

- 1) Né d'une norme de nécessité ayant pour objectif de garantir la « *sauvegarde des intérêts du pays* », le droit des migrations octroie peu de « droits » proprement dits et accorde, plus que tout autre domaine du droit public, une place prépondérante au pouvoir d'appréciation des autorités d'application et à la pesée des intérêts. Toutefois, ce droit ne suit pas les évolutions classiques du reste du droit public (densification normative toujours plus forte, faibles mesures de compensation, émergence des « automatismes »).
- 2) Contrairement à d'autres domaines juridiques qui utilisent la pesée *globale* des intérêts de manière minutieuse ou qui disposent de mesures de compensation (par ex. : obligation de coordination, processus de planification en séquences de décisions, possibilité de former des oppositions), le droit des migrations ne dispose que d'un dispositif de pesée très rudimentaire. D'une part, les critères de pondération sont rarement définis dans la loi. La pesée se base souvent sur des considérations générales, sans véritable analyse spécifique du cas concret et de manière parfois improvisée. D'autre part, les critères d'appréciation pourtant systématisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contentieux des étrangers concernant l'article 8 CEDH, ne sont que peu pris en compte de manière systématique et transparente. Un examen de la pratique des juridictions fédérales dans la pondération globale des éléments pris en compte dans les cas de rigueur, les interdictions d'entrée 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 similaires.
- 3) Il n'est pas exigé de l'Etat qu'il décline ses intérêts publics de manière concrète et détaillée ou qu'il opère un examen approfondi de ceux-ci. Alors qu'ils sont multiples, les intérêts publics se confondent avec la « *sauvegarde des intérêts du pays* » et la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive.
- 4) La pesée des intérêts nourrit l'idée que le droit est un espace d'observation, d'appréciation et de raison qui mobilise des outils conceptuels, collaboratifs et nuancés. La montée des automatismes en droit des migrations trahit une approche purement formaliste et instrumentale du droit. Celle-ci menace non seulement la pesée des intérêts mais plus généralement les principes généraux du droit. En pratique, si les autorités se sont notamment efforcées depuis 2010 d'aménager des équilibres entre l'automaticité de l'expulsion et le fondement libéral de la pesée des intérêts, la mise en œuvre de l'article 121 al. 3 à 6 Cst. féd. risque de faire place à des décisions monocordes et automatisées et créer des interférences complexes entre le droit pénal et le droit des migrations dans la mise en application de la clause de rigueur (art. 66a al. 2 CP). L'appréciation de la clause de rigueur doit donc s'effectuer de manière très soignée et faire l'objet d'un dialogue entre les différents domaines du droit.
- 5) 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. La jurisprudence évolue progressivement vers une meilleure prise en compte de cet intérêt mais cela semble rester en-deçà des exigences posées par la CDE (intérêt primordial).
- 6) Pour permettre au droit des migrations d'améliorer la qualité des décisions et des actes matériels qu'il contribue à mettre en œuvre dans le cadre de la pesée, plusieurs pistes peuvent être évoquées.

S'agissant du *poids des intérêts* et des *outils* utilisés pour la pesée, les intérêts – en particulier les intérêts publics et l'intérêt supérieur de l'enfant – devraient être

précisément consacrés pour garantir une évaluation détaillée. Une consécration devrait permettre de doter l'enfant d'une place centrale dans la pondération. Alors que les autorités sont très nombreuses à intervenir, des instruments de *coordination* permettant aux autorités de protection de l'enfant de délivrer une expertise préalable sur toute décision touchant des enfants afin d'évaluer d'office leur intérêt supérieur sont indispensables. L'instrument de l'avertissement devrait pouvoir être employé de manière plus élargie.

Concernant l'*évaluation des intérêts*, la subjectivité du processus de pondération devrait pouvoir être contrebalancée par certains principes méthodologiques consolidés (renforcement des intérêts dignes de protection, des seuils quantitatifs/qualitatifs, du délai de dix ans pour se prévaloir d'un droit à la vie privée, densification argumentative pour les cas de rigueur).