

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 143 (2024)

Artikel: La pesée des intérêts en droit des migrations : un prélude?

Autor: Amarelle, Cesla

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1062081>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La pesée des intérêts en droit des migrations: un prélude?

CESLA AMARELLE*

* Dr. iur. CESLA AMARELLE, LL.M., Professeure ordinaire de droit public et de droit des migrations, Université de Neuchâtel. L'auteure souhaite exprimer ses vifs remerciements à la Prof. NESA ZIMMERMANN, à M. HUGO PEREZ PERUCCHI (MLaw) et à Mme ALIENOR BOSSARD (MLaw et avocate) pour leur précieux soutien et pour les échanges inspirants.

Plan

A.	Introduction	226
B.	Cadre général de la pesée des intérêts en droit des migrations	229
I.	Un environnement normatif sous tension	229
1.	«La sauvegarde des intérêts du pays»	229
2.	Le fondement libéral de la pesée des intérêts	231
3.	Les automatismes et la prépondération des intérêts	232
II.	Les spécificités du cadre normatif et la marge de manœuvre des autorités	234
1.	«Kann-Vorschrift»	234
2.	Une myriade d'autorités	236
3.	Une densification normative à contre-courant	237
III.	Les principes généraux du droit et le test de l'exigibilité raisonnable	238
1.	Principes généraux et Etat de droit	238
2.	Proportionnalité et test de l'exigibilité raisonnable	238
3.	Le processus de pesée: «Déterminer, apprécier, optimiser»	240
C.	Les fondements posés par l'article 96 LEI et les intérêts protégés	241
I.	L'article 96 LEI en tant que disposition programmatique	241
1.	«Grundsatzartikel»	241
2.	Avertissement	243
II.	Les biens juridiques protégés: les intérêts en question	244
1.	La notion d'intérêt et la diversité des intérêts à soupeser	244
a.	Fonction régulatrice globale	244
b.	Trois critères généraux	245
c.	Critères spécifiques prioritaires	245
2.	Les intérêts publics	246
a.	Articles 121 et 121a de la Constitution	246
b.	Intérêts économiques de la Suisse	247
c.	Qualifications, contingents et ordre de priorité	248
d.	Sécurité et ordre public	249
e.	Besoins culturels et scientifiques	250
f.	Autres intérêts publics et engagements internationaux	250
g.	Absence de hiérarchie entre les intérêts publics	251
3.	La situation personnelle de l'intéressé	251
a.	Regroupement familial et critères personnels	252
b.	Le droit de présence assuré («gefestigtes Aufenthaltsrecht»)	252
c.	Le lien économique étroit	253
d.	Le lien affectif étroit	254
e.	La distance	255
f.	Le logement adapté ou «approprié»	255
g.	Le comportement irréprochable	255
h.	L'intérêt supérieur de l'enfant	258
i.	Les raisons familiales majeures	259
j.	Eloignement et gravité de la faute	259
k.	Interdiction d'entrée et de séjour (IES)	260
4.	L'intégration	261
D.	La pesée des intérêts dans le processus décisionnel en droit des migrations	262
I.	Mise en application de la pesée des intérêts en droit des migrations	262
1.	ATF 144 I 266	263
2.	ATF 149 I 66	264
3.	ATF 149 I 207	265
II.	Examen critique du système actuel	267
1.	Une pesée globale des intérêts très rudimentaire	267

2. Absence de prise en compte de tous les critères référencés	268
3. Subjectivité et imprévisibilité du système	268
4. Absence de coordination des intérêts	269
5. Quasi-absence de compensations	269
6. Un poids défavorable aux droits de l'enfant	270
7. Un intérêt public abstrait et sans variabilité	271
8. Exceptionnalité et automatismes potentiellement croissants	271
E. Conclusion: un nécessaire changement de paradigme	271
Bibliographie	275

A. Introduction

La pesée des intérêts est au cœur des processus de mutation des modèles de régulation de nos ordres juridiques¹. Elle trouve ses racines dans l'émergence de l'appareil d'Etat moderne ainsi que dans les principes qui s'y rapportent². Pour l'administration et les juridictions, apparaissent les notions de *décisions discrétionnaires* de la part des autorités, de *libre appréciation* et de *marge de manœuvre* des autorités («*Ermessen*») ainsi que des questionnements sur l'étendue de leur contrôle³. L'intervention étatique/administrative sous forme d'une décision dotée d'un fort pouvoir d'appréciation, doit être *justifiée* d'un point de vue juridique⁴. Ce type de décision doit donc être *motivée* par la réalisation d'un intérêt public, précis et prépondérant, qui ne peut être pris en charge que par la puissance publique⁵. Le pouvoir d'appréciation a pour prérequis une *pesée des intérêts* en présence.

Perçue comme une technique d'argumentation intuitive ou comme une «*méthode*» pour une prise de décision en relation avec la marge d'appréciation, la pesée des intérêts vient réaliser de manière organisée le pouvoir d'appréciation

-
- 1 PHILIPP HECK, The jurisprudence of interests. An outline, in: The Jurisprudence of Interests. Selected writings of Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder, Hermann Isay. The Cambridge Law Journal, 1949, p. 31 ss; PHILIPPE GÉRARD, FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, Droit et intérêt, La fonction régulatrice générale exercée par l'intérêt. Un nouveau mode de production du droit? vol. 2, Bruxelles 1990, p. 155–184.
 - 2 THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale Law Journal, n° 96, 1987, p. 943 ss.; GEORG MÜLLER, Interesseabwägung im Verwaltungsrecht, in: ZBl 73, 1972, p. 337 ss; THOMAS ELSNER, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011, p. 30 ss. EKKEHARD HOFMANN, Abwägung im Recht, Tübingen 2007.
 - 3 THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2018, n° 502.
 - 4 PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER et VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3e éd., Berne 2012, p. 384 ss.
 - 5 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), pt. 5.1.1. L'obligation de motivation de la décision, déduite du droit d'être entendu au sens de l'article 29 Cst. et ancrée à l'article 35 al. 1 PA, requiert que l'autorité mentionne, même brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. cf. ATF 126 I 97 consid. 2b; 123 I 31; 121 I 54 consid. 2c.

délégué à l'autorité et doit tendre à des solutions qui respectent une application du droit dans son ensemble⁶. Elle permet aux autorités d'exercer leur pouvoir d'appréciation en conformité avec la loi pour aboutir en principe à une décision motivée et explicable⁷. Elle est donc considérée à la fois comme un moyen de décision en cas de marge de manœuvre des autorités et comme un mécanisme d'application du droit en cas d'intérêts contradictoires et opposés, le droit applicable offrant une marge de manœuvre sans imposer de solution⁸.

Avec les évolutions sociales et la complexité accrue des réalités et des particularités que le droit se doit de solutionner, cette approche va irradier tant ses domaines d'application initiaux que les lois modernes⁹. L'Etat l'a de plus en plus fréquemment consacrée dans ses textes légaux (en particulier l'article 24 al. 1 let. b LAT)¹⁰. Dans de nombreux pays, certains penseurs de la science juridique considèrent que nous sommes entrés «*in the age of balancing*» et désignent ce phénomène de «*Abwägungstaat*», «*Estado da Ponderação*» ou «*paradigma de la ponderación*»¹¹.

Né d'une *norme de nécessité* qui avait pour but de garantir la «*sauvegarde des intérêts du pays*», le droit des migrations donne, plus que tout autre domaine du droit public, une place prépondérante au pouvoir d'appréciation des autorités d'application et à la pesée des intérêts¹². N'octroyant que peu de «droits» proprement dits, ce domaine juridique octroie un poids considérable à la «*sauvegarde des intérêts du pays*» qui se confond de plus en plus avec l'inté-

6 La qualification de la pesée des intérêts en tant que «*méthode*» n'est pas unanime en doctrine car les postulats de cohérence, de rationalité et d'équité ne sont pas toujours assurés. Les auteurs la considèrent plutôt comme une technique d'argumentation qui intègre la subjectivité et qui n'a pas la rigueur objective requise pour être qualifiée de «*méthode*». Cf. CHAÏM PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Paris 1983, p. 59 ss.; JEAN NICOLAS DRUEY, *Interessenabwägung – Eine Methode?*, Beiträge zur Methode des Rechts, Berne/Stuttgart 1981, p. 131 ss., spéc. p. 148; CHARLES-ALBERT MORAND, *La coordination matérielle des décisions: espoir ultime de systématisation du droit des politiques publiques*, in: Charles-Albert Morand (éd.), *Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 172 ss.; PIERRE TSCHANNEN, *La pesée des intérêts en matière de projets à incidence spatiale*, in: DEP 2019, p. 303.

7 TSCHANNEN (note 6), p. 303.

8 TSCHANNEN (note 6), p. 303; VALÉRIE DEFAGO, *Proportionnalité et pesée des intérêts*, in: Rhama Bentouri (dir.), *Proportionnalité, droits fondamentaux et juges*, Paris 2020, p. 61–75.

9 THIERRY TANQUEREL, *La pesée des intérêts vu par le juge administratif*, in: *La pesée globale des intérêts: droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle/Francfort 1996, p. 189–213, p. 191.

10 Cf. également les articles 3 al. 1 LPN, 13 al. 3 et 14 al. 1 let. b OPB, 5 al. 2 LFo.

11 ROBERT ALEXU, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris, Vol. 16, n° 4, décembre 2003; WILFRIED ERBGUTH, JANBERND OEBBECKE, HANS W. RENGELING et MARTIN SCHULTE (éd.), *Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe*, 1996; WALTER LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin 1997; ECKHARD PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen 2001; HOFMANN, (note 2). «*In the age of balancing*» est une expression du Prof. Aleinikoff, cf. ALEINIKOFF (note 2), p. 943 ss. Cf. LUIS ARROYO JIMÉNEZ, *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*, Revista para el análisis del derecho, Madrid 2009, p. 4.

12 Concernant cette problématique, cf. *infra* B.I.1.

rêt public en faveur d'une politique migratoire restrictive (article 121a Cst.)¹³. Ce droit subit aujourd'hui une double tension portant sur l'étendue de la marge d'appréciation et de la pesée des intérêts. D'une part, il y a une crise de compréhension du pouvoir discrétionnaire et des doutes sur la fiabilité des arguments juridiques invoqués autour de l'analyse de la proportionnalité pour gérer la confrontation entre les intérêts qui servirait en réalité à matérialiser des couches de restrictions supplémentaires. D'autre part, il existe une impatience croissante de ceux qui veulent durcir les objectifs de la «*sauvegarde des intérêts du pays*» par la création d'automatismes de plus en plus prégnants (article 121 al. 3 à 6 Constitution).

Le thème de la pesée des intérêts à la lumière des sources de tension en lien avec la «*sauvegarde des intérêts du pays*», le poids et l'évaluation des intérêts à considérer ainsi que les automatismes, constitueront le fil rouge de la présente contribution. La question posée au sens fort du terme est celle de savoir si cette pesée, fruit d'un élan libéral qui circonscrit la marge des autorités et dont les actes sont contrôlés au nom de l'Etat de droit, peut élargir son assise et disposer soit d'instruments plus sophistiqués dont jouissent d'autres domaines du droit public (processus de planification en séquences de décisions, pesée *globale* des intérêts, système d'oppositions), soit de modération de poids des intérêts plus adaptés. Se pose également la question de savoir si, au contraire, son avènement ne prélude à rien et conduit de plus en plus le législateur à «*prépondérer*» les intérêts et à faire la place à des décisions monocordes et automatisées.

La présente contribution est structurée en quatre parties. Un *premier chapitre* traite du cadre général de la pesée des intérêts en droit des migrations, analyse les spécificités de l'environnement et du cadre normatif, de la marge de manœuvre des autorités ainsi que des principes généraux du droit, en particulier le principe de proportionnalité au sens strict (B). Le *deuxième chapitre* permet de traiter les fondements posés par l'article 96 LEI et les intérêts juridiques concernés par la pondération (C). Un *troisième chapitre* se propose de thématiser les principales caractéristiques de la pesée des intérêts dans le processus décisionnel sur des bases casuistiques et effectue une mise en perspective critique (D). Enfin, un *quatrième chapitre* envisage des *conclusions* en vue d'élaborer les pistes et les propositions pour renforcer et amplifier le processus de pesée à l'appui des lacunes relevées et des instruments existants en droit public (E).

13 Dans le cadre d'une étude analysant les résultats quantitatifs des recours par devant le Tribunal fédéral, le taux de succès global des recours entre 1990 et 2008 pour le droit des étrangers est de 8.2% (et même 6% dans le domaine de l'asile). Ce taux est très bas en comparaison des autres domaines du droit. Cf. FRÉDÉRIC VARONE, KARIN BYLAND, THIERRY TANQUEREL et ARUN BOLKENSTEYN, Succès des recours au Tribunal fédéral: analyse du contentieux administratif de 1990 à 2008, *Leges* 2011/1, p. 55–72, spéc. p. 70–71.

B. Cadre général de la pesée des intérêts en droit des migrations

I. Un environnement normatif sous tension

1. «La sauvegarde des intérêts du pays»

S'appuyant sur les pouvoirs extraordinaires qui lui avaient été conférés durant la Première Guerre mondiale, le Conseil fédéral édicta le 21 novembre 1917 une ordonnance concernant la police à la frontière et le contrôle des étrangers¹⁴. Mettant un terme au régime de liberté de circulation qui avait prévalu, un contrôle général de police est alors mis en place pour l'entrée et le séjour des étrangers. Ce premier acte normatif de droit fédéral dans le domaine de la police des étrangers marque l'avènement du droit suisse des migrations et apparaît au moment-même où la Suisse bascule, du point de vue statistique, du statut de pays d'*émigration* à celui de pays d'*immigration*¹⁵. C'est par une *norme de nécessité* que le contrôle général de police des étrangers est alors institué pour toute entrée et séjour des étrangers dans le pays¹⁶. Cet acte – et son contexte d'adoption – est emblématique à double titre. D'une part, il augure le fait que le droit des migrations va se développer, en priorité et durant la plus grande partie du XX^{ème} siècle avec une volonté marquée par la «*sauvegarde des intérêts du pays*», dans le cadre prépondérant de pratiques *exécutives, administratives et policières*, parfois même hors du champ parlementaire et judiciaire et sans solide ordonnancement juridique proprement dit¹⁷. D'autre part, ce premier acte normatif signe déjà le *fort pouvoir d'appréciation* délégué aux autorités d'application dans ce domaine du droit. Cette importante marge de manœuvre des autorités en matière migratoire tire sa légitimité d'une responsabilité juridico-politique ancrée sur des objectifs de politique extérieure et de sécurité¹⁸. Au départ, ceci va entraîner des décisions purement *discrétionnaires*¹⁹. Initiale-

14 RO 1917 989. Cf. également RO 1919 947 et RO 1921 829.

15 Le pourcentage d'étrangers parmi la population résidente suisse est passée de 3% en 1850 à 15% en 1915. Alors que l'immigration relevait jusqu'alors exclusivement de la compétence des cantons et des communes, l'année 1917 entraîne la création d'un office central pour la police des étrangers. Pour un historique, cf. HANS-RUDOLF WICKER, Migration, politique de migration et recherche sur la migration, in: Hans-Rudolf Wicker, Rosita Fibbi et Werner Haug, Les migrations et la Suisse (dir.), Zurich 2003, p. 23.

16 Message de la Loi sur les étrangers (LETr), 20 juin 2020, p. 1 ss., FF 2002 3470.

17 Pour une lecture critique de cette évolution, cf. ETIENNE PIGUET, Asile et réfugiés. Repenser la protection, Le Mont-sur-Lausanne 2019, p. 36 ss.; GERALD ARLETTAZ et SILVIA ARLETTAZ, La Suisse et les étrangers: Immigration et formation nationale, 1848–1933, Lausanne 2004. Plus largement, cf. ERIC HOBBSBAWM, Nations and Nationalism since 1780, The Apogee of Nationalism 1918–1950, 2^{ème} éd., Cambridge 2012, pp. 131–162; BENEDICT ANDERSON, Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, New-York 1991.

18 Art. 121 al. 2 Cst, art. 67 al. 2 et art. 68 al. 1 LEI. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4); BENJAMIN SCHINDLER, ad art. 96 AUG, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zurich/St-Gall 2010, p. 872–889.

19 De manière générale, le terme «*discrétionnaire*» suppose que l'autorité agit librement sans être nécessairement encadrée par une règle de droit. Par extension, le Tribunal administratif fédéral

ment, la «*libre appréciation*» de l'administration n'est pas même considérée comme une notion juridique et toutes les autorités d'application, en particulier les autorités exécutives et les administrations, sont tenues par cette responsabilité²⁰. L'article 69ter de la Constitution de 1874 va permettre l'adoption en 1934 d'une loi-cadre, la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), qui maintient de nombreuses compétences déléguées au Conseil fédéral et consacre une disposition très floue sur le pouvoir d'appréciation²¹. La marge de manœuvre va évoluer au fil du temps conformément aux dispositions légales apparues par la suite pour évaluer des intérêts contradictoires, les peser, les pondérer et donner un cadre plus strict au pouvoir d'appréciation (art. 96 LEI). Toutefois, c'est toujours au nom de la «*sauvegarde des intérêts du pays*» et d'une responsabilité «*micropolitique*» de l'autorité que cette pondération tend à s'effectuer²².

La «*sauvegarde des intérêts du pays*» va disposer d'un poids considérable et se confondre de plus en plus avec la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive («*restriktiven Einwanderungspolitik*»)²³. Si cet intérêt est susceptible de justifier d'importantes restrictions par rapport à d'autres intérêts, il ne peut néanmoins être invoqué isolément et sans raisons particulières ou suffire pour refuser par exemple une prolongation de séjour d'une personne séjournant en Suisse depuis dix ans²⁴. Par contre, cet intérêt prépondérant aura des répercussions interinstitutionnelles importantes, en particulier entre les pouvoirs judiciaire et exécutif. L'histoire constitutionnelle fournit l'exemple d'ordonnances relatives au droit des migrations, comme celle sur le traitement des réfugiés politiques du 7 avril 1933, qui motive la compétence quasi-absolue du Conseil fédéral au détriment du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral²⁵. Aujourd'hui, dans le cadre de décisions relatives à des expulsions, des interdictions d'entrée et de séjour prononcées sur la base de l'article 184 al. 3 de la Constitution (Re-

tend à utiliser le terme de «*discrétionnaire*» ou de «*quasi-discrétionnaire*» pour désigner un large pouvoir d'appréciation. En ce sens, cf. ATAF 2014/22 consid. 51-5.8; 2021 VII/1.

20 THOMAS ELSNER, (note 2), p. 30.

21 Cf. articles 4 et 25 LSEE. GIORGIO MALINVERNI, Le droit des étrangers, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jorg Paul Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, N° 3; AURÉLIE MARIOTTI, La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel: théorie générale et application en droit des personnes étrangères, Neuchâtel 2022, p. 261.

22 PIERRE MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005; SCHINDLER (note 18); ATF 129 II 193; ATAF 2021 VII/1: cas d'une pondération entre intérêts généraux de la Suisse (ordre et sécurité publique) et intérêts cantonaux (fiscaux) pour ne pas octroyer une autorisation. De manière générale, l'article 8 par. 2 CEDH dresse une liste des intérêts considérés comme légitimes pour la sauvegarde d'un pays. Ils peuvent être assimilés à la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique, la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé, de la morale ou des libertés.

23 TAF C-631/2007 du 2 mars 2009 consid. 6; C-1236/2007 du 2 mars 2009 consid. 6.2.; ATF 144 I 266 consid. 3.7; 137 I 284 consid. 2.1; 137 I 247 consid. 4.1.2. Pour une analyse critique historique sur la «*sauvegarde des intérêts du pays*», cf. ARLETTAZ/ARLETTAZ (note 17).

24 ATF 138 I 246 consid. 3.2.2; 144 I 266 consid. 3.9.

25 RO 49 207.

lations avec l'étranger) au nom de la «*sauvegarde des intérêts du pays*», la Haute Cour va s'imposer la plus grande «*retenue*» dans l'appréciation des faits et la pondération des intérêts en cause, en raison des implications en matière de politique extérieure et de sécurité²⁶. Le Tribunal fédéral a lui-même relevé que son pouvoir d'examen en la matière peut porter sur l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que sur la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents mais *pas* sur l'opportunité de la décision attaquée: «*Il est donc interdit au Tribunal fédéral de substituer son propre pouvoir d'appréciation – dans le sens d'un contrôle de l'opportunité – de la mesure ordonnée à celui du Conseil fédéral.*»²⁷.

2. *Le fondement libéral de la pesée des intérêts*

Au début du XX^{ème} siècle, l'émergence de l'appareil d'Etat moderne et des juridictions administratives conduisent à porter l'attention sur la sphère de compétence des autorités («*Ermessen*»), à mener des réflexions autour des clauses générales/énumératives de compétence et à s'interroger sur le contrôle juridictionnel de la libre appréciation²⁸. L'organisation politique fondée sur des bases libérales considère que l'intérêt public n'est pas nécessairement prépondérant en soi par rapport à des intérêts privés opposés²⁹. La volonté de circonscrire le pouvoir d'appréciation s'exprime en doctrine par des principes qui ont perduré depuis cette période³⁰. D'abord, la libre appréciation des autorités n'est pas synonyme de liberté totale mais doit être délimitée dans un cadre défini par l'Etat de droit³¹. En postulant cette subordination, apparaissent les notions d'*abus de*

26 Sur le pouvoir d'examen des autorités juridictionnelles en général, cf. MARIOTTI, (note 21), p. 95 ss.

27 ATF 125 II 521 consid. 2.

28 Selon HABERMAS, une démocratie libérale institue son processus de décision avec les moyens du droit moderne et un appareil d'Etat moderne. Ceci marque une différence fondamentale avec la démocratie classique de l'Antiquité et les démocraties modernes constituées dans le prolongement des révolutions américaine et française de la fin du XVIII^{ème} siècle. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Trois versions de la démocratie libérale*, Le Débat 2003/3 (n° 125), pp. 122–131; OTTO MAYER, *Droit administratif allemand*, Tome premier – Partie générale, Paris 1903, p. 212; RUDOLF VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig/Wien 1910, p. 10 ss; FRITZ FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris 1933, p. 162.

29 Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), pt. 5.1.2.1, p. 776 ss.

30 Circonscrire la notion de pouvoir d'appréciation et de libre appréciation est un exercice périlleux tant cette notion a fait l'objet de controverses doctrinales et de manques d'uniformité de pensées, de pratiques complexes et non-systématisées. Cf. FRANCESCO BERTOSSA, *Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht*, Berne 1984, p. 99; SCHINDLER (note 18), n° 132; RENÉ RHINOW, *Recht im politischen Prozess, Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat*, Bâle 2017, p. 84 ss.; VON LAUN (note 28); WALTER JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen*, Tübingen 1913; FLEINER (note 28).

31 De manière générale, la notion d'*Etat de droit* soumet l'Etat et le pouvoir exécutif au respect de la loi et du contrôle juridictionnel. JELLINEK (note 30), p. 188; SCHINDLER (note 18), n° 128;

pouvoir d'appréciation et d'*excès* de pouvoir comme limites à l'activité de l'Etat. Ensuite, le principe de légalité en tant que pilier de l'Etat de droit, conduit à considérer la libre appréciation comme une compétence liée à la *loi* et s'appuie sur des critères précis pour délimiter les questions de droit et d'appréciation (art. 5 al. 1 Cst.)³². Enfin, l'administration est soumise à une obligation d'efficience et des objectifs de politique migratoire restrictive, de maintien de la sécurité et de l'ordre public³³.

3. *Les automatismes et la prépondération des intérêts*

Depuis 2010, la pesée des intérêts en droit des migrations est le point névralgique des tensions autour de la régulation de notre ordre juridique³⁴. Si entre 1917 et le début des années 2000, les autorités se sont efforcées d'aménager des équilibres entre le principe de «*sauvegarde des intérêts du pays*» et le fondement libéral de la pesée des intérêts, les années 2010 marquent un point de bascule avec l'émergence de dispositions consacrant des automatismes, au nom de la «*sauvegarde des intérêts du pays*». Inspirée par la volonté de contrôler plus fermement le territoire et les frontières ainsi que par l'intention affichée d'exclure automatiquement les migrants dits indésirables, cette orientation s'est concrétisée en novembre 2010 avec l'acceptation par le peuple et les cantons du nouvel article 121 al. 3 à 6 Cst. selon lequel les étrangers doivent être privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse et être frappés d'une interdiction d'entrée de 5 à 15 ans s'ils ont été condamnés pour des infractions de gravité variable ou ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale³⁵. Selon les initiants, cette disposition devait conduire à supprimer toute marge de manœuvre des autorités d'application en excluant des situations («*quelle que soit la quotité de la peine prononcée*») qui ne saurait suffire à contrebalancer l'intérêt public (*prépondération des intérêts*)³⁶. L'automatisme

HANS J. WOLFF, OTTO BACHOF et ROLF STOBER, *Verwaltungsrecht I*, 10^{ème} éd., Munich 1994, n° 40 ss; NESA ZIMMERMANN, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'Etat fédéral suisse*, Société suisse des juristes 2023, Vol. 142 (2023) II, p. 151 ss, spéc. p. 169; MARIOTTI (note 21), p. 19.

32 WOLFF/BACHOF/STOBER (note 31), n° 40; MARIOTTI (note 21), p. 22.

33 Cf. Moor/Flückiger/Martenet (note 4).

34 Cf. note 1.

35 FF 2011 2593. La doctrine a abondamment analysé cette question, cf. notamment LUZIA VETTERLI, *Ausländische Personen im Strafrecht*, in: PETER UEBERSAX et al. (éd.), *Ausländerrecht*, Bâle 2022, p. 1890 ss; MARC BUSSLINGER et PETER UEBERSAX, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, *Plädoyer* 5/2016, p. 96 ss; CESLA AMARELLE, *L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, in: *Jusletter* du 4 septembre 2023.

36 Dans certains domaines du droit des migrations et du droit pénal, lorsque la loi réserve *a priori* des intérêts qui peuvent rendre une mesure non conforme à la proportionnalité au sens strict (par ex. articles 64d al. 1 et 79 al. 2 LEI) ou qu'elle écarte d'emblée des intérêts parce qu'ils ne sauraient suffire à remettre en question l'intérêt public (art. 66a al. 1 ss CP), il s'agit d'une *prépon-*

de l'expulsion qui est visé par les initiants entre en conflit avec les garanties de l'Etat de droit inscrites dans la Constitution (en particulier le principe de la proportionnalité au sens strict, art. 5 al. 2 Cst.) et des dispositions non impératives du droit international figurant en particulier à l'article 8 CEDH, l'article 17 du Pacte ONU II ainsi que dans l'ALCP (art. 5 Annexe I ALCP)³⁷. Transposé aux articles 66a ss du Code pénal (CP), le législateur a donc cherché à trouver un compromis juridique sur cette question³⁸. Inscrite à l'article 66a al. 2 CP, la *clause de rigueur* permet une pesée des intérêts qui requiert l'application du principe de proportionnalité et plus largement de l'article 8 CEDH dans le cadre de l'expulsion des étrangers condamnés pénalement³⁹. Par la suite, l'article 121 al. 3 à 6 Cst. a donné lieu à un choix d'interprétation par le peuple suisse lui-même qui, en février 2016, a clairement rejeté une initiative dite de «*mise en œuvre*» dont le texte prévoyait une expulsion des étrangers condamnés pénalement *sans* clause de rigueur⁴⁰. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a indiqué faire prévaloir les droits fondamentaux et la CEDH sur les jugements de valeur exprimés par le constituant⁴¹. La combinaison contrastée de ces deux résultats de votations populaires et de l'*obiter dictum* du Tribunal fédéral précité démontre tant une impatience manifeste pour parvenir à des solutions rapides en vue de régler des problèmes de sécurité générés par une partie des étrangers que l'attachement et l'importance démocratique au maintien de la compétence des autorités administratives et judiciaires dans le cadre de l'examen individuel du cas de rigueur et, par ricochet, de la pesée des intérêts.

S'il s'inscrit en plein dans la construction politique de la souveraineté étatique contemporaine, l'article 121 al. 3 à 6 Cst. et sa législation de mise en œuvre aux articles 66a ss du Code pénal soulèvent d'importantes questions juridiques⁴². Les interférences entre le droit pénal et le droit des migrations dans la mise en application des articles 66a à 66d CP produisent de profondes

dération des intérêts. Cf. JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018, p. 218.

37 Message 13.056 du 26 juin 2013.

38 FF 2013 5423; cf. également TF 6B_506/2017 du 14 février 2018 consid. 1.1.

39 NICOLLÒ RASELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative, *Sécurité & Droit* 3/2017, p. 148; CARLO BERTOSSA, art. 66a CP, in: Stefan Trechsel et Mark Pieth (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zurich 2021, pp. 475 s; FANNY DE WECK, ad. art. 66a StGB, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Migrationsrecht Kommentar*, 5^{ème} éd., Zurich 2019, N° 19 et 21, pp. 969–971.

40 AMARELLE (note 35). FF 2012 6873; FF 2015 2847. L'initiative populaire du 28 décembre 2012 «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» n'a été déclarée que partiellement valable par l'Assemblée fédérale. En raison d'une définition trop limitée des normes impératives du droit international à l'article 197 ch. 9 al. 1 ch. IV (2^{ème} phrase) de la Constitution, l'Assemblée fédérale n'a pas soumis au vote la partie finale du texte de l'initiative.

41 ATF 139 I 16 consid. 4 et 5; ATF 192 II 35.

42 Cf. notamment VETTERLI (note 35); BUSSLINGER/UEBERSAX (note 35), p. 96 ss.; AMARELLE (note 35).

difficultés d'aménagement dans l'ordre juridique⁴³. La mise en œuvre de la clause de rigueur qui requiert une pesée des intérêts et d'appréciation des circonstances justifiant une telle exception, et les liens de parenté à prendre en compte (art. 8 CEDH), l'application du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) ou encore la compatibilité de la réglementation sur l'expulsion pénale avec l'article 5 par. 1 Annexe I ALCP, sont porteuses de cette complexité⁴⁴.

L'application des articles 66a ss CP va réduire la marge de manœuvre des autorités et, a fortiori, la pesée des intérêts en droit des migrations ainsi que le poids donné à certains intérêts d'ordre personnel. Un peu partout, des forces politiques expriment leur impatience à l'égard des freins et des contrepoids institutionnels posés en particulier par l'article 8 CEDH (unité de la famille et de la vie privée) et les garanties procédurales de l'Etat de droit. Cette pression est exercée surtout en vue de sanctions et d'expulsions plus rapides et automatiques liées à la protection de la sécurité et de l'ordre public⁴⁵. Mais ces dynamiques politiques s'expriment aussi de plus en plus pour faire prévaloir ces automatismes pour la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive, voire du bien-être économique du pays⁴⁶.

II. Les spécificités du cadre normatif et la marge de manœuvre des autorités

Couplé avec le pouvoir d'appréciation, la pesée des intérêts en droit des migrations offre un abondant terrain d'analyse. Toutefois, celui-ci est mis sous tension ce qui va complexifier sa mise en œuvre, entrer en opposition avec le besoin d'une application plus constante et plus prévisible du droit et augmenter les risques d'abus ou d'arbitraire⁴⁷. Trois problèmes structurels sont observés.

1. «Kann-Vorschrift»

D'abord, le droit des migrations confère peu de *droits* et, a fortiori, la surface normative sur laquelle s'applique le pouvoir d'appréciation est très large. Après 1917 et malgré la promulgation de la LSEE en 1931, la force quasi-discrétion-

43 ASTRID EPINEY, *Strafrechtliche Landesverweisung und FZA*, in: Jusletter du 19 août 2019.

44 AMARELLE (note 35).

45 JEREMY WALDRON, *Rule-of-Law and Populist Impatience*, in: Gerald L. Neumann (éd.), *Human Rights in a Time of Populism*, Cambridge 2020, p. 43 ss.

46 Cf. récemment l'initiative populaire fédérale «*Pas de Suisse à 10 millions* (initiative pour la durabilité)», en particulier l'article 197 ch. 15 Cst.: «*À partir du moment où la valeur limite est dépassée, les personnes admises à titre provisoire ne peuvent plus obtenir d'autorisation de séjour ou d'établissement, ni la nationalité suisse, ni aucun autre droit de rester.*». A titre d'exemple, il faut relever que l'objectif de nier tout droit de rester à des personnes admises à titre provisoire en cas d'atteinte de valeurs limites au niveau du nombre d'habitants contribue à anéantir la possibilité d'effectuer une pesée des intérêts en matière de cas de rigueur (art. 14 al. 2 LAsi).

47 SCHINDLER (note 18), p. 874–875.

naire des autorités d'application reste considérable. Le Tribunal fédéral rappelle à de nombreuses reprises qu'en matière de police des étrangers, le droit fédéral ne confère aucun droit à l'octroi d'une autorisation de séjour, à moins que l'étranger ne puisse se prévaloir d'une norme spéciale ou d'un traité international⁴⁸. La plupart des dispositions migratoires ne sont encadrées que par des principes généraux du droit. La LSEE disposait dans plus d'une dizaine de dispositions que l'autorité de police des étrangers «peut» prendre une mesure déterminée, qu'elle «peut y déroger» ou que l'étranger «peut être autorisé à séjourner»⁴⁹. A partir des années 1950, de nouvelles lois migratoires apparaissent, génèrent un travail législatif important qui n'a jamais désempli depuis lors⁵⁰. Cadrée par des lois formelles, la force quasi-discrétionnaire des autorités se traduit toujours par un fort pouvoir et une liberté d'appréciation des autorités d'application qui s'appuie sur le caractère potestatif de nombreux articles de lois⁵¹. Toutefois, ce pouvoir va tendre à diminuer par la consécration de certains droits dans la Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI) et surtout dans l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁵². Les droits préférentiels conférés par l'ALCP ainsi que dans certaines dispositions ponctuelles de la LEI font néanmoins figure d'exception⁵³.

Les lois migratoires (LEI, LAsi, LN) déclinent le pouvoir d'appréciation sous des formes toujours plus diversifiées. Ceci met largement en pratique la pesée des intérêts au travers de *nombreuses dispositions potestatives* («*Kann-Vorschrift*») mais également des clauses dérogatoires ou d'équité (par ex. les cas de rigueur)⁵⁴, des choix entre plusieurs solutions⁵⁵, ou encore des choix de méthodes interprétatives⁵⁶. En outre, des notions importantes telles que la

48 ATF 128 II 145 consid. 1.1.1.; 127 II 161 consid. 1a.

49 TANQUEREL (note 9), p. 192; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 375; RHINOW (note 30), p. 41 ss.

50 Cf. en particulier, la Loi sur l'acquisition et la perte de nationalité suisse du 29 septembre 1952, FF 1952 III 137.

51 PETER UEBERSAX, Bundesgericht: welchen Einfluss auf die Migrationspolitik?, in: Terra Cognita n° 32 – La gestion des migrations en point de mire, printemps 2018, p. 26 ss; TANQUEREL (note 9), p. 192; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4).

52 Cf. en particulier les articles 3 et 1 Annexe I ALCP.

53 Seuls les articles 42, 43, 48 et 50 LEI sont susceptibles d'octroyer des droits sous réserve d'extinction en cas d'invocation abusive (art. 51 LEI). Pour des exemples de droits de séjour octroyés dans la LEI, cf. art. 31 al. 1 LEI (apatridie) et articles 42 et 43 LEI (regroupement familial). Cf. PETER UEBERSAX, Gerichte des Bundes, in: Oliver Diggelmann, Maya Hertig Randall et Benjamin Schindler (éd.), Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, p. 75.

54 Cf. notamment les articles 5 al. 3, 14, 21 al. 3 et 30 al. 1 let. b LEI.

55 A titre d'exemple, on relève que les lois migratoires prévoient sept types de détention administrative en cas de renvoi: la rétention de courte durée de 24 heures (art. 19 LUSC), la rétention de trois jours (art. 73 LEI), la détention en phrase préparatoire (art. 75 LEI), la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEI), la détention dans le cadre de la procédure Dublin (art. 76a LEI), la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEI) et la détention pour insoumission (art. 78 LEI).

56 Art. 97 al. 3 let. a et b LEI et art. 82 OASA.

«*vraisemblance*» (art. 7 LAsi) sont soumises à la libre appréciation des preuves et selon la libre appréciation de l'autorité (art. 37 et 40 PCF applicables par renvoi de l'art. 19 PA)⁵⁷.

Ces dispositions s'accompagnent en outre de *notions juridiques indéterminées* («*Delegationsbegriff*») qui sont fondamentales pour reconnaître un statut à la personne migrante et sont souvent accompagnées par une *latitude de jugement*⁵⁸. Ces notions sont nombreuses dans la LEI, il s'agit notamment de l'«*intégration*» (art. 58a LEI), les «*cas individuels d'extrême gravité*» (art. 30 al. 1 let. b LEI) ou le «*logement approprié*» (art. 24 LEI), le «*cas de rigueur grave*» (art. 14 al. 2 let. c LAsi), le «*seuil de gravité*», «*l'intérêt supérieur de l'enfant*» (art. 3 CDE) et la «*vulnérabilité*» comme obstacle au refoulement (art. 3 CEDH). Le couplage d'un fort pouvoir d'appréciation avec de nombreuses notions juridiques indéterminées souvent enchevêtrées entre elles, peut faire croître l'*imprévisibilité*⁵⁹. C'est pourquoi elles nécessitent une analyse approfondie ainsi qu'un examen des critères retenus dans la jurisprudence pour les circonscrire clairement.

2. Une myriade d'autorités

Ensuite, la pesée des intérêts en droit des migrations engage un *nombre très diversifié d'autorités* tant dans l'application de la loi que dans le contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'administration⁶⁰. Ces nombreuses autorités concernées rendent l'objectivation du processus décisionnel à la fois indispensable mais aussi plus difficile. Le régime normatif général et subsidiaire en droit des migrations, la LEI, réglemente différentes procédures qui font intervenir les autorités administratives fédérales à travers le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) mais aussi le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), les autorités administratives cantonales, les tribunaux cantonaux et le Tribunal fédéral en cas de recours⁶¹. Dans le cadre des autorisations soumises à une procédure d'approbation, l'autorité cantonale et le SEM interviennent et un éventuel recours peut être formé par devant le Tribunal administratif fédéral⁶².

57 OLIVIA LE FORT MASTROTA, Des guidelines pour mieux circonscrire la notion de vraisemblance en matière d'asile, in: Jusletter du 18 mars 2013, p. 2.

58 RHINOW (note 30), p. 80 ss.; MARIOTTI (note 21), p. 53. Cette notion désigne des éléments non-déterminés par avance par le législateur et qui requiert un travail d'interprétation et de mise en application. Pour une explication critique de la distinction entre pouvoir d'appréciation et notions juridiques indéterminées, cf. STEPHAN WULLSCHLEGER, Interessenabwägung im Umweltrecht, Revue Droit de l'environnement dans la pratique (DEP), 1995, p. 75–78.

59 STEPHAN WULLSCHLEGER, Le rôle des tribunaux administratifs dans la pesée des intérêts en droit de l'environnement, in: DEP 2019, p. 718.

60 MARIOTTI (note 21), p. 239.

61 Cf. par exemple, TAF F-5074/2018 du 25 juin 2020.

62 Sur ce point, cf. Ordonnance du DFJP relative aux autorisations et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers soumises à la procédure d'approbation, RS 142.202.1; MARIOTTI (note 21), p. 239.

Le régime préférentiel de l'ALCP s'applique principalement aux ressortissants de l'UE/AELE et touche 72% des situations d'étrangers résidents permanents en Suisse. Il fait intervenir les mêmes autorités que dans le cadre de la LEI⁶³. Le régime spécial d'asile fait intervenir le SEM en première instance et le Tribunal administratif fédéral en cas de recours, le recours au Tribunal fédéral n'étant pas ouvert dans ce domaine excepté pour le contrôle abstrait des actes normatifs cantonaux touchant au droit d'asile (art. 82 let. b et 83 let. c et d LTF)⁶⁴. Quant au droit de la nationalité, il élargit encore davantage le champ des autorités d'application concernées. Concernant les procédures relatives aux naturalisations ordinaires, celles-ci font intervenir les autorités communales afin d'obtenir le droit de cité communal (articles 37 Cst. et 13 LN). En outre, dans des domaines ponctuels (par ex. les expulsions, les radicalisations, les aides au retour), de nombreuses autorités tels que Fedpol, le SRC, les autorités d'exécution des sanctions, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, les polices cantonales et municipales, les services sociaux, peuvent entrer en ligne de compte⁶⁵. A l'échelon international, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) intervient en tant qu'instance de contrôle des décisions des Etats signataires à la lumière des droits protégés par la CEDH.

3. Une densification normative à contre-courant

Enfin et contrairement à la plupart des domaines du droit public où la loi tend à devenir une loi-cadre et la densité normative diminue – c'est le cas notamment dans l'aménagement du territoire et de la planification –, le droit des migrations cherche à augmenter sa densité normative tout en maintenant une marge de manœuvre importante pour l'autorité⁶⁶. C'est le cas par exemple pour la notion d'«*intégration*» qui a été clairement densifiée par une codification des critères inscrits dans la Loi fédérale sur les étrangers (aLEtr) en 2005 et qui évolue sémantiquement vers un «*devoir d'intégration*» (art. 58a LEI)⁶⁷. De son côté, le domaine du droit d'asile a été densifié en 2015 dans le sens d'une *accéléra-*

63 Ce régime octroyant des droits est peu concerné par la pesée des intérêts, excepté pour l'application de la clause d'ordre public (art. 5 Annexe I ALCP); <<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/sem/medien/mm.msg-id-100155.html#:~:text=Elle%20a%20concerné%20181%20553,pour%20atteindre%2051%20070%20personnes>> (1^{er} juillet 2024).

64 ATF 136 I 49 consid. 1.1; 130 I 82; 133 I 49. Sur cette question, cf. PETER UEBERSAX, *Le Tribunal fédéral et l'asile*, in: Cesla Amarelle (éd.), *Le droit d'asile face aux réformes: Fondements et enjeux dans la pratique*, Berne 2013, p. 15–36.

65 Cf. notamment articles 67 al. 4, 68 al. 1, 75 al. 1 let. i, 76a al. 1 let. j, 84 al. 3, 103 al. 2 et 5, 103c al. 4 let. b, 104 al. 1 bis let. b, 104b al. 1 et 2, 109a al. 3 let. b LEI.

66 A contrario, on observe une augmentation de la densité normative assortie d'une *diminution* de la marge de manœuvre des autorités d'applications dans le cadre des articles 66a ss CP concernant les expulsions pénales.

67 Cf. article 58a LEI. Pour expliciter l'évolution de la notion d'intégration, cf. CESLA AMARELLE, *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques*, Berne 2012.

tion des procédures tout en maintenant une importante marge de manœuvre des autorités d'application⁶⁸. Pour pallier les risques d'abus ou d'arbitraire, la législation met généralement en place des *mesures compensatoires* relatives aux garanties de procédure (droit d'être entendu, droit de recours, interdiction de l'arbitraire) ainsi qu'aux obligations de motivation et de transparence⁶⁹. En droit des migrations, la mesure spécifique de *compensation* mise en place est pour l'essentiel celle de la protection juridique qui est accordée à chaque demandeurs d'asile conformément à l'art. 102f et ss LAsi⁷⁰.

III. Les principes généraux du droit et le test de l'exigibilité raisonnable

1. Principes généraux et Etat de droit

Pour pouvoir mettre en pratique leur marge de manœuvre et utiliser la pesée des intérêts, les autorités d'application doivent s'inscrire dans le cadre des «*principes que l'Etat doit respecter s'il veut apparaître comme un Etat régi par le droit*»⁷¹. Ces principes proscrivent un cadre à la prise de décision et lui donnent à la fois une base et une limite⁷². Ceux-ci sont concrétisés à travers les principes généraux du droit, en particulier la légalité (art. 5 al. 1 Cst.), l'intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.), la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)⁷³.

2. Proportionnalité et test de l'exigibilité raisonnable

Matériellement considéré comme une *notion juridique indéterminée*, le principe de proportionnalité est un principe général de droit constitutionnel consacré à l'article 5 al. 2 de la Constitution (cf. également art. 36 al. 3 Cst.). Il fait référence à la figure méthodique de la *concordance pratique* («*praktische Kon-*

68 THOMAS SEGESSENMANN, Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG), in: Asyl 2013/2, p. 12 et 20.

69 Les mesures compensatoires ne sont pas nécessairement des commandements de la proportionnalité, mais découlent, le cas échéant, d'un principe de compensation indépendant qui n'est pas inscrit dans la Constitution sous une forme générale, cf. BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnis-mässigkeitsprinzip, in: Olivier Diggelmann, Maya Hertig Randall et Benjamin Schindler (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Zurich 2020, N° 19, p. 1058; DEFAGO (note 8); ATF 132 I 49 consid. 6.2.

70 Cf. également les art. 52a ss OA1 ainsi que le Manuel SEM, article B7.

71 GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, MAYA HERTIG RANDALL et ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, volume II, Berne 2021, n° 1089, p. 540; JEAN-FRANÇOIS AUBERT et PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, 1^{ère} éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 40.

72 REGINA KIENER, Staatsrecht, Teil 6 Individuum und Staat, in: GIOVANNI BIAGGINI, THOMAS GÄCHTER, REGINA KIENER (éd.), 3^{ème} éd., Zürich/St-Gall 2021, p. 445 ss.

73 ATF 143 II 140 consid. 4.1.3; 137 V 71 consid. 5.1. Cf. également MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 621–938, p. 743 ss.; ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER et FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St-Gall 2020, N° 409 ss, p. 99 ss.

kordanz») qui contribue à structurer juridiquement la marge de manœuvre de l'autorité et est opposable à toute action de l'Etat, en particulier lorsqu'il affaiblit les droits fondamentaux⁷⁴. Ce principe énonce trois maximes juridiques cumulatives (triade classique) qu'une autorité – législative, exécutive ou judiciaire – doit respecter dans un Etat de droit: la mesure doit être *apte* à atteindre le but d'intérêt public (maxime de l'aptitude, «*Zweckgeeignetheit*»), *nécessaire à atteindre le but* d'intérêt public visé (maxime de nécessité, «*Erforderlichkeit*») et *raisonnablement exigible* de la part de la société ou d'une personne au vu de l'intérêt visé (maxime de proportion, «*Zumutbarkeit*»)⁷⁵. Pour appliquer cette troisième maxime, l'autorité procède à une pesée des intérêts entre les différents enjeux intervenant dans le cas spécifique pour déterminer le rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts publics ou privés compromis (proportionnalité au sens étroit)⁷⁶.

La pesée des intérêts est une *question juridique* traitée habituellement dans le cadre de l'analyse de conformité d'une mesure étatique à un droit fondamental consacré par la Constitution ou à un droit humain au sens de la CEDH (art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.)⁷⁷. Toutefois, le recours à la pesée s'applique très largement et résulte de l'évolution programmatique et de l'affaiblissement de la densité normative du droit public qui accorde plus aisément un espace d'autonomie aux mesures administratives⁷⁸. En ce sens, le principe de proportionnalité dispose d'un effet «*irradiant*» sur tous les autres domaines de l'activité étatique⁷⁹. Le droit matériel doit être aménagé de telle façon à ce qu'il soit lui-même *proportionnel afin que l'autorité puisse agir de façon proportionnelle, par exemple en créant des normes ouvertes ou des clauses d'exception*⁸⁰.

74 ATF 135 I 233 consid. 3.1; 139 I 16 consid. 4.2.2. et les références doctrinales citées. ATF 139 II 121 consid. 6.5.1; 130 II 176 consid. 3.4.2 et les arrêts cités. Cf. également RÜTSCHÉ, (note 69), p. 1058; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4e éd., Berne 2016, n° 37; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), pt. 5.2.1.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (note 73), N° 520; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 809.

75 ATF 138 II 346; JACQUES DUBEY, (note 36), p. 212 ss; AUBERT/MAHON, (note 71), p. 39 ss; DEFAGO (note 8), p. 61 ss.

76 ATAF 2011/60 consid. 5.3.1; ATF 140 I 218 consid. 6.7.1; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2; ATF 140 I 381 consid. 393. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 815 ss.

77 ATF 146 II 347 consid. 3.5.

78 A titre d'exemples, cf. articles 1, 3 et 18 LPN, 1 et 3 LAT. Il est possible d'appliquer le principe de proportionnalité à tout manquement à une situation juridique non touchée par les droits fondamentaux, par exemple pour des mesures administratives, cf. ATF 94 I 392. THIERRY TANQUEREL, *La pesée des intérêts vu par le juge administratif*, in: *La pesée globale des intérêts: droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle/Francfort 1996, p. 189–213, p. 191; MARIOTTI (note 21), p. 84.

79 Cf. BENJAMIN SCHINDLER, *Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 4^{ème} éd., Zurich/St. Gall 2023, N° 57.

80 SCHINDLER (note 79), n° 61 et les références citées, notamment ATF 117 Ia 486.

3. *Le processus de pesée: «Déterminer, apprécier, optimiser»*

A l'intersection des principes généraux du droit, l'autorité procède à la pesée en vérifiant si tous les intérêts pertinents ont été retenus et en procédant ensuite à l'*appréciation* et à l'*optimisation* des intérêts (pesée au sens strict)⁸¹. C'est dans ce cadre qu'est recherché le rapport *raisonnable* entre le but visé – soit l'intérêt public poursuivi – et le moyen utilisé en termes d'atteintes aux intérêts opposés. Même si elle doit nécessairement puiser dans le propre système de valeurs des personnes qui la composent, l'autorité d'application doit user d'un jugement de valeur *objectif* qui tient compte de l'ensemble des possibilités et alternatives du cas d'espèce pour parvenir à une solution acceptable et en tenant compte de toutes les conséquences possibles de la décision, y compris celles du précédent⁸².

L'alternative appropriée aux circonstances dépend souvent de l'exécution concrète et pas uniquement des prescriptions matérielles et légales applicables⁸³. Selon SCHINDLER, les autorités qui ne disposent pas de suffisamment de moyens en personnel, qui sont faiblement formées et dotées d'une structure organisationnelle interne défaillante, sont potentiellement dans l'impossibilité *a priori* d'agir de façon proportionnelle⁸⁴. C'est notamment dans le domaine des mesures de contrainte policières que la proportionnalité est particulièrement importante de sorte que toutes les conditions-cadres doivent être intégralement orientées vers la garantie de ce principe⁸⁵. Compte tenu de l'intensité de l'ingérence, il doit en aller de même dans le domaine de la détention administrative ainsi qu'en matière d'hébergement, d'encadrement et de sécurité des demandeurs d'asile dans les centres fédéraux⁸⁶.

En fonction du résultat de la pesée, l'intervention de l'Etat est justifiée ou non⁸⁷. Les intérêts publics doivent dès lors être considérés comme prépondérants et d'une plus grande importance pour que la mesure soit considérée

81 MARIOTTI (note 21), p. 83.

82 DUBEY (note 36), N° 753 ss, p. 217; TSCHANNEN (note 6), p. 311.

83 SCHINDLER (note 79), n° 61.

84 SCHINDLER (note 79), n° 61 et l'arrêt cité Cour EDH, *Makaratzis c. Greece*, requête n° 50385/99, 20 décembre 2004, par. 70.

85 SCHINDLER (note 69), p. 127.

86 Concernant les violences de la part des collaborateurs des services de sécurité dans les centres fédéraux d'asile, cf. NIKLAUS OBERHOLZER, Bericht über die Abklärung von Vorwürfen im Bereich der Sicherheit in den Bundesasylzentren erstattet im Auftrag des Staatssekretariats für Migration (SEM), 30 septembre 2021, ainsi que le projet de modification de la Loi sur l'asile «Sécurité et fonctionnement des centres de la Confédération» présenté par le Conseil fédéral le 24 avril 2024, en particulier les articles 25a à 25d P-LAsi. Pour une application du principe de proportionnalité dans le domaine de la détention administrative, cf. les arrêts genevois JTAPI/423/2023 du 20 avril 2023, pt. 24 et JTAPI/422/2023 du 20 avril 2023, pt. 30.

87 MARIOTTI (note 21), p. 83. Pour un exemple de mesure étatique disproportionnée au sens strict, ATF 122 II 193 (disproportion d'une mesure de retrait complet des prestations d'assistance d'un demandeur d'asile pour des actes contraires de peu de gravité au règlement de son centre d'hébergement)

comme proportionnée⁸⁸. Ce sont les conséquences concrètes de la mesure pour la personne qui sont ici analysées⁸⁹. Il s'agit d'une question plus *qualitative* que quantitative de sorte que l'autorité sous-pèse des intérêts qui n'ont pas de poids propre mais qu'elle détermine de manière aussi transparente, complète et systématique que possible⁹⁰. En ce sens, la *motivation* est un élément important, déduit de l'article 29 Cst. et du droit d'être entendu⁹¹. Le but est de pouvoir comprendre, attaquer s'il y a lieu et faire que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle⁹². Plus la décision repose sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité, des notions juridiques indéterminées et/ou une constellation de faits complexes, plus l'obligation de motivation devient stricte⁹³. La densité de motivation dépend de la complexité de la décision⁹⁴.

C. Les fondements posés par l'article 96 LEI et les intérêts protégés

I. L'article 96 LEI en tant que disposition programmatique

1. «Grundsatzartikel»

Intitulé «*Pouvoir d'appréciation*», l'article 96 LEI pose le cadre de ce pouvoir et identifie les intérêts que les autorités doivent prendre en compte dans l'exercice de celui-ci (intérêts publics, situation personnelle et intégration). En tant que pré-requis à la pesée des intérêts, le pouvoir d'appréciation en droit des migrations est consacré explicitement dans cette disposition programmatique, de portée générale, située au cœur de la loi générale et subsidiaire du droit des migrations, la LEI⁹⁵. Complétant les principes de proportionnalité consacrés à l'article 5 al. 2 Cst. et à l'article 8 par. 2 CEDH pour le cas où le domaine de protection de la garantie conventionnelle est touché, cette disposition a une portée générale pour *toutes* les autorités et toutes les

88 La pesée des intérêts repose sur une organisation politique *libérale* selon laquelle la liberté d'une personne face aux besoins de la collectivité dispose d'une valeur propre. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), pt. 5.1.

89 ATF 135 II 110; 134 II 1; 125 II 377 et 521; 120 Ib 129; 119 Ib 1.

90 Dans le domaine du droit des migrations, il est fréquemment fait référence aux sources spécialisées et aux analyse-pays. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, (note 71), N° 238; RENÉ RHINOW, MARKUS SCHEFER et PETER UEBERSAX, *Schweizerischer Verfassungsrecht*, 3e éd., N° 1202, p. 226.

91 ATF 126 I 97 consid. 2b.

92 ATF 121 I 54 consid. 2c; 117 Ia I consid. 3a; 116 II 635 consid. 4d.

93 TAF D-3075/2019 du 25 juin 2019; F-2743/2019 du 13 juin 2019 consid. 5.2.

94 ATF 111 Ib 2. SEM, Manuel Directive LEI 10.4, p. 256.

95 «*Herzstück dieses Gesetzes*» ou «*Programmartikel*», cf. BO CN 2004 1130; BO CN 2004 1332; SCHINDLER (note 18), p. 874; MARIOTTI (note 21), p. 252–255; OLIVIER BIGLER et YANNICK BUSSY, art. 96 LEtr, in: Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II: LEtr, Berne 2017, p. 1036 ss.

activités administratives en droit des migrations. Le législateur mais aussi les autorités administratives et judiciaires, sont concernées⁹⁶. Celles-ci procèdent à la pesée des intérêts en devant correctement évaluer les faits, faire preuve d'objectivité et rejeter toute approche tendancieuse en défaveur de la personne concernée et éviter de se pencher uniquement sur les éléments qui plaident en défaveur de la personne et en occultant d'autres⁹⁷. A teneur de son alinéa 1, cette disposition implique que les critères du pouvoir d'appréciation sont ceux que le principe de proportionnalité applique spécifiquement à ce domaine du droit. Les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration⁹⁸. Toutefois, la pesée dérivant de la proportionnalité au sens de l'article 96 LEI est parfois limitée aux critères de pondération exhaustifs, émis spécifiquement dans la loi qui ne sauraient être élargis. C'est le cas notamment pour l'examen de l'*exigibilité du renvoi* au sens de l'article 83 al. 7 let. a à c LEI mais pas dans le domaine de la *licéité du renvoi* (art. 83 al. 3 LEI)⁹⁹.

Introduit à l'origine par l'art. 4 aLSEE, le pouvoir d'appréciation a été consacré durant plus de 70 ans en tant que disposition principielle et générale. Selon celle-ci, «*l'autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement et de la tolérance*»¹⁰⁰. Cette ancienne disposition signifie que le pouvoir d'appréciation pouvait être analysé comme étant relativement indépendant du droit¹⁰¹.

Le «libre» pouvoir d'appréciation («*nach freien Ermessen*», «*pouvoir quasi-discrétionnaire*») concernant l'octroi ou le refus d'autorisation prévu par l'article 4 LSEE a fait l'objet de critiques compte tenu des marges très imprécises

96 TAF E-4791/2006 du 6 décembre 2010 consid. 5.3.2.

97 ATAF 2020 VI/9, consid. 10.1, 10.4 et 11 (application du principe de proportionnalité et d'une pesée des intérêts en matière de levée d'une admission provisoire en sus de l'analyse des conditions de licéité, d'exigibilité et de possibilité de l'exécution du renvoi). Plus largement, cf. TAF F-6101/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.2; D-38/2017 du 16 avril 2019 consid. 5.6.2; ATAF 2014/26 consid. 7.9.4.

98 Message LEtr, FF 2002 p. 3469 ss. L'article 96 LEI s'applique également pour l'ALCP, cf. TF 2C_492/2021 du 23 novembre 2021, consid. 5.2; 2C_728/2021 du 4 mars 2022.

99 TAF F-2253/2020 du 4 avril 2023 consid. 3.3–3.5: «La pesée des intérêts dérivant du principe de proportionnalité ne saurait aboutir à ce qu'il soit procédé à un examen complet du critère d'exigibilité du renvoi, au mépris de la lettre de l'art. 83 al. 7 LEI». Inversement, le TAF indique que dans la pesée des intérêts effectuée sur la base de l'article 85 al. 7 LEI (regroupement familial des admis provisoires), les critères de l'art. 83 al. 7 LEI (condamnation pénale) doivent être inclus (ATAF 2022 VII/1 du 21 février 2022). Cf. également, TAF F-177/2016 du 7 février 2017 consid. 5.3; D-1135/2019 du 16 avril 2020 consid. 9.4.5; E-4706/2017 du 27 juin 2019 consid. 7.3. Concernant l'art. 83 al. 3 LEI, cf. TAF E-46/2018 du 28 février 2020 consid. 2.3.

100 Art. 4 LSEE, RS 142.120. Aujourd'hui abrogée, cette disposition est restée en vigueur du 1^{er} janvier 1934 au 31 décembre 2007.

101 ATF 128 II 145 consid. 1.1.1; ATF 127 II 161 consid. 1a.

ses prescrites aux autorités¹⁰². C'est pourquoi dans la version qui le remplace, l'article 96 LEI (art. 96 aLEtr jusqu'au 31 décembre 2018) va y associer des précisions complémentaires importantes qui désormais imposent aux autorités un cadre d'appréciation plus exigeant se rapprochant d'un pouvoir discrétionnaire plus «respectueux» («*pflichtgemässes Ermessens*»)¹⁰³. Sans remettre en question le mécanisme des dispositions potestatives et des clauses dérogatoires et d'équité (par ex.: «*peut prévoir des exceptions aux conditions d'entrées*» ou «*peut prévoir des dispositions plus favorables pour l'obtention*»), l'article 96 LEI instaure une clause générale de proportionnalité conduisant à la pondération sur la base de critères d'intérêts définis (intérêts publics, situation personnelle, intégration)¹⁰⁴. Sur cette base, les autorités sont tenues de procéder à une pesée des intérêts *globale*¹⁰⁵.

Par ailleurs, la disposition d'appréciation des autorités figurait dans la partie I de la LSEE relative à la procédure d'autorisation. Du point de vue systématique, l'emplacement du droit quasi-discrétionnaire des autorités en première partie de la loi donnait des indications sur la volonté de donner une marge d'appréciation importante à l'autorité d'application¹⁰⁶. En intégrant cette disposition au chapitre 13 de la LEI sous l'intitulé «*Compétences et obligations des autorités*», le législateur, tout en maintenant la force programmatique de cette disposition, la relativise un tant soit peu. S'il englobe l'ensemble des situations où les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation, la loi subordonne le pouvoir d'appréciation à l'absence de droits subjectifs à une autorisation qui dépend de circonstances personnelles¹⁰⁷. Le caractère subsidiaire du pouvoir d'appréciation justifie cet emplacement.

2. Avertissement

L'article 96 alinéa 2 LEI prévoit la possibilité d'adresser un *avertissement* pour permettre à la personne concernée de modifier son comportement. Cette disposition permet de prendre en compte le principe de proportionnalité dans le cadre d'une mesure étatique concrète. Si, à l'issue d'une pesée, une mesure peut être considérée comme juridiquement fondée mais «*inappropriée*» aux circonstances du cas d'espèce (par ex. un retrait d'une autorisation de séjour en cas de det-

102 PETER KOTTUSCH, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in: ZBl 91/1990, p. 151 ss, spéc. p. 173; FF 1929 IV 929, 941; BIGLER/BUSSY (note 95), p. 1038. ATF 128 II 145 consid. 1.1.1; 127 II 161 consid. 1a; 130 II 281 consid. 2.1.

103 SCHINDLER (note 18), n° 1; GIORGIO MALINVERNI, Le projet de loi fédérale sur les étrangers, in: SJ 2000 II, p. 411; MARIOTTI (note 21), p. 253.

104 Pour des exemples de clauses potestatives ou de clauses dérogatoires, cf. notamment les articles 5 al. 3 et 14 LEI. Message LEtr, FF 2002 3469 ss.

105 TAF F-3192/2018 du 24 avril 2020 consid. 5.2; F-398/2019 du 23 janvier 2021 consid. 4.3.

106 FF 1929 I 929, 931–932. Il est indiqué que «L'étranger ne dispose pas d'un droit à l'autorisation (...) il doit accepter telle quelle la décision des autorités».

107 BIGLER/BUSSY (note 95), p. 1037.

tes sociales), un avertissement formel, abstrait ou au contraire explicite, peut être notifié en vue d'un changement de comportement attendu¹⁰⁸. Sans être tenue par l'obligation de superviser de la sorte chaque mesure de manière systématique en cas d'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité peut opter pour cet avertissement dans le sens où la mesure étatique envisagée n'est pas encore proportionnelle, que le résultat de la pesée des intérêts n'est pas limpide et qu'il s'agit en réalité d'un cas limite (par ex.: la durée de l'interdiction d'entrée, l'avertissement avant une décision d'expulsion, la révocation d'une autorisation d'établissement, les prescriptions spéciales avant une décision de rejet d'admission de travailleurs étrangers pour un employeur au sens de l'article 122 al. 2 LEI, les alternatives aux mesures de contrainte et d'éloignement au sens de l'article 64 ss LEI)¹⁰⁹.

Selon le Tribunal administratif fédéral, toutes les mesures étatiques ne peuvent donner lieu à un avertissement¹¹⁰. Dans le cas d'une révocation de nationalité en cas de graves atteintes aux intérêts de la Suisse, l'autorité examine la nécessité et la proportionnalité de la révocation vis-à-vis de l'intérêt public. Toutefois et contrairement par exemple à l'interdiction d'entrée dont la durée peut être modulée, il n'existe pas de mesures légales moins incisives prévues dans le cadre de la révocation de la nationalité fondée sur une logique binaire et qui ne peut être ni partielle, ni ajustée selon des critères préalablement définis.

II. Les biens juridiques protégés: les intérêts en question

1. La notion d'intérêt et la diversité des intérêts à soupeser

a. Fonction régulatrice globale

La détermination des intérêts à apprécier dans le processus de pesée n'est pas chose aisée car l'intérêt est considéré comme une notion *passe-partout*, protéiforme et formulée de manière ouverte¹¹¹. Cette flexibilité le prédispose à avoir

108 FF 2002 3469, 3578 et 3631. Pour un exemple de rétrogradation jugée disproportionnée et remplacée par un avertissement au sens de l'art. 96 al. 2 LEI, cf. ATF 148 II 1. Pour un refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour, le TAF admet le cas de rigueur pour une personne dont l'intégration est poussée (prix et formation de technicien ES en télécommunications) mais qui a bénéficié de prestations cantonales d'aide sociale durant sa période de formation. Le TAF adresse un avertissement au sens de l'art. 96 al. 2 LEI pour attirer fermement son attention sur le fait qu'il devra, dans les meilleurs délais, assurer son indépendance financière. A défaut, les autorités seront amenées à ne pas procéder au renouvellement de son autorisation de séjour (cf. TAF F-1139/2020 du 11 mai 2022 consid. 8); Cf. également arrêt CDAP/VD PE2022.0142; MARIOTTI (note 21), p. 252.

109 SCHINDLER (note 18), n° 19; BIGLER/BUSSY (note 95), N° 42; MARIOTTI (note 21), p. 256 ss et la jurisprudence citée.

110 ATAF 2023 VII/3 consid. 17.1.

111 THEODORE M. BENDITT, *Law and the Balancing of Interests, Social Theory and Practice*, 1975, p. 321–342.

une fonction régulatrice globale en politique migratoire. Aux antipodes du raisonnement déductif, la pesée va conférer à l'autorité une importante marge de manœuvre s'apparentant à des jugements en équité ou en opportunité. Le Tribunal fédéral insiste sur l'absence d'approche schématique mais de prise en considération de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce¹¹². Cette diversification des intérêts correspond à la complexité accrue des réalités et des particularités que le droit se doit de traiter¹¹³.

b. Trois critères généraux

L'article 96 LEI énonce *trois critères d'intérêts* programmatiques qui doivent guider l'autorité. Compte tenu du caractère souple et imprécis inhérent à la notion d'intérêt, ces trois critères doivent être considérés comme des orientations permettant d'établir les enjeux d'une situation par rapport à la personne concernée¹¹⁴. En outre, les critères mentionnés sont énumérés selon l'importance qui leur est accordée par le législateur. Premièrement, les *intérêts publics*. Ensuite, l'*intérêt privé* qui n'est pas expressément défini en tant que tel mais se réfère à la «*situation personnelle*» de l'intéressé. Enfin, l'«*intégration*» qui figure en troisième place et concerne également la situation de l'intéressé. Ces deux derniers critères peuvent aller à l'encontre de la personne en cas d'intégration défectueuse ou de condamnation ce qui plaide pour l'intérêt public à l'éloignement¹¹⁵.

c. Critères spécifiques prioritaires

Les trois critères généraux susmentionnés s'appliquent sous réserve d'une préséance laissée à de nombreux critères particuliers et ponctuels présents dans la LEI et la jurisprudence. Ceux-ci sont bien plus précis que les critères consacrés à l'article 96 LEI et constituent de véritables conditions légales minimales à l'exercice de l'appréciation/pondération (cf. par exemple «*disposer de moyens financiers nécessaires*», «*vivre en ménage commun*», «*disposer d'un logement approprié*», «*ne pas dépendre de l'aide sociale*»)¹¹⁶. La pesée des intérêts va s'opérer sur la base d'une approche très casuistique. Une multitude de situations très spécifiques et différenciées vont être pondérées. C'est en particulier dans le cadre du regroupement familial et l'article 8 par. 2 CEDH que cette approche de pesée va être la plus intense¹¹⁷.

112 ATF 2007/32 consid. 3; TAF E-3912/2016 du 16 novembre 2009 consid. 5.6.

113 MARC SPESCHA, in: Marc Spescha et al. (éd.), *Migrationsrecht Kommentar*, Art. 96 AIG, N° 1.

114 SCHINDLER (note 18), n° 10; MARIOTTI (note 21), p. 257.

115 Il peut en être de même concernant la situation financière (dettes, aide sociale, etc.). Cf. SCHINDLER (note 18), n° 11; MARIOTTI (note 21), p. 258.

116 Cf. articles 27 al. 1 let. c, 62 et 63 LEI, art. 85 al. 7 LEI. SCHINDLER (note 18), n° 10 ss.

117 CHRISTOPH RAESS, *Die Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligung und das Recht auf Privatleben*, in: *Jusletter* du 12 décembre 2022, n° 24.

2. *Les intérêts publics*

L'intérêt public est un principe du droit prévu à l'article 5 al. 2 Cst. qui crée la condition classique à la restriction d'un droit fondamental (art. 36 al. 2 Cst). L'objectif de la poursuite de l'intérêt public est inscrit dans la Constitution et décliné par le législateur en plusieurs intérêts publics¹¹⁸. Selon MOOR, la portée de cette notion agit comme une *nappe phréatique* sur tout le territoire du droit public et s'étend au sens large par une multitude d'actes juridiques matériels¹¹⁹. Il s'agit d'une notion difficile à appréhender tant le nombre d'intérêts publics peuvent être multiples et doivent être considérés comme dignes de protection lorsqu'une partie importante de la population les considère comme tel¹²⁰. C'est pourquoi les précisions du législateur et la casuistique sont importants pour les définir.

a. *Articles 121 et 121a de la Constitution*

En droit des migrations, l'intérêt public se décline par des intérêts *de police* de l'Etat régalien apte à justifier des atteintes aux intérêts privés¹²¹. Avec l'élargissement des tâches étatiques, la diversification des intérêts publics à d'autres intérêts que ceux de police, a permis d'élargir les tâches de l'Etat non seulement aux mesures de police mais plus largement de sorte à les distinguer¹²². Les intérêts publics pertinents à prendre en compte sont principalement définis par les articles 121 al. 2 ss (menace des étrangers sur la sécurité publique) et 121a (gestion autonome de l'immigration) de la Constitution¹²³. Ces deux dispositions constitutionnelles constituent un héritage du principe de la «*sauvegarde des intérêts du pays*» mentionné plus haut¹²⁴. Selon le Tribunal fédéral, le contrôle de l'immigration sert l'intérêt général du bien-être du pays et répond à un intérêt public légitime¹²⁵. La mise en œuvre d'une *politique d'immigration restrictive* entre également en ligne de compte en tant qu'intérêt public digne de protection¹²⁶. Une telle politique est admissible dans l'optique d'un rapport équilibré entre la population résidente suisse et étrangère, de la création de conditions cadres favorables à l'intégration des étrangers déjà établis en Suisse et de l'amélioration de la structure du marché du travail ainsi que d'un emploi aussi équilibré que possible à la lumière de l'article 8 par. 2 CEDH¹²⁷.

118 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 4), p. 579 ss.

119 MOOR (note 22), p. 83 à 115, spéc. p. 83.

120 ATF 94 I 127 consid. 7a; 91 I 69 consid. 2.

121 BIGLER/BUSSY (note 95), p. 1042–1043.

122 ATF 97 I 499 consid. 4b.

123 ALBERTO ACHERMANN, *Migrationsverfassung*, in: Oliver Diggelmann, Maya Hertig Randall et Benjamin Schindler (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, n° 9 ss.

124 Cf. *supra* Partie B I.

125 ATF 137 I 247 consid. 4.1.2 avec les références citées.

126 Ibidem.

127 ATF 138 I 246 consid. 3.2.2. A titre d'exemple, l'interdiction de travailler pour les requérants d'asile déboutés au sens de l'art. 43 al. 2 LAsi souligne l'obligation de quitter le pays. Cf. égale-

Dans le régime ordinaire de la LEI et selon la formule jurisprudentielle, cet intérêt public dispose d'un «poids considérable» au nom de la «sauvegarde des intérêts du pays» afin de réaliser les objectifs de politique migratoire¹²⁸. Déclinés au pluriel par l'article 96 LEI, les intérêts publics évoluent dans le sens d'une diversification et d'une multiplication, en parallèle avec une conception de l'Etat dont les tâches sont de plus en plus nombreuses, complexes et sans solutions préétablies. Ceci laisse une marge de manœuvre dans la phase d'interprétation/pondération¹²⁹. Ces intérêts se déclinent en plusieurs types d'intérêts.

b. Intérêts économiques de la Suisse

Le premier intérêt public consacré est celui des *intérêts économiques de la Suisse* conformément à l'article 3 al. 1 1^{ère} phrase LEI et réitéré aux articles 18 let. a, 19 let. a, 20 al. 3, 21 al. 3 et 26 al. 1 LEI¹³⁰. A teneur de l'article 3 al. 1 LEI, les intérêts publics se confondent avec les intérêts de l'économie suisse en lien avec les chances d'une intégration durable sur le marché du travail et l'environnement social¹³¹. Concept fluctuant en fonction des périodes, du contexte économique et des forces des secteurs économiques sur le marché du travail. L'article 3 LEI constitue une orientation générale¹³². En tant que notion juridique indéterminée, cet intérêt peut s'interpréter diversément. Premièrement, la priorité exprimée pour cet intérêt démontre que le droit des migrations est entièrement tourné sur les *besoins de l'économie*¹³³. Ceux-ci se définissent largement sans désigner de branche économique particulièrement privilégiée. Cet intérêt comprend l'intérêt public à contrôler strictement le marché du travail en donnant une définition large de la notion d'activité lucrative (art. 11 al. 2 LEI) pour *lutter contre le travail au noir* qui revêt un poids très important dans la pesée sans lequel l'Etat risque une «perte de crédibilité (...) en cas de non-respect de ses lois ainsi que des distortions de concurrence»¹³⁴.

ment ATF 137 I 247 consid. 4.1.2; 135 I 143 consid. 2.1; 135 I 153 consid. 2.2.1; 122 II 1 consid. 2.

128 TAF C-6317/2007 du 2 mars 2009 consid. 6.; C-1236/2007 du 2 mars 2009 consid. 6.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (note 73), N° 613 ss.

129 DUBEY (note 36), p. 202.

130 MINH SON NGUYEN, ad. art. 3 LETr, in: Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II: LETr, Berne 2017 p. 16–18; SPESCHA (note 113), N° 3.

131 Ibidem.

132 FF 2002 3725. ROSA MARIA LOSADA, ad art. 3, in: Martina Caroni et al. (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010, p. 21; NGUYEN (note 130).

133 ETIENNE PIGUET, Einwanderungsland Schweiz – Fünf Jahrzehnte halb geöffnete Grenzen, Berne 2006, p. 78.

134 Concernant la notion d'activité lucrative, il s'agit de toute activité salariée ou indépendante (stage inclus) qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (art. 1a OASA). Dans le cadre de l'arrêt C-6383/2014 du 6 juin 2016, le TAF va confirmer une interdiction d'entrée et de séjour (IES) de 3 ans pour un étudiant en vacances interpellé sur un chantier avec des habits de travail alors que celui-ci indiquait donner un simple coup de main et qu'il est acquitté par les tribunaux pénaux. Une demande de visa de 3 mois pour s'occuper de sa sœur

c. *Qualifications, contingents et ordre de priorité*

Deuxièmement, cet intérêt déploie *divers instruments* qui permettent de circonscrire le sens à donner. Une admission pour activité économique doit répondre aux conditions fixées aux articles 18 à 26 LEI. Les articles spécifiques à l'admission des personnes migrantes en vue d'une activité lucrative désignent les *travailleurs qualifiés* (cadres, spécialistes ou autres travailleurs qualifiés) comme servant cet intérêt (art. 18, 19 let. a et 23 al. 1 et 2 LEI)¹³⁵.

Les «*qualifications*» constituent une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de jugement¹³⁶. Il existe un intérêt public à ce qu'une entreprise ne doive pas renoncer à des employés «parfaitement qualifiés et bien rôdés»¹³⁷. A contrario, les travailleurs *non-qualifiés* ne paraissent pas servir cet intérêt sous réserve d'une dérogation stricte et de durée limitée prévue à l'article 23 al. 3 LEI (dérogations aux conditions d'admission compte tenu d'un intérêt scientifique ou économique prépondérant)¹³⁸. Les circonstances sont très diverses. A titre d'exemples, les tôliers en carrosserie spécialistes en réparation de voitures anciennes («oldtimers»), un cuisinier spécialisé en cuisine indienne ou des professeurs de musique diplômés de hautes écoles de musique ne font pas l'objet de dérogations au sens de l'article 23 al. 3 LEI¹³⁹. Par contre, une employée de maison et garde d'enfants d'origine philippine qui travaillait pour une famille suisse à Singapour peut obtenir, sur la base de l'article 23 al. 3 LEI, en cas de retour en Suisse une autorisation de séjour d'un an, renouvelable à cinq reprises¹⁴⁰. Il n'y aura pas de révocation de l'autorisation en cas de cessation des rapports de travail car un changement d'emploi devrait être autorisé vu qu'il n'existe un intérêt public légitime à limiter la mobilité professionnelle de ces personnes que si elle ne dispose que d'un permis de court séjour. Pour sa part, une ressortissante chinoise,

gravement malade est refusée par le SEM pour une ressortissante kosovare au motif qu'il s'agit d'une activité lucrative (TAF C-2882/2010 du 20 juin 2016 consid. 4.2). Dans l'arrêt du TAF 2C_7263/2008 du 31 août 2010 consid. 5, une jeune femme entre en Suisse pour séjourner chez sa demi-sœur pour garder sa nièce à plein temps qui, avant son arrivée, devait aller à la crèche. Le SEM prononce une IES de 2 ans qui est confirmée par le TAF.

135 Cf. SEM Directives LEI I (version 1.4.2024).

136 En règle générale, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail. En ce sens SEM, Directives LEI, p. 30. Cf. également TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.4; C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 7.4.

137 ATF 144 I 266 consid. 4.3.

138 Par exemple, les activités d'entretien d'installations spéciales de constructions de tunnels, FF 2002 3539.

139 TAF F-4226/2017 du 8 octobre 2019; F-5531/2016 du 2 octobre 2017; F-5074/2018 du 25 juin 2000.

140 TAF F-3190/2022 du 12 janvier 2024. Dans ce cas, l'analyse des conditions d'octroi d'un cas de rigueur est envisageable selon le TAF (art. 30 al. 1 let. b LEI). Pour des exemples de cas de rigueur, cf. F-1303/2018 du 28 août 2019; F-4844/2017 du 23 octobre 2019; F-2888/2018 du 26 septembre 2018.

ingénieure en denrées alimentaires, remplit les conditions de l'article 23 al. 3 let. a LEI et sert les intérêts économiques du pays en tant que copropriétaire indépendante d'une entreprise d'hôtellerie et de restauration de 200 places, devant créer plusieurs emplois¹⁴¹.

Consacré par l'article 121a de la Constitution, le mécanisme de *contingent* pour l'exercice d'une activité économique (art. 20 LEI) dépend uniquement de critères d'ordre économique et non de critères démographiques liés à la taille du canton (al. 3). Moins rigide que par le passé, il a été assoupli par le Conseil fédéral à l'aide de différents ajustements tels que l'allègement des preuves à fournir pour les qualifications personnelles dans des secteurs en pénurie de main d'œuvre (art. 23 LEI)¹⁴². Conformément à l'article 21 LEI, le principe de *l'ordre de priorité* signifie que l'admission d'un ressortissant d'Etat tiers ne l'emporte qu'en cas d'impossibilité à trouver un travailleur suisse ou ressortissant de l'UE/AELE apte à correspondre au profil requis¹⁴³. Dans son application, ce mécanisme a été interprété de manière stricte jusqu'à l'adoption en mars 2022 des mesures d'assouplissements précitées¹⁴⁴. L'article 22 LEI prévoit quant à lui une prévention contre le dumping salarial et social.

d. Sécurité et ordre public

Consacré à l'article 121 al. 2 à 6 de la Constitution, l'intérêt public comme *intérêt de police* qui tend à la protection de *la sécurité et de l'ordre public* est rappelé à de multiples reprises dans la LEI¹⁴⁵. La notion d'*ordre public* comprend l'ensemble des règles dont le respect est une condition indispensable à une cohabitation ordonnée entre les personnes et conformément aux considérations sociales et éthiques en vigueur¹⁴⁶. Celle de *sécurité* englobe l'inviolabilité de l'ordre juridique objectif et des biens juridiques de la personne (existence, santé, liberté, propriété, etc.) et des infrastructures de l'Etat¹⁴⁷. Conformément à l'article 77a al. 2 let. a et b OASA, le danger est réalisé en cas de non-accomplissement volontaire d'obligations de droit public ou privé (par ex. en cas

141 TAF F-6434/2017 du 3 juin 2019 consid. 8.2. A contrario, ATF 123 II 472 consid. 4d; TF C-6383/2016 consid. 7.2.

142 ACHERMANN, (note 123), n°9 ss. Conseil fédéral, «Pour une gestion migratoire répondant aux besoins de la Suisse», Rapport du 4 mars 2022. SEM, Directives LEI, ch. 4.3.5.1.

143 SEM, Directives LEI I, ch. 4.3.2.2 (version 1.4.2024). L'ordre de priorité a également été assoupli dans la pratique. La Directive LEI I prévoit que dans les secteurs à forte pénurie de main d'œuvre, les autorités renoncent à exiger des entreprises qu'elles attestent des recherches effectuées.

144 En ce sens, cf. TAF F-5531/2016 du 2 octobre 2017; F-6434/2017 du 3 juin 2019; F-4226/2017 du 8 octobre 2019; F-3190/2022 du 12 janvier 2024.

145 Cf. les articles 2 et 3, 5 al. 1 let. c, 58a al. 1 let. a, 59 al. 3, art. 62 al. 1 let. c et d, 63 al. 1 let. b, 64d al. 2 let. a, 67, 68, 74 al. 1 let. a et 83 al. 7 let b LEI. Cf. également ATF 138 I 246 consid. 3.2.2. FF 2002 3469, 3493 (LETr).

146 SEM, Directives LEI, ch. 8.3.1.3 (version 1.4.2024).

147 SEM, Directives LEI, 8.3.1.3 (version 1.4.2024). Cf. également ATF 137 II 297 consid. 3.3.

de manquement au paiement de l'impôt ou d'accumulation de dettes)¹⁴⁸. La menace pour l'ordre ou la sécurité publics est une notion juridique indéterminée¹⁴⁹. Les autorités en charge des migrations adoptent parfois un angle de vue plus rigoureux par rapport aux autorités pénales concernant par exemple une expulsion, la sécurité et l'ordre public étant pour elles prioritaires dans la pesée des intérêts (par rapport aux objectifs de réinsertion)¹⁵⁰. Il existe un intérêt public à l'éloignement lorsqu'il y a atteinte à la sécurité et à l'ordre publics en cas de violation de prescriptions légales ou de décisions d'autorités. Ces biens sont également menacés lorsque des éléments concrets indiquent que le séjour en Suisse de la personne concernée conduit selon toute vraisemblance à une atteinte à la sécurité et à l'ordre public¹⁵¹. Cette appréciation peut conduire à l'éloignement des personnes indésirables au sens des articles 121 al. 3 à 6 Cst. et 66a ss CP.

e. Besoins culturels et scientifiques

A teneur de l'article 3 al. 1 LEI, l'intérêt public peut aussi porter sur des contenus moins utilisés par les autorités. En tant que notion juridiquement indéterminée, les besoins culturels et scientifiques sont définis par le biais de divers articles de la LEI pour octroyer des catégories particulières d'autorisations pour les artistes, toujours dans le but de servir les intérêts de la Suisse¹⁵². S'agissant des besoins scientifiques, des dérogations à la qualification sont possibles pour des personnalités reconnues du domaine scientifique (art. 20 al. 1 et 2 et 20 al. 3 let. b LEI) pour une personne qui accomplit avec succès une haute école (art. 21 al. 3 LEI) ou pour des échanges internationaux (art. 30 al. 1 let. g LEI, art. 41 let. a OASA)¹⁵³.

f. Autres intérêts publics et engagements internationaux

Les intérêts peuvent aussi porter sur des «*intérêts publics importants*» (art. 30 al. 1 let. b LEI) qui peuvent désigner des raisons étatiques, des intérêts cantonaux (art. 32 al. 1 let. b et c OASA) ou encore des devoirs diplomatiques (art. 43 ss OASA). A teneur de l'article 3 al. 2 LEI, d'autres intérêts publics

148 SEM, Directives LEI, ch. 8.3.1.3 (version 1.4.2024). Il y a, par ailleurs, atteinte à la sécurité et l'ordre publics en cas d'apologie publique d'un crime contre la paix, d'un génocide, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité (art. 77a, al. 1 let. c OASA). La sécurité et l'ordre publics sont menacés lorsque des éléments concrets indiquent que le séjour en Suisse de la personne concernée conduit selon toute vraisemblance à une atteinte à la sécurité et à l'ordre publics (art. 77b OASA). Cf. également les articles 6 et 19 LRens et l'art. 260ter CP.

149 SCHINDLER (note 18), n° 8.

150 ATF 130 II 493 consid. 4.2; 130 II 176 consid. 4.3.3; 129 II 215 consid. 3.2 et 7.4; 130 II 493 consid. 4.2.

151 ATF 139 II 121. Cf. néanmoins, ATF 144 I 266 consid. 3.9.

152 Cf. les articles 3 al. 1 2^{ème} phrase, 23 al. 3 let. b, 30 al. 1 let. g et i LEI, 32 al. 1 let. a OASA. Pour la définition d'artiste, cf. SEM, Manuel LEI, ch. 4.7.12; NGUYEN (note 130), pp. 18–19.

153 Cf. les articles 20 al. 1 et 2, 20 al. 3 let. b, 21 al. 3, 30 al. 1 let. g LEI et 41 let. a OASA.

sont pris en compte vis-à-vis des migrants, toujours dans une perspective stricte. Le poids considérable de l'intérêt public dans la mise en œuvre d'une politique d'immigration restrictive à l'égard des ressortissants d'Etats tiers se vérifie par le fait que les *motifs humanitaires* en tant que motifs d'admission, ne prennent de l'importance dans ce contexte juridique que lorsque la personne concernée dépasse la limite d'un «*cas personnel d'extrême gravité*» (art. 30 al. 1 let. b LEI, art. 31 OASA)¹⁵⁴. Enfin, d'autres intérêts sont signalés tels que les *engagements internationaux* en tant que coopération au développement (art. 30 al. 1 let. f LEI et art. 37 OASA), la protection et lutte contre le *trafficking d'êtres humains* (art. 30 al. 1 let. d et e LEI, art. 34 ss OASA), l'*unité de la famille* (art. 3 al. 2 LEI) et l'*évolution socio-démographique* (art. 3 al. 3 LEI)¹⁵⁵.

g. *Absence de hiérarchie entre les intérêts publics*

L'article 3 LEI s'articule de façon binaire (al. 1 et 2) mais ne laisse pas préjuger d'une hiérarchie entre les différents intérêts publics qui y sont consacrés. Tout au plus et compte tenu de la culture moniste de l'ordre juridique suisse qui fait primer le droit international sur le droit national, l'application des textes internationaux au titre des engagements internationaux de la Suisse constitue un intérêt primordial qui devrait primer sur les autres intérêts¹⁵⁶.

3. *La situation personnelle de l'intéressé*

Face à des intérêts publics disposant d'un «poids considérable», l'intérêt privé est pris en compte dans l'article 96 LEI sous deux angles¹⁵⁷. D'une part, les intérêts privés de la personne ne sont pas désignés en tant que tel car c'est la *situation personnelle* de l'intéressé qui est examinée. Cette notion dépasse les seuls intérêts privés puisque les infractions pénales, la gravité de la faute commise, le fait d'émarger à l'aide sociale sont notamment pris en compte. D'autre part, les critères prévus sont très nombreux: parcours de vie et durée du séjour en Suisse, situation dans le pays d'origine (notamment les possibilités de réintégration, appartenance à un groupe social, situation médicale), relations personnelles et familiales¹⁵⁸. Il faut rappeler que le législateur a renoncé à fixer avec précision les critères personnels pour faire en sorte que l'autorité puisse se saisir réellement du cas individuel avec souplesse¹⁵⁹. En fonction de la procédure concernée (le regroupement familial, contentieux de l'éloignement, IES,

154 TAF C-6317/2007 du 17 avril 2009 consid. 7.1.

155 NGUYEN (note 130), p. 20–21.

156 NGUYEN (note 130), p. 22–23.

157 TAF C-6317/2007 du 2 mars 2009 consid. 6.; C-1236/2007 du 2 mars 2009 consid. 6.2.

158 SPESCHA, (note 113), N° 1–4.

159 SCHINDLER (note 18), p. 875; FF 2002 p. 3727. MARC SPESCHA, HANSPETER THÜR, ANDREAS ZÜND et PETER BOLZLI, *Migrationsrecht*, 2^{ème} éd., ad art. 96 AUG, n° 1. Qualifications professionnelles (art. 23 al. 1, 2 et 3 let. c LEI).

etc.), certains aspects de la personne vont devoir être davantage analysés. Sans prétention d'exhaustivité, la situation personnelle de la personne prendra la forme de divers critères prédominants à pondérer.

a. Regroupement familial et critères personnels

Le contentieux du regroupement familial est un domaine privilégié pour analyser les critères personnels à pondérer¹⁶⁰. Cette obligation positive doit découler de circonstances concrètes. Le Tribunal fédéral rappelle régulièrement qu'un parent qui réside à l'étranger peut exercer son droit de visite sans résider durablement dans le pays de résidence de son enfant (moyens de communications, séjours brefs, etc.)¹⁶¹. Pour un droit plus étendu, il faut préalablement disposer d'un droit de présence assuré (1), d'une relation parent/enfant étroite du point de vue affectif (2), d'une relation étroite du point de vue économique (3), le fait que cette relation ne puisse pas être maintenue en raison de la distance entre la Suisse et le pays d'origine (4), et jouir d'un comportement irréprochable (5). Il importe aussi de tenir compte des intérêts supérieurs de l'enfant (6). La pesée ne peut exister que si les six critères précités sont réalisés. En ce sens, les critères sur les liens affectifs et économiques ainsi que celui sur le comportement irréprochable, ne sont pas à proprement parler des conditions strictes («*keine eigentlichen Anspruchsvoraussetzungen*»), mais doivent être pris en considération dans le cadre de la pesée des intérêts en application de l'article 8 par. 2 CEDH¹⁶². Sont présentés ci-dessous les critères jurisprudentiels prédominants pour la pesée globale¹⁶³.

b. Le droit de présence assuré («gefestigtes Aufenthaltsrecht»)

Sur la base de l'article 13 al. 1 Cst. en relation avec l'article 36 al. 3 Cst. et l'article 8 CEDH, ne s'effectue une pesée des intérêts en regroupement familial que lorsqu'au moins une des personnes concernées dispose en Suisse d'un *droit de présence assuré*¹⁶⁴. Malgré une pratique divergente de la Cour EDH, le Tribunal fédéral exige pour appliquer l'article 8 par. 1 CEDH que le regroupant bé-

160 Compte tenu du nombre d'entrées annuelles au titre du regroupement familial (plus de 40 000 entrées par an), l'intérêt public à la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive est important dans le domaine du regroupement familial. Ce domaine est donc particulièrement exposé aux tensions entre intérêt public défendant une politique migratoire restrictive et droits fondamentaux.

161 TF 2C_756/2022 du 14 décembre 2022 consid. 5.2.

162 TAF C-2100/2012 du 1^{er} décembre 2012; TF 2C_1047/2013 du 24 juin 2014 consid. 3.2 et arrêts cités.

163 Sur le caractère global de la pesée, cf. ATF 144 I 91 consid. 5.2; 147 I 149 consid. 4; TF 2C_525/2020 du 7 octobre 2020 consid. 5.1, 2C_1140/2015 du 7 juin 2016 consid. 2.2.3.

164 ATF 142 II 35 consid. 6.1 et 6.2; 140 I 145 consid. 3.2; 139 I 315 consid. 2.2; 135 I 143 consid. 2.1; 135 I 153 consid. 2.2.1; II 281 consid. 3.1; 122 II 1 consid. 2; 116 Ib 353 consid. 3 ss.; TF 2C_1140/2015 du 7 juin 2016 consid. 2.2.3; 2C_165/2021 consid. 4.1; 2C_1142/2012 du 14 mars 2013 consid. 3.4.

néficiaire d'un droit de présence assuré (nationalité suisse, autorisation d'établissement ou de séjour reposant sur un droit consolidé)¹⁶⁵. Cette pratique a toutefois été assouplie de sorte que, dans des cas exceptionnels – mais de plus en plus fréquents –, l'article 8 par. 1 CEDH peut être invoqué par des personnes dont la présence ne repose pas sur un droit de séjour assuré proprement dit mais dont la présence est considérée *de facto* comme une réalité stable et durable (cas des admis provisoires)¹⁶⁶. La Haute Cour admet désormais la pesée pour une personne dont l'autorisation même sera durablement prolongée en présence de personnes admises provisoirement en Suisse ou des demandeurs d'asile déboutés¹⁶⁷.

Sur la base de ce critère, le Tribunal fédéral procède dans le cadre de la pesée à une distinction en fonction du droit de garde des parents. Si le parent détenteur de l'autorité parentale et de la garde veut rester en Suisse avec ses enfants pour faciliter la relation avec le parent disposant du droit de présence assuré, la jurisprudence va tendre à être restrictive et l'octroi de l'autorisation dépendra de circonstances particulières¹⁶⁸. Le parent qui n'a pas la garde est considéré quant à lui comme n'ayant pas besoin de vivre durablement dans le même pays que l'enfant¹⁶⁹. Enfin, on retient que le Tribunal fédéral considère que le détenteur de la garde partagée, a droit malgré tout à la pesée globale des intérêts¹⁷⁰.

c. *Le lien économique étroit*

Ce critère porte sur les liens personnels, i.e. les liens familiaux particulièrement forts du point de vue affectif et économique qui sont essentiels dans la pesée globale¹⁷¹. Les décisions ou les conventions entre parents sont certes importantes à consulter. C'est toutefois la situation *effective* des prestations financières qui doit prédominer¹⁷². Les liens sont considérés comme forts lorsque le parent verse effectivement à l'enfant les prestations financières décidées par les instances judiciaires¹⁷³. Par ailleurs, les preuves sont importantes. Des quittances si-

165 ATF 144 II 1 consid. 6.1; 139 I 330 consid. 2.1; Cour EDH, *Mengesha Kimfe c. Suisse*, requête n° 24404/05, 29 juillet 2010, par. 61; Cour EDH, *M.A c. Danemark*, requête n° 6697/18, 9 juillet 2021, par. 130–134.

166 ATAF 2021 VI/1 du 25 janvier 2021; ATF 138 I 246 consid. 3.3.1; 130 II 281 consid. 3.2.2; TF 2C_1045/2014 du 26 juin 2015 consid. 1.1.3; 2C_360/2016 du 31 janvier 2017 consid. 5.2.

167 ATF 137 I 351 consid. 3.1; 137 I 113 consid. 6.2; TF 2D_19/2022 du 16 novembre 2022; 2C_639/2012 du 13 février 2013 consid. 1.2.2; ATAF 2017 VII/4 consid. 6.4.

168 ATF 137 I 247 consid. 4.2.2 et les références citées. ANDREAS ZÜND/THOMAS HUGI YAR, *Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA*, in: Astrid Epiney et Teresia Gordzielik (éds.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen*, 2015, p. 157 ss, p. 200

169 ATF 143 I 21 consid. 5.3.

170 TF 2C_525/2020 du 7 octobre 2020 consid. 5.2.

171 ATF 143 I 21 consid. 5.5.4; TF 2C_289/2017 du 4 décembre 2017 consid. 5.2; 2C_76/2017 du 1^{er} mai 2017 consid. 3.2.4 et 2C_1071/2016 du 30 mars 2017 consid. 6.2.

172 TAF F-3368/2017 consid. 6.2.2.

173 ATF 144 I 91 consid. 5.2.2.

gnées par soi-même ne sauraient constituer une preuve de versement¹⁷⁴. Le parent débiteur ne doit pas être sous pression pour s'exécuter¹⁷⁵. Un accord entre les parents pour que le père n'ait pas besoin de verser les contributions d'entretien prévues n'entre pas en ligne de compte¹⁷⁶. Si la garde est alternée, les contributions d'entretien peuvent avoir lieu en nature¹⁷⁷. Des prestations en nature ne peuvent représenter une contribution économique qu'à la condition que le parent étranger (titulaire de la garde partagée) contribue effectivement de manière très intense à la prise en charge de l'enfant et permet ainsi à l'autre parent de s'adonner à une activité professionnelle¹⁷⁸.

Les exigences relatives à l'étendue de la relation que le parent étranger entretient avec son enfant d'un point de vue affectif et économique doivent rester dans l'ordre du «*possible et du raisonnable*»¹⁷⁹. Dans la pesée globale, doivent être analysés d'éventuels motifs indépendants de la volonté de la personne étrangère qui peuvent expliquer des paiements irréguliers, ou d'éventuelles prestations en nature, en relation avec un droit de garde équivalent à une garde alternée¹⁸⁰. Dans le cadre d'une demande de regroupement familial *inversé* pour une mère qui assure la prise en charge essentielle de ses deux enfants nés en Suisse et dispose de l'autorité parentale conjointe avec le père qui bénéficie d'un droit de séjour durable, la pesée conduit à refuser le regroupement demandé parce que le père n'entretient des relations avec ses enfants que dans une mesure analogue à un droit de visite (sans garde alternée), qu'il n'a pas donné suite à ses obligations financières de sorte que les prestations pécuniaires n'ont pas été compensées par des prestations en nature¹⁸¹.

d. *Le lien affectif étroit*

Il faut ici tenir compte de la situation parentale précise (garde alternée, droit de visite, etc.). Les liens sont considérés comme étroits lorsque les contacts sont effectivement exercés dans le cadre d'un droit de visite usuel (un week-end sur deux et la moitié des vacances ou sinon tous les dimanches de 8h à 18h pour un enfant en bas âge)¹⁸². Les conditions pour reconnaître l'existence d'un droit de séjour au parent étranger d'un enfant disposant du droit de résider en Suisse et dont il n'a pas l'autorité parentale, dépend de l'intensité particulière du lien affectif entre l'enfant et ce parent. Celle-ci doit être réévaluée

174 TAF F-2191/2016 du 19 avril 2018.

175 TF 2C_810/2016 du 21 mars 2017.

176 TAF F-3968/2018 du 2 juillet 2020.

177 TF 2C_899/2018 du 30 janvier 2019; TAF F-3256/2019 du 15 juillet 2020.

178 TF 2C_1125/2014 du 9 septembre 2015 consid. 4.6.1.

179 TAF F-1377/2018 du 8 juin 2020; F-1456/2018 du 14 février 2022. Cf. aussi 2C_622/2021; ATF 144 I 91 consid. 5.2.2; TF 2C_904/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.2.

180 ATF 144 I 91 consid. 6.2.

181 ATF 143 I 21 consid. 5 et 6; 144 I 91.

182 ATF 139 I 315 consid. 3.1; TF 2C_756/2022 du 14 décembre 2022 consid. 5.2.

en fonction d'une éventuelle extension du droit de visite. S'agissant d'un père colombien qui demandait à être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour sur la base des articles 50 al. 1 let. b LEI et 8 CEDH en raison de sa relation avec sa fille suisse, le fait que la mère entrave les liens père-fille n'est pas pris en compte. C'est la réalité et le caractère effectif des liens qu'une personne étrangère tisse avec le membre de sa famille qui lui permet de bénéficier d'un droit de résider en Suisse¹⁸³. L'impossibilité d'entretenir des rapports avec son enfant en raison du comportement de l'autre parent ne supplée pas l'absence de relation¹⁸⁴. Pour les étrangers qui sollicitent une autorisation de séjour pour la première fois, il est toujours exigé que les relations affectives avec l'enfant soient effectivement vécues de manière plus intense que dans la situation d'un droit de visite usuel¹⁸⁵. Le Tribunal fédéral examine comment le parent étranger s'est occupé de son enfant jusqu'à son arrivée en Suisse et après son arrivée¹⁸⁶.

e. La distance

Le Tribunal fédéral note que la distance entre la Suisse et certains pays comme la Tunisie, l'Algérie ou le Mexique est trop éloignée pour entretenir d'éventuels liens affectifs étroits avec son enfant sis en Suisse. L'exercice du droit de visite ne peut être effectif¹⁸⁷.

f. Le logement adapté ou «approprié»

En principe, le logement doit être commun à toute la famille et disposer d'un nombre de chambres suffisant pour ne pas être surpeuplé (nombre de personnes – 1 = taille minimale du logement, excepté à Genève où le décompte des pièces s'effectue différemment)¹⁸⁸. En cas de divorce ou de séparation, une chambre d'hôtel ne permet pas de recevoir un enfant dans des conditions adéquates¹⁸⁹.

g. Le comportement irréprochable

Le parent ne doit s'être rendu coupable d'aucun comportement contraire au droit des étrangers ou réprimé par le droit pénal (art. 62 let. b, art. 75 al. 1 let. g,

183 TF 2C_644/2012 du 17 août 2012 consid. 2.3.

184 TF 2C_756/2022 du 14 décembre 2022 consid. 5.2.

185 ATF 139 I 315 consid. 2.3 et 2.4.

186 ATF 139 I 315 consid. 3.1; TF 2C_622/2021 du 6 avril 2022 consid. 5.4.

187 ATF 144 I 91 consid. 5.2.3, TF 2C_899/2018 du 30 janvier 2019.

188 Cf. articles 24, 27 al. 1 let. b, 44 let. b, 45 let. b et 85 al. 7 let. b LEI; TAF F-7533/2016 du 10 janvier 2018 consid. 7.4. A Genève, la cuisine est comptée dans le nombre de pièces de sorte que le nombre de pièces doit être égal au nombre maximum d'occupants, cf. TAF C-4615/2012 du 9 décembre 2014 consid. 6.3.1.

189 TAF F-3368/2017 du 20 mars 2019 consid. 6.3.1 (décision confirmée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_368/2019 du 27 juin 2019).

art. 83 al. 7 let. a LEI)¹⁹⁰. Par exemple, si la personne a provoqué des interventions de police en raison de disputes et même en l'absence de casier judiciaire, elle ne peut réaliser cette condition¹⁹¹. Une condamnation pour violation d'obligation d'entretien ou séjour illégal peut suffire¹⁹². Une sentence unique rendue à l'encontre d'un parent peut être quelque peu relativisée au vu des circonstances. Si la condamnation pénale a été la conséquence d'une dispute conjugale en période de séparation pour laquelle l'ex-épouse a écopé d'une peine plus lourde pour lésions corporelles simples qualifiées et injure, il y a lieu de relativiser le poids de cette condamnation¹⁹³. A cela s'ajoute que l'intéressé détient l'autorité parentale conjointe sur son enfant, élément dont il faut tenir compte dans la pesée des intérêts, notamment sous l'angle de l'ordre public¹⁹⁴. Toutefois, le Tribunal fédéral indique que «dans l'examen de la situation d'une personne ne faisant plus ménage commun avec son conjoint suisse mais ayant encore l'autorité parentale sur leur enfant mineur de nationalité suisse sans en avoir la garde, la contrariété à l'ordre public ne constitue pas une condition indépendante rédhibitoire de refus de prolongation de l'autorisation de séjour. Il s'agit d'un élément parmi d'autres à prendre en compte dans la pesée globale des intérêts, sans toutefois lui accorder une importance moindre comme tel est le cas lors d'un regroupement familial *inversé* qui concerne un enfant de nationalité suisse»¹⁹⁵.

Dans le cadre de la pesée des intérêts effectuée conformément à l'article 8 par. 2 CEDH, le Tribunal fédéral confirme que seule une atteinte d'une *certaine gravité* à l'ordre et à la sécurité publics permet de refuser l'autorisation au parent étranger ayant le droit de garde et l'autorité parentale de rester dans le pays et obliger son enfant suisse à partir avec lui. Cette jurisprudence ne s'applique pas telle quelle aux enfants étrangers en provenance d'Etats tiers au bénéfice d'une autorisation d'établissement ou de séjour¹⁹⁶. Pour le surplus, ceci est sensiblement différent si le parent concerné n'a pas la garde ou la garde alternée¹⁹⁷.

Concernant l'*aide sociale*, le Tribunal fédéral indique qu'on ne saurait reprocher à un parent étranger d'avoir perçu des prestations d'aide sociale pendant la période pour laquelle l'office AI a finalement reconnu qu'il avait droit à un rente d'invalidité ou encore durant des périodes où il se trouvait, pour des raisons psychiatriques ou orthopédiques, en incapacité totale de travail, ou encore

190 TAF D-3238/2006 du 26 mai 2009 consid. 3.3; ATF 147 I 149 consid. 4; 144 I 91 consid. 5.2; TF 2C_343/2022 du 9 septembre 2022 consid. 4.1.

191 TF 2C_1066/2016 du 31 mars 2017 consid. 4.4; 2C_395/2012 du 9 juillet 2012 consid. 5.1 *in fine*; 2C_325/2010 du 11 octobre 2010 consid. 5.2.3.

192 ATF 144 I 91 consid. 5.2.3; TF 2C_520/2016 du 13 janvier 2017.

193 ATF 139 I 315 consid. 3.3.

194 ATF 140 I 145 consid. 4.1.

195 ATF 140 I 145.

196 ATF 137 I 247 consid. 4 et 5. Cf. également TF 2C_591/2020 du 4 janvier 2021; F-2020/2021 du 20 mars 2023.

197 ATF 144 I 91; 143 I 21; 140 I 145.

durant les trois premières années de vie de son fils passées à s'occuper de ce dernier. Pour tenir compte de l'indépendance à l'*aide sociale*, il faut apprécier les circonstances spécifiques, notamment pour les réfugiés admis à titre provisoire ou un parent malade¹⁹⁸. A ce propos, la Cour EDH dispose que l'exigence d'indépendance financière s'applique avec souplesse et il en va de même pour l'interprétation de l'article 85 al. 7 LEI (regroupement familial pour admis provisoires)¹⁹⁹.

Toutefois, il est attendu du parent étranger qu'il intègre le marché du travail pour limiter sa dépendance à l'aide sociale et subvenir aux besoins de la famille au plus tard lorsque son enfant atteint l'âge de trois ans²⁰⁰. Il en va de même pour une mère célibataire qui doit, au plus tard lorsque son enfant a atteint l'âge de trois ans, faire tous les efforts nécessaires pour subvenir aux besoins de sa famille²⁰¹.

Concernant le comportement d'un père anglais qui n'a jamais fait l'objet de condamnations pénales, celui-ci émerge à l'aide sociale et se voit délivrer des actes de défaut de biens. Toutefois, lorsque le parent entretient, des liens étroits et très réguliers avec son enfant, tant d'un point de vue affectif que économique, *il faut plus qu'une simple contrariété à l'ordre public pour que la condition du comportement irréprochable soit rédhibitoire*. En outre, malgré sa maladie, il cherche une activité lucrative à 50% et, de ce fait, vise à réduire son endettement et à s'affranchir de sa dépendance à l'aide sociale. Au vu de l'âge de l'enfant et de la mauvaise situation financière du père, on ne saurait exiger qu'ils maintiennent leur relation par le biais de voyages entre le Royaume-Uni et la Suisse²⁰².

Concernant le *lien économique* créé avec son enfant, le Tribunal fédéral retient dans une affaire que le recourant n'a jamais été en mesure de verser une quelconque prestation financière pour l'entretien de sa fille, étant donné qu'il dépend de l'aide sociale depuis décembre 2017. Cela est également pertinent sous l'angle de la condition du comportement irréprochable: *«En outre, le recourant ne saurait se prévaloir d'un comportement en Suisse qui serait irréprochable. Il n'a certes jamais fait l'objet d'une condamnation pénale. En revanche, il émerge à l'aide sociale depuis décembre 2017 et, le 9 août 2021, sa dette s'élevait au montant élevé de 125 607 fr. 30. Par ailleurs, en date du*

198 Art. 5 al. 1 let. b, art. 19 let. b, art. 27 al. 1 let. c, art. 28 let. c, art. 44 let. c, art. 45 let. c, art. 62 let. e, art. 63 al. 1 let. c, art. 67 al. 1 let. b, art. 85 al. 7 let. c LEI. Cf. ATAF 2017 VII/4 consid. 5.2–5.4 et 6.5–6.6; TAF F-398/2019 du 23 janvier 2021 consid. 7.2; TF 2C_899/2018 du 30 janvier 2019.

199 Cour EDH, *B.F. et autres c. Suisse*, requêtes nos 13258/18 et al., 4 juillet 2023. En ce sens, CAMILLA JACQUEMOUD, *La Suisse condamnée pour avoir refusé le regroupement familial à des réfugié-es admis-es provisoirement en raison de leur dépendance à l'aide sociale*, Asyl 4/23, p. 22.

200 TF 2C_276/2021 du 28 juin 2021.

201 TF 2C_1047/2020 du 5 mai 2021.

202 TF 2C_899/2018 du 30 janvier 2019.

20 juillet 2021, il faisait l'objet de poursuites et d'actes de défaut de biens, pour un total de 88 038 fr. 20, et n'a jamais travaillé en Suisse». Pour le Tribunal fédéral, il sera plus aisé pour le recourant de stabiliser sa situation financière et de trouver un travail pour contribuer à l'entretien de sa fille depuis la Jordanie, pays dans lequel il a vécu la majeure partie de sa vie et où il a sa famille, notamment son frère avec lequel il tenait un restaurant par le passé. Il relève en outre qu'il est, dans une certaine mesure, possible de maintenir la vie familiale à distance, malgré l'étendue importante entre les deux pays²⁰³.

h. L'intérêt supérieur de l'enfant

Conformément à l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), cet intérêt s'applique dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la mesure (art. 8 par. 2 CEDH). Le droit à pouvoir grandir en jouissant d'un contact étroit avec ses deux parents est reconnu largement par la jurisprudence²⁰⁴. Sous l'angle du droit des migrations, l'article 3 CDE doit être pris en considération dans les décisions portant sur des enfants mais il n'est pas prépondérant par rapport à certains intérêts publics. L'article 3 CDE ne saurait fonder une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation mais peut justifier une décision d'attribution de la garde²⁰⁵. Par ailleurs, l'article 12 par. 2 CDE consacre pour l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, la possibilité d'être entendu dans les procédures qui le concerne. Si la portée directe de cette disposition est reconnue, elle est néanmoins appliquée restrictivement en relation avec l'article 47 al. 4 LEI²⁰⁶. L'audition personnelle n'est pas considérée comme indispensable si le point de vue de l'enfant peut être porté par ses parents et que leurs intérêts respectifs sont équivalents ou encore parce que les faits peuvent être établis sans audition²⁰⁷. Toutefois, malgré cette interprétation restrictive de la CDE, l'importance croissante de l'article 3 CDE se vérifie en particulier dans l'ATF 147 I 149. Concernant le droit d'être entendu, si l'absence de droit à l'audition personnelle de l'enfant est rappelée en particulier en cas d'adéquation entre l'intérêt de l'enfant et celui du parent concerné, le Tribunal fédéral indique que, pour les cas où la convergence des intérêts n'est pas claire, l'enfant *doit* être entendu²⁰⁸. Lorsque la décision concerne le droit de séjour de l'ensemble de la famille, les intérêts des parents et des enfants

203 TF 2C_856/2022 du 3 juillet 2023.

204 ATF 143 I 21 consid. 5.5.1; TF 2C_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.2 et les arrêts cités. Cf. également Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, requête n° 56971/10, 8 novembre 2016, par. 27 ss. et 46 ss.

205 ATF 140 I 145 consid. 3.2; 146 IV 267 consid. 3.3.1; 144 II 56 consid. 5.2; 144 I 91 consid. 5.2; TF 2C_165/2017 du 3 août 2017 consid. 3.3, 2C_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.3.

206 ATF 124 III 90 consid. 3a.

207 Il peut être rappelé que le droit à une audition personnelle est également prévu à l'article 6 CEDH. Celui-ci ne s'applique toutefois pas aux affaires relevant du droit des étrangers, cf. ATF 137 I 128 consid. 4.4.2.; 144 II 1 consid. 6.5.

208 ATF 147 I 149 consid. 3.2.

convergent. Par contre, dans d'autres types de circonstances (par ex.: une décision sur le regroupement familial *inversé* influe clairement sur le parent qui prend l'enfant à charge), l'autorité ignore si les intérêts convergent. D'autres arrêts récents donnent également davantage de poids à la CDE, en particulier concernant la prise en compte de l'article 3 CDE dans l'examen de proportionnalité et l'exercice du droit d'être entendu au sens de l'article 12 par. 2 CDE²⁰⁹.

i. Les raisons familiales majeures

Elles s'appliquent aux enfants et au conjoint en cas de demande hors délai (regroupement familial *différé*). Il s'agit du cas où le bien de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement familial en Suisse (art. 47 al. 4 LEI, art. 75 OASA). Le Tribunal fédéral n'applique ce critère que strictement notamment lorsque la prise en charge d'un enfant dans son pays d'origine n'est plus garantie et qu'il n'y a pas d'alternative sur place (décès du parent qui a la garde, dégradation importante de l'état de santé du parent de substitution)²¹⁰. La jurisprudence indique que, dans ces cas, l'intérêt de l'enfant prime sur les intérêts économiques²¹¹. La préservation de l'unité de la fratrie peut constituer un facteur déterminant mais une séparation de la famille n'est pas exclue²¹².

j. Eloignement et gravité de la faute

Dans le contentieux de l'*éloignement* en raison d'une condamnation pénale, il importe de relever que le point de départ et le critère prédominant de la pesée est la *gravité de la faute*, qui se mesure par la *durée* de la peine privative de liberté issue de la procédure²¹³. Ensuite, la pesée procède à l'appréciation *globale* du comportement délictueux jusqu'au jugement attaqué²¹⁴. Il est également prévu qu'en cas d'infractions graves ou répétées d'un étranger, le risque résiduel d'autres atteintes aux biens juridiques est requis pour protéger l'ordre pu-

209 TF 2C_681/2022 du 3 août 2023 (attribution du droit de garde d'une fille de huit ans de nationalité portugaise à ses grands-parents sis en Suisse au nom de l'intérieur supérieur de l'enfant); TAF F-5560/2021 du 2 août 2023 (constat de violation du droit d'être entendu pour deux enfants suisses de 9 et 14 ans sur leur relation avec leur père dans la mesure où ils n'ont jamais pu s'exprimer, directement ou par le biais de leur représentante légale, dans le cadre de la procédure de prolongation de l'autorisation de séjour de leur père); TF 2C_198/2023 du 7 février 2024 (refus d'octroyer un permis de séjour pour deux enfants avec statut F dont les parents sont divorcés, le père dispose d'un statut B réfugié et la mère d'une admission provisoire).

210 ATF 146 I 185 consid. 7.

211 ATAF 2016/34.

212 TF 2C_325/2019 du 3 février 2020 consid. 3.

213 TAF F-2458/2021 du 14 novembre 2023 consid. 6.1 et les arrêts référencés, notamment l'ATF 129 II 215 consid. 3.1. Une condamnation pour voies de fait au sens de l'article 126 CP à l'encontre de ses propres enfants et des atteintes répétées à la paix du ménage sans condamnation, ne suffisent pas au sens du principe de proportionnalité pour lever une admission provisoire au sens de l'art. 84 al. 3 LEI, cf. TAF D-3913/2006 du 18 novembre 2009 consid. 5.3.1. Pour des circonstances contraires, cf. TAF D-6365/2009 du 23 octobre 2009.

214 TF 2C_1091/2018 du 4 novembre 2019 consid. 3.5 et les arrêts cités.

blic et prendre en compte la prévention générale²¹⁵. Il importe de relever que dans certains cas considérés comme limites, l'autorité judiciaire relève qu'un comportement délictueux ne rend pas nécessairement impossible l'octroi à terme d'une nouvelle autorisation de séjour dans le cadre d'une réévaluation après une période de probation et dans certaines conditions²¹⁶.

k. Interdiction d'entrée et de séjour (IES)

La décision de lever temporairement une interdiction d'entrée et de séjour (art. 67 al. 5 LEI), motivée initialement par des motifs de sécurité et d'ordre public (par ex. plusieurs condamnations pénales pour vols), dépend d'une pesée globale des intérêts.

De manière générale, l'IES est prononcée pour une période maximale de cinq ans. En cas de menace grave pour la sécurité et l'ordre public, l'article 67 al. 3 LEI prévoit une durée plus longue à déterminer. L'ATF 119 II 121 explicite les trois paliers qui selon la menace encourue sert à déterminer la durée d'une IES (*palier I*: 5 ans maximum pour une menace classique; *palier I bis*: pour un ressortissant UE/AELE, il faut une menace *grave* pour prononcer une IES; *palier II*: pour une menace grave, l'IES peut être supérieure à 5 ans). Des suspensions régulières de l'interdiction d'entrée peuvent s'imposer au regard des droits de l'enfant dès la première année, notamment en raison de la situation familiale instable et tendue de l'un des enfants qui peut justifier une levée temporaire de l'interdiction d'entrée dès la première année²¹⁷. Une interdiction d'entrée de cinq ans (art. 67 al. 2 let. a LEI) pour un Italien condamné à une peine privative de 12 mois avec sursis et une amende de CHF 2000.– est considérée comme non suffisante pour constituer une menace à l'ordre public touchant aux intérêts fondamentaux de la société et est considérée comme disproportionnée²¹⁸. Par contre, une interdiction d'entrée fixée à dix ans (art. 67 al. 3 LEI) est confirmée pour une personne ayant été condamnée pour une peine de plus de 7 ans pour un trafic de près 20 kg d'héroïne et d'autres méfaits à titre de caractère préventif spécial²¹⁹. Par contre, une IES similaire a été allégée de 10 ans à 7 ans pour une Italienne pour des condamnations multiples dont la LStup, en raison de sa situation familiale et le fait qu'elle ne procédait pas à du trafic de drogue proprement dit mais lié à sa consommation personnelle.

215 ATF 139 I 16 consid. 2.2.1 et les arrêts cités.

216 TF 2C_914/2017 consid. 4.6 et les renvois cités.

217 TAF F-1551/2022 du 5 octobre 2023 consid. 3.4. et 5. Cf. également ATAF 2013/4 du 11 mars 2013 consid. 7.4.2–7.5 (poids particulier accordé à la famille pour réduire une IES illimitée à huit ans), ATAF 2014/20 du 26 août 2014 consid. 6.5–8.4.

218 TAF F-4377/2020 du 18 janvier 2021 consid. 7 et 8.

219 TAF F-5656/2017 du 15 novembre 2018 consid. 7.2. ATAF 2016/33 du 12 octobre 2016 consid. 9.4.

4. *L'intégration*

L'intégration est le troisième des critères généraux mentionnés par l'article 96 LEI et contribue par la marge d'appréciation/pondération qu'il confère à l'autorité, à jouer un rôle important. Il est d'une certaine manière celui qui rend réellement compte de la «situation personnelle» de la personne²²⁰. Dans la LEI, l'intégration est consacrée à l'article 4 et se définit comme une notion juridique indéterminée²²¹. Ni la loi, ni l'ordonnance sur l'intégration ne contiennent une définition légale de ce concept²²². Alors que les buts et les fondements en matière d'intégration sont désormais codifiés, on ne précise pas expressément ce qu'on entend par intégration «réussie». Du moment où la LEI rattache des effets juridiques à une intégration réussie ou non,²²³ cette question reste importante²²⁴. D'une manière générale, la notion d'intégration décrit «le processus de rapprochement par lequel des groupes sociaux s'intègrent dans la société» et suppose l'ouverture de la population suisse aux personnes migrantes (art. 4 al. 3 LEI)²²⁵. Il s'agit d'une conception graduelle et harmonisée de l'intégration (art. 58a LEI et art. 12 LN): plus le statut auquel vous accédez est élevé, plus l'intégration exigée l'est également²²⁶.

Le législateur a néanmoins codifié les critères à disposition qui figurent à l'article 58a LEI: respect de la sécurité et de l'ordre public (let. a), respect des valeurs de la Constitution (let. b), compétences linguistiques (let. c) et participation à la vie économique (let. d)²²⁷. Les deux derniers critères mentionnés ne doivent pas conduire à des exigences trop élevées relatives à la capacité ou à la disposition d'adaptation des étrangers. Ainsi, on ne peut pas exiger que la per-

220 SCHINDLER (note 18), p. 880.

221 ALBERTO ACHERMANN et CESLA AMARELLE, ad. art. 4 LEtr, in: Code annoté de droit des migrations, vol. II: LEtr, Berne 2017, p. 24–44.

222 Voir PETER UEBERSAX, Der Begriff der Integrations im schweizerischen Ausländerrecht: eine Annäherung, in: Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile, 2006, vol. 21, N° 4, p. 3 ss, p. 4.

223 Les règles auxquelles il est fait référence concernent notamment le pouvoir d'appréciation en général (art. 96 LEI), l'octroi de l'autorisation d'établissement (art. 34 LEI en lien avec l'art. 60 OASA), la prolongation de l'autorisation de séjour après dissolution de la famille (art. 50 LEI), l'appréciation d'un cas individuel d'une extrême gravité (art. 30 al. 1 let. b LEI en lien avec l'art. 31 OASA), la transformation d'une autorisation provisoire en autorisation de séjour (art. 85 al. 5 LEI en lien avec l'art. 31 OASA) et la possibilité d'octroyer l'autorisation d'établissement au terme d'un séjour de cinq ans lorsque l'étranger s'est bien intégré (art. 34 al. 4 LEI).

224 Voir aussi Commission fédérale pour les questions de migration (CFM), Les marges de manœuvre au sein du fédéralisme: La politique de migration dans les cantons, Berne, décembre 2011, p. 2. Le Message du Conseil fédéral relatif à la LEtr indique uniquement que le choix de renoncer à une définition légale a été réfléchi: étant donné que l'acception sociale et les représentations de l'intégration peuvent évoluer avec le temps, une telle définition ne paraît pas judicieuse.

225 FF 2002 3553 s. Voir aussi UEBERSAX (note 222), p. 4.

226 TF 2C_265/2011 du 27 septembre 2011 consid. 6.2.2; TAF C-7683/2008 du 29 mars 2010 consid. 7.3. STEFANIE KURT, Nouvelles exigences en matière d'intégration des étrangers, in: Plaidoyer 4/17, 2017, p. 20.

227 Cf. également article 4 al. 1, 2 et 4 LEI, article 4 let. a, b et c OIE, article 62 let. a, b et c OASA. ATF 134 II 1 consid. 4.3.

sonne étrangère s'adapte à tous les us et coutumes du lieu de résidence. Le fait de préserver notamment une croyance religieuse, protégée constitutionnellement à travers l'article 15 de la Constitution fédérale, et des coutumes vestimentaires ou festives, ne doit pas permettre de conclure de façon légère à une volonté insuffisante de s'intégrer socialement au nom du respect de valeurs constitutionnelles.

La mesure du degré d'intégration est prise en compte à de très nombreuses reprises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation/pondération par les autorités compétentes²²⁸.

Pour les *cas de rigueur*, les critères à pondérer relèvent également de l'intégration, de la situation familiale, de la situation financière, de l'état de santé, de la durée de présence en Suisse et des possibilités de réintégration (art. 30 al. 1 let. b LEI, art. 31 OASA)²²⁹.

D. La pesée des intérêts dans le processus décisionnel en droit des migrations

I. Mise en application de la pesée des intérêts en droit des migrations

Compte tenu de l'important terrain d'analyse envisagé, l'objectif ici n'est pas de passer en revue tous les arrêts pertinents mais de se concentrer sur certaines jurisprudences illustratives de problèmes soulevés par la pesée des intérêts. Excepté pour l'intérêt public prépondérant de «*sauvegarde des intérêts du pays*», il a pu être observé que l'approche très casuistique des intérêts analysés ci-dessus ne permet pas de déterminer clairement une quelconque approche ou principes méthodologiques, ni même de signifier un poids à accorder à un intérêt particulier ou à un autre. Par ailleurs, l'autorité en charge de la pesée n'analyse pas tous les intérêts systématiquement dans leur ensemble pour éviter les généralisations. La subjectivité du processus de pesée peut aussi être observé dans la

228 C'est en particulier dans le domaine de l'octroi et la prolongation d'une autorisation de séjour, l'exercice d'une activité lucrative (art. 3 al. 1 et 23 LEI), l'encadrement religieux (art. 7 OIE), la dissolution du mariage, (art. 50 LEI), le cas de rigueur (art. 30 al. 1 let. b LEI), les cours de langue et convention d'intégration, (art. 54 al. 1 LEI) et la révocation (art. 62 et 63 LEI), l'évaluation du pronostic en cas de regroupement familial (art. 85 al. 7 LEI), l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 34 al. 2–4 LEI; art. 54 al. 2 LEI; art. 60 OASA), la rétrogradation (art. 63 al. 2 LEI), l'octroi de la nationalité (art. 14 LN), l'expulsion, renvois et interdiction d'entrée et de séjour (art. 54 al. 2 LEtr) et la transformation d'une admission provisoire en autorisation de séjour (art. 84 al. 5 LEI).

229 Sur ces questions, cf. MARTINE DANG, *L'intégration dans la loi sur les étrangers: les cas de rigueur*, in: Cesla Amarelle (éd.), *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques*, Berne 2012, p. 95–104; BLAISE VUILLE et CLAUDINE SCHENK, *L'article 14 al. 2 LAsi et la notion d'intégration*, in: Cesla Amarelle (éd.), *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques*, Berne 2012, p. 105–129.

manière d'apprécier les constellations de faits. A cette fin, les arrêts sélectionnés ci-dessous (ATF 144 I 266, ATF 149 I 66 et ATF 149 I 207) reflètent certains divergences représentatives de la manière dont le système de pesée des intérêts est régulé.

1. ATF 144 I 266

En matière de *durée du séjour*, la pesée des intérêts doit tenir compte de l'article 8 par. 2 CEDH au sujet duquel le Tribunal fédéral précise sur la base d'un arrêt de principe (ATF 144 I 266) que, après un séjour légal de *10 ans*, le refus de *prolonger le séjour* nécessite des raisons particulières²³⁰. En règle générale, une telle durée laisse présumer une bonne intégration. Plus une personne vit longtemps dans un pays donné, plus les relations qu'elle y noue sont en général étroites et plus cet élément prend de l'importance dans la pesée des intérêts²³¹. Dans ce cas, si l'intérêt public à la non-prolongation de l'autorisation de séjour se limite à l'objectif d'imposer une politique d'immigration restrictive, cela n'est pas suffisant pour retirer le droit de séjour à la personne concernée²³².

Avec cet arrêt, la Haute Cour relativise le principe d'intérêt public de «*sauvegarde des intérêts du pays*» en accordant plus de poids aux intérêts privés dans la pesée. Selon un principe bien établi, il est souvent rappelé que l'article 8 par. 1 CEDH «*ne confère aux étrangers aucun droit à l'entrée ou au séjour dans un Etat donné et de reconnaître aux Etats le droit de régler démocratiquement le séjour des étrangers sur leur territoire*»²³³. Toutefois, le Tribunal fédéral a développé dans une jurisprudence constante la possibilité d'octroyer un droit de séjour dans certaines situations²³⁴. Dans l'arrêt dont il est question, il indique même au nom du droit à la vie privée que «*à partir d'une certaine durée de présence, le droit de séjour ne peut plus être retiré sans autre*». En d'autres termes, le droit à la vie privée protégé par l'article 8 par. 1 CEDH est violé si, dans ces cas, l'autorisation de séjour n'est pas renouvelée. Les juges partent du principe qu'une durée légale d'environ 10 ans est le point de bascule pour la violation. Ils indiquent aussi qu'une durée de séjour autorisée même moins longue, peut conduire à une violation de l'article 8 par. 1 CEDH si l'intégration est particulièrement poussée²³⁵. Les relations sociales sont devenues si étroites qu'il faut permettre à la personne de continuer à entretenir ses relations créées et seules des raisons particulières permettent de mettre un terme à son séjour.

230 ATAF 2017 VII/4 consid. 6.5 et 6.6.

231 ATF 144 I 266 consid. 3.9. Cf. également ATF 139 I 16 consid. 2.2.1; 130 II 281 consid. 3.2.1. et les Recommandations 2000/15 du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe du 13 septembre 2000 sur la sécurité de séjour des immigrés de longue date.

232 ATF 144 I 266 consid. 4.3.

233 ATF 144 I 266 consid. 4.2.

234 *Id.* consid. 1.2 et 4.6.

235 *Id.* consid. 3.9 et 4.3.

Enfin, le Tribunal fédéral imprime un nouveau souffle pour la protection de la vie privée en indiquant que la séparation entre l'examen du champ de protection de l'article 8 CEDH et celui sur l'ingérence paraît superflu car il est fait appel aux mêmes critères (durée du séjour et intégration) pour les deux aspects²³⁶.

2. ATF 149 I 66

Quatre ans après l'arrêt précité, le Tribunal fédéral semble contrebalancer cette interprétation. Dans un nouvel arrêt (ATF 149 I 66), il traite la situation d'un ressortissant somalien résidant en Suisse depuis 15 ans au bénéfice d'une admission provisoire, puis d'une autorisation de séjour à partir de 2016²³⁷. A la suite de trois séjours dont le plus long dure huit mois (en 2016, 2017 et 2019) pour voir sa famille en Somalie, le SEM constate l'expiration de son autorisation et confirme une non-prolongation au sens de l'article 61 al. 2 LEI (extinction de l'autorisation de séjour en cas de séjour de trois mois à l'étranger). Le Tribunal fédéral précise que les principes posés dans l'ATF 144 I 266 ne s'appliquent pas lorsque l'étranger demande un *nouveau* titre de séjour, alors qu'il a quitté la Suisse et perdu son titre de séjour initial en application de l'article 61 al. 2 LEI²³⁸. Cette dernière disposition imposerait un critère formel et automatique pour l'extinction d'une autorisation de séjour dès que le séjour à l'étranger dépasse trois mois²³⁹. Aucun motif particulier n'est pris en compte même si le droit à la prolongation pouvait exister²⁴⁰. Selon lui, toute autre interprétation contreviendrait à la volonté du législateur et viderait la disposition de sa substance. Le champ d'application de l'article 8 par. 1 CEDH ne serait donc pas ouvert dans ce type de situation.

Cette argumentation surprend à plusieurs titres. Premièrement, le Tribunal fédéral est *entré en matière* et a déclaré le recours recevable sur la forme considérant que le recourant disposait d'un droit potentiel à l'autorisation de séjour. Ceci n'avait pas été le cas pour des constellations de faits relativement similaires qui se sont vu refuser l'entrée en matière pour absence de base légale (art. 83 let. c ch. 2 LTF)²⁴¹. Deuxièmement, on peut s'interroger quant au fond sur la raison pour laquelle il n'est pas possible de faire prévaloir le droit fondamental à la protection de la vie privée sur l'automatisme résultant de l'application de

236 *Id.* consid. 3.8.

237 Cf. également l'ATF 149 I 72 dans lequel le Tribunal fédéral indique que pour un ressortissant éthiopien séjournant en Suisse depuis 10 ans qu'il ne pouvait se prévaloir d'un séjour légal et que la pesée des intérêts lui était inaccessible. Toutefois, les juges ont indiqué qu'il n'était pas exclu de procéder à une pesée des intérêts selon l'article 8 par. 2 CEDH même pour les cas qui concernent une première ou une nouvelle autorisation de séjour (consid. 2.2).

238 ATF 149 I 266 consid. 4.5–4.9.

239 *Id.* consid. 4.7.

240 *Id.* consid. 4.7.

241 Arrêts TF 2C_819/2018 du 13 février 2020; 2C_25/2020 du 18 mars 2020 (durée du séjour de 14 ans). Cf. CHRISTOPH RAESS (note 117), N° 24.

l'article 61 al. 2 LEI²⁴². Les principes de sécurité juridique et de l'égalité de traitement devraient conduire à structurer l'appréciation globale à l'issue de la pesée afin d'établir certaines lignes directrices. La durée de séjour antérieure de la personne revêt à cet égard une importance considérable quelque soit la spécificité du statut de la personne (prolongation du statut ou nouvelle autorisation). Comme le relève HUGI YAR, en écartant du champ de protection de l'article 8 par. 1 CEDH certains cas d'extinction du droit de séjour, le Tribunal fédéral se met en contradiction avec l'ATF 144 I 266 dans lequel il avait lui-même relevé que la délimitation entre l'examen du champ de protection de l'article 8 CEDH et l'examen de l'ingérence à l'atteinte à la vie privée, devait être considérée comme artificielle puisque les deux examens utilisent les mêmes critères (durée du séjour et intégration)²⁴³. C'est pourquoi une pesée des intérêts complète aurait dû être réalisée par les juges dans ce cas de figure, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. A ce propos, HUGI YAR relève que dans une autre situation, les juges ont procédé à une pesée des intérêts (et donc à l'application de l'article 8 CEDH) pour une personne résidant en Suisse depuis 24 ans mais qui n'était plus au bénéfice d'un titre de séjour au moment de l'arrêt de l'instance cantonale²⁴⁴.

3. ATF 149 I 207

Cinq ans après l'ATF 144 I 266, le Tribunal fédéral va se prononcer sur la situation d'un ressortissant de Côte d'Ivoire de 60 ans, vivant en Suisse depuis 27 ans, précédemment divorcé d'avec une Suissesse depuis 2000 et avec laquelle il a eu deux enfants désormais majeurs et indépendants. Il n'a plus d'autorisation de séjour durable depuis 2007 et ne peut se prévaloir des dispositions relative au regroupement familial (art. 42 et 50 LEI). Le recourant requiert l'octroi d'une autorisation de séjour fondé sur le droit à la vie privée (art. 8 CEDH). Le SEM renonce à l'invocation d'un tel droit qui devrait relever d'un séjour légal d'une dizaine d'années et d'une bonne intégration, ce qui ne serait manifestement pas le cas en l'espèce. La Haute Cour va entrer en matière sur le recours et examiner les possibilités d'invoquer le droit au respect de la vie privée pour obtenir une autorisation de séjour à la suite d'un séjour illégal en Suisse de longue durée. Il n'exclut pas d'invoquer le droit à la vie privée issu de l'article 8 CEDH après la perte définitive d'un titre de séjour pour autant que l'intégration soit particulièrement réussie. Si la présomption de liens suffisamment étroits dans le pays après 10 ans de séjour légal ne s'applique pas en l'espèce (ATF 144 I 266), le Tribunal fédéral entre en matière sur le recours et procède à l'examen matériel du droit de séjour au sens de l'article 8 CEDH.

242 THOMAS HUGI YAR, *Trotz Privatleben keinen Anspruch auf Schutz?*, in: dRSK 8 décembre 2022, N° 20.

243 HUGI YAR (note 242), N° 22.

244 TF 2C_19/2022 du 16 novembre 2022 consid. 1.2.3.

Bien qu'il conclut en définitive à un refus d'octroi, le Tribunal fédéral ouvre la voie de la pesée des intérêts de l'article 8 par. 2 CEDH à des situations de séjour illégal de longue durée.

Ces trois arrêts illustrent la grande flexibilité utilisée par les juges et prédispose le regroupement familial à une fonction régulatrice globale très changeante²⁴⁵. Aux antipodes du raisonnement déductif (syllogisme judiciaire), la pesée crée une myriade de groupes de cas très différenciés et très éloignés des principes méthodologiques universels agissant dans les droits fondamentaux²⁴⁶. Associé à beaucoup d'imprévisibilité, cette manière de faire en matière d'accès à la pesée nuit à la construction et la consolidation de principes méthodologiques solides dans le domaine des droits fondamentaux. En ce sens, il faut rappeler que dans le cadre de l'affaire *El Ghatet*, la Cour EDH et en particulier son juge SERGHIDES, insistent sur le fait que la pesée d'intérêts concurrents doit être approfondie et faire l'objet d'un *raisonnement parfaitement argumenté*. Lorsque des intérêts très importants sont en jeu, tel que l'intérêt supérieur de l'enfant, l'exercice de pondération prévu par l'article 8 par. 2 CEDH s'apparente même à une évaluation de la stricte proportionnalité comme celle prévue par l'article 2 par. 2 CEDH (selon lequel la nécessité absolue de l'adoption d'une mesure portant atteinte au droit à la vie doit être démontrée)²⁴⁷. Dans la trilogie d'arrêts présentés ci-dessus, on ne peut que regretter que l'exigence de cohérence et la profondeur d'analyse requise par la Cour EDH en lien avec le regroupement familial ne soit pleinement acquise. On peut néanmoins rappeler que le Tribunal fédéral a à certaines reprises su expliciter clairement un renversement du poids des intérêts en présence²⁴⁸.

II. Examen critique du système actuel

L'analyse des intérêts et des schémas de raisonnements des autorités conduisent à faire plusieurs types d'observation.

245 ATAF 2007/32 consid. 3; TAF E-3912/2016 du 16 novembre 2009 consid. 5.6.

246 CHRISTOPH RAESS (note 117), n° 16.

247 Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, requête n° 56971/10, 8 novembre 2016; Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, requête n° 12738/10, 3 octobre 2014. Cf. également STEPHANIE A. MOTZ, *Le regroupement familial des réfugiés en Suisse. Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique*, octobre 2017, p. 22 ss.

248 ATF 135 I 153. Dans cet arrêt de principe concernant le renvoi de Suisse d'enfants suisses tenus de partager le destin d'un parent étranger, détenteur de l'autorité parentale ou de la garde, qui doit être renvoyé dans son pays d'origine, le Tribunal fédéral a renversé le poids des intérêts en présence. Au lieu d'être renvoyée avec son enfant suisse, une mère turque qui avait le droit de garde sur sa fille suisse de 3.5 ans, a obtenu un regroupement familial *inversé* et le droit de rester en Suisse pour veiller sur elle. Si la mise en œuvre d'une politique d'immigration restrictive entre également en ligne de compte en tant qu'intérêt public admissible, les articles 3, 10 al. 1, 11, 16 al. 1 et 25 al. 1 CDE ainsi que les droits découlant du droit de cité suisse doivent être davantage pris en compte. Cette importante jurisprudence a largement contribué à consolider l'institution du regroupement familial *inversé* et, par voie de conséquence, à renforcer les droits de l'enfant.

1. Une pesée globale des intérêts très rudimentaire

Au début des années 2000, le «processus d'examen» de la pesée des intérêts dans le domaine de l'aménagement du territoire a été codifié à l'article 3 de l'Ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT) et a pris une telle importance qu'il a irradié les autres domaines du droit public et tous les types de situations (un ou plusieurs intérêts publics en jeu)²⁴⁹. Dans le domaine de l'aménagement du territoire, de la protection des données ainsi que pour d'autres domaines du droit, l'autorité procède à une pesée globale des intérêts en trois phases lorsqu'un conflit d'intérêts juridiques complexe est constaté (détermination fine des intérêts, appréciation et pondération des intérêts pour eux-mêmes puis par rapport aux autres intérêts, optimisation des intérêts)²⁵⁰. Matériellement, cette méthodologie implique non pas l'examen successif des intérêts mais un processus d'agrégations de considérations concernant les prescriptions légales, les intérêts en présence, les conséquences de la décision en cause, l'appréciation sociale de l'intervention étatique, l'échange interdisciplinaire et même l'auto-critique²⁵¹. Dans le cadre d'un plan d'affectation, les intérêts publics et privés entrant en ligne de compte doivent être minutieusement déterminés, évalués et pesés les uns par rapport aux autres dans la perspective du développement territorial souhaité et à la lumière des objectifs et principes de l'aménagement du territoire (art. 1 et 3 LAT, art. 3 OAT). Dans la mesure où le droit constitutionnel et législatif, comme pour la protection de la nature et du paysage, règle concrètement certains aspects de la pesée des intérêts, il faut d'abord déterminer si les dispositions d'aménagement sont compatibles avec ces prescriptions. Ce n'est que si tel est le cas que la pesée de tous les intérêts à prendre en compte doit être effectuée de manière coordonnée²⁵².

En droit des migrations, alors que la pesée globale consiste à analyser les intérêts de manière holistique et générale, la désignation des critères sont rarement définis dans la loi en comparaison avec la définition des critères en droit de l'aménagement du territoire²⁵³. Il existe une préséance des critères d'intérêts à prendre en compte en fonction des procédures en présence. En cas d'éloignement pour cause d'infraction pénale, la gravité, «l'énergie criminelle» et la nature de l'infraction sont systématiquement analysés largement et prioritairement²⁵⁴. Les infractions à la Loi sur les stupéfiants (LStup) pèsent systéma-

249 PIERRE TSCHANNEN, «Art. 3 LAT», Commentaire pratique LAT: Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, in: H. Aemisegger et al. (éds.), Zurich 2019, n° 21–35; DEFAGO, (note 8), p. 69; TANQUEREL, (note 3), p. 195–196.

250 ATF 138 II 346.

251 TANQUEREL (note 9), p. 196; MARKUS MÜLLER, Proportionnalité – Le Rubik's Cube du droit, Berne 2016, p. 22–25.

252 ATF 134 II 97 consid. 3.1; 129 II 63 consid. 3.1.

253 ATF 140 II 437 consid. 6.

254 ATF 139 I 31 consid. 3.2.

tiquement très lourd dans la pesée des intérêts²⁵⁵. Dans un second temps, la pesée prend en compte la durée du séjour, puis l'intégration. Les considérations émises ne sont pas assez nuancées et peuvent manquer de profondeur, se basant très souvent sur des considérations générales, sans analyse spécifique du cas concret. Par ailleurs, il n'existe pas de réflexion alternative excepté lorsque la loi les prévoit (par ex.: les mesures de contrainte, art. 64 ss LEI). Il n'est pas non plus exigé de l'Etat qu'il décline ses intérêts publics de manière concrète et détaillée ou qu'il opère un examen rationnel et approfondi de ceux-ci.

2. *Absence de prise en compte de tous les critères référencés*

Dans le cadre d'une volonté d'approfondir le contrôle de la conventionnalité d'une mesure d'éloignement par le juge national, la Cour EDH a cherché à systématiser les critères d'appréciation dans le contentieux des étrangers concernant l'article 8 CEDH. Dans l'arrêt *Üner*, elle institue une dizaine de critères d'appréciation²⁵⁶. En pratique, les critères référencés ne sont pas examinés systématiquement par les autorités d'application. Bien qu'ils soient référencés, les critères personnels de pesée ne sont que rarement tous pris en compte de manière systématique et transparente.

3. *Subjectivité et imprévisibilité du système*

Un survol de la pratique des juridictions fédérales dans la pondération globale des éléments pris en compte dans les cas de rigueur, des IES ou dans l'application de l'article 8 CEDH, met en évidence une part de subjectivité importante dans le processus de pesée malgré des constellations sensiblement similaires²⁵⁷. MARIOTTI souligne que comme pour la proportionnalité, il y a une part de subjectivité inhérente aux références culturelles de celui qui l'applique²⁵⁸. Si l'opération de pesée ne peut être une opération scientifiquement exacte, les décisions qui reposent sur des constellations de faits similaires, sur l'application des mêmes principes juridiques et qui aboutissent à des dispositifs diamétralement divergents, devraient se doter de la transparence nécessaire afin que les justi-

255 ATF 139 I 31 consid. 3.2. Dans le même sens, Cour EDH, *K. A. c. Suisse*, requête n° 62130/15, 7 juillet 2020, § 49; Cour EDH, *Dalia c. France*, requête n° 26102/95, 19 février 1998, par. 54.

256 Cour EDH, *Üner c. Pays-Bas*, requête n° 46410/99, 18 octobre 2006. Les critères sont les suivants: nature et gravité de l'infraction, durée du séjour dans le pays d'accueil, temps écoulé depuis l'infraction commise et conduite de la personne durant cette période, nationalité des personnes concernées, situation familiale, moment de la prise de connaissance des infractions commises (avant/après la création de la relation familiale), existence d'enfants et âge, difficultés du conjoint dans le pays de destination, intérêt supérieur de l'enfant, solidité des liens sociaux et familiaux dans le pays d'accueil et celui de destination.

257 Dans son ouvrage, MARIOTTI présente deux arrêts divergents (ATF 139 I 16 et ATF 139 I 31) concernant des révocations d'autorisations de deux ressortissants macédoniens arrivés en Suisse à l'enfance et condamnés à des peines similaires. Cf. MARIOTTI (note 21), p. 340–341.

258 MARIOTTI (note 21), p. 340–341.

ciables comprennent quels critères ont eu un poids prépondérant et que les motivations soient suffisamment compréhensibles pour identifier ce qui a fait différemment pencher la balance.

4. *Absence de coordination des intérêts*

Malgré l'important déploiement d'autorités, le droit des migrations ne connaît pas de réels instruments de coordination comme il en existe dans d'autres domaines du droit public²⁵⁹. Alors que les intérêts publics sont multiples (par ex.: en matière de droits de l'enfant ou dans la politique de retour) et consacrés comme tels dans la LEI, que leur poursuite requiert une marge de manœuvre des autorités et que les autorités sont très nombreuses à interagir, le droit des migrations n'utilise que marginalement le principe procédural de la *coordination des intérêts* qui permet l'arbitrage entre plusieurs intérêts publics²⁶⁰. C'est uniquement dans des procédures d'octroi d'autorisations de travail aux articles 32 et 33 LEI, en lien avec le marché du travail, que des décisions préalables des services de l'emploi sont organisés entre autorités cantonales d'application²⁶¹. Ainsi, pour des séjours de longue ou courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante ou d'une prestation de service transfrontières au sens de l'article 26 LEI, les décisions préalables sont utilisées entre les autorités d'application (art. 99 LEI, art. 85 al. 1 et 2 OASA)²⁶².

5. *Quasi-absence de compensations*

En octroyant une très large marge de manœuvre aux autorités, le droit des migrations devrait logiquement assurer des compensations et d'importantes garanties procédurales dans le cadre du processus de décision comme pour d'autres domaines du droit. Il est observé que la seule mesure spécifique de *compensation* mise en place est celle de la protection juridique qui est accordée à chaque demandeur d'asile conformément à l'article 102f et ss LAsi à la suite de l'accélération des procédures d'asile²⁶³. Cette mesure fait suite à la suppression du contrôle en opportunité du Tribunal administratif fédéral par le Parlement, en décembre 2012²⁶⁴. Dans le domaine des motifs de recours et dans une perspec-

259 TANQUEREL (note 9), p. 191. Cf. notamment la LPE, la LPN, la LAT.

260 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, (note 71), n° 220 ss; TSCHANNEN (note 6), p. 308 ss; MARIOTTI (note 21), p. 79.

261 SEM, Directives LEI, ch. 1.2.3.1 et ch. 4.6.1 (version 1.4.2024).

262 SEM, Directives LEI, ch. 1.2.3.1 (version 1.4.2024).

263 Cf. également les art. 52a ss OA1 ainsi que le Manuel SEM, article B7.

264 BO CE 2012 707; RO 2013 4375 5357; FF 2010 4035, 2011 6735. Le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur la portée de la suppression du recours en opportunité de l'article 106 al. 1 let. c LAsi en constatant un pouvoir d'examen différent entre les cas d'application relevant de la LAsi et ceux relevant de la LEI. Il a indiqué que les questions telles que l'admission pro-

tive d'accélération des procédures, la suppression du grief de l'opportunité en matière d'asile par devant le Tribunal administratif fédéral est adoptée par les Chambres fédérales avec l'abrogation de l'article 106 al. 1 let. c LAsi²⁶⁵. Ceci déroge à l'article 49 PA selon lequel le Tribunal administratif fédéral peut revoir la violation du droit (excès ou abus du pouvoir d'appréciation), l'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent ainsi que l'inopportunité.

6. *Un poids défavorable aux droits de l'enfant*

La situation de l'enfant ne fait que rarement l'objet d'un examen approfondi des circonstances de son cas concret et n'est citée que de manière incidente dans les arrêts. Avec la pesée actuelle, c'est évidemment le poids accordé à certains intérêts personnels qui est amoindri alors qu'ils devraient, dans certains cas, se voir accorder une place centrale dans la pesée et même l'emporter sur des considérations liées à la mise en place générale d'une politique migratoire restrictive²⁶⁶. La jurisprudence évolue progressivement vers une meilleure prise en compte de cet intérêt mais cela reste en-deçà des exigences posées par l'article 3 par. 1 CDE (intérêt primordial). La pratique de la Cour EDH sur ces aspects peine à être systématiquement prise en compte²⁶⁷. La LEI ne contient que des dispositions marginales pour la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 47 al. 4, art. 81 al. 3 et 4 let. c LEI qui fait référence à l'article 37 CDE concernant les conditions de détention administrative).

7. *Un intérêt public abstrait et sans variabilité*

La diversité des intérêts publics n'est que très peu explicitée dans l'exercice de pesée. Un présupposé subsiste selon lequel les intérêts de la collectivité et celui de l'étranger sont par principe antinomiques. On peut relever que les différents intérêts publics en matière de politique migratoire restrictive sont peu thématiques et sont souvent présentés dans la jurisprudence avec un caractère abstrait et

visoire et le renvoi en lien avec la procédure d'asile mais qui sont matériellement réglées par la LEI peuvent néanmoins être revues par le Tribunal administratif fédéral avec un plein pouvoir d'examen conformément aux articles 112 LEI et 49 PA. Il en va de même pour l'analyse des cas de rigueur. En ce sens, cf. ATAF 2014/26 consid. 5.5; 2020 VII/4 consid. 4.2–4.3. Cf. également SEGESSENMANN, (note 68), p. 11 ss.; BENJAMIN SCHINDLER, *Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen*, in: ZBl 113/2012, p. 565.

265 JONATHAN MIAZ, De la «lutte contre les abus» aux dispositifs et pratiques de contrôle des demandes d'asile, in: Anne-Cécile Leyvraz, Raphaël Rey, Damian Rosset et Robin Stünzi (dir./éds.), *Asile et abus. Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant*, 2020, p. 5.

266 RAHEL AFFOLTER, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers: état des lieux et potentiel de progression, in: Alberto Achermann et al. (éd.), *Annuaire du droit des migrations 2022/2023*, p. 23–49.

267 AFFOLTER (note 266), p. 36–39 et les références citées. Cf. également TF 2C_182/2016 du 11 novembre 2016; Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, requête n° 56971/10, 8 novembre 2016; Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, requête n° 12738/10, 3 octobre 2014.

peu explicite du bien-être économique du pays²⁶⁸. Il n'y a pas dans le cadre de la pesée des intérêts de questionnements au sujet de l'adéquation entre ce caractère abstrait, rigide et invariable de l'intérêt public et des mesures très concrètes comme l'expulsion d'une personne étrangère ou d'une famille entière. L'invocation générale de la «*sauvegarde des intérêts du pays*» n'est soumise ni à un examen rationnel et factuel de l'objectif poursuivi, ni documenté par le moindre élément empirique.

8. *Exceptionnalité et automatismes potentiellement croissants*

Dans une série croissante de domaines, la pesée des intérêts en droit des migrations soumet les intérêts privés soit à un critère d'exceptionnalité en faveur des intérêts publics (ex.: cas de rigueur), soit à un critère de prépondération des intérêts (ex.: articles 66a ss CP). Cette configuration vide la proportionnalité, et la pesée, de sa substance et donne lieu à des atrophies juridiques (cf. exemple susmentionné de l'ATF 149 I 66 et l'interprétation de l'article 61 al. 2 LEI).

E. Conclusion: un nécessaire changement de paradigme

Le droit des migrations est étroitement lié aux évolutions institutionnelles, en particulier celles touchant l'administration et les juridictions administratives, ainsi qu'aux injonctions politiques et sociales vis-à-vis des personnes étrangères. Toutefois, il ne suit pas les évolutions classiques du reste du droit public (densification normative forte, peu de mesures de compensation). Contrairement à d'autres domaines juridiques – comme le droit de l'aménagement du territoire – qui utilisent la pesée *globale* des intérêts de manière plus minutieuse ou qui disposent des mesures de compensation telles que l'*obligation de coordination* (art. 25 LAT, art. 3 OAT), un processus de planification en *séquences de décisions* pour permettre à l'Etat de se structurer (Plan directeur, Plan d'affectation, permis de construire) ou encore la possibilité de former des *oppositions* dans les domaines de l'administration de masse, le droit des migrations ne dispose que de très faibles marges de compensation et d'un dispositif de pesée très rudimentaire²⁶⁹. Outil ancré dans le constitutionnalisme libéral, la pesée des intérêts en droit des migrations apparaît clairement limitée par ses lacunes et par les menaces d'automatismes qui opèrent dans ce domaine du droit. Ceci peut paraître paradoxal si l'on envisage les enjeux d'ordre humain touchés et les biens juridiques concernés (droit à la vie, intérêt de l'enfant, unité de la famille, protection de la vie privée).

268 VLADISLAVA STOYANOVA, Populism, Exceptionality, and the Right Family Life of Migrants under the European Convention on Human Rights, *European Journal of Legal Studies*, 2018, Vol. 10, n° 2, p. 83–125, spéc. p. 110.

269 Comme indiqué plus haut, c'est essentiellement dans le domaine du droit d'asile (art. 106f LAsi relatif à la protection juridique) qu'une mesure de compensation est observée.

Dans le présent article, nous avons exploré les prérogatives étatiques de la pesée des intérêts en droit des migrations par l'analyse historique, légale et casuistique. La pratique a permis de dégager un certain nombre de critères qui orientent l'autorité lorsqu'elle est confrontée à la pondération. Pour permettre à ce domaine du droit d'améliorer la qualité des décisions et des actes matériels qu'il contribue à mettre en œuvre, trois pistes peuvent être évoquées.

Concernant le *poids des intérêts* et les *outils de la pesée*, l'article 96 LEI devrait consacrer plus précisément les intérêts publics et intégrer expressément l'intérêt supérieur de l'enfant pour lui garantir une évaluation détaillée et une place centrale dans la pondération. Dans ce dernier domaine, il est nécessaire de systématiser et rendre obligatoire le droit d'être entendu de l'enfant et d'introduire un instrument de *coordination* permettant aux autorités de protection de l'enfant de donner une expertise préalable sur toute décision concernant les enfants afin d'évaluer d'office et de manière circonstanciée l'intérêt supérieur de l'enfant dans un cas d'espèce. Des règles de coordination entre les différentes autorités civiles et celles en charge de la police des étrangers sont indispensables²⁷⁰. Pour prendre davantage en compte les droits de l'enfant, la jurisprudence pourrait encore renforcer le regroupement familial *inversé* qui occupe une place croissante dans la protection de l'enfant.

L'article 96 al. 2 LEI prévoit l'instrument de l'avertissement. Il devrait être possible d'employer cet outil de manière élargie afin d'évaluer si les mesures étatiques envisagées sont nécessaires dans une société démocratique ou s'il est possible, pour mieux prendre en compte la proportionnalité, d'envisager des mesures alternatives plus protectrices/moins préjudiciables face aux dommages étendus ou irréversibles intentés aux intérêts privés²⁷¹.

Concernant l'*évaluation des intérêts*, la subjectivité du processus de pondération doit être contrebalancée par certains principes méthodologiques consolidés (renforcement du statut des intérêts dignes de protection; des seuils quantitatifs/qualitatifs, des paliers de dangerosité, du délai de 10 ans pour se prévaloir d'un droit à la vie privée, des principes directeurs, de la densité argumentative pour les cas de rigueur). Il faudrait également intégrer les différentes phases de la pesée globale des intérêts (méthode de droit public général) et mettre en œuvre un principe de pesée plus méthodologique et rigoureux permettant de poser des motivations plus claires et transparentes en cas de constellations de faits similaires. Les critères posés par la Cour EDH devraient quant à eux être minutieusement présentés car les faiblesses méthodologiques peuvent facilement laisser augurer un manque de profondeur matérielle.

270 Cour EDH, *Polidario c. Suisse*, requête n° 33169/10, 30 juillet 2013; TAF F-2371/2019 du 27 janvier 2021 consid. 7.7.6; TAF F-4884/2017 du 19 novembre 2019 consid. 8.1.

271 Pour des exemples de mesures alternatives, cf. Cour EDH, *Nada c. Suisse*, requête n° 10593/08, 12 septembre 2012 (dans le cadre d'un régime de sanction en matière de lutte contre le terrorisme); Cour EDH, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, requête n° 25446/06, 24 novembre 2012 (dans le cadre de mesures d'expulsions concernant des Roms).

Concernant les *automatismes*, la pesée des intérêts est fondée sur les valeurs de l'Etat libéral et sur son constitutionnalisme. Elle dispose d'une grande portée pratique, d'une fonction de régulation et de la légitimité qu'elle contribue à donner aux actes matériels. A l'inverse du syllogisme judiciaire, elle se nourrit de l'idée que le droit est un espace d'observation, d'appréciation et de raison et mobilise des outils conceptuels, collaboratifs et nuancés (planification, coordination). Cette pesée est néanmoins menacée par des automatismes qui trahissent une approche purement formaliste et instrumentale du droit. Cette montée des automatismes ne menace pourtant pas uniquement la pesée des intérêts mais tous les principes généraux du droit. Conséquence d'une conception étatique *illibérale*, les automatismes génèrent inexorablement des incohérences programmées puissantes de tous les impensés qu'ils ne prennent pas en compte²⁷². *A contrario*, la pesée des intérêts est fondée sur un cadre qui intègre avec souplesse le champ des comportements humains et élargit les mesures possibles de l'action étatique. Dans le domaine du droit des migrations, cette pesée est largement perfectible car en créant une myriade de groupes de cas improvisés, très différenciés et en mystifiant l'intérêt public, elle reste très éloignée de ses ambitions initiales. Il faut toutefois aspirer qu'à l'avenir, elle puisse se doter, tel un prélude, d'instruments plus solides qui la feront évoluer vers une composition plus ample et plus juste.

Résumé

Né d'une *norme de nécessité* ayant pour objectif de garantir la «*sauvegarde des intérêts du pays*», le droit des migrations accorde, plus que tout autre domaine du droit public, une place prépondérante au pouvoir d'appréciation des autorités d'application. Alors qu'il octroie seulement peu de «droits» proprement dits, ce domaine juridique subit aujourd'hui une double pression portant sur l'étendue de la pesée des intérêts et de la marge d'appréciation des autorités. La présente contribution analyse et discute les spécificités de l'environnement et du cadre normatif en matière de droit des migrations en traitant particulièrement les sources de tension entre la «*sauvegarde des intérêts du pays*», le poids et l'évaluation des intérêts à considérer ainsi que les automatismes procéduraux. Elle met en évidence les principales caractéristiques de la pesée des intérêts dans le processus décisionnel sur des bases casuistiques et effectue une mise en perspective critique en vue d'élaborer des pistes permettant de renforcer et amplifier le processus de pondération partant des lacunes relevées et des instruments existants en droit public.

272 FAREED ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs*, Vol. 76, n°6, 1997, p. 22–43; DANIEL A. BELL, DAVID BROWN, KANISHKA JAYASURIYA, DAVID MARTIN JONES, *Towards Illiberal Democracy in Pacific Asia*, New-York 1995, p. 78.

Zusammenfassung

Das Migrationsrecht, das aus einer Notstandsnorm hervorgegangen ist, welche die «Wahrung der Interessen des Landes» garantieren sollte, legt mehr als jeder andere Bereich des öffentlichen Rechts den Schwerpunkt auf die Interessenabwägung und den Ermessensspielraum der Vollzugsbehörden. Da nur wenige «Rechte» im eigentlichen Sinne gewährt werden, steht dieser Rechtsbereich heute unter einem doppelten Druck in Bezug auf die Tragweite des Ermessensspielraums und die Interessenabwägung. In diesem Beitrag werden die Besonderheiten des Umfelds und des normativen Rahmens analysiert, wobei insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen der «Wahrung der Interessen des Landes», dem Gewicht und der Bewertung der zu berücksichtigenden Interessen sowie den prozeduralen Automatismen behandelt wird. Der Beitrag hebt die Hauptmerkmale der Interessenabwägung im Entscheidungsprozess auf kasuistischer Grundlage hervor und nimmt eine kritische Perspektive ein, um Wege zur Stärkung und Erweiterung des Abwägungsprozesses anhand der bestehenden Mängel und Instrumente des öffentlichen Rechts aufzuzeigen.

Abstract

More than any other area of public law, migration law, which arose from a requirement to «safeguard the interests of the country», places a premium on the discretion of the implementing authorities and on the balancing of interests. As it grants few «rights» in the strict sense of the term, this area of law is now subject to a twofold tension concerning the extent of discretion and the balancing of interests. This paper analyses the specific features of the environment and the regulatory framework, focusing on the sources of tension in relation to «safeguarding the country's interests», the weight and assessment of the interests to be taken into account, and automatisms. It highlights the main characteristics of the weighing up of interests in the decision-making process on a case-by-case basis, and provides a critical perspective with a view to developing ways of strengthening and amplifying the weighing up process, based on the shortcomings identified and the existing instruments in public law.

Bibliographie

- ACHERMANN ALBERTO/AMARELLE CESLA, ad. art.4 LEtr, in: AMARELLE CESLA/NGUYEN MINH SON (édit.), Code annoté de droit des migrations, vol. II: LEtr, Berne 2017, p. 24–44.
- ACHERMANN ALBERTO, Migrationsverfassung, in: DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN (éd.), Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, p. 2183–2207.
- AFFOLTER RAHEL, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers: état des lieux et potentiel de progression, in: ACHERMANN ALBERTO ET AL. (éd.), Annuaire du droit des migrations 2022/2023, p. 23–49.
- ALEINIKOFF THOMAS ALEXANDER, Constitutional Law in the Age of Balancing, *Yale Law Journal*, n° 96, 1987, p. 943–1005.
- ALEXY ROBERT, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris*, Vol. 16, n° 4, décembre 2003, p. 433–449.
- AMARELLE CESLA (éd.), L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques, Berne 2012.
- AMARELLE CESLA, L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: Jusletter du 4 septembre 2023.
- ANDERSON BENEDICT, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New-York 1991.
- ARLETTAZ GERALD/ARLETTAZ SILVIA, *La Suisse et les étrangers: Immigration et formation nationale, 1848–1933*, Lausanne 2004.
- ARROYO JIMÉNEZ LUIS, *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*, Revista para el análisis del derecho, Madrid 2009.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999*, 1^{ère} éd., Zurich/Bâle/Genève 2003.
- BELL DANIEL A./BROWN DAVID/JAYASURIYA KANISHKA/MARTIN JONES DAVID, *Towards Illiberal Democracy in Pacific Asia*, New-York 1995.
- BENDITT THEODORE M., *Law and the Balancing of Interests, Social Theory and Practice*, 1975, p. 321–342.
- BERTOSSA FRANCESCO, *Der Beurteilungsspielraum, Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht*, Berne 1984.
- BERTOSSA CARLO, art. 66a CP, in: TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zurich 2021.

- BIGLER OLIVIER/BUSSY YANNICK, art. 96 LEtr, in: NGUYEN MINH SON/AMARELLE CESLA (éd.), Code annoté de droit des migrations, vol. II: LEtr, Berne 2017, p. 1035–1051.
- BUSSLINGER MARC/UEBERSAX PETER, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/2016, p. 96–109.
- DANG MARTINE, L'intégration dans la loi sur les étrangers: les cas de rigueur, in: AMARELLE CESLA (éd.), L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques, Berne 2012, p. 95–104.
- DE WECK FANNY, ad. art. 66a StGB, in: SPESCHA MARC ET AL. (éd.), Migrationsrecht Kommentar, 5^{ème} éd., Zurich 2019.
- DEFAGO VALÉRIE, Proportionnalité et pesée des intérêts, in: BENTOURI RHAMA (dir.), Proportionnalité, droits fondamentaux et juges, Paris 2020, p. 61–75.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Interessenabwägung – Eine Methode?, Beiträge zur Methode des Rechts, Berne/Stuttgart 1981.
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018.
- ELSNER THOMAS, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtstheorie. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011.
- EPINEY ASTRID, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, in: Jusletter du 19 août 2019.
- ERBGUTH WILFRIED/OEBBECKE JANBERND/RENGELING HANS W./SCHULTE MARTIN (éd.), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe, 1996.
- FLEINER FRITZ, Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris 1933.
- GÉRARD PHILIPPE/OST FRANÇOIS/VAN DE KERCHOVE MICHEL, Droit et intérêt, La fonction régulatrice générale exercée par l'intérêt. Un nouveau mode de production du droit? vol. 2, Bruxelles 1990, p. 155–184.
- HABERMAS JÜRGEN, Trois versions de la démocratie libérale, Le Débat 2003/3 (n° 125), p. 122–131.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2020.
- HECK PHILIPP, The jurisprudence of interests. An outline, in: The Jurisprudence of Interests. Selected writings of Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder, Hermann Isay. The Cambridge Law Journal, 1949.

- HOBBSAWM ERIC, Nations and Nationalism since 1780, The Apogee of Nationalism 1918–1950, 2^{ème} éd., Cambridge 2012, p. 131–162.
- HOFMANN EKKEHARD, Abwägung im Recht, Tübingen 2007.
- HUGI YAR THOMAS, Trotz Privatleben keinen Anspruch auf Schutz?, in: dRSK 8 décembre 2022.
- JACQUEMOUD CAMILLA, La Suisse condamnée pour avoir refusé le regroupement familial à des réfugié-es admis-es provisoirement en raison de leur dépendance à l'aide sociale, Asyl 4/23, p. 22–23.
- JELLINEK WALTER, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, Tübingen 1913.
- KIENER REGINA, Staatsrecht, Teil 6 Individuum und Staat, in: BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (éd.), 3^{ème} éd., Zürich/St-Gall 2021, p. 423–609.
- KOTTUSCH PETER, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in: ZBl 91/1990, p. 145–173.
- KURT STEFANIE, Nouvelles exigences en matière d'intégration des étrangers, in: Plaidoyer 4/17, 2017, p. 20–24.
- LE FORT MASTROTA OLIVIA, Des guidelines pour mieux circonscrire la notion de vraisemblance en matière d'asile, in: Jusletter du 18 mars 2013.
- LEISNER WALTER, Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin 1997.
- LOSADA ROSA MARIA, ad art. 3, in: CARONI MARTINA ET AL. (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010.
- MALINVERNI GIORGIO, Le projet de loi fédérale sur les étrangers, in: SJ 2000 II, p. 409–416.
- MALINVERNI GIORGIO, Le droit des étrangers, in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JORG PAUL (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 979 ss.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, volume II, Berne 2021.
- MARIOTTI AURÉLIE, La marge de manœuvre des autorités dans le processus décisionnel: théorie générale et application en droit des personnes étrangères, Neuchâtel 2022.
- MAYER OTTO, Droit administratif allemand, Tome premier – Partie générale, Paris 1903.

- MIAZ JONATHAN, De la «lutte contre les abus» aux dispositifs et pratiques de contrôle des demandes d’asile, in: LEYVRAZ ANNE-CÉCILE/REY RAPHAËL/ROSSET DAMIAN/STÜNZI ROBIN (dir./éds.), *Asile et abus. Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant*, 2020, p. 193–218.
- MOOR PIERRE, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, Volume I: Les fondements, 3e éd., Berne 2012.
- MORAND CHARLES-ALBERT, La coordination matérielle des décisions: espoir ultime de systématisation du droit des politiques publiques, in: CHARLES-ALBERT MORAND (éd.), *Droit de l’environnement: mise en œuvre et coordination*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 167 ss.
- MOTZ STEPHANIE A., *Le regroupement familial des réfugiés en Suisse. Cadre juridique et considérations d’ordre stratégique*, octobre 2017.
- MÜLLER GEORG, *Interesseabwägung im Verwaltungsrecht*, in: ZBl 73, 1972, p. 337 ss.
- MÜLLER MARKUS, *Proportionnalité – Le Rubik’s Cube du droit*, Berne 2016, p. 22–25.
- NGUYEN MINH SON, ad. art. 3 LETr, in: NGUYEN MINH SON/AMARELLE CESLA (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. II: LETr, Berne 2017 p. 16–18.
- OBERHOLZER NIKLAUS, *Bericht über die Abklärung von Vorwürfen im Bereich der Sicherheit in den Bundesasylzentren erstattet im Auftrag des Staatssekretariats für Migration (SEM)*, 30 septembre 2021.
- PACHE ECKHARD, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen 2001.
- PERELMAN CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Paris 1983.
- PIGUET ETIENNE, *Einwanderungsland Schweiz – Fünf Jahrzehnte halb geöffnete Grenzen*, Berne 2006.
- PIGUET ETIENNE, *Asile et réfugiés. Repenser la protection*, Le Mont-sur-Lausanne 2019.
- RAESS CHRISTOPH, *Die Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligung und das Recht auf Privatleben*, in: Jusletter du 12 décembre 2022, n° 24.
- RASELLI NICOLLÒ, *Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative*, *Sécurité & Droit* 3/2017, p. 141–152.

- RHINOW RENÉ, *Recht im politischen Prozess, Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat*, Bâle 2017.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerischer Verfassungsrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 2020.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, in: DIGGELMANN OLIVIER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Zurich 2020, p. 1049–1072.
- SCHINDLER BENJAMIN, *ad art. 96 AUG, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall 2010, p. 872–889.
- SCHINDLER BENJAMIN, *Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen*, in: ZBl 113/2012, p. 565–566.
- SCHINDLER BENJAMIN, *Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 4^{ème} éd., Zurich/St. Gall 2023.
- SEGESSENMANN THOMAS, *Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG)*, in: Asyl 2013/2, p. 11–20.
- SPESCHA MARC/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN/DE WECK FANNY (éd.), *Migrationsrecht Kommentar, ad art. 96 AIG*, Zurich 2019.
- STOYANOVA VLADISLAVA, *Populism, Exceptionality, and the Right Family Life of Migrants under the European Convention on Human Rights*, *European Journal of Legal Studies*, 2018, Vol. 10, n° 2, p. 83–125.
- TANQUEREL THIERRY, *La pesée des intérêts vu par le juge administratif*, in: *La pesée globale des intérêts: droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle/Francfort 1996, p. 189–213.
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2018.
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^{ème} éd., Berne 2016.
- TSCHANNEN PIERRE, *La pesée des intérêts en matière de projets à incidence spatiale*, in: DEP 2019, p. 303 ss.
- TSCHANNEN PIERRE, «Art. 3 LAT», *Commentaire pratique LAT: Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts*, in: H. AEMISEGGER ET AL. (éds.), Zurich 2019, N° 21–35.
- UEBERSAX PETER, *Der Begriff der Integrations im schweizerischen Ausländerrecht: eine Annäherung*, in: *Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile*, 2006, vol. 21, N° 4, p. 3–11.

- UEBERSAX PETER, Le Tribunal fédéral et l'asile, in: AMARELLE CESLA (éd.), *Le droit d'asile face aux réformes: Fondements et enjeux dans la pratique*, Berne 2013, p. 15–36.
- UEBERSAX PETER, Bundesgericht: welchen Einfluss auf die Migrationspolitik?, in: *Terra Cognita* n° 32 – La gestion des migrations en point de mire, printemps 2018, p. 26–28.
- UEBERSAX PETER, Gerichte des Bundes, in: Oliver Diggelmann, Maya Hertig Randall et Benjamin Schindler (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, p. 1757–1782.
- VARONE FRÉDÉRIC/BYLAND KARIN/ TANQUEREL THIERRY/BOLKENSTEYN ARUN, Succès des recours au Tribunal fédéral: analyse du contentieux administratif de 1990 à 2008, *Leges* 2011/1, p. 55–72.
- VETTERLI LUZIA, Ausländische Personen im Strafrecht, in: PETER UEBERSAX et al. (éd.), *Ausländerrecht*, Bâle 2022, p. 1839–1917.
- VON LAUN RUDOLF, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig/Wien 1910.
- VUILLE BLAISE/SCHENK CLAUDINE, L'article 14 al. 2 LA_{si} et la notion d'intégration, in: AMARELLE CESLA (éd.), *L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse. Fondements et applications pratiques*, Berne 2012, p. 105–129.
- WALDRON JEREMY, Rule-of-Law and Populist Impatience, in: L. NEUMANN GERALD (éd.), *Human Rights in a Time of Populism*, Cambridge 2020, p. 43–59.
- WICKER HANS-RUDOLF, Migration, politique de migration et recherche sur la migration, in: WICKER HANS-RUDOLF/ FIBBI ROSITA/HAUG WERNER, *Les migrations et la Suisse* (dir.), Zurich 2003, p. 11–60.
- WOLFF HANS J./ BACHOF OTTO/ STOBER ROLF, *Verwaltungsrecht I*, 10^{ème} éd., Munich 1994.
- WULLSCHLEGER STEPHAN, Interessenabwägung im Umweltrecht, *Revue Droit de l'environnement dans la pratique (DEP)*, 1995, p. 75–78.
- WULLSCHLEGER STEPHAN, Le rôle des tribunaux administratifs dans la pesée des intérêts en droit de l'environnement, in: *DEP* 2019, p. 715 ss.
- ZAKARIA FAREED, The Rise of Illiberal Democracy, *Foreign affairs*, Vol. 76, n° 6, 1997, p. 22–43.
- ZIMMERMANN NESA, Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'Etat fédéral suisse, *Société suisse des juristes* 2023, Vol. 142 (2023) II.
- ZÜND ANDREAS/HUGI YAR THOMAS, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: EPINEY ASTRID/GORDZIELIK TERESIA (éds.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen*, 2015, 157–212.