative qui ne sont pas encore enregistrées auprès d'une caisse de compensation pour le versement des cotisations doivent s'annoncer elles-mêmes à la caisse de compensation de leur canton de domicile. Les caisses de compensation fixent les acomptes de cotisations. Les cotisations définitives sont généralement calculées sur la base de la taxation fiscale.

Si une caisse de compensation a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations n'a pas payé de cotisations, elle doit réclamer, au besoin par décision, le paiement des cotisations dues (art. 39, al. 1, LAVS). La créance de cotisations s'éteint cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en force (art. 16, al. 2, LAVS). De même, un paiement a posteriori des cotisations dues ou leur décompte de la rente n'est admis que pendant ces cinq ans.

Une étude de 2005 révèle que les sans-papiers n'entrent guère en contact de leur propre chef avec des services officiels⁸⁷. De manière générale, ils ne s'acquittent pas de leur obligation de cotiser : d'une part, parce que leurs employeurs ne les déclarent que rarement à la caisse de compensation AVS, d'autre part parce qu'ils ne s'annoncent pas d'eux-mêmes s'ils n'exercent pas d'activité lucrative. Les sans-papiers annoncés aux caisses de compensation AVS sont donc l'exception.

⁸⁶ Si le salaire déterminant conformément au contrat de travail ne dépasse pas 2300 francs par année civile, les cotisations ne sont perçues que sur demande. Toutefois, quiconque occupe du personnel de maison doit procéder à un décompte des cotisations aux assurances sociales même si le salaire en espèces ou en nature est inférieur à 2300 francs par an.

⁸⁷ Cf. rapport « Sans-papiers en Suisse : c'est le marché de l'emploi qui est déterminant, non pas la politique d'asile », op. cit., p. 41 ss.

7.3.2 Droit aux prestations

7.3.2.1 Assurance-vieillesse et survivants (AVS)

Rente de vieillesse de l'AVS

Ont droit à une rente de vieillesse de l'AVS les assurés qui atteignent l'âge ordinaire de la retraite (65 ans pour les hommes, 64 ans pour les femmes ; art. 21, al. 1, LAVS) et auxquels il est possible de porter en compte au moins une année entière de cotisations (durée de cotisation minimale, art. 50 RAVS en relation avec l'art. 29 LAVS). Le montant de la rente dépend du nombre d'années de cotisation, du revenu provenant d'une activité lucrative et des bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance⁸⁸. La rente de vieillesse n'est pas versée automatiquement lorsque la personne atteint l'âge ordinaire de la retraite. Il faut en faire la demande auprès de la caisse de compensation compétente.

Les étrangers domiciliés en Suisse ont droit à une rente à ces mêmes conditions. S'ils quittent définitivement la Suisse, leur rente leur est versée à l'étranger, pour autant que la Suisse soit liée par une convention de sécurité sociale avec le pays concerné. En l'absence d'une telle convention, les personnes peuvent, sous certaines conditions, demander le remboursement des cotisations payées (cf. ch. 7.3.3).

La personne qui n'a pas payé de cotisations alors qu'elle avait l'obligation de s'affilier n'a pas droit à une rente de vieillesse.

À la rente de vieillesse de l'AVS peuvent aussi s'ajouter, sous certaines conditions, les prestations suivantes :

- *Rente pour enfant de l'AVS (art. 22^{ter} LAVS) : versement à des ressortissants étrangers domiciliés hors de Suisse uniquement s'il existe une convention d'assurance sociale avec le pays concerné ;*
- *Contribution d'assistance de l'AVS (art. 43^{bis} LAVS) : uniquement en cas de domicile et de résidence habituelle en Suisse ;*
- *Contribution d'assistance de l'AVS (art. 43^{bis} LAVS) : versement à des ressortissants étrangers domiciliés hors de Suisse uniquement s'il existe une convention d'assurance sociale avec le pays concerné ;*
- *Moyens auxiliaires de l'AVS (art. 43^{quater} LAVS) : uniquement en cas de domicile et de résidence habituelle en Suisse.*

Rente de survivants de l'AVS

Une personne a droit à une rente si la personne décédée pouvait justifier d'au moins une année entière de cotisation à l'AVS. Il existe trois types de rentes de survivants :

- *La rente de veuve, versée aux veuves qui ont un ou plusieurs enfants ; si la veuve n'a pas d'enfants, le droit à la rente dépend de son âge et de la durée du mariage (art. 23, 24 et 24a LAVS).*
- *La rente de veuf, versée tant que le veuf a des enfants de moins de 18 ans (art. 23, 24, al. 2, et 24a LAVS).*
- *La rente d'orphelin, versée jusqu'au 18^e anniversaire ou jusqu'à l'âge de 25 ans au plus en cas de formation (art. 25 LAVS).*

⁸⁸ Une bonification pour tâches éducatives n'est accordée que pour les années durant lesquelles la personne exerce l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans (art. 29^{sexies} LAVS). Une bonification pour tâches d'assistance est accordée pour la prise en charge de parents nécessitant des soins (art. 29^{septies} LAVS). Il n'est pas possible de cumuler, pour une même période, une bonification pour tâches éducatives et une bonification pour tâches d'assistance.

La rente de survivants n'est pas versée automatiquement. La veuve, le veuf ou l'orphelin doit en faire la demande auprès de la caisse de compensation compétente.

Si la personne décédée était étrangère, une rente de survivants n'est versée que si les bénéficiaires ont leur domicile en Suisse. S'ils quittent la Suisse, la rente ne leur est versée à l'étranger que si la Suisse a conclu une convention de sécurité sociale avec les pays concernés (cf. ch. 7.3.3).

Dans la pratique, les sans-papiers ne touchent en général pas de rente de vieillesse ou de survivants, d'une part parce qu'ils évitent dans leur majorité les contacts avec les autorités et, d'autre part, parce que les données personnelles vérifiables nécessaires font souvent défaut.

7.3.2.2 Assurance-invalidité (AI)

Pour les personnes sans papiers, le droit aux prestations de l'AI est garanti aussi longtemps qu'elles sont soumises à l'obligation d'être assurées (voir ch. 7.3.1) et qu'elles remplissent les conditions définies dans la loi ou les conventions de sécurité sociale. Les prestations de l'AI couvrent un large spectre de mesures. Elles comprennent aussi bien des mesures de réadaptation (mesures médicales, mesures d'ordre professionnel et moyens auxiliaires) que les rentes et les allocations pour impotent. Le tableau ci-dessous donne un aperçu des conditions d'assurance de l'AI par type de prestations pour les personnes étrangères provenant d'États non contractants, situation correspondant à la plupart des personnes sans papiers⁸⁹.

Tableau : conditions d'assurance de l'AI pour les personnes de nationalité étrangère provenant d'un État non contractant

	Conditions de base	Conditions complémentaires
Mesures de réadaptation	<u>Plus de 20 ans :</u> Être assuré (art 9, al. 1^{bis}, LAI)	<u>Plus de 20 ans :</u> Avoir cotisé pendant une année avant la survenance du cas ou avoir dix ans de résidence ininterrompue en Suisse (art. 6, al. 2, LAI)
	<u>Moins de 20 ans :</u> Être assuré ou avoir un parent assuré (art. 9, al. 2, LAI)	<u>Moins de 20 ans :</u> Être né invalide en Suisse ou, lors de la survenance de l'invalidité, avoir résidé en Suisse sans interruption depuis une année au moins ou depuis la naissance, et avoir un père ou une mère comptant au moins une année entière de cotisation ou dix ans de résidence ininterrompue en Suisse (art. 9, al. 3, LAI)
Rente ordinaire	Trois années de cotisation entières lors de la survenance de l'invalidité (art. 36, al. 1, LAI)	Pas d'exportation des rentes à l'étranger (art. 18, al. 2, LAVS)
Rente extraordinaire	Avoir été assuré pendant le même nombre d'années que les personnes de la même classe d'âge, sans avoir pu remplir la durée minimale de cotisation de	Avoir rempli les conditions d'octroi de mesures de réadaptation avant l'âge de 20 ans (soit en ayant bénéficié de mesures de réadaptation avant cet âge, soit en ayant pu y prétendre [art. 9, al. 3, et art. 39, al. 3, LAI]) Exportation : les rentes extraordinaires

⁸⁹ Cf. rapport op. cit « Les sans-papiers en Suisse en 2015 », p. 41.

	trois ans avant l'ouverture du droit à la rente (art. 39 LAI et 42 LAVS)	ne sont en principe versées qu'aux personnes qui ont leur domicile en Suisse ou qui y séjournent
Allocation pour impotent	Être assujetti à l'AI (art. 42 LAI)	<u>Plus de 18 ans :</u> Lors de la survenance de l'invalidité : avoir cotisé une année ou avoir dix ans de résidence ininterrompue en Suisse ; avoir son domicile et sa résidence habituelle en Suisse (art. 6, al. 2, LAI)
		<u>Moins de 18 ans :</u> Lors de la survenance de l'invalidité : remplir les conditions pour bénéficier de mesures de réadaptation conformément à l'art. 9, al. 3, LAI (art. 42 ^{bis} , al. 2, LAI)

À l'instar des rentiers AVS, les personnes qui touchent une rente invalidité ont droit à une rente pour les enfants mineurs ou les enfants qui poursuivent leurs études. La rente d'enfant est versée jusqu'à l'âge de 25 ans au plus (art. 35 LAI).

Les assurés qui touchent une allocation pour impotent et qui vivent à domicile ont droit, sous certaines conditions, à une contribution d'assistance (art. 42^{quater}, al. 1, let. a, LAI). Les conditions du droit à la contribution d'assistance pour les assurés mineurs et majeurs sont définies aux art. 39a et 39b du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI)⁹⁰.

7.3.2.3 Allocations pour perte de gain (APG)

Les allocations pour perte de gain (loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain, LAPG⁹¹) sont un régime octroyant une compensation de la perte de gain en cas de service et en cas de maternité.

Allocation pour perte de gain en cas de service

Les personnes qui effectuent un service dans l'armée suisse ou dans le Service de la Croix-Rouge ont droit à une allocation pour perte de gain (art. 1a APG). L'obligation de servir concerne uniquement les citoyens suisses (art. 2, al. 1, de la loi sur l'armée du 3 février 1995, LAAM⁹²). Les sans-papiers étant, par définition, des étrangers sans titre de séjour, ils ne sont pas astreints au service militaire.

Les participants aux cours fédéraux et cantonaux pour moniteurs « Jeunesse et sport », au sens de l'art. 9 de la loi du 17 juin 2011 sur l'encouragement du sport (LESp)⁹³ ainsi que les participants aux cours pour moniteurs de jeunes tireurs au sens de l'art. 64 LAAM ont aussi droit aux APG (art. 1a, al. 4, LAPG). L'Office fédéral du sport désigne les cours qui donnent droit à l'allocation (art. 3 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain, RAPG⁹⁴). On peut partir du principe que les sans-papiers ne suivent pas de cours de ce type. La participation se fait en effet sur recommandation et inscription par un coach J+S d'une association ou d'une école et une fois formés, les moniteurs J+S s'engagent à participer régulièrement à des activités. L'allocation doit en outre être demandée à la caisse de compensation. Or comme indiqué précédemment, les sans-papiers n'y sont généralement pas annoncés.

Allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité)

⁹⁰ RS 831.201

⁹¹ RS 834.1

⁹² RS 510.10

⁹³ RS 415.0

⁹⁴ RS 834.11

Ont droit à l'allocation de maternité les femmes soumises à l'assurance obligatoire au sens de la LAVS pendant les neuf mois qui ont immédiatement précédé la naissance de l'enfant, qui ont exercé une activité lucrative pendant au moins cinq mois pendant cette période et qui, au moment de l'accouchement, avaient l'un des statuts professionnels suivants :

- *Salariée ;*
- *Chômeuse et touchant déjà une indemnité journalière de l'assurance-chômage ou justifiant d'une période de cotisation suffisante au sens de la loi sur l'assurance-chômage ;*
- *En incapacité de travail et touchant, pour cette raison, des indemnités.*

L'allocation de maternité doit être demandée auprès de la caisse de compensation compétente. La personne doit pour ce faire produire toute une série de documents, dont une copie d'une pièce d'identité et du livret de famille ou de l'acte de naissance. Le versement de l'allocation de maternité est donc subordonné à l'exercice d'une activité lucrative et à la fourniture de documents officiels concernant la mère et l'enfant, c'est-à-dire deux éléments qui font que les sans-papiers ne touchent généralement pas cette prestation.

7.3.3 Droit aux prestations de l'AVS et de l'AI en cas de départ de Suisse

La Suisse et le pays de destination ont conclu une convention de sécurité sociale

Si un sans-papiers quitte définitivement la Suisse pour s'installer dans un pays avec lequel la Suisse a conclu une convention de sécurité sociale⁹⁵ et qu'il y obtient le statut de réfugié ou d'apatride, il perçoit une rente AVS ou AI ou, si la convention prévoit cette possibilité, se voit rembourser les cotisations AVS qu'il a versées. Les sans-papiers étant, par définition, des étrangers dépourvus de titre de séjour, les conditions de leur séjour restent généralement non régularisées après leur départ et il est, de ce fait, peu probable qu'ils demandent des prestations à la Suisse.

La Suisse et le pays de destination n'ont pas conclu de convention de sécurité sociale

Si un sans-papiers quitte définitivement la Suisse pour s'installer dans un pays avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de sécurité sociale, il ne perçoit aucune rente AVS ou AI à l'étranger. Il peut cependant demander le remboursement des cotisations AVS qu'il a versées. Les sans-papiers étant, par définition, des étrangers dépourvus de titre de séjour, les conditions de leur séjour restent généralement non régularisées après leur départ et il est, de ce fait, peu probable qu'ils demandent le remboursement de ces cotisations.

7.4 Prestations complémentaires

La loi fédérale sur les prestations complémentaires dispose que les étrangers n'ont droit à des prestations complémentaires que s'ils séjournent de manière légale en Suisse (art. 5, al. 1, LPC). Par conséquent, les personnes sans-papiers n'ont pas droit à de telles prestations.

7.5 Prévoyance professionnelle

Le régime obligatoire de la prévoyance professionnelle s'applique à toutes les personnes qui touchent un salaire soumis à l'AVS d'au moins 21 330 francs (seuil d'accès depuis 2020). S'agissant de son caractère obligatoire, le deuxième pilier de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité se fonde sur les mêmes considérations que le premier et ne prévoit pas de critères spécifiques concernant le statut de séjour de l'assuré. Comme pour le premier pilier, même s'il ne dispose pas de l'autorisation nécessaire, un sans-papiers exerçant une activité lucrative en Suisse est soumis, de par la loi, au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle dès lors que son salaire dépasse le seuil d'accès fixé.

⁹⁵ La Suisse a conclu des conventions de sécurité sociale, qui coordonnent le domaine des prestations de sécurité sociale, avec les pays suivants : États membres de l'UE ou de l'AELE (conventions instituant l'ALCP et l'AELE), Australie, Bosnie et Herzégovine, Brésil, Canada, Chili, États-Unis, Israël, Japon, Kosovo, Macédoine, Monténégro, Philippines, Saint-Marin, Serbie, Turquie et Uruguay.

L'obligation de s'assurer débute le jour où commencent les rapports de travail, mais au plus tôt à l'âge de 17 ans. De 17 ans à 24 ans, les cotisations couvrent uniquement les risques de décès et d'invalidité. À partir de 25 ans, l'assuré cotise également au titre de la prévoyance vieillesse. Certains groupes de personnes ne sont pas soumis au régime obligatoire. Il s'agit, entre autres, des indépendants et des salariés avec un contrat de travail de durée déterminée n'excédant pas trois mois.

La prévoyance vieillesse réalisée dans le cadre du deuxième pilier repose sur une épargne individuelle. L'avoir de vieillesse peut être perçu avant d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite, par exemple si la personne commence une activité indépendante ou si elle quitte définitivement la Suisse. Les assurés qui quittent la Suisse pour un pays de l'UE/AELE où ils continueront d'être affiliés à un régime d'assurance sociale obligatoire ne peuvent pas retirer la totalité de leur avoir de vieillesse, mais uniquement ce que l'on appelle la part surobligatoire. Les sans-papiers sont traités, à cet égard aussi, de la même manière que les autres assurés. À la différence des rentes de vieillesse de l'AVS, qui ne peuvent être exportées que dans un État avec lequel la Suisse a conclu une convention d'assurance sociale, les rentes de la prévoyance professionnelle sont versées partout dans le monde. Les avoirs sont gérés de manière décentralisée par des institutions de prévoyance auxquelles s'affilient les employeurs. On ignore dans combien de cas des sans-papiers retirent leurs avoirs par anticipation ou en cas de prévoyance, et à combien se montent les avoirs du deuxième pilier qui leur sont effectivement attribués.

7.6 Allocations familiales

Les assurances sociales se fondent pour l'essentiel sur le régime de l'assurance obligatoire au sens de la LAVS. Ainsi les salariés et les indépendants dans et en dehors de l'agriculture sont soumis à l'obligation d'assurance en matière d'allocations familiales. Les personnes sans activité lucrative dont le revenu imposable ne dépasse pas 42 660 francs par an et qui ne touchent ni des prestations complémentaires, ni une rente de vieillesse ordinaire (le cas échéant, le conjoint ne doit pas non plus toucher de rente de vieillesse) sont aussi assurées.

Une personne a droit aux allocations familiales pour :

- *Ses propres enfants (également adoptés et que les parents soient mariés ou non) ;*
- *Les enfants de son conjoint qui vivent la plupart du temps dans son ménage ou y ont vécu jusqu'à leur majorité ;*
- *Les enfants recueillis dont elle assume gratuitement et de manière durable les frais d'entretien et d'éducation ;*
- *Les frères et sœurs ou les petits-enfants, si elle subvient en majeure partie à leur entretien.*

Prestations minimales :

- *Une allocation pour enfant de 200 francs par mois pour les enfants jusqu'à 16 ans ;*
- *Une allocation de formation de 250 francs par mois à partir du début d'une formation postobligatoire suivie par l'enfant, mais au plus tôt à partir de l'âge de 15 ans ; l'allocation de formation est versée jusqu'à la fin de la formation, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 25 ans ;*
- *Une allocation de ménage de 100 francs par mois pour les travailleurs agricoles.*

Les cantons peuvent prévoir des montants plus élevés. Certains d'entre eux ont introduit des allocations de naissance et d'adoption.

Les allocations pour enfants ne sont versées à l'étranger que si la Suisse y est en tenue en application d'une convention de sécurité sociale. Pour les enfants et jeunes qui quittent la Suisse à des fins de formation, il est présumé pendant cinq ans au plus qu'ils conservent leur domicile en Suisse. Dans ce cas, ils continuent de donner droit aux allocations familiales en Suisse.

Pour percevoir les allocations familiales, la personne doit prouver, documents à l'appui, que l'enfant pour lequel l'allocation est demandée est bien son enfant et qu'il vit en Suisse. Il est toutefois

probable que les sans-papiers ne font souvent pas valoir leur droit aux allocations familiales afin d'éviter un contact avec les autorités.

7.7 Assurance-chômage

7.7.1 Indemnité de chômage

Pour avoir droit à l'indemnité de chômage, les étrangers sans permis d'établissement doivent, entre autres conditions :

- *Être domiciliés en Suisse (art. 8, al. 1, let. c, et 12 LACI) ;*
- *Être aptes au placement – soit notamment avoir le droit de travailler en Suisse (art. 8, al. 1, let. f, et 15, al. 1, LACI) ; et*
- *Pouvoir diminuer le dommage de l'assurance-chômage en acceptant un travail convenable (art. 17 LACI).*

Même si elles remplissent les conditions de cotisation à l'assurance-chômage (art. 8, al. 1, let. e, et 13, al. 1, LACI), le droit à l'indemnité de chômage des personnes sans papiers se heurte aux conditions de domicile, d'aptitude au placement et de possibilité de satisfaire à l'obligation de diminuer le dommage. Elles n'ont donc pas le droit à cette indemnité.

Une exception existe cependant en faveur des personnes dont l'autorisation de séjour est échue. Si elles en ont demandé le renouvellement à temps et que les autorités cantonales du marché du travail et de la police des étrangers confirment que leur demande n'est pas vouée à l'échec, l'assurance chômage peut leur ouvrir un droit à condition que toutes les autres conditions soient remplies⁹⁶.

7.7.2 Mesures du marché du travail

Les mesures du marché du travail étant destinées aux personnes qui remplissent les conditions du droit à l'indemnité de chômage (art. 8 LACI), les sans-papiers ne peuvent donc pas en bénéficier.

L'art. 59d LACI autorise les demandeurs d'emploi qui n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car ils ne remplissent ni la condition de la cotisation (art. 13 LACI), ni celle de la libération (art. 14 LACI) à bénéficier d'un accès réduit aux mesures du marché du travail. Ils doivent toutefois remplir toutes les autres conditions de l'art. 8 LACI, dont celles de l'aptitude au placement et du domicile, qui font défaut aux sans-papiers. Par conséquent tout droit aux mesures du marché du travail en faveur des personnes sans papiers est exclu.

7.7.3 Indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail

Selon l'art. 31, al. 1, let. d, LACI, les travailleurs ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail notamment lorsque cette réduction permettra de maintenir leur emploi.

Dans la mesure où l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ne saurait servir à maintenir des emplois occupés par des travailleurs qui ne possèdent pas une autorisation de travail valable, ceux-ci n'ont pas droit à cette indemnité. Le fait qu'ils ne figurent pas explicitement dans la liste des personnes n'ayant pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31, al. 3, LACI) n'y change rien dès lors qu'une des conditions du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail n'est pas remplie.

Actuellement, l'existence d'une autorisation de travail valable ne fait pas l'objet d'un examen systématique de la part des organes de l'assurance-chômage. Toutefois, s'ils découvrent par eux-mêmes ou à la suite d'un contrôle d'employeur, effectué par le SECO, ou d'un contrôle par les organes chargés de la loi sur le travail au noir (LTN) que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail a été versée à des travailleurs sans papiers, la caisse doit exiger le remboursement des prestations versées à tort.

⁹⁶ Cf. bulletin LACI IC B137 et B230 ss, établi par le SECO, disponible sous www.travail.suisse.ch > publication > directive/circulaires > pratique LACI.

Lorsque les organes de l'assurance-chômage découvrent par eux-mêmes que l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail concerne des travailleurs sans papiers, ils doivent, le cas échéant, en informer les autorités chargées de l'application de la LTN (art. 11 et 12 LTN).

Le contrat de travail n'étant pas frappé de nullité, il appartient au travailleur sans papiers concerné de faire valoir son droit au salaire à l'encontre de son employeur si son horaire de travail est réduit.

7.7.4 Indemnités en cas d'intempéries

La LACI ne dispose pas explicitement que l'indemnité en cas d'intempéries vise à maintenir des emplois dans des branches où les interruptions de travail sont fréquentes en raison de conditions météorologiques (art. 42, al. 1 LACI). Telle est pourtant son but. Les sans-papiers ne peuvent dès lors en bénéficier, puisque, comme pour l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, l'assurance-chômage ne saurait contribuer au maintien d'emplois occupés par des travailleurs séjournant illégalement en Suisse.

Ces travailleurs doivent en conséquence faire valoir eux-mêmes leur droit au paiement du salaire auprès de l'employeur en cas d'interruptions de travail pour cause d'intempéries.

7.7.5 Indemnités en cas d'insolvabilité

Les travailleurs sans-papiers qui ont des créances de salaire envers un employeur en faillite ont droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité⁹⁷. À la différence de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et de l'indemnité en cas d'intempéries, l'indemnité en cas d'insolvabilité est due, car elle couvre le salaire pour du travail déjà fourni en exécution d'un contrat de travail qui n'est pas entaché de nullité. Par ailleurs, cette prestation ne vise pas le maintien des contrats de travail. La caisse de chômage, qui indemnise les travailleurs, a l'obligation légale de se retourner par la suite contre l'employeur pour obtenir par voie de poursuite et faillite le remboursement des prestations qu'elle a allouées⁹⁸.

7.8 Service public de l'emploi

7.8.1 Conseil et placement des demandeurs d'emploi

L'accès au service public de l'emploi est réservé aux personnes qui disposent d'un permis les autorisant à exercer une activité lucrative en Suisse et à changer d'emploi et de profession. Les sans-papiers ne peuvent dès lors pas bénéficier des prestations de conseil et de placement du service public de l'emploi (relevant généralement de la compétence des ORP).

7.8.2 Obligation d'annoncer les postes vacants

Seules les personnes enregistrées en tant que demandeurs d'emploi auprès de l'ORP peuvent accéder à la plateforme sécurisée où sont annoncés les postes vacants soumis à l'obligation d'annonce. Ne pouvant pas bénéficier des prestations de conseil et de placement du service public de l'emploi, les sans-papiers ne peuvent pas non plus bénéficier de l'accès sécurisé aux postes vacants qui doivent obligatoirement être annoncés.

⁹⁷ Cf. bulletin LACI ICI B9, op. cit., disponible sous www.travail.suisse.ch > publication > directives > pratique LACI.

⁹⁸ Cf. motion Olivier Feller (17.4055). « Lutte contre le travail au noir. L'indemnité en cas d'insolvabilité ne doit être versée que si les cotisations à l'assurance-chômage ont été payées ».

8 Conséquence en cas de retrait des droits d'affiliation aux assurances sociales

8.1 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

8.1.1 Pacte I de l'ONU et autres conventions de l'ONU et de ses organisations

En ratifiant le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (pacte I de l'ONU), et en particulier son art. 9⁹⁹, la Suisse s'est engagée à reconnaître le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et de garantir ce droit au maximum de ses ressources disponibles¹⁰⁰. Cet engagement comprend celui de garantir la mise en œuvre du droit aux assurances sociales par des mesures législatives actives et d'autres mesures, et l'inscription de ce droit dans le système législatif et politique.

Le droit de toute personne à la sécurité sociale est inscrit dans le pacte I de l'ONU, mais aussi dans toute une série d'autres instruments internationaux que la Suisse a ratifiés. Par exemple dans de nombreuses conventions de l'Organisation internationale du travail¹⁰¹, à l'art. 5, let. e, ch. iv, de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁰², à l'art. 11, par. 1, let. e, et à l'art. 14, par. 2, let. c, de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁰³ et à l'art. 26 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE)¹⁰⁴.

Le système de sécurité sociale vaut en principe pour toutes les personnes (cf. ch. 7).

En ratifiant le pacte I de l'ONU, (art. 2, par. 1), la Suisse s'est engagée à ne pas régresser dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit à la sécurité sociale, qui y sont consacrés¹⁰⁵. Priver de manière globale les sans-papiers de certains de leurs droits, comme l'envisage le postulat, constituerait une régression par rapport à l'état actuel du droit en Suisse. Dans des cas exceptionnels, des mesures rétrogrades sont possibles, moyennant le strict respect de certaines conditions qui, dans le cas présent, ne sont pas remplies. La Suisse devrait ainsi prouver qu'elle a utilisé au maximum ses ressources disponibles pour la mise en œuvre du droit en question, que la mesure rétrograde qu'elle prend est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le pacte I de l'ONU, qu'elle a mûrement pesé toutes les autres solutions possibles, que les groupes concernés ont véritablement participé à l'examen de la mesure, qu'une attention particulière a été accordée au soutien de groupes vulnérables et menacés, et que toute discrimination directe ou indirecte a été évitée¹⁰⁶.

De plus, le pacte I de l'ONU prévoit que les États parties reconnaissent le droit à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre (art. 12, par. 1) ainsi que le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille (art. 11, par. 1), sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (art. 2, par. 2). De même, la CDE garantit le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24) et le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social (art. 27, par. 1). Ces deux droits – de même que le droit à la sécurité sociale mentionné plus haut (art. 26) – doivent être garantis sans

⁹⁹ En lien avec les art. 2, 11 et 12 du pacte I de l'ONU, RS **0.103.1**.

¹⁰⁰ Cf. en particulier observation générale n° 19, relative à l'art. 9, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du 4 février 2008, in UN. Doc. E/C.12/GC/19.

¹⁰¹ Cf. aussi Constitution de l'Organisation internationale du travail, du 28 juin 1919, annexe Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, ch. III, let. f.

¹⁰² RS **0.104**

¹⁰³ RS **0.108**

¹⁰⁴ RS **0.107**

¹⁰⁵ Cf. par. 9 de l'observation générale n° 3, relative à l'art. 2, par. 1, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du 14 décembre 1990, in UN. Doc. E/1991/23.

¹⁰⁶ Cf. observation générale n° 19 citée plus haut, par. 42.

discrimination aucune (art. 2 CDE). En outre, lors des décisions concernant l'accès des enfants ou de leurs parents aux droits sociaux, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte (art. 3 CDE)¹⁰⁷. Les États parties s'engagent à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels de la CDE « dans toutes les limites des ressources dont ils disposent » (art. 4), bien que le concept de « réalisation progressive » puisse s'appliquer¹⁰⁸. Ils ne doivent pas prendre délibérément des mesures régressives concernant ces droits¹⁰⁹, mais disposent néanmoins d'une marge d'appréciation s'agissant des mesures possibles pour les réaliser¹¹⁰.

Doivent aussi être pris en compte, pour finir, les art. 2 (mise en œuvre au niveau national et interdiction de la discrimination), 7 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), 17 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 26 (interdiction de la discrimination) du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (pacte II de l'ONU ; RS 0.103.2).

Compte tenu des éléments ci-dessus, la Suisse, en privant les sans-papiers du droit de s'affilier aux assurances sociales et de percevoir des prestations de ces assurances, violerait dans une mesure considérable ses engagements internationaux découlant du pacte I de l'ONU et de la CDE. La privation générale de ces droits apparaît aussi très problématique au regard des autres engagements internationaux cités ici.

8.1.2 Convention européenne des droits de l'homme

La Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101) ne fonde pas de droit concret à des prestations sociales¹¹¹. Refuser des prestations d'assurance sociale à des ressortissants d'États tiers pourrait cependant enfreindre l'interdiction de la discrimination inscrite à l'art. 14 CEDH, en lien avec l'art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)¹¹²¹¹³. Selon la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), une distinction est discriminatoire lorsqu'elle manque de justification objective et raisonnable¹¹⁴. Les États contractant jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si, et dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement, en particulier dans le domaine social¹¹⁵. La CourEDH a en outre observé « qu'un État peut avoir des raisons légitimes de restreindre l'usage que peuvent faire de services publics coûteux – tels que les programmes d'assurances sociales, d'allocations publiques et de soins – les étrangers séjournant sur le territoire à court terme ou en violation de la législation sur l'immigration, ceux-ci, en règle générale, ne contribuant pas au financement de ces services. Il peut aussi, dans certaines circonstances, opérer des distinctions justifiées entre différentes catégories d'étrangers résidant sur son territoire »¹¹⁶. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité¹¹⁷. La jurisprudence de la Cour concernant l'art. 3 CEDH (protection contre

¹⁰⁷ Cf. observation générale conjointe n° 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux concernant les droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, 16 novembre 2017, CRC/C/GC/2, par. 29 et 44.

¹⁰⁸ Cf. observation générale n° 19 (2006) sur l'élaboration des budgets publics aux fins de la réalisation des droits de l'enfant (art. 4), 20 juillet 2016, CRC/C/GC/19, par. 30.

¹⁰⁹ Cf. observation générale n° 19 (2006), note de bas de page 105, par. 31.

¹¹⁰ Cf. également art. 10, al. 4, du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (RS 0.107.3).

¹¹¹ Cf. par exemple, arrêt de la CourEDH *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016, § 59.

¹¹² La CourEDH a constaté à plusieurs reprises que des prestations de l'État peuvent entrer dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH. Voir par ex. CourEDH, *Di Trizio c. Suisse*, arrêt du 2 février 2016, n° 7186/09, § 58 ss (rente invalidité) ; CourEDH, *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, arrêt du 11 décembre 2018, n° 65550/13, § 57 ss (rente d'invalidité extraordinaire / allocation pour impotent).

¹¹³ Cf. également, à ce sujet, CSDH et al., Manuel de droit suisse des migrations, 2015, p. 339 ss.

¹¹⁴ Cf. CourEDH, *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, note de bas de page 109, § 90.

¹¹⁵ Ibid, § 92 ; *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003, n° 40892/98, Recueil 2003-X, § 46 ; *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, n° 17371/90, Recueil 1996-IV § 42.

¹¹⁶ Cf. CourEDH, *Ponomaryovi c. Bulgarie*, arrêt du 21 juin 2011, n° 5335/05, Recueil 2011, § 54.

¹¹⁷ Cf. CourEDH, *Koua Poirrez c. France*, note de bas de page 112, § 46 ; *Gaygusuz c. Autriche*, note de bas de page 5, § 42.

des traitements inhumains ou dégradants) permet d'inférer une obligation de protection contre un niveau de pauvreté menaçant l'existence même. La condition est qu'il y ait une situation menaçant l'existence (c'est-à-dire qui présente « un minimum de gravité »)¹¹⁸. Dans le cadre de l'art. 3 CEDH, la Cour tient aussi compte du besoin de protection (de la vulnérabilité) des personnes concernées. D'une part, elle prend en considération la vulnérabilité pour déterminer si le degré de gravité nécessaire pour l'application de l'art. 3 CEDH est atteint, une plus grande vulnérabilité justifiant un seuil de tolérance plus bas. La Cour tient aussi compte de la vulnérabilité, d'autre part, lorsqu'elle évalue les obligations positives des États contractants, une plus grande vulnérabilité entraînant alors une plus forte responsabilité en matière de protection¹¹⁹.

Priver les sans-papiers de manière générale du droit de s'affilier aux assurances sociales auxquelles ils ont aujourd'hui accès, et d'en percevoir des prestations, semble très problématique eu égard aux art. 3, 8 et 14 CEDH. La question de savoir s'il est admissible de revenir sur certains de ces droits doit être évaluée au cas par cas, en se fondant sur les circonstances concrètes. Il est en particulier extrêmement problématique de priver de leurs droits à des prestations des personnes qui ont cotisé à des assurances sociales¹²⁰. Toute décision de ne plus reconnaître un droit à des prestations doit être fondée sur des raisons objectives et raisonnables. Elle doit poursuivre un but légitime et être proportionnée. En outre, elle ne doit pas entraîner une situation menaçant l'existence de la personne concernée. Une exclusion générale des assurances sociales de toutes les personnes en situation irrégulière ne remplirait pas ces conditions.

8.1.3 Conclusions

Une exclusion générale des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales violerait dans une large mesure les obligations de la Suisse découlant du pacte I de l'ONU et de la Convention relative aux droits de l'enfant. Une telle exclusion apparaît également problématique au regard d'autres engagements internationaux de la Suisse, ainsi que des art. 3, 8 et 14 CEDH.

8.2 Compatibilité avec la Constitution fédérale

8.2.1 Analyse des bases légales susceptibles d'être violées par une exclusion

Dispositions attributives de compétences législatives

Les dispositions constitutionnelles qui attribuent à la Confédération des compétences législatives en matière d'assurances sociales ne circonscrivent en principe pas le champ d'application personnel des assurances sociales, si ce n'est en prévoyant la possibilité d'une affiliation obligatoire. Il appartient ainsi en principe au législateur de définir le cercle des assurés.

L'art. 112, al. 2, let. a, Cst. pose comme principe en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI) que l'assurance est obligatoire. Avant la révision totale de la Cst., l'art. 34^{quater}, al. 2, de la constitution de 1874 énonçait que la Confédération devait instituer une assurance obligatoire « pour l'ensemble de la population ». En l'absence d'indice, dans les travaux préparatoires, relatif à une volonté d'élargir la marge de manœuvre du législateur sur ce point, la doctrine estime que le principe de l'assurance obligatoire de l'art. 112 Cst. doit être compris dans le même sens que sous l'ancienne constitution, de sorte que le législateur est en principe tenu de

¹¹⁸ Cf. *Stefanie Schmahl und Tobias Winkler, Schutz vor Armut in der EMRK?* AVR 2010, 422 ss ; CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, arrêt du 21 janvier 2011 (Grande Chambre), n° 30696/09, Recueil 2011, § 219 et 253 (traitement inhumain et dégradant d'un requérant d'asile). Le droit à la vie doit également être respecté (art. 2 CEDH).

¹¹⁹ Cf. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, note de bas de page 115, § 251, CEDH 2011 ; *Tarakhel c. Suisse*, arrêt du 4 novembre 2014 (Grande Chambre), n° 29217/12, § 119, recueil 2014 (extraits).

¹²⁰ Le versement de cotisation est important en particulier concernant la justification d'une inégalité de traitement. Voir CourEDH, *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, note de bas de page 109, § 103.

prévoir que l'AVS/AI est obligatoire pour toute la population¹²¹. La doctrine reconnaît quand même une marge de manœuvre (étroite) au législateur¹²².

C'est ainsi que le législateur a exclu de l'assurance obligatoire les personnes qui ne remplissent les exigences légales que pour une période relativement courte. Le Conseil fédéral est toutefois d'avis que l'exclusion pure et simple des sans-papiers, indépendamment de la durée de leur domicile en Suisse, outrepasserait la marge de manœuvre admise par l'art. 112 Cst.

Les art. 113, al. 2, let. b, et 114, al. 2, let. b, Cst. énoncent le principe de l'affiliation obligatoire à la prévoyance professionnelle et à l'assurance-chômage pour les salariés. Ces dispositions permettent toutefois au législateur de prévoir des exceptions, l'habilitant ainsi à exclure expressément de l'assurance une partie des salariés. Une exclusion des sans-papiers de l'affiliation à ces deux assurances ne violerait donc pas les art. 113 et 114 Cst.

Buts sociaux

Selon l'art. 41, al. 2, Cst, la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage. Par ailleurs, la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne bénéficie de la sécurité sociale (art. 41, al. 1, let. a, Cst.). La Confédération est tenue de s'engager en faveur des buts sociaux dans le cadre de ses compétences constitutionnelles et des moyens disponibles (art. 41, al. 3, Cst.), mais aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux (art. 41, al. 4, Cst.). Autrement dit, le législateur fédéral doit tenir compte des buts sociaux lorsqu'il exerce ses compétences en matière d'assurances sociales.

L'expression « toute personne » vise toute personne physique, indépendamment de sa nationalité. Selon la doctrine, la référence à « toute personne » signifie que toute la population de la Suisse doit participer à la sécurité sociale : l'exclusion de groupes de la population, tels que les étrangers, serait inadmissible¹²³. Tous les segments de la population qui sont menacés par les risques mentionnés à l'art. 41, al. 2, Cst. doivent bénéficier de la sécurité sociale¹²⁴. Comme les sans-papiers séjournant en Suisse font partie de la population, ils sont en principe inclus dans la formulation « toute personne » utilisée à l'art. 41, al. 2, Cst.

Le législateur dispose d'une marge d'appréciation pour fixer le champ d'application personnel des assurances sociales, comme cela ressort clairement des dispositions constitutionnelles qui lui permettent d'exclure de l'assurance-chômage et de la prévoyance professionnelle une partie des salariés. C'est ainsi que le législateur a exclu des assurances sociales les personnes qui séjournent en Suisse sans y être domiciliées¹²⁵, à savoir celles qui résident en Suisse sans avoir l'intention de s'y établir (art. 23 CC). De même, l'assurance-chômage n'est pas ouverte aux personnes exerçant une activité indépendante (art. 2 LACI, RS 837.0). Toutefois, l'exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales équivaldrait à l'exclusion d'un groupe social ; les sans-papiers constituent en effet un groupe social distinct dès lors qu'ils ne peuvent pas, de leur propre fait, modifier leur statut, l'État seul pouvant leur permettre de sortir de ce statut. Une telle exclusion d'un groupe social irait à l'encontre du but social fixé à l'art. 41, al. 2, Cst.

¹²¹ Cf. Thomas Gächter/Martina Filippa, art. 112 n°14, in : BSK BV-Kommentar, 2015 ; Ueli Kieser, art. 112 n°9, in : SG BV-Kommentar, 3^e éd., 2014.

¹²² Cf. Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, art. 112 n°4, 2^e éd. 2017 ; Thomas Gächter/Martina Filippa, art. 112 n°14, op. cit. : « *grundsätzlich* der gesamten Wohnbevölkerung » (en principe l'ensemble de la population résidente) ; Ueli Kieser, art. 112 n°9, op. cit. : « *grundsätzlich* die ganze [...] Bevölkerung ».

¹²³ Cf. Thomas Gächter/Gregori Werder, op. cit., art. 41 n°31 et 68, in : BSK BV, 2015.

¹²⁴ Cf. Margrit Biggler-Eggenberger/Rainer J. Schweizer, art. 41 n° 92, in : SG BV-Kommentar, 2014.

¹²⁵ Cf. art. 1a, al. 1, let. a, LAVS, RS 831.10, et les assurances sociales qui se réfèrent à l'obligation de cotiser selon la LAVS ; cf. aussi art. 3 LAMal, RS 832.10.

Droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse

Les sans-papiers qui sont dans une situation de détresse et qui ne sont pas en mesure de subvenir à leur entretien ont le droit d'être aidés et assistés et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine (art. 12 Cst.). Ce droit constitue un droit fondamental applicable à toute personne¹²⁶. Il n'inclut toutefois pas un droit à être affilié aux assurances sociales fédérales¹²⁷. Il ne s'oppose donc pas à une exclusion des sans-papiers des assurances sociales. À noter toutefois qu'une telle exclusion pourrait augmenter le risque pour les sans-papiers d'être en situation de détresse.

Droits fondamentaux

Pour les personnes précédemment assurées

L'exclusion des prestations des assurances sociales peut concerner des sans-papiers qui avaient précédemment cotisé. Seraient d'abord visés, pendant une phase transitoire, les sans-papiers touchés par le changement de système. Seraient ensuite également visées les personnes qui deviennent des sans-papiers par une décision d'une autorité leur retirant leur droit de séjour, alors que leur État d'origine n'accepte pas les renvois forcés. En fonction des conséquences prévues (par ex. suppression *pro futuro* du droit aux prestations, restitution des cotisations précédemment payées) et en fonction du type d'assurance sociale, l'exclusion pourrait porter atteinte à des droits fondamentaux qui sont aussi garantis aux sans-papiers (par ex. égalité de traitement, prohibition de l'arbitraire, garantie de la propriété). La constitutionnalité d'une mesure d'exclusion devrait donc faire l'objet d'une analyse approfondie en fonction des modalités prévues pour les assurances sociales concernées.

Pour les sans-papiers entrant en Suisse après l'introduction de l'exclusion des assurances sociales

Pour les personnes qui prendraient domicile en Suisse après l'introduction de l'exclusion des assurances sociales pour les sans-papiers et qui, en raison de l'absence d'une autorisation de séjour durable, ne pourraient plus s'affilier, l'exclusion des assurances sociales signifierait l'exclusion de la solidarité : les sans-papiers pourraient certes demander à s'assurer à titre privé contre les risques couverts par les assurances sociales, mais l'assureur privé ne serait pas tenu de les admettre et ils ne bénéficieraient donc pas forcément de la solidarité entre assurés, qui est un facteur central du régime des assurances sociales. Selon la jurisprudence relative à la garantie de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes¹²⁸. Le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si la différence de fait, à savoir l'absence d'autorisation de séjour, est un motif raisonnable pour une distinction de traitement au regard de la situation de fait à régler. Jusqu'à présent, le critère distinctif considéré comme admissible pour l'assujettissement aux assurances sociales a été essentiellement celui du domicile, voire celui du lieu de travail ; la possession d'un permis de séjour n'est pas considérée comme un motif raisonnable de distinction quant à l'assujettissement aux assurances sociales, car toutes les personnes domiciliées en Suisse ou y travaillant sont exposées aux mêmes risques, que les assurances sociales visent précisément à couvrir de manière solidaire.

Le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de cette interprétation du cadre constitutionnel, de sorte que l'exclusion des sans-papiers des assurances sociales doit être considérée comme créant une inégalité de traitement injustifiée.

¹²⁶ Cf. Lucien Müller, art. 12, n° 5 ; in : SG BV-Kommentar, 3^e éd., 2014.

¹²⁷ Cf. Karin Amstutz, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung*, thèse BE, 2002, p. 240 ; contra : Margrit Bigler-Eggenberger, art. 12 n° 34, SG BV-Kommentar, 2^e éd., 2008, position non reprise par Lucien Müller, dans le commentaire de l'art. 12 pour la 3^e éd. du SG BV-Kommentar.

¹²⁸ Cf. ATF 145 I 73, consid. 5.1, p. 86.

Pour les autres assurés et concurrents

L'exclusion des sans-papiers des assurances sociales aurait pour conséquence que, pour toutes les assurances sociales cofinancées par des cotisations des employeurs, ces derniers seraient dispensés de payer des cotisations aux assurances sociales pour leurs salariés qui sont sans papiers. L'octroi de cet avantage factuel aux employeurs de sans-papiers, et le désavantage qui en découlerait sur le marché du travail pour les autres travailleurs, ou pour les concurrents, ne violerait pas l'égalité de traitement ou l'égalité entre concurrents aussi longtemps que l'emploi de sans-papiers est punissable pénalement (art. 117 LEI) et que cette sanction pénale est prononcée systématiquement dans les cas dont les autorités ont connaissance.

8.2.2 Conclusions

L'exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales entrerait en conflit avec le but social fixé à l'art. 41, al. 2, let. a, Cst., ne respecterait pas le cadre fixé par l'art. 112, al. 2, Cst. en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et créerait une inégalité de traitement injustifiée.

8.3 Assurance-vieillesse et survivants (AVS), assurance-invalidité (AI), régime des allocations pour perte de gain (APG) et allocations familiales

8.3.1 Conséquences pour la Confédération

Une exclusion générale des sans-papiers de l'AVS, de l'AI et des APG (fin de l'obligation d'être assuré et de payer des cotisations) serait contraire à l'esprit du système des assurances sociales, fondé sur le principe selon lequel toute personne qui vit ou travaille en Suisse est soumise à l'obligation d'assurance et peut bénéficier de prestations, lorsqu'elle remplit les conditions qui y donnent droit. L'obligation d'assurance a par ailleurs pour but que les cas assurés ne tombent pas à la charge de la collectivité.

Pour un employeur, il serait financièrement plus avantageux d'engager, au noir, un sans-papiers non assuré et pour lequel il n'aurait pas à payer de cotisations, plutôt qu'un ressortissant suisse ou un étranger titulaire d'une autorisation de séjour ou d'établissement (pour autant que l'emploi de sans-papiers reste punissable, cf. ch. 8.2.1). Cela contredirait toutefois la politique de la Confédération en matière de lutte contre le travail au noir. C'est la raison pour laquelle l'obligation de cotisation pour toute personne exerçant une activité lucrative doit être maintenue pour l'AVS, l'AI, les APG et les allocations familiales, quel que soit le statut de la personne selon le droit des étrangers.

Les assurances sociales, en particulier l'AVS et l'AI, sont des acquis sociaux. Le droit des assurances sociales garantit la protection par l'assurance et la mise en œuvre de l'obligation de cotiser pour toutes les personnes à assurer, et donne accès à la prévoyance vieillesse et invalidité. L'exclusion d'une catégorie de la population de l'AVS, de l'AI, des APG et des allocations familiales constituerait donc une régression. Elle ouvrirait une béance dans le système et remettrait en cause une base essentielle du premier pilier de la prévoyance. Il est fondamental que toutes les personnes vivant ou travaillant en Suisse, quel que soit leur statut de séjour, aient les mêmes droits et les mêmes obligations concernant l'AVS, l'AI, les APG et les allocations familiales.

Comme les sans-papiers évitent en général le contact avec les autorités, ce n'est que dans certains cas rares que des prestations de l'AVS ou de l'AI sont versées. Une exclusion du droit aux prestations n'aurait dès lors qu'un faible impact financier pour la Confédération.

8.3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Une exclusion pourrait, enfin, entraîner un report vers les collectivités (aide d'urgence) des frais à la charge des assurances, sauf si là aussi, les intéressés évitent le contact avec les autorités. Les assurés ne verraient pas leurs primes diminuer considérablement, tandis que les contribuables passeraient à la caisse. Le Conseil fédéral estime que cela n'aurait pas de sens de remplacer une

prévoyance économiquement adaptée, fondée sur un mécanisme d'assurance, par un système reposant inutilement sur des fonds publics.

8.4 Assurance-maladie

Conformément à l'art. 12 Cst., dans les situations de détresse, les sans-papiers ont, en tous cas, le droit d'être aidés et assistés et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. Cette disposition, qui doit être lue en lien étroit avec l'art. 7 Cst., qui protège la dignité humaine, s'applique en effet non seulement aux citoyens suisses, mais aussi aux étrangers, quel que soit leur statut en Suisse.

La définition de l'étendue et des composantes de l'aide d'urgence au sens de l'art. 12 Cst. relève de la compétence des cantons et des communes. Le TF¹²⁹ a précisé que l'aide au sens de l'art. 12 Cst. doit comprendre les moyens indispensables pour survivre dans une situation de détresse, au sens d'une aide destinée à surmonter un passage difficile. Dans le domaine de la santé, la personne a droit aux soins médicaux de base.

Selon une partie de la doctrine¹³⁰, l'ensemble du contexte de la société et les circonstances individuelles de la situation de détresse doivent être pris en compte dans la concrétisation de ce droit. Le lien étroit entre ce dernier et la dignité humaine plaide en faveur d'une mise en œuvre non parcimonieuse dans la pratique. L'étendue des soins médicaux de base à garantir peut se modeler sur le catalogue de prestations de la LAMal, auquel il y a lieu d'ajouter les soins dentaires minimaux.

Il s'ensuit que si les sans-papiers ne peuvent plus s'affilier à l'assurance-maladie, ils pourront néanmoins bénéficier des soins médicaux de base, dont la définition peut s'appuyer sur le catalogue de prestations de la LAMal.

8.4.1 Conséquences pour la Confédération

Les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière et de renvoi entrée en force ne relèvent plus de la législation sur l'asile. Ils sont considérés comme des étrangers séjournant illégalement en Suisse et sont soumis exclusivement à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹³¹. Ils sont exclus du système de l'aide sociale. Ils n'ont droit qu'à l'aide d'urgence¹³², qui est accordée par le canton de domicile¹³³. La Confédération verse aux cantons un forfait unique pour les coûts liés à l'aide d'urgence¹³⁴.

Les sans-papiers qui sont assurés paient eux-mêmes leurs primes et leurs participations aux coûts. Ils ont le droit de bénéficier de réductions de primes (cf. ch. 9.2). Une motion visant à supprimer ce droit¹³⁵ a été rejetée par le Parlement en 2013. L'exclusion des sans-papiers de l'obligation de s'assurer permettrait ainsi à la Confédération d'économiser le montant correspondant aux réductions de primes accordées aux sans-papiers. Cette économie ne peut toutefois pas être chiffrée étant donné que les assureurs ne sont pas en mesure d'identifier les assurés qui ne disposent pas d'une autorisation de séjour valable.

8.4.2 Conséquences pour les cantons et les communes

L'aide d'urgence relève des cantons et des communes. Ce sont par conséquent ces entités qui assument les coûts de santé des sans-papiers non assurés domiciliés sur leur territoire.

¹²⁹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.318/2004.

¹³⁰ Cf. Giovanni Biaggini, BV Kommentar, commentaire de l'art. 12, n° 6 (2^e édition 2017) ; Lucien Müller, *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, commentaire de l'art. 12, n° 29 (3^e édition 2014).

¹³¹ RS 142.20

¹³² Cf. art. 82 LAsi.

¹³³ Cf. art. 20 de la loi fédérale en matière d'assistance (LAS) ; RS 851.1.

¹³⁴ Cf. art. 88 LAsi et art. 28 de l'ordonnance sur la procédure d'asile, (OA2) ; RS 142.312.

¹³⁵ Cf. motion Reimann (12.3942) « Pas de réduction des primes de l'assurance-maladie pour les sans-papiers ».

Le nombre de sans-papiers séjournant en Suisse a été estimé par une étude datant de 2015 entre 76 000 et 90 000 personnes (cf. ch. 3). Il ne s'agit évidemment que d'une estimation puisque les sans-papiers ne sont, par définition, pas compris dans le recensement officiel. Comme le Conseil fédéral l'a constaté dans son rapport du 23 mai 2012¹³⁶, seule une partie des sans-papiers sont assurés pour le risque de maladie. Établir le nombre d'assurés sans titre de séjour valable est très difficile, parce que sur le plan de l'assurance-maladie, rien ne les distingue des autres assurés. La situation des soins accordés aux sans-papiers par les structures qui les accueillent a été examinée pour cinq cantons (BS, FR, GE, VD, ZH), indépendamment du point de savoir si ces personnes étaient assurées ou non. Dans la plupart des cas, les centres d'accueil veillent à ce que ces personnes soient affiliées à l'assurance-maladie.

Dans le canton de Genève, le Collectif de soutien aux sans-papiers de Genève et la Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires (CAMSCO) s'emploient à garantir l'accès des sans-papiers aux soins de base. Le Collectif se charge de leur expliquer les démarches administratives à accomplir pour s'affilier à l'assurance-maladie et la CAMSCO a pour mission de répondre aux besoins de santé et de soins des populations vulnérables de Genève, dont font partie les sans-papiers. La CAMSCO traite chaque année en moyenne 4000 personnes, dont 80 % sont des sans-papiers.

Dans le canton de Zurich, un centre de contact et la permanence médicale destinée aux sans-papiers (Meditrina) s'occupent de ces personnes. La première dispense des prestations de conseil, notamment en vue de l'affiliation des personnes à l'assurance-maladie. La seconde leur fournit les soins médicaux de base. Meditrina prend en charge 350 à 400 personnes par année.

À Bâle, grâce au réseau de médecins avec lequel il travaille, le centre de contact pour sans-papiers fournit les soins médicaux de base à ces personnes avant qu'elles ne soient assurées contre le risque de maladie. Le centre s'occupe aussi de leur affiliation à l'assurance-maladie. Annuellement, il garantit l'accès aux soins de base d'environ 650 sans-papiers.

Dans le canton de Vaud, le Point d'Eau est une des institutions accueillant et s'occupant des sans-papiers. En 2018, cette structure a donné 2827 consultations médicales pour 907 personnes (617 sans-papiers [68 %] et 145 citoyens européens qui n'avaient pas encore de permis [16 %]). De son côté, le Collectif vaudois de soutien aux sans-papiers (CVSSP) conseille les sans-papiers dans les démarches à accomplir pour l'affiliation à l'assurance-maladie.

Dans le canton de Fribourg, l'association Frisanté offre des soins de santé aux sans-papiers et les accompagne dans leurs démarches pour s'affilier auprès d'un assureur. En 2018, 127 sans-papiers ont eu recours aux services de Frisanté pour des soins de santé. L'association a suivi le dossier d'affiliation de 134 personnes.

Si les sans-papiers ne pouvaient plus s'assurer contre le risque de maladie, les coûts des soins dont ils bénéficient devraient être entièrement financés par les cantons et/ou les communes. Les coûts résultant des prestations de soins des structures d'accueil n'ont pas été chiffrés.

Les centres de contact pour sans-papiers ont souligné les conséquences négatives d'une exclusion des sans-papiers de l'assurance-maladie sur le plan économique et en matière de santé publique. Les sans-papiers non assurés sont encore plus enclins que les autres à renoncer aux soins. Les maladies infectieuses qui ne sont pas traitées risquent de se propager à la population et représentent un grand risque pour la santé publique et pour l'économie.

¹³⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484) « Assurance maladie et accès aux soins des sans-papiers », disponible sous www.ofsp.admin.ch > stratégie et politique > Stratégies nationales en matière de santé > égalité des chances dans le système de santé > accès aux soins de santé des sans-papiers.

8.5 Assurance-accidents

À supposer que les personnes sans statut de séjour en règle perdent leur droit de s'affilier en matière d'assurance-accidents, et donc également leur droit à des prestations de cette branche d'assurance, cela signifierait que les conséquences d'un accident, qu'il soit professionnel ou non, ne seraient prises en charge par aucun assureur-accidents. Selon l'art. 1a, al. 2, LAMal, l'assurance-maladie sociale alloue des prestations en cas d'accident, dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge. Dans la perspective où les sans-papiers seraient privés de tous leurs droits dans les différentes branches des assurances sociales, il reviendrait alors probablement à l'aide sociale, via la commune de domicile du sans-papier, de fournir les prestations requises. Il faut donc en conclure que la Confédération ne subirait pas de conséquences directes d'une telle exclusion, mais que les coûts seraient très probablement reportés sur les cantons et les communes, ce qui entraînerait pour ces derniers de lourdes conséquences.

8.6 Conclusion générale

Une exclusion générale des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales violerait non seulement dans une large mesure les obligations internationales de la Suisse (cf. ch. 8.1) mais entrerait aussi en conflit avec la Cst. (cf. ch. 8.2).

Si une telle exclusion était néanmoins décidée, les coûts de la santé engendrés par des sans-papiers seraient répercutés sur les cantons et les communes, responsables en matière d'aide d'urgence. En ce qui concerne les requérants d'asile déboutés, les cantons et les communes bénéficieraient certes d'un forfait unique versé par la Confédération, mais ce forfait ne permet pas de couvrir tous les frais en cas d'accident ou de maladie.

Enfin, une exclusion des sans-papiers de l'AVS, de l'AI, des APG et des allocations familiales serait en totale contradiction avec le système de sécurité actuel. Il serait plus intéressant pour un employeur d'employer des sans-papiers que des personnes résidant légalement en Suisse, car pour la première catégorie, il serait dispensé de payer des cotisations.

9 Accès à l'école et à d'autres prestations publiques

9.1 Accès à la scolarité obligatoire et postobligatoire

Au niveau international, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (art. 26) évoque déjà le droit à l'éducation comme un moyen de développer le respect des droits de l'homme et d'en assurer la reconnaissance et l'application effective.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (pacte I de l'ONU)¹³⁷ reconnaît le droit de toute personne à l'éducation (art. 13). Cette disposition demande aux États contractants non seulement de rendre l'enseignement obligatoire et accessible gratuitement à tous (par. 2, let. a), mais aussi d'assurer un accès non discriminatoire à l'enseignement secondaire, y compris à l'enseignement technique et professionnel (par. 2, let. b), ainsi qu'à l'enseignement supérieur (par. 2, let. c). Les droits énoncés dans le Pacte doivent être garantis sans discrimination aucune (art. 2, par. 2). De plus, des mesures régressives ne sont en principe pas compatibles avec les obligations du Pacte (cf. ch. 8.1 ci-dessus).

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) reprend, en substance, le contenu de l'art. 13 du pacte I de l'ONU et détaille le contenu du droit à l'éducation (art. 28 et 29), tout en précisant le rôle des États dans son application. Il est généralement admis que la CDE a une portée identique au pacte I de l'ONU en la matière.

Le TF ne reconnaît pas, à l'heure actuelle, une applicabilité directe aux lettres b et c de l'art. 13, par. 2, du pacte I de l'ONU, de sorte qu'on ne peut pas en déduire un droit subjectif à un

enseignement de base secondaire et supérieur¹³⁸. En ce qui concerne la CDE (art. 28, let. b et c), le TF ne s'est pas encore prononcé sur ce point. Néanmoins, la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre les dispositions en question.

Indépendamment du fait qu'ils séjournent en Suisse de manière légale ou illégale, la Cst. prévoit pour tous les enfants un droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (cf. art. 19 et 62 Cst.). La scolarité obligatoire étant du ressort des cantons, les établissements scolaires sont tenus de permettre à tous les enfants de fréquenter l'école, en vue de l'accomplissement d'une formation obligatoire, même s'ils n'ont pas d'autorisation de séjour. Par enseignement de base, il faut comprendre l'enseignement dans les écoles publiques pendant la scolarité obligatoire, ce qui, depuis l'entrée en vigueur du concordat HarmoS équivaut au minimum à onze ans de scolarité.

En la matière, il faut aussi se référer aux « Recommandations concernant la scolarisation des enfants de langue étrangère », du 24 octobre 1991, édictées par la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), qui ont permis aux cantons de définir des règles claires concernant la scolarité et la protection des enfants sans-papiers déjà scolarisés. La CDIP y réaffirme le principe selon lequel il importe d'intégrer tous les enfants de langue étrangère vivant en Suisse dans les écoles publiques en évitant toute discrimination¹³⁹.

Dans la pratique, l'accès à l'enseignement primaire de base gratuit est donc assuré par la Constitution¹⁴⁰.

Selon la doctrine et la jurisprudence suisses, la formation postobligatoire, à savoir le secondaire II ou la formation professionnelle, n'est en revanche pas couverte par l'art. 19 Cst.¹⁴¹.

Certains auteurs défendent l'avis que la CDE induit une obligation de droit international obligeant la Suisse à accorder aux jeunes sans-papiers, au même titre qu'à d'autres jeunes, l'accès à des formations au terme de l'école obligatoire¹⁴². À ce titre, quelques cantons se réfèrent alors également à la circulaire de la CDIP de 1991 et renoncent à faire une distinction entre les formations scolaires obligatoire et postobligatoire. C'est pourquoi, dans la pratique, certains jeunes sans-papiers peuvent accéder au lycée. Il en va de même pour l'entrée à l'université ou dans une haute école spécialisée. Toutefois, comme indiqué précédemment, il n'existe pas, à l'heure actuelle, un droit subjectif à une formation postobligatoire découlant de la CDE ou du pacte I de l'ONU. Au demeurant, l'accès à une formation postobligatoire sans exercice d'une activité lucrative ne semble pas poser de réel problème dans la pratique. Dans leurs réponses au questionnaire envoyé par le SEM, une grande partie des cantons ont confirmé qu'il était possible pour les sans-papiers de suivre une formation postobligatoire théorique sur leur territoire.

Depuis le 1^{er} février 2013, l'art. 30a de l'ordonnance sur l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative (OASA) fixe les conditions permettant d'octroyer une autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale pour les personnes séjournant illégalement en Suisse. Les stages ou autres activités lucratives ne rentrent pas dans son champ d'application (cf. ch. 4.1). L'idée de base de cette réglementation découle de la mise en œuvre d'une motion¹⁴³ dont l'objectif était de permettre aux jeunes sans-papiers d'accéder à une formation professionnelle, qui nécessitait obligatoirement l'octroi d'une autorisation de séjour pour la signature d'un contrat d'apprentissage et l'exercice d'une activité lucrative. En cas d'accès à une

¹³⁸ Cf. ATF 126 I 240.

¹³⁹ Cf. Recommandations de la CDIP concernant la scolarisation des enfants de langue étrangère du 24/25 octobre 1991, disponibles sous www.cdip.ch > Documents officiels > Recommandations de 1971 à 1994, p. 207.

¹⁴⁰ Cf. Roswitha Petry, La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations, éd. Schultess 2013, p. 276.

¹⁴¹ Cf. par exemple ATF 129 I 35, 7.4, et les références citées dans Roswitha Petry, La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations, éd. Schultess 2013, p. 276.

¹⁴² Cf. Peter Uebersax et al. (éd.) *Ausländerrecht - Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2^e édition, Bâle 2009, p. 410 / N 9.112 ss.

¹⁴³ Cf. motion Barthassat (08.3616) « Accès à l'apprentissage des jeunes sans-papiers ».

formation académique, l'absence d'autorisation de séjour ou de travail ne posait en règle générale pas de problème.

En revanche, lorsque les jeunes sans-papiers faisaient le choix d'une formation professionnelle après l'achèvement de leur formation scolaire obligatoire, l'absence d'autorisation de séjour ou de travail leur était rédhibitoire pour la signature d'un contrat de travail. Ils ne pouvaient dès lors pas s'engager dans une telle formation. En effet, selon la LEI, tout étranger qui entend exercer une activité lucrative en Suisse doit être titulaire d'une autorisation de séjour (art. 11, al. 1, LEI). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (art. 11, al. 2, LEI). Étant donné que la formation professionnelle initiale est considérée comme une activité lucrative (art. 1a, al. 2, OASA), les jeunes sans-papiers n'ont donc pas la possibilité d'accéder à une telle formation, faute d'une régularisation de leurs conditions de séjour. Dans un tel cas, l'employeur est punissable parce qu'il emploie un étranger n'ayant pas l'autorisation requise (art. 117 LEI). L'art. 30a OASA constitue une réponse à ce problème en posant des conditions spécifiques à l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle (ch. 4.2).

9.2 Accès à la justice et à d'autres prestations publiques

Accès à la justice

Dans la pratique, les sans-papiers évitent le plus possible le contact avec les différentes autorités par peur des conséquences en cas de découverte de leur séjour illégal. Cela est aussi vrai en ce qui concerne la défense de leurs droits devant la justice. Dans ce domaine également, il existe un conflit d'intérêts entre, d'une part, l'accès à une autorité judiciaire pour la défense de leurs droits (cf. art. 29, al. 1, et 29a Cst.) et, d'autre part, l'échange de données entre les différentes autorités policières, de poursuite pénale, judiciaires (civiles, pénales administratives), et les autorités migratoires cantonales et les obligations de dénoncer incombant aux autorités pénales et à d'autres autorités.

L'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁴ garantit le droit à un procès équitable en matière civile ou pénale. Cette garantie comprend le droit d'accès au juge. Une limitation du droit de l'accès à un tribunal ne saurait restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. Elle ne se concilie avec l'art. 6, par 1, de la Convention que si elle tend à un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'art. 14 de la Convention, qui interdit les discriminations dans l'exercice des droits reconnus par la Convention, est également applicable dans ce contexte (cf. à ce sujet ch. 8.1.2 ci-dessus). Dans une affaire relevant du droit de la famille, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'au vu de l'importance des questions en jeu, il fallait des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre la requérante, qui ne possédait pas d'autorisation de séjour, et les personnes qui en possédaient une¹⁴⁵.

La stratégie de l'UE relative au droit des victimes pour la période 2020-2025¹⁴⁶, qui définit le cadre dans lequel s'inscriront les travaux de la Commission pour la période précitée, recommande que la Commission évalue quels outils juridiques et pratiques au niveau de l'UE pourraient améliorer la dénonciation des infractions et l'accès aux services d'aide pour les migrants victimes, indépendamment de leur statut de résident. En particulier, elle requiert que la Commission encourage l'échange de bonnes pratiques entre États membres en vue de supprimer le lien entre la dénonciation des infractions et la procédure de retour, sans compromettre l'efficacité de ces procédures.

¹⁴⁴ RS 0.101

¹⁴⁵ CourEDH, *Anakomba Yula c. Belgique*, arrêt du 10 mars 2009, N° 45413/07, § 31 ss.

¹⁴⁶ Cf. communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, de 24 juin 2020, p. 14, disponible sur www.ec.europa.eu.

Communication de données

La LEI et l'OASA imposent que chaque ouverture ou suspension d'instruction pénale, arrestation et libération ainsi que tout jugement civil ou pénal concernant des étrangers soient communiqués spontanément aux autorités migratoires. En outre, ces autorités doivent aussi communiquer tous les cas où un séjour illégal en Suisse a été constaté (art. 97, al. 1 et 3, LEI et art. 82 OASA). Il doit s'agir de données déterminantes pour la réglementation du séjour (FF 2002 3469, 3578). Les autorités chargées de l'exécution de la LEI s'assistent mutuellement et se communiquent les renseignements pertinents sur demande (art. 97, al. 1, LEI).

La doctrine est partagée sur l'interprétation de l'art. 97, al. 1 et 3, LEI et de l'art. 82 OASA, et de l'étendue des obligations de communication spontanée des autorités judiciaires envers les autorités migratoires¹⁴⁷. Toutefois, elle estime que l'obligation de communication contenue dans la LEI peut s'interpréter en ce sens qu'elle laisse à l'autorité judiciaire une certaine marge d'appréciation qui l'autorise à effectuer une pesée des intérêts publics et privés en présence, et que son obligation de communication doit s'interpréter à la lumière du droit de l'accès à la justice¹⁴⁸. En d'autres termes, la doctrine estime qu'avant de communiquer l'identité d'une personne en séjour illégal, par exemple dans le cadre d'une procédure en cours devant le Tribunal des Prud'hommes, ledit tribunal doit effectuer une pesée des intérêts en présence et voir si la dénonciation de cette personne aux autorités migratoires ne léserait pas des intérêts privés prépondérants.

Obligation de dénoncer

Le séjour illégal est un délit pénalement punissable et poursuivi d'office (art. 115 LEI). Il n'est par conséquent pas uniquement touché par la communication des données découlant de la LEI et de l'OASA, mais aussi par les différentes obligations de dénoncer découlant des lois fédérales de procédure. Le code de procédure pénale suisse¹⁴⁹ (art. 302, al. 1, CPP) oblige les autorités pénales à dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions, ou qui leur ont été signalées, si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre. Elles doivent donc ouvrir des poursuites à l'encontre des personnes en séjour illégal si elles en ont la compétence et ont connaissance du séjour illégal. Le CPP laisse à la Confédération et aux cantons le soin de régler l'obligation de dénoncer incombant aux membres d'autres autorités (al. 2). La Confédération, ainsi que de nombreux cantons, ont édicté des obligations de dénonciation. La loi cantonale genevoise d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP) impose à toute autorité, tout membre d'une autorité, tout fonctionnaire au sens de l'art. 110, al. 3, du code pénal suisse, et tout officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office d'aviser la police ou le Ministère public.

La doctrine estime que les autorités judiciaires civiles et administratives doivent faire une pesée des intérêts publics et privés en présence afin de ne pas entraver le droit à l'accès à la justice des personnes en séjour illégal en Suisse par le fait d'une éventuelle dénonciation pénale. Les autorités pénales, quant à elles, sont soumises à une obligation de dénonciation plus forte¹⁵⁰.

Réduction des primes de l'assurance-maladie

En tant que personnes domiciliées en Suisse, les sans-papiers sont tenus de s'assurer pour les soins en cas de maladie. Dans la pratique, on constate toutefois que peu le font. La loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)¹⁵¹ dispose que les cantons accordent des réductions de primes aux assurés de condition économique modeste (art. 65, al. 1). Par conséquent, le droit à des réductions

¹⁴⁷ Cf. Roswitha Petry, op. cit., p. 210 et 211 et Regina Kiener et Danielle Breitbücher, Das Recht von Sans-papiers auf Justizzugang. Erhebung und Bekanntgabe von Daten über des Aufenthaltsstatus durch Justizbehörden aus grundrechtlicher Sicht, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Verwaltungsrecht, n° 7, juillet 2019, p. 369 à 371.

¹⁴⁸ Cf. op. cit Roswitha Petry, op. cit., p. 212 et Regina Kiener et Danielle Breitbücher, op. cit. p. 370.

¹⁴⁹ RS 312.0

¹⁵⁰ Cf. op. cit Roswitha Petry, op.cit., p. 212 et Regina Kiener et Danielle Breitbücher, op.cit., p. 370.

¹⁵¹ RS 832.10

de primes s'applique aussi aux sans-papiers, lorsqu'ils sont assurés. Une motion visant à supprimer ce droit¹⁵² a été rejetée par le Parlement en 2013.

Les cantons jouissent d'une grande liberté dans l'aménagement de la réduction des primes, dans la mesure où ils peuvent définir de manière autonome ce qu'il faut entendre par « condition économique modeste ». Les conditions auxquelles est soumise la réduction des primes ne sont pas réglées par le droit fédéral dès lors que le législateur a renoncé à préciser la notion « d'assurés de condition économique modeste ». Les règles édictées par les cantons en matière de réduction des primes dans l'assurance-maladie constituent du droit cantonal autonome¹⁵³. Les documents à produire par les demandeurs dépendent donc des règles de procédure de chaque canton, et chaque canton fixe les conditions nécessaires à l'obtention d'une réduction.

Comme le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion de le relever dans son rapport sur l'assurance-maladie et l'accès aux soins des sans-papiers¹⁵⁴, ce n'est que dans sept cantons que les sans-papiers, sur demande, entrent en ligne de compte pour une réduction de primes ordinaire. Dans onze cantons, les personnes qui n'ont pas d'autorisation de séjour et/ou sur lesquelles il n'existe aucune donnée fiscale ne peuvent pas bénéficier d'une réduction de primes en raison des dispositions cantonales. Les autres cantons n'ont aucune pratique en matière de réduction de primes accordée aux sans-papiers. La législation cantonale relative à l'octroi de réductions de primes s'oppose, dans nombre de cantons, à ce que des personnes sans données fiscales et/ou attestation de domicile puissent être prises en compte pour une réduction de primes. Les dispositions cantonales en question sont ainsi incompatibles avec le droit à la réduction de primes au sens de la LAMal (art. 65, al. 1). La difficulté de s'adresser aux pouvoirs publics semble être élevée pour les personnes qui résident en Suisse sans autorisation de séjour, indépendamment de la pratique cantonale en matière de réductions de primes.

Aide sociale et aide d'urgence

Les ressortissants étrangers sont assistés par le canton dans lequel ils ont leur domicile d'assistance (art. 20 de la loi fédérale en matière d'assistance, LAS¹⁵⁵). Selon la CSIAS¹⁵⁶, en principe, le domicile d'assistance est indépendant de l'existence et du type d'une autorisation relevant du droit des étrangers. Un centre de vie en Suisse n'est toutefois admis que si l'intention de s'y établir est réalisable et si, en particulier, il n'y pas d'obstacles légaux qui s'y opposent (par ex. non-prolongation de l'autorisation de séjour passée en force de chose jugée, révocation de l'autorisation de séjour ou d'établissement passée en force de chose jugée). Il est aussi possible qu'un domicile d'assistance existe avant l'octroi d'une autorisation (par ex. lorsque les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour annuelle ou d'établissement sont réunies et que la personne concernée a donné suite à l'injonction de régler sa situation en matière de droit des migrations).

Il faut donc en conclure que les personnes en séjour illégal n'ont pas le droit de bénéficier de l'aide sociale, car elles ne peuvent pas se prévaloir d'un domicile d'assistance du fait de l'illégalité de leur séjour en Suisse. Elles ont néanmoins droit à l'aide d'urgence, en vertu de la Cst. (art. 12). La CSIAS a mis à jour ses recommandations à l'attention des cantons. Ces dernières entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Dans ce cadre, les normes précisent de manière claire que les personnes qui n'ont pas le droit de rester en Suisse n'ont pas droit à l'aide sociale. Elles ont par contre droit à une aide dans les situations de détresse suivantes :

a. Si un voyage de retour est possible et raisonnablement exigible, le droit à une aide d'urgence est limité notamment aux frais de transport et de nourriture.

¹⁵² Cf. motion Reimann 12.3942 « Pas de réduction des primes de l'assurance-maladie pour les sans-papiers ».

¹⁵³ Cf. ATF 8C_345/2015.

¹⁵⁴ Cf. rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484), op. cit ch. 1.2, p. 6.

¹⁵⁵ RS 851.1

¹⁵⁶ Cf. notice CSIAS, Assistance des personnes étrangères d'État tiers, Berne 2019, ch. 2.1, p. 3, disponible sous www.csias.ch > Publications > Notices et recommandations.

b. Tant qu'un voyage de retour n'est pas possible ni raisonnablement exigible, la personne a le droit à l'alimentation, au logement, à l'habillement et aux frais médicaux de base¹⁵⁷.

Mariage en Suisse

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que le droit au mariage garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que par la Cst., doit aussi pouvoir être invoqué par des étrangers résidant illégalement en Suisse. En effet, ce droit appartient en principe à toute personne physique majeure, quelle que soit sa nationalité ou sa religion. Il s'agit d'un droit de l'homme et non d'un droit du citoyen¹⁵⁸.

Depuis 2011, le code civil suisse¹⁵⁹ (art. 98, al. 4 CCS) dispose que les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire en vue de mariage, faute de quoi ils ne peuvent pas se marier. Cette disposition a pour but d'empêcher les mariages fictifs. Dans la pratique, lorsque l'officier d'état civil est saisi d'une requête préparatoire en vue de mariage et qu'il constate que l'un des époux réside illégalement en Suisse, il lui impartit un délai raisonnable afin qu'il puisse entreprendre les démarches auprès des autorités migratoires compétentes pour régulariser son séjour. L'autorité migratoire délivrera en principe un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplirait les conditions d'une admission en Suisse après son union. En revanche, dans le cas inverse, soit si, en raison des circonstances, notamment de la situation personnelle de l'étranger, il apparaît d'emblée que ce dernier ne pourra pas, même une fois marié, être admis à séjourner en Suisse, l'autorité migratoire pourra renoncer à lui délivrer une autorisation de séjour provisoire en vue du mariage.

L'office d'état civil compétent a également l'obligation de communiquer à l'autorité migratoire compétente l'identité des personnes qui n'ont pas pu prouver la légalité de leur séjour en Suisse (art. 67, al. 5, et art. 75f, al. 5, de l'ordonnance sur l'état civil [OEC]¹⁶⁰). En outre, si un mariage a été conclu dans le but d'éluder les dispositions sur l'admission des étrangers, l'officier d'état civil est également tenu de communiquer cette information à l'autorité migratoire compétente (art. 74a, al. 7, et 75m, al. 7, OEC).

Accueil extra-familial pour enfants et aides financières

L'accueil extra-familial des enfants relève en premier lieu de la compétence des cantons et des communes. Il appartient à ces entités de définir les modalités d'accès aux structures d'accueil prenant en charge des enfants d'âge préscolaire comme aux structures d'accueil parascolaire. Les cantons et les communes versent des subventions aux structures d'accueil voire aux parents eux-mêmes afin de réduire les frais de garde facturés aux parents. Ils définissent les conditions d'octroi de ces subventions.

Conformément à la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants, la Confédération encourage la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle avec un programme d'impulsion d'une durée limitée. Depuis le 1^{er} février 2003, elle verse ainsi des aides financières pour la création de nouvelles places d'accueil extra-familial. Depuis le 1^{er} juillet 2018, la Confédération a mis en place de nouvelles aides financières. Elle peut ainsi soutenir financièrement les cantons et les communes qui s'engagent à faire baisser les coûts facturés aux parents pour la garde de leurs enfants par des tiers. Elle peut enfin participer au financement des projets qui visent une meilleure adéquation de l'offre d'accueil aux besoins des parents¹⁶¹.

¹⁵⁷ Cf. normes CSIAS, version du 1^{er} janvier 2021, A.5, p. 12, disponibles sous www.csias.ch > Publications > Notices et recommandations.

¹⁵⁸ Cf. notamment arrêt 2C_349/2011, consid. 3.7.

¹⁵⁹ RS 210

¹⁶⁰ RS 211.112.2

¹⁶¹ Cf. loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants, RS 861

Les aides financières de la Confédération, suivant leur type, sont versées aux cantons ou aux structures d'accueil elles-mêmes. La Confédération ne verse directement aucune aide financière aux familles qui profitent d'une offre d'accueil extra-familial.

Au vu de la compétence des cantons et des communes dans ce domaine, les autorités fédérales n'ont pas connaissance dans quelle mesure et à quelles conditions les sans-papiers bénéficient de l'accueil extra-familial.

Bourses d'études

Le système suisse des bourses d'études est réglé au niveau cantonal, chaque canton disposant d'une base légale propre pour l'octroi de bourses ou de prêts d'études. Les conditions personnelles et financières qui justifient l'octroi d'une aide à la formation sont définies de manière très différente d'un canton à l'autre.

Certains cantons sont toutefois signataires de l'accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études (concordat sur les bourses d'études), qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2013¹⁶². Le concordat a pour but l'harmonisation des législations cantonales. Il concerne le degré tertiaire (hautes écoles et formation professionnelle supérieure) ainsi que le degré secondaire II (formation générale, formation professionnelle). Les cantons signataires respectent dans leur législation en matière de bourses d'études les normes et les principes minimaux. Le concordat ne signifie pas l'uniformisation généralisée des législations cantonales en la matière, mais leur harmonisation sur des points importants.

Chaque canton conserve son autonomie quant à son régime de bourses d'études et dispose de suffisamment de marge de manœuvre pour tenir compte de sa situation particulière. Il peut se montrer plus large s'il le souhaite. L'art. 5 du concordat exige toutefois pour les ressortissants étrangers qui ne sont pas ressortissants de l'UE/AELE d'être en possession d'un permis d'établissement ou de séjour depuis cinq ans pour pouvoir bénéficier de prestations. Une grande partie des lois cantonales reprennent ce principe (cf. notamment AI, SO, VD, SH, BE, VS). La loi cantonale zurichoise sur la formation (*Bildungsgesetz* [BiG] ; AS 410.1) prévoit, quant à elle, le versement d'une contribution aux frais de formation et de subsistance pour les étrangers qui résident en Suisse depuis cinq ans de manière ininterrompue.

Permis de conduire, actes d'état civil et prestations de notariat

Les lois cantonales prescrivent un contrôle de l'identité et du droit de séjour pour la délivrance d'un permis d'élève conducteur, pour les actes d'état civil et pour les prestations de notariat, par exemple.

Autres prestations

En matière de droit du travail, les dispositions relatives à l'obligation de versement du salaire en cas de maladie ou d'accident (art. 324a du code des obligations [CO]¹⁶³), aux vacances payées (art. 329a CO) ainsi qu'aux conventions collectives et aux contrats types de travail (art. 356 ss CO), par exemple, sont applicables aux personnes qui résident illégalement en Suisse.

Il est d'usage, pour les bailleurs, de demander une autorisation de séjour et des garanties pour la location d'un bien, étant donné qu'en Suisse les nouveaux baux de location doivent être signalés au contrôle des habitants (cf. par ex. l'art. 14 de la loi cantonale vaudoise sur le contrôle des habitants [RSV 142.01] ou l'art. 20 de la loi cantonale neuchâteloise sur le contrôle des habitants, [RSN 132.00]). Les bailleurs qui contreviennent à leurs obligations d'annonce se mettent en infraction et peu d'entre eux sont prêts à courir ce risque, surtout lorsqu'ils ont le choix entre plusieurs candidats. Par conséquent, de nombreux sans-papiers sont sous-locataires chez des parents ou des connaissances de leur pays d'origine, ou chez leur partenaire résidant légalement en Suisse. D'autres vivent en colocation ou, notamment les employés de maison, habitent chez leurs employeurs.

¹⁶² À ce jour, 21 cantons ont adhéré au concordat : BS, FR, GR, NE, TG, VD, BE, TI, GE, GL, JU, AR, BL, LU, AG, SG, ZH, UR, SH, OW, ZG (état le 29.1.20).

¹⁶³ RS 220

L'achat de biens et de services tels que la réception des programmes de télévision, l'électricité et l'eau n'est soumis à aucun contrôle du droit de séjour. La relation contractuelle naît en principe de l'utilisation de ces biens et services.

En règle générale et en raison de leur statut, les sans-papiers sont confrontés à de nombreuses difficultés dans les activités de la vie quotidienne (ouverture d'un compte bancaire, réception d'un courrier recommandé, souscription d'un abonnement de téléphone, etc.).

10 Echange de données entre les autorités concernées

La Cst. prévoit que la Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches, collaborent entre eux et s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire (art. 44). Cette disposition généralise l'obligation d'entraide sans toutefois en fixer les conditions et la forme. Il revient donc aux différentes lois de le faire. L'échange de données se recoupe, en partie, avec l'entraide administrative. Cette dernière ne se réduit pas à la seule communication de données, mais peut aussi impliquer la communication d'autres informations, la consultation de dossiers, la remise de documents ou la participation à l'établissement de faits.

10.1 Collaboration et communication de données découlant de la LEI

La LEI prévoit que les autorités chargées de l'exécution de cette loi s'assistent mutuellement. Elles se communiquent les renseignements dont elles ont besoin et s'accordent, sur demande, le droit de consulter les dossiers (art. 97, al. 1, LEI). Les autres autorités fédérales, cantonales et communales sont tenues de communiquer aux autorités chargées de l'exécution de la LEI, sur demande, les données et les informations nécessaires à l'application de la LEI (art. 97, al. 2, LEI). Le Conseil fédéral détermine, dans l'OASA, les données qui doivent être communiquées aux autorités chargées d'appliquer la LEI (art. 97, al. 3, LEI) dans les cas suivants :

- *Ouverture d'enquêtes pénales;*
- *Jugements de droit civil ou de droit pénal;*
- *Changements d'état civil et refus de célébrer le mariage;*
- *Versement de prestations de l'aide sociale;*
- *Versement d'indemnités de chômage;*
- *Versement de prestations complémentaires au sens de la LPC;*
- *Application de mesures disciplinaires requises par les autorités scolaires;*
- *Application de mesures prises par les autorités de protection de l'enfance et de l'adulte;*
- *D'autres décisions indiquant l'existence de besoins d'intégration particuliers.*

Selon les art. 82 ss OASA, la communication des données porte sur ce qui suit.

- *Les autorités policières et judiciaires et les autorités d'instruction pénales communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales chaque ouverture ou suspension d'instruction pénale, arrestation et libération, ainsi que tout jugement civil ou pénal qui concernent des étrangers. Elles communiquent également tous les cas où un séjour illégal en Suisse a été constaté (art. 82 OASA).*
- *Les autorités d'état civil et les autorités judiciaires communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales chaque mariage, refus de célébrer le mariage, déclaration d'invalidation, séparation et divorce impliquant des étrangers. Les autorités impliquées indiquent aux autorités migratoires cantonales les faits liés à une communication au sens de l'al. 1 indiquant qu'un mariage aurait été conclu de manière abusive dans le but de contourner les dispositions d'admission visées à l'art. 51 LEI. Il en va de même pour les représentations suisses à l'étranger (art. 82a OASA)*

- *Les autorités chargées de verser des prestations d'aide sociale communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales le versement de prestations de l'aide sociale à des étrangers (art. 82b OASA).*
- *Les organes chargés de l'application de l'assurance-chômage communiquent spontanément, sous réserve de conditions, aux autorités migratoires cantonales certaines données de ressortissants d'États membres de l'UE ou de l'AELE qui ne sont pas titulaires d'une autorisation d'établissement (art. 82c OASA).*
- *Les autorités chargées de fixer et de verser les prestations complémentaires communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales le versement à un étranger d'une prestation complémentaire (art. 82d OASA).*
- *Les autorités scolaires communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales les décisions d'exclusion scolaire définitive d'élèves étrangers. Elles ne sont pas tenues de communiquer ces décisions lorsque l'élève concerné séjourne illégalement en Suisse (art. 82e OASA).*
- *Les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte communiquent spontanément aux autorités migratoires cantonales certaines mesures de protection de l'enfant et de l'adulte définies dans l'OASA qui concernent des étrangers et dont ces dernières autorités ont besoin pour rendre leurs décisions. Les autorités judiciaires communiquent aussi spontanément aux autorités migratoires cantonales certaines mesures de protection de l'enfant, définies dans l'OASA, qu'elles ont ordonnées dans une procédure relevant du droit de la famille (art. 82f OASA).*

L'art. 104, al. 1, LEI prévoit en outre la possibilité pour le SEM, à la demande des autorités chargées du contrôle à la frontière, de contraindre les entreprises de transport aérien de communiquer les données personnelles des passagers de certains vols en vue d'améliorer le contrôle à la frontière et de lutter contre l'entrée illégale d'étrangers.

10.2 Collaboration et communication de données découlant de la loi sur le travail au noir (LTN)

La loi sur le travail au noir (LTN) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et a été partiellement révisée au 1^{er} janvier 2018. Les modifications apportées concernent notamment l'amélioration de la collaboration entre les autorités d'exécution. Les synergies entre les organes de contrôle du marché du travail ont été optimisées et la procédure de décompte simplifiée auprès de la caisse de compensation AVS a été durcie afin d'empêcher les abus.

Au sens de la LTN, le travail au noir est délimité indirectement par l'objet du contrôle défini par la loi (cf. art. 6 LTN). La LTN impose à l'organe de contrôle cantonal d'examiner le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. Il y a donc travail au noir lorsque les obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues par le droit des étrangers, des assurances sociales et de l'impôt à la source ne sont pas respectées.

En tant que loi-cadre interdisciplinaire, la LTN prévoit que les diverses autorités communales, cantonales et fédérales collaborent avec les organes de contrôle lorsqu'elles constatent des indices de travail au noir (cf. art. 11 LTN). Les obligations individuelles que les employeurs et les travailleurs doivent respecter en matière de droit des assurances sociales, des étrangers ou d'imposition à la source ne sont donc pas définies par la LTN, mais dans les lois spéciales correspondantes (LEI, LAVS, LIFD, etc.). Par conséquent, ce sont également les autorités compétentes dans ces domaines qui, à la suite d'un contrôle par les inspecteurs du travail au noir, procèdent aux clarifications nécessaires et, en cas d'infraction de l'objet de l'inspection conformément à l'art. 6 LTN, prononcent les sanctions et les mesures administratives correspondantes.

La LTN impose aux cantons de mettre en place un organe de contrôle chargé de la lutte contre le travail au noir. L'organe cantonal de contrôle vérifie si les employeurs et les travailleurs

respectent leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'impôt à la source (art. 6 LTN). La mission des organes de contrôle consiste à clarifier les faits, principalement en exécutant des contrôles. En plus de l'activité de contrôle, l'organe de contrôle cantonal se charge de tâches de coordination. Lorsqu'il constate des situations donnant lieu à un soupçon de violation des obligations découlant notamment de la législation sur les assurances sociales ou de la LEI, l'organe de contrôle cantonal transmet ces constatations aux autorités compétentes. Ces autorités mènent, si nécessaire, des investigations complémentaires, adoptent les mesures administratives prévues par la législation idoine et prononcent des sanctions. Les organes de contrôle cantonaux n'ont pas de compétences de sanction par eux-mêmes.

L'obligation prévue par la LTN concerne les autorités communales, cantonales ou fédérales compétentes en matière d'inspection du travail, de marché du travail et d'assurance-chômage, d'emploi, d'aide sociale, de police, d'asile, de police des étrangers, de contrôle des habitants, d'état civil, de fiscalité, ainsi que le Corps des gardes-frontière, qui doivent collaborer avec les organes de contrôle cantonaux. Cette obligation vaut aussi pour les autorités cantonales ou fédérales et les organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales. L'organe de contrôle cantonal est informé lorsqu'elles relèvent des indices de travail au noir dans le cadre de leurs activités courantes (art. 11, al. 1 et 2, LTN).

Des obligations de communication (cf. art. 12, al. 2, LTN) envers les autorités migratoires sont uniquement prévues en cas de contrôle et dans les cas suivants :

Les autorités cantonales ou fédérales compétentes en matière d'assurance-chômage ainsi que les autorités cantonales ou fédérales et les organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales communiquent les résultats de leurs contrôles aux autorités compétentes en matière d'asile et de droit des étrangers si :

- *La personne concernée a perçu un revenu provenant d'une activité lucrative salariée ou indépendante pour laquelle n'ont pas été versées les cotisations à l'AVS, à l'AI, aux APG, à l'AC, ou les allocations familiales ;*
- *Il n'apparaît pas d'emblée que la situation de séjour de la personne concernée est conforme aux dispositions en vigueur.*

Les autres autorités désignées à l'art. 11 LTN (par ex. les autorités de contrôle des habitants et d'état civil ainsi que le Corps des gardes-frontière) communiquent les résultats des contrôles exécutés dans le cadre de leurs tâches aux autorités fédérales ou cantonales qui peuvent être concernées, lorsque des indices laissent présumer que le droit des assurances sociales, des étrangers ou de l'impôt à la source a été enfreint lors de l'exercice d'une activité lucrative. Par autorités qui peuvent être concernées, la LTN entend :

- *Les caisses de compensation AVS et les caisses d'allocations familiales ;*
- *Les assureurs en cas d'accidents ;*
- *Les autorités d'exécution de l'assurance-chômage ;*
- *Les autorités fiscales cantonales et fédérales ;*
- *Les autorités compétentes en matière d'asile et de droit des étrangers ;*
- *L'office AI compétent.*

Enfin, l'organe de contrôle cantonal ou les tiers auxquels ont été déléguées des activités de contrôle en vertu de la LTN ont l'obligation d'informer les autorités ou organes compétents lorsqu'un contrôle révèle des indices laissant présumer qu'a été commise une infraction notamment à la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés¹⁶⁴ (art. 12, al. 6, LTN).

10.3 Collaboration et communication de données découlant des lois sur les assurances sociales

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) prévoit que les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers (art. 33 LPGA). Des dérogations à ce principe sont toutefois prévues dans les différentes lois (LAMAL, LAA, LAVS, LAI, LPG, LPC, etc.).

En vertu de la loi sur l'assurance-maladie

Dans le domaine de l'assurance-maladie, l'art. 84a LAMal énumère de manière exhaustive les situations dans lesquelles les organes chargés d'appliquer la LAMal ou la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal)¹⁶⁵, ou d'en contrôler ou surveiller l'application, peuvent communiquer des données à des tiers. Les assureurs et les cantons, lorsqu'ils contrôlent l'obligation de s'assurer ou qu'ils statuent sur les demandes de réduction des primes, sont des organes au sens de cette disposition.

Ils ne sont autorisés à transmettre des données personnelles aux autorités de police des étrangers que lorsque la personne concernée y a consenti par écrit ou, s'il n'est pas possible d'obtenir son consentement, lorsque les circonstances permettent de présumer qu'il en va de l'intérêt de l'assuré (art. 84a, al. 5, let. b, LAMal). Ces conditions ne sont pas réalisées, dans la pratique, pour les sans-papiers.

Deux motions¹⁶⁶ demandant de faciliter l'échange de données entre les assureurs-maladie et les cantons ont été adoptées par le Parlement.

En vertu de la loi sur l'assurance-accidents

En matière d'assurance-accidents, l'art. 97 LAA énumère de manière exhaustive les situations dans lesquelles les organes chargés d'appliquer la LAA, ou d'en contrôler ou surveiller l'application, peuvent communiquer des données à des tiers. Les assureurs-LAA sont des organes au sens de cette disposition.

En dérogation à l'art. 33 LPGA, des données non personnelles peuvent être communiquées à un tiers lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie ou, pour les données personnelles, lorsque la personne concernée y a, en l'espèce, consenti par écrit ou, s'il n'est pas possible d'obtenir son consentement, lorsque les circonstances permettent de présumer qu'il en va de l'intérêt de l'assuré (art. 97, al. 6, LAA). Ces conditions ne sont pas réalisées, dans la pratique, pour les sans-papiers.

Toutefois, la LAA dispose que les données nécessaires à la lutte contre le travail au noir peuvent être communiquées conformément aux art. 11 et 12 LTN (cf. art. 97, al. 1^{bis}) lorsque les autorités relèvent des indices de travail au noir dans l'accomplissement de leurs fonctions. Les autorités cantonales ou fédérales et les organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales informent donc l'organe de contrôle cantonal lorsqu'elles relèvent des indices de travail au noir dans le cadre de leurs activités courantes.

En conclusion, de façon générale, les assureurs en cas d'accidents ne sont pas autorisés à transmettre des données personnelles aux autorités de police des étrangers. Les dispositions exposées ci-avant relatives au travail au noir restent toutefois réservées.

En vertu de loi sur le travail au noir

La LAVS, la LAI et la LACI prévoient aussi (art. 50a LAVS, art. 66a LAI, art. 97a LACI) la communication des données nécessaires à la lutte contre le travail au noir par les autorités chargées d'appliquer ces lois, dont font notamment partie les caisses de compensation AVS, les offices AI et

¹⁶⁵ RS 832.12

¹⁶⁶ Cf. motion Brand (18.3765) « Échange moderne de données par voie électronique entre les communes et les assureurs-maladie » et motion Hess (18.4209) « Domicile, primes d'assurance-maladie et parts cantonales des prestations hospitalières. Moins de bureaucratie, moins d'erreurs ».

les offices du travail. Cette communication s'appuie sur les art. 11 et 12 LTN (ch. 10.1) et a lieu soit par le biais de l'organe de contrôle en matière de travail au noir (art. 11, al. 2, LTN) lorsque les autorités constatent des indices de travail au noir dans le cadre de leurs activités courantes, soit directement entre les autorités concernées (art. 12 LTN).

Comme il a été dit plus haut (ch. 10.2), sous certaines conditions, les caisses de compensations AVS, les offices AI et les offices du travail doivent communiquer aux autorités migratoires les résultats de leurs contrôles lorsque des indices laissent présumer que le droit des assurances sociales, des étrangers ou de l'impôt à la source a été enfreint lors de l'exercice d'une activité lucrative (art. 12, al. 3, et 4, LTN). En outre, lorsqu'elles constatent que le revenu d'une activité lucrative salariée n'a fait l'objet d'aucune déclaration, les autorités fiscales cantonales doivent l'annoncer aux caisses de compensation AVS (art. 12, al. 1, LTN).

Toutefois, les sans-papiers ne s'annoncent généralement pas auprès des caisses de compensation AVS ou auprès d'autres autorités, ce qui rend l'échange d'informations quasiment inexistant en pratique.

11 Application des dispositions pénales aux sans-papiers

11.1 Normes pénales pertinentes

Vue d'ensemble

Les comportements criminels relatifs au séjour et à l'emploi des sans-papiers, relèvent principalement du champ d'application des dispositions pénales de la LEI.

La LTN concerne plusieurs domaines du droit. Elle prévoit en premier lieu une collaboration des différentes autorités cantonales et fédérales (notamment les autorités de l'inspection du travail, du marché du travail, de l'assurance-chômage ou de la police, etc.) avec les organes de contrôle cantonaux, dans le but de lutter contre le travail au noir. En plus de l'activité de contrôle, une part considérable de la lutte contre le travail au noir consiste en des tâches de coordination. Lorsque l'organe de contrôle cantonal constate des situations donnant lieu à un soupçon d'infraction, il transmet ces constatations aux autorités compétentes dans chaque domaine spécifique (notamment aux autorités cantonales migratoires ou aux caisses de compensation, cf. ch. 10.2). D'éventuelles conséquences pénales seront toutefois fondées sur les lois spéciales pertinentes en la matière.

Néanmoins, la LTN permet d'exclure les employeurs des marchés publics pour une période pouvant aller jusqu'à cinq ans en cas de violation grave ou répétée de leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, ou de réduire les aides financières qui leur sont accordées pour une période pouvant également aller jusqu'à cinq ans. En outre, elle prévoit aussi la poursuite pénale de toute opposition ou entrave délibérée au contrôle relatif au travail au noir, ainsi que de toute infraction délibérée à l'obligation de collaborer des personnes et des sociétés contrôlées.

Sanctions pénales de la LEI

Les sanctions pénales de la LEI visent notamment à sanctionner l'entrée, la sortie, le séjour illégal et l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 LEI), l'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux (art. 116 LEI), l'emploi d'étrangers sans autorisation (art. 117 LEI), le comportement frauduleux à l'égard des autorités (art. 118 LEI), ainsi que d'autres infractions, dont la contravention à l'obligation de déclarer son arrivée ou son départ (cf. art. 120 LEI, particulièrement art. 120, al. 1, let. a LEI).

La peine encourue pour l'entrée, la sortie et le séjour illégaux ou pour l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 LEI) est une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire. En cas de négligence, la peine encourue est l'amende (art. 115, al. 1 et 2, LEI). L'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux est sanctionnée par une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 116, al. 1, LEI). Dans les cas de peu de gravité, la peine encourue peut consister en une amende (art. 116, al. 2, LEI). Si l'auteur a agi

pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime ou s'il a agi dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes formé dans le but de commettre de tels actes de manière suivie, la peine encourue est une peine privative de liberté de cinq ans au plus additionnée d'une peine pécuniaire ou une peine pécuniaire seule (art. 116, al. 3, LEI).

L'emploi d'étrangers sans autorisation est passible d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 117, al. 1, LEI). En cas de récidive dans les cinq ans, une peine privative de trois ans et une peine pécuniaire ou une peine pécuniaire seule est encourue (art. 117, al. 2, LEI). En cas de négligence, la peine est une amende de 20 000 francs au plus (art. 117, al. 3, LEI).

Les condamnations pour l'entrée, la sortie et le séjour illégaux, et l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 LEI) font l'objet d'une abondante jurisprudence. Elle fixe des principes en matière de punissabilité du séjour illégal (ATF 143 IV 249). Il en découle que le séjour illégal est punissable si l'étranger réside en Suisse illégalement et n'est pas dans l'impossibilité objective de quitter le pays et de rentrer légalement dans son pays d'origine.

La jurisprudence considère que la durée d'un séjour illégal ne doit pas être prise en compte dans l'examen d'un cas de rigueur (cf. arrêt du TF 2A.166/2001 consid. 2b/bb, auquel renvoie l'ATF 130 II 39, consid. 3).

11.2 Application des normes pénales

La poursuite et le jugement relèvent de la compétence des cantons.

Les infractions à la LEI sont poursuivies d'office par les autorités cantonales compétentes désignées au sein du canton (ministère public ou autorité cantonale responsable de la surveillance du marché du travail).

Chacun a le droit de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite pénale, par écrit ou oralement (art. 301 du code de procédure pénale suisse ; CPP). Toutefois, le CPP impose aux autorités pénales de dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre (art. 302, al. 1, CPP). Les obligations de dénoncer incombant aux membres d'autres autorités sont régies par des lois fédérales spéciales ou par le droit cantonal (art. 302, al. 2, CPP).

Les autorités pénales ont l'obligation d'informer les autorités migratoires des enquêtes pénales en cours (cf. ch. 10 et 11 et art. 97 LEI). Par ailleurs, certaines lois cantonales d'application de la LEI prévoient l'obligation pour les membres des autorités autres que pénales de dénoncer des infractions à la LEI (cf. aussi ch. 10 et 11). À titre d'exemple, le canton de Vaud oblige le syndic ou les préposés aux bureaux communaux de contrôle des habitants de signaler au Ministère public vaudois toute infraction à la LEI dont ils ont connaissance (art. 41 de la loi d'application de la législation fédérale sur les étrangers). De son côté, lorsqu'elle constate ou a connaissance d'un séjour illégal, l'autorité migratoire examine le renvoi de Suisse (art. 64 LEI¹⁶⁷).

L'application des dispositions pénales de la LEI se base en grande partie sur la communication des résultats des contrôles des organes cantonaux chargés de la lutte contre le travail au noir et des autorités et organisations selon l'art. 12 LTN (cf. ch. 10.2) et les dénonciations des autorités policières ou des tiers soumis à une obligation de dénonciation.

Ces dernières années, plusieurs affaires, souvent nommées « délits de solidarité », liées à l'incitation ou à la facilitation du séjour illégal de ressortissants étrangers, ont été médiatisées. Dans sa jurisprudence, le TF a eu l'occasion de souligner que le simple contact avec un ressortissant étranger, rendant son séjour plus agréable en Suisse, ne saurait être punissable et constituer une facilitation au séjour illégal en Suisse. Toutefois, il n'en va pas de même si le comportement de la personne rend plus difficile le prononcé ou l'exécution d'une décision à l'encontre de l'étranger en

¹⁶⁷ Voir également chiffre 8.6 Directives Étrangers du SEM, disponibles sous www.sem.admin.ch > Documents > Directives.

situation irrégulière ou restreint, pour les autorités, les possibilités de l'arrêter. Le TF admet généralement que le fait de loger un ressortissant étranger en séjour illégal constitue une facilitation du séjour illégal (art. 116 LEI) et est dès lors punissable (cf. ATF 130 IV 77). Dans la pratique, les personnes sont généralement condamnées à des peines pécuniaires.

La loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), abrogée lors de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 de la LEI, contenait une disposition selon laquelle prêter assistance n'était pas punissable dans certaines situations si les mobiles étaient honorables (art. 23, al. 3, LSEE).

11.3 Statistiques

Sur l'application de la loi sur le travail au noir (LTN)

Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) établit chaque année un rapport qui fournit des informations sur l'exécution de la LTN, en particulier sur l'activité de contrôle et, depuis 2017, également sur l'activité de coordination des organes cantonaux de contrôle pour la lutte contre le travail au noir.

En 2019, les organes de contrôle cantonaux ont transmis 12 554 situations donnant lieu à un soupçon d'infraction. Une situation est suspecte lorsque l'organe de contrôle, une fois ses investigations réalisées, soupçonne qu'une entreprise ou une personne a enfreint l'objet du contrôle et transmet le cas aux autorités et organisations compétentes pour des investigations ultérieures. Ce chiffre est en baisse de 20 % par rapport à l'année précédente (2018 : 15 740 situations donnant lieu à un soupçon). La plus forte baisse par rapport à 2018 a été enregistrée dans le domaine du droit des étrangers (2018 : 5513 situations donnant lieu à un soupçon ; 2019 : 3452, -37 %). Ce sont surtout des baisses significatives dans les cantons de Genève (-1932) et du Valais (-253) qui influencent cette évolution. En 2019, 5717 situations suspectes (-10 %) ont été transmises dans le domaine du droit des assurances sociales, et 3385 dans le domaine de l'impôt à la source (-12 %). La diminution du nombre d'infractions suspectées ne permet pas de conclure de manière générale à un recul du travail au noir en 2019. La variation des cas suspects répertoriés se situe dans le cadre habituel des fluctuations annuelles.

À la suite de ces cas transmis, 3356 retours d'informations des autorités spéciales ont été enregistrés (- 19 % par rapport à l'année précédente ; 2018 : 4134 retours d'informations). Le nombre de retours d'informations renseigne sur le nombre de cas pour lesquels les soupçons se sont confirmés et des mesures ont été prises. Ventilés par domaine juridique, les chiffres pour 2019 se présentent comme suit : droit des assurances sociales 736 retours d'informations (- 20 %), droit des étrangers 2012 retours d'informations (- 18 %) et droit de l'impôt à la source 608 retours d'informations (- 22 %). Les chiffres des retours d'informations ne permettent toutefois pas de se prononcer quant à l'évolution de l'ampleur réelle des infractions et sont soumis aux fluctuations annuelles habituelles.

Outre l'exécution de contrôles d'entreprises et de personnes, les organes de contrôle cantonaux assument aussi des activités de coordination. La notion d'activité de coordination est définie comme le signalement d'un cas suspect et le transfert direct de celui-ci à l'autorité spéciale compétente sans autre établissement des faits préalables par l'organe cantonal de contrôle. En 2019, un total de 6062 indices de travail au noir ont été transmis aux autorités compétentes sans contrôle préalable. Ce chiffre est en hausse de 13 % par rapport à l'année précédente (2018 : 5344 indices).

À la suite de ces cas transmis directement, les autorités spéciales ont annoncé aux organes de contrôle cantonaux, dans le cadre de leur activité de coordination, un total de 1488 sanctions en 2019 pour l'ensemble de la Suisse¹⁶⁸.

Ces chiffres ne permettent toutefois pas d'identifier la part de sans-papiers dans les travailleurs ou les employeurs et les indépendants dénoncés et sanctionnés.

¹⁶⁸ Cf. Rapport du Secrétariat d'État à l'économie, rapport LTN 2019, op. cit., p. 6.

Infractions à la LEI selon les statistiques policières sur la criminalité

Les « statistiques policières de la criminalité »¹⁶⁹, publiées chaque année en mars par l'Office fédéral de la statistique (OFS), se basent sur les données des polices cantonales et portent sur les infractions au code pénal, à la loi sur les stupéfiants et à la LEI qui leur ont été dénoncées. En 2019, on recense un total de 37 024 infractions à la LEI. Il ressort du rapport de statistiques pour l'année 2019 qu'une grande partie des infractions concernent des entrées ou des séjours illégaux en Suisse (25 076 infractions, 67,7 %). Pour l'activité lucrative illégale ou le changement d'emploi sans autorisation, ce sont 4902 infractions qui ont été enregistrées. Par rapport à 2018, les chiffres sont stables¹⁷⁰.

En tout, 21 575 personnes étrangères ont été prévenues d'infraction à la LEI en 2019. Parmi elles, 17 773 font partie de la catégorie des « autres étrangers », qui sont définis dans le rapport comme étant notamment des titulaires d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation frontalière, des touristes en séjour légal ou illégal en Suisse, des requérants d'asile (déboutés ou avec décision de non-entrée en matière), des personnes en séjour illégal à la suite de l'échéance de la validité de leur autorisation de séjour ou dont le statut est inconnu¹⁷¹, alors que 2702 personnes sont des étrangers appartenant à la population résidente permanente (dans le cadre de cette statistique : titulaires d'une autorisation de séjour [permis B], d'établissement [permis C] ou d'une autorisation de séjour avec activité lucrative [diplomates, fonctionnaires internationaux, livret Ci]) ; 3163 personnes relevant de l'asile (selon cette statistique : étrangers admis provisoirement [permis F], requérants d'asile [permis N] et personnes à protéger [permis S]) ont été prévenues d'infraction à la LEI en 2019.

Infractions à la LEI selon les statistiques sur les condamnations pénales par la justice pénale

En plus des statistiques précédentes, l'OFS publie chaque année « les condamnations pénales prononcées par la justice pénale », qui recensent l'ensemble des condamnations d'adultes et de mineurs inscrites au casier judiciaire prononcées en raison d'un délit ou d'un crime, pour violation du code pénal, de la loi fédérale sur la circulation routière, de la loi fédérale sur les stupéfiants et enfin de la LEI¹⁷². Elles se basent sur les données du casier judiciaire suisse (VOSTRA).

S'agissant des infractions à la LEI, les condamnations pénales sont répertoriées par année, type d'infractions commises (art. 115 à 119 LEI), âge et nationalité du condamné. Les ressortissants étrangers sont sous-divisés en trois catégories, soit les étrangers au bénéfice du permis B, C ou Ci, les « autres étrangers », définis comme les requérants d'asile, les frontaliers et les titulaires d'autorisations de courte durée (permis L), et enfin les « étrangers au statut inconnu », qui sont des personnes dont le juge n'a pas pu établir le statut. Il est toutefois impossible de voir si un jugement pénal concerne un étranger sans-papiers. Une supposition peut être faite pour la catégorie des « étrangers au statut inconnu » (voir ci-dessous).

Dans le détail, les condamnations pénales pour infractions aux art. 115 à 119 LEI se présentent comme suit :

- *En 2019, 13 909 étrangers*
- *En 2018, 15 226 étrangers*
- *En 2017, 14 390 étrangers*

¹⁶⁹ Cf. Rapport annuel 2019 « Statistiques policières de la criminalité », disponible sous www.ofs.admin.ch > Trouver des statistiques > Criminalité et droit pénal > Statistique policière de la criminalité 2019.

¹⁷⁰ Cf. Rapport annuel 2019 « Statistiques policières de la criminalité », op. cit., ch.3.9.2, p. 61.

¹⁷¹ Cf. Rapport annuel 2019 « Statistiques policières de la criminalité », op. cit., ch.2.4.4.3, p. 32 et les définitions au ch. 2.4.3, p. 28.

¹⁷² Cf. Tableaux statistiques 2013-2019 sur les condamnations pénales prononcées par la justice pénale, « Adultes : condamnations et personnes condamnées pour une infraction au sens des articles de la LEI », disponibles sous: www.ofs.admin.ch > Trouver des statistiques > Criminalité et droit pénal > Justice pénale > Personnes condamnées.

- En 2016, 15 102 étrangers
- En 2015, 15 258 étrangers
- En 2014, 14 498 étrangers
- En 2013, 15 218 étrangers

Pour un séjour illégal au sens de l'art. 115, al. 1, let. b, LEI, les chiffres sont légèrement à la baisse en 2019 (8550 étrangers condamnés) par rapport à 2018 (9472 étrangers condamnés). Pour l'exercice d'une activité lucrative illégale au sens de l'art. 115, al. 1, let. c, LEI, 2716 personnes étrangères ont été condamnées pénalement en 2019, contre 3010 en 2018.

Les étrangers « au statut inconnu » (le juge n'a pas pu définir le statut administratif de la personne) condamnés ces cinq dernières années pour séjour illégal (art. 115, al. 1, let. b, LEI), travail sans autorisation (art. 115, al. 1, let. c, LEI) ou facilitation d'un séjour sans autorisation (art. 116, al. 1, let. a, LEI) se répartissent comme suit.

Année	Séjour illégal (art. 115, al. 1, let. b, LEI)	Exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115, al. 1, let. c, LEI)	Facilitation de l'entrée, de la sortie ou du séjour illégaux d'un étranger (art. 116, al. 1, let. a, LEI)
2019	137	89	18
2018	187	95	34
2017	185	99	17
2016	205	98	25
2015	232	108	16
2014	253	123	19
2013	263	109	20

Dans cette catégorie d'étrangers « au statut inconnu » et pour les infractions susmentionnées, il est possible qu'il se trouve des sans-papiers. Les relevés de l'OFS ne font pas la distinction. Pour déterminer si un jugement pénal a été prononcé à l'égard d'un sans-papier, il faudrait demander aux autorités de justice pénale de pouvoir consulter tous les jugements pénaux prononcés et examiner le statut du condamné. Les relevés statistiques des cantons sur les condamnations pénales ne permettent pas non plus de distinguer des sans-papiers parmi les étrangers condamnés. Les relevés cantonaux distinguent le type d'infractions à la LEI, mais sans détailler la nationalité du condamné et son statut au regard du droit des étrangers. Une consultation auprès des services cantonaux de la migration n'a pas permis d'en savoir davantage.

Il ressort du questionnaire envoyé aux autorités cantonales migratoires qu'ils ne disposent pas non plus de statistiques plus précises à ce sujet, car il n'existe pas de statistique permettant de différencier les infractions à la LEI selon qu'elles sont commises par des sans-papiers ou par d'autres étrangers. Pour les cantons, les infractions à la LEI constatées sont sanctionnées par les autorités cantonales de poursuite pénale. Seul un service cantonal de la migration s'est montré critique envers la pratique de la justice pénale, jugée trop laxiste, et en particulier envers la jurisprudence des tribunaux pénaux en présence d'infractions à la LEI.

12 Situation des sans-papiers dans différents pays européens

Les informations données ci-dessous sont issues d'un sondage réalisé par le SEM sur la situation des sans-papiers en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Estonie, en Finlande, en Irlande, en Lettonie, en Lituanie, au Luxembourg, en Norvège, aux Pays-Bas, en Pologne, en Roumanie, en Slovaquie, en Suède, en Tchéquie et en Turquie (cf. annexe 2). Pour les mesures particulières en matière de régularisation des conditions de séjour mises en place en Italie ou au Portugal durant la crise sanitaire liée au coronavirus, des précisions sont données au ch. 3.6.

12.1 Estimation du nombre de sans-papiers

Par définition, les chiffres ne peuvent être connus avec certitude. Des estimations ont été communiquées pour les États suivants :

<i>Finlande</i>	Plusieurs milliers, au maximum environ 5000
<i>Irlande</i>	Environ 26 000
<i>Pays-Bas</i>	Quelques dizaines de milliers
<i>Tchéquie</i>	Au moins 1000

12.2 Légalisation du séjour des sans-papiers

Des opérations de régularisation collectives ou partielles du séjour des sans-papiers (ch. 13.2.1 et 13.2.2) ont été menées ces dernières années en Belgique, en Irlande, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Pologne et en Suède.

<i>Belgique</i>	Entre 2009 et 2011, à la suite d'actions de protestation et de grèves de la faim, plusieurs opérations de régularisation ont été menées pour des personnes remplissant certaines conditions, notamment en matière d'intégration.
<i>Irlande</i>	Par le passé, le séjour a été régularisé pour les parents, ou un des parents, d'enfants nés en Irlande, pour des personnes qui avaient été titulaires d'une autorisation de travail mais avaient par la suite perdu leur autorisation de séjour sans faute de leur part, et pour des étudiants qui avaient dépassé la durée maximale prévue pour leurs études ou qui, du fait de nouvelles exigences, ne remplissaient plus, sans faute de leur part, les conditions prévues pour un séjour d'études.
<i>Luxembourg</i>	En 2013, une autorisation de séjour a été donnée aux sans-papiers d'États tiers exerçant une activité lucrative.
<i>Pays-Bas</i>	Une régularisation unique du séjour a été menée pour les personnes en procédure d'asile depuis très longtemps, avec comme condition un séjour ininterrompu d'une certaine durée et le retrait de la demande d'asile. Deux opérations de régularisation du séjour de requérants d'asile avec des enfants ont aussi été réalisées.
<i>Pologne</i>	Trois régularisations ont été menées dans les années 2003 à 2012. La dernière posait comme condition un séjour ininterrompu d'environ quatre ans. Pour les requérants déboutés, la durée du séjour requise n'était que de deux ans, pour autant que la demande d'asile ait été rejetée avant le 1 ^{er} janvier 2010.
<i>Suède</i>	Trois opérations partielles de régularisation ont été menées.

12.3 Possibilités de régulariser le séjour des sans-papiers

La majorité des États ont une base légale permettant, après un examen au cas par cas, d'octroyer des autorisations de séjour à des sans-papiers, ou au moins de tolérer leur présence sur le territoire (voir le tableau ci-dessous).

Les critères déterminants varient, mais dans tous les États, la décision se fonde principalement sur les aspects humanitaires : santé, relations de famille, liens avec le pays d'accueil et durée du séjour, degré d'intégration. Les conditions sont en général moins strictes pour les familles avec enfants, les mineurs non accompagnés et les jeunes adultes.

<i>Belgique</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée lorsque la personne donne son identité et que des circonstances particulières sont réunies. Dans la pratique, ce sont surtout les jeunes adultes et les familles avec des enfants mineurs qui reçoivent une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires.
<i>Allemagne</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée pour des motifs humanitaires. Les personnes qui ne sont que « tolérées » sur le territoire mais qui remplissent certains critères d'intégration ont également la possibilité d'obtenir une autorisation de séjour.
<i>Finlande</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée pour des motifs humanitaires, qui peuvent être par exemple des raisons médicales, une situation de détresse personnelle ou des attaches fortes avec la Finlande.
<i>Irlande</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée pour des motifs humanitaires ou économiques, après examen individuel du cas.
<i>Luxembourg</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée dans des cas de rigueur pour autant que la personne n'ait pas donné de fausses informations la concernant, qu'elle ne représente pas un danger pour la sécurité et l'ordre publics, qu'elle se trouve dans le pays depuis au moins quatre ans, et qu'elle n'ait pas déjoué des mesures prises en vue de l'exécution de son renvoi.
<i>Pays-Bas</i>	Les personnes qui tentent de quitter le territoire par leurs propres moyens mais qui, sans faute de leur part, n'obtiennent pas de leur État d'origine des documents d'identité et de voyage, peuvent obtenir une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires.
<i>Autriche</i>	Une autorisation de séjour peut être accordée pour des motifs familiaux ou en raison de circonstances extraordinaires. Les critères déterminants sont en particulier la durée du séjour, les relations familiales ou privées, le degré d'intégration et le comportement personnel. Par ailleurs, les personnes qui bénéficient d'une « tolérance » depuis au moins un an peuvent aussi obtenir une autorisation de séjour.
<i>Pologne</i>	Les personnes arrivées lorsqu'elles étaient mineures et qui déposent une demande pour cas de rigueur dans un délai d'un an à compter de leur majorité peuvent obtenir une autorisation de séjour. L'autorisation de séjour peut aussi être accordée pour des motifs familiaux ou dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

12.4 Statut juridique des sans-papiers

12.4.1 Accès aux soins médicaux

La majorité des États permettent aux sans-papiers d'accéder au moins à des soins médicaux d'urgence.

Pour l'Allemagne, les seules indications disponibles concernent des personnes déboutées dans une procédure d'asile et tenues de quitter le territoire. Elles ont accès à des soins médicaux de base.

Au Luxembourg, l'accès aux soins médicaux est possible à condition que la personne soit affiliée aux assurances sociales.

La Belgique, le Danemark, la Finlande, la Lettonie, la Norvège, la Slovénie et la Suède appliquent des règles plus généreuses pour les mineurs et les personnes vulnérables, qui ont parfois le même accès aux soins médicaux que les étrangers en situation régulière ou que les nationaux.

En Estonie, par contre, les sans-papiers n'ont en principe pas accès aux soins médicaux.

12.4.2 Accès aux prestations des assurances sociales

L'accès aux prestations des assurances sociales est plutôt restrictif. Ce n'est qu'en Irlande, au Luxembourg et en Slovénie que les sans-papiers peuvent, à certaines conditions, bénéficier de telles prestations.

En Irlande et au Luxembourg, l'accès aux prestations des assurances sociales n'est possible que si les contributions qui y donnent droit ont été acquittées. La loi slovène règle plus en détail les conditions d'accès.

Les sans-papiers assurés au Luxembourg et en Slovénie perçoivent les mêmes prestations que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour.

En Autriche, en Belgique, en Estonie, en Lettonie, en Norvège, aux Pays-Bas, en Pologne, en Suède et en Tchéquie, par contre, les sans-papiers n'ont pas accès aux prestations des assurances sociales.

12.4.3 Accès à la formation scolaire

Une grande majorité des États donnent accès à l'école obligatoire aux sans-papiers en âge de scolarité. En Lituanie, seul les mineurs non accompagnés ont accès à l'école obligatoire et à des programmes de formation professionnelle. En Lettonie, lorsqu'un renvoi a été ordonné, l'accès à l'école n'est possible que jusqu'à l'expiration du délai fixé pour le départ ou pendant la durée de suspension de l'exécution du renvoi.

En Irlande et au Luxembourg, les sans-papiers ont aussi accès à des formations au-delà de la scolarité obligatoire. Au Danemark, les sans-papiers, s'ils sont enregistrés auprès des autorités, peuvent accéder à des établissements de formation professionnelle.

Ce n'est qu'en Estonie que les sans-papiers n'ont de manière générale aucun accès à l'enseignement obligatoire ou postobligatoire.

12.4.4 Aide de l'État pour la couverture des besoins vitaux

L'Allemagne, le Danemark, la Finlande, la Slovénie, la Suède et la Tchéquie accordent aux sans-papiers, à certaines conditions, un soutien financier de l'État pour la couverture des besoins vitaux.

En Belgique, les mineurs sans-papiers, accompagnés ou non, qui séjournent dans un centre d'accueil ont droit à des prestations en nature et à de l'argent de poche. S'ils se trouvent ailleurs que dans un centre d'accueil, l'aide sociale est donnée sous forme de prestations en nature ou pécuniaires. Ils reçoivent les mêmes prestations que les étrangers en situation régulière ou les ressortissants belges.

Au Danemark, seuls les sans-papiers enregistrés auprès des autorités ont accès à un soutien financier de l'État.

Pour l'Allemagne, les seules informations disponibles concernent les requérants déboutés et sous le coup d'une obligation de quitter le territoire. Ils reçoivent des prestations en nature au titre d'une aide d'urgence et sont hébergés et pris en charge dans un centre d'accueil ou un hébergement collectif. S'ils ne séjournent pas dans des structures étatiques du système d'asile, l'aide leur est versée sous forme d'argent.

L'Estonie, la Lettonie, le Luxembourg et les Pays-Bas n'accordent aucun soutien étatique aux sans-papiers pour la couverture des besoins vitaux. En Belgique, les sans-papiers majeurs n'ont pas non plus accès à un soutien de l'État.

12.4.5 Accès au système judiciaire

En Irlande, en Lettonie, au Luxembourg, en Norvège, en Pologne et en Tchéquie, les sans-papiers ont accès au système judiciaire sans devoir révéler leur identité ou leur statut de séjour.

En Slovénie, l'accès est garanti pour des procédures administratives.

En Belgique, l'accès aux tribunaux exige un numéro d'enregistrement, dont les sans-papiers ne disposent pas. Ne pas fournir ce numéro peut mener les autorités à découvrir la nature illégale du séjour.

En Estonie aussi, l'accès au système judiciaire nécessite de révéler son identité.

13 Solutions envisageables pour les sans-papiers

Les thèmes abordés par le texte du postulat ne concernent pas uniquement le domaine de la migration au sens étroit ; ils concernent aussi celui des assurances sociales, de la scolarité, de l'échange de données ainsi que la pratique des cantons et des villes en relation avec le traitement des personnes sans-papiers. De nombreux domaines relèvent exclusivement de la compétence cantonale et la thématique occupe également les syndicats et les œuvres d'entraide. Dans ce contexte, un groupe d'accompagnement, formé des représentants des cantons, des villes, des communes ainsi que des conférences intercantionales et nationales et de plusieurs offices de l'administration fédérale a été créé par le SEM sur mandat du DFJP. Le mandat du groupe d'accompagnement était de discuter des questions posées par le texte du postulat et de se prononcer sur les solutions élaborées par le SEM (cf. ch. 2). Son avis est reproduit sous chaque solution. Une table ronde a aussi été organisée par le SEM. Elle a permis de récolter les positions des syndicats et des œuvres d'entraide, son avis est également reproduit sous les solutions envisagées par le Conseil fédéral (ch. 2).

La CFM n'a pas pu être présente lors de la table ronde du 7 novembre 2019, qui coïncidait avec sa journée annuelle. Elle a néanmoins pris position par écrit (cf. annexe 3). La plateforme nationale pour les sans-papiers a aussi exprimé une position par écrit en marge de sa participation à la table ronde (cf. annexe 4). Ces positions sont reproduites sous l'avis des membres de la table ronde au regard de chaque solution à envisager, pour autant qu'elles le complètent.

13.1 En matière d'assurances sociales

13.1.1 Exclusion de l'obligation d'assujettissement à l'assurance-maladie

Argument en faveur de cette solution :

- *Comportement cohérent des autorités à l'encontre des sans-papiers et application cohérente de la législation suisse. De ce fait, aucun avantage direct ou indirect ne peut être tiré d'un séjour illégal en Suisse.*

Arguments en défaveur de cette solution :

- *Pour les sans-papiers eux-mêmes : le sentiment d'insécurité serait encore plus grand en cas d'absence d'assurance-maladie. Le risque augmenterait qu'ils repoussent une visite médicale nécessaire ou y renoncent.*
- *Pour la population en général : le fait que les sans-papiers repoussent une consultation médicale nécessaire représente un risque de transmission de certaines maladies au reste de la population.*
- *Pour les cantons et les communes : si les sans-papiers ne peuvent plus s'affilier à l'assurance-maladie, les coûts des prestations médicales seront à la charge des cantons et des communes.*
- *La Suisse violerait dans une large mesure ses engagements internationaux, notamment ceux qui découlent du pacte I de l'ONU et de la CDE.*

- *Exclure les sans-papiers de l'obligation d'assujettissement à l'assurance-maladie apparaît très problématique au regard des art. 3, 8 et 14 CEDH. Pour savoir si une telle exclusion est admissible, il faut évaluer chaque cas en fonction des circonstances concrètes.*
- *L'exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales irait à l'encontre du but social fixé à l'art. 41, al. 2, Cst.*
- *L'exclusion de l'obligation d'assurance poserait problème au regard de certains principes constitutionnels (voir ch. 8.2).*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Cette solution doit être rejetée pour les raisons évoquées précédemment. Comme le Conseil fédéral a eu l'occasion de le souligner dans les conclusions de son rapport sur l'assurance-maladie et l'accès aux soins des sans-papiers¹⁷³, la meilleure solution consiste à maintenir l'obligation d'assurance des sans-papiers. Dans son rapport, il a indiqué aussi que le degré de couverture devait être augmenté et qu'il fallait traiter les sans-papiers de la même manière que les autres assurés. Leur affiliation à l'assurance obligatoire des soins doit être facilitée. Selon la directive de l'OFAS de 2002, toujours en vigueur, les assureurs ont l'obligation d'affilier toutes les personnes qui remplissent les conditions légales, indépendamment de leur statut de séjour.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Les membres du groupe d'accompagnement ont souligné l'importance de traiter toutes les personnes de manière égale, indépendamment de leur statut de séjour, en matière d'accès aux soins. Ils ont également indiqué qu'il ne fallait pas sous-estimer les conséquences pour la santé publique d'un refus d'affilier les sans-papiers à l'assurance-maladie.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

À l'unanimité, les participants à la table ronde ont plaidé pour le maintien de l'obligation d'assurance des sans-papiers. Ils ont mis en évidence les difficultés que rencontrent les sans-papiers et qui les dissuadent de s'affilier (problèmes financiers, crainte d'être dénoncés aux autorités migratoires). Ils ont également souligné les disparités cantonales en matière de réduction de primes.

Dans sa prise de position écrite, la CFM a souligné que l'accès à des soins médicaux de base est inscrit dans la Cst. et que ce droit fondamental vaut pour toute personne séjournant en Suisse. Elle ajoute qu'il vaut mieux garantir un accès universel aux structures ordinaires plutôt que de créer des structures d'accueil parallèles financées par l'État.

13.1.2 Catalogue de prestations de l'assurance-maladie restreint pour les sans-papiers

Les sans-papiers pourraient s'affilier à l'assurance-maladie, mais n'auraient droit qu'à un catalogue de prestations restreint.

Argument en faveur de cette solution :

- *Étant donné que les sans-papiers ne pourraient bénéficier que d'un nombre restreint de prestations, l'assurance obligatoire des soins serait « allégée » du remboursement des prestations auxquelles ceux-ci n'ont pas droit. Cet avantage doit être relativisé car les sans-papiers paieraient probablement une prime moins élevée que les assurés ayant droit au catalogue complet. La diminution des prestations aurait pour effet principal de compenser la baisse des recettes de primes.*

Arguments en défaveur de cette solution :

¹⁷³ Cf. rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484) « Assurance maladie et accès aux soins des sans-papiers », disponible sous www.ofsp.admin.ch > Stratégie et politique > Stratégies nationales en matière de santé > Égalité des chances dans le système de santé > Accès aux soins de santé des sans-papiers.

- *Les sans-papiers qui sont affiliés à l'assurance-maladie paient eux-mêmes leurs primes (sous réserve de la réduction des primes) et leurs participations aux coûts. Ils ne représentent donc pas, pour l'assurance-maladie, une charge plus lourde que les assurés en séjour régulier. On ne peut donc pas justifier le catalogue restreint par le fait qu'ils grèveraient l'assurance-maladie plus que les autres assurés.*
- *Cette solution constitue une inégalité de traitement fondée sur le statut de séjour de l'assuré.*
- *Cette solution pourrait poser problème au regard des engagements internationaux de la Suisse (ch. 8.1).*
- *Les prestations du catalogue de la LAMal répondent aux critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité. Ces critères sont réexaminés régulièrement. Toutes les prestations LAMal répondent donc à un besoin. Si on prive les sans-papiers malades de certaines prestations, ils risquent de ne pas pouvoir guérir et de représenter ainsi un danger pour la population et, par voie de conséquence, pour l'économie.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Dans ses réponses à plusieurs interventions parlementaires, le Conseil fédéral s'est prononcé contre un catalogue restreint pour les sans-papiers¹⁷⁴. Il y a notamment réaffirmé le principe de base de l'égalité de traitement (art. 5, let. f, LSAMal), qui garantit à toute personne assurée en Suisse, indépendamment de son statut de séjour, le même droit au remboursement des prestations définies par la LAMal. Au surplus, la mise en œuvre de cette solution irait également à l'encontre des conclusions adoptées par le Conseil fédéral dans son rapport sur l'assurance-maladie et l'accès aux soins des sans-papiers¹⁷⁵.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Les membres du groupe d'accompagnement ont souligné que les prestations du catalogue de la LAMal répondent aux critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité. Elles ne sont pas superflues, on ne peut pas y renoncer. Un classement des prestations en deux catégories (prestations nécessaires – prestations non nécessaires) serait dès lors très difficile à établir. Par ailleurs, un catalogue de prestations restreint signifierait probablement une prime moins élevée. Or il serait très compliqué de calculer les primes pour le catalogue de prestations restreint.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

À l'unanimité, les participants à la table ronde ont plaidé pour le maintien du catalogue de prestations complet pour les sans-papiers.

13.1.3 Exclusion de l'assujettissement à l'assurance-accidents et de ses prestations

Argument en faveur de cette solution :

- *Application cohérente de la législation suisse et comportement cohérent des autorités à l'encontre des sans-papiers. Aucun avantage direct ou indirect ne peut être tiré d'un séjour illégal en Suisse.*

¹⁷⁴ Cf. motion du Groupe UDC (12.3820) « Les bénéficiaires de l'aide d'urgence ne doivent plus être affiliés à l'assurance-maladie » rejetée ; motion Flückiger-Bäni (17.3535) « Assurance-maladie « light » pour les personnes dont le statut de séjour est précaire » classée ; motion Herzog (19.3035) « Assurance-maladie « light » pour les personnes dont le statut de séjour est précaire » (non encore traitée).

¹⁷⁵ Cf. rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim (09.3484) « Assurance maladie et accès aux soins des sans-papiers », disponible sous www.ofsp.admin.ch > Stratégie et politique > Stratégies nationales en matière de santé > Égalité des chances dans le système de santé > Accès aux soins de santé des sans-papiers.

Arguments en défaveur de cette solution :

- *La législation en matière d'assurance-accidents, pas plus que la jurisprudence d'ailleurs, n'a jamais fait de distinctions entre un travailleur avec un statut de séjour régulier et un sans-papiers. Supprimer les droits en matière d'assurance-accidents aux travailleurs sans statut de séjour irait à l'encontre des principes mêmes de l'assurance-accidents, laquelle a pour mission de protéger les travailleurs des conséquences économiques et sanitaires des accidents professionnels ou non professionnels et des maladies professionnelles en Suisse.*
- *L'assurance-accidents se veut la succession historique de la responsabilité civile de l'employeur. Écarter du cercle des assurés les personnes dépourvues d'une autorisation de séjour, bien qu'elles soient exposées aux mêmes risques que les travailleurs disposant d'une autorisation de séjour valable, reviendrait à permettre une inégalité de traitement.*
- *Les travailleurs sans autorisation de séjour valable, s'ils étaient privés de couverture en matière d'accidents, fourniraient leurs prestations pour des employeurs qui n'auraient alors aucune prime à payer pour leurs services.*
- *Les coûts occasionnés seraient de surcroît transférés aux communes, via l'aide sociale. La problématique ne serait donc aucunement résolue.*
- *La Suisse violerait dans une large mesure ses engagements internationaux, notamment ceux qui découlent du pacte I de l'ONU et de la CDE.*
- *Exclure les sans-papiers de l'obligation d'assujettissement à l'assurance-accidents apparaît très problématique au regard des art. 3, 8 et 14 CEDH. Pour savoir si une telle exclusion est admissible, il faut évaluer chaque cas en fonction des circonstances concrètes.*
- *L'exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales irait à l'encontre du but social fixé à l'art. 41, al. 2, Cst.*
- *L'exclusion de l'obligation d'assurance poserait problème au regard de certains principes constitutionnels (ch. 8.2).*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Cette solution doit être rejetée pour les raisons évoquées précédemment. Le Conseil fédéral préconise le statu quo.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Les membres du groupe d'accompagnement ont souligné l'importance de traiter toutes les personnes, indépendamment de leur statut de séjour, de manière égale et qu'il était inconcevable d'opérer une distinction entre travailleurs légaux et travailleur dépourvus de titre de séjour en matière d'assujettissement à l'assurance-accidents obligatoire, notamment eu égard aux risques identiques que les deux catégories de travailleurs évoquées prennent au quotidien.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

Les participants à la table ronde ont plaidé pour le maintien de la couverture en matière d'assurance-accidents selon la LAA pour les sans-papiers. Ils ont insisté sur l'importance de respecter l'égalité de traitement entre tous les travailleurs, qu'ils aient ou non un titre de séjour. Ils ont encore relevé que supprimer cette couverture ne résoudrait aucun problème et contribuerait à rendre plus précaire encore la situation des travailleurs sans-papiers.

Dans sa prise de position écrite, la CFM précise qu'une exclusion des sans-papiers n'aurait aucun sens. En effet, les prestations que percevraient des sans-papiers non assurés contre la maladie ou l'accident seraient à la charge de la collectivité. Au lieu d'exclure les sans-papiers de l'assurance, il faudrait veiller à ce que ceux d'entre eux qui ont des revenus modestes puissent bénéficier de réductions de primes et qu'ils soient en mesure de payer régulièrement des primes en constante augmentation.

13.1.4 Exclusion de l'obligation d'assujettissement à l'AVS/AI/APG/allocations familiales

L'obligation d'assurance selon la LAVS vaut pour l'AVS, l'AI, les APG et les allocations familiales. Elle s'applique à toutes les personnes domiciliées en Suisse ou qui y exercent une activité lucrative, quel que soit leur statut en vertu du droit des étrangers, ce qui inclut les sans-papiers (art. 112, al. 2, let. a, Cst. et art. 1a, al. 1, let. a et b, LAVS). Une exclusion générale de l'obligation d'assurance pour l'AVS, l'AI, les APG et les allocations familiales dispenserait les sans-papiers de devoir cotiser à ces assurances.

Arguments en faveur de cette solution :

- *Dans certaines circonstances, les sans-papiers ont aujourd'hui le droit de toucher des prestations de ces assurances ou de se voir rembourser des cotisations versées pour l'AVS lorsqu'ils doivent quitter la Suisse. Ces remboursements exigent parfois un gros travail administratif, dont il serait possible de se dispenser si les sans-papiers étaient exclus de l'assurance.*
- *L'exclusion des sans-papiers des assurances sociales ne violerait pas l'égalité de traitement ou l'égalité entre concurrents aussi longtemps que l'emploi de sans-papiers est punissable pénalement (art. 117 LEI) et qu'une sanction pénale est prononcée systématiquement dans les cas dont les autorités ont connaissance.*

Arguments en défaveur de cette solution :

- *La Suisse violerait dans une large mesure ses engagements internationaux, notamment ceux qui découlent du pacte I de l'ONU et de la CDE.*
- *Exclure les sans-papiers de l'obligation d'assurance apparaît très problématique au regard des art. 3, 8 et 14 CEDH. Pour savoir si une telle exclusion est admissible, il faut évaluer chaque cas en fonction des circonstances concrètes. Il est notamment très problématique de refuser des prestations à des personnes qui ont cotisé à une assurance sociale¹⁷⁶. Une régression des droits doit dans tous les cas reposer sur des motifs objectifs et raisonnables. Elle doit avoir un but légitime et être proportionnée. En outre, elle ne doit pas entraîner une situation dans laquelle l'existence de la personne est menacée. Il n'est guère probable qu'une exclusion générale de toutes les personnes sans statut légal satisfasse à ces conditions.*
- *L'exclusion pure et simple des sans-papiers outrepasserait la marge de manœuvre admise par l'art. 112 Cst.*
- *L'exclusion pure et simple des sans-papiers de l'ensemble des assurances sociales irait à l'encontre du but social fixé à l'art. 41, al. 2, Cst.*
- *Pour les personnes précédemment assurées, l'exclusion pourrait porter atteinte à des droits fondamentaux qui valent également pour les sans-papiers (par ex. égalité de traitement, prohibition de l'arbitraire, garantie de la propriété). La constitutionnalité d'une mesure d'exclusion devrait donc faire l'objet d'une analyse approfondie en fonction des modalités prévues pour les assurances sociales concernées.*
- *L'exclusion de l'obligation d'assurance poserait problème au regard de certains principes constitutionnels (voir ch. 8.2).*
- *Les sans-papiers ne pourraient plus toucher des prestations de l'AVS/AI ou des allocations familiales.*
- *En cas de régularisation ultérieure du séjour, la personne aurait des lacunes de cotisations pour les années où, non assujettie à l'assurance, elle n'avait pas la possibilité de cotiser. Ces lacunes ont un impact négatif sur le montant des prestations de l'AVS ou de l'AI.*

¹⁷⁶ Le versement de contributions a une importance en particulier s'agissant de la justification d'une inégalité de traitement, voir CourEDH *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, note de bas de page 72, § 103.

- *L'exclusion de l'obligation d'assurance renforcerait l'attrait pour un employeur d'engager une personne en situation irrégulière puisqu'il n'aurait pas à acquitter de cotisations sociales et n'aurait pas non plus à craindre, en cas de contrôle, de devoir rattraper le versement des cotisations éludées (avec intérêts moratoires et pénalités).*
- *La collectivité (Confédération, cantons et communes) devrait prendre en charge les coûts non assurés (aide d'urgence).*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Le Conseil fédéral estime que les arguments en défaveur d'une telle solution, exposés précédemment, l'emportent. En effet, l'exclusion générale des sans-papiers des assurances sociales doit être considérée comme créant une inégalité de traitement injustifiée.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Au vu des arguments en défaveur d'une telle solution, le groupe d'accompagnement est d'avis qu'il faut maintenir l'obligation d'assurance et de cotisation pour les sans-papiers.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

Les participants à la table ronde se prononcent à l'unanimité contre une exclusion des sans-papiers de l'obligation d'assurance, car une telle exclusion pourrait, selon les circonstances, entraîner des coûts supplémentaires pour les cantons et les communes. Les participants soulignent que le système actuel doit en tout cas être maintenu.

Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers précise qu'une exclusion des sans-papiers les prêterait encore plus et encouragerait le travail au noir. Elle mentionne encore qu'une exclusion des sans-papiers exerçant des emplois dans le secteur domestique contredirait les principes énoncés par la Convention n° 189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques de l'Organisation internationale du Travail (OIT), que la Suisse a ratifiée en 2014 (RS 0.822.728.9) et qui est entrée en vigueur en 2015, qui requiert notamment que tous les travailleurs de cette branche soient traités de manière égalitaire.

Dans sa position écrite, la CFM précise encore qu'une exclusion de l'obligation d'assurance renforcerait l'attractivité du travail au noir, puisque les employeurs ne devraient plus verser de cotisations sociales et n'auraient plus à craindre, en cas de contrôle, d'avoir à rattraper des cotisations non versées. La collectivité, au lieu de bénéficier des cotisations d'assurance versées, devrait supporter des coûts non assurés.

13.1.5 Renoncer à exiger la présentation de documents pour percevoir des prestations AVS/AI/APG/allocations familiales

Le statut de séjour ne joue aucun rôle pour la perception de prestations de l'AVS ou de l'AI. Pour obtenir des prestations, les sans-papiers doivent cependant fournir des documents permettant de vérifier leurs droits et de calculer le montant des prestations (indications sur la durée de séjour, l'activité professionnelle, l'état civil, les enfants, etc.). Or les personnes concernées ne sont pas toujours en possession des documents nécessaires ou ne veulent pas les présenter. Elles évitent donc le contact avec les autorités et ne s'annoncent pas pour toucher les prestations auxquelles elles auraient droit, même lorsqu'elles ont par exemple payé des cotisations lors d'un précédent séjour légal.

Arguments en faveur de cette solution :

- *Les sans-papiers continueraient d'avoir droit au versement de prestations ou, s'ils quittent définitivement la Suisse, au remboursement des cotisations AVS qu'ils ont payées.*
- *Les sans-papiers seraient davantage enclins à s'annoncer pour percevoir des prestations auxquelles ils ont droit s'ils n'ont plus à présenter des documents révélant trop d'informations sur leur personne.*

Arguments en défaveur de cette solution :

- *Certains documents sont nécessaires pour vérifier le droit à une prestation et calculer son montant.*
- *Pour une égalité de traitement, tous les demandeurs doivent présenter les documents requis et des exceptions ne se justifient pas.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Le Conseil fédéral estime que les arguments en défaveur d'une telle solution, exposés précédemment, l'emportent. Pour assurer un traitement correct des dossiers, il est important que les services administratifs concernés aient accès à tous les documents nécessaires.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Au vu des arguments en défaveur d'une telle solution, le groupe d'accompagnement estime qu'une telle solution n'apporterait aucune réponse à la problématique du séjour illégal.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

Les participants à la table ronde sont d'avis qu'il ne faut pas modifier l'accès aux assurances sociales. Ils estiment en outre que ce n'est pas le rôle des assurances sociales de se préoccuper du statut de séjour des personnes assurées.

13.2 En matière de réglementation du séjour

13.2.1 Introduction

Les solutions examinées dans ce domaine reflètent notamment les différentes interventions parlementaires de ces dernières années et les discussions actuelles. Les positions écrites de la CFM et de la plateforme nationale pour les sans-papiers (annexes 3 et 4) sont reproduites en partie à la fin de l'avis résumé des participants à la table ronde lorsqu'elles complètent l'avis de ces derniers.

Autres thèmes en relation avec les sans-papiers

City card

La thématique des *city cards* est abordée au ch. 6.3 car de telles cartes ne représentent pas une solution en matière de réglementation du séjour des personnes qui résident illégalement en Suisse. Selon la Constitution fédérale (art. 121 Cst.), la législation liée à l'entrée et à la sortie, au séjour et à l'établissement des étrangers et à l'octroi de l'asile relève de la compétence fédérale. Les conditions d'admission et la réglementation du séjour sont réglées par le droit fédéral. La Confédération veille à l'application uniforme du droit fédéral et les cantons sont compétents de l'exécution dans leur domaine. La LEI prévoit que les étrangers reçoivent généralement un titre de séjour indiquant le type d'autorisation dont ils sont titulaires (art. 41 LEI). Les communes et les cantons n'ont donc pas la compétence de réglementer le séjour des sans-papiers en délivrant leur propre carte. Ces cartes ne seraient donc pas juridiquement contraignantes et ne rendraient pas le séjour des intéressés légal.

Cette thématique a toutefois été abordée avec les membres du groupe d'accompagnement et les participants à la table ronde. Ils ont aussi pris connaissance des contours du projet zurichois (Züri City-Card). Les participants à la table ronde sont majoritairement en faveur du principe d'une « city card » ou d'une citoyenneté urbaine (« urban citizenship ») à laquelle auraient accès aussi les sans-papiers. Selon eux, la question mérite d'être examinée.

Dans sa position écrite, la CFM a souligné que les city cards telles que discutées dans les cantons de Berne et de Zurich qui visent, selon elle, à offrir à tous les habitants de ces villes, indépendamment de leur statut de séjour, une autorisation permettant de prendre part plus facilement à la vie de la cité et de profiter de certaines prestations, n'allaient pas assez loin car elles se limitent aux territoires de ces villes et n'ont pas d'incidence aux niveaux cantonal et fédéral. Elle a encore mentionné l'exemple du canton de Vaud, qui délivre aux personnes bénéficiant de l'aide d'urgence une attestation acceptée par la police et grâce à laquelle elles sont protégées contre

une dénonciation (répétée) pour séjour illégal. Dans ses recommandations faites suite à son rapport sur les personnes sortant du système de l'asile (cf. ch. 3), la CFM recommande la délivrance d'une telle carte à toutes les personnes au bénéfice de l'aide d'urgence.

Création d'un contingent pour l'admission de travailleurs d'États tiers peu ou pas qualifiés

Le système actuel d'admission des travailleurs permet uniquement l'admission en Suisse de travailleurs qualifiés ressortissants d'États tiers. Leur admission est soumise à des contingents fixés annuellement par le Conseil fédéral. Les sans-papiers sont généralement employés dans des secteurs où la main-d'œuvre est peu ou pas qualifiée (construction, économie domestique, hôtellerie, ch. 3.2). L'hypothèse de la création d'un contingent pour l'admission de ressortissants d'États tiers peu ou pas qualifiés a aussi fait l'objet de discussions, principalement lors de la table ronde.

Le groupe d'accompagnement se montre sceptique face à une telle solution. L'un des membres souligne qu'elle pourrait créer un appel d'air et serait vraisemblablement politiquement combattue. Il fait remarquer qu'il est en effet difficilement envisageable que des personnes ressortissantes d'États tiers, résidant en Suisse de manière illégale, reçoivent après coup une autorisation de séjour qui leur permette de travailler légalement.

Les participants à la table ronde considèrent, en revanche, cette hypothèse comme intéressante et estiment qu'elle mériterait d'être examinée. La plupart sont d'accord sur le fait que les sans-papiers déjà présents en Suisse doivent être prioritaires. D'éventuels contingents devraient d'abord être utilisés en faveur de ces personnes.

Dans sa position écrite, la CFM a précisé que les sans-papiers régularisés ne doivent pas être imputés sur les contingents cantonaux. En termes de régularisation, ils devraient être traités de la même manière que les personnes qui vivent en Suisse avec un permis de séjour. Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers estime en revanche que des contingents constitueraient une solution pragmatique. Toutefois, elle n'est favorable à une telle mesure que si, lors de la mise en œuvre d'un quota spécial, la régularisation des sans-papiers résidant déjà en Suisse est privilégiée ou si ce groupe de population peut être intégré au préalable à un programme de régularisation spécifique. Elle mentionne encore que le Conseil fédéral pourrait modifier la législation actuelle afin que des personnes puissent être admises pour couvrir les besoins en main-d'œuvre dans les secteurs du ménage, de la construction, de la restauration ou de l'agriculture.

Recommandations de la CFM pour les étrangers sortant du système d'asile

Enfin, les sept recommandations de la CFM, publiées en décembre 2019¹⁷⁷, tendent à améliorer la pratique des cantons à l'égard des requérants d'asile déboutés, frappés d'une décision de renvoi de Suisse définitive et qui séjournent illégalement en Suisse (ch. 3.2.1). Elles visent à réduire l'insécurité d'un séjour irrégulier, notamment par un examen plus souple de l'admission provisoire ou des conditions de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (art. 14, al. 2, LAsi), ou par la possibilité de terminer une formation professionnelle ou par un accès à l'emploi de courte durée. L'une de ces recommandations porte aussi sur la délivrance, comme le pratique le canton de Vaud, d'une carte identifiant les personnes bénéficiaires de l'aide d'urgence comme « enregistrées » afin qu'elles ne soient pas passibles d'une amende pour séjour illégal en cas de contrôle par les forces de l'ordre.

Le Conseil fédéral a eu l'occasion de prendre position sur la délivrance d'une carte spéciale dans sa réponse à l'interpellation Quadri (19.4545) « La Commission fédérale des migrations veut légaliser le séjour des requérants au mépris de la loi et de la volonté du peuple », liquidée le 19 juin 2020. Dans sa réponse, il précise que la crédibilité et la cohérence de la politique en matière d'asile supposent que les requérants frappés d'une décision négative entrée en force quittent effectivement la Suisse. Or la recommandation formulée par la CFM, qui consiste à délivrer une carte aux bénéficiaires de

¹⁷⁷ Cf. rapport et recommandations de la Commission fédérale des migrations, « Personnes sortant du système d'asile : profils, itinéraires (ou échappatoires), perspectives », décembre 2019, disponibles sous : www.ekm.admin.ch > Publications > Études > Personnes sortant du système d'asile

l'aide d'urgence afin qu'ils ne soient pas condamnés à une amende pour séjour illégal lors de contrôles d'identité, va à l'encontre de ce principe. Qui plus est, l'art. 41, al. 1, de la LEI dispose que l'étranger reçoit en règle générale un titre de séjour qui indique le type d'autorisation dont il est titulaire. Par conséquent, les requérants d'asile reçoivent un permis N et peuvent séjourner en Suisse jusqu'à la fin de la procédure. S'ils sont définitivement déboutés, ce permis leur est retiré et ils doivent quitter le pays. La délivrance d'une attestation comme le propose la CFM reviendrait à régulariser de manière générale le séjour de toutes les personnes qui ont fait l'objet d'une décision d'asile négative entrée en force. Cette proposition entraînerait une hausse des demandes d'asile infondées en Suisse et réduirait considérablement les départs volontaires des requérants d'asile déboutés. En outre, une telle régularisation privilégierait indûment les requérants d'asile déboutés par rapport aux autres étrangers au bénéfice d'une décision de renvoi. Le Conseil fédéral rejette par conséquent cette proposition.

Pour le reste, une partie des recommandations de la CFM se recoupent avec les solutions à envisager, décrites ci-dessous, auxquelles il est renvoyé pour connaître les différents avis à ce sujet.

13.2.2 Régularisation collective

Une régularisation collective consiste à régulariser à un certain moment tous les ressortissants étrangers sans-papiers qui séjournent en Suisse, sous réserve de certaines conditions (à définir) qui peuvent par exemple être liées à la durée du séjour en Suisse, à l'absence de condamnations pénales autres que le séjour ou le travail illégal, à une bonne intégration, à une absence de dettes ou au fait d'être au bénéfice d'un emploi rémunéré et stable (travail au noir). Cette solution n'envisage pas de décision impliquant une amnistie pénale qui vise à ne pas incriminer le précédent séjour et le travail illégal ou une amnistie en matière de versement des cotisations aux assurances sociales. Les obligations découlant du versement des cotisations aux assurances sociales demeureraient et leur non-respect continuerait à être sanctionné.

Arguments en faveur d'une telle solution :

- *Elle permet de diminuer à un moment donné et pour un laps de temps déterminé le nombre de personnes en séjour illégal en Suisse.*
- *Une telle action n'est justifiée que si elle s'accompagne d'un changement de politique migratoire allant dans le sens d'un durcissement de la pratique envers les personnes en situation illégale.*

Arguments en défaveur d'une telle solution :

- *Ne règle la thématique du séjour illégal que partiellement et non de manière définitive.*
- *De nouveaux sans-papiers viennent remplacer les personnes régularisées qui cherchent des emplois à de meilleures conditions (appel d'air).*
- *Une régularisation collective irait à l'encontre d'une politique migratoire cohérente, car elle inciterait les étrangers à éluder la législation en vigueur dans l'intention d'obtenir ultérieurement une autorisation de séjour dans le cadre d'une éventuelle nouvelle régularisation collective.*
- *Une telle action n'aurait pas de réelles incidences en matière d'affiliation aux assurances sociales ou de versement de prestations, car les obligations demeureraient et leur non-respect serait toujours sanctionné. Le travail et le séjour illégaux continueraient également de constituer une infraction pénale.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Le Conseil fédéral estime que les arguments en défaveur d'une telle solution l'emportent.

En effet, les aspects humanitaires sont en général déjà pris en compte dans la politique suisse en matière d'asile et dans la législation relative à la délivrance d'autorisations de séjour pour cas de rigueur. Une régularisation collective aurait pour effet de récompenser l'inobservation des

dispositions relatives au droit des étrangers. Par conséquent, cette situation générerait des attentes qui pourraient déboucher sur d'autres régularisations collectives. Un tel procédé serait en outre contraire au concept du système actuel d'admission binaire. Jusqu'à présent, tant le Parlement que le Conseil fédéral se sont prononcés contre un tel procédé (ch. 3.5 au sujet des interventions parlementaires rejetées dans ce domaine).

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Au vu des arguments en défaveur d'une telle solution, le groupe d'accompagnement estime, tout comme le Conseil fédéral, que cette solution n'apporterait aucune réponse à la problématique du séjour illégal. En dehors de cette appréciation générale, les membres n'ont pas fait de remarques particulières supplémentaires.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

La régularisation collective et étendue sans conditions particulières n'est pas considérée comme une solution réaliste et politiquement acceptable par la majorité des participants à la table ronde. Elle engendrerait, en outre, la nécessité de procéder à des modifications législatives. Cet avis est aussi partagé par la CFM dans sa position écrite. Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers a toutefois indiqué être en faveur de programmes de régularisation.

13.2.3 Régularisation partielle

La régularisation collective vise toutes les catégories de sans-papiers qui séjournent en Suisse à un moment donné. Contrairement à la régularisation collective, la régularisation partielle vise à ne régulariser collectivement qu'une certaine catégorie de sans-papiers sous certaines conditions. Elle pourrait, par exemple, se limiter aux familles avec enfants. En plus, les conditions générales mentionnées au ch. 13.2.2 devraient également être remplies (bonne intégration, absence de dettes, etc.). Les sans-papiers célibataires, concubins ou mariés sans enfant resteraient, quant à eux, soumis aux conditions usuelles de la LEI en cas de dépôt d'une demande en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Dans ce cas également, cette solution ne s'accompagnerait pas d'une amnistie pénale ou d'une amnistie concernant le non-paiement des cotisations d'assurances sociales. Le séjour et le travail illégaux continueraient d'être pénalement punissables.

Arguments en faveur d'une telle solution :

- *Les arguments en faveur d'une régularisation collective exposés au ch. 13.2.1 peuvent être repris ici et complétés par un argument supplémentaire : une régularisation partielle permettrait d'entreprendre des actions ciblées pour lutter contre la précarité dans certains domaines (travail, de logement, etc.) des sans-papiers particulièrement touchés.*

Arguments en défaveur d'une telle solution :

- *Les arguments en défaveur d'une régularisation collective exposés au ch. 13.2.1 peuvent être repris et complétés par un argument supplémentaire : une régularisation partielle portant par exemple sur les familles avec enfants pourrait entraîner une instrumentalisation des enfants en incitant les sans-papiers à faire venir leur famille restée au pays dans le but de bénéficier des conditions plus favorables de réglementation de leur séjour en Suisse.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Le Conseil fédéral est d'avis que le droit en vigueur offre déjà une marge d'appréciation suffisante pour prendre en considération les aspects humanitaires dans les cas d'espèce et permet de tenir compte notamment de la situation particulière des familles. Il a eu l'occasion à de nombreuses reprises d'affirmer dans le cadre de diverses interventions parlementaires sur le sujet (cf. ch. 3.5) que l'examen au cas par cas devait être favorisé, car cette pratique garantissait l'équité lors du traitement des cas individuels.

Dans le cadre des travaux et des débats parlementaires au sujet de la LEI, le Conseil fédéral, tous les cantons et une large majorité de parlementaires sont arrivés à la conclusion qu'une réglementation collective ou une amnistie des personnes séjournant en Suisse sans autorisation ne serait pas appropriée. En conséquence, le Conseil des États n'a pas voulu, dans la LEI, ouvrir la porte à une régularisation générale des sans-papiers se trouvant depuis plus de quatre ans en Suisse. Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, a été adoptée par une large majorité de la population lors de la votation du 24 septembre 2006.

Lors des débats au Conseil national sur le projet de loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (BO 2004 N 1203), le principe d'une régularisation générale des travailleurs illégaux après l'expiration d'un délai d'une année a aussi été rejeté au motif qu'une telle disposition aurait un effet d'attraction sur l'immigration irrégulière et reviendrait à récompenser le séjour illégal.

Au surplus, le Conseil fédéral estime qu'une telle solution ne permet pas de régler la problématique des sans-papiers à long terme.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet partiel)

Il ressort du procès-verbal de la dernière séance du groupe d'accompagnement qu'une régularisation partielle ne constituerait pas, selon les membres, une réponse adéquate à la problématique du séjour illégal.

Néanmoins, dans le cadre de leurs prises de position écrites (ch. 2), la CSIAS et la CDAS ont estimé que sur la base des expériences faites lors de l'opération Papyrus à Genève, des possibilités de régularisations partielles devraient pouvoir être examinées. La CDAS précise que la crise sanitaire liée au coronavirus conforte cette analyse. L'UVS, dans sa prise de position écrite, estime que le rejet de cette solution par le groupe d'accompagnement n'a pas été discuté et défini de manière assez approfondie et refuse de rejeter cette proposition sous une forme indifférenciée.

Avis des participants à la table ronde (mesure à examiner)

Les participants estiment que, contrairement à une régularisation collective, une régularisation partielle de certaines catégories de sans-papiers mériterait d'être examinée, à condition que les critères en soient clairement définis à l'avance. Dans ce cadre, les participants se sont notamment référés à l'expérience menée à Genève (opération Papyrus, cf. ch. 5) qui démontre, de leur point de vue, une certaine volonté des politiciens et des autorités de ce canton de développer des modèles de régularisation différents.

La CFM souligne encore dans sa position écrite qu'une régularisation partielle peut être une solution. De son point de vue, il faudrait cependant définir des critères formels à respecter pour le dépôt d'une demande de régularisation et des critères matériels en vue de l'examen de chaque cas. La CFM se réfère également à l'expérience genevoise et précise, par ailleurs, que l'office des migrations du canton de Zurich a développé à partir de 2017 un projet pilote d'examen systématique des personnes percevant une aide d'urgence depuis longtemps, avec pour objectif de régulariser ce groupe de personnes. Ce projet pilote a été lancé au milieu de l'année 2017 et s'est achevé en 2018. Les autorités ont écrit aux personnes remplissant les critères formels d'un cas de rigueur pour leur signaler qu'elles pouvaient présenter une demande en ce sens. Un grand nombre de ces personnes ont alors pris contact avec des services de conseil et ont effectivement déposé des demandes pour être reconnues comme cas de rigueur. Des bénéficiaires de l'aide d'urgence qui n'avaient par exemple pas les compétences linguistiques requises ont été motivés à entreprendre des efforts actifs pour améliorer leur intégration linguistique et être peu à peu en mesure de présenter les documents requis. Environ cent personnes ont reçu une autorisation pour cas de rigueur selon les dispositions de la loi, ce qui leur a permis d'avoir une activité lucrative.

Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers s'est déclarée en faveur de programmes de régularisation « pragmatiques ». Les expériences faites dans d'autres pays démontrent qu'une régularisation entraîne davantage une normalisation de la situation qu'une

péjoration. Elle s'avère aussi un instrument important de lutte contre le travail au noir.

13.2.4 Préciser l'ordonnance (art. 31 OASA) ou les directives du SEM

L'art. 31 OASA mentionne les critères à prendre en considération lors de l'examen pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Ces critères ont été définis par la jurisprudence rendue sous l'égide de l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), remplacée par la LEI le 1^{er} janvier 2008, et codifiés dans l'OASA, également entrée en vigueur en 2008. Il faut notamment prendre en considération « la durée du séjour », « la situation familiale », « la période de scolarisation », « la volonté de prendre part à la vie économique » (cf. le renvoi à l'art. 58a LEI) ou « les possibilités de réintégration dans l'État de provenance ». Il s'agit de critères généraux qui laissent une marge de manœuvre au SEM et aux cantons dans le traitement des cas de rigueur (ch. 4). Les directives du SEM¹⁷⁸ précisent ces critères sans toutefois aller dans trop de détails, afin de respecter la marge de manœuvre laissée par la législation. Ainsi, elles ne mentionnent par exemple pas une durée de séjour minimum pour le traitement des cas de rigueur (seule une valeur indicative de cinq ans de séjour pour les familles avec enfant y est mentionnée).

Dans le cadre de l'opération Papyrus qui s'est déroulée à Genève en 2017 et 2018, les critères découlant de l'OASA et des directives du SEM ont été précisés (ch. 5.2). Une durée de séjour préalable a par exemple été fixée, ou la présence d'enfants scolarisés a été retenue comme un critère de poids pour les familles. Certains cantons (BS, VD, BE) ont également élaboré des lignes directrices afin de préciser les critères inscrits dans l'OASA (ch. 4.4). Ils ont par exemple défini comme valeur indicative une durée de séjour d'au moins dix ans pour les personnes seules, ou d'au moins cinq ans pour les familles, pour transmettre au SEM la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue de son approbation. Il s'agit de valeurs indicatives et les autres critères doivent néanmoins aussi être remplis. Par ailleurs, certains cantons fixent comme valeur indicative le niveau A1 du CECR pour transmettre une demande d'approbation au SEM, alors que l'OASA ne le mentionne pas précisément (ch. 4.4).

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si les critères définis par l'art. 31 OASA devraient être précisés, afin de diminuer la marge de manœuvre des cantons et du SEM pour l'examen des cas de rigueur. Si une précision des critères se révèle nécessaire, elle pourrait prendre deux formes : une modification de l'art. 31 OASA ou une modification des directives du SEM.

L'éventuelle modification des conditions de l'art. 30a OASA qui règlementent de manière spécifique l'octroi d'une autorisation de séjour aux sans-papiers en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale est traitée au ch. 13.2.5.

Modification de l'art. 31 OASA ou des directives du SEM

Arguments en faveur de ces solutions :

- *Elles pourraient conduire à une meilleure uniformisation de la pratique des cantons concernant la transmission au SEM des demandes d'approbation des cas de rigueur.*
- *Une précision des critères permet de clarifier encore plus les conditions de régularisation. Les personnes concernées peuvent mieux évaluer les chances de succès de leurs demandes.*

Arguments en défaveur de ces solutions :

- *Une précision des critères entraînerait une diminution de la marge de manœuvre du SEM et des cantons dans le traitement des cas de rigueur.*
- *Une précision pourrait entraîner une trop grande « schématisation » du traitement des cas de rigueur. Cela irait à l'encontre de la pratique actuelle et du cadre légal qui vise l'octroi d'une autorisation de séjour dans les cas d'extrême rigueur après un examen individuel (art. 30, al. 1, let. b LEI). Cela pourrait aussi conduire à octroi « automatique » d'une autorisation après*

¹⁷⁸ Cf. Directive I. Domaine des étrangers, ch. 5.6, disponibles sous www.sem.admin.ch > Publications et service > directives et circulaires.

un certain délai de séjour illégal en Suisse et ce, sans examen du cas de rigueur dans le cas d'espèce ce qui faciliterait le contournement du droit des étrangers.

- *Le droit actuel a fait ses preuves et permet une certaine flexibilité. Les directives actuelles du SEM contiennent déjà les précisions nécessaires au traitement des cas de rigueur.*
- *Par ailleurs, les autorités cantonales migratoires ayant répondu sur ce point au questionnaire (ch. 2) trouvent majoritairement que la réglementation actuelle est adéquate. Certains cantons ont même précisé qu'une formulation de l'OASA et des directives du SEM trop restreinte ne serait pas adéquate. La ville de Berne a néanmoins indiqué qu'une modification pourrait être envisagée afin de tenir compte du potentiel des sans-papiers. Un nombre très limité de cantons trouve la législation actuelle trop souple.*

Avis du Conseil fédéral (modification de l'art. 31 OASA : rejet ; modification des directives du SEM : examen périodique des directives)

Modification de l'OASA (rejet)

Ces dernières années, le Conseil fédéral a eu l'occasion de prendre position à de nombreuses reprises, dans le cadre de plusieurs interventions parlementaires, au sujet de la modification des critères contenus dans l'OASA (ch. 3.5). En 2014, le Conseil fédéral a adopté, en exécution d'une motion transmise par le Parlement, une modification de l'OASA visant l'ajout d'un article introduisant des critères spécifiques pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur aux jeunes sans-papiers qui souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale tout en se fondant sur les critères de l'art. 31 OASA (mise en œuvre de la motion Barthassat (08.3616) « Accès à l'apprentissage des jeunes sans-papiers » ; art. 30a OASA, cf. ch. 5.1 et ch. 13.2.5).

Le Conseil fédéral estime qu'une nouvelle modification de la réglementation des cas de rigueur, en particulier des critères définis à l'art. 31 OASA, n'est pas nécessaire, car la disposition actuelle a fait ses preuves et offre une marge de manœuvre suffisante aux cantons et à la Confédération pour tenir compte des situations de détresse.

Un assouplissement des critères pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur créerait très probablement un appel d'air et conduirait à un meilleur traitement des sans-papiers par rapport aux autres étrangers qui se conforment aux règles d'admission. Cela concerne notamment les travailleurs ou les étudiants pour lesquels des conditions d'admission strictes prévalent. Un tel système récompenserait en outre l'illégalité. À l'inverse, une modification des critères allant dans le sens d'un durcissement de la pratique ou d'une plus grande précision des critères figurant à l'art. 31 OASA limiterait la marge de manœuvre offerte par les dispositions actuelles. Dans un tel cas de figure, l'opération Papyrus, qui a été menée dans le cadre des critères actuels de l'OASA et s'est accompagnée de mesures tendant à l'assainissement du marché du travail, n'aurait probablement pas pu être mise en place sans modifications d'ordonnance.

Jusqu'à présent, le Parlement a lui aussi toujours soutenu l'idée que la législation actuelle a fait ses preuves et qu'elle offrait la marge de manœuvre nécessaire aux cantons et à la Confédération. Il a notamment discuté de la pertinence des critères définis par l'OASA dans le cadre de l'examen de l'initiative parlementaire (17.414) « La clandestinité n'est pas un cas de rigueur ». La Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) n'a pas donné suite à cette initiative qui visait à inscrire dans la LEI les critères de l'OASA et à contingenter les autorisations pour cas de rigueur délivrées à ce titre. Le Parlement a estimé que ces propositions ne permettraient pas de régler la problématique des sans-papiers.

Par ailleurs, la majorité des autorités migratoires cantonales ayant répondu au questionnaire envoyé par le SEM dans le cadre de la rédaction du présent rapport (ch. 2), juge qu'une modification de l'OASA n'est pas nécessaire.

Modification des directives du SEM (examen périodique)

Les directives du SEM précisent déjà les critères contenus dans l'OASA et elles constituent un instrument important pour l'uniformisation des pratiques cantonales. Le Conseil fédéral estime donc qu'il est préférable d'examiner périodiquement ces dernières plutôt que de modifier l'OASA.

Même si le rapport des autorités genevoises sur les résultats de l'opération Papyrus met en lumière que ce dispositif a permis d'assainir le secteur de l'économie domestique dans le canton de Genève et qu'aucun appel d'air significatif n'a pu être observé à la suite de la régularisation des personnes concernées (ch. 5.5), cela ne veut pas encore dire que les directives du SEM doivent être modifiées dans le sens des critères définis pour cette opération.

En effet, le canton de Genève a utilisé la marge de manœuvre découlant de la LEI, de l'OASA et des directives du SEM pour concrétiser les critères du traitement des cas de rigueur au sein du canton (cf. ch. 4.4 et 5.2). Cela ne signifie pas pour autant que la solution définie par le canton de Genève soit la seule qui s'inscrive dans le cadre légal et qu'elle doive être fixée dans les directives du SEM, qui s'adressent à tous les cantons de Suisse.

Au contraire, comme cela a été souligné par les membres du groupe d'accompagnement, certains participants à la table ronde ou des cantons en réponse au questionnaire qui leur a été envoyé aux fins de l'élaboration du présent rapport (ch. 2 et 4), les directives du SEM doivent permettre aux cantons de conserver une certaine marge de manœuvre que le législateur a souhaité leur conférer dans le cadre de la LEI, de la LAsi et de l'OASA.

Le SEM est tenu de régulièrement examiner si ses directives correspondent à la pratique et à la jurisprudence actuelles. Lors de cet examen, il sera dûment tenu compte du fait que les directives du SEM doivent, dans tous les cas, éviter un automatisme du traitement des cas de rigueur, notamment au niveau de la durée de présence en Suisse. Elles ne doivent pas non plus donner l'impression qu'une autorisation de séjour est presque automatiquement octroyée aux sans-papiers, notamment, à partir d'une certaine durée de séjour. Les éventuelles modifications ne doivent pas non plus conduire à un assouplissement de la pratique actuelle du SEM. Le Conseil fédéral est d'avis que l'examen des demandes de régularisation des sans-papiers doit continuer de se faire au cas par cas, et que les cantons et le SEM doivent conserver une certaine marge de manœuvre dans le traitement de ces cas.

En rejetant la motion Barthassat (10.3762) « Régularisation des sans-papiers. Introduire la notion de prescription dans la loi fédérale sur les étrangers », le Parlement a aussi estimé, à l'instar du Conseil fédéral, que la marge de manœuvre laissée par les dispositions légales actuelles était préférable à des limites temporelles fixes dans la LEI. Cela ressort aussi des débats du Conseil national sur le projet de loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (BO 2004 N 1203). Dans ce cadre aussi, le principe d'une régularisation générale des travailleurs illégaux à l'expiration d'un délai d'une année a été rejeté, parce qu'une telle disposition aurait un effet d'attraction sur l'immigration irrégulière et reviendrait à récompenser le séjour illégal.

Avis du groupe d'accompagnement (modification de l'art. 31 OASA : rejet ; modification des directives du SEM : acceptation de modifications ponctuelles si nécessaires)

Modification de l'art 31 OASA (rejet)

D'une manière générale les membres du groupe d'accompagnement estiment qu'une modification de l'art. 31 OASA, en particulier une nouvelle précision des critères, n'est pas nécessaire et que la marge de manœuvre qu'offrent les dispositions actuelles doit être conservée. L'ASM souligne que cela est d'autant plus important que la situation dans les différents cantons de Suisse n'est pas identique.

L'UVS souligne qu'une précision des critères allant dans le sens d'un assouplissement des critères de l'art. 31 OASA faciliterait probablement le développement de projets pilotes tels que celui mené par le canton de Genève. L'AOST et la CDEP estiment qu'une modification des critères pour l'octroi des autorisations de séjour pour cas de rigueur basée sur les besoins et constats faits dans le

canton de Genève uniquement ne serait pas utile, car il faut tenir compte du fédéralisme et ne pas être trop orienté sur les besoins d'un canton en particulier.

En ce qui concerne l'avis du groupe d'accompagnement sur la nécessité d'une modification de l'art. 30a OASA, relatif aux conditions d'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale, des précisions sont données au ch. 13.2.5.

Modification des directives du SEM (acceptation d'adaptations ponctuelles si nécessaire)

L'ASM, l'AOST, le CDEP et la CDAS estiment que les directives actuelles du SEM sont suffisamment claires. Ils ne s'opposent toutefois pas à des adaptations ponctuelles, précisant que ces adaptations ne doivent pas conduire à une trop grande schématisation du traitement des cas de rigueur.

Avis des participants à la table ronde (modification de l'OASA : rejet ; modification des directives du SEM : acceptation car une pondération et une précision des critères sont souhaitées)

Modification de l'art. 31 OASA (rejet)

De l'avis de la majorité des participants, il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 31 OASA, qui permet aux autorités cantonales et fédérales d'envisager la régularisation des conditions de séjour des sans-papiers.

La CFM estime en revanche dans sa position écrite qu'à moyen et à long terme, les conditions de la régularisation du séjour pourraient être modifiées dans les bases légales pertinentes, en s'appuyant sur les expériences qui commencent à s'accumuler grâce à la pratique dans les cantons. Elle souligne cependant qu'une « meilleure description des conditions » doit laisser une marge de manœuvre permettant de tenir compte de la réalité vécue des sans-papiers, souvent précaire et toujours diverse. La CFM relève encore que l'opération Papyrus et l'examen systématique, dans le canton de Zurich, des personnes au bénéfice de l'aide d'urgence depuis longtemps (voir plus haut) s'appuient sur le droit en vigueur, exploitant les marges de manœuvre qu'il offre. Ces deux projets pilotes montrent qu'une amnistie partielle est possible sans qu'il soit nécessaire d'adapter (c'est-à-dire de décrire plus précisément) les critères formels et matériels du droit actuel.

Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers a indiqué qu'elle était en faveur d'une modification des critères inscrits dans l'OASA afin qu'un nombre plus conséquent de demandes puissent être approuvées par le SEM. Elle demande notamment que l'OASA ne mentionne plus le terme de cas de rigueur « grave » mais qu'une « situation personnelle de rigueur » soit suffisante en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour. L'intérêt public à la régularisation d'une personne en séjour illégal devrait aussi être pris en compte de manière accrue afin de ne pas uniquement prendre en considération l'intérêt personnel de la personne en séjour illégal.

En ce qui concerne l'avis des participants à la table ronde sur la nécessité d'une modification de l'art. 30a OASA, relatif aux conditions d'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale, des précisions sont données au ch. 13.2.5.

Modification des directives du SEM (acceptation)

De l'avis de la majorité des participants, les critères légaux de l'OASA méritent, par contre, d'être clarifiés dans les directives du SEM. Il ressort des discussions qu'il serait souhaitable de préciser certains termes abstraits (par ex : qu'entend-on par « intégration poussée » ?) et de compléter les directives avec des exemples concrets. De leur point de vue, ces précisions auraient l'avantage de donner plus de clarté et de transparence au SEM et permettraient également aux sans-papiers de savoir avec certitude s'ils remplissent les critères d'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Les services de migration des cantons de Bâle ou de Genève, qui ont publié sur leur site internet un document précisant les critères légaux applicables pour une régularisation et détaillant la procédure à suivre, sont cités en exemple.

Une pondération des critères est également souhaitée (par exemples : la situation financière des sans-papiers ne doit pas constituer un critère prépondérant, dans la mesure où il s'agit d'une population qui vit dans des conditions précaires ; de même, le critère des possibilités de réinstallation dans le pays d'origine ne doit pas être prioritaire dans l'examen de la situation d'un sans-papiers qui vit depuis de nombreuses années en Suisse). Dans sa position écrite, la plateforme nationale a indiqué partager ce point de vue.

La CFM estime dès lors qu'il serait plus utile, à court terme, que le SEM engage des mesures fondées sur l'expérience des modèles genevois ou zurichois et propres à encourager les cantons à développer leurs propres modèles de régularisation des sans-papiers.

Cela étant, la majorité des participants soulignent que si la précision des critères a le mérite de réduire d'éventuelles inégalités de traitement ou des interprétations divergentes, et ainsi de renforcer la sécurité juridique, elle comprend également un risque de réduction de la marge de manœuvre des autorités ou de nivellement par le bas.

13.2.5 Modification des conditions d'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale (art. 30a OASA)

La Cst. prévoit un droit, indépendant du statut de séjour, d'accéder à un enseignement de base suffisant (art. 19 Cst ; cf. également art 62, al. 2, Cst. : l'enseignement est obligatoire). Toutefois, en cas de formation postobligatoire, les sans-papiers peuvent se heurter à des difficultés. En 2014, un nouvel art. 30a a été ajouté à l'OASA afin de définir les conditions spécifiques pour permettre à des jeunes sans-papiers d'obtenir une autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue d'accomplir une formation professionnelle initiale. Il s'agissait de la mise en œuvre de la motion Barthassat « Accès à l'apprentissage des jeunes sans-papiers » (08.3616), acceptée par le Parlement. Cette disposition fait l'objet de critiques, notamment en raison du nombre peu élevé de décisions d'approbation d'autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale prononcées par le SEM (cf. ch. 4.2). Se pose dès lors la question de savoir si cette disposition doit être modifiée afin d'assouplir les conditions d'octroi d'une autorisation dans ce but.

Argument en faveur d'une modification :

- *Un assouplissement (par exemple par la diminution de la durée minimale de fréquentation de l'école obligatoire en Suisse) permettrait à un nombre plus élevé de sans-papiers de remplir les conditions.*

Arguments en défaveur d'une modification :

- *Nombre de cas limité, car souvent les enfants qui effectuent un apprentissage ont été préalablement régularisés dans le cadre de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur déposée par leurs parents sur la base de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI et de l'art. 31 OASA.*
- *Un assouplissement des critères entraînerait une inégalité de traitement notamment avec les autres sans-papiers ou les autres étrangers qui déposent une demande en vue d'obtenir une autorisation de séjour pour études basée sur les disposition d'admission ordinaires.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Une suppression de l'art. 30a OASA ne semble pas justifiée car il permet de compléter les dispositions actuelles « ordinaires » (art. 31 OASA) en fixant des critères précis pour l'octroi d'une autorisation de séjour aux personnes désirant effectuer des formations liées à l'exercice d'une activité lucrative. Le Parlement a par ailleurs souhaité l'introduction d'une disposition spécifique dans ce domaine.

Une modification de l'art. 30a OASA allant dans le sens d'un assouplissement des critères (par ex. par la réduction de la durée de scolarité obligatoire nécessaire, l'anonymisation de la demande, l'augmentation du délai pour déposer une demande) contribuerait à créer une inégalité de traitement entre les jeunes sans-papiers qui désirent effectuer un apprentissage et ceux qui déposent une

demande dans un autre but (par ex. pour accomplir des études académiques) et qui seraient soumis à des critères plus stricts. En outre, un assouplissement des critères de l'art. 30a OASA créerait une inégalité de traitement aussi envers les sans-papiers qui déposent une demande en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur fondée sur l'art. 31 OASA. En effet, les conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour en vue d'accomplir une formation professionnelle initiale seraient plus souples que pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur fondée sur l'art. 31 OASA, alors qu'il s'agit dans les deux cas de figure de personnes en séjour illégal en Suisse.

Par conséquent, le Conseil fédéral rejette toute nouvelle modification de l'art. 30a OASA allant dans le sens d'une suppression ou d'un assouplissement, car cet article permet déjà de prendre en considération de manière adéquate la situation des sans-papiers désirant effectuer une formation professionnelle initiale.

Avis du groupe d'accompagnement (acceptation)

Il ressort des prises de position écrites des membres du groupe d'accompagnement que l'UVS, l'USAM, la CDAS, l'AOST, la CDEP et la CSIAS seraient favorables d'une manière générale à un assouplissement de certaines conditions de l'art. 30a OASA.

Lors des séances du groupe d'accompagnement, l'UVS a mentionné qu'elle ne partageait pas l'avis selon lequel le système a fait ses preuves, raison pour laquelle elle estime que la possibilité d'un assouplissement des conditions doit être examinée plus en détail. Dans sa proposition écrite, l'UVS dit notamment qu'il faudrait renoncer à demander une preuve de l'identité du requérant lors du dépôt d'une demande d'autorisation de séjour. La CDAS, la CDEP et l'AOST rejoignent cet avis et précisent que cela permettrait de préserver aussi l'anonymat de la famille du requérant. L'illégalité pourrait ainsi être quantitativement limitée grâce à des jeunes relativement bien intégrés (et présumés capables de suivre un apprentissage).

Dans sa position écrite, la CDAS se montre également favorable à un assouplissement des critères de l'art. 30a OASA, particulièrement en ce qui concerne la durée de scolarité et le délai pour le dépôt de la demande d'autorisation de séjour.

L'USAM estime aussi qu'un assouplissement des conditions devrait être examiné, sans toutefois préciser quelles modifications doivent être envisagées.

Lors des séances, l'ASM a précisé que dans la majorité des cas, les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour à l'ensemble de la famille sont réalisées sous l'angle des conditions usuelles et qu'il s'agit ici d'un problème mineur. Le canton de Genève a aussi précisé, à ce titre, qu'il n'a pas connaissance dans la pratique de cas dans lesquels un jeune sans-papiers n'effectue pas un apprentissage pour lequel il a postulé afin de préserver sa famille d'un renvoi, mais que ce risque existe.

Avis des participants à la table ronde (acceptation)

La majorité des participants estiment que les critères légaux concernant la régularisation des conditions de séjour pour les jeunes sans-papiers qui souhaitent accéder à une formation professionnelle initiale sont trop stricts. L'exigence temporelle de cinq ans de scolarité préalable en Suisse au moment du dépôt de la demande doit être réduite. En outre, si le jeune sans-papiers séjourne en Suisse avec d'autres membres de sa famille proche, ces derniers ne doivent pas subir de conséquences négatives de la part des autorités s'ils ne remplissent pas eux-mêmes les critères pour une éventuelle régularisation de leurs conditions de séjour. La possibilité d'un traitement anonyme de la demande doit être examinée.

Cet avis est partagé par la CFM qui précise encore dans sa prise de position écrite :

Dans le domaine de la formation professionnelle initiale, les cantons utilisent aussi la marge de manœuvre dont ils disposent. Dans le canton de Bâle-Ville, les jeunes sans-papiers qui touchent une aide d'urgence sont traités de la même manière que les jeunes sans-papiers du domaine des étrangers s'agissant de l'accès à la formation professionnelle initiale. Les cursus d'apprentissage ou de formation qu'ils suivent ne sont pas interrompus en cas de décision d'asile négative. Donner

aux jeunes et jeunes adultes la possibilité d'un avenir autonome est une priorité pour le canton. L'exécution d'une décision de renvoi prime cependant toujours (à ce sujet, voir : Personnes sortant du système de l'asile : profils, itinéraires (ou échappatoires), perspectives. Recommandations de la CFM [rapport sommaire disponible en français], décembre 2019). Les expériences des cantons de Genève et de Zurich montrent que le groupe des sans-papiers comprend une part considérable d'enfants et de jeunes. Du point de vue de la CFM, il est choquant que ces enfants et jeunes aient à supporter les conséquences négatives de la situation de séjour irrégulière de leurs parents. La CFM estime qu'il faut s'assurer que les enfants des sans-papiers grandissent dans un environnement approprié, qu'ils puissent fréquenter l'école obligatoire et suivre un apprentissage ou une autre formation du degré secondaire II. Un apprentissage est aussi un bon investissement pour des enfants ou des jeunes qui rentrent ensuite dans leur pays d'origine. Le faible nombre de sans-papiers ayant pu commencer un apprentissage entre 2013 et 2019 montre que l'art. 30a OASA présente encore des lacunes. La CFM considère que le droit en vigueur doit être adapté d'urgence. Dans ses prises de position à ce sujet, elle propose notamment que les jeunes sans-papiers, à l'issue d'une formation initiale, obtiennent une prolongation de leur autorisation de séjour sans être obligés de faire une demande pour cas de rigueur. La Suisse manque de main-d'œuvre spécialisée, ajoute la CFM, et le pays a un intérêt à donner des perspectives à des jeunes qui ont appris un métier.

La plateforme nationale pour les sans-papiers a encore précisé dans sa position écrite que l'art. 30a OASA doit soit introduire un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour pour la durée de la formation professionnelle, soit modifier la définition de l'activité lucrative afin que la formation professionnelle initiale ne soit pas liée à une autorisation de travailler. Elle souhaite aussi que le pouvoir d'appréciation des cantons dans ce domaine soit réduit. En outre, elle demande à ce que les procédures de traitement soient accélérées car elle les juge actuellement trop longues. Elle estime aussi que des travaux de sensibilisation auprès des cantons et de la Confédération doivent être effectués afin de diminuer la peur qu'ont les sans-papiers de déposer une demande.

13.3 Échange de données

13.3.1 Modification des bases légales sur l'échange de données prévu par la LEI, la LTN et les lois sur les assurances sociales

Les dispositions légales en vigueur ne permettent pas un échange de données automatique et étendu entre les autorités migratoires et les organes chargés d'appliquer les lois sur les assurances sociales (cf. ch. 10). Une communication a toutefois lieu dans le cadre de la LTN en cas de contrôle et sous certaines conditions (cf. ch. 10.2). Se pose dès lors la question de savoir si l'échange d'informations tel que prévu actuellement doit être modifié.

Arguments en faveur d'une modification :

- *Meilleures informations pour les autorités migratoires au sujet des personnes en séjour illégal.*
- *Pas de comportement contradictoire de la part des différentes autorités.*

Arguments en défaveur d'une modification :

- *La LTN révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Elle a notamment déjà élargi les bases légales régissant l'échange d'informations entre autorités. Dans le cadre des débats liés à la LTN, le Parlement n'a pas souhaité élargir plus encore l'échange des données.*
- *Malgré les conflits existant entre le droit des assurances sociales et le droit des étrangers ou la LTN, les échanges de données actuels sont suffisants car ils permettent aux sans-papiers de continuer d'être affiliés aux assurances sociales.*
- *Peu d'effet en pratique vu que les sans-papiers ne s'annoncent pas ou peu aux assurances sociales.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Vu que les sans-papiers ne s'annoncent généralement pas auprès des autorités par peur d'être découverts, le Conseil fédéral est d'avis qu'une communication de données automatique ou plus étendue entre les organes chargés d'appliquer les lois sur les assurances sociales, la LTN ou la LEI n'aurait que peu d'effets dans la pratique.

Le système actuel est, dans son ensemble, cohérent, même s'il existe des conflits d'intérêts et de buts entre les différentes autorités amenées à être en contact avec des sans-papiers ou à prendre des décisions à leur encontre. Il permet à toutes les autorités d'accomplir leurs tâches respectives. Au surplus, un échange plus étendu a été examiné, il y a peu, lors des travaux parlementaires liés à la modification de la LTN. Le SECO publie annuellement un rapport rendant compte de la mise en œuvre de la LTN. Si des manquements devaient être constatés, des mesures concrètes pourraient être mises en place.

Deux motions¹⁷⁹ demandant de faciliter l'échange de données entre les assureurs-maladie et les cantons ont été adoptées par le Parlement et doivent être mises en œuvre. Elles visent à simplifier l'échange de données entre les assureurs-maladie et les cantons afin d'améliorer le contrôle de l'obligation de s'assurer au sens de la LAMal.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Le groupe d'accompagnement estime qu'une extension de l'échange d'informations n'aurait que peu d'effets en pratique.

L'AOST et la CDEP précisent que la révision de la LTN a déjà amélioré l'échange d'informations. Le canton de Genève rappelle que l'étroite collaboration mise en place dans le cadre de l'opération Papyrus entre l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) et l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT), chargé des contrôles en matière de travail au noir, a été mise en œuvre dans le strict respect des dispositions légales en vigueur en matière de protection des données et d'échange d'informations.

Dans sa prise de position écrite, l'UVS souligne qu'elle soutient la position du groupe d'accompagnement et ne souhaite pas de durcissement de l'échange d'informations. Elle estime toutefois que la réglementation actuelle n'est pas adéquate dans la mesure où, notamment en ce qui concerne l'accès à la justice, il conviendrait également d'examiner si des améliorations pourraient être obtenues en réduisant les obligations de déclaration et de notification.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

D'une manière générale, les participants se sont prononcés contre un échange de données systématique entre les différentes autorités ayant affaire à des sans-papiers (établissements scolaires, assurances sociales, autorités migratoires, etc.), car une telle mesure précariserait davantage encore les sans-papiers et renforcerait le pouvoir des employeurs. De plus, l'accès à la justice serait rendu encore plus difficile.

Dans sa prise de position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers a encore précisé qu'en cas de conflit entre l'intérêt à un échange de données et la mise en œuvre des droits fondamentaux des sans-papiers, c'est aux droits fondamentaux des sans-papiers que la priorité doit être donnée.

13.3.2 Échange de données entre les autorités scolaires et les autorités migratoires

Comme mentionné au ch. 9, les enfants sans-papiers ont accès à la scolarité obligatoire, voire, dans la pratique, aussi à la formation postobligatoire académique, malgré l'illégalité de leur séjour. Selon la LEI, les autorités scolaires ne sont pas tenues de dénoncer d'elles-mêmes aux autorités

¹⁷⁹ Cf. motion Brand (18.3765) « Échange moderne de données par voie électronique entre les communes et les assureurs-maladie », et motion Hess (18.4209) « Domicile, primes d'assurance-maladie et parts cantonales des prestations hospitalières. Moins de bureaucratie, moins d'erreurs ».

migratoires des faits contraires au droit. Depuis le 1^{er} janvier 2019, elles doivent cependant communiquer spontanément aux autorités cantonales compétentes en matière de migrations les décisions définitives d'exclusion de l'école (art. 97 al. 3, let. d^{quater}, LEI), sauf quand elles concernent des élèves qui séjournent en Suisse sans autorisation (art. 82e, al. 2, OASA).

Les informations doivent en particulier être communiquées aux autorités migratoires lorsqu'elles concernent l'ouverture d'enquêtes pénales, des jugements de droit civil ou de droit pénal, des changements d'état civil et refus de célébrer le mariage, ou encore le versement de prestations de l'aide sociale (art. 97, al. 3, let. a à d, LEI).

Un devoir d'information existe aussi sur demande, dans des cas particuliers : les autorités de la Confédération, des cantons et des communes sont tenues de communiquer, sur demande, les données et informations nécessaires à l'application de la loi dans un cas particulier (art. 97, al. 2, LEI). Les cas problématiques dans lesquels les autorités doivent intervenir dans l'intérêt supérieur de l'enfant sont aujourd'hui signalés à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA).

Se pose donc la question de savoir si l'introduction d'une obligation systématique de communication entre les autorités scolaires et les autorités migratoires serait adéquate afin que les autorités migratoires aient connaissance de la scolarisation en Suisse d'un enfant sans-papiers. L'échange de données pourrait prendre deux formes :

Solution 1 : obligation générale de communiquer

Lors de l'inscription d'un élève étranger, les autorités scolaires vérifient son statut de séjour. Elles informent automatiquement les autorités migratoires lorsque des indices laissent penser que l'élève séjourne illégalement en Suisse.

Arguments en faveur de cette solution :

- *L'introduction d'une obligation de communiquer entraîne un comportement cohérent des différentes autorités. Il n'y a plus de « zone grise » concernant le droit de séjour en Suisse (enfant toléré par les autorités scolaires, mais renvoi par les autorités migratoires lorsqu'elles ont connaissance de la situation).*
- *Règles claires pour les personnes concernées, en particulier lorsque l'obligation de communiquer est liée à une réglementation des cas de rigueur selon le droit des étrangers.*
- *La mise en œuvre ne constitue pas vraiment une charge supplémentaire pour les écoles.*

Arguments en défaveur de cette solution :

- *Elle revient à confier aux autorités scolaires des tâches du domaine des migrations qui ne relèvent pas de leur compétence.*
- *Sans régularisation du droit de séjour, les enfants sans-papiers ne seront pas scolarisés par crainte d'un renvoi.*
- *Le droit à un enseignement de base est un droit constitutionnel, qui comprend aussi l'obligation de fréquenter l'école.*
- *La Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) et le Conseil fédéral se sont toujours prononcés contre un échange de données dans ce domaine.*

Solution 2 : obligation restreinte de communiquer (lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est menacé)

Les autorités scolaires ne signalent les enfants de sans-papiers aux autorités migratoires que lorsque des indices laissent penser que l'élève séjourne illégalement en Suisse et qu'il y a un risque d'atteinte à son intérêt supérieur (par ex. indices suggérant des problèmes de santé ou familiaux).

Argument en faveur de cette solution :

- *Ne sont signalés que les cas problématiques dans lesquels les autorités sont tenues d'intervenir au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

Arguments en défaveur de cette solution :

- *Obliger les autorités scolaires à signaler des cas aux autorités migratoires étendrait leurs tâches d'une manière qui entrerait en contradiction avec le droit (constitutionnel) à une formation initiale.*
- *C'est en premier lieu l'APEA, et non les autorités migratoires, qui est compétente lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est menacé. L'APEA n'informe les autorités migratoires que dans certains cas.*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Même si l'introduction d'une obligation de communication serait juridiquement possible, des modifications législatives dans ce domaine sont à rejeter.

Bien qu'il existe ici aussi un conflit d'intérêts entre les mesures à prendre en cas de séjour illégal et le droit de chaque enfant de fréquenter l'école obligatoire, de telles mesures seraient, de l'avis du Conseil fédéral, inopportunes par rapport aux intérêts d'intégration et de scolarisation de l'enfant. En effet, tant une obligation générale de communication (solution 1) qu'une obligation restreinte de communication (solution 2) aurait probablement pour conséquence principale la déscolarisation des enfants sans-papiers en plus des désavantages évoqués précédemment. Or le pacte I de l'ONU et la CDE garantissent le droit de toute personne à l'éducation. Des possibilités restreintes de communication sont déjà actuellement prévues, notamment lorsque le bien de l'enfant est menacé. Il n'y a donc pas de nécessité d'élargir ces possibilités. Cette position a aussi été soutenue lors de l'élaboration et de l'examen de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), où l'idée d'obliger les autorités scolaires à communiquer ces informations n'avait pas été retenue. En outre, l'OASA exclut expressément la communication par les autorités scolaires aux autorités migratoires cantonales des décisions d'exclusion scolaire définitives d'élèves étrangers qui séjournent illégalement en Suisse (cf. art. 82e, al. 2, OASA).

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Le groupe d'accompagnement adhère à l'argumentation du Conseil fédéral et estime que ces solutions n'apportent aucune réponse à la problématique du séjour illégal. Les membres n'ont pas fait de remarques particulières supplémentaires.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

Les participants soulignent que l'accès à la scolarité est garanti et les écoles ne se préoccupent pas du statut légal des écoliers. Ils confirment que, dans la pratique, il n'y a pas d'échange de données entre les autorités scolaires et les autorités de migration. De l'avis des participants, cela doit perdurer. Dans le cas contraire, il y a un risque de déscolarisation des enfants sans-papiers, avec les difficultés d'intégration qui s'ensuivront.

13.4 Durcissement des sanctions pénales de la LEI

Argument en faveur d'un durcissement des sanctions pénales, notamment concernant le séjour illégal, l'incitation au séjour illégal et l'emploi d'étrangers sans autorisation (art. 115 à 117 LEI) :

- *Peut constituer un signal fort, propre à dissuader les étrangers et les employeurs de commettre des infractions en matière de séjour illégal ou de travail au noir.*

Arguments en défaveur de ce durcissement :

- *Le système actuel est proportionné et a fait ses preuves.*
- *Un durcissement pourrait entraîner une disproportion entre les sanctions prévues dans la LEI et celles prévues pour d'autres infractions, notamment dans le code pénal suisse.*
- *Si des modifications devaient être envisagées dans ce domaine, elles pourraient être discutées dans le cadre des propositions en cours (cf. infra).*

Avis du Conseil fédéral (rejet)

Le Conseil fédéral a eu l'occasion de s'exprimer au sujet du durcissement des sanctions en lien avec la lutte contre le trafic de migrants, soit sur une modification de l'art. 116 LEI, notamment dans sa réponse à l'interpellation Feri (16.3807) « Sanctionner les passeurs professionnels et les trafiquants d'êtres humains », qui demandait que le régime des sanctions prévues en matière de trafic de migrants soit revu tant pour l'infraction de base que pour l'infraction qualifiée (art. 116, al. 1 et 3, LEI). Il y a indiqué qu'un tel examen était en cours. Il a mis en consultation un projet de modification du titre de l'art. 116 LEI dans le cadre de la mise en œuvre du plan d'action « Gestion intégrée des frontières et soutien financier aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière ». Il s'agit d'y faire figurer l'expression courante de « trafic de migrants », qui fait défaut à l'heure actuelle. Il a toutefois indiqué dans son rapport explicatif qu'un alourdissement des peines prévues à l'art. 116 LEI n'était pas souhaitable, car il n'existe aucun motif justifiant un tel durcissement, notamment parce que l'actuelle échelle des peines était suffisante et n'était, dans la pratique, pas exploitée de manière complète. Le message du Conseil fédéral est en cours de rédaction. Certains participants à la consultation ont néanmoins souhaité un durcissement des sanctions encourues par les passeurs.

En outre, dans son message concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié¹⁸⁰, le Conseil fédéral propose d'abroger l'alinéa qui concerne les cas de peu de gravité (art. 116, al. 2, LEI), car il est possible de tenir compte de la légèreté du cas en vertu du code pénal suisse. En dehors des deux modifications proposées par le Conseil fédéral, il ne juge pas opportun de faire d'autres modifications à l'art. 116 LEI.

La Commission des institutions politiques du Conseil national avait refusé de donner suite (par 15 voix contre 8), lors de la session d'hiver 2019, à l'initiative parlementaire Mazzone (18.461) « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité », qui allait, quant à elle, dans le sens d'une dépénalisation de l'incitation à l'entrée, à la sortie et au séjour illégaux, ainsi que du fait de procurer une activité lucrative à un étranger qui n'est pas titulaire de l'autorisation requise, pour autant que cette aide soit fournie pour des motifs respectables. Lors de sa session de printemps, le Conseil national l'a également rejetée (102 voix contre et 89).

En ce qui concerne les autres sanctions prévues par la LEI, soit celles relatives à l'entrée, à la sortie et au séjour illégaux et à l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 LEI) ou à l'emploi d'étrangers sans autorisation (art. 117 LEI), le Conseil fédéral considère que ces dernières sont adéquates et ne devraient pas être augmentées sous peine de devenir disproportionnées. En effet, le principe de proportionnalité impose que les peines encourues soient proportionnelles à la gravité de l'acte. Les sanctions prévues doivent donc être échelonnées en fonction de l'importance de l'atteinte au bien juridique protégé, et harmonisées avec les autres normes pénales. Au surplus, la LEI, qui est en vigueur depuis 2008, a été alignée sur les normes internationales et contient déjà des dispositions pénales beaucoup plus sévères que sous l'égide de l'ancien droit, notamment en ce qui concerne les infractions commises par des auteurs œuvrant sous forme organisée dans un but lucratif.

Cette position correspond aussi à l'avis des cantons qui se sont exprimés dans le cadre de leurs réponses au questionnaire envoyé par le SEM en vue de la rédaction du présent rapport (cf. ch. 2). De leur point de vue aussi, les sanctions actuelles semblent être adéquates et appliquées. Combinées aux sanctions prévues par la LTN, le système actuel offre des outils adéquats pour la lutte contre le travail au noir et le séjour illégal.

Le Conseil fédéral estime donc qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures supplémentaires en dehors des propositions qu'il a déjà faites.

Avis du groupe d'accompagnement (rejet)

Le groupe d'accompagnement ne souhaite pas un durcissement des sanctions actuelles et n'a pas fait de remarques supplémentaires particulières.

Avis des participants à la table ronde (rejet)

De l'avis général des participants, il n'y a pas lieu de durcir les sanctions prévues par la LEI en matière de séjour et de travail sans autorisation.

Au contraire, les participants sont d'avis qu'il devrait y avoir une amnistie pénale pour les sans-papiers comme pour leurs employeurs, sauf cas exceptionnels d'exploitation. La perspective de sanctions pousse les migrants sans-papiers à demeurer dans la clandestinité et les employeurs à licencier les sans-papiers plutôt que de les soutenir dans une éventuelle procédure de régularisation. L'expérience menée dans le cadre de l'opération Papyrus, durant laquelle les employeurs qui acceptaient, dans un délai défini, de se mettre en conformité (paiement des assurances sociales, respect des minimas salariaux) et de payer les charges sociales dues de manière rétroactive n'étaient pas sanctionnés, est considérée comme une voie à suivre.

Plusieurs intervenants indiquent que les employeurs de l'économie domestique ne sont souvent pas au courant des règles à respecter et des démarches à entreprendre pour se mettre en conformité. Ils ne doivent donc pas être d'emblée pénalisés. Cela étant, en cas de comportement abusif de l'employeur (exploitation), ce dernier doit continuer d'être sanctionné.

Les syndicats présents à la table ronde sont d'avis qu'il convient de distinguer les catégories d'employeurs. S'il convient de faire preuve de souplesse vis-à-vis des employeurs de l'économie domestique, qui sont souvent ignorants des règles ou des procédures à respecter, tel n'est pas le cas des employeurs de la construction ou de la restauration, qui connaissent parfaitement les dispositions légales mais ne les respectent pas pour des raisons financières. Ces employeurs doivent être sanctionnés.

Le « délit » dit de solidarité ne doit pas non plus être sanctionné. Une personne qui héberge par exemple un sans-papiers pour des motifs honorables ne doit pas être punie. Les participants ont indiqué soutenir le but de l'initiative parlementaire Mazzone (18.461) « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité », rejetée le 4 mars 2020 par le Conseil national.

La CFM a souligné dans sa prise de position écrite que les sanctions encourues par les personnes séjournant illégalement sur le territoire avaient déjà été progressivement renforcées. L'année dernière, les possibilités de voyager des personnes admises à titre provisoire ont ainsi été restreintes. Tout comme les requérants d'asile, elles n'auront en principe plus le droit de se rendre à l'étranger. L'admission provisoire sera annulée en cas de voyage non autorisé dans le pays d'origine ou de provenance. Les personnes qui enfreindront cette nouvelle règle seront sanctionnées et deviendront dès lors des sans-papiers. Du point de vue de la CFM, la création par les autorités de nouveaux sans-papiers est non seulement contraire à la dignité humaine telle que la défendent la Cst. et le droit international, elle est aussi nuisible à la Suisse.

Dans sa position écrite, la plateforme nationale pour les sans-papiers a souligné que l'art. 115, al. 4, LEI devait être précisé dans le sens qu'une éventuelle procédure pénale soit suspendue lorsque qu'une autorisation de séjour est en cours d'examen. Les art. 116, al. 1, let. b, et 117, al. 1, LEI doivent eux aussi être modifiés, afin qu'en cas d'octroi d'une autorisation de séjour, le travailleur et l'employeur ne soient pas punissables, pour autant que les conditions salariales aient été remplies. La plateforme nationale pour les sans-papiers soutient également le but de l'initiative parlementaire Mazzone (18.461) « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité », rejetée par le Parlement le 4 mars 2020.

14 Conclusions

Le présent rapport montre que la problématique des sans-papiers est liée à différents conflits d'objectifs.

Assurances sociales et droit des étrangers

Il existe un conflit, entre l'accès à la sécurité sociale et le droit des étrangers. En effet, l'assujettissement à la majorité des assurances sociales ne dépend pas du statut de séjour de l'étranger en Suisse, mais du critère du domicile. Parallèlement, le séjour illégal des étrangers est combattu au moyen de mesures de contrôle basées notamment sur la LTN et les dispositions pénales de la LEI.

Les avantages et les inconvénients cités au ch. 13 au regard des solutions à envisager montrent que le système actuel, bien qu'imparfait, a fait ses preuves et permet de ménager les buts contradictoires qui peuvent exister entre la législation sur les assurances sociales et le droit des étrangers. Une exclusion générale des sans-papiers de l'obligation de s'affilier aux assurances sociales violerait certaines dispositions du droit international (notamment le pacte I de l'ONU et la Convention relative aux droits de l'enfant), et serait problématique du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit constitutionnel. Au surplus, une telle solution rendrait encore plus attractif le travail au noir pour les employeurs puisqu'ils seraient exonérés des charges sociales s'ils engagent des sans-papiers, tandis qu'ils ne le seraient pas pour leurs employés résidant légalement en Suisse (ch. 8.1, 8.2 et 13.1). Elle entraînerait en plus une charge supplémentaire sur les cantons et les communes, qui seraient alors contraints d'assumer les coûts, notamment dans le domaine de la santé, par le biais de l'aide d'urgence.

Dès lors, le Conseil fédéral ne peut que réaffirmer sa volonté de maintenir l'obligation d'affiliation pour toutes les personnes résidant en Suisse. Une exclusion des sans-papiers de l'obligation d'assujettissement aux assurances sociales serait inopportune et contradictoire.

En outre, d'autres pistes, comme un accès à un catalogue restreint de prestations de l'assurance-maladie (ch. 13.1.3) ou la renonciation par les assureurs à demander certains documents en vue d'une affiliation à l'assurance AVS/AI/APG (ch. 13.1.5), n'apporteraient pas non plus de solutions à la problématique des sans-papiers. Ces deux hypothèses iraient à l'encontre de la politique du Conseil fédéral, qui se base sur la protection sociale de tous les travailleurs, et créerait des inégalités de traitement injustifiées.

Le groupe d'accompagnement et les participants à la table ronde aussi réaffirmé leur soutien à l'obligation d'assujettissement aux assurances sociales de toutes les personnes résidant en Suisse, indépendamment du statut de séjour.

Lutte contre le travail au noir

Avec la LTN, le législateur a mis en place une réglementation qui vise à combattre le travail au noir, sans toutefois exclure les sans-papiers de l'assujettissement à plusieurs assurances sociales et du droit aux prestations qui en découlent, alors qu'en pratique, peu de sans-papiers actifs sur le marché du travail sont annoncés auprès des caisses de compensation (ch. 10.3).

Il faut relever que les causes des rapports de travail illégaux ne peuvent pas uniquement être mises sur le compte du comportement délictueux des employés et des employeurs, mais doivent également être replacées dans le contexte de la société tout entière, notamment de ses développements sociodémographiques, de l'ampleur des prélèvements fiscaux et des cotisations aux assurances sociales, de la qualité des institutions de l'État et de la sévérité des sanctions et la probabilité d'être contrôlé, éléments qui influencent également le travail au noir (ch. 3.3). Le travail au noir ne constitue pas un phénomène nouveau en Suisse et un contrôle total de toutes les relations de travail n'est pas possible.

Toutefois, le Conseil fédéral estime que les différentes dispositions prévues dans les lois concernées par la lutte contre le travail au noir offrent les outils adéquats pour combattre l'exercice illégal d'une activité lucrative ou l'emploi d'étrangers sans autorisation. Les sanctions pénales du domaine du

droit des étrangers ont été par exemple considérablement renforcées lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la LEI. Le respect des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par le droit des étrangers est contrôlé par les autorités cantonales migratoires et – sur la base de la LTN – par les offices cantonaux de contrôle. La révision partielle de la LTN au 1^{er} janvier 2018 a également permis de doter les organes de contrôle cantonaux compétents d'outils plus efficaces en matière de lutte contre le travail au noir et d'éliminer les abus liés à la procédure de décompte simplifiée. La révision partielle de la LTN a également eu pour effet une intensification de l'échange de données entre les organes de contrôle du marché du travail, les autorités migratoires et les caisses de compensation lorsque certaines autorités ou organes constatent des indices de travail au noir dans l'accomplissement de leurs tâches (ch. 10.1).

Vu que les sans-papiers ne s'annoncent généralement pas auprès des autorités par peur d'être découverts, le Conseil fédéral est d'avis qu'une communication de données automatique entre les organes chargés d'appliquer les lois sur les assurances sociales ou le droit des étrangers n'aurait que peu d'effet dans la pratique. Lors des travaux parlementaires liés à la modification partielle de la LTN en 2018, le Parlement n'a pas souhaité aller au-delà de l'échange de données prévu actuellement par la LTN.

Tant le groupe d'accompagnement, que les participants à la table ronde et les autorités migratoires cantonales interrogées par le questionnaire (ch. 2) ont confirmé que les dispositions actuelles de la LTN étaient suffisantes.

Réglementation du séjour pour cas de rigueur

Au niveau de la législation en matière de séjour, le Conseil fédéral rejette le principe d'une régularisation collective ou partielle unique des sans-papiers. Les bases légales existantes dans la LEI et l'OASA laissent aux cantons et au SEM la marge de manœuvre nécessaire pour octroyer une autorisation de séjour dans des cas individuels de rigueur. Le Conseil fédéral ne juge pas nécessaire d'adapter les dispositions légales pertinentes en la matière.

Le groupe d'accompagnement et les participants à la table ronde rejettent également une régularisation unique collective. Certains membres du groupe d'accompagnement et une majorité des participants à la table ronde se montrent toutefois plus nuancés en ce qui concerne la possibilité d'une régularisation partielle unique, limitée à une certaine catégorie de personnes. Certains estiment que, sur la base des expériences faites lors de l'opération Papyrus dans le canton de Genève, des possibilités de régularisations partielles devraient pouvoir être examinées. Néanmoins, les membres du groupe d'accompagnement et une majorité des participants à la table ronde sont d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier les conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (art. 31 OASA). Ils ont en effet réaffirmé leur volonté de traiter de manière individuelle les cas de rigueur et craignent qu'une modification des dispositions légales n'entraîne une diminution de la marge de manœuvre nécessaire dans le traitement de ces cas. Cet avis est partagé par les autorités cantonales migratoires interrogées par le questionnaire (ch. 2).

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il n'est pas non plus nécessaire de modifier les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue de l'exercice d'une formation professionnelle initiale (art. 30a OASA), car il juge les critères découlant de la réglementation actuelle adéquats. Il estime que les assouplissements souhaités par certains membres du groupe d'accompagnement et certains participants à la table ronde (anonymisation de la demande ou réduction de la durée de scolarité requise) entraîneraient une amélioration injustifiée du traitement des sans-papiers à l'encontre d'autres catégories d'étrangers notamment envers ceux qui souhaitent obtenir une autorisation de séjour ordinaire pour études, qui devraient alors satisfaire à des conditions plus strictes.

En revanche, SEM est tenu d'examiner régulièrement si la formulation de ses directives dans le domaine des étrangers reflète l'état actuel de la loi, de l'ordonnance, de la jurisprudence et de la pratique. D'éventuelles modifications ne devraient toutefois pas limiter la marge de manœuvre laissée aux autorités compétentes par le cadre légal actuel, ni conduire à un assouplissement de la pratique du SEM (ch. 13.2.4). En outre, le Conseil fédéral estime que la fixation de conditions

détaillées et exhaustives contredirait ce principe. Cela concerne par exemple la détermination de limites temporelles pour l'examen des cas de rigueur. Il en découlerait une trop grande réduction de la marge de manœuvre laissée par le législateur.

Le groupe d'accompagnement ne s'oppose pas à des adaptations ponctuelles des directives du SEM en cas de besoin. En revanche, les participants à la table ronde ont indiqué qu'une précision et une pondération des critères de l'OASA dans les directives du SEM seraient souhaitables.

En ce qui concerne les requérants d'asile déboutés qui séjournent illégalement en Suisse, le Conseil fédéral est également d'avis que la législation actuelle a fait ses preuves. Elle permet, dans les cas de rigueur graves, des exceptions au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile. La personne concernée doit notamment avoir séjourné au moins cinq ans en Suisse ce qui permet d'éviter de créer un appel d'air (art. 14, al. 2, LAsi). Le Parlement, qui a adopté la restructuration du domaine de l'asile, entrée en vigueur en 2019, n'a envisagé aucune modification dans ce domaine.

Sanctions pénales

Au-delà des modifications qu'il a déjà proposées concernant les sanctions pénales prévues par l'art. 116 LEI (ch. 13.4), le Conseil fédéral est d'avis que les autres sanctions pénales découlant de la LEI ne doivent pas être modifiées. Elles ne devraient pas être plus sévères, sous peine de devenir disproportionnées. À l'inverse, le Parlement s'est prononcé contre une dépénalisation de l'aide apportée aux migrants en séjour illégal en Suisse par solidarité, en ne donnant pas suite, le 4 mars 2020, à l'initiative parlementaire (18.461) « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité ».

Le groupe d'accompagnement considère lui aussi que les sanctions pénales sont adéquates. Cette position rejoint également l'avis exprimé par les autorités cantonales migratoires dans leurs réponses au questionnaire envoyé par le SEM (ch. 2 et annexe 1). Les participants à la table ronde estiment, quant à eux, que les sanctions pénales ne devraient dans tous les cas pas être durcies, certains étant même favorables à une dépénalisation allant dans le sens de l'initiative parlementaire précitée.

Accès à la scolarité obligatoire des enfants sans-papiers

Enfin, bien qu'il existe dans ce domaine aussi un conflit d'intérêts entre les mesures à prendre en cas de séjour illégal et le droit de chaque enfant à fréquenter l'école obligatoire, le Conseil fédéral estime qu'un échange de données systématique entre les autorités migratoires et les établissements scolaires serait inopportun, et ne réglerait pas de manière adéquate la problématique du séjour illégal. En effet, tous les enfants qui séjournent en Suisse ont le droit constitutionnel à un enseignement de base. Avec un échange systématique, le danger existe que les enfants sans-papiers ne fréquentent plus l'école, ce qui péjorerait leur situation. Cela rejoint l'avis du groupe d'accompagnement et de la table ronde.

Les conflits d'objectifs entre les différents domaines concernés par les sans-papiers et les autorités chargées de l'application des lois ne peuvent pas être complètement résolus. Néanmoins, le Conseil fédéral estime que le système actuel en matière de réglementation du séjour, d'assujettissement aux assurances sociales, de lutte contre le travail au noir, d'échange de données et de sanctions pénales est cohérent. Il permet aux autorités d'accomplir leurs tâches légales en prenant en compte la situation particulière des sans-papiers. Une application rigoureuse des dispositions de la LEI par les autorités compétentes, en particulier aussi en matière d'exécution des renvois, permet également de réduire le nombre de personnes en séjour irrégulier en Suisse.

15 Annexes

- Annexe 1 : Questionnaire envoyé aux autorités cantonales migratoires via l'association des services cantonaux de la migration (ASM).
- Annexe 2 : Questionnaire envoyé aux différents États européens.
- Annexe 3 : Prise de position écrite de la Commission fédérale des migrations (CFM).
- Annexe 4 : Prise de position écrite de la plateforme nationale pour les sans-papiers.

Annexe 1 : Questionnaire envoyé aux autorités cantonales migratoires via l'ASM (cf. ch. 1)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Secrétariat d'Etat aux migrations SEM
Direction

Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft.

N° de référence: Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft. / Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft. Notre référence : Fehler! Unbekannter Name für Dokument-Eigenschaft.
3003 Berne-Wabern, le 27 avril 2019

Motif: Mise en œuvre du postulat CIP-N (18.3381) « pour un examen global de la problématique des sans-papiers »

Liste des questions aux cantons

1. Texte du postulat

Le Conseil fédéral est chargé d'examiner les points ci-dessous, en tenant compte des enseignements tirés de l'Opération Papyrus, menée dans le canton de Genève, et de présenter les résultats de son examen dans un rapport:

1. droits de s'affilier aux assurances sociales et de bénéficier des prestations en découlant, qui sont aussi accordés à des personnes dénuées de statut de séjour régulier (sans-papiers);
2. conséquences d'un éventuel retrait de ces droits, aussi bien pour la Confédération, les cantons et les communes que pour les sans-papiers concernés;
3. accès à l'école et à d'autres prestations publiques pour les sans-papiers;
4. pratique actuelle en matière d'échange de données entre les différentes autorités qui sont en contact avec des sans-papiers;
5. application des normes pénales pertinentes et pratique juridique lors d'infractions ayant un lien avec des sans-papiers (emploi, proposition d'emploi, location de logement);
6. nombre annuel de cas juridiques au cours des cinq dernières années, classés par type d'infraction;
7. pratique usuelle en matière de régularisation du séjour des sans-papiers et d'autorisation d'exercer une activité lucrative en fonction des critères servant à définir les cas de rigueur (art. 31 OASA);
8. nombre annuel de régularisations au cours des cinq dernières années;
9. solutions envisageables pour les personnes sans permis de séjour.

2. Informations préalables :

Dans le cadre de la rédaction du rapport du Conseil fédéral nous avons défini la notion de personnes « sans-papiers » comme des personnes en séjour illégal en Suisse (rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz) et qui ne sont généralement pas ressortissants d'un Etat-membre de l'UE/AELE.

Font notamment parti de cette catégorie :

- Les personnes étrangères qui n'ont jamais été au bénéfice d'un titre de séjour et qui exercent ou non une activité lucrative.
- Les personnes étrangères qui ne sont plus en possession d'un titre de séjour valable en Suisse.

Il peut s'agir notamment de personnes étrangères qui ne sont pas reparties de Suisse à l'échéance de la validité de leur visa ou dont l'autorisation de séjour est échue et n'a pas été renouvelée et qui sont restées en Suisse malgré tout. Les requérants d'asile dont la demande d'asile a été rejetée et qui ne sont pas rentrés volontairement dans leur pays d'origine ou de provenance ou qui ne peuvent pas y être renvoyés appartiennent aussi à ce groupe, car leur séjour est considéré comme illégal. Ces derniers sont souvent connus des autorités car ils perçoivent généralement l'aide d'urgence.

La rédaction des chiffres 1 et 2 du postulat (en relation avec les assurances sociales) relève de la compétence du Département fédéral de l'intérieur, raison pour laquelle le présent document ne contient pas de questions spécifiques à ce sujet. Toutefois, si vous avez des remarques ou des informations à nous communiquer notamment en rapport à des discussions au sein des cantons à ce sujet, vous pouvez nous en faire part dans la rubrique « divers ».

3. Questions du SEM aux cantons

Nous vous remercions d'avance pour votre aide et pour vos réponses qui nous seront très utiles pour la rédaction du rapport du Conseil fédéral au postulat précité.

Ad chiffre 3 du postulat (scolarité et prestations publiques)

1. Quelle est votre pratique en matière d'accès des sans-papiers à la scolarité obligatoire et postobligatoire (université, haute école et apprentissage) ?
2. Selon votre expérience et en pratique, est-ce que les sans-papiers bénéficient des mêmes prestations publiques (prestations autres que celles liées aux assurances sociales, par ex : examen permis de conduire, téléphonie mobile, etc..) que les personnes en séjour régulier ?

Ad chiffre 4 du postulat (échange de données)

3. Quelle est votre pratique en matière d'échange de données entre les différents services cantonaux (établissements scolaires, autorités pénales, caisse cantonales de compensation, services sociaux, service de l'emploi, hôpitaux, etc..) et les autorités migratoires en lien avec des personnes sans-papiers ? Est-ce que les personnes sans-papiers sont systématiquement dénoncées à l'autorité migratoire cantonale par ces services ?
4. Pensez-vous que les obligations légales actuelles concernant l'échange de données contenues dans la loi sur les étrangers (notamment à l'art. 97 LEI et art. 82ss OASA), la loi sur l'assurance vieillesse et survivants (notamment à l'art. 50a LAVS) et dans les autres lois (notamment la loi sur le travail au noir) sont suffisantes ?

Ad chiffre 5 et 6 du postulat (application des normes pénales, statistiques et pratique cantonale)

5. Quelle est votre expérience en matière d'infractions (emploi sans autorisation, placement sans autorisation, logement) en relation avec des sans-papiers? Disposez-vous de statistiques en la matière? Lors d'infractions, quelles sont les conséquences sur le plan pénal et du droit des étrangers?
6. Y-a-t-il des cas dans lesquels il y a eu une renonciation à une poursuite pénale? Si oui, pour quelles raisons?

Ad chiffre 7 du postulat

7. Quelle est la pratique dans votre canton s'agissant de l'examen et du traitement des demandes d'autorisation de séjour (art. 30 al. 1. let. b LEI et art. 14 al. 2 LAsi) déposées par les sans-papiers?

Ad chiffre 8 du postulat

8. Quel est le nombre annuel de décisions négatives basées sur l'art. 31 OASA concernant des sans-papiers au cours des cinq dernières années?
9. Quelle est la pratique des autorités de recours dans votre canton?

Ad chiffre 9 du postulat

10. Est-ce que la réglementation actuelle des cas de rigueur contenue aux art. 30 al.1 let. b LEI,

14 al. 2 LAsi et 31 OASA devraient être selon vous modifiées ?

Divers

11. Avez-vous des remarques supplémentaires à formuler concernant la mise en œuvre du postulat ?

Annexe 2 : Questionnaire envoyé aux différents Etats européens (cf. ch. 12)



Vienna, 09th October 2019

GDISC NCP Request from Switzerland

“Undocumented migrants – How does the respective legislation and practice look like within other European countries?”

Deadline: 28.10.2019

Background information

Switzerland is currently putting together a situation report on the legislation and practice for undocumented migrants. In this regard Switzerland would be interested to learn about how the legislation and practice for undocumented migrants looks like in other European countries.

Questions

- 1) Is irregular migration and especially the regularization of persons without a right to stay a current topic in your country? What are the current political discussions on this topic? Have you in the past carried out a collective regularization, given amnesty or partial amnesty (e.g. for families with children)? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 2) Does your legal framework provide the possibility of regularizing undocumented persons (single persons or persons with children [as opposed to a collective regularization above])? If so, what legal conditions need to be fulfilled for such a regularization? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 3) Do you have any number or an estimate on the number of undocumented persons residing in your country?
- 4) Which rights and duties apply to persons without a right to stay residing in your country? Do they have access to:
 - Medical care?
 - Social insurance benefits? (eg. insurance regarding sickness, accident, or retirement etc.)
 - Compulsory education (school) or post-secondary education?
 - Financial state assistance covering basic needs?
 - Justice (courts) without having to disclose their irregular stay?
 - Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?
- 5) Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?

Annexe 3 : Prise de position écrite de la Commission fédérale des migrations (ch. 13)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Eidgenössische Migrationskommission EKM

EKM, 17. Januar 2020

Zur Problematik der Sans-Papiers

Stellungnahme der EKM

Sehr geehrte Frau Galli

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Problematik der Sans-Papiers Stellung nehmen zu können. Um Lösungen für Problematik zu finden, müssen aus Sicht der EKM auf drei Ebenen Instrumente entwickelt und umgesetzt werden:

1. Der Bund und die Kantone müssen Formen der Zusammenarbeit entwickeln, welche die Spielräume, die gemäss geltendem Bundesrecht bestehen, zugunsten der Sans-Papiers (Regularisierung) und ggf. zur Sanierung des Arbeitsmarkts (Durchsetzung der Gesetzgebung gegen die Schwarzarbeit und Sanierung stark betroffener Branchen) kreativ zu nutzen (siehe bspw. das Modell «Opération Papyrus» im Kanton Genf oder das Modell «Aktive Prüfung der Regularisierung von Sans-Papiers» im Kanton Zürich).
2. Geltendes Recht muss punktuell angepasst werden (z.B. Art. 30 VZAE zur beruflichen Grundbildung).
3. Die Schaffung neuer Sans-Papiers durch die Politik muss vermieden werden.

In der Folge finden Sie die Anregungen der EKM zur Aufenthaltsregelung und zu den staatlichen Leistungen. Diese verweisen grob auf zwei Gruppen von Sans-Papiers, auf solche aus dem Ausländer- und solche aus dem Asylbereich.

Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen aus sogenannten Drittstaaten, die nie ein Visum oder eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz besessen haben oder Personen, die einmal im Besitz eines Visums oder einer Aufenthaltsbewilligung waren, die Aufenthaltsberechtigung jedoch abgelaufen ist, ohne dass sie die Schweiz verlassen haben. Sie bestreiten ihren Lebensunterhalt zumeist durch Arbeit in Niedriglohnbereichen.

Sans-Papiers aus dem Asylbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen, die aus dem Asylprozess ausscheiden, die jedoch in der Schweiz bleiben. Entweder können sie objektiv nicht in ihr Heimatland zurückkehren oder sie fürchten sich vor einer Rückkehr so sehr, dass sie ein Leben am Rand der Schweizer Gesellschaft vorziehen.

Ein Teil dieser Sans-Papier taucht unter und versucht sich mit Gelegenheitsarbeiten über Wasser zu halten. Bei einem weiteren Teil handelt es sich um Personen, welche den Behörden bekannt sind, die sozusagen in der «regulären Illegalität» leben. Sie leben von der Nothilfe, denn es ist ihnen untersagt zu arbeiten und ihren Lebensunterhalt selber zu bestreiten. Die Zahl der Personen, die über länger als ein Jahr Nothilfe beziehen, ist steigend.

Fokus 1: Aufenthaltsregelung

Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze (Voll-/Teilamnestie, Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM, Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung, Sonderkontingente, City Card)

Kann eine Amnestie (mit Bedingungen und mit welchen?) oder nur eine Teilamnestie (für bestimmte Gruppen von Sans-Papiers) eine mögliche Lösung sein?

Die EKM stellt sich auf den Standpunkt, dass eine (Teil-)Amnestie eine mögliche Lösung sein kann. Aus ihrer Sicht müssen jedoch formelle Kriterien definiert werden, die erfüllt sein müssen, um ein Gesuch um Regularisierung zu stellen und es müssen materielle Kriterien festgelegt werden, die herangezogen werden, um Einzelfälle zu prüfen.

Verschiedene Kantone haben in den vergangenen Jahren entsprechende Erfahrungen gesammelt. Zwei Beispiele:

Die «Opération Papyrus» wurde vom Kanton Genf entwickelt. Dieses Pilotprojekt zielte auf die Regularisierung von Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich, die in den Arbeitsmarkt integriert waren und den Lebensunterhalt selbstständig bestritten. Im Rahmen des Projekts konnten jene Sans-Papiers ein Gesuch stellen, die arbeiteten und finanziell unabhängig waren und die in der Schweiz nicht straffällig geworden waren. Familien mit schulpflichtigen Kindern mussten mindestens fünf Jahre ununterbrochen in Genf gelebt haben, Einzelpersonen, kinderlose Paare oder Paare mit Kindern, die noch nicht schulpflichtig sind, zehn Jahre. Ausserdem mussten sie ihre Französischkenntnisse in einem Test unter Beweis stellen. Bei einem Drittel der Personen, die im Rahmen dieses Pilotprojekts regularisiert wurden, handelte es sich um Kinder und Jugendliche. In enger Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Migration SEM definierte der Kanton Genf klare materielle Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung. Das SEM bot Hand, den Anträgen, welche die Kriterien erfüllten, zuzustimmen.

Zivilgesellschaftliche Organisationen halfen den Sans-Papiers, die Chancen und Risiken eines Härtefallgesuchs abzuwägen. Nach der Einreichung unterzogen die Genfer Behörden jeden Einzelfall einer Prüfung, wobei die Sans-Papiers darauf vertrauen konnten, dass die Behörden die Härtefallgesuche nicht nach freiem Ermessen, sondern nach klaren und einheitlichen Kriterien beurteilten. Parallel dazu ergriffen die Genfer Behörden flankierende Massnahmen, um die Situation auf dem Arbeitsmarkt – insbesondere im Bereich der Hauswirtschaft – zu sanieren. Gesuche konnten zwischen Februar 2017 und Dezember 2018 eingereicht werden. Bis Ende Oktober 2019 waren in Genf 1323 Personen regularisiert worden.

Mit der «Systematischen Überprüfung von Langzeitbeziehenden der Nothilfe» hat das Migrationsamt des Kantons Zürich ab 2017 ein Pilotprojekt entwickelt, das die Regularisierung von Langzeitbeziehenden von Nothilfe aus dem Asylbereich anvisiert. Personen, welche die formalen Kriterien für ein Härtefallgesuch erfüllten, wurden von den Behörden angeschrieben. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie die Einreichung eines Härtefallgesuchs in Betracht ziehen können. Viele Angeschriebene nahmen daraufhin mit Beratungsstellen Kontakt auf und stellten entsprechende Gesuche. Fehlten beispielsweise die sprachlichen Kompetenzen, bewirkte dieser Impuls, dass sich Nothilfebezüger aktiv um eine bessere sprachliche Integration bemühten und nach und nach die erforderlichen Dokumente einreichen konnten. Dieses Pilotprojekt startete Mitte 2017 und wurde 2018 abgeschlossen. Rund 100 Personen erhielten die vom Gesetz vorgesehene Härtefallbewilligung, welche den Betroffenen die Möglichkeit eröffnete, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Der Wille der Politik und der beteiligten Behörden war sowohl im Kanton Genf wie auch im Kanton Zürich die Voraussetzung für die Entwicklung der Regularisierungsmodelle.

Könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) besser umschrieben werden?

Die «Opération Papyrus» und die «Systematische Überprüfung von Langzeitbeziehenden in der Nothilfe» stützen sich auf geltendes Recht und loten die darin enthaltenen Spielräume aus. Die beiden Pilotprojekte zeigen auf, dass eine Teilamnestie erreicht werden kann, ohne dass die formellen und materiellen Kriterien im geltenden Recht angepasst (sprich besser umschrieben) werden müssen.

Kurzfristig kann die «bessere Umschreibung» der Voraussetzungen Risiken bergen: enger gefasste Kriterien können Kantonen, in denen ein politischer Wille besteht und die gewillt sind, die prekäre Situation von Sans-Papiers zu verbessern, die dafür notwendigen Spielräume entziehen. Es wird ihnen verunmöglicht, neue Wege zu beschreiten und innovative Modelle zu entwickeln. Aus der Sicht der EKM wäre es deshalb kurzfristig zielführender, wenn das SEM Massnahmen in die Wege leiten könnte, welche auf den Erfahrungen des Genfer oder des Zürcher Modells aufbauen und die Kantone ermutigen könnte, auf der Basis bestehender Erfahrungen eigene Modelle zur Regularisierung von Sans-Papiers zu entwickeln.

Mittel- und langfristig könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in den einschlägigen rechtlichen Grundlagen angepasst werden. Dies auf der Basis der gewonnenen Erfahrungen, welche sich aus der Praxis der Kantone zu entwickeln beginnen. Aber auch eine «bessere Umschreibung der Voraussetzungen» muss Ermessensspielräume offen lassen, die es erlauben, der gelebten Realität von Sans-Papiers – die oft prekär und immer vielfältig ist – Rechnung zu tragen.

Könnten die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsregelung in die Weisungen Ausländer I Ziffer 5 des SEM präzisiert werden?

Siehe oben.

Könnte eine (Teil)Lösung mit einer Änderung von Art. 30a VZAE (Berufliche Grundbildung) erreicht werden?

Auch im Bereich der beruflichen Grundbildung nutzen die Kantone vorhandene Spielräume. Im Kanton Basel-Stadt werden jugendliche Sans-Papiers, die Nothilfe beziehen, bezüglich der Teilnahme an einer beruflichen Grundbildung gleichbehandelt wie jugendliche Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich. Der Besuch von Lehr- oder Ausbildungsgängen wird bei einem Negativentscheid im Asylverfahren nicht gestoppt. Der Kanton setzt einen Schwerpunkt bei der Ermöglichung einer selbstständigen Zukunft für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Vollzug der Wegweisung hat jedoch immer Vorrang (siehe hierzu: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019, www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empfausscheiden asylsystem.pdf).

Die Erfahrungen aus den Kantonen Genf und Zürich zeigen, dass es in der Gruppe der Sans-Papiers einen beträchtlichen Anteil von Kindern und Jugendlichen gibt. Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn diese die negativen Folgen der Aufenthaltssituation ihrer Eltern tragen müssen. Aus ihrer Sicht ist sicherzustellen, dass die Nachkommen von Sans-Papiers in einem kindergerechten Umfeld aufwachsen, die öffentliche Schule besuchen und eine Ausbildung – Berufslehre oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II – machen können. Eine Berufslehre ist bei Kindern und Jugendlichen auch bei einer allfälligen späteren Rückkehr ins Herkunftsland eine gute Investition.

Die geringe Zahl von 48 Sans-Papiers, die zwischen 2013 und 2019 eine Lehrstelle antreten konnten zeigt, dass Art. 30a VZAE Schwachstellen aufweist. In diesem Bereich müsste geltendes Recht dringend angepasst werden. Die EKM hat sich bereits mehrmals und ausführlich – beispielsweise in der Vorkonsultation des SEM zu einer möglichen Anpassung der Bestimmung über die berufliche Grundausbildung von Sans-Papiers vom 26. Januar 2018 – geäußert, in welche Richtung eine entsprechende Änderung gehen müsste (siehe Anhang).

In ihren diesbezüglichen Stellungnahmen schlägt die EKM u.a. vor, dass jugendlichen Sans-Papiers nach Abschluss der Grundbildung die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, ohne dass sie dafür ein Härtefallgesuch stellen müssen. In der Schweiz herrscht ein Mangel an Fachkräften, und

das Land hat ein Interesse daran, jungen Berufsleuten eine Perspektive zu geben.

Führt die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für die Kantone zu einer Lösung?

Die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für Sans-Papiers, die durch die Kantone regulisiert wurden, schiessen aus der Sicht der EKM am Ziel vorbei. Regulisierte Sans-Papiers sollten nicht an die kantonalen Kontingente für die Zuwanderung von Arbeitskräften aus Drittstaaten angerechnet werden. Bei der Regularisierung sollten sie gleichbehandelt werden wie Personen, die mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben.

Kann die Einführung von sogenannten City Cards eine Lösung bringen?

Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn Nothilfebeziehende, die von Ordnungskräften kontrolliert werden, aufgrund ihres nicht bewilligten Aufenthalts gebüsst und aufgrund mehrmaliger Bussen verurteilt und eingesperrt werden können.

Eine City Card, wie sie in Zürich und Bern geprüft wird, sieht vor, allen Bewohnerinnen und Bewohnern der Stadt, unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Ausweis auszustellen und ihnen so die Teilhabe am Leben und den Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen in der Stadt zu ermöglichen. Da sich die Gültigkeit auf das Gebiet der Stadt beschränkt, ist die City Card für sich genommen jedoch ungenügend. Sie ersetzt nicht die Entwicklung von Instrumenten durch die Kantone und den Bund.

Ein anderes Modell hat der Kanton Waadt entwickelt: Er stellt nothilfebeziehenden Sans-Papiers eine Bescheinigung aus, die im Regelfall von der Polizei akzeptiert wird und die Betroffene davor schützt, für den illegalen Aufenthalt bestraft zu werden. Grundsätzlich begrüsst die EKM auch diese Möglichkeit.

Stellt die Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen im AIG eine Lösungsmöglichkeit dar?

In der Vergangenheit wurden die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Personen ohne aufenthaltsrechtlichen Status schrittweise erweitert. So wurden letztes Jahr die Reisemöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Personen restriktiver geregelt. Vorläufig aufgenommenen Personen und Asylsuchenden soll es künftig grundsätzlich verboten sein, ins Ausland zu reisen. Bei unbewilligten Reisen in den Heimat- oder Herkunftsstaat soll die «Vorläufige Aufnahme» erlöschen. Personen, die gegen diese neue Regelung verstossen, werden sanktioniert und zu Sans-Papiers gemacht.

Aus der Sicht der EKM verstösst die behördliche Schaffung von neuen Sans-Papiers nicht nur gegen die verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Menschenwürde, sondern sie schadet auch der Schweiz (siehe hierzu Stellungnahme der EKM und Anhang zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) zur Motion «Keine Reisen ins Heimatland für vorläufig Aufgenommene» vom Dezember 2019, www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/aktuell/stellungnahmen/2019/2019-12-03.html).

Kann ein konsequenter Vollzug der Wegweisung aller Personen ohne Aufenthaltsregelung eine Lösung darstellen?

Die Wegweisung wird – dort wo sie möglich ist – bereits heute konsequent vollzogen. Der Bund unterstützt die Kantone bei dieser Aufgabe: beispielsweise mit der regelmässigen Überprüfung der Situation in den Herkunfts- oder Heimatstaaten und mit Rückkehrprogrammen zur Förderung der freiwilligen Rückkehr. Die Erweiterung und flexiblere Gestaltung der Rückkehrhilfe sind aus der Sicht der EKM geeignet, um den Vollzug zu unterstützen (siehe hierzu auch: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019,

www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empfehlungen_ausscheiden_asylsystem.pdf).

Fokus 2: staatliche Leistungen

Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze (Zugang zu Sozialversicherungen, Ausschluss, Reduktion, Anonymisierung, Datenaustausch, Bekämpfung der Schwarzarbeit, Verschärfung der Strafbestimmungen)

1. Im Bereich der Sozialversicherungen:

- Macht ein Ausschluss von den Kranken- und Unfallversicherungsleistungen bei Sans-Papiers Sinn?

Ein Ausschluss von Sans-Papiers macht aus Sicht der EKM keinen Sinn. Wenn Sans-Papiers, die nicht kranken- und unfallversichert sind, Leistungen beziehen, werden die anfallenden Kosten auf die Allgemeinheit abwälzt. Statt Sans-Papiers auszuschliessen sollte sichergestellt werden, dass sie bei bescheidenem Einkommen in den Genuss von Prämienreduktionen kommen und sie in der Lage sind, die stetig steigenden Prämien regelmässig zu bezahlen.

- Sind Leistungsbeschränkungen bei der Krankenversicherung zielführend?

Das Recht auf medizinische Grundversorgung ist in der Bundesverfassung verankert. Dieses Grundrecht gilt für alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten. Staatlich finanzierte Anlaufstellen ausserhalb der Regelstrukturen braucht es nicht. Vielmehr muss dafür gesorgt werden, dass der Zugang zu den Regelstrukturen gewährleistet ist.

- Sollen Sans-Papiers von der Versicherungspflicht bei der AHV/IV/EO befreit werden und die Rechtsansprüche dieser Versicherung auf Personen mit geregelter Aufenthalt beschränkt werden?

Das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung enthält ein Versicherungsobligatorium. Dieses gilt für alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Eine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von Schwarzarbeit erhöhen: Arbeitgeber müssten keine Sozialversicherungsbeiträge entrichten und hätten bei einer Kontrolle keine rückwirkende Erhebung von Beiträgen zu befürchten. Statt dass das Gemeinwesen in den Genuss der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge käme, müsste es die nicht versicherten Kosten tragen.

2. Im Bereich des Datenaustausches:

- Soll auf den Nachweis bei der Identität mit bestimmten Dokumenten für den Leistungsbezug verzichtet werden?

Ein Verzicht auf den Nachweis der Identität sollte aus der Sicht der EKM dringend geprüft werden. Dort wo der Nachweis die Prekarität von Sans-Papier verschärft und die Grundrechte einschränkt, muss darauf verzichtet werden.

Annexe 4 : Prise de position écrite de la plateforme nationale pour les sans-papiers (ch. 13)

Arbeitspapier der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers zum Postulat 18.3381: Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans- Papiers

Bern, Februar 2020

Allgemeines

Die Plattform zu den Sans-Papiers ist ein Zusammenschluss von Anlaufstellen aus verschiedenen Kantonen, lokalen und nationalen NGOs, Vereinen, Kirchen, Hilfswerken, Gewerkschaften, Parteien und Parlamentarier*innen sowie Einzelpersonen, die die Ziele der Plattform unterstützen.

Die Plattform setzt sich schweizweit für die Rechte und Anliegen von Sans-Papiers ein. Sie hat zum Ziel, den Zugang zu einem stabilen legalen Status für Sans-Papiers zu erleichtern, und strebt ihre Regularisierung an. Sie unterstützt und fördert politische Bestrebungen zur Verbesserung der rechtlichen, gesellschaftlichen und ökonomischen Situation der Sans-Papiers.

Sans-Papiers sind in der Schweiz eine Realität und entgegen eines häufigen Missverständnisses besitzen die meisten von ihnen Ausweispapiere. Da sie versteckt leben müssen, gibt es über ihre Anzahl keine genauen Angaben. Sicherlich kann aber schweizweit von mindestens 100'000 Personen ausgegangen werden. Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens und der daraus folgenden Gesetzesänderungen von 2002 wurde die Situation der Personen aus Drittstaaten und damit auch der Sans-Papiers erneut weiter erschwert. Anders als Staatsangehörige eines EU- oder EFTA- Mitgliedstaates können Sans-Papiers in der Regel keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz beantragen. Dies obwohl die meisten von ihnen in Privathaushalten arbeiten. Sie putzen, hüten Kinder und kümmern sich um betagte Menschen. Andere arbeiten auf dem Bau, im Gastgewerbe oder in der Landwirtschaft. Alle leisten einen wichtigen Beitrag für unsere Gesellschaft. Trotzdem ist ihr Leben von Angst und Unsicherheit geprägt, da sie ihren Arbeitgeber*innen fast rechtlos ausgeliefert sind und jederzeit von der Polizei kontrolliert und in gewissen Situationen sogar aus der Schweiz ausgeschafft werden könnten.

Die abgewiesenen Asylsuchenden gehören erst seit den Gesetzesrevisionen von 2004 und 2008 zur Bevölkerungsgruppe der Sans-Papiers. Ihr Verbleib in der Schweiz wurde illegalisiert und sie wurden mehrheitlich zu «Nothilfeempfänger*innen» gemacht, die unter einem Arbeitsverbot stehen und unter äusserst prekären und repressiven Lebensbedingungen leben müssen, viele von ihnen jahrzehntelang und ohne Perspektive auf eine Regularisierung. Es handelt sich um eine reguläre Illegalität, welche für die betroffenen Personen eine äusserst belastende Lebenssituation bedeutet. Das Risiko einer physischen oder psychischen Erkrankung sowie ein Abdriften in die Straffälligkeit ist unter diesen Umständen gross.

Das Leben im Verborgenen zieht viele Probleme mit sich, die uns alle betreffen. Die Sans-

papiers vermeiden den Kontakt mit den Behörden auch dort, wo sie unbesehen ihres fehlenden Aufenthaltsstatus, Anspruch auf staatliche Dienstleistungen hätten. So fehlen den Sans-Papiers aufgrund der nicht bezahlten Sozialabgaben der soziale Schutz, und gleichzeitig fehlen den Sozialwerken bedeutende Einnahmen. Sie verzichten auf den Zugang zu Recht und Justiz, weil ihnen die Verletzung ihrer Rechte und ihrer Integrität im Vergleich zur Wegweisung als geringeres Übel erscheint. Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch bei Verletzung von elementarsten Menschenrechten ohne rechtlichen Schutz bleiben, so etwa bei Diskriminierung, bei sexuellem Missbrauch oder bei der Ausbeutung ihrer Arbeitskraft. Der Verzicht auf den Zugang zur Justiz hat auch Folgen für den Rechtsstaat. Werden selbst schwere (Grund-) Rechtsverletzungen nicht geahndet und die Täter*innen nicht in Verantwortung gezogen, unterbleibt die Durchsetzung des Rechts und es entstehen rechtsfreie Räume. Hinzu kommt, dass die Menschen, die es in ihrem Umfeld gut meinen, kriminalisiert werden: unterstützende Freund*innen, Vermieter*innen aber

auch Arbeitgebende, die das Arbeitsverhältnis regularisieren möchten. Viele Sans-Papiers leiden an gesundheitlichen Problemen (Depressionen aufgrund von sozialer Isolation und Perspektivlosigkeit). Auch Jugendliche Sans-Papiers trifft es schwer, da sie nur sehr beschränkte Möglichkeiten haben, den Einstieg ins Berufsleben zu meistern. Diese Verhältnisse müssen geändert werden.

Die geforderte gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers muss darin bestehen, Sans-Papiers als Teil der Schweizer Gesellschaft und als Arbeitnehmer*innen anzuerkennen. Diese Anerkennung müsste über eine kollektive Regularisierung oder zumindest ein pragmatisches Regularisierungsprogramm in allen Kantonen geschehen.

Bis es soweit ist, ist ein klares Bekenntnis zu den Grundrechten für alle in der Schweiz lebenden Menschen notwendig. Das Recht auf soziale Sicherheit, auf Bildung und das Recht auf Gesundheitsversorgung sind elementare Grundrechte, die in der Schweizer Bundesverfassung verankert sind. Die universelle Gültigkeit dieser Grundrechte darf nicht in Frage gestellt werden. Das heisst, die Wahrung dieser Rechte muss immer höher gewichtet werden als ein allfälliger Verstoss gegen das Ausländergesetz. In der Verantwortung stehen dabei insbesondere der Bund, die Kantone und alle Institutionen, die im Zusammenhang mit diesen Grundrechten öffentliche Aufgaben erfüllen. Im Rahmen ihrer Möglichkeiten müssen sie Verbesserungsmöglichkeiten prüfen und allenfalls zusätzlich positive Massnahmen umsetzen, damit die Grund- und Menschenrechte entsprechend Art. 35 Abs. 2 BV effektiv und tatsächlich unabhängig vom Aufenthaltsstatus gewährleistet sind.

Aktuell ist die Lebenssituation der Sans-Papiers je nach Kanton sehr unterschiedlich. So werden ihr Zugang zu staatlichen Leistungen, die Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte und ihre Chance auf eine Regularisierung je nach Sensibilität und politischem Wille der involvierten Akteur*innen unterschiedlich gehandhabt. Dieser Zustand grenzt in der Praxis oftmals an behördliche Willkür. In diesem Sinne begrüsst die Plattform das Postulat 18.3381 der staatspolitischen Kommission des Nationalrates, welches eine gesamthafte und schweizweite Prüfung der Problematik der Sans-Papiers vom Bundesrat verlangt, in der unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus folgende Punkte zu beurteilen und in einem Bericht vorzulegen sind:

Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus den Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;

Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;

Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;

heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;

Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungs- vermietung);

Anzahl jährlicher Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;

gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);

Anzahl jährlicher Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;

mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.

Im folgenden Dokument werden sowohl die Grundlagen aufgelistet, die für die Beantwortung des

Postulats zu berücksichtigen sind, als auch die wichtigsten Schlüsse der Plattform zusammengefasst.

Grundlagen

Auflistung der Grundlagen und Berichte, die für die Beantwortung des Postulates von Interesse sind:

- Schutz des Privatlebens: Art. 13 und 14 BV, Art. 8 EMRK
- Recht auf Datenschutz: Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 1 StPO, Art. 97 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 82 VZAE
- Recht auf Zugang zur Justiz: Art. 29 Abs. 1 und 3 sowie Art. 29a und Art. 30 BV, Art. 2 Ziff. 3 und Art. 14 Ziff. 1 und 2 UNO-Pakt II, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK, Art. 6 Abs. 1 StPO, Art. 301 Abs. 1 StPO
- Arbeitsrechte: Art. 8, 27, und 41 BV, Art. 23 AEM, Art. 7 UNO-Pakt I
- Recht auf medizinische Grundversorgung / Recht auf Hilfe in Notlagen: Art. 12 und 41 Abs. 1 lit. b BV, Art. 25 AEM, Art. 12 UNO-Pakt I
- Recht auf Bildung: Art. 19 BV, Art. 26 EMRK, Art. 26 AEM, Art. 13 und 14 UNO-Pakt I
- Soziale Rechte / Sozial- und Krankenversicherungspflicht: Art. 41 Abs. 2 BV, Art. 23 und 24 AEM, Art. 9 UNO-Pakt I
- die aktuelle ausländerrechtliche Regelung mit den dazugehörigen Weisungen des SEM: Art. 30 AIG, Art. 31 VZAE, Art. 14 Abs. 2 AsylG, Art. 30a VZAE, Ziffer 5.6 Weisungen AIG
- Weisung des Bundesamtes für Sozialversicherung zur Versicherungspflicht der Sans-Papiers vom 19.12. 2002
- Kreisschreiben über die Schweigepflicht und die Datenbekanntgabe in der AHV/IVEO/EL/FamZLw/FamZ, vom 1.1.2014
- Das Übereinkommen 189 „Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ der Internationalen Arbeiterorganisation (IAO):
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_de.pdf
- Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention):
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20162518/index.html>
- Rechtsgutachten des Lehrstuhls für öffentliches Recht der Universität Zürich vom 25. Januar 2018: <https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- Positionspapier des Stadtrates von Zürich zum Thema Sans-Papiers vom 5. September 2018:
<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- Bericht im Auftrag des SEM zur Situation der Sans-Papiers in der Schweiz, 2015:
https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/internationales/illegale-migration/sans_papiers/ber-sanspapiers-2015-d.pdf.download.pdf/ber-sanspapiers-2015-d.pdf
- Berichte der EKM zur Situation der Sans-Papiers:
<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/zuwanderung---aufenthalt/sanspapiers.html>

Atelier I: Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze

Die Plattform spricht sich für eine Kombination von unterschiedlichen Massnahmen aus:

Voll- bzw. Teilregularisierung und Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM

Die Plattform spricht sich klar für griffige Regularisierungsprogramme aus. Bei der Mehrheit der Regularisierungen, die in den letzten Jahren in Europa durchgeführt wurden, kam es danach zu keiner signifikanten Zunahme von Sans-Papiers in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Vielmehr führt die Regularisierung zu einer Normalisierung auf mehreren Ebenen: Für die Betroffenen bedeutet sie Schutz vor Ausbeutung und Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte; für die Gesamtbevölkerung bringt sie soziale Sicherheit, mindert Kosten in Form von Nothilfe und generiert Steuern. Schliesslich ist die Regularisierung eine wichtige Massnahme gegen die Schwarzarbeit und unterstützt die willigen Arbeitgeber*innen bei der Normalisierung der Arbeitsverhältnisse.

Das Gesetz, konkret Art. 30 AIG und Art. 14 Abs. 2 AsylG, gewährt den betroffenen Instanzen einen gewissen Spielraum bei der Regularisierung der Sans-Papiers, weshalb auf dieser Grundlage grundsätzlich auch ohne Gesetzesänderung Regularisierungsprogramme in der Schweiz umgesetzt werden können. Es braucht dafür aber einen hohen politischen Willen der Kantone und des SEM, weil die Auslegung des Gesetzes bis anhin sehr restriktiv gehandhabt wurde.

Damit die Anzahl Härtefallgesuche, die von den Kantonen zur Zustimmung ans SEM weitergeleitet werden, erhöht werden kann, müssen Anpassungen in der Verordnung (Art. 31 VZAE) und in den Weisungen des AIG (Ziffer 5.6) vorgenommen werden:

Es sollte nicht mehr von einem „schwerwiegenden“ sondern einzig von einem „persönlichen Härtefall“ gesprochen werden;

die Integrationsfähigkeit muss an objektiv messbaren Grössen gebunden sein;

bei der Abwägung sollten nicht nur die persönlichen Umstände der Gesuchsteller*in, sondern auch das öffentliche und gesamtgesellschaftliche Interesse einer Regularisierung und der von der Gesuchsteller*in geleistete Beitrag für die Gesellschaft berücksichtigt werden;

der Gesundheitszustand und das Alter sollten in jedem Fall berücksichtigt werden (Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE, Weisung AIG Ziffer 5.6.10.5);

die Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsstaat sollte nicht mehr als höher gewichtet bzw. als massgebend für die Gesamtprüfung bezeichnet werden (Weisung AIG Ziffer 5.6.10.6).

Die Plattform schlägt zudem vor, dass aufgrund der gesammelten Erfahrungen aus der Genfer Operation Papyrus die Weisungen der AIG dementsprechend präzisiert werden, dass ein vereinfachtes Härtefallverfahren mit einer zuvor festgelegten Abwägung der Kriterien in Absprache mit den kantonalen Behörden und dem SEM eingeführt werden, damit die Regularisierung einer bestimmten Zielgruppe beschleunigt werden kann. Das angepasste Verfahren, die objektiven Kriterien und die dazugehörigen Belege können auf kantonaler Ebene schriftlich festgelegt werden, beispielsweise in Form eines Merkblattes. (Weisung AIG Ziffer 5.6 und 5.6.10). Mit der Standardisierung und der damit gewonnenen Rechtssicherheit werden die versteckt lebenden Sans-Papiers dazu angeregt, sich bei den Behörden zu melden, an den gesellschaftlichen Pflichten teil zu nehmen und mit einer Bewilligung auch ihre Arbeitsverhältnisse zu regularisieren.

Natürlich können auch bei einer solchen Anpassung der Weisung des AIG weiterhin Härtefallgesuche ausserhalb des vereinfachten Verfahrens gutheissen werden. Das heisst, es können auch Personen ein Härtefallgesuch stellen, welche die für die Zielgruppe festgelegte Abwägung der Kriterien nicht gänzlich erfüllen.

Schliesslich darf ein Härtefallverfahren sowohl für die Gesuchstellenden als auch für das Umfeld keine strafrechtlichen Konsequenzen mit sich ziehen. In diesem Zusammenhang schlägt die Plattform vor, dass mit einer parlamentarischen Initiative Art. 115 Abs. 4 AIG dahingehend präzisiert wird, dass wenn der Aufenthalt aufgrund eines Bewilligungsverfahrens geregelt wird, ein allfälliges Strafverfahren sistiert werden kann. Im gleichen Sinne sollte auch Art. 116 Abs. 1 lit. b und Art. 117 Abs. 1 AIG dahingehend angepasst werden, dass wer Ausländerinnen oder Ausländer, die in einem Bewilligungsverfahren die erforderliche Arbeitsbewilligung erlangen, eine Erwerbstätigkeit

verschafft, nicht bestraft wird, wenn die arbeitsrechtlichen Mindestvorschriften gemäss Art. 22 AUG eingehalten werden. In diesem Zusammenhang ist auf die von Nationalrätin Lisa Mazzone (G, GE) eingereichte parlamentarische Initiative (18.461n Pa.IV. Mazzone. Artikel 116 AUG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren) und die darauf zurückzuführende Petition „Solidarität ist kein Verbrechen!“ zu verweisen, die verlangt, dass Personen, die Hilfe leisten, sich nicht strafbar machen, wenn sie dies aus achtenswerten Gründen tun.

Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung

Die Bundesverfassung und völkerrechtliche Normen verpflichten die Schweiz, Kinder und Jugendliche zu schützen und deren Entwicklung zu fördern, ungeachtet von deren ausländerrechtlichem Status. Deshalb hat der Bundesrat 2012 beschlossen, dass im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung Sans-Papiers-Jugendlichen nicht nur der Zugang zur obligatorischen und nachobligatorischen Schule gewährleistet wird, sondern ihnen auch eine berufliche Grundausbildung ermöglicht werden soll.

Zur Umsetzung der überwiesenen Motion 08.3616 schlug der Bundesrat damals vor, Artikel 30a der Verordnung anzupassen, um jungen Sans-Papiers ihr Recht auf eine berufliche Grundbildung (nachobligatorische Schulbildung) in der Schweiz garantieren zu können. Bereits bei der Einführung der vorliegenden Bestimmungen bemängelte die Plattform zu den Sans-Papiers die Tatsache, dass die Möglichkeit, eine berufliche Grundausbildung zu absolvieren, an die geltende Regelung für Härtefallbewilligungen angeknüpft werden sollte. Um jungen Menschen ohne geregelten Aufenthalt den Zugang zur beruflichen Grundbildung zu garantieren, wie es die Motion Barthassat forderte, braucht es eine bedingungslose und verbindliche Lösung. Das heisst, entweder eine

Regelung innerhalb des Ausländergesetzes, die einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Zeit der beruflichen Grundbildung vorsieht oder eine Ausnahmeregelung, welche die berufliche Grundbildung nicht an eine Arbeitsbewilligung bindet.

Solange Art. 30a VZAE bestehen bleibt, sind wir der Meinung, dass der Bund den kantonalen Behörden verbindliche Weisungen bezüglich der Handhabung, der Auslegung und des Verfahrensprozesses vorlegen muss. Vor allem müssen die zu erfüllenden Kriterien objektiv nachvollziehbar sein und der Verfahrensprozess beschleunigt werden. Der Ermessensspielraum der kantonalen Behörden ist zu gross und die Gesuchsbearbeitungen dauern zu lange, was für viele junge Sans-Papiers und potentielle Berufsbildner*innen abschreckend wirkt oder dazu führt, dass die Jugendlichen ihre in Aussicht gestellte Lehrstelle verlieren. Auch wäre eine Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit durch den Bund und die Kantone über die Möglichkeit und den Wunsch, dass junge Sans-Papiers eine berufliche Grundausbildung abschliessen, dringend notwendig. So könnte die Angst bei allen Betroffenen (Sans-Papiers und Lehrbetrieben) verkleinert werden, ein Gesuch einzureichen. Das Härtefallgesuch für Jugendliche Sans-Papiers sollte ferner unabhängig von der familiären Situation der betroffenen Person überprüft werden, damit diesen jungen Menschen Chancengleichheit zukommt und sie Zugang zur Arbeitswelt erlangen, um ein würdevolles und unabhängiges Leben führen zu können.

Sonderkontingente

Nach der neuesten Studie des Staatssekretariats für Migration leben in der Schweiz um die 76'000 Sans-Papiers und rund die Hälfte davon arbeitet in Privathaushalten. Die Nachfrage nach Arbeitnehmenden im Bereich der Hausarbeit, die traditionellerweise von Frauen und unbezahlt geleistet wurde und wird, steigt zunehmend. Entgegen den Einschätzungen, dass diese Nachfrage von Arbeitskräften aus dem EU/EFTA-Raum bedient werden kann, zeigt sich auch Jahre nach der Öffnung durch die Personenfreizügigkeit, dass nach wie vor ein grosser Teil der bezahlten Hausarbeit unangemeldet und von Arbeiterinnen ohne Aufenthaltsbewilligung verrichtet wird.

Die Sans-Papiers, die diese Arbeit verrichten, leisten viel, sowohl betreffend ihres Aufwandes als auch hinsichtlich des gesellschaftlichen Nutzens. Nur leisten sie dies im Verborgenen. Es ist ein

Spiegelbild dafür, dass die traditionell von Frauen verrichtete, gesellschaftlich unabdingbare Haus- und Care-Arbeit weiterhin verkannt bleibt.

Ein Sonderkontingent wäre eine pragmatische Lösung, um diesen Arbeitssektor endlich zu normalisieren. Die Plattform spricht sich aber nur für eine derartige Massnahme aus, wenn innerhalb der Implementierung eines Sonderkontingentes die Regularisierung der in der Schweiz bereits wohnhaften Sans-Papiers priorisiert wird oder diese Bevölkerungsgruppe zuvor mit einem spezifischen Regularisierungsprogramm eingegliedert werden kann.

Der Bundesrat könnte beispielsweise auf Verordnungsebene den Art. 23 Abs. 3 AIG

dahingehend erweitern, dass in Abweichung von den Absätzen 1 und 2 Personen zugelassen werden, um den Bedarf an Arbeitskräften im Haushalt, im Baugewerbe, in der Gastronomie oder der Landwirtschaft abzudecken.

Stadtausweise (City Cards)

Die prekäre Lebenssituation der Sans-Papiers ist in den einzelnen Kantonen seit Jahren ein Thema. Aus diesem Grund entschlossen sich Städte wie Zürich und Bern auf lokaler Ebene progressive Lösungsansätze zu suchen. Mit einem städtischen Ausweis planen sie die Lebenssituation von Menschen ohne Aufenthaltsrecht auf lokaler/ städtischer Ebene zu verbessern und zu erleichtern. Diese Ausweise sind keine Lösung um den Aufenthalt der Sans-Papiers zu regularisieren. Sie bezwecken vielmehr, allen Stadtbewohner*innen den Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen zu gewähren – unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus. Somit sollen diese Stadtausweise eine Normalisierung des Alltagslebens und eine Verbesserung der Lebenssituation von Sans-Papiers ermöglichen und zu einer Vereinfachung von Abläufen beim Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen beitragen.

Atelier II: Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze

Zugang zu oder Ausschluss aus den Sozialversicherungen – unterschiedliche Szenarien

Laut der letzten Studie des SEM leben bis zur Hälfte der Sans-Papiers über fünf Jahre in der Schweiz, 85% sind erwerbstätig. Somit sind - abzüglich der Minderjährigen - fast alle erwerbstätig. Viele arbeiten in Privathaushalten. Jedoch bezahlen lediglich bei einem Siebtel der Sans-Papiers die Arbeitgeber*innen in die Sozialversicherungen ein. So sind die Sans-Papiers in der Regel weder kranken-, alters- noch arbeitslosenversichert und erhalten keine bezahlten Ferien. Besonders stossend ist der Umstand, dass unterdessen viele in das Alter des Ruhestands getreten sind, ohne dass je Beiträge an die Altersversicherung bezahlt worden sind.

Der Ausschluss aus den Sozialversicherungen würde diese Situation nur noch verschlimmern und dem öffentlichen Interesse am Arbeitnehmer*innenschutz grundsätzlich widersprechen, indem der Ausschluss die Sans-Papiers weiter in die Irregularität drängt und die Schwarzarbeit fördert. Auch würde diese Exklusion den fundamentalen Pfeiler der Sozialversicherungen - dass alle Arbeitnehmer*innen in der Schweiz die Pflicht haben, deren Funktionsfähigkeit durch ihre Sozialbeiträge zu gewährleisten - in Frage stellen. Schliesslich würde eine solche Massnahme auch die Arbeitgeber*innen treffen, die gewillt sind, Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen und Lohndumping zu vermeiden.

Hinzu kommt, dass ein solcher Ausschluss auch dem im Herbst 2014 ratifizierten Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) widersprechen würde. Dieses Übereinkommen für „Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ gilt nach Artikel 2, Punkt 1, unmissverständlich „für alle Hausangestellten“. Es verlangt, dass diese arbeitsrechtlich mit allen anderen Angestellten gleichgestellt werden und ihre Lage punkto Entlohnung, Arbeitszeit, soziale Sicherheit und gesunde Arbeitsbedingungen verbessert und die Angestellten vor Missbrauch, Belästigung und Gewalt geschützt werden.

Datenaustausch

Die Förderung des Datenaustausches führt nicht zu einer kohärenten Gesetzgebung, sondern drängt die Sans-Papiers weiter in die Irregularität. Damit wird nicht die Zahl der Sans-Papiers kleiner, sondern die Zahl der Personen grösser, die keinen Zugang zu in der Verfassung verankerten Grundrechten haben. Ihre Lebenssituation wird noch prekärer. Zudem wird somit vielen Formen der Begleitkriminalität (Menschenhandel, Schwarzarbeit, Ausbeutung, Erpressung) Vorschub geleistet. Der Zugang zur Justiz muss gesichert werden, indem die Polizei, die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte den Schutz vor Straftaten auch bei Sans-Papiers höher gewichten als allfällige Verstöße gegen das Ausländergesetz.

Auch im Schulwesen hätte eine Meldepflicht gravierende Folgen. Das Kindeswohl beinhaltet sowohl das Recht auf Bildung für alle Kinder in der Schweiz – unabhängig von ihrer Nationalität oder ihrem Aufenthaltsstatus – als auch den Vorrang des Kindeswohls bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen. Mit einer Meldepflicht der Schulen würde die Schweiz die Menschenrechte gravierend verletzen und hinnehmen, dass es wieder Kinder in der Schweiz gibt, die nicht eingeschult werden und somit keinen Zugang zu Bildung haben. Aufgrund der Digitalisierung findet der automatische Datenaustausch immer häufiger statt, was dazu führt, dass das Recht auf Bildung der Sans-Papiers-Kinder in Gefahr gerät. Aus diesem Grund müssten ausführende Behörden dahingehend sensibilisiert, geschult und sich der Risiken bewusst sein, wenn sie die Einführung eines Datenaustauschs zwischen den Dienststellen vorschlagen.

Die Plattform möchte in diesem Zusammenhang auf die allgemeinen Grundsätze verweisen. Bei einem Konflikt zwischen Datenaustausch und der Ausübung von Grundrechten, ist klar dem Zugang zu den Grundrechten Vorrang zu gewähren.

Medizinische Grundversorgung und Krankenkassenobligatorium

Der Vorschlag, eine staatliche Parallelmedizin für Sans-Papiers aufzubauen, ist praktisch nicht umsetzbar, da sich Sans-Papiers nicht bei einer staatlichen Gesundheitsstelle melden werden, die mit den Migrationsbehörden in Kontakt steht. Eine Erpressung im Sinne von "Gesundheitsversorgung mit Meldung an die Behörden oder gar keine" steht dem Ziel, die Gesundheitsversorgung allen hier lebendenden Menschen zugänglich zu machen, direkt entgegen. Zudem würden schliesslich die Kantone hohe Kosten für die

medizinische Grundversorgung tragen müssen, wenn Sans-Papiers keine Möglichkeit mehr hätten, eine Krankenkasse abzuschliessen und sich – aufgrund der Gefahr des Datenaustausches – erst bei schweren Komplikationen behandeln lassen würden. Hinzu kommt, dass solche Fälle sowohl für die betroffenen Sans-Papiers-Personen, als auch die öffentliche Gesundheit nicht zumutbare Risiken wären.

Für mehr Informationen

Ada Marra (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP VD) - 076 383 20 69

Mattea Meyer (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP ZH) - 079 101 68 90

Bea Schwager (SPAZ Zürich) – 079 543 45 33

Marianne Halle (CCSI Genève) – 079 272 92 59

Olivia Jost (ALS Basel) – 077 414 11 01