

UNIVERSITE DE LAUSANNE

ECOLE DE DROIT

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES

ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

**Le cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi :
étude de la jurisprudence fédérale et aperçu des
pratiques cantonales**

Mémoire

présenté

par

Akgimshan Rajadurai

sous la direction de

Matthieu Corbaz

Lausanne, le 20 janvier 2020

Table des matières

I. Introduction.....	1
II. Généralités.....	2
A. Bases légales pertinentes.....	2
B. Statistiques.....	5
III. Examen des conditions.....	6
A. Les conditions formelles.....	7
1. Séjour en Suisse depuis au moins cinq ans (let. a).....	7
2. Lieu de séjour connu des autorités (let. b).....	8
B. Les conditions matérielles.....	8
1. Remarques préliminaires.....	8
2. Intégration poussée (let. c) et les critères de l'article 31 al. 1 OASA.....	9
a. L'intégration du requérant (art. 31 al. 1 let. a, d et e OASA).....	10
i. Le respect de la sécurité, de l'ordre public et des valeurs de la Constitution.....	10
ii. Les compétences linguistiques.....	12
iii. La participation à la vie économique, l'acquisition d'une formation et l'intégration sociale.....	12
b. La situation familiale et scolarité (art. 31 al. 1 let. b et c OASA).....	15
c. L'état de santé (art. 31 al. 1 let. f OASA).....	19
d. Les possibilités de réintégration (art. 31 al. 1 let. g OASA).....	20
3. L'absence de motif de révocation au sens de l'article 62 al. 1 LEI (let. d).....	23
C. La pondération des critères.....	24
IV. Aspects procéduraux.....	26
V. Pratiques cantonales : vue d'ensemble.....	30
VI. Perspectives d'avenir et recommandations.....	36
VII. Conclusion.....	39
VIII. Bibliographie.....	40
IX. Annexes.....	44

Tables des abréviations

- **al.** alinéa(s)
- **art.** article(s)
- **ATF** Recueil officiel des arrêts du TF
- **ATAF** Recueil officiel des arrêts du TAF
- **BO** Bulletin officiel
- **CDE** Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant
- **CE** Conseil des Etats
- **CEDH** Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- **cf.** *conferre*
- **ch.** chiffre
- **CN** Conseil National
- **consid.** considérant
- **Cst.** Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse
- **éd.** édition
- **édit.** éditeur(s)
- ***et al.*** *et alii*
- **FF** Feuille fédérale
- **LAsi (AsylG)** Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile
- **LCR** Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière
- **LEI (AuG)** Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration

- **let.** lettre
- **LTF** Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral
- **n.** note(s) marginale(s)
- **OA 1** Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile
- **OASA** Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
- **ODV** Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers
- **OLE** Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers
- *op. cit.* *opere citato*
- **Org DFJP** Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police
- **p.** page
- **Pacte ONU II** Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques
- **pp.** pages
- **RS** Recueil systématique
- **SEM** Secrétariat d'État aux migrations
- **ss** et suivant(e)s
- **TAF** Tribunal administratif fédéral
- **TF** Tribunal fédéral

I. Introduction

La réglementation en matière de cas de rigueur est un ensemble de normes offrant la possibilité aux autorités compétentes de régulariser durablement la présence en Suisse de catégories de personnes bien intégrées au statut particulier. Quel est le mécanisme prévu dans le cadre de la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile¹ et comment est-il mis en œuvre ? Ce travail de mémoire a pour objectif de présenter la réglementation des cas de rigueur en droit d'asile suisse.

Ces règles à la nature exceptionnelle sont soumises à des conditions restrictives dont la concrétisation est souvent discutable. Selon le cercle des destinataires concernés, chacune de ces normes implique des difficultés propres à leur application à un cas d'espèce. Ces possibilités de régularisation symbolisent néanmoins une certaine sensibilité à la situation d'individus qui, nonobstant un séjour (devenu) illégal ou un statut précaire, ont trouvé en Suisse un refuge avec lequel ils ont créé des liens forts. Malgré l'insécurité juridique résultant de leur situation et des motifs de migration variables, une partie de cette population travaille en Suisse², y a fondé une famille et s'est épanouie dans la culture helvétique³. Le renvoi, s'il venait à être exécuté, constituerait alors un déracinement indésirable qu'il est justifié, à notre sens, de combattre. À quelles exigences, notamment en matière d'intégration, est soumis l'octroi d'une autorisation de séjour fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi ? Les aspects procéduraux contribuent-ils à l'effectivité de cette opportunité ? Cette norme est-elle appliquée de manière uniforme par les autorités compétentes ? À travers cette étude, nous désirons apporter des éléments de réponse à ces interrogations.

La première partie introduit brièvement quelques généralités relatives à notre sujet et permet au lecteur de se familiariser avec les bases légales pertinentes et les statistiques se rapportant à l'application des différentes normes en matière de cas de rigueur. La deuxième partie s'attarde sur l'étendue des conditions nécessaires à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'article 14 alinéa 2 LAsi. Les exigences formelles puis matérielles seront examinées notamment sous le regard de la loi, de la pratique administrative et de la jurisprudence fédérale. En raison de la nature jurisprudentielle de notre thématique, cet examen sera ponctué de nombreuses illustrations destinées à étayer nos propos et nos éventuelles critiques. La troisième partie traite des aspects procéduraux liés au cas de rigueur en droit d'asile suisse. Elle consiste essentiellement en la présentation de la répartition des compétences dans le cadre d'une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur entre les autorités cantonales et fédérales. La question centrale de l'absence de qualité de partie lors de la procédure cantonale sera également abordée. La quatrième partie est consacrée aux disparités cantonales en matière d'application de l'article 14 alinéa 2 LAsi. Elle débute par une étude statistique comparative mettant en lumière ces écarts et les potentielles raisons expliquant ceux-ci. Nous nous intéressons par la suite à la pratique de quelques cantons représentatifs de cette problématique déterminante pour notre sujet. Enfin, la cinquième partie relate les critiques de l'état actuel de cette législation et tente d'apporter des solutions appropriées permettant d'y remédier.

1 Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31).

2 ROSWITHA PETRY, La situation juridique des migrants sans statut légal, 2013, p. 11 ss.

3 CLAUDIA DUBACHER, Die Härtefallpraxis in der Ausschaffungspolitik, 2010, p. 38.

II. Généralités

A. Bases légales pertinentes

L'article 14 LAsi consacre en son alinéa premier le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile. En vertu de ce dernier, un requérant d'asile ne peut, à moins qu'il n'y ait droit, engager une procédure dans le but d'obtenir une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers entre le moment du dépôt de sa demande d'asile et celui où il quitte la Suisse en raison d'une décision négative, du retrait de sa demande ou le prononcé d'une mesure de substitution en cas d'inexécutabilité du renvoi⁴. Cette norme est le fruit de la volonté du législateur d'empêcher que le droit des étrangers soit utilisé comme moyen dilatoire à l'aboutissement de la procédure d'asile initialement engagée⁵. L'article 14 prévoit en son sein deux exceptions au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile. La première, consacrée à l'alinéa traité jusqu'ici, prévoit que le demandeur ayant droit à l'octroi d'un permis issu du droit des étrangers n'est pas soumis à la règle de l'exclusivité. Ainsi, le demandeur pouvant par exemple se prévaloir des articles 42 et 43 de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration⁶ ou encore, dans certains cas, de l'article 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷ ne peut pas se voir opposer cette exception⁸.

La seconde règle dérogeant à l'exclusivité de la procédure d'asile découle de l'alinéa 2 de l'article 14 LAsi. En vertu de ce dernier, les autorités cantonales ont la possibilité d'octroyer, sous réserve de l'approbation du Secrétariat d'État aux migrations (ci-après SEM), une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers à toute personne qui lui a été attribué selon les dispositions de la loi et moyennant certaines conditions. Il est important de relever que la lettre de cette norme évoque clairement son caractère potestatif. Partant, contrairement à l'exception prévue au premier alinéa, où la marge de manœuvre des autorités est inexistante étant donné qu'elles sont tenues de contrôler l'existence d'un droit à une autorisation de séjour avant d'examiner une demande ou de statuer sur un renvoi⁹, cette seconde exception accorde aux cantons une grande liberté d'appréciation quant à l'entrée en matière à ce sujet.

L'article 14 alinéa 2 LAsi, à l'instar de l'ensemble de la réglementation en matière de cas de rigueur, est donc une disposition facultative, à savoir que l'intéressé ne dispose pas d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour à ce titre¹⁰. La marge de manœuvre qui découle de cette nature est toutefois encadrée par le droit supérieur¹¹. En particulier, l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité et le principe de la proportionnalité doivent guider les autorités compétentes dans le processus décisionnel, à l'instar du but humanitaire de la norme appliquée¹². En prévoyant une telle latitude de jugement, le législateur a confié aux autorités cantonales la lourde tâche de mettre en balance

4 PETER UEBERSAX, Art. 14, in Code annoté de droit des migrations - Vol. IV, 2015, p. 119 n. 4; VUILLE/SCHENK, L'article 14 alinéa 2 de la loi sur l'asile et la notion d'intégration, in L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse, 2012, p. 112.

5 VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 107 ss.

6 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20).

7 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101) ; ATF 137 I 351 consid. 3.1.

8 UEBERSAX, op. cit., p. 121 ss n. 10 ; CONSTANTIN HRUSCHKA, Art. 14 Verhältnis zum ausländerrechtlichen Verfahren, in Migrationsrecht Kommentar, 2015, p. 481 ss ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 109 ; Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2009, p. 240.

9 UEBERSAX, op. cit., p. 121 ss n. 11.

10 FUCHS/FANKHAUSER, Le droit des cas de rigueur dans le débat politique, 2017, p. 10, <https://odaeromand.ch/wp/wp-content/uploads/2017/11/Haertefall_Version_DEF_F-Ende.pdf> (consulté le 15 novembre 2019).

11 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10 ; UEBERSAX, op. cit., p. 125 n. 21.

12 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

l'intérêt public à mener une politique migratoire restrictive et l'intérêt privé à l'évitement d'une situation de détresse humaine par la poursuite du séjour en Suisse¹³. Dans le titre correspondant, nous serons amenés à conclure que ce rôle est malmené par des opinions politiques divergentes.

L'article 14 alinéa 2 LAsi, introduit par la révision partielle de la Loi sur l'asile du 16 décembre 2005 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, est le résultat de débats parlementaires autour de la réglementation antérieure¹⁴. En effet, le concept du cas de rigueur n'était pas étranger au droit d'asile mais les exigences et la mise en œuvre de celui-ci étaient toutefois différentes¹⁵.

La réglementation relative aux cas de rigueur, dont l'article 14 alinéa 2 LAsi fait partie, permet à des étrangers au statut particulier de régulariser leur situation en remplissant certaines conditions. Les autres dispositions en la matière se trouvent aux articles 30 alinéa 1 let. b, 50 alinéa 1 let. b et 84 alinéa 5 LEI. L'article 14 alinéa 2 LAsi étant spécifique au droit d'asile, il ne concerne que les personnes qui y sont soumises et qui n'ont pas pu obtenir un statut de protection ou ont vu ce dernier être révoqué¹⁶. Il peut s'agir non seulement d'un requérant dont la demande d'asile est encore pendante (devant le SEM ou, en cas de recours, devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF)) ou qui a été déboutée et dont le renvoi n'a pas encore été exécuté, mais aussi dans le cas d'une admission provisoire levée¹⁷.

En raison des difficultés propres au statut de requérant d'asile débouté, il y a lieu d'y accorder une attention particulière. En effet, à l'expiration du délai de départ fixé en vertu des articles 44 et 45 LAsi, le requérant d'asile débouté n'est plus autorisé à demeurer sur le territoire helvétique et son éventuel autorisation d'exercer une activité lucrative s'éteint conformément à l'article 43 alinéa 2 LAsi¹⁸. Selon l'article 82 alinéa 1 LAsi, la décision de renvoi exécutoire a pour effet d'exclure l'intéressé de l'aide sociale, de sorte qu'il ne subsiste plus que la possibilité de recourir à l'aide d'urgence¹⁹. Il découle de ces normes un statut particulièrement précaire qui, opposé aux exigences actuelles de la réglementation, conduit à établir un pronostic de départ défavorable à la reconnaissance d'un cas de rigueur.

Bien que l'article 31 de l'Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative²⁰, dont il sera question ci-dessous, fait référence à tous ces articles, chacun d'entre eux se distingue de par leur champ d'application, leurs exigences et leur procédure respectives²¹. L'article 30 alinéa 1 let. b LEI concerne les cas d'extrême gravité et constitue une dérogation aux conditions d'admission ordinaire prévues dans la LEI. Les principaux intéressés sont les étrangers qui ne sont pas soumis au régime de l'asile et qui séjournent en Suisse sans statut légal

13 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 11.

14 BO 2005 CE 340 ss, en particulier l'intervention de la présidente de la commission Heberlein sur la nécessité de trouver une solution appropriée pour des personnes dont le retour n'est pas envisageable pour des motifs indépendants de leur faute ; BO 2005 CN 1163 ss, en particulier les interventions de Ruey et Menétrey-Savary favorables à l'adhésion de la proposition du CE et y ajoutant la nécessité d'élargir le cercle des destinataires aux requérants d'asile déboutés ; ATAF 2009/40 consid. 3.1 ; UEBERSAX, op. cit., p. 117 ss n. 2.1.1 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 111 ; Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), op. cit., p. 240 ss ; YANN GOLAY, La nouvelle réglementation sur les cas de rigueur, Asyl 3/07 p. 3.

15 Pour un aperçu détaillé de la réglementation antérieure, voir UEBERSAX, op. cit., p. 117 ss n. 2.1.1 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 105 ss ; Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), op. cit., 2009, p. 241.

16 GORDZIELIK/FREHNER, Réglementation des cas de rigueur, in Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2^e éd. 2016, p. 426 ; UEBERSAX, op. cit., p. 124 n. 19.

17 ATAF 2009/40 consid. 4.2.2 ; HRUSCHKA, op. cit., p. 484 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 115.

18 ADRIANA ROMER, Statut juridique des personnes relevant du domaine de l'asile dans certains domaines choisis, in Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2^e éd. 2016, p. 391 ss et 393.

19 En vertu de l'article 83a LAsi, le requérant doit toutefois collaborer à l'exécution de la décision de renvoi pour pouvoir en bénéficier.

20 Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201).

21 UEBERSAX, op. cit., p. 125 n. 19.

depuis leur arrivée et ceux qui ont vu leur autorisation relevant du droit des étrangers prendre fin²². L'article 50 alinéa 1 let. b LEI, quant à lui, intervient dans le cadre de la dissolution de la famille pour les personnes ayant bénéficié des articles 42 et 43 LEI et permet la prolongation d'une autorisation de séjour en cas de raisons personnelles majeures²³. Enfin, l'article 84 alinéa 5 LEI traite du cas de rigueur spécifiquement sous l'angle de l'admission provisoire.

Malgré un champ d'application personnel distinct, l'article 30 alinéa 1 let. b LEI et l'article 14 alinéa 2 LAsi entretiennent un rapport particulier²⁴. À l'instar du premier, le second alinéa de l'article 14 LAsi fait référence, nonobstant un texte différent, à une acception similaire de la notion de cas de rigueur, confirmée par la jurisprudence du TAF²⁵. En dépit de cela, l'article 14 alinéa 2 LAsi pose des conditions formelles strictes qui contribuent à agrandir le fossé entre l'étranger soumis au régime de l'asile et sa potentielle régularisation. Cette différence de traitement résultant de la disposition précitée n'apparaît pas comme étant justifiée.

L'article 31 OASA liste les critères à prendre en considération lors de l'appréciation des cas individuels d'extrême gravité. Il est nécessaire de rappeler que l'expression « notamment » de l'alinéa premier indique que la prise en compte d'autres facteurs n'est pas exclue. Cette liste, vu son caractère exemplatif, pourrait tendre à créer une incertitude sur sa mise en œuvre. Cette inquiétude a partiellement été résolue par les directives édictées par le SEM²⁶ précisant les formulations générales de l'article 31 alinéa 1 OASA. En vertu de l'article 12 alinéa 2 let. d de l'Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police²⁷ notamment, le SEM exerce une fonction de surveillance sur la mise en œuvre de la législation fédérale par les cantons. Les directives LEI découlant du cadre de cette tâche, elles sont contraignantes pour les cantons²⁸.

En réponse à une interpellation à ce sujet²⁹, le Conseil fédéral avait assuré, dans son avis du 16 février 2011, que les directives LEI offraient aux autorités cantonales des consignes claires pour l'appréciation des critères en cause. Toutefois, et c'est une habitude redondante lorsqu'il est question des cas de rigueur, celui-ci rappelle l'autonomie des cantons sur ce point et l'absence d'un droit à une telle autorisation³⁰. Il ressort de ces éléments que l'article 31 alinéa 1 OASA se situe à la frontière nécessaire entre clarté et confusion et, dans la mesure où il constitue une disposition centrale de la réglementation en matière de cas de rigueur, l'étude de sa portée s'avère impérieuse.

22 VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 115 ss.

23 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 6, le mécanisme de l'article 50 LEI se distingue des autres normes en la matière sur deux points, à savoir l'existence d'un droit pour l'intéressé et le fait qu'il est question de la prolongation d'une autorisation de séjour et non l'octroi de celle-ci pour la première fois ; MARTINA CARONI, Art. 50, in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), 2010, p. 478 n. 22.

24 UEBERSAX, op. cit., p. 125 n. 19.

25 ATAF 2009/40 consid. 5 ss ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 113.

26 Secrétariat d'État aux migrations (SEM), des directives et commentaires concernant le domaine des étrangers, ch. 5.6.10 ss (Directives LEI; état : 1^{er} novembre 2019 ;

<<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich.html>>) ; PETRY, op. cit., p. 293.

27 Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1).

28 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 14.

29 Interpellation Schenker, BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731.

30 Conseil fédéral, Avis du 16 février 2011 en réponse à l'interpellation Schenker (BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731), 2011, <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20104114>> (consulté le 14 janvier 2020).

B. Statistiques

Les données les plus récentes et complètes disponibles en matière de cas de rigueur concernent l'année 2018. En effet, le SEM n'a pas encore, au moment de la rédaction de ce travail de mémoire, publié les statistiques concernant l'année en cours. Dans son rapport annuel sur la migration³¹, le SEM relève que 124 requérants d'asile ont obtenu une autorisation de séjour sur la base de l'article 14 alinéa 2 LAsi. À titre comparatif, 716 personnes sans autorisation de séjour et 1949 personnes admises provisoirement ont pu bénéficier de l'article 30 alinéa 1 let. b et 84 alinéa 5 LEI respectivement³². Nous remarquons d'emblée une différence notable sous l'angle du nombre d'admissions entre les principales dispositions de la réglementation en matière de cas de rigueur. Toutefois, cet écart est particulièrement frappant lorsque l'on procède à une comparaison dans le temps (cf. annexe 1).

Ce tableau, inspiré par celui publié par le Conseil fédéral au sujet des années 2009 à 2013³³, a pour objectif de mettre en évidence l'évolution dans le temps de l'application de la réglementation des cas de rigueur. Nous notons une constante augmentation de l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'article 30 alinéa 1 let. b LEI tandis qu'il est fait de moins en moins usage de l'article 14 alinéa 2 LAsi au cours des années. Cette tendance, déjà relevée pour les données des années 2009 à 2013³⁴, n'a fait que s'accroître jusqu'en 2018. Les données « nouvelles demandes », disponibles pour l'article 14 alinéa 2 LAsi et l'article 30 alinéa 1 let. b LEI jusqu'à l'année 2013³⁵, explicitent ce phénomène. Durant l'année 2008, le nombre total de nouvelles demandes relatives à l'article 14 alinéa 2 LAsi s'élevait à 1026 alors qu'en 2013, celui-ci s'est réduit au nombre de 195 demandes³⁶. Cette baisse drastique trouve sans aucun doute une partie de son origine dans une adaptation forcée des pratiques cantonales à l'interprétation généralement plus restrictive du SEM en la matière³⁷. En revanche, les nouvelles demandes relatives à l'article 30 alinéa 1 let. b LEI ont connu une évolution statistique inverse, celles-ci ayant pratiquement doublé entre les années 2009 et 2013.

Une autre explication plausible de cette différence pourrait résulter des conditions formelles de l'article 14 alinéa 2 LAsi, absentes de la lettre de l'article 30 alinéa 1 let. b LEI. Par exemple, nous relevons en 2014 le nombre d'admissions le moins élevé depuis l'introduction de l'article 14 alinéa 2 LAsi. Or, cette année coïncide avec l'entrée en vigueur de la let. d de l'alinéa 2 en vertu de laquelle une nouvelle condition s'est ajoutée à celles existantes, l'absence de motif de révocation au sens de l'article 62 alinéa 1 LEI. Sans pouvoir établir avec certitude une corrélation directe entre ces deux

31 Secrétariat d'État aux migrations, Rapport sur la migration 2018, 2019, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/berichte/migration/migrationsbericht-2018-f.pdf>> (consulté le 12 novembre 2019).

32 Secrétariat d'État aux migrations, Cas de rigueur, <<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/haertefaelle.html>> (consulté le 12 novembre 2019).

33 Conseil fédéral, Rapport du 24 septembre 2013 en réponse au postulat du groupe libéral-radical, ch. 4.3 (2014 ; <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133771/Bericht%20BR%20F.pdf>>).

34 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 426.

35 Interrogé à ce sujet, le SEM nous a confirmé que de telles données n'étaient plus recensées dès l'année 2014. L'obtention de ces chiffres, moyennant un émolument, aurait présenté un intérêt certain pour cette étude mais les contraintes temporelles relatives à cette dernière et le temps que nécessiterait la récolte de ces informations par le SEM ne nous auraient pas permis d'inclure ces données dans ce travail.

36 Secrétariat d'État aux migrations, Cas de rigueur, <<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/haertefaelle.html>> (consulté le 14 janvier 2020).

37 EFIONAYI-MÄDER ET AL., Leben als Sans-Papiers in der Schweiz: Entwicklungen 2000-2010, 2010, p. 47, <https://www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/materialien/mat_sanspap_d.pdf> (consulté le 14 janvier 2020).

éléments, l'addition d'une exigence supplémentaire aurait pu réduire le nombre de cas entrant dans le nouveau champ d'application de la norme en question. Il semble toutefois injustifié de soumettre des personnes relevant du régime de l'asile à un traitement différent de ceux relevant du droit des étrangers. Si le premier se voit délivrer un permis N dès le dépôt de sa demande d'asile³⁸, le second séjourne en Suisse sans titre de séjour valable³⁹. Aucune raison majeure imposerait à première vue un traitement préférentiel de ces derniers par rapport à des requérants d'asile qui ont, au moins temporairement, séjourné légalement sur le territoire helvétique. Une condition temporelle rigide à l'image de l'article 14 alinéa 2 let. a LAsi est donc discutable.

Nous pouvons constater que les données relatives aux admissions en vertu de l'article 84 alinéa 5 LEI sont stables dans l'ensemble, ce qui représente un point positif pour l'ensemble de la réglementation en matière de cas de rigueur. Cette disparité résulte essentiellement du fait que, en raison de leur statut légal, les personnes admises provisoirement disposent de la possibilité de s'épanouir et de s'intégrer à la vie sociale et professionnelle en Suisse. En effet, qu'ils soient reconnus réfugiés ou simplement au bénéfice d'un livret F, l'intégration de ces derniers est facilitée par des bases légales imposant aux autorités fédérales et cantonales la prise de mesures adéquates⁴⁰. Ces efforts contribuent sans doute à remplir les exigences en matière d'intégration communes à la réglementation des cas de rigueur. Un tel constat n'est toutefois pas transposable au cercle des personnes visées par l'article 14 alinéa 2 LAsi qui, en considération de leur situation, notamment lorsqu'il s'agit de requérants déboutés, ne bénéficient pas de tels avantages⁴¹.

Dans le titre suivant, il sera donc question d'examiner les conditions auxquelles sont soumises une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi et les remarques qu'elles impliquent. Les pratiques cantonales en la matière étant largement informelles, l'analyse à laquelle nous allons procéder aura pour objet principal la jurisprudence du TAF.

III. Examen des conditions

L'article 14 alinéa 2 LAsi est soumis à plusieurs conditions de natures différentes. Nous distinguons essentiellement les conditions formelles des conditions matérielles. La durée de séjour en Suisse de cinq ans au moins (let. a) et la connaissance par les autorités du lieu de séjour (let. b) constituent la première catégorie tandis que la question de l'intégration (let. c) appartient à la seconde. Enfin, la let. d instaure une condition négative relative aux motifs de révocation prévus dans la LEI.

Il est nécessaire de préciser à nouveau qu'il n'existe aucun droit à l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'article précité, cela même si toutes les conditions sont remplies⁴². Les autorités compétentes, qu'elles soient cantonales ou fédérales, disposent d'une grande liberté d'appréciation sur ce point. Toutefois, elles sont tenues d'exercer ce pouvoir avec diligence et dans le respect des droits constitutionnels des personnes concernées⁴³. Cependant, la régularisation du statut est intimement liée à l'accès aux droits fondamentaux dans la mesure où seule celle-ci permet aux principaux intéressés de se prévaloir pleinement de ces droits⁴⁴.

L'article 31 OASA, quant à lui, indique que, lors de l'appréciation d'un cas de rigueur par les autorités, il doit notamment être tenu compte de l'intégration du requérant (let. a), de la situation

38 Art. 71a al. 1 let. b OASA notamment.

39 Nous faisons ici référence uniquement aux sans-papiers, à savoir une partie des personnes concernées par l'art. 30 al. 1 let. b LEI. En effet, ces dernières pourraient déposer une demande de reconnaissance d'un cas d'extrême gravité avant l'écoulement d'une durée de présence spécifique. Les chances de succès sont toutefois minces si le séjour est particulièrement court.

40 ROMER, op. cit., p. 384 et p. 388.

41 ROMER, op. cit., p. 368 et 395.

42 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

43 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10 ; UEBERSAX, op. cit., p. 125 n. 21.

44 PETRY, op. cit., p. 289.

familiale (let. b), de la période de scolarisation (let. c), de la situation financière (let. d)⁴⁵, de la durée de présence en Suisse (let. e)⁴⁶, de l'état de santé (let. f) et des possibilités de réintégration dans le pays de provenance (let. g). Ces critères, non exhaustifs, n'ont pas à être cumulativement réalisés⁴⁷.

De plus, additionnellement au fait de remplir les différents critères, il doit ressortir du cas d'espèce que la personne concernée a noué des liens particuliers et étroits avec la Suisse. Une rupture de ces derniers et un retour dans l'État de provenance impliqueraient alors une situation de rigueur grave pour celle-ci, justifiant une dérogation aux règles légales ordinaires⁴⁸. Dans ce contexte, la détresse humaine se manifeste lorsque, en raison de son intégration poussée, le retour signifie des conséquences personnelles graves pour l'intéressé par rapport à la moyenne des étrangers en situation comparable⁴⁹. Les directives du SEM, notamment le ch. 5.6.10 et suivant des directives LEI précitées, apportent des précisions bienvenues aux notions juridiques indéterminées contenues dans l'article 31 alinéa 1 OASA. Il faut toutefois relever que chaque examen d'un cas de rigueur doit être conduit au regard de l'ensemble des circonstances et que tout schématisme ou toutes prescriptions minimales sont exclus⁵⁰.

A. Les conditions formelles

1. Séjour en Suisse depuis au moins cinq ans (let. a)

Cette première condition formelle impose au requérant d'asile un séjour d'une durée d'au moins cinq ans, délai qui court dès le dépôt de sa demande d'asile. Si cette exigence temporelle n'est pas remplie, le SEM et le canton n'entreront pas en matière sur la demande fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi⁵¹. Comme relevé auparavant⁵², cette modalité constitue une inégalité de traitement notamment au regard des personnes concernées par l'article 30 alinéa 1 let. b LEI, qui se caractérise par l'absence d'une telle condition⁵³.

Si l'article 14 alinéa 2 LAsi pose comme premier rempart à l'autorisation de séjour une durée de cinq ans, un long séjour ne permet pas, à lui seul, d'accéder au statut de cas de rigueur. Toutefois, le Tribunal fédéral a laissé entendre que, en cas de longue présence en Suisse d'un étranger bien intégré sur le plan socio-professionnel et au comportement exemplaire (à partir de dix ans et sans que la durée résulte de démarches dilatoires), les attentes relatives aux autres critères à prendre en

45 Cette condition est généralement examinée par le TAF à la suite ou dans le cadre de l'intégration professionnelle.

46 Les principes concernant la durée de présence en Suisse sont généralement mentionnés en premier lieu dans un arrêt du TAF. Par la suite, cet élément est examiné dans le cadre des autres conditions.

47 ATAF 2009/40 consid. 6.2 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 114.

48 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 5 et 7.

49 ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATF 128 II 200 consid. 4 ; ATF 124 II 110 consid. 2 ; ATAF 2009/40 consid. 6.2 ; ch. 5.6 Directives LEI ; Secrétariat d'État aux migrations, des directives sur le domaine de l'asile, ch. 6.1.3.2

(<[https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/asylgesetz/rechtliche_stellung.html)

[kreisschreiben/asylgesetz/rechtliche_stellung.html](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/asylgesetz/rechtliche_stellung.html)>; état : 1^{er} juillet 2019 ; ci-après : Directives LAsi) ;

GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 431 ; UEBERSAX, op. cit., p. 127 ss n. 26 ; PETRY, op. cit., p. 293 ;

FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 7 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 114 ; DUBACHER/REUSSER, Familien im

Härtefallverfahren, 2010, p. 2, <[http://www.sans-](http://www.sans-papiers.ch/fileadmin/redaktion/Hintergrund/7Haerterfallbericht_D_def_xp.pdf)

[papiers.ch/fileadmin/redaktion/Hintergrund/7Haerterfallbericht_D_def_xp.pdf](http://www.sans-papiers.ch/fileadmin/redaktion/Hintergrund/7Haerterfallbericht_D_def_xp.pdf)> (consulté le 12 décembre 2019).

50 ATAF 2009/40 consid. 5 ss ; ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATF 128 II 200 consid. 4 ; ch. 5.6 Directives LEI ;

UEBERSAX, op. cit., p. 126 ss n. 25 ; GOLAY, op. cit., p. 3,5 ; THOMAS BAUR, Die Härtefallregelung im Asylbereich,

2009, p. 12, <[https://www.fluechtlingshilfe.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/die-haerterfallregelung-im-](https://www.fluechtlingshilfe.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/die-haerterfallregelung-im-asylbereich.pdf)

[asylbereich.pdf](https://www.fluechtlingshilfe.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/die-haerterfallregelung-im-asylbereich.pdf)> (consulté le 14 novembre 2019).

51 VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 117.

52 Cf. *supra*, p. 5 ss.

53 UEBERSAX, op. cit., p. 126 n. 23 ; GOLAY, op. cit., p. 3,6 ; Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), op. cit., p. 247.

compte peuvent être moins exigeantes qu'en présence d'un court séjour en Suisse⁵⁴. Partant, la condition de l'article 14 alinéa 2 let. a LAsi vacille entre inégalité et présomption favorable⁵⁵. Nous précisons qu'une interruption du séjour dans les circonstances prévues à l'article 9 de l'Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers⁵⁶ ne devrait en principe pas interrompre la computation du délai de cinq ans⁵⁷. Les années qui précèdent immédiatement la demande de reconnaissance d'un cas de rigueur sont déterminantes pour la condition posée à l'article 14 alinéa 2 let. a LAsi⁵⁸.

2. Lieu de séjour connu des autorités (let. b)

Selon cette condition, le lieu de séjour de la personne concernée doit toujours avoir été connu des autorités. La ratio legis de cette norme, à lire conjointement avec l'exigence formelle précédente, représente la volonté du législateur d'empêcher que la personne visée, notamment le requérant d'asile débouté, se soustraie au contrôle des autorités de police des étrangers et entre dans la clandestinité dans le dessein de réapparaître lorsque les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi sont remplies. À l'instar de la condition de durée, le SEM et le canton ne disposent pas de marge de manœuvre au sujet de cette norme et cette dernière n'est pas sujette à une interprétation s'écartant de sa lettre⁵⁹. Ainsi, le lieu de séjour doit avoir été connu des autorités sans interruption et ce motif seul peut justifier le refus d'une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur⁶⁰. Cependant, le TAF a tout de même brièvement examiné, notamment dans un arrêt précité, la question de l'intégration du recourant résultant de la let. c de l'article 14 alinéa 2 LAsi nonobstant le fait que ce dernier s'était soustrait aux autorités et ainsi réaliser l'exigence de l'examen de l'ensemble des circonstances⁶¹.

B. Les conditions matérielles

1. Remarques préliminaires

À l'image de la différence de traitement qui a été relevée s'agissant des admis provisoirement en matière de facilitation à l'intégration⁶², le cercle des personnes concernées par l'article 14 alinéa 2 LAsi, essentiellement des requérants d'asile déboutés, est confronté à une situation qui n'est pas assimilable aux autres étrangers et qui, selon le Tribunal fédéral, justifie d'être prise en compte. Souvent, le requérant d'asile est forcé de couper abruptement les liens qu'il entretenait avec son pays de provenance et d'évoluer dans un milieu social étranger à celui auquel il était habitué jusqu'à présent, rendant l'intégration dans ce dernier plus difficile. Ce constat n'est valable que pour une procédure d'asile vraisemblablement légitime (indépendamment de l'issue de la demande d'asile) et exclu les requêtes dilatoires ou manifestement infondées⁶³.

54 ATF 124 II 110 consid. 3.

55 ATF 124 II 110 consid. 3 ; GOLAY, op. cit., p. 3,6 ; UEBERSAX, op. cit., p. 129 n. 29 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 123.

56 Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV ; RS 143.5).

57 HRUSCHKA, op. cit., p. 482.

58 Arrêt du TAF C-7265/2007 du 24 mars 2010 consid. 4, le TAF admet l'accomplissement de cette condition dans le cas d'un requérant qui avait disparu plusieurs mois après le rejet de sa première demande d'asile et qui séjournait en Suisse depuis plus de cinq ans à compter du dépôt de sa seconde demande d'asile ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 117.

59 Arrêts du TAF C-4120/2008 du 23 décembre 2009 consid. 7 ; C-530/2010 consid. 4 ; F-2994/2017 consid. 5.3.

60 UEBERSAX, op. cit., p. 126 n. 23 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 118.

61 ATAF 2009/40 consid. 5 ss ; ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATF 128 II 200 consid. 4 ; Arrêt du TAF C-4120/2008 du 23 décembre 2009 consid. 7.4 ss ; GOLAY, op. cit., p. 3,6 ss.

62 Cf. *supra*, p. 6.

63 ATF 123 II 125 consid. 3 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 118 ss ; UEBERSAX, op. cit., p. 128 n. 27 ; Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (éd.), op. cit., p. 244 ss ; GOLAY, op. cit., p. 3,4.

Dans la mesure où il a été établi que la notion de cas de rigueur se trouvant à l'article 30 alinéa 1 let. b LEI ne s'écarte pas de celle prévue à l'article 14 alinéa 2 LAsi, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence concernant la première dans l'analyse de la seconde⁶⁴. De plus, le TAF, compétent depuis 2007 pour connaître des recours contre les décisions du SEM en la matière, a repris pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral basée sur l'ancien droit, notamment l'ancien article 13 let. f de l'Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers⁶⁵, de sorte que cette dernière doit aussi être considérée⁶⁶.

Les exigences matérielles dans la réglementation en matière de cas de rigueur pourrait se résumer à une seule et unique notion, l'intégration. La complexité et la portée interdisciplinaire de ce terme nécessitent des explications, en particulier lorsqu'il est inséré dans le contexte du droit d'asile. Tout d'abord, les critères d'intégration, à l'instar de ceux dont il sera question dans ce titre, peuvent être de nature à créer des discriminations dans le traitement des différentes personnes concernées⁶⁷. Un tel constat a pu être illustré précédemment⁶⁸. Ensuite, le fédéralisme suisse affecte sa politique d'intégration étant donné que la mise en œuvre des législations fédérales doit être menée par les cantons⁶⁹. Dans notre problématique, il en résulte une tension constante entre la législation fédérale, dont les cantons ne peuvent formellement se distancer⁷⁰, et la lecture qu'ils font des critères posés par la première. Enfin, l'intégration est une notion juridique évolutive⁷¹ qui n'acquiert un sens qu'au regard des circonstances d'un cas d'espèce. S'il est possible d'isoler des généralités des pratiques jurisprudentielles en la matière⁷², il est toutefois illusoire de garantir la prévisibilité de l'issue d'un examen qui se doit de tenir compte de la situation dans son ensemble.

Ce n'est qu'en observant la jurisprudence du TAF qu'il est possible de se rendre compte de l'étendue des exigences en matière d'intégration. Si les directives du SEM apportent des explications sur le contenu des notions juridiques indéterminées, la pondération qui en est faite, en revanche, relève des autorités amenées à examiner les cas de rigueur qui leur sont soumis, à savoir le SEM lorsqu'un canton, en application de l'article 14 alinéa 3 LAsi, lui transmet un dossier avec préavis favorable et le TAF dans le cadre d'un recours contre une décision négative du premier.

2. Intégration poussée (let. c) et les critères de l'article 31 al. 1 OASA

L'article 31 alinéa 1 OASA est applicable à l'article 14 alinéa 2 LAsi en vertu de son intitulé. Le premier critère à prendre en compte découle de l'article 58a alinéa 1 LEI⁷³. Ce dernier, situé dans une section intitulée « exigences en matière d'intégration » de la LEI, présente à son tour une liste d'éléments à prendre en compte pour l'évaluation de l'intégration du requérant. Ainsi, le respect de la sécurité et de l'ordre publics (let. a), le respect des valeurs de la Constitution (let. b), les compétences linguistiques (let. c) et la participation à la vie économique ou l'acquisition d'une formation (let. d) doivent être considérés. Chacun de ces éléments est précisé par les articles 77a, 77c, 77d et 77e OASA respectivement. D'emblée, il ressort de cette liste que certains de ces facteurs

64 ATAF 2009/40 consid. 5 ss ; UEBERSAX, op. cit., p. 126 ss n. 25 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 431.

65 Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE ; RO 1986 1761).

66 UEBERSAX, op. cit., p. 126 n. 24 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 431.

67 CESLA AMARELLE, De quelques aspects introductifs en matière d'intégration, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse*, 2012, p. 9 ; THOMAS FACCHINETTI, La notion d'intégration dans le droit suisse des migrations et dans les réformes en cours, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse*, 2012, p. 71.

68 Cf. *supra*, p. 5 ss.

69 AMARELLE, op. cit., p. 14.

70 GOLAY, op. cit., p. 3,5.

71 AMARELLE, op. cit., p. 14 ss.

72 VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 120 ss ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 14 ss ; PETRY, op. cit., p. 295 ss ; UEBERSAX, op. cit., p. 126 ss.

73 Pour un aperçu détaillé du contenu de l'article 58a LEI, voir Message du 8 mars 2013 relatif à la modification du droit des étrangers, FF 2013 2160 ss.

se recourent largement avec ceux prévus à l'article 31 alinéa 1 OASA. L'analyse qui va suivre se focalisera donc sur la thématique abordée, indifféremment de la norme concernée.

a. L'intégration du requérant (art. 31 al. 1 let. a, d et e OASA)

Il est question ici de l'intégration sociale, professionnelle et économique de la personne concernée, dont on doit déduire un enracinement auquel il n'est pas justifié de porter atteinte⁷⁴. Malheureusement, tout au long de ce titre, nous sommes forcés de constater qu'un séjour illégal, contrairement au souhait initial de la doctrine lors de l'introduction de l'article 14 alinéa 2 LAsi en 2007⁷⁵, contrebalancera souvent des efforts d'intégration considérables ou conduira à les amenuiser⁷⁶. Ce constat est étayé par la jurisprudence du TAF de manière systématique lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision négative du SEM. En effet, en raison de la systématique de l'article 14 alinéa 2 LAsi et la teneur de l'article 31 alinéa 1 let. e OASA, le Tribunal s'attarde premièrement sur la condition temporelle de ce dernier. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁷, le TAF précise qu'un long séjour en Suisse ne constitue pas, à lui seul, un élément suffisamment déterminant pour admettre l'existence d'un cas de rigueur. À plus forte raison, si le long séjour résulte d'une simple tolérance cantonale à l'égard de la personne concernée, fait presque inhérent au cercle des destinataires de l'article 14 alinéa 2 LAsi, celui-ci doit être pris en compte de manière restreinte⁷⁸. De plus, si le long séjour est le résultat d'un défaut de collaboration de la part du recourant ou de l'utilisation abusive de procédures dilatoires, il n'y a pas lieu d'en tirer un argument décisif⁷⁹. Par ailleurs, évoquer le laxisme cantonal relatif à l'exécution du renvoi de la personne concernée pour légitimer un séjour d'une longue durée relève de la témérité et déforme souvent la réalité dans la mesure où il est reprochable au recourant de ne pas avoir respecté les injonctions cantonales⁸⁰. Il faut réserver les situations où la négligence des autorités cantonales est effectivement imputable à celles-ci et en tenir compte de manière appropriée⁸¹. Aussi, il est évident qu'un séjour illégal n'aura pas la même influence sur l'appréciation globale du cas d'espèce qu'un séjour légal⁸². Enfin, la durée du séjour devrait être appréciée de manière différente lorsqu'on se trouve en présence d'enfants⁸³, élément qui sera examiné dans la section consacrée à la situation familiale et la scolarisation des enfants⁸⁴.

i. Le respect de la sécurité, de l'ordre public et des valeurs de la Constitution

Selon les directives du SEM⁸⁵, le requérant doit jouir d'une bonne réputation et ne pas avoir intenté, de manière grave ou répétée, à l'ordre public, cela depuis son arrivée en Suisse. La production notamment d'un extrait du casier judiciaire permet d'établir le respect de cette condition et les condamnations pénales sérieuses ou régulières ainsi que les violations d'obligations de droit privé ou public sont de nature à exclure l'accomplissement de cette exigence⁸⁶. L'article 77a OASA offre

74 PÉTRY, op. cit., p. 293.

75 GOLAY, op. cit., p. 3,6 ss.

76 PÉTRY, op. cit., p. 297 ss ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 23 ss.

77 ATF 124 II 110 consid. 3.

78 Arrêts du TAF F-2679/2016 du 24 mars 2017 consid. 6.2.1 ; C-4012/2012 consid. 6.1 ; C-5313/2011 consid. 6.2.

79 Arrêts du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 7.1.2 ; F-2888/2017 consid. 5.4 ; C-6601/2009 consid. 6.1 ss ; PÉTRY, op. cit., p. 294.

80 Arrêts du TAF F-2994/2017 du 27 décembre 2018 consid. 5.3 ; C-6601/2009 consid. 6.2.

81 ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATF 124 II 110 consid. 3 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 24 ; GOLAY, op. cit., p. 3,6 ss.

82 ATF 130 II 39 consid. 3, un séjour illégal ne saurait constituer un cas de rigueur à lui seul dans la mesure où cela reviendrait à récompenser la violation de la législation.

83 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 434 ss ; GOLAY, op. cit., p. 3,6 ss.

84 Cf. *infra*, p. 15 ss.

85 Ch. 5.6.10.1 Directives LEI ; voir ch. 3.3.1.1 Directives LEI pour des précisions sur les notions de sécurité public et d'ordre publics.

86 UEBERSAX, op. cit., p. 129 n. 30 ; PÉTRY, op. cit., p. 293.

une liste exemplative de situations dans lesquelles il y a non-respect de la sécurité et de l'ordre publics. Concrètement, ce critère est complété par l'article 14 alinéa 2 let. d LAsi qui fait référence aux motifs de révocation de l'article 62 alinéa 1 LEI et qui sera traité dans une section ultérieure⁸⁷. S'agissant des valeurs constitutionnelles, le chiffre 3.3.1.2 des directives LEI mentionne notamment l'atteinte au principe de l'État de droit et la violation des droits fondamentaux ou obligations découlant de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse⁸⁸. Nous relèverons que la violation de la sécurité et de l'ordre publics coïncidera souvent avec le non-respect de ces principes, de sorte que ces deux dispositions sont largement complémentaires.

S'agissant de ce critère, la jurisprudence du TAF se montre, à première vue, compréhensive lorsqu'il est question d'infractions de faible gravité. Il en va ainsi par exemple d'incivilités commises à l'égard du personnel de l'Établissement vaudois d'accueil des migrants⁸⁹ ou de la possession de marijuana pour consommation personnelle⁹⁰. Nous relèverons toutefois que, nonobstant le peu de gravité que représentent les comportements des recourants, ceux-ci ont tout de même été mentionnés dans les arrêts précités et pris en compte dans l'appréciation globale du cas d'espèce. À titre d'exemple, une amende de cinquante francs relative à l'utilisation d'un sac poubelle non officiel a été évoquée par le Tribunal⁹¹. Même dans des situations plus discutables, comme celle d'un recourant condamné pour vol et pour violation grave de la Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière⁹² et qui a déposé une première demande d'asile sous une fausse identité⁹³, le TAF précise que, sans toutefois en faire abstraction, il n'y a pas lieu d'exagérer l'importance d'infractions « relativement anciennes et de peu de gravité »⁹⁴. Il demeure toutefois que, dans un tel cas d'espèce, ces éléments pèsent lourdement sur les possibilités de régularisation⁹⁵. Le fait de n'avoir jamais eu à passer devant le juge pour l'infraction considérée ou de s'être acquitté de l'amende s'y rapportant n'est par ailleurs d'aucun secours. Un requérant d'asile qui a fait l'objet d'une décision négative définitive et qui n'a pas donné suite à son obligation de départ de la Suisse, par exemple en ne collaborant pas à l'obtention des documents de voyage⁹⁶, se trouve inévitablement dans une situation contraire à l'ordre juridique. Il en va de même si le délai de départ n'est volontairement pas respecté dans la mesure où il est connu des intéressés qu'une expulsion forcée ne sera pas possible⁹⁷. Lorsque le comportement reproché est imputable qu'à un membre de la famille, celui-ci aura un impact négatif sur l'examen de la situation de l'unité familiale⁹⁸.

De plus, en vertu de l'article 31 alinéa 2 OASA, le requérant doit justifier de son identité. Le SEM, dans ses directives, estime que cette condition est remplie lorsque l'étranger en apporte la preuve au moyen de documents apportant des indications concernant son identité (permis de conduire, pièce d'identité, document de voyage, etc.) ou que cette dernière n'a pas été mise en cause dans le cadre des propos tenus à ce sujet durant la procédure d'asile le concernant⁹⁹. Ce second moyen, constituant une facilitation du fardeau de la preuve, reflète les difficultés que pourrait avoir un requérant d'asile à obtenir des documents officiels de la part de son État d'origine selon les raisons qui l'ont poussé à le quitter¹⁰⁰. Dans le contexte de notre thématique¹⁰⁰, le TAF considère que l'article 31 alinéa 2 OASA

87 Cf. *infra*, p. 23.

88 Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101).

89 Arrêt du TAF C-5313/2011 du 13 mars 2014 consid. 6.4.

90 Arrêt du TAF C-6601/2009 du 23 juillet 2010 consid. 7.2.4.

91 Arrêt du TAF C-3620/2014 du 21 septembre 2015 consid. 6.3.

92 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR ; RS 741.01).

93 Arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.2.

94 Arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.2.

95 VUILLE/SCHENK, *op. cit.*, p. 126.

96 Arrêt du TAF C-6396/2013 du 12 juin 2014 consid. 7.4.

97 GORDZIELIK/FREHNER, *op. cit.*, p. 436.

98 Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 5.4.1 ; FUCHS/FANKHAUSER, *op. cit.*, p. 16.

99 Ch. 5.6.10.7 Directives LEI.

100 Arrêt du TAF C-5870/2008 du 7 juin 2010 consid. 7.1 ; FUCHS/FANKHAUSER, *op. cit.*, p. 32.

s'applique notamment lorsque le requérant d'asile ne justifie son identité qu'au moment où il dépose une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur. Un tel comportement, méconnaissant la violation de dispositions pénales et de l'obligation de collaborer qu'il entraîne, fera alors l'objet d'un examen sous l'angle du respect de l'ordre juridique, de sorte qu'il est nécessaire de le mentionner dans cette section¹⁰¹. Il faut noter que le fait de procurer aux autorités helvétiques un document d'identité dont le requérant, en qualité de mineur non accompagné, ignorait qu'il était falsifié ne peut être retenu contre ce dernier¹⁰².

ii. Les compétences linguistiques

En matière de compétence linguistique, il est requis de la personne concernée qu'elle dispose d'un niveau suffisant dans une langue nationale permettant notamment d'évoluer sainement dans des situations de la vie quotidienne, d'interagir avec un interlocuteur coopératif, de se présenter, d'utiliser et de comprendre des expressions nécessaires à la vie de tous les jours. En terme de référence, le niveau A1 du Cadre européen commun de référence pour les langues correspond à l'exigence minimale sur ce point mais un examen au cas par cas est de rigueur¹⁰³. Au niveau cantonal des différences subsistent quant au niveau de connaissances requis¹⁰⁴. L'article 77d OASA prévoit une liste de situations dans lesquelles les connaissances d'une langue nationale sont réputées attestées. Par exemple, la fréquentation de l'école obligatoire dans cette langue nationale pendant une durée minimale de trois ans conduit en principe à l'attestation d'une maîtrise linguistique suffisante. Le TAF salue régulièrement les efforts des recourants quant à leur apprentissage d'une langue nationale¹⁰⁵ sans pour autant y accorder un poids trop important lorsque ceux-ci pourraient être meilleurs. À plus forte raison, un recourant ne pourra tirer partie de sa maîtrise d'une langue nationale s'il a suivi sa scolarisation dans cette langue alors qu'il vivait encore dans son pays d'origine¹⁰⁶. De plus, un long séjour en Suisse sans que le recourant ait atteint un niveau correct dans une langue nationale peut être apprécié de manière péjorative¹⁰⁷. Même en cas de très bonne maîtrise d'une langue nationale, l'influence des autres critères dominants dans la pondération conduisent souvent à une appréciation finale négative¹⁰⁸. Il faut noter que, en raison de l'importance que revête la communication avec la société suisse, les compétences linguistiques sont généralement examinées dans le cadre de l'intégration sociale.

iii. La participation à la vie économique, l'acquisition d'une formation et l'intégration sociale

En raison de leur relative clarté, les éléments développés ci-dessus ne représentent généralement pas les points essentiellement controversés en jurisprudence. La participation à la vie économique et la situation financière en revanche, découlant des articles 58a alinéa 1 let. d LEI et 31 alinéa 1 let. d OASA respectivement, semblent régulièrement faire l'objet d'une analyse approfondie par les autorités confrontées à l'examen d'un cas de rigueur¹⁰⁹. En vertu des directives du SEM à ce propos¹¹⁰, la participation de l'étranger à la vie économique peut se manifester sous plusieurs aspects. En effet, qu'il s'agisse d'attestations d'emploi, de la participation à une formation ou de la recherche active à ce sujet, le requérant peut démontrer par différents moyens de preuve qu'il

101 Arrêt du TAF C-4551/2008 du 23 décembre 2009 consid. 4.2 et 6.2 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 439 ss.

102 Arrêt du TAF C-5870/2008 du 7 juin 2010 consid. 7.2.

103 Ch. 3.3.1.3 et 5.6.10.1 Directives LEI.

104 UEBERSAX, op. cit., p. 128 ss n. 28 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 14.

105 Arrêts du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.3 ; F-6480/2016 consid. 8.2.

106 Arrêt du TAF C-6601/2009 du 23 juillet 2010 consid. 7.2.3 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 123 ss.

107 Arrêt du TAF C-4480/2011 du 31 janvier 2014 consid. 7.2.

108 Arrêt du TAF F-502/2017 du 26 février 2018.

109 Arrêt du TAF C-4392/2008 du 25 janvier 2010 consid. 6 ss.

110 Ch. 3.3.1.4, 5.6.10.1 et 5.6.10.3 Directives LEI.

remplit les exigences en la matière. La situation financière s'apprécie au regard de la dépendance à l'aide sociale, de la fortune et de l'activité lucrative exercée. De manière générale, l'aspect essentiel de la participation à la vie économique est l'indépendance financière de la personne concernée dans la mesure où elle doit en principe pourvoir à ses besoins et à ceux de sa famille par le biais de ses propres ressources ou prouver sa volonté de s'insérer dans le marché du travail ou de la formation. Cependant, les dispositions relatives à la situation financière, insérées dans le contexte du droit d'asile, prennent un sens différent. En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée¹¹¹, la situation spécifique des requérants d'asile présente des particularités qu'il est justifié de considérer lors de l'examen d'un cas d'espèce. Par ailleurs, il résulte des articles 31 alinéa 5 et 77f OASA ainsi que l'article 58a alinéa 2 LEI que l'état de santé, l'âge et, en particulier, une interdiction de travailler au sens de l'article 43 LAsi doivent être pris en compte de manière appropriée¹¹².

Généralement, le TAF détermine l'intégration socio-professionnelle du recourant en la comparant à celle de la moyenne des étrangers présents en Suisse depuis de nombreuses années¹¹³. À cet égard, il est critiquable à notre sens de se baser sur un tel référentiel à la lumière des disparités de traitement existantes en matière d'intégration entre les différents statuts juridiques. En vertu des dispositions précitées, le TAF examine avec retenue certains faits qui en soi démontreraient l'absence de volonté de participer à la vie économique ou une situation financière ne correspondant pas aux exigences idéales des directives du SEM¹¹⁴. En cas de dépendance à l'aide sociale ou à l'aide d'urgence par exemple, il met un point d'honneur à distinguer les périodes imputables aux requérants et celles qui résultent d'une interdiction de travailler au sens de l'article 43 LAsi. Le même constat peut être fait s'agissant de la participation à la vie économique ainsi que l'existence de poursuites ou d'actes de défaut de biens. Sur ce point, nous relevons que le Tribunal apprécie de manière négative le fait pour un recourant de ne pas avoir démontré dès son arrivée en Suisse sa volonté de participer à la vie économique ou d'améliorer sa situation financière, cela malgré la prise en compte d'une interdiction de travailler ou d'un mauvais état de santé¹¹⁵. Inversement, une volonté continue malgré une dépendance financière, des difficultés d'ordre familial et un jeune âge constituent un élément positif¹¹⁶. Il en va de même lorsque le recourant s'efforce au mieux de ne plus dépendre dans la même mesure qu'à son arrivée des diverses aides qui lui ont été accordées ou lorsqu'il rembourse les dettes s'y rapportant¹¹⁷.

À l'instar de ce qu'il vaut pour les connaissances linguistiques¹¹⁸, le TAF honore les efforts des recourants mais estime souvent qu'ils ne sont pas suffisants. Malgré des parcours professionnels méritants, il les qualifiera tout au plus de bons¹¹⁹, relèvera parfois le caractère « subalterne » des professions exercées¹²⁰ et déduira régulièrement qu'aucune connaissance ou qualification spécifique n'a été acquise au cours de leur séjour en Suisse qui ne pourrait être utile à leur réinsertion dans leur pays d'origine¹²¹, cela même dans le cas d'une intégration professionnelle poussée¹²². La satisfaction des employeurs par rapport aux diverses activités lucratives exercées est, quant à elle, aussi prise en compte, dans certains cas avec réserve lorsqu'il résulte des documents fournis des éléments négatifs¹²³. Partant, si la situation économique est un critère essentiel dont l'importance dans

111 ATF 123 II 125 consid. 3.

112 Ch. 6.1.3.2 Directives LAsi ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 434.

113 Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 6.1.1.

114 Arrêts du TAF F-2679/2016 du 24 mars 2017 consid. 6.4 ; C-873/2008 consid. 7.1 ; C-6601/2009 consid. 7.2.1.

115 Arrêts du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 6.1.1 et 6.1.2 ; F-2679/2016 consid. 6.3.

116 Arrêt du TAF C-3363/2013 du 11 mars 2015 consid. 6.3.2.

117 Arrêts du TAF F-2027/2017 du 23 mai 2018 consid. 7.3 ; C-6920/2009 consid. 5.3.3 ; F-1303/2018 consid. 7.4.2.

118 Cf. *supra*, p. 12.

119 Arrêt du TAF F-6480/2016 du 15 octobre 2018 consid. 8.2.

120 Arrêt du TAF C-4012/2012 du 15 janvier 2015 consid. 6.4.

121 Arrêts du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.6.2 ; F-502/2017 consid. 7.3 ; F-2679/2016 consid. 6.3.

122 Arrêt du TAF F-4412/2016 du 29 septembre 2017 consid. 7.3.

123 Arrêts du TAF F-502/2017 du 26 février 2018 consid. 7.2 ; F-4412/2016 consid. 7.2 ; C-3363/2013 consid. 6.3.1.

l'appréciation globale n'est pas négligeable, elle ne saurait être décisive au point d'éclipser les autres conditions de régularisation. Pour expliciter ce constat, une citation de la jurisprudence du TAF s'impose : « Dans ce contexte, on relèvera que, dans la pratique du Tribunal concernant l'intégration professionnelle, le cas d'espèce est similaire à de nombreux exemples dans lesquels les recourants, bien qu'exerçant régulièrement une activité lucrative et étant financièrement indépendants, n'ont toutefois pas vu leurs conditions de séjours régularisés au sens de l'article 14 alinéa 2 LA_{si}, et ce toujours parce que nonobstant cet aspect-là, une pondération générale ne laissait pas apparaître un cas de rigueur grave résultant d'une intégration poussée »¹²⁴.

Par le terme « poussée », l'article 14 alinéa 2 LA_{si} réfère à plusieurs niveaux d'intégration. À cet égard, le TAF précise que le fait d'exercer une activité lucrative pour ne pas être dépendant de l'aide sociale, de ne pas porter atteinte à la sécurité et à l'ordre publics suisse et d'avoir des connaissances suffisantes dans une langue nationale constituent un comportement ordinaire qui est raisonnablement attendu de tout étranger cherchant à régulariser son séjour en Suisse¹²⁵. Si un tel avis est soutenable, il ressort d'ores et déjà des nombreux arrêts cités que l'appréciation hors pondération des critères est parfois discutable, voir critiquable lorsque l'on compare les états de fait des quelques recours admis à la masse des pourvois rejetés.

Enfin, l'intégration sociale et culturelle est un critère dont les exigences semblent avoir été formellement moins développées tant dans la jurisprudence que dans les directives du SEM. Toutefois, celle-ci est régulièrement analysée à la suite de l'intégration professionnelle du recourant, de sorte qu'elles forment un ensemble cohérent. En effet, les relations entretenues avec les collègues et employeurs font partie de l'aspect social de l'exercice d'une activité lucrative. Malgré un manque de précision donc, il est possible de déduire de la jurisprudence quelques généralités qui méritent d'être évoquées.

Un des éléments principaux sur lequel le TAF s'attarde est la participation à la vie sociale et associative locale. Dans ce contexte, les recourants tentent tant bien que mal de prouver leur engagement au sein de la communauté dans leur mémoire de recours. Il est notamment fait mention de la participation à des clubs de sport, à des associations diverses ou encore à des appuis scolaires¹²⁶. Des lettres de soutien écrites par l'entourage des recourants ou des pétitions favorables à ces derniers sont par ailleurs régulièrement annexées pour démontrer leur intégration sociale. À ce sujet, la jurisprudence semble parfois y accorder une certaine importance et, dans d'autres cas, met en doute leur pertinence par rapport à la procédure en cours¹²⁷. Nous notons que, et ce constat est valable pour tous les moyens de preuve apportés, la valeur probante de ces éléments est réduite aux yeux du TAF notamment lorsqu'ils manquent de précision, dont la véracité semble douteuse ou encore lorsqu'ils ne témoignent pas d'un investissement suffisamment local. En guise d'illustration, les 169 signatures d'une pétition en rapport avec la procédure d'asile du recourant et qui, par ailleurs, ne mentionne aucunement les liens personnels que les signataires entretiendraient avec l'intéressé ne peut être prise en compte, tout au plus de manière relative¹²⁸. La participation bénévole au Service d'aide et d'accompagnement de la Croix-Rouge sans précision quant à la fréquence et l'intensité de celle-ci ne revêt pas non plus un caractère déterminant¹²⁹. L'investissement dans une

124 Arrêt du TAF C-4480/2011 du 31 janvier 2014 consid. 7.2 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 123.

125 ATAF 2007/16 consid. 8.2 ; arrêts du TAF C-801/2012 du 16 juillet 2015 consid. 6.1 ; C-4480/2011 consid. 7.2 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 122 ss.

126 Arrêts du TAF F-7533/2015 du 14 décembre 2016 consid. 6.4 ; C-6920/2009 consid. 5.3.2 ; C-3227/2013 consid. 6.2.2 ; C-5172/2009 consid. 5.3 ; F-502/2017 consid. 7.4.

127 Arrêts du TAF F-1303/2018 du 27 août 2019 consid. 7.4.3 ; F-502/2017 consid. 7.2 ; C-3620/2014 consid. 6.3 ; nous relèverons que la pression exercée par l'opinion publique pousse parfois les autorités cantonales à revoir leur décision concernant un cas de rigueur et transmettre la demande au SEM, voir notamment DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 16.

128 Arrêts du TAF C-3620/2014 du 21 septembre 2015 consid. 6.3 ; C-4012/2012 consid. 6.2.3.

129 Arrêt du TAF F-2679/2016 du 24 mars 2017 consid. 6.5.

association suisse russophone, pour une ressortissante russe, n'évoque pas non plus une intégration sociale particulière¹³⁰. Les activités dans une association ayant notamment pour but de permettre à des femmes migrantes de trouver un premier emploi en Suisse et ainsi contribuer à leur indépendance financière ont été appréciées négativement dans la mesure où elles ne démontraient pas un engagement local suffisant qui aurait été préférable¹³¹. Ce dernier point est hautement critiquable. En effet, qu'y a-t-il de plus honorable que de permettre à d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne de s'insérer dans la société suisse ? Enfin, de manière plus générale, les relations que le recourant entretient avec son entourage et les liens qui en découlent relèvent d'une attitude normale et attendue de la part d'un étranger qui vit en Suisse depuis plusieurs années, de sorte qu'ils ne constituent pas la preuve d'un rapport particulièrement étroit avec la Suisse¹³².

b. La situation familiale et scolarité (art. 31 al. 1 let. b et c OASA)

En vertu de l'article 31 alinéa 1 let. b et c OASA, il y a lieu de tenir compte de la situation familiale du recourant et de l'éventuelle scolarisation de ses enfants. Ce critère est déterminant lorsqu'il est question de la reconnaissance d'un cas de rigueur en présence d'une famille. Comme mentionné précédemment¹³³, l'accomplissement individuel des critères doit faire l'objet d'un examen global dans le contexte familial¹³⁴. Nous précisons toutefois qu'il est nécessaire, lorsqu'il est question d'enfants majeurs ou proches de l'être, de faire une exception au principe de l'unité familiale selon le TAF¹³⁵.

L'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par l'article 3 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant¹³⁶, a un rôle essentiel dans la pratique. Selon ce dernier, le bien-être de l'enfant doit être une (et non la) considération primordiale lors de la prise de décision d'une autorité dans une situation impliquant directement ou indirectement un enfant. S'il n'est pas exclu que l'intérêt supérieur de l'enfant puisse entrer en conflit avec d'autres droits ou intérêts, un poids certain doit lui être accordé lorsqu'il y a lieu de procéder à une pondération de ceux-ci. Il faut préciser tout de même qu'en vertu de la jurisprudence fédérale, la Convention relative aux droits de l'enfant ne confère aucun droit à la délivrance, la prolongation ou le renouvellement d'une autorisation de police des étrangers¹³⁷. Transposé dans notre problématique, ce principe aura notamment pour effet de réduire la marge d'appréciation des autorités lors de l'examen d'un cas de rigueur¹³⁸. Dans une telle constellation, l'intérêt supérieur de l'enfant pourra imposer la reconnaissance d'un cas de rigueur lorsque les besoins en éducation spécialisée d'un enfant, dont il n'est pas garanti qu'il puisse en bénéficier en cas de retour dans son pays, justifieront une tolérance particulière de la maigre intégration de sa mère¹³⁹. Ce cas d'espèce illustre l'incohérence qui pourrait résulter de la prise de décision individuelle dans un contexte familial¹⁴⁰, le TAF octroyant dans cette situation une autorisation de séjour « par effet de concordance » à la mère de l'enfant¹⁴¹.

130 Arrêt du TAF C-5172/2009 du 15 novembre 2010 consid. 5.3.

131 Arrêt du TAF C-3227/2013 du 8 mai 2014 consid. 6.2.2.

132 Arrêts du TAF C-3656/2010 du 13 décembre 2010 consid. 6.4 ; C-4012/2012 consid. 6.2.3 ; C-873/2008 consid. 6.3 ; C-6601/2009 consid. 5.3 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 124 ss.

133 Cf. *supra*, p. 11.

134 ATF 123 II 125 consid. 4 ss ; ATAF 2007/16 consid. 5.3 ss ; Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 5.4.1 ; GOLAY, op. cit., p. 3,8 ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 8 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 437 ss ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 16.

135 Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.7.

136 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107).

137 ATF 126 II 377 consid. 5 ; ATF 124 II 361 consid. 3b ; arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.5.

138 MATTHIEU CORBAZ, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile, 2019, p. 68 ss n. 138 ss.

139 Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 8.4 et 9.1.

140 ATAF 2007/16 consid. 5.3 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 437 ss.

141 Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 9.1.

Selon la jurisprudence, la scolarisation contribue grandement à l'intégration en Suisse¹⁴². Par conséquent, il convient donc de prendre en considération l'âge de l'enfant lors de son arrivée en Suisse et, lorsque la question du retour se pose, « des efforts consentis, de la durée, du degré et de la réussite de la scolarité, de l'état d'avancement de la formation professionnelle, ainsi que de la possibilité de poursuivre ou d'exploiter, dans le pays d'origine, la scolarisation ou la formation professionnelle entamée en Suisse »¹⁴³. De manière générale, lorsqu'un enfant a passé les premières années de sa vie en Suisse et y a seulement débuté sa scolarité, l'enracinement à la culture helvétique n'est pas à ce point avancé qu'il ne justifierait plus d'y porter atteinte. En effet, on considère que le rapport de dépendance qu'il existe encore avec les parents implique le maintien des attaches à la culture d'origine de sorte qu'un retour ne s'impose pas comme constituant des circonstances exceptionnelles justifiant seules la reconnaissance d'un cas de rigueur¹⁴⁴. De plus, le jeune âge d'un enfant et sa capacité d'adaptation sont régulièrement considérés comme un point positif pour la réinsertion de celui-ci dans son pays de provenance, cela même s'il n'y a jamais vécu¹⁴⁵.

Il ressort ainsi de la jurisprudence fédérale qu'une importance particulière doit être accordée aux périodes vécues sur le territoire suisse au-delà de ce seuil, sans pour autant qu'il soit possible de démarquer clairement les limites de cette pratique en terme d'âge. Toutefois, l'adolescence est généralement perçue comme une étape décisive dans la formation et le développement de la personnalité d'un enfant, une période où ce dernier se distance de ses parents tant culturellement que socialement¹⁴⁶. Dans le cas d'une scolarité d'une certaine durée, d'un niveau suffisamment avancé et de résultats positifs, un retour aurait pour effet d'anéantir le rapport qu'entretient l'adolescent avec le milieu suisse et l'obligerait à se confronter à un environnement avec lequel il est peu familier¹⁴⁷. Nous relèverons toutefois une certaine souplesse dans l'appréciation de cette situation en particulier. Dans l'arrêt récent précité où une adolescente née en Suisse se voit octroyer une autorisation de séjour en raison de ses besoins en éducation spécialisée, le TAF fait abstraction des résultats mitigés de cette dernière, se focalise sur les seize années passées en Suisse et sa bonne intégration sociale dans le cadre scolaire. Il précise cependant qu'il s'agit d'un cas limite et invite les autorités cantonales compétentes à procéder à un contrôle régulier de l'amélioration de l'intégration de la recourante¹⁴⁸. En revanche, dans un arrêt plus ancien concernant l'article 13 let. f OLE, le TAF reconnaît la bonne intégration scolaire du recourant âgé de seize ans et arrivé en Suisse à l'âge de huit ans, mais relève toutefois l'absence d'un parcours scolaire supérieur à la moyenne, sans remettre en cause le fait que celui-ci a été scolarisé pendant la période décisive de l'adolescence¹⁴⁹.

Entre ces deux catégories déterminantes se trouve la situation d'enfants scolarisés pour lesquels seule une appréciation du cas d'espèce selon les critères exposés précédemment permettra de déterminer si un retour imposé conduirait à un déracinement importun¹⁵⁰. Ce traitement différencié

142 Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.6.3.

143 Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.6.3 ; Ch. 5.6.10.2 Directives LEI.

144 ATF 123 II 125 consid. 4 ss ; ATAF 2007/16 consid. 5.3 ss ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 17 ss ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 19.

145 ATF 123 II 125 consid. 4b ss ; ATAF 2007/16 consid. 9 ; arrêts du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.5 ; C-8270/2008 consid. 6.7 ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 19.

146 GOLAY, op. cit., p. 3,4 ss ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 9.

147 ATF 123 II 125 consid. 4b ; Arrêts du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 5.4.2 ; F-1734/2018 consid. 7.6.3 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 438 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 17 ss ; GOLAY, op. cit., p. 3,8 ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 9.

148 Arrêt du TAF F-4884/2017 du 23 octobre 2019 consid. 8.1 ss et 9.1.

149 Arrêt du TAF C-341/2006 du 10 décembre 2007 consid. 5.3, le déracinement n'est toutefois pas admis dans la mesure où les parents les plus proches du recourant, qu'il visite régulièrement, sont établis en Turquie, qu'il y a suivi sa scolarité primaire et la fixation d'un délai de départ à la fin de sa formation en Suisse lui permettrait d'achever celle-ci ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 10.

150 Arrêt du TAF C-989/2014 du 6 mai 2015 consid. 7.4.2 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 438 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 17 ss.

basé sur des périodes relativement distinctes réalise, selon le TAF, les exigences découlant de l'article 3 CDE¹⁵¹. Néanmoins, un éventuel schématisme pourrait se dessiner tout au long de la jurisprudence, élément qui serait en principe indésirable dans une réglementation qui impose un examen au cas par cas¹⁵². Il y a lieu de se demander si l'intérêt supérieur de l'enfant, au vu des nombreuses facettes qu'il couvre et notamment l'objectif de protection qui en ressort¹⁵³, ne commanderait pas de recourir à une certaine schématisation pour en réaliser la portée souhaitée ? Nous sommes de l'avis que, à l'instar de ce qui vaut pour l'adolescence, les enfants en bas âge devraient aussi profiter d'une présomption favorable au maintien de leur séjour en Suisse, en particulier si ceux-ci sont nés sur le territoire helvétique. À tout le moins, la jurisprudence fédérale ne devrait pas supposer abstraitement une capacité d'adaptation chez l'enfant¹⁵⁴.

Dans d'autres circonstances, la scolarité ou la formation suivie dans le cadre du séjour en Suisse peuvent constituer un élément favorable à la réinsertion de l'enfant et, plus généralement, de l'étranger dans son pays d'origine¹⁵⁵. Enfin, dans la pondération finale effectuée par l'autorité, une intégration académique remarquable aura un poids décisif sur l'issue de la procédure fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. Un arrêt récent du TAF va dans ce sens. Il s'agissait d'un recourant arrivé à l'âge de 15 ans et 9 mois en Suisse ayant démontré un fort désir de participer au plus vite à la vie économique en suivant avec brio des études de Bachelor et, par la suite, un Master à l'EPFL. De plus, il avait fait preuve d'une bonne intégration sociale. Un tel état de fait a justifié de ne pas tenir rigueur du défaut d'indépendance financière du recourant et d'accorder une importance particulière aux débouchés professionnels qui résulteraient des études en cours qui, par ailleurs, étaient appuyés par une proposition d'engagement. Il faut préciser que toute la famille nucléaire du recourant vivait alors en Suisse au bénéfice de l'admission provisoire, élément certes brièvement mentionné dans l'arrêt mais qui a sans aucun doute été déterminant¹⁵⁶.

Les deux cas présentés brièvement ci-dessus¹⁵⁷, tous deux aboutissant à l'octroi d'une autorisation de séjour, attestent de la diversité des parcours scolaires et académiques auxquels peuvent avoir affaire les autorités compétentes. Si le premier cas relève de la nécessité, le second se fonde grandement sur la notion de mérite. Sans faire abstraction des autres critères, il est nécessaire d'insister sur l'apparente influence de la scolarité sur l'appréciation globale des circonstances. Étant donné que celle-ci associe l'intérêt supérieur de l'enfant à l'intégration par l'éducation, il est à notre sens justifié de lui concéder une portée générale étendue dans la mesure où certaines situations insatisfaisantes résultent encore de l'absence de prise en compte suffisante d'un principe essentiel lorsque des enfants sont concernés¹⁵⁸. Il est donc souhaitable qu'une tendance favorable à ce critère, impliquant

151 Arrêts du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 5.4.2 ; F-1734/2018 consid. 7.6.3 ; C-301/2014 consid. 5.2.

152 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 438.

153 CORBAZ, op. cit., p. 71 n. 145.

154 DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 20 ; sur la question d'une éventuelle audition personnelle de l'enfant, voir motion Schmid-Federer, BO CN 2011 1731 et l'avis défavorable du Conseil fédéral à ce sujet.

155 ATF 123 II 125 consid. 4 ; arrêt du TAF F-2027/2017 consid. 7.9 ss ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 437.

156 Arrêt du TAF F-1303/2018 du 27 août 2019 consid. 7.4 ss.

157 Arrêts du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 et F-1303/2018 du 27 août 2019.

158 DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 7 ss ; Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, Fall 94, 2009, <<https://beobachtungsstelle.ch/fileadmin/pdf/Case96.pdf>> (consulté le 13 décembre 2019), dans ce cas en particulier, l'autorité cantonale avait refusé d'examiner de manière approfondie la situation des enfants en raison de l'absence d'un comportement irréprochable du père, une autorisation pour cas de rigueur n'étant possible selon elle que si tous les adultes de la famille remplissent personnellement les critères posés par l'art. 14 al. 2 LAsi. Ce raisonnement se fonde sur le chiffre 6.1.3.2 Directives LAsi qui prévoit toutefois que c'est à titre exceptionnel qu'un traitement différencié doit être mené au sein d'une famille. L'autorité cantonale contrevient à la jurisprudence fédérale précitée admettant un cas de rigueur nonobstant le défaut d'accomplissement de toutes les conditions par les membres de la famille et l'article 3 CDE ; dans un sens similaire, voir aussi les cas 90 et 125 ; voir également motion Tschümperlin, BO CE 2011 718 ss et BO CN 2011 1261, pour laquelle le Conseil fédéral avait émis un avis favorable à la nécessité de rappeler aux autorités compétentes l'importance de la problématique de l'intégration des enfants dans un contexte familial.

une plus grande tolérance lors de l'examen des autres conditions, se développe dans les décisions du TAF à venir¹⁵⁹.

Au-delà des considérations relatives aux enfants et à leur scolarité, la notion de situation familiale appelle à se poser la question de la protection du droit au respect de la vie familiale découlant de l'article 8 paragraphe 1 CEDH. En vertu de ce dernier, un étranger peut « s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille à la condition qu'il entretienne des relations étroites, effectives et intactes avec un membre de cette famille disposant d'un droit de présence assurée en Suisse, à savoir la nationalité suisse, une autorisation d'établissement ou une autorisation de séjour à la délivrance de laquelle la législation suisse confère un droit certain »¹⁶⁰. Les relations visées par cet article sont celles de la famille nucléaire, comprenant essentiellement la relation qu'entretiennent des époux entre eux ainsi que celle entre des parents et leurs enfants mineurs faisant ménage commun. S'agissant des enfants majeurs, un lien de dépendance doit exister entre leurs parents et eux-mêmes¹⁶¹. Les fiancés et les concubins ne peuvent invoquer le droit au respect de la vie privée et familiale qu'à condition que leur couple s'apparente à une union conjugale dans les faits. Il s'agira essentiellement de démontrer l'existence d'une relation étroite de longue durée, effectivement vécue et prouvant, par des indices concrets, la volonté sérieuse de se marier dans un avenir proche¹⁶². À titre d'exemple, si une relation stable de longue durée avec une ressortissante suisse et une intention de se marier renforce une intégration socio-professionnelle déjà remarquable, elle ne saurait en soi entraîner la reconnaissance d'un cas de rigueur. De plus, l'absence d'indices concrets quant à l'imminence du mariage conduit à l'inapplication de l'article 8 CEDH dans cet état de fait. Par ailleurs, le TAF, se muant en conseiller conjugal, suggère au couple de poursuivre temporairement leur relation à distance, de la ponctuer de séjours réguliers et de requérir, après la célébration du mariage, une autorisation de séjour au titre du regroupement familial¹⁶³.

La protection de la vie privée, résultant elle aussi de l'article 8 CEDH, doit s'apprécier quant à elle sous l'angle restrictif du paragraphe 2 du même article. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « après un séjour régulier d'une durée de dix ans, il faut en principe présumer que les relations sociales entretenues en Suisse par la personne concernée sont devenues si étroites, que des raisons particulières sont nécessaires pour mettre fin à son séjour dans ce pays. En outre, même en cas de séjour en Suisse inférieur à dix ans, lorsque la personne en question peut se prévaloir d'une intégration particulièrement poussée (*eine besonders ausgeprägte Integration*), le non renouvellement de son autorisation de séjour peut également, selon les circonstances, constituer une violation du droit au respect de sa vie privée consacré par l'article 8 CEDH »¹⁶⁴. La légalité du séjour dont se prévaut l'intéressé est un élément déterminant pour invoquer la jurisprudence fédérale en la matière.

Or, vu le champ d'application personnel de l'article 14 alinéa 2 LAsi, cette condition ne sera presque jamais atteinte. Par ailleurs, si les exigences en terme d'intégration découlant de notre thématique principale ne sont pas remplies, il semble juste de douter de l'utilité de l'article 8 CEDH dans notre problématique. Si le droit au respect de la vie privée et familiale venait à être applicable dans un état de fait, celui-ci concéderait alors un droit à l'intéressé de telle sorte que la situation échapperait désormais au champ d'application de l'article 14 alinéa 2 LAsi et entrerait dans l'exception légale

159 DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 10 ss, la reconnaissance d'un cas de rigueur est parfois le seul moyen pour des enfants de poursuivre leur scolarité ou leur formation en Suisse. Limiter cette possibilité reviendrait à contrevenir aux articles 19 et 62 Cst. ainsi qu'à l'article 28 CDE.

160 ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 ; ATAF 2007/45 consid. 5.3 ; arrêt du TAF C-4489/2014 du 28 juillet 2015 consid. 6.2.7.

161 ATF 129 II 11 consid. 2 ; arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 8.2.

162 ATF 135 I 143 consid. 1.3.2 ; arrêts du TAF C-4489/2014 du 28 juillet 2015 consid. 6.2.7 ; F-6480/2016 consid. 8.4.

163 Arrêt du TAF F-4412/2016 du 29 septembre 2017 consid. 7.5.

164 Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 8.1 et références citées.

prévue à l'article 14 alinéa 1 LA si. Toujours est-il que certains recourants mentionnent l'article 8 paragraphe 1 CEDH dans leur mémoire de recours, peut-être comme *ultima ratio*¹⁶⁵.

c. L'état de santé (art. 31 al. 1 let. f OASA)

Selon l'article 31 alinéa 1 let. f OASA, il y a lieu de tenir compte de l'état de santé qui peut, dans certaines circonstances, justifier la reconnaissance d'un cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LA si. Les maladies chroniques ou graves dont souffrent l'intéressé ou un membre de sa famille doivent être prises en compte lors de l'appréciation d'un cas d'espèce lorsque le traitement adéquat n'est pas disponible dans le pays d'origine ou que l'accès à celui-ci est soumis à des complications intolérables. Les directives du SEM font notamment référence à des traumatismes consécutifs à la guerre, un risque de suicide avéré ou encore un accident grave¹⁶⁶. L'état de santé est un élément déterminant dans notre problématique lorsqu'il constituera un obstacle à la réinsertion de l'intéressé dans son pays d'origine ou, principalement s'agissant de l'intégration professionnelle, impliquera une retenue dans l'appréciation des autorités compétentes selon l'article 31 alinéa 5 OASA notamment. Nous relèverons cependant la pertinence de ce critère lorsqu'il est question d'admission provisoire au sens de l'article 83 alinéa 4 LEI¹⁶⁷. Il semble donc que, à l'instar de ce qui a été dit au sujet du droit au respect de la vie privée¹⁶⁸, si l'exécution du renvoi a été jugée raisonnablement exigible à la suite d'une décision négative se rapportant à une demande d'asile, cela malgré un mauvais état de santé, l'influence potentielle de ce critère dans l'examen d'un cas de rigueur est réduite. À ce sujet, la jurisprudence fédérale mentionne que « les motifs retenus pour conclure à l'exigibilité de l'exécution du renvoi valent d'autant plus dans le contexte de l'examen du cas de rigueur grave que les critères jurisprudentiels en cette dernière matière sont particulièrement restrictifs »¹⁶⁹. Il n'est toutefois pas possible d'en faire abstraction dans la mesure où la situation médicale des intéressés aurait pu drastiquement changer de celle qui a fait l'objet du premier examen.

En outre, la jurisprudence du TAF précise le contenu des directives du SEM. La reconnaissance d'un cas de rigueur basée sur l'état de santé ne peut résulter que d'une atteinte sérieuse à la santé qui nécessiterait des traitements médicaux permanents ou ponctuels indisponibles dans le pays d'origine. Le seul fait de pouvoir disposer d'une qualité de prestations médicales supérieures en Suisse n'est pas un argument décisif. Par ailleurs, une telle atteinte préexistante à la première arrivée en Suisse ne saurait fonder un cas de rigueur¹⁷⁰. À titre illustratif, le Tribunal, dans un arrêt du 3 mai 2011, relève tout d'abord l'existence de troubles psychiques chez la recourante à son arrivée en Suisse en se basant sur les déclarations de cette dernière dans le cadre de sa demande d'asile. Il mentionne par la suite le diagnostic médical établi pour la procédure précédente aboutissant à l'exigibilité du renvoi et note qu'il n'y a pas lieu de s'en distancer au vu de l'état de fait actuel¹⁷¹. Dans un autre arrêt, le TAF examine et démontre d'une part la possibilité d'accéder à des soins médicamenteux relatifs à la dépression et aux troubles anxieux de la recourante dans son État d'origine et relève d'autre part que la péjoration de la santé psychique, fait couramment observé chez les étrangers ayant pour obligation de quitter la Suisse¹⁷², ne peut justifier la prolongation

165 Arrêts du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 8 ss ; F-2994/2017 consid. 7 ss ; F-6480/2016 consid. 8.4 ; F-4412/2016 consid. 7.5.

166 ATF 128 II 200 consid. 5.3 ; Ch. 5.6.10.5 Directives LEI ; PETRY, op. cit., p. 293 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 438 ss ; UEBERSAX, op. cit., p. 130 n. 32 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 25 ss.

167 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 438 ss.

168 Cf. *supra*, p. 18.

169 Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 6.3.2.

170 ATF 128 II 200 consid. 5.3 ; ATF 123 II 125 consid. 5b/dd ; ATAF 2009/2 consid. 9.3.2. ; arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 6.3.1 ; GOLAY, op. cit., p. 3,8.

171 Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011 consid. 6.3.2.

172 Arrêt du TAF C-989/2014 du 6 mai 2015 consid. 7.5.2 et jurisprudence citée.

indéterminée du séjour en raison du seul fait qu'un retour dans le pays de provenance présente le risque d'aggraver un état dépressif. Sur ce point, il y a lieu d'opposer ce raisonnement aux exemples expressément mentionnés dans les directives du SEM. Dans le cas d'espèce toutefois, il n'a jamais été fait mention, dans les différents rapports médicaux, d'un risque suicidaire de sorte que la question n'a pas été abordée. Enfin, les allégations de réactivation des traumatismes en cas de retour sans en apporter la preuve formelle et la fin d'un suivi psychothérapeutique ne sont pas de nature à modifier des conclusions établies précédemment¹⁷³.

S'il ressort de cette brève analyse que l'importance du critère de l'état de santé est relative lorsqu'il est considéré à part, les exigences médicales étant relativement élevées et souvent déjà traitées dans le cadre de la procédure d'asile, il peut en revanche présenter un certain intérêt lorsqu'il est examiné comme obstacle à la réinsertion dans le pays d'origine¹⁷⁴. En effet, corroboré par les autres critères à prendre en compte, l'état de santé peut être un élément supplémentaire favorable au recourant, cela malgré le fait qu'il n'entre pas dans le champ d'application de ce qui pourrait constituer en soi un cas de rigueur.

d. Les possibilités de réintégration (art. 31 al. 1 let. g OASA)

Cette condition, résultant de l'article 31 alinéa 1 let. g OASA, a pour caractéristique particulière de s'attarder sur l'ensemble des critères qui ont fait l'objet de ce titre en les analysant cette fois-ci sous l'angle d'obstacle à la réinsertion du recourant dans son milieu d'origine. En effet, il y a notamment lieu de tenir compte de l'âge de la personne concernée au moment de son arrivée en Suisse, du niveau de connaissances culturelles et linguistiques du pays de provenance, de l'état de santé, du réseau familial et social avec lequel le requérant a maintenu des liens, des possibilités de scolarisation et de réintégration dans le marché du travail et des conditions de vie dans l'État d'origine. L'autorité devra donc examiner si, et dans quelle mesure, chacun de ces éléments impactent ou renforcent les possibilités de réintégration de l'étranger dans la société du pays d'origine¹⁷⁵.

Il est nécessaire de constater tout d'abord que le TAF est souvent contraint d'aborder la question du but de la réglementation en matière de cas de rigueur et de la distinction qu'il est nécessaire d'opérer avec la notion d'exécution du renvoi. De manière systématique, les recourants évoquent les éléments qui, selon eux, constitueraient un obstacle à la réinsertion de ceux-ci dans leur État de provenance. Force est de constater que ces derniers peuvent régulièrement être mis en lien avec la thématique du renvoi, problématique qui à première vue sort de l'objet d'une procédure visant à contester le refus d'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. À ce propos, la jurisprudence fédérale précise au préalable qu'elle est circonscrite par le dispositif de la décision attaquée qui détermine alors l'objet de la contestation¹⁷⁶. De plus, elle relève que, s'agissant de cas de rigueur, sont déterminantes essentiellement les considérations d'ordre humanitaire résultant d'un fort ancrage de l'étranger en Suisse. Les conséquences de la guerre, des abus étatiques ou encore des persécutions sont en principe pertinentes sous l'angle du renvoi et son exécution, plus largement de la procédure relative à une demande d'asile. Toutefois, l'autorité compétente, en vertu de l'article 31 alinéa 1 let. f et g OASA notamment, doit tenir compte de l'état de santé et des possibilités de réintégration du recourant dans son pays d'origine. Par conséquent, « elle ne saurait donc faire abstraction des difficultés auxquelles celui-ci serait confronté dans son pays au plan personnel, familial et économique. Les motifs pouvant justifier la reconnaissance d'un cas de rigueur se recoupent donc partiellement avec ceux susceptibles de constituer un obstacle à

173 Arrêt du TAF F-502/2017 du 26 février 2018 consid. 7.5.

174 GOLAY, op. cit., p. 3,8 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 25.

175 Ch. 5.6.10.6 Directives LEI ; PETRY, op. cit., p. 294 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 439 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 26 ss.

176 Arrêts du TAF C-4012/2012 du 15 janvier 2015 consid. 1.4 ; C-3363/2013 consid. 6.3.2.

l'exécution du renvoi »¹⁷⁷. Il faut préciser par ailleurs que le Tribunal ne pourra examiner ces éléments que sous le contexte restrictif de l'article 31 alinéa 1 let. g OASA, sans pouvoir remettre en cause la question de l'exécution du renvoi.

Comme considération globale, le TAF relève qu'il n'est généralement pas contesté qu'un recourant se retrouve, en cas de retour dans son pays d'origine, dans une situation matérielle considérablement moins favorable que celle dont il a pu bénéficier lors de son séjour en Suisse. Cependant, la réglementation en matière de cas de rigueur n'a pas pour objectif de soustraire des étrangers aux conditions de vie de leur pays d'origine, mais implique que, en raison des circonstances rigoureuses qui leur sont propres, on ne saurait attendre d'eux qu'ils se réinsèrent dans celui-ci¹⁷⁸. Les considérations économiques, sociales et sanitaires touchant l'entier de la population dudit pays ne seront pertinentes que dans la mesure où celles-ci se répercutent négativement sur la réintégration des intéressés de sorte qu'il en résulte des difficultés personnelles et concrètes au cas d'espèce¹⁷⁹.

Dans la jurisprudence fédérale, l'âge de la personne concernée au moment de son arrivée en Suisse est fréquemment retenu en défaveur de celle-ci, qu'il soit avancé ou infantile. En effet, conformément à ce qui a été mentionné précédemment s'agissant de la scolarité des enfants¹⁸⁰, la faculté d'adaptation de ces derniers est généralement mise en avant comme argument favorable à leurs possibilités de réintégrer leur pays d'origine¹⁸¹. Pour un enfant âgé de 7 ans lors de son arrivée en Suisse, le Tribunal estime que le fait d'avoir suivi le début de sa scolarité en Serbie, de ne pas avoir atteint un degré scolaire avancé et de n'avoir acquis que des connaissances générales qui pourront être mises à profit dans un autre État sont des faits qui, sans nier l'existence de difficultés préalables, appuient l'hypothèse d'un retour¹⁸². Dans un arrêt où il était question d'un couple et d'une fratrie composée de cinq individus, le TAF estime qu'une réinsertion de la famille est possible, cela malgré la présence de deux enfants de 3 et 6 ans qui n'ont jamais vécu dans leur pays d'origine et un enfant âgé de 12 ans ayant été scolarisé pendant près de 7 ans en Suisse. D'ailleurs, le fait que les enfants communiquent entre eux dans la langue française et soient plus à l'aise avec celle-ci que leur langue d'origine ne contribue pas à changer l'avis du Tribunal¹⁸³. Inversement, une arrivée tardive en Suisse constitue aussi une preuve décisive à la réinsertion. Lorsqu'un requérant a passé au moins les 17 premières années de sa vie dans son pays d'origine, période décisive selon la jurisprudence fédérale pour la formation de la personnalité, on ne peut conclure d'un séjour en Suisse que le premier lui est devenu à ce point étranger qu'il ne serait plus en mesure de s'y réinsérer après une phase d'adaptation¹⁸⁴. Une conclusion similaire est prise dans le cas d'une recourante arrivée en Suisse à l'âge de 34 ans, nonobstant les 16 années qu'elle a passé sur le territoire helvétique¹⁸⁵.

L'âge est aussi un indice intéressant pour l'examen des autres éléments à prendre en compte et qui ressortent des directives du SEM précitées. Par exemple, une arrivée tardive en Suisse impliquera certainement une longue existence dans le pays d'origine, dont la période déterminante évoquée ci-dessus. Il peut supposément en être déduit des attaches fortes à la culture et à la langue du pays d'origine, l'existence d'un réseau familial ou social pouvant apporter un soutien à la réinsertion ou encore l'exercice d'activités lucratives ou le suivi d'une scolarisation ou une formation qui

177 ATF 123 II 125 consid. 3 ; Arrêts du TAF C-4012/2012 du 15 janvier 2015 consid. 6.5.1 ; F-2679/2016 consid. 4.5.

178 Arrêts du TAF C-3363/2013 du 11 mars 2015 consid. 6.3.2 ; C-873/2008 consid. 7.6 ; C-6601/2009 consid. 7.4 ; C-3811/2007 consid. 8.2.

179 ATF 123 II 125 consid. 3 et 5b/dd ; ATAF 2007/45 consid. 7.5 ss ; ATAF 2007/44 consid. 5.3 ; ATAF 2007/16 consid. 10.

180 Cf. *supra*, p. 15 ss.

181 ATF 123 II 125 consid. 5b/bb ; ATAF 2007/16 consid. 9 ; arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.5.

182 Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 7.6.3.

183 Arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010 consid. 7.5.

184 Arrêt du TAF C-3363/2013 du 11 mars 2015 consid. 6.3.2.

185 Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 7.4.2.

faciliteraient alors l'accès à la vie économique au moment du retour. Quant aux efforts concédés en matière d'intégration par les recourants, s'ils ne sont pas suffisants pour retenir l'existence d'un cas de rigueur, ils sont en revanche considérés comme bénéfiques lorsqu'il est question de la réintégration. Il en va ainsi notamment de l'expérience professionnelle acquise en Suisse¹⁸⁶. Par ailleurs, conformément à ce qu'il a pu être dit concernant l'état de santé¹⁸⁷, certains éléments peuvent représenter un obstacle à la réinsertion de la personne concernée sans pour autant justifier eux-mêmes l'octroi d'une autorisation de séjour¹⁸⁸.

Au sujet de l'article 31 alinéa 1 let. g OASA, une partie de la doctrine estime qu'il y a lieu d'accorder une importance particulière à la question de savoir si le requérant pourra bénéficier d'un soutien à la réinsertion de la part de l'entourage se trouvant dans l'État de provenance et dans quelle mesure il a gardé contact avec eux lors de son séjour en Suisse. Or, conformément à nos propos quant au statut des requérants d'asile et le contexte dans lequel ces derniers quittent leur pays, certains auraient pu, pour des raisons de protection dudit entourage par exemple, limiter les rapports entretenus avec ce dernier. S'il ne faut pas en faire une généralité, il est souhaitable selon la doctrine d'en tenir compte dans le cadre d'une demande relative à la reconnaissance d'un cas de rigueur et de ne pas se limiter aux déclarations faites pendant la procédure d'asile au sujet des relations familiales, en particulier si celles-ci remontent à quelques années¹⁸⁹. De plus, il est reproché aux autorités compétentes de ne pas suffisamment s'attarder sur la nature et le degré des relations familiales ni de vérifier s'il est concrètement envisageable que les proches du requérant disposent des moyens et de la volonté de soutenir ce dernier¹⁹⁰.

Pour illustrer ces critiques, il y a lieu de mentionner quelques exemples de la jurisprudence fédérale. Le TAF, dans un arrêt du 23 juillet 2010, indique à un recourant qui prétendait ne plus avoir de nouvelles de sa famille depuis son arrivée en Suisse que ses recherches seraient plus efficaces sur place. Si une telle affirmation paraît révoltante, il faut l'insérer dans le contexte particulier de déclarations contradictoires du requérant quant à l'existence de ses deux enfants à charge¹⁹¹. Dans un autre arrêt, le Tribunal estime qu'il est en droit d'attendre de la personne concernée, au vu de l'ensemble des circonstances, qu'elle prenne contact avec les membres de sa famille et sollicite, dans un premier temps, le soutien financier de ceux-ci malgré leur situation précaire¹⁹². Pour un recourant ayant quitté son pays à l'âge de 27 ans et dont une grande partie de la famille non nucléaire se trouve en Suisse, il relève que celui-ci sera parfaitement en mesure de se débrouiller seul étant donné qu'il est âgé de 33 ans désormais¹⁹³. Les allégations d'une recourante quant à l'absence d'individus pouvant apporter un soutien lors du retour doivent être appréciées avec précaution si celles-ci ne sont pas prouvées objectivement selon le Tribunal. Si tel était le cas toutefois, il estime que la recourante, étant alors enceinte et liée à un compatriote requérant d'asile, pourra « certainement » bénéficier du réseau social et familial de ce dernier au moment du retour¹⁹⁴. Dans un sens similaire, le TAF se contentera dans la plupart des arrêts rendus de supposer la possibilité d'obtenir un soutien moral et financier en raison de la simple présence de membres familiaux dans le pays d'origine¹⁹⁵.

186 Arrêts du TAF F-4412/2016 du 29 septembre 2017 consid. 7.6 ; F-6480/2016 consid. 8.3.

187 Cf. *supra*, p. 20.

188 Arrêt du TAF C-989/2014 du 6 mai 2015 consid. 7.5.2 et jurisprudence citée.

189 Arrêt du TAF C-5271/2009 du 5 octobre 2010 consid. 6.4.1 ; GORDZIELIK/FREHNER, *op. cit.*, p. 439 ; UEBERSAX, *op. cit.*, p. 130 n. 33.

190 FUCHS/FANKHAUSER, *op. cit.*, p. 26 ss.

191 Arrêt du TAF C-6601/2009 du 23 juillet 2010 consid. 7.3.

192 Arrêt du TAF C-4480/2011 du 31 janvier 2014 consid. 7.4.

193 Arrêt du TAF C-2399/2010 du 9 novembre 2010 consid. 6.4.

194 Arrêt du TAF C-3363/2013 du 11 mars 2015 consid. 6.3.2.

195 Arrêts du TAF C-5313/2011 du 13 mars 2014 consid. 7.4 ; C-4884/2009 consid. 6.1.4 et 6.1.5 ; C-6920/2009 consid. 5.4.

Nous ne saurions remettre en cause, de manière générale, que la présence d'un réseau social ou familial dans l'État de provenance implique une aide à la réinsertion. Qu'en est-il toutefois des situations dans lesquelles une tentative de réintégration a échoué et que cette dernière n'a pas été suffisamment prise en compte lorsque la question de la reconnaissance d'un cas de rigueur s'est posée ? Cet état de fait est illustré dans le cas d'un ressortissant kosovar, « Ermal ». Lorsque celui-ci fut contraint de regagner son pays d'origine suite à son expulsion, il fut confronté certes à des difficultés d'ordre économique qui relèvent de circonstances touchant l'entier de la population, mais surtout à l'impossibilité propre à sa famille de lui venir en aide financièrement lors de ses recherches d'emploi et la réticence générale de son environnement social à l'encontre de son statut. Ce contexte le conduira à se rendre à nouveau en Suisse où il déposera une demande de reconnaissance d'un cas d'extrême gravité au sens de l'article 30 alinéa 1 let. b LEI après un séjour illégal de près de 8 ans. Celle-ci sera tout d'abord refusée par le service cantonal compétent pour les raisons mentionnées ci-dessus et, par la suite, révisée et transmise au SEM qui approuvera l'octroi de l'autorisation fondée sur l'article précité¹⁹⁶. S'il n'est pas possible de faire une généralité de ce cas d'espèce, il n'empêche que celui-ci démontre dans quelle mesure l'absence d'un contrôle effectif du potentiel soutien que représente le réseau familial et social peut se répercuter sur les chances de réinsertion de la personne concernée dans son État de provenance.

3. L'absence de motif de révocation au sens de l'article 62 al. 1 LEI (let. d)

Selon l'article 62 alinéa 1 LEI, applicable en vertu du renvoi de l'article 14 alinéa 2 let. d LAsi, une autorisation de séjour peut être révoquée notamment en cas de fausses déclarations ou de dissimulation de faits essentiels durant la procédure d'autorisation (let. a), de condamnation à une peine privative de liberté de longue durée (let. b), d'atteinte grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics suisse ou étranger (let. c) ou de dépendance à l'aide sociale (let. e).

Le but de cette norme est d'éviter les situations où l'octroi d'une autorisation de séjour puisse être immédiatement révoqué et, donc, prévenir les décisions contradictoires des organes de l'État¹⁹⁷. Toutefois, nous pouvons déduire de l'analyse de la jurisprudence fédérale ci-dessus que le renvoi de l'article 14 alinéa 2 let. d LAsi à l'article 62 alinéa 1 LEI fait largement office de doublon. D'ailleurs, le renvoi général à l'article 62 alinéa 1 LEI peut poser quelques problèmes de cohérence, en particulier s'agissant de la lettre e relative à la dépendance à l'aide sociale. En vertu de l'article 31 alinéa 5 OASA notamment, il y a lieu de tenir compte d'une interdiction de travailler au sens de l'article 43 LAsi lors de l'appréciation de la situation financière de la personne concernée. Il est donc nécessaire d'envisager cette exigence dans le contexte de la réglementation en matière de cas de rigueur. Ainsi, le fait d'être au bénéfice de l'aide sociale ne doit pas exclure systématiquement la possibilité d'octroyer une autorisation de séjour fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. Il est au contraire nécessaire d'apprécier la situation de manière proportionnée et déterminer s'il est possible de reprocher à la personne concernée d'avoir recouru à l'aide sociale¹⁹⁸. La teneur potestative de l'article 62 LEI appuie cette conception et la jurisprudence fédérale confirme l'application du principe de la proportionnalité dans le cadre de cet article¹⁹⁹.

Or, les conditions de l'article 62 alinéa 1 LEI sont généralement traitées par la jurisprudence lors de l'examen de l'article 31 alinéa 1 OASA prévoyant des critères similaires, de sorte que l'importance de cette norme dans le cadre de notre thématique est fortement réduite. Le TAF se borne en effet à

196 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 26 ss ; Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz, Fall 303, 2016, <<https://www.beobachtungsstelle-rds.ch/faellen>> (consulté le 29 novembre 2019).

197 BO 2012 CN 1099 ss.

198 UEBERSAX, op. cit., p. 131 n. 35 ss.

199 Arrêts du TAF C-801/2012 du 16 juillet 2015 consid. 4.6 ; F-4412/2016 consid. 3.3 ; C-5433/2011 consid. 7.3.

indiquer son existence et le renvoi qu'elle implique sans pour autant l'examiner de manière séparée²⁰⁰.

C. La pondération des critères

Si l'examen de la jurisprudence fédérale relative aux conditions posées par l'article 14 alinéa 2 LAsi nous a permis de nous rendre compte plus précisément des exigences variées et complexes qui découlent de chacun des critères légaux, il n'en demeure pas moins que la reconnaissance d'un cas de rigueur dépendra entièrement de la pondération faite par l'autorité compétente de ceux-ci. Il est par ailleurs difficile de procéder à des comparaisons entre cas d'espèce pour déterminer dans quelle mesure certains facteurs ont pu influencer la décision finale. À ce propos, la jurisprudence du TAF précise que le rapprochement est d'autant plus délicat lorsque les personnes concernées proviennent d'un pays ou d'un continent différent, tant les circonstances spécifiques au cas sont déterminantes pour la décision d'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur. De plus, il ajoute que le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement selon la jurisprudence. Dans ce contexte, s'il y a lieu d'admettre hypothétiquement que la loi aurait été faussement appliquée dans un cas d'espèce, « le justiciable auquel la loi est correctement appliquée ne saurait prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi »²⁰¹. Il ressort de ces considérants que le grief de l'égalité de traitement n'est en principe d'aucun secours pour les recourants²⁰².

Nous relèverons cependant que certains critères présentent une importance particulière aux yeux de la jurisprudence fédérale. C'est notamment le cas de l'intégration socio-professionnelle, scolaire et les possibilités de réintégration. Généralement, lorsqu'il ressort de ces derniers une appréciation favorable à l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi, l'influence des autres critères est alors réduite tacitement. Nous observerons par ailleurs que cette tendance est inversée lorsque les conditions précitées s'imposent comme défavorables à l'admission d'un cas de rigueur. Ce constat nous pousse à nous attarder sur les rares cas où le recours contre une décision négative du SEM a été admis par le TAF. Il faut préciser tout d'abord que certains pourvois en la matière ont été admis en raison de fait sortant de la pondération des critères au sens propre²⁰³. S'agissant du solde, il y a lieu de résumer brièvement quelques exemples.

Dans un arrêt du 23 septembre 2010²⁰⁴, il était question d'un couple de ressortissants biélorussiens présents en Suisse depuis 7 ans et demi. L'excellente évolution professionnelle de la recourante (première activité lucrative à temps partiel trouvée quelques mois après son arrivée, puis obtention d'un poste de secrétaire-réceptionniste à plein temps pour finalement décrocher un poste d'assistante administrative dans une société active dans la gestion de fortune après une formation de conseillère financière), ses progrès remarquables dans la maîtrise du français ainsi que son intégration sociale notable (active au sein de la Croix-Rouge fribourgeoise et une bibliothèque interculturelle pour laquelle elle a notamment apporté une contribution déterminante à l'acquisition d'une collection russe) ont permis au Tribunal de faire abstraction de la moins bonne intégration du mari. Par ailleurs, le comportement irréprochable et l'indépendance financière du couple ont appuyé la décision de celui-ci, à l'instar des difficultés propres aux recourants en cas de réintégration en Biélorussie (parmi les éléments retenus, nous relevons particulièrement l'âge des recourants, 52 et 53 ans respectivement, les antécédents politiques risquant d'affecter l'accès à la vie économique, le fait que les efforts d'intégration de la recourante en particulier seraient réduits à néant au vu de son âge et l'absence de famille proche dans le pays d'origine). S'il n'y a pas lieu de douter de la

200 Arrêt du TAF F-2992/2014 du 20 octobre 2016 consid. 6.4.

201 Arrêts du TAF C-801/2012 du 16 juillet 2015 consid. 6.10 ; C-989/2014 consid. 7.4.2.

202 GOLAY, op. cit., p. 3,5.

203 Arrêts du TAF C-1430/2011 du 18 mai 2012 ; C-5870/2008.

204 Arrêt du TAF C-1044/2010 du 23 septembre 2010.

satisfaisante issue de ce recours, nous signalerons toutefois que certains points d'ancrage centraux généralement déterminants pour le refus d'un pourvoi ont été simplement mentionnés ou absents de l'appréciation du Tribunal. En l'occurrence, il s'agit respectivement de leur existence passée en Biélorussie dans la période décisive établit par la jurisprudence fédérale et la détermination du caractère spécifique à la Suisse des compétences et qualifications acquises lors de leur séjour.

Dans un arrêt du 5 octobre 2010²⁰⁵, le TAF admet le pourvoi d'une jeune recourante dans une situation qui, à notre sens, n'aurait pas dû faire l'objet d'une décision négative du SEM en premier lieu. Il s'agissait de la situation d'une recourante serbe arrivée en Suisse à l'âge de 15 ans accompagnée de sa famille, dont son frère lourdement handicapé. Ces derniers, contrairement à l'intéressée, avaient obtenu l'admission provisoire en raison de l'état de santé du fils. La recourante réside en Suisse depuis 7 ans et le Tribunal relève que l'intégration professionnelle et sociale de celle-ci a été fortement retardée par la tâche conséquente que représentaient les soins quotidiens qu'elle prodiguait à son frère²⁰⁶. Elle a toutefois démontré une volonté déterminée à obtenir son indépendance financière après sa majorité, cumulant près d'une dizaine d'emplois en qualité de femme de ménage pour autant d'employeurs différents et lui permettant notamment de réduire sa dépendance à l'aide sociale. L'intéressée a par ailleurs notamment fait l'objet d'une condamnation par ordonnance pénale (escroquerie et faux dans les titres, en relation avec des commandes sous de fausses identités de vêtements sur catalogue), en partie excusée par le Tribunal en raison des faits précités. S'agissant des possibilités de réintégration de la recourante, il est établi que les membres de la famille restants ne seraient d'aucune aide pour l'intéressée. De plus, renvoyer une femme qui n'est pas suffisamment mature pour vivre seule dans un pays qu'elle a quitté depuis plus de 7 ans et, de surcroît, rompre les solides liens familiaux qu'elle a entretenus jusqu'à maintenant avec ses parents et son frère sont des éléments décisifs en faveur de l'intérêt privé de la recourante à poursuivre son séjour en Suisse²⁰⁷. Premièrement, nous saluerons dans le cas d'espèce le contrôle concret du soutien potentiel que pourrait apporter les quelques membres de la famille demeurant en Serbie. Deuxièmement, les efforts de la recourante malgré sa situation personnelle ont conduit le Tribunal à faire abstraction du défaut d'intégration socio-professionnelle poussée, critère grandement déterminant dans le cas présenté ci-dessus. Enfin, il ressort clairement du jugement et de ce qui précède que les considérations d'ordre humanitaire ont grandement motivé l'admission du recours contre la décision du SEM, réalisant ainsi le but de la réglementation en matière de cas rigueur.

Enfin, dans un arrêt du 8 juin 2015²⁰⁸, où il était question d'un couple de ressortissants du Kazakhstan et leur enfant, le Tribunal relève l'exercice de plusieurs activités lucratives temporaires au compte du mari, qui décrochera finalement un contrat de durée indéterminée en qualité d'aide monteur électricien. La recourante a exercé des emplois réguliers mais temporaires en tant qu'ouvrière agricole puis n'a pas vu son autorisation de travail renouvelée, élément pris en compte sous l'angle de l'article 31 alinéa 5 OASA. Malgré l'absence de connaissances ou qualifications spécifiques à la Suisse, le Tribunal constate les efforts des recourants en la matière. Par ailleurs, le couple a fait preuve d'un comportement irréprochable et sont autonomes financièrement depuis près de 5 ans. L'investissement dans la vie associative locale de l'enfant du couple en tant que moniteur de colonie et membre d'associations diverses est aussi retenue par l'autorité, de même que les connaissances linguistiques correctes des parents et l'excellente maîtrise de la langue française du

205 Arrêt du TAF C-5271/2009 du 5 octobre 2010.

206 Dans un sens similaire, le TAF a également pris en compte dans son arrêt C-5048/2010 du 7 mai 2012 la charge considérable que représente la tâche de tutrice pour une recourante de 21 ans, rôle qu'elle a dû assumer après le décès de sa mère ; MARTINE DANG, Étude de cas – L'intégration dans la loi sur les étrangers : les cas de rigueur, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse*, 2012, p. 97 ss.

207 Arrêt du TAF C-5271/2009 du 5 octobre 2010 consid. 6.4.3, le TAF cite ici d'autres circonstances dans lesquelles le renvoi d'une femme seule pourrait constituer un cas de rigueur.

208 Arrêt du TAF C-301/2014 du 8 juin 2015.

fil. La production de documents falsifiés dans le cadre de la demande d'asile est toutefois prise en compte dans l'appréciation, sans qu'un poids considérable lui soit octroyé au vu de l'absence de condamnation pénale sur ce point. Il est cependant admis que le couple pourrait envisager un retour dans leur pays d'origine en raison de leurs âges, de leurs états de santé, de la formation professionnelle acquise en Suisse et du soutien des membres de leur famille restés sur place. Cependant, en raison de l'intégration scolaire, universitaire et sociale poussées du fils des recourants, arrivé sur le territoire helvétique à l'âge de 14 ans et ayant donc cumulé 11 années d'existence en Suisse, justifie, en tenant compte des efforts fournis par chacun, d'octroyer l'autorisation de séjour à l'ensemble des recourants en vertu du principe de l'unité familiale.

Les trois situations présentées ci-dessus illustrent différents états de fait ayant conduit à la reconnaissance d'un cas de rigueur au sens de l'article 14 alinéa 2 LAsi. En addition des quelques exemples d'admission mentionnés précédemment²⁰⁹, il est possible de déterminer que, en l'état actuel de la jurisprudence, les familles avec des adolescents scolarisés disposent des plus grandes chances de succès en ce qui concerne l'octroi d'une autorisation de séjour en la matière²¹⁰. Plus précisément, c'est la combinaison du principe de l'unité familiale et de l'importance accordée par la jurisprudence fédérale à la formation de la personnalité durant l'adolescence qui est décisive. Autrement, les personnes arrivées seules sur le territoire helvétique n'ont pas la possibilité de profiter des allègements en terme d'exigence qu'aménage le TAF lorsqu'il est question d'un contexte familial, fait qui semble indispensable à la reconnaissance d'un cas de rigueur. En particulier, les jeunes hommes célibataires subissent la pratique relativement favorable aux familles, à savoir que leur âge et leur indépendance sont abstraitement retenus par le Tribunal pour leur réinsertion²¹¹.

Par ailleurs, à la lecture de certaines décisions émanant des autorités compétentes, nous ne saurions écarter le sentiment que le critère de l'intérêt économique de la Suisse guide implicitement la prise de décision de celles-ci²¹². S'il ressort du caractère exceptionnel des dispositions pertinentes qu'une interprétation restrictive est nécessaire lors de l'appréciation d'un cas de rigueur²¹³, il est néanmoins complexe d'expliquer les raisons pour lesquelles la jurisprudence fédérale et le SEM imposent, par exemple, des exigences relatives au degré de qualification des activités lucratives exercées par les recourants durant leur séjour en Suisse, élément qui ne découle nullement des directives appelées à préciser le contenu des conditions légales²¹⁴.

IV. Aspects procéduraux

Il a pu être constaté jusqu'à présent que l'analyse de l'article 14 alinéa 2 LAsi pose des difficultés certaines s'agissant des conditions qu'il impose en matière d'intégration. Malheureusement, cette norme n'est pas non plus exempte de critiques lorsqu'il est question des aspects procéduraux qui la concernent, de sorte qu'il y a lieu désormais de s'attarder sur ces derniers.

L'article 14 alinéa 2 LAsi se caractérise tout d'abord par l'absence de règles relatives au sort de l'exécution du renvoi. Or, les principales personnes concernées, essentiellement des requérants d'asile déboutés, demeurent sur le territoire helvétique nonobstant le fait qu'ils ont fait l'objet d'une décision de renvoi au sens de l'article 44 LAsi. Se pose alors la problématique de la suspension de l'exécution du renvoi dans le cadre d'une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur. En réalité, celle-ci peut être résolue par l'application cumulée de plusieurs normes. En vertu de l'article 46 alinéa 1 LAsi, le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision de renvoi. La tolérance dont

209 Arrêt du TAF F-1303/2018 et F-4844/2017.

210 PETRY, op. cit., p. 300, une conclusion similaire a déjà été constatée en 2013 ; EFIONAYI-MÄDER ET AL., op. cit., p. 47.

211 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 18.

212 PETRY, op. cit., p. 294 et 297 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 28 ss.

213 Arrêts du TAF F-7533/2015 du 14 décembre 2016 consid. 7.3 ; C-301/2014 consid. 5.1.

214 Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers, Cas 198, 2013, <<https://odae-romand.ch/fiche/le-permis-b-pour-cas-de-rigueur-lui-est-refuse-malgre-une-integration-exemplaire/>> (consulté le 2 décembre 2019).

font preuve certains cantons conduit toutefois à prolonger le séjour en question et, indirectement, octroie la possibilité de remplir les conditions formelles posées par l'article 14 alinéa 2 let. a LAsi. À défaut d'une disposition spécifique dans la LAsi ou la LEI relative à un potentiel effet suspensif d'une demande fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi, il faut appliquer par analogie l'article 17 alinéa 2 LEI²¹⁵. Selon ce dernier, l'autorité cantonale compétente est habilitée à autoriser la présence de l'étranger en Suisse durant une procédure d'autorisation si les conditions d'admission sont manifestement remplies. Dans le cas où celle-ci est disposée à examiner une demande tendant à la reconnaissance d'un cas de rigueur, elle suspendra les mesures d'exécution du renvoi pendant la durée de l'examen. Par la suite, si elle émet un préavis favorable à la demande en question et la transmet pour approbation au SEM, il faut en conclure que l'autorité cantonale considère les conditions d'admission comme étant manifestement remplies et qu'elle autorise l'étranger à demeurer sur son territoire pour y attendre l'issue de la procédure. La décision de renvoi y relative doit alors être considérée comme caduque²¹⁶.

L'alinéa 3 de l'article 14 LAsi, quant à lui, soumet le canton qui entend faire usage de la possibilité offerte par l'article 14 alinéa 2 LAsi à une obligation de signaler cette volonté sans délai au SEM. Dans la pratique, toutefois, c'est généralement la personne concernée qui en fait la demande auprès des autorités cantonales compétentes et ce constat est vérifié par les nombreux états de fait des arrêts qui ont fait l'objet du titre précédent²¹⁷. L'article 14 alinéa 2 LAsi accorde une grande liberté aux cantons sur l'issue qu'ils entendent donner à la demande du requérant. En vertu du principe de la liberté de détermination de l'autorité cantonale, la personne concernée ne dispose pas d'un droit à ce que l'autorité se saisisse de sa demande étant donné la formulation potestative de l'alinéa 2²¹⁸. Si elle décide d'entrer en matière, l'autorité compétente exercera alors son pouvoir d'appréciation en examinant les conditions posées par l'article 31 OASA notamment. À ce stade de la procédure, les divergences cantonales sur l'usage de la réglementation et sur la manière d'apprécier les conditions s'illustrent pleinement. Dans le cas d'un préavis favorable, l'autorité cantonale transmettra alors la demande du requérant pour approbation au SEM, conformément à ce qui est prévu à l'article 14 alinéa 2 LAsi. En cas de refus au niveau cantonal, l'article 14 alinéa 4 LAsi prévoit une règle de procédure pour le moins insatisfaisante²¹⁹.

En règle générale, l'étranger a qualité de partie tant dans la procédure cantonale que lors de la procédure d'approbation fédérale²²⁰. Selon l'article 14 alinéa 4 LAsi, la personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation du SEM. Il faut en conclure que le requérant ne dispose pas des droits associés à la qualité de partie à ce stade de la procédure²²¹. En effet, ainsi qu'il en ressort de la jurisprudence citée dans ce travail, seules les décisions négatives du SEM peuvent faire l'objet d'un recours au TAF²²². Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur cette règle de procédure dans l'arrêt de principe sur cette question. Selon l'article 29a Cst., garantissant l'accès au juge, toute personne a le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Ce même article prévoit toutefois que ce droit peut être exclu dans des cas exceptionnels²²³. Il s'agit essentiellement de situations dans lesquelles un contrôle judiciaire n'est

215 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 429 ss.

216 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 430.

217 Arrêts du TAF C-1430/2011 du 18 mai 2012 ; C-4884/2009 ; F-1734/2018 ; UEBERSAX, op. cit., p. 133 n. 43 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 427.

218 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 427 ; BAUR, op. cit., p. 3 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

219 DUBACHER, op. cit., p. 39 ss.

220 Parmi d'autres, arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 5.2 ; VUILLE/SCHENK, op. cit., p. 116.

221 PETRY, op. cit., p. 290 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 31, cela implique non seulement que le demandeur n'a pas le droit de recourir contre un refus de l'autorité cantonale compétente, mais aussi qu'il n'a ni le droit de consulter son dossier durant la procédure ni de participer à l'administration des preuves ou exiger le respect du droit d'être entendu.

222 Art. 105 et 107 LAsi ainsi que l'art. 33 let. d de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral.

223 PETRY, op. cit., p. 291, la doctrine est de l'avis que l'accès au juge ne doit être limité que dans des cas exceptionnels.

pas approprié, notamment lorsque des questions politiques sont soulevées par les actes gouvernementaux²²⁴. Même si le Tribunal fédéral est d'avis qu'un recours à une autorité judiciaire cantonale doit exister, il ne peut que déplorer l'absence de voie de recours contrevenant à la norme constitutionnelle introduite ci-dessus en raison de l'article 190 Cst. consacrant l'immunité constitutionnelle des lois fédérales²²⁵. De plus, il estime que l'absence de qualité de partie en procédure cantonale ne viole ni les articles 6 et 13 CEDH, ni l'article 2 paragraphe 3 let. a du Pacte international du 16 décembre 1996 relatif aux droits civils et politiques²²⁶. Il découle donc tacitement de ce raisonnement que la problématique des cas de rigueur ne constitue pas un élément entrant dans le champ d'application des exceptions de la garantie de l'accès au juge. Au contraire, il faut donc considérer que le refus relatif à une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur n'est qu'une décision typique de droit administratif²²⁷. À la suite de l'invitation du Tribunal fédéral à revoir la teneur de l'alinéa 4 et dans le cadre de la révision de la LAsi en 2012, le Conseil des États avait souhaité abroger celui-ci, mais ce dernier est resté inchangé en l'absence d'un accord du Conseil national sur ce point²²⁸.

Ainsi, une différence perdue à ce sujet entre la réglementation en matière de cas de rigueur en droit d'asile et celle résultant de l'article 30 alinéa 1 let. b LEI. Il a été relevé précédemment que l'article 31 OASA est appelé à s'appliquer à ces normes et que ces dernières consacrent une notion similaire²²⁹. Cependant, la jurisprudence fédérale estime que les dissimilitudes de nature procédurale qui distinguent ces deux régimes juridiques justifient l'absence d'un contrôle judiciaire au niveau cantonal en ce qui concerne l'article 14 LAsi²³⁰. Selon le TAF, se basant notamment sur l'article 40 alinéa 1 LEI, les cantons sont en principe compétents s'agissant de l'octroi d'une autorisation de séjour ordinaire relevant du droit des étrangers. La compétence de la Confédération, en particulier celle du SEM, est toutefois réservée lorsqu'il est question de dérogations aux conditions d'admission et de procédure d'approbation au sens des articles 30 LEI et 99 LEI respectivement. Ainsi, une personne soumise au droit des étrangers pourrait alors engager une demande d'autorisation fondée à la fois sur les règles ordinaires d'admission et l'article 30 alinéa 1 let. b LEI. En revanche, tel n'est pas le cas lorsqu'il est question de l'article 14 alinéa 2 LAsi, qui consacre une exception au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile prévue à son alinéa premier²³¹. Le canton ne peut donc envisager d'octroyer une autorisation de séjour qu'à la suite de l'approbation du SEM étant donné que le requérant d'asile débouté ne dispose pas d'un droit à une telle autorisation²³². Par conséquent, l'approbation fédérale découlant de l'article 14 alinéa 2 LAsi a pour objet de déterminer dans quelle mesure le canton est habilité à déroger au principe précité pour engager une procédure d'autorisation de séjour. À l'inverse, l'approbation dont il est question pour la lettre b de l'article 30 alinéa 1 LEI concerne l'octroi d'une autorisation de séjour qui relève en principe de la compétence cantonale²³³. Le TAF conclut donc qu'il faut interpréter l'article 14 alinéa 4 LAsi comme ne permettant pas aux cantons d'instaurer une voie de recours au niveau cantonal, fait légitimé par la nature particulière de la procédure d'approbation de l'article 14 alinéa 2 LAsi²³⁴.

224 ATF 137 I 128 consid. 4.2.

225 ATF 137 I 128 consid. 4.3.2 ; PETRY, op. cit., p. 291 ; UEBERSAX, op. cit., p. 134 n. 44 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 31.

226 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2).

227 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 428 ; PETRY, op. cit., p. 291.

228 BO 2012 CN 1099 ; BO 2011 CE 1124 ss ; arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud PE.2018.0486 du 21 mai 2019 consid. 2b ; UEBERSAX, op. cit., p. 135 n. 50.

229 Cf. *supra*, p. 3 ss.

230 Arrêts du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 5 ; F-2994/2017 consid. 4 ; F-1734/2018 consid. 5 ; C-4884/2009 consid. 3.4 ; F-6480/2016 consid. 4.

231 ATAF 2009/40 consid. 3.4.1 et 3.4.2.

232 ATF 137 I 128 consid. 4.1.

233 ATAF 2009/40 consid. 3.4.1 et 3.4.2 ; PETRY, op. cit., p. 291 ss.

234 ATAF 2009/40 consid. 3.4.2 ss ; PETRY, op. cit., p. 291 ss.

Il résulte donc de la jurisprudence fédérale que, nonobstant son caractère inconstitutionnel, l'exclusion de la qualité de partie dans ce contexte doit être respectée. Les cantons ne sont pas non plus habilités à instaurer une voie de recours²³⁵. Cependant, il faut relever que ces exigences contreviennent aussi à l'article 191b Cst., en relation avec l'article 130 alinéa 3 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²³⁶, ainsi qu'à l'article 103 alinéa 1 LAsi²³⁷. Un tel raisonnement est en contradiction avec les obligations des cantons d'instaurer une juridiction cantonale avec un plein pouvoir d'examen ainsi que celle de prévoir au moins une instance de recours contre les décisions prises par leurs autorités sur la base de la LAsi et ses dispositions d'exécution²³⁸. Il faut réserver l'hypothèse dans laquelle un éventuel recours devant une autorité cantonale serait ouvert en rapport avec l'application par analogie de la théorie des faits de double pertinence. Lorsque le recourant rend vraisemblable au stade de la recevabilité qu'il a un droit à une autorisation de séjour, le point de savoir si tel est le cas sera alors l'objet de l'examen de la cause au fond²³⁹.

Il n'en demeure pas moins que la portée des articles 14 alinéa 2 LAsi et 30 alinéa 1 let. b LEI est similaire. Il faut douter de la nécessité de les distinguer dans ce contexte, d'autant plus que, hormis la différence résultant de la procédure d'approbation fédérale, ces deux normes sont largement identiques quant aux critères à examiner, au devoir de collaboration imputable au demandeur et au fait que le dossier du requérant sera transmis au SEM à l'issue de l'examen des autorités cantonales²⁴⁰. Dans son avis du 11 mars 2011 en réponse à une motion²⁴¹, le Conseil fédéral indique qu'il n'y a pas lieu de remettre en question la restriction aux voies de droit cantonales prévue à l'article 14 alinéa 4 LAsi. Il évoque essentiellement le but recherché par le législateur en restreignant la qualité de partie, à savoir « éviter que le dépôt de demandes infondées et l'épuisement des voies de recours cantonales ne puissent être utilisés indûment, aux fins de retarder l'exécution des renvois »²⁴². Par ailleurs, les disparités cantonales en matière d'application de la réglementation ne sauraient selon lui modifier cette appréciation dans la mesure où la décision de l'autorité de dernière instance cantonale ne pourrait faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Dans une telle constellation, les cantons seraient amenés à se prononcer définitivement sur la demande.

À notre sens, l'argument relatif aux procédures dilatoires ne semble pas prendre suffisamment en compte le fait que, dans cette thématique, nous nous trouvons en présence de demandeurs qui cumulent au moins 5 années de séjour en Suisse. Que celui-ci soit légal ou résulte d'une simple tolérance cantonale, l'intérêt privé à poursuivre un séjour pour des motifs humanitaires qui pourraient être avérés devrait l'emporter, tout du moins temporairement, sur l'intérêt public à mener une politique migratoire restrictive. De plus, la prolongation dudit séjour résultant de l'épuisement des voies de recours cantonales apparaît comme négligeable lorsqu'on lui oppose la durée de présence déjà écoulée²⁴³. Il est discutable que ces raisons justifient l'exclusion de la qualité de partie, privant ainsi les demandeurs de faire valoir des droits fondamentaux de procédure qui apparaissent essentiels dans une réglementation que ces derniers subissent déjà²⁴⁴. En revanche, l'idée sous-

235 Voir aussi arrêts du Tribunal fédéral 2C_853/2008 du 28 janvier 2009 consid. 3.1 et 2D_90/2008 du 9 septembre 2008 consid. 2.1.

236 Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) ; GOLAY, op. cit., p. 3,10.

237 GOLAY, op. cit., p. 3,10.

238 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 429 ; GOLAY, op. cit., p. 3,10.

239 ATF 141 II 14 consid. 5.1 ; arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud PE.2018.0486 du 21 mai 2019 consid. 2c.

240 PETRY, op. cit., p. 292.

241 Motion Prelicz-Huber, BO 2009 CN 242 ss.

242 Conseil fédéral, Avis du 11 mars 2011 en réponse à la motion Prelicz-Huber (BO 2009 CN 242 ss), 2011, <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20104107>> (consulté le 14 janvier 2020).

243 PETRY, op. cit., p. 292 ss.

244 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 429.

jacente selon laquelle la conciliation des différents avis politiques cantonaux a motivé le maintien de cette exclusion est plus convaincante²⁴⁵. Si certains cantons étaient favorables à un contrôle judiciaire à ce stade, d'autres souhaitaient préserver la faculté d'autodétermination qui leur était conférée par la formulation potestative de l'article 14 alinéa 2 LAsi. Ce fait nous incitera à aborder dans la section suivante les disparités cantonales inhérentes à notre thématique, point central et longuement discuté depuis l'entrée en vigueur de l'article 14 alinéa 2 LAsi.

Enfin, lorsque le SEM reçoit une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur qui a fait l'objet d'un préavis favorable du canton d'attribution, il examinera à son tour si les conditions légales fédérales sont remplies, sans être lié à l'appréciation de l'autorité cantonale²⁴⁶. S'il entend refuser la demande en question, le droit d'être entendu du demandeur doit être respecté, en relation avec l'article 14 alinéa 4 LAsi²⁴⁷. La personne concernée peut, dans le cas du maintien de la décision négative, recourir au TAF statuant définitivement en vertu de l'article 83 let. c ch. 5 LTF.

V. Pratiques cantonales : vue d'ensemble

Théoriquement, la législation fédérale contraignante pour les cantons, précisée par les directives du SEM et la jurisprudence du TAF, devrait conduire à des pratiques cantonales largement harmonieuses. La réalité diffère toutefois de cette hypothèse. La procédure d'approbation fédérale, dont l'intérêt est aussi la recherche d'un équilibre dans les pratiques, a pour effet de contraindre les cantons à adopter une pratique plus restrictive pour éviter que les dossiers qu'ils transfèrent au SEM se soldent par un rejet²⁴⁸. La position généralement plus restrictive du SEM permet donc une certaine harmonisation des pratiques cantonales, sans pour autant que celle-ci soit au bénéfice des demandeurs. La liberté d'appréciation accordée aux autorités cantonales et inhérente à la réglementation en matière de cas de rigueur incite à rassembler et analyser les statistiques d'admissions et de refus cantonales fondés sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. Un tel recensement (cf. annexe 2) permet d'explicitier dans un premier temps les disparités entre cantons sous l'angle du nombre de cas admis et refusés. Dans un second temps, il facilitera la recherche des potentielles causes du fort contraste existant entre ces données.

Le « champion » incontesté en matière de cas de rigueur relevant du droit d'asile est le canton de Vaud, suivi par celui de Genève et de Berne. En terme de refus, c'est à nouveau le canton de Vaud qui est en tête et, loin derrière, le canton du Tessin et de Neuchâtel. Il est surprenant, à première vue, de découvrir de tels écarts. Ces derniers ne sont effectivement pas aussi saisissants lorsque l'on se focalise sur les statistiques annuelles publiées par le SEM. Comme mentionné précédemment, ces divergences représentent une des problématiques majeures de la réglementation. Plusieurs interventions parlementaires ont d'ailleurs soulevé ce constat, déjà dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'article 14 alinéa 2 LAsi mais aussi plus récemment²⁴⁹. À la suite d'une interpellation précitée²⁵⁰, le Conseil fédéral, dans son avis du 16 février 2011, apporte un premier élément de réponse. Selon lui, les disparités cantonales peuvent s'expliquer en grande partie par le nombre variable de requérants déboutés se trouvant dans un canton²⁵¹. Il est vrai que la situation de nombreux cantons n'est pas comparable d'un point de vue démographique, selon par exemple qu'il

245 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 429, en particulier la note de bas de page n. 15.

246 Arrêt du TAF C-3620/2014 du 21 septembre 2015 consid. 3.3 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 430.

247 ATF 137 I 128 consid. 4.1 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 430.

248 EFIONAYI-MÄDER ET AL., op. cit., p. 47, voir notamment la situation du canton de Vaud à ce sujet.

249 Interpellation Vischer, BO 2008 CN 1017 et BO 2010 CN 78 ; Question Prelicz-Huber, BO 2009 CN 1314 ; Question Carobbio Guschetti, BO 2009 CN 164 ; Question Tschümperlin, BO 2009 CN 165 ; Interpellation Schenker, BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731 ; Question Aeschi, BO 2018 CN 895.

250 Interpellation Schenker, BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731.

251 Conseil fédéral, Avis du 16 février 2011 en réponse à l'interpellation Schenker (BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731), 2011, <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20104114>> (consulté le 14 janvier 2020).

s'agisse d'un canton rural ou urbain²⁵². En 2018, par exemple, 1137 demandes d'asile ont été déposées auprès des autorités du canton de Vaud tandis que seulement 24 l'ont été dans les cantons d'Obwald ou d'Appenzell Rhodes-Intérieures²⁵³. Inévitablement, l'article 14 alinéa 2 LAsi aura plus de chances d'être appliqué dans le premier que dans les seconds.

Les règles d'attribution des requérants d'asile à un canton, notamment les articles 27 LAsi et 21-22 de l'Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile²⁵⁴, ne sont pas, à première vue, à remettre en cause non plus. À défaut d'une entente des cantons sur la répartition, le SEM procède à une attribution proportionnelle à la population selon une clé de répartition prédéterminée et régulièrement mise à jour. Il est tenu compte de l'intérêt des cantons et des prestations qu'ils peuvent offrir, de l'intérêt des requérants ainsi que du principe de l'unité familiale²⁵⁵. Si l'attribution n'est pas à l'abri de toute critique²⁵⁶, elle ne constitue que le prolongement des inégalités cantonales en matière de population. En revanche, insérée dans le contexte de notre sujet, l'attribution cantonale sera en réalité déterminante.

En effet, si la démographie éclaircit une partie de cette problématique, comment expliquer les différences résiduelles ? Pourquoi un canton comme Zurich, où les demandes d'asile représentent chaque année presque le double de celles déposées dans le canton de Vaud²⁵⁷, n'a pu obtenir que presque trois fois moins d'autorisations pour cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi ? À notre sens, la source du problème ne découle pas des chiffres eux-mêmes mais de ce qu'ils cachent. Force est de constater que, malgré la jurisprudence fédérale et les directives édictées par le SEM précisant les conditions à remplir²⁵⁸, les pratiques cantonales divergent selon leur volonté respective de faire usage de la réglementation exceptionnelle et l'interprétation que font les différents cantons des conditions à remplir. L'absence d'un droit à une autorisation fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi justifie-t-elle de ne pas poursuivre les efforts d'harmonisation des pratiques ? Est-il juste pour un État de droit que l'issue positive ou négative d'une procédure soit potentiellement conditionnée par la chance du requérant de se voir attribuer à un canton dont la pratique lui sera favorable²⁵⁹ ? Cumulés à la barrière procédurale que représente l'article 14 alinéa 4 LAsi, il découle de ces éléments une situation hautement insatisfaisante qu'il est nécessaire de discuter.

Deux tendances principales s'opposent. D'une part, les cantons sensibles à la situation de personnes bien intégrées qui voient en l'article 14 alinéa 2 LAsi la possibilité de les régulariser et, d'autre part, les cantons pour lesquels il n'y a pas lieu de récompenser un séjour illégal résultant d'un refus d'obtempérer à une décision de renvoi²⁶⁰. Certains cantons ont instauré des organes spécifiques chargés de traiter les demandes de reconnaissance d'un cas de rigueur. Selon les données les plus récentes²⁶¹, 5 cantons (BE, BS, GE, GR, SG) ont prévu une commission interne à leur administration alors que 3 autres cantons (LU, NE, ZH) se sont dotés d'une commission externe. Selon les déclarations des cantons restants, ils n'ont pas instauré de commission spécifique.

252 Conseil fédéral, Rapport du 24 septembre 2013 en réponse au postulat du groupe libéral-radical, ch. 4.2.

253 Secrétariat d'État aux migrations, Statistique des étrangers et de l'asile 2018, 2019, ch. 7-20-K10, <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/bestellung/auslaender-asylstatistik-2018-f.pdf>> (consulté le 13 novembre 2019).

254 Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 1 ; RS 142.311).

255 ADRIANA ROMER, Le déroulement de la procédure d'asile devant le SEM, in Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2^e éd. 2016, p. 79 ss ch. 6.

256 EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER, Art. 27, in Code annoté de droit des migrations, vol. IV, 2015, p. 250 ss n. 43 ss.

257 Secrétariat d'État aux migrations, Statistique des étrangers et de l'asile 2018, 2019, ch. 7-20-K10.

258 Ch. 5.6.10 ss Directives LEI.

259 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 13 ; DUBACHER, op. cit., p. 39 ss.

260 BAUR, op. cit., p. 3 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 442 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10 ; EFIONAYI-MÄDER ET AL., op. cit., p. 48 ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 4.

261 Swiss Forum for Migration and Population Studies (SFM), Marges de manoeuvre cantonales en mutation, 2019, p. 124 ss, <https://www.unine.ch/files/live/sites/sfm/files/listes_publicationsSFM/Etudes%20du%20SFM/SFM%20-%20Studies%2073f.pdf> (consulté le 7 décembre 2019).

La présence d'un tel organe dans l'organisation cantonale n'est pas indicative d'une pratique libérale comme nous avons pu l'établir précédemment dans le cas du canton de Zurich et, inversement, en ce qui concerne le canton de Vaud. Cela démontre toutefois la recherche d'une uniformisation de la pratique du canton concerné lorsqu'il s'agit d'apprécier des cas de rigueur²⁶². La structure et les acteurs appelés à participer à l'examen sont variables d'une commission à l'autre. Dans les 8 cantons prévoyant actuellement une commission, certains y ont inclus un large panel de participants de milieux différents (BS, ZH, NE). Dans la commission des cas de rigueur du canton de Zurich par exemple, des représentants d'Églises ou encore des organisations d'entraide sont sollicités lors de l'examen d'un cas d'espèce²⁶³. Il est souhaitable qu'une telle structure soit reproduite dans toutes les commissions cantonales dans la mesure où l'ensemble des opinions politiques et sociales seraient alors amenées à se prononcer sur un cas de rigueur, de sorte que la légitimité de la décision soit renforcée²⁶⁴. De plus, les avis contradictoires des différents acteurs se contrebalanceraient mutuellement entre eux, créant naturellement un équilibre qui devrait aboutir à une pratique uniformisée²⁶⁵. Pour qu'un tel objectif puisse être réalisé, il est nécessaire que ces participants puissent réellement avoir un impact sur le processus de décision et ne pas être sollicités uniquement au titre de consultants²⁶⁶. Le pouvoir des commissions, dans les cantons qui les instaurent, est toutefois largement limité suivant le rôle qui leur a été attribué, à savoir des compétences préparatoires, participatives à la décision ou encore de recommandations²⁶⁷. Par exemple, s'il y a lieu de saluer la composition de la commission d'experts pour les cas de rigueur dans le domaine de l'asile du canton de Lucerne²⁶⁸, celle-ci n'a qu'un rôle consultatif²⁶⁹.

Force est de constater qu'à ce jour²⁷⁰, seuls quelques cantons octroient un pouvoir décisionnel à des entités qui ne se rattachent pas à l'office cantonal compétent pour la migration²⁷¹. Ce dernier reste donc principalement compétent dans le processus de décision. Si les efforts de consultation sont louables, nous sommes de l'avis qu'une ouverture sur ce point est nécessaire. À défaut d'une pleine participation, la création de commissions cantonales ou la consultation de représentants de milieux différents s'apparentent à un moyen de satisfaire l'opinion publique²⁷². Par ailleurs, si la création de commissions cantonales paritaires est souhaitée depuis l'entrée en vigueur de l'article 14 alinéa 2 LAsi²⁷³, notamment pour les raisons exposées ci-dessus, elle ne saurait pallier les difficultés qui

262 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 444 ss ; GOLAY, op. cit., p. 3,9 ; ROSITA FIBBI, La pratique de l'intégration dans les cantons et la marge de manœuvre du fédéralisme, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse*, 2012, p. 88.

263 Art. 2 Abs. 3 Verordnung über die Härtefallkommission vom 29. April 2009 (LS 142.31), <[http://www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/0/410616BCBB63D6F6C12575B4003FB12B/\\$file/142.31.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/0/410616BCBB63D6F6C12575B4003FB12B/$file/142.31.pdf)> (consulté le 7 décembre 2019) ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 445.

264 BAUR, op. cit., p. 23 ; GOLAY, op. cit., p. 3,9 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 35 ss.

265 Nous précisons par ailleurs qu'en vertu de l'article 4 al. 4 de l'Ordonnance relative à la commission cantonale zurichoise (Verordnung über die Härtefallkommission vom 29. April 2009), le directeur du Département de la sécurité sera amené à trancher un désaccord sur le sort d'une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur entre l'autorité zurichoise compétente et la commission cantonale ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 35.

266 BAUR, op. cit., p. 23 ss.

267 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 445 ; WICHMANN ET AL., *Gestaltungsspielräume im Föderalismus*, 2011, p. 90, <http://www.alexandria.admin.ch/mat_foederalismus_d.pdf> (consulté le 7 décembre 2019).

268 BAUR, op. cit., p. 24.

269 SFM, op. cit., p. 196 ; voir aussi les précisions sur le rôle de la commission sur le site officiel du canton de Lucerne, <https://migration.lu.ch/asyl_und_rueckkehrberatung/haertefallkommission> (consulté le 7 décembre 2019).

270 SFM, op. cit., p. 124 et 196 pour plus de détails.

271 SPESCHA ET AL., *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2015, p. 270 ss, l'importance de la commission zurichoise pour les cas de rigueur est à relativiser en raison de ses compétences de recommandation et du nombre de cas qu'elle traite par année.

272 BAUR, op. cit., p. 24, l'occupation d'églises par des sans-papiers en 2009 avait ouvert le débat sur la nécessité d'instaurer une commission zurichoise des cas de rigueur.

273 Organisation suisse d'aide aux réfugiés, *Recommandations sur la nouvelle réglementation sur les cas de rigueur*, 2007, ch. 3.18, <<https://www.osar.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/haertefalle/2007-osar-la-nouvelle->

résultent de l'exclusion de la qualité de partie en procédure cantonale²⁷⁴.

La concrétisation par les cantons de la législation fédérale diverge aussi quant à leurs pratiques respectives lors de l'examen des conditions à remplir pour la reconnaissance d'un cas de rigueur²⁷⁵. Certains cantons ont formalisé leurs exigences dans des catalogues de critères pour le traitement des cas de rigueur selon l'article 14 alinéa 2 LAsi, qui reprennent dans l'ensemble la réglementation de l'article 31 OASA et les directives du SEM²⁷⁶. Nous devons toutefois déplorer le manque de transparence et la difficulté d'accès à de telles ressources²⁷⁷. L'essentiel des études à ce sujet²⁷⁸ se fonde donc sur les déclarations des cantons.

À titre illustratif, le canton de Zurich s'est doté d'un catalogue de critères spécifique aux trois normes principales en matière de cas de rigueur²⁷⁹. À la lecture de la directive zurichoise concernant l'article 14 alinéa 2 LAsi²⁸⁰, il est possible de se rendre compte qu'elle ne s'écarte que très peu de ce qui découle des directives du SEM en la matière. Nous relevons toutefois quelques précisions qu'il y a lieu de mentionner ici. La directive mentionne la possibilité d'une courte interruption du séjour dans les circonstances prévues à l'article 9 ODV. Les exigences quant aux connaissances linguistiques est une des sections la plus détaillée du document²⁸¹, démontrant implicitement l'importance de l'accomplissement de ce critère dans l'évaluation de l'autorité cantonale. Un niveau d'allemand B1 (oral et écrit) est exigé et doit être certifié au moyen de documents spécifiques. Cet élément constitue sans aucun doute un obstacle difficilement franchissable pour le demandeur²⁸². Des allègements sont prévus dans certains cas, par exemple en raison d'un âge avancé (75 ans) ou en présence d'un demandeur illettré sans troubles cognitifs.

S'agissant de l'intégration professionnelle, le demandeur doit établir avoir exercé une activité lucrative régulière, à savoir un rapport de travail de durée indéterminée, durant les trois années qui précèdent la requête²⁸³. L'examen de cette condition se révèle donc plus strict que les précisions apportées par les directives du SEM²⁸⁴. Au regard de la jurisprudence fédérale, ces exigences ne semblent pas si excessives mais représentent tout de même une charge considérable pour le requérant d'asile débouté. Le fait que la personne concernée possède des biens immobiliers ou personnels dans son pays d'origine sera un élément favorable à sa réintégration²⁸⁵. Enfin, en ce qui concerne la justification de l'identité au sens de l'article 31 alinéa 2 OASA, le canton exige la présentation d'un passeport permettant le retour ou la preuve des efforts fournis pour l'obtention d'un document auprès de la représentation de son pays d'origine²⁸⁶. Pour le surplus, la directive développe le rôle de la commission zurichoise pour les cas de rigueur²⁸⁷ et règle la question de l'exécution du renvoi dans le contexte d'un cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi²⁸⁸.

[reglementation-sur-les-cas-de-rigueur.pdf](#)> (consulté le 7 décembre 2019).

274 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 445.

275 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 443.

276 SFM, op. cit., p. 125 ss.

277 BAUR, op. cit., p. 24 ; EFIONAYI-MÄDER ET AL. op. cit., p. 48 ; interrogé à ce sujet, le Service de la population du canton de Vaud a toutefois confirmé l'absence d'un tel catalogue dans leur pratique.

278 BAUR, op. cit., p. 23 ss ; WICHMANN ET AL., op. cit., p. 90 ss ; SFM, op. cit., p. 125 ss.

279 SFM, op. cit., p. 125.

280 Migrationsamt Kanton Zürich, Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG, 2017, <<https://ma.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/migrationsamt/de/home.html>> sous Praxis/Weisungen/Asylbereich (consulté le 8 décembre 2019).

281 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 5 ch. 2.2.1.

282 Pour rappel, les directives du SEM exige un niveau A1 au minimum.

283 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 6 ch. 2.5.1.

284 Ch. 5.6.10.1 Directives LEI.

285 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 7 ch. 2.7.4.

286 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 8 ch. 2.8.

287 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 9 ch. 4.2, la commission zurichoise n'a qu'un pouvoir de recommandations.

288 Migrationsamt Kanton Zürich, op. cit., p. 10 ch. 5.1, la solution prévue par le canton de Zurich corrobore le

De manière générale, les cantons semblent développer leur propre pratique en particulier concernant les conditions relatives à l'intégration économique, linguistique et à la preuve de l'identité²⁸⁹. S'agissant de cette dernière, les pratiques cantonales varient entre rigidité (présentation d'un passeport uniquement²⁹⁰) et souplesse (d'autres pièces d'identité peuvent être apportées)²⁹¹. La prise en compte de la situation particulière de certains demandeurs et des difficultés à l'obtention de documents officiels de la part du pays d'origine justifient néanmoins des allègements qui vont dans le sens des directives du SEM sur ce point²⁹².

L'intégration économique et la situation financière sont examinées scrupuleusement par les cantons dans la mesure où ces derniers seront appelés à supporter la charge d'une incapacité du demandeur à pourvoir à ses propres besoins²⁹³. Les directives du SEM étant relativement évasives à ce propos²⁹⁴, les autorités cantonales ont développé une pratique correspondante à leur position vis-à-vis des cas de rigueur²⁹⁵. Dans les cantons libéraux, une importance particulière sera accordée aux efforts fournis par les requérants ainsi qu'aux perspectives d'emploi et des aménagements sont octroyés pour faciliter l'accès à la vie économique²⁹⁶. Dans les cantons restrictifs, des exigences élevées seront imposées aux intéressés pour prouver leur intégration économique²⁹⁷, à l'instar de ce qui a été présenté s'agissant du canton de Zurich²⁹⁸. L'accomplissement de ce critère se révèle alors difficilement atteignable pour le requérant d'asile débouté, faisant souvent l'objet d'une interdiction de travailler au sens de l'article 43 alinéa 2 LA²⁹⁹. À la lumière de la jurisprudence fédérale en la matière, nous devons préciser que l'appréciation du TAF semble être plus proche de l'opinion des autorités cantonales restrictives. Les efforts des recourants pour démontrer leur volonté de participer à la vie économique sont salués, mais il est rarement admis qu'ils ont fait preuve d'une intégration professionnelle suffisante en l'absence d'une ascension notable.

En ce qui concerne les connaissances linguistiques, la maîtrise d'une langue nationale est un critère qui a graduellement acquis un poids considérable dans les pratiques cantonales, en particulier pour les cantons germanophones³⁰⁰. Le niveau requis est variable d'une autorité à l'autre, allant du A1 (correspondant aux connaissances d'un débutant) au B2 (maturité pour les langues étrangères)³⁰¹. Nous partageons l'avis de Thomas BAUR sur ce point³⁰². S'il est légitime de soumettre l'octroi d'une autorisation de séjour à des connaissances d'une langue nationale, les exigences à ce propos ne devraient pas, en tous cas dans un premier temps, constituer un obstacle supplémentaire à la régularisation. Conformément aux directives du SEM³⁰³, il serait souhaitable que le niveau requis suffise à la communication quotidienne et permette une certaine indépendance du requérant dans le

raisonnement tenu au titre précédent.

289 BAUR, op. cit., p. 14 ss ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 443.

290 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 32 ss, c'est le cas du canton des Grisons.

291 BAUR, op. cit., p. 25 ; GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 444.

292 Ch. 5.6.10.7 Directives LEI ; BAUR, op. cit., p. 25.

293 BAUR, op. cit., p. 25 ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 19.

294 Ch. 5.6.10.1 Directives LEI.

295 BAUR, op. cit., p. 25 ; DUBACHER, op. cit., p. 41 ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 12.

296 BAUR, op. cit., p. 25 ss, à titre d'exemple, certains cantons octroient une autorisation de travail à des conditions moins exigeantes que celles prévues par la législation.

297 BAUR, op. cit., p. 25 ss ; FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

298 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 19 ss, le canton des Grisons exige que l'intéressé ait exercé une activité durant le 70% de sa durée de présence en Suisse ou pendant trois années consécutives sans interruption. Dans le canton de Soleure, une indépendance de l'aide sociale et l'exercice d'une activité d'une durée d'au moins 12 mois dans les deux années qui précèdent la demande sont exigés.

299 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 443.

300 WICHMANN ET AL., op. cit., p. 91.

301 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 443 ss ; WICHMANN ET AL., op. cit., p. 92, en particulier les tableaux 9 et 10 ; BAUR, op. cit., p. 26.

302 BAUR, op. cit., p. 26.

303 Ch. 5.6.10.1 Directives LEI ; BAUR, op. cit., p. 26.

milieu suisse. Il ne serait en revanche pas exclu à notre sens d'imposer la poursuite de cours de perfectionnement linguistiques à la suite de la reconnaissance d'un cas de rigueur.

Ainsi, si le canton de Zurich a été désigné par le passé comme mauvais élève en matière de cas de rigueur³⁰⁴, il n'en demeure pas moins qu'il a désormais instauré une commission cantonale et a fait preuve d'une certaine transparence au sujet de sa pratique d'appréciation des conditions imposées par la loi fédérale. En comparaison avec les chiffres du canton de Vaud, nettement plus libéral au vu des statistiques, nous ne pouvons que constater l'influence des opinions politiques dans la marge d'appréciation accordée aux autorités cantonales³⁰⁵. Les cantons sensibles à cette problématique assisteront les requérants dans leurs démarches et leur fourniront de précieux conseils et recommandations pour qu'ils puissent remplir les conditions nécessaires à une régularisation. À l'inverse, les cantons restrictifs développeront une pratique propre à limiter l'octroi d'une autorisation de séjour, imposant des exigences élevées trahissant une absence de volonté de faire usage de la réglementation d'exception³⁰⁶. Avec la marge d'appréciation accordée aux autorités cantonales, le législateur s'est révélé prêt à accepter des interprétations fondées sur des conceptions politiques divergentes³⁰⁷. Dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir, les cantons doivent, outre le respect du droit supérieur, observer le but de la norme qu'ils appliquent et les intérêts en cause³⁰⁸. Les considérations humanitaires qui constituent le fondement des cas de rigueur s'imposent alors comme une obligation³⁰⁹ qui ne saurait être ignorée pour des intérêts qui, à notre sens, ne devraient pas avoir leur place dans ce contexte.

Dans sa globalité, il résulte de ce développement une insécurité juridique aggravant le constat selon lequel l'attribution à un canton est déterminante pour l'issue d'une procédure fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi³¹⁰. En addition de l'absence de qualité de partie dans la procédure cantonale, cette situation n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des chances, la protection contre l'arbitraire et, plus largement, de l'État de droit³¹¹. Nous devons par ailleurs douter de la conformité des pratiques cantonales excessives en terme d'exigence avec le principe de la légalité³¹². À notre regret, et dans la mesure où l'intéressé n'est pas en mesure d'influencer son attribution à un canton spécifique³¹³, l'expression « loterie des cas de rigueur »³¹⁴ est toujours valable aujourd'hui.

304 BAUR, op. cit., p. 24.

305 BAUR, op. cit., p. 15 ; DUBACHER, op. cit., p. 39 ss ; EFIONAYI-MÄDER ET AL. op. cit., p. 48.

306 BAUR, op. cit., p. 15 et 24 ss.

307 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

308 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 10.

309 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 11.

310 Pour un aperçu détaillé des déclarations des cantons concernant leur pratique respective, voir BAUR, op. cit., p. 33 ss.

311 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 444 ; DUBACHER, op. cit., p. 39 ss ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 21 ss.

312 GOLAY, op. cit., p. 3,5.

313 GORDZIELIK/FREHNER, op. cit., p. 444.

314 BAUR, op. cit., p. 3 ; PETRY, op. cit., p. 300 ; EFIONAYI-MÄDER ET AL., op. cit., p. 48 ; DUBACHER, op. cit., p. 39 ss ; DUBACHER/REUSSER, op. cit., p. 4.

VI. Perspectives d'avenir et recommandations

Force est de constater que les critiques qui ont pu être émises au sujet de la réglementation en matière de cas de rigueur en droit d'asile sont pour l'essentiel toujours d'actualité. Il en ressort que les améliorations souhaitables exprimées par la doctrine à la suite des premières années d'application de l'article 14 alinéa 2 LAsi doivent être examinées à nouveau dans le cadre de ce travail.

La nature exceptionnelle de la réglementation n'est pas remise en doute. Un séjour illégal ne devrait théoriquement pas être récompensé par l'octroi d'une autorisation fondée sur une intégration moyenne. Dans ce contexte, les exigences doivent être élevées, mais il n'y a pas lieu d'imposer des conditions irréalisables pour la personne concernée³¹⁵. L'article 14 alinéa 2 LAsi est une norme au fondement humanitaire. Or, en soumettant son application à des attentes disproportionnées, une procédure limitant les droits de partie et la libre discrétion des autorités compétentes, le législateur paralyse la portée de ce mécanisme de correction³¹⁶. En ce qui concerne les conditions à remplir, nous sommes de l'avis que la situation des requérants d'asile n'est pas suffisamment prise en compte lors de l'examen d'un cas d'espèce. Malgré les allègements qui découlent de l'article 31 alinéa 5 OASA et la jurisprudence fédérale³¹⁷, qui sont certes des aspects positifs, l'intégration professionnelle ou économique demeure un obstacle conséquent pour le requérant d'asile débouté frappé d'une interdiction de travailler au sens de l'article 43 LAsi. S'il n'y a pas lieu de nier l'appréciation restrictive du TAF exposée précédemment, cette problématique se révèle dès la demande de reconnaissance d'un cas de rigueur déposée auprès de l'autorité cantonale compétente.

Conformément aux propos tenus dans le titre précédent, il est souhaitable que la création de commissions cantonales mixtes ad hoc se généralise à travers tous les cantons amenés à traiter annuellement d'un certain nombre de demandes fondées sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. La transparence et la légitimité des décisions prises par les autorités seraient alors renforcées par la conciliation d'opinions politiques divergentes. S'agissant des petits cantons, une commission mixte interne à l'administration est envisageable pour autant que des représentants de milieux différents participent au processus décisionnel. En effet, nous ne pouvons tirer des conclusions hâtives concernant la pratique de cantons ayant soumis un faible nombre de demandes pour approbation³¹⁸, notamment en raison de leur démographie. Par ailleurs, nous ne saurions comparer leur situation à celles de cantons urbains restrictifs, pour lesquels le sentiment d'injustice nous apparaît plus clairement. Les pratiques cantonales ne devraient toutefois pas se distinguer grandement l'une de l'autre dans la mesure où il n'est pas concevable que les critères humanitaires varient au sein même du territoire helvétique³¹⁹. Dans ce sens, la démarcation du principe fédéraliste de l'autodétermination des cantons, inséré dans notre contexte, est discutable mais un raisonnement théorique nous éloignerait de la réalité humaine dont il doit être question ici³²⁰. Les autorités compétentes ne doivent pas perdre de vue qu'elles sont amenées à se prononcer sur le sort d'êtres humains qui ont fait le choix difficile de quitter abruptement leur milieu d'origine pour se retrouver dans une culture étrangère à la leur³²¹. Les divers obstacles qu'impliquent un statut précaire, notamment en matière d'accès à l'emploi et d'intégration sociale, n'empêchent toutefois pas ces individus d'endurer des circonstances défavorables dans leur pays d'accueil pour mener tant bien que mal une existence stable à la hauteur des exigences³²².

315 PETRY, op. cit., p. 300.

316 UEBERSAX, op. cit., p. 136 n. 52 et 53 ; PETRY, op. cit., p. 300.

317 ATF 123 II 125 consid. 3.

318 BAUR, op. cit., p. 30.

319 UEBERSAX, op. cit., p. 137 n. 54.

320 BAUR, op. cit., p. 30.

321 UEBERSAX, op. cit., p. 137 n. 56 ; BAUR, op. cit., p. 30 ss ; DUBACHER, op. cit., p. 43.

322 BAUR, op. cit., p. 30 ss ; DUBACHER, op. cit., p. 43 ; FACCHINETTI, op. cit., p. 71.

Sous cet angle, nous sommes de l'avis que l'article 14 alinéa 2 LAsi doit être interprété comme offrant une opportunité et non plus simplement une possibilité malmenée par des opinions politiques divergentes. Si l'intérêt public à mener une politique migratoire restrictive est légitime, il devrait céder le pas à une réglementation qui a pour fondement des considérations d'ordre humanitaire. Une solution évoquée par Roswitha PETRY nous séduit particulièrement³²³. Il s'agit essentiellement de la mise en place d'un système de régularisation provisoire pour une durée déterminée. Durant cette dernière, l'octroi d'un droit de présence et d'un permis de travail ménageraient la possibilité par exemple de perfectionner des connaissances linguistiques, d'obtenir une indépendance financière ou encore de s'investir dans la vie sociale³²⁴. Au terme de cette mise à l'épreuve, une autorisation de séjour sera accordée si les exigences sont atteintes. Sur ce point, il y a lieu de mentionner à nouveau un arrêt récent du TAF précité. Les besoins en éducation spécialisée de la recourante née en Suisse et âgée de 16 ans au moment du jugement avaient conduit le Tribunal à accorder une autorisation de séjour à celle-ci et sa mère, nonobstant des résultats scolaires mitigés et une intégration de la mère jugée insuffisante³²⁵. Estimant qu'il s'agissait d'un cas limite, le TAF a précisé sa décision en y apportant une remarque déterminante à notre sens : « Aussi le Tribunal invite-t-il l'autorité cantonale à contrôler régulièrement et au moins chaque année jusqu'aux 18 ans de la recourante 2 que cette dernière met à profit cette autorisation pour parfaire son intégration, notamment scolaire. Si tel ne devait pas être le cas, il incombera à dite autorité de prendre les mesures qui s'imposent au niveau du renouvellement de l'autorisation de séjour »³²⁶.

Si une telle solution ne correspond pas pleinement à celle présentée ci-dessus, il n'en demeure pas moins qu'elle s'apparente à l'octroi à durée déterminée d'une autorisation de séjour conditionnelle. Il est évident que les faits propres à cette cause ont induit ce raisonnement, notamment le fait qu'on soit en présence d'une adolescente scolarisée en Suisse depuis sa naissance. Ainsi, en faire une généralité serait inapproprié. Toujours est-il que ce considérant témoigne de la volonté du Tribunal d'offrir l'opportunité aux recourantes de démontrer leur désir de s'intégrer durablement sur le territoire helvétique. Nous mentionnerons par ailleurs que, par le mécanisme de l'article 62 LEI, l'autorité compétente aurait la possibilité de révoquer la dite autorisation dans les circonstances prévues par cette norme. Une pratique cantonale restrictive serait alors confirmée et légitimée à moyen terme si les exigences ne sont pas atteintes³²⁷. L'utilisation de l'expression « autorisation de séjour conditionnelle » se révèle donc être un pléonasme dans la mesure où ce titre de séjour est par nature révocable. Dans ce contexte, le renvoi par l'article 14 alinéa 2 let. d LAsi à l'article 62 LEI prendrait un sens différent. Il rappellerait en effet aux bénéficiaires que leur autorisation doit être considérée comme une incitation à l'intégration³²⁸. L'utilisation d'un instrument tel qu'une convention d'intégration au sens de l'article 58b LEI pourrait consolider l'engagement du demandeur et constituer une assurance supplémentaire pour un canton dont la pratique est restrictive, l'article 62 LEI faisant expressément mention du non-respect d'une convention d'intégration à sa lettre g.

Inverser l'ordre de la procédure actuelle est une autre solution proposée³²⁹. Pour ne pas faire dépendre le sort de la demande aux positions divergentes des cantons, la CFM suggère qu'il soit possible pour un requérant de soumettre sa demande directement au SEM. Après examen, les autorités compétentes du canton d'attribution se prononceraient à leur tour. Dans une telle constellation, nous serions en présence d'une décision dont la légitimité serait corroborée par la

323 PETRY, op. cit., p. 302.

324 PETRY, op. cit., p. 302 ; BAUR, op. cit., p. 31.

325 Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 9.1.

326 Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019 consid. 9.1.

327 BAUR, op. cit., p. 31.

328 BAUR, op. cit., p. 31.

329 PETRY, op. cit., p. 302 ; Commission fédérale pour les questions de migrations (CFM), Recommandations CFM les sans-papiers en Suisse, 2011, p. 16,

<https://www.ekm.admin.ch/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empf_sanspapiers.pdf> (consulté le 11 décembre 2019).

participation conjointe des autorités fédérales et cantonales compétentes. Si ces dernières s'entendent sur une décision favorable à la demande de reconnaissance d'un cas de rigueur, l'autorisation de séjour sera accordée. Si le point de vue d'un canton répressif diverge de celui du SEM, ce dernier tranche définitivement. En cas de décision négative de l'autorité fédérale, le recours au TAF serait ouvert. La problématique de l'absence de qualité de partie au niveau cantonal serait alors réglée. À notre sens, il faut douter de la possibilité de concrétiser une telle solution. Il semble difficilement envisageable que les cantons, en particulier ceux dont la pratique est restrictive, acceptent que leur marge d'appréciation sur les demandes fondées sur l'article 14 alinéa 2 LAsi soit à ce point réduite.

Dans la pratique, l'article 14 alinéa 4 LAsi a pour effet de condamner la voie du cas de rigueur lorsque le canton d'attribution est restrictif dans sa pratique relative à l'article 14 alinéa 2 LAsi. L'inconstitutionnalité de cette norme doit être corrigée. Si la possibilité qu'un recours dans la phase cantonale soit utilisé pour artificiellement prolonger le séjour en Suisse n'est pas exclue, nous ne pouvons qu'insister sur toutes les garanties que cette absence de qualité de partie rend dérisoire, ce qui est indigne d'un État de droit. Il ne faut pas non plus négliger la pression préventive d'un contrôle interne pour garantir la conduite d'un examen sérieux³³⁰. Par ailleurs, il serait souhaitable que les directives du SEM définissent de manière approfondie le contenu des notions juridiques indéterminées abordées jusqu'ici. Plus précisément, des limites supérieures contraignantes pour les cantons pourraient être envisageable. Par exemple, une interdiction formelle d'ériger comme exigence une indépendance totale à l'aide sociale ou la présentation de documents de voyage pour établir l'identité au sens de 31 alinéa 2 OASA. Cette approche ne permettrait sans doute pas de combler les difficultés posées par l'article 14 alinéa 4 LAsi. Toujours est-il que la marge de manœuvre des cantons seraient alors théoriquement bridée par un cadre réglementaire fédéral. Aussi, une meilleure transparence des procédures cantonales est désirable pour deux raisons essentiellement. Premièrement, pour des motifs purement égoïstes, un recensement clair des appréciations de cas d'espèce aurait facilité la recherche et l'analyse des pratiques cantonales. Deuxièmement, le caractère formalisé de l'examen des conditions mené par l'autorité cantonale impliquera une légitimité accrue du verdict final. Dans ce contexte, nous ne pouvons qu'encourager les cantons à instaurer des commissions cantonales composées de membres indépendants de l'autorité cantonale compétente³³¹.

Enfin, et cela est une note positive que nous devons mentionner dans ce travail, il ressort des statistiques du SEM (cf. annexe 2) que le taux d'approbation de ce dernier dans le cas d'un préavis favorable de l'autorité cantonale compétente semble relativement élevé. Ainsi, si nous nous sommes attardés principalement sur les aspects négatifs de la réglementation, il y a lieu de retenir cet élément pour traiter du sujet dans sa globalité³³². Le TAF est donc amené à examiner des cas d'espèce qui ont fait l'objet d'un préavis cantonal positif mais d'une décision négative du SEM. Il n'est pas étonnant que, dans ce contexte, le Tribunal joue un rôle d'uniformisation du droit³³³. Malgré une pratique tout autant restrictive, il est déplorable que celui-ci ne puisse pas se prononcer sur les décisions négatives des autorités cantonales, à savoir celles où résident réellement le risque d'arbitraire et d'inégalité de traitement³³⁴.

330 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 31.

331 SPESCHA ET AL., op. cit., p. 270, une commission permettrait par ailleurs de décharger au moins partiellement l'autorité cantonale d'un examen complet de la demande de reconnaissance d'un cas de rigueur.

332 SFM, op. cit., p. 124, en particulier la note de bas de page n. 122. Il semblerait que, contrairement aux déclarations des experts du SEM, ce dernier s'oppose régulièrement aux préavis positifs des autorités cantonales selon les observations des experts dans le domaine de la représentation légale.

333 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 30 ss.

334 FUCHS/FANKHAUSER, op. cit., p. 30 ss.

VII. Conclusion

L'examen détaillé des conditions imposées par l'article 14 alinéa 2 LAsi et l'article 31 alinéa 1 OASA s'avère complexe à plusieurs égards. Par exemple, il en résulte qu'aucune exigence semble, à elle seule, justifier la reconnaissance d'un cas de rigueur. Si des rapports de force existent, c'est l'appréciation globale de la situation donnée qui sera déterminante. Les enseignements généraux résultant d'une analyse approfondie de la jurisprudence fédérale n'ont de sens que lorsqu'ils sont insérés dans l'état de fait du cas d'espèce. Retirés de leur contexte, ils permettent toutefois de saisir l'étendue des exigences en matière d'intégration imputables à la personne concernée. Force est de constater que les attentes à ce sujet sont disproportionnées en considération du statut précaire de l'intéressé. En effet, nous avons pu démontrer que le cas de rigueur fondé sur l'article 14 alinéa 2 LAsi n'est qu'une voie restreinte à la régularisation. En l'état actuel de la jurisprudence, seule une famille avec un adolescent scolarisé en Suisse peut espérer obtenir une autorisation de séjour sur cette base.

Les aspects procéduraux relatifs à l'article 14 alinéa 2 LAsi présentent des difficultés multiples qui ont pour effet de paralyser sa portée. L'exclusion de la qualité de partie en procédure cantonale contribue à fragiliser la situation du cercle des destinataires de cette norme et de les dénuer de droits constitutionnels fondamentaux. L'inconstitutionnalité de l'article 14 alinéa 4 LAsi, relevée par le TF, n'a toutefois pas été corrigée par le législateur. Il perdure ainsi un cadre légal hautement insatisfaisant pour les personnes concernées.

L'article 14 alinéa 2 LAsi est une norme doublement potestative adressée en premier lieu aux cantons d'attribution de la personne concernée. C'est en effet celui-ci qui est compétent pour l'examen d'une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur en raison d'une intégration poussée. Nous avons pu constater que le domaine de la migration et la notion d'intégration sont fortement influencés par les opinions politiques des autorités cantonales appelées à examiner une demande fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. Les nombreuses notions juridiques indéterminées contenues dans la réglementation des cas de rigueur sont interprétées par les cantons conformément à leur orientation politique. Les autorités cantonales libérales prévoient des allègements et des appréciations souples des conditions découlant de la législation fédérale. Inversement, les pratiques cantonales restrictives astreignent le demandeur à l'accomplissement d'attentes exagérées, de sorte qu'il y a lieu de douter de leur volonté réelle de faire usage de la réglementation exceptionnelle. Si le canton décide de ne pas donner suite à une demande de reconnaissance d'un cas de rigueur, l'intéressé se trouve privé d'une des dernières possibilités de régularisation qui s'offre à lui, sans pouvoir contester cette décision devant une autorité supérieure. Les cantons dont la pratique est restrictive méconnaissent à notre sens le fondement humanitaire de l'article 14 alinéa 2 LAsi. Dans la mesure où le demandeur n'a pas d'influence sur le canton auquel il sera attribué, l'expression « loterie des cas de rigueur » est couramment employée pour désigner cette situation discutable.

Nous sommes forcés de constater que tous ces éléments impliquent un pronostic de départ négatif quant à la possibilité d'une régularisation fondée sur l'article 14 alinéa 2 LAsi. Toujours est-il que cette norme a permis d'octroyer, entre 2007 et 2018, une autorisation de séjour à plus de 3000 individus en Suisse. Dans ce sens, nous encourageons les autorités compétentes à développer des pratiques qui correspondent à la teneur de l'article 4 alinéa 3 LEI : « L'intégration suppose d'une part que les étrangers sont disposés à s'intégrer, d'autre part que la population suisse fait preuve d'ouverture à leur égard ». Si les personnes concernées ont à notre avis démontré leur volonté de s'intégrer, il est attendu de la population suisse qu'elle fasse preuve d'ouverture à leur égard.

VIII. Bibliographie

Doctrine

- CESLA AMARELLE, De quelques aspects introductifs en matière d'intégration, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse : fondements et applications pratiques*, 2012, pp. 7 à 19.
- EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER, Art. 27, in *Code annoté de droit des migrations - Vol. IV Loi sur l'asile (LAsi)*, 2015, pp. 238 à 251.
- THOMAS BAUR, *Die Härtefallregelung im Asylbereich: kritische Analyse der kantonalen Praxis*, 2009, <<https://www.fluechtlingshilfe.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/die-haertefallregelung-im-asylbereich.pdf>> (consulté le 14 novembre 2019).
- MARTINA CARONI, Art. 50, in *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, pp. 469 à 483.
- MATTHIEU CORBAZ, *Les mineurs non accompagnés en droit d'asile : étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant*, Berne 2019.
- MARTINE DANG, Étude de cas – L'intégration dans la loi sur les étrangers : les cas de rigueur, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse: fondements et applications pratiques*, 2012, pp. 95 à 104.
- CLAUDIA DUBACHER, *Die Härtefallpraxis in der Ausschaffungspolitik*, in *Widerspruch : Beiträge zu sozialistischer Politik*, 2010, <<http://doi.org/10.5169/seals-652310>> (consulté le 2 novembre 2019).
- CLAUDIA DUBACHER/LENA REUSSER, *Familien im Härtefallverfahren*, 2010, <http://www.sans-papiers.ch/fileadmin/redaktion/Hintergrund/7Haertefallbericht_D_def_xp.pdf> (consulté le 12 décembre 2019).
- DENISE EFIONAYI-MÄDER ET AL., *Leben als Sans-Papiers in der Schweiz: Entwicklungen 2000-2010*, 2010, <https://www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/materialien/mat_sanspap_d.pdf> (consulté le 15 novembre 2019).
- THOMAS FACCHINETTI, La notion d'intégration dans le droit suisse des migrations et dans les réformes en cours, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse : fondements et applications pratiques*, 2012, pp. 61 à 78.
- ROSITA FIBBI, La pratique de l'intégration dans les cantons et la marge de manœuvre du fédéralisme, in *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse : fondements et applications pratiques*, 2012, pp. 81 à 91.
- HANNELORE FUCHS/ANN-SELINE FANKHAUSER, BOAA (éd.), *Le droit des cas de rigueur dans le débat politique*, 2017, <https://oda-romand.ch/wp/wp-content/uploads/2017/11/Haertefall_Version_DEF_F-Ende.pdf> (consulté le 15 novembre 2019).
- YANN GOLAY, La nouvelle réglementation sur les cas de rigueur, *Asyl* 3/07, Vol. 22, no 3, pp. 3 à 11.
- TERESIA GORDZIELIK/SARAH FREHNER, OSAR (éd.), *Réglementation des cas de rigueur*, in *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, 2^e éd. 2016, pp. 425 à 445.
- CONSTANTIN HRUSCHKA, Art. 14 Verhältnis zum ausländerrechtlichen Verfahren, in *Migrationsrecht-Schweizerisches Ausländergesetz (AuG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen Kommentar*, 2015, pp. 480-485.
- OSAR (éd.), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, Berne 2009, pp. 240 à 252.
- Organisation suisse d'aide aux réfugiés, *Recommandations sur la nouvelle réglementation sur les cas de rigueur*, 2007, ch. 3.18, <<https://www.osar.ch/assets/asylrecht/asylverfahren/haertefaelle/2007-osar-la-nouvelle-reglementation-sur-les-cas-de-rigueur.pdf>> (consulté le 7 décembre 2019).
- ROSWITHA PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal : entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- ADRIANA ROMER, Statut juridique des personnes relevant du domaine de l'asile dans certains domaines choisis, in *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, 2^e éd. 2016, pp. 391 à 395.
- ADRIANA ROMER, Le déroulement de la procédure d'asile devant le SEM, in *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, 2^e éd. 2016, pp. 57 à 98.
- MARC SPESCHA ET AL., *Handbuch zum Migrationsrecht*, 3^e éd. 2015.
- Swiss Forum for Migration and Population Studies (SFM), *Marges de manœuvre cantonales en mutation*, 2019, <https://www.unine.ch/files/live/sites/sfm/files/listes_publicationsSFM/Etudes%20du%20SFM/SFM%20-%20Studies%2073f.pdf> (consulté le 7 décembre 2019).

- PETER UEBERSAX, Art. 14, in Code annoté de droit des migrations - Vol. IV Loi sur l'asile (LAsi), 2015, pp. 115 à 136.
- BLAISE VUILLE/CLAUDINE SCHENK, L'article 14 alinéa 2 de la loi sur l'asile et la notion d'intégration, in L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse : fondements et applications pratiques, 2012, pp. 105 à 128.
- NICOLE WICHMANN ET AL., Gestaltungsspielräume im Föderalismus, 2011, <http://www.alexandria.admin.ch/mat_foederalismus_d.pdf> (consulté le 7 décembre 2019).

Législation

- Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).
- Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107).
- Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2).
- Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101).
- Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31).
- Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20).
- Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR ; RS 741.01).
- Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).
- Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201).
- Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1).
- Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV ; RS 143.5).
- Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE ; RO 1986 1761).
- Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 1 ; RS 142.311).
- Migrationsamt Kanton Zürich, Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG, 2017, <<https://ma.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/migrationsamt/de/home.html>> sous Praxis/Weisungen/Asylbereich (consulté le 8 décembre 2019).
- Verordnung über die Härtefallkommission vom 29. April 2009 (LS 142.31), <[http://www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/0/410616BCBB63D6F6C12575B4003FB12B/\\$file/142.31.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/0/410616BCBB63D6F6C12575B4003FB12B/$file/142.31.pdf)> (consulté le 7 décembre 2019).

Jurisprudence

- ATF 130 II 39.
- ATF 128 II 200.
- ATF 124 II 110.
- ATF 137 I 351.
- ATF 123 II 125.
- ATF 126 II 377.
- ATF 124 II 361.
- ATF 135 I 143.
- ATF 129 II 11.
- ATF 137 I 128.
- ATF 141 II 14.
- Arrêt du Tribunal fédéral 2C_853/2008 du 28 janvier 2009.
- Arrêt du Tribunal fédéral 2D_90/2008 du 9 septembre 2008.
- ATAF 2009/40.
- ATAF 2007/16.
- ATAF 2007/45.
- ATAF 2009/2.
- ATAF 2007/44.
- Arrêt du TAF F-4844/2017 du 23 octobre 2019.
- Arrêt du TAF F-1303/2018 du 27 août 2019.

- Arrêt du TAF F-1734/2018 du 20 février 2019.
- Arrêt du TAF F-2994/2017 du 27 décembre 2018.
- Arrêt du TAF F-6480/2016 du 15 octobre 2018.
- Arrêt du TAF F-2888/2017 du 26 septembre 2018.
- Arrêt du TAF F-2027/2017 du 23 mai 2018.
- Arrêt du TAF F-502/2017 du 26 février 2018.
- Arrêt du TAF F-4412/2016 du 29 septembre 2017.
- Arrêt du TAF F-2679/2016 du 24 mars 2017.
- Arrêt du TAF F-7533/2015 du 14 décembre 2016.
- Arrêt du TAF F-2992/2014 du 20 octobre 2016.
- Arrêt du TAF C-3620/2014 du 21 septembre 2015.
- Arrêt du TAF C-4489/2014 du 28 juillet 2015.
- Arrêt du TAF C-801/2012 du 16 juillet 2015.
- Arrêt du TAF C-301/2014 du 8 juin 2015.
- Arrêt du TAF C-989/2014 du 6 mai 2015.
- Arrêt du TAF C-3363/2013 du 11 mars 2015.
- Arrêt du TAF C-4012/2012 du 15 janvier 2015.
- Arrêt du TAF C-6396/2013 du 12 juin 2014.
- Arrêt du TAF C-3227/2013 du 8 mai 2014.
- Arrêt du TAF C-5313/2011 du 13 mars 2014.
- Arrêt du TAF C-4480/2011 du 31 janvier 2014.
- Arrêt du TAF C-5433/2011 du 26 novembre 2013.
- Arrêt du TAF C-1430/2011 du 18 mai 2012.
- Arrêt du TAF C-4884/2009 du 3 mai 2011.
- Arrêt du TAF C-530/2010 du 12 janvier 2011.
- Arrêt du TAF C-3656/2010 du 13 décembre 2010.
- Arrêt du TAF C-5172/2009 du 15 novembre 2010.
- Arrêt du TAF C-2399/2010 du 9 novembre 2010.
- Arrêt du TAF C-5271/2009 du 5 octobre 2010.
- Arrêt du TAF C-1044/2010 du 23 septembre 2010.
- Arrêt du TAF C-6601/2009 du 23 juillet 2010.
- Arrêt du TAF C-6920/2009 du 22 juillet 2010.
- Arrêt du TAF C-5870/2008 du 7 juin 2010.
- Arrêt du TAF C-8270/2008 du 10 mai 2010.
- Arrêt du TAF C-7265/2007 du 24 mars 2010.
- Arrêt du TAF C-4392/2008 du 25 janvier 2010.
- Arrêt du TAF C-3811/2007 du 6 janvier 2010.
- Arrêt du TAF C-873/2008 du 5 janvier 2010.
- Arrêt du TAF C-4120/2008 du 23 décembre 2009.
- Arrêt du TAF C-4551/2008 du 23 décembre 2009.
- Arrêt du TAF C-341/2006 du 10 décembre 2007.
- Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud PE.2018.0486 du 21 mai 2019.

Documents officiels

- Commission fédérale pour les questions de migrations (CFM), Recommandations CFM les sans-papiers en Suisse, 2011, p. 16, <https://www.ekm.admin.ch/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empf_sanspapiers.pdf> (consulté le 11 décembre 2019).
- Conseil fédéral, Rapport du 24 septembre 2013 en réponse au postulat du groupe libéral-radical, ch. 4.3 (2014 ; <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133771/Bericht%20BR%20F.pdf>>).
- Secrétariat d'État aux migrations (SEM), des directives et commentaires concernant le domaine des étrangers, ch. 5.6.10 ss (Directives LEI; état : 1^{er} novembre 2019 ; <<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich.html>>).
- Secrétariat d'État aux migrations, Rapport sur la migration 2018, 2019,

- <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/berichte/migration/migrationsbericht-2018-f.pdf> (consulté le 12 novembre 2019).
- Secrétariat d'État aux migrations, Cas de rigueur, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/haertefaelle.html> (consulté le 12 novembre 2019).
- Secrétariat d'État aux migrations, des directives sur le domaine de l'asile, ch. 6.1.3.2 (https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/asylgesetz/rechtliche_stellung.html); état : 1^{er} juillet 2019 ; ci-après : Directives LAsi).
- Secrétariat d'État aux migrations, Statistique des étrangers et de l'asile 2018, 2019, ch. 7-20-K10, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/bestellung/auslaender-asylstatistik-2018-f.pdf> (consulté le 13 novembre 2019).

Bulletin officiel

- BO 2005 CE 340 ss.
- BO 2005 CN 1163 ss.
- BO 2012 CN 1099 ss.
- BO 2011 CE 1124 ss.

Interventions parlementaires

- Interpellation Schenker (Curia Vista 10.4114), BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731.
- Interpellation Vischer (Curia Vista 08.3195), BO 2008 CN 1017 et BO 2010 CN 78.
- Motion Prelicz-Huber (Curia Vista 10.4107), BO 2009 CN 242 ss.
- Motion Schmid-Federer (Curia Vista 10.3973), BO CN 2011 1731.
- Motion Tschümperlin (Curia Vista 10.4043), BO CE 2011 718 ss et BO CN 2011 1261.
- Question Aeschi (Curia Vista 18.5376), BO 2018 CN 895.
- Question Carobbio Guschetti (Curia Vista 09.5055), BO 2009 CN 164.
- Question Prelicz-Huber (Curia Vista 09.1004), BO 2009 CN 1314.
- Question Tschümperlin (Curia Vista 09.5072), BO 2009 CN 165.
- Conseil fédéral, Avis du 16 février 2011 en réponse à l'interpellation Schenker (BO 2011 CN 545 et BO 2011 CN 1731), 2011, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20104114> (consulté le 14 janvier 2020).
- Conseil fédéral, Avis du 11 mars 2011 en réponse à la motion Prelicz-Huber (BO 2009 CN 242 ss), 2011, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20104107> (consulté le 14 janvier 2020).

Feuille fédérale

- Message du 8 mars 2013 relatif à la modification du droit des étrangers, FF 2013 2160 ss.

Cas

- Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz, Fall 303, 2016, <https://www.beobachtungsstelle-rds.ch/faellen> (consulté le 29 novembre 2019).
- Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers, Cas 198, 2013, <https://odae-romand.ch/fiche/le-permis-b-pour-cas-de-rigueur-lui-est-refuse-malgre-une-integration-exemplaire/> (consulté le 2 décembre 2019).
- Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, Fall 94, 2009, <https://beobachtungsstelle.ch/fileadmin/pdf/Case96.pdf> (consulté le 13 décembre 2019).

IX. Annexes

Annexe 1 – Nombre de cas de rigueur approuvés par année et par norme³³⁵

	Art. 30 al. 1 let. b LEI	Art. 84 al. 5 LEI	Art. 14 al. 2 LAsi
2007	Données annuelles non disponibles	3395	800
2008	Données annuelles non disponibles	3132	845
2009	88	2682	429
2010	129	2656	286
2011	163	1866	202
2012	270	1674	144
2013	280	2056	148
2014	294	1939	97
2015	318	1861	105
2016	410	1866	121
2017	607	1957	100
2018	716	1949	124
Total	3275	27033	3401

335 Secrétariat d'État aux migrations, Cas de rigueur, <<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/haertefaelle.html>> (consulté le 12 novembre 2019).

Annexe 2 – Total des demandes approuvées et rejetées fondées sur l'article 14 al. 2 LAsi de 2007 à 2018 par canton³³⁶

	Demandes approuvées	Demandes rejetées	Taux d'approbation arrondi du SEM (en pourcentage)
AG	136	31	81
AI	2	0	100
AR	4	0	100
BE	453	31	94
BL	97	11	90
BS	48	8	86
FR	133	12	92
GE	510	43	92
GL	1	1	50
GR	16	1	94
JU	58	3	95
LU	55	20	73
NE	175	45	80
NW	4	0	100
OW	8	0	100
SG	169	6	97
SH	25	3	89
SO	68	15	82
SZ	8	8	50
TG	17	5	77
TI	116	45	72
UR	3	0	100
VD	818	135	86
VS	152	16	90
ZG	25	1	96
ZH	298	7	98

336 Secrétariat d'État aux migrations, Cas de rigueur,

<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/haertefaelle.html> (consulté le 12 novembre 2019) ; les données « ohne angabe », disponibles pour les années 2009, 2010 et 2011 n'ont pas été inscrites dans ce tableau dans la mesure où elles ne se rattachent pas à un canton déterminé. À titre informatif, le nombre total d'admission et de refus catégorisé à ce titre entre 2007 et 2018 dans les statistiques du SEM s'élève à 2 et 1 respectivement.