

Constitutionnalité du projet mettant en œuvre l'initiative parlementaire Barrile : 19.464 Regroupement familial. Supprimer toute discrimination subie en raison du droit interne

DFJP, Office fédéral de la justice (avis de droit du 24 avril 2024)

Mots clés: regroupement familial; conditions d'admission; protection de la sphère privée; principe de l'égalité de traitement; interdiction de la discrimination; gestion de l'immigration; plafonds et contingents

Regeste:

1. Le projet de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) aligne les conditions d'admission pour le regroupement familial des membres étrangers de la famille des ressortissants suisses sur celles qui s'appliquent pour le regroupement familial des membres de la famille des ressortissants de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Le projet introduit toutefois à l'art. 42 p-LEI une norme qui entraîne une nouvelle différence de traitement : la possibilité de subordonner l'octroi et la prolongation de l'autorisation de séjour des membres de la famille des ressortissants suisses au bénéfice du regroupement familial, à la conclusion d'une convention d'intégration lorsque la personne a des besoins d'intégration particuliers conformément aux critères définis à l'art. 58a LEI.
2. L'art. 8 CEDH et l'art. 13 al. 1 Cst. ne garantissent pas un droit d'asile, d'entrée et de séjour; ces dispositions ne confèrent aucun droit de présence ou un droit absolu au regroupement familial. Il n'existe pas non plus de droit à vivre la vie familiale au lieu le plus approprié. Le droit au respect de la vie familiale n'implique pas le droit de vivre la vie familiale au lieu de résidence de n'importe quel membre de la famille. La nouvelle condition qui est ajoutée à l'art. 42 p-LEI par la CIP-N s'inscrit dans la marge de manœuvre des autorités pour gérer l'immigration et l'intégration en Suisse des étrangers. Cette mesure peut être considérée comme une mesure nécessaire et proportionnée au but légitime recherché.
3. La mesure prévue à l'art. 42 al. 2 p-LEI entraîne un désavantage pour les ressortissants suisses et les membres de leur famille et repose sur le critère de la nationalité puisque le groupe de personnes qui est touché par ce désavantage est défini par le fait d'être suisse, respectivement membre de la famille d'un ressortissant suisse. Une différence de traitement entre citoyens suisses et citoyens étrangers n'est pas d'emblée discriminatoire. Une mesure contenue dans une loi au sens formel qui implique une distinction ou une assimilation litigieuse est réputée justifiée au regard de l'art. 8 al. 2 Cst. si elle poursuit un intérêt public et est proportionnée au but visé. Toute différence de traitement n'emporte pas non plus automatiquement violation de l'art. 14 CEDH. Une différence est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable. En l'occurrence, il est possible de considérer que la mesure poursuit un but d'intérêt public et qu'elle est un moyen apte à atteindre ce but. Il est également possible de considérer que cette mesure est nécessaire et raisonnablement exigible.
4. La modification de la LEI proposée par la CIP-N est susceptible d'entraîner une hausse des demandes de regroupement familial et par conséquent de l'immigration en Suisse. Elle ne prévoit toutefois pas de contingents. L'art. 121a, al. 2 Cst. - qui impose la limitation de l'immigration par la fixation de plafonds et de contingents - ne doit pas être interprété littéralement, mais doit être interprété à la lumière de l'al. 1 qui contient l'objectif principal de la disposition constitutionnelle, à savoir la gestion autonome de l'immigration (interprétation systématique et téléologique). Si la modification proposée ne concerne qu'un nombre négligeable de personnes, elle n'a qu'un faible impact sur l'immigration globale. Le faible impact de ce nombre négligeable de personnes sur l'immigration a pour conséquence que les autorités compétentes gardent le contrôle de l'immigration. Ce faible impact sur l'immigration laisse par ailleurs intacte la possibilité pour la Suisse de gérer l'immigration de manière autonome et la possibilité pour la Suisse de gérer cette immigration par des plafonds et des

contingents. Par conséquent, les projets qui allègent les conditions d'admission des étrangers et qui élargissent le cercle des bénéficiaires sans prévoir de limitation des nombres maximums d'autorisations, mais dont la mise en œuvre ne concerne que l'immigration en Suisse d'un nombre négligeable de personnes, peuvent être considérés comme compatibles avec l'art. 121a Cst.

Bases juridiques : Art. 8 al. 1 et 2, 13 al. 1 et 121a Cst.; art. 8 et 14 CEDH

Dans le cadre de ses délibérations sur l'initiative parlementaire Barrile : 19.464 *Regroupement familial. Supprimer toute discrimination subie en raison du droit interne*, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a chargé l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'examiner la constitutionnalité du projet de mise en œuvre qu'elle a élaboré.

1- Projet de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N)

L'initiative parlementaire Barrile (19.464 *Regroupement familial. Supprimer toute discrimination subie en raison du droit interne*), demande que la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹ soit adaptée afin d'aligner les conditions d'admission pour le regroupement familial des membres étrangers de la famille des ressortissants suisses sur celles qui s'appliquent pour le regroupement familial des membres de la famille des ressortissants de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE), en application de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)². L'objectif est de supprimer les inégalités de traitement qui existent actuellement en défaveur des ressortissants suisses, par rapport aux ressortissants de l'UE ou de l'AELE en matière d'admission en vue du regroupement familial.

Le projet de la CIP-N élimine par conséquent les inégalités de traitement existantes dans le droit en vigueur. La modification de la LEI proposée supprime ainsi la condition contenue dans la LEI selon laquelle les descendants de moins de 21 ans et les ascendants ressortissants d'États tiers qui sont membres de la famille du ressortissant suisse doivent être titulaires d'une autorisation de séjour durable délivrée par un État membre de l'UE ou de l'AELE pour bénéficier du regroupement familial (art. 42 al. 2 p-LEI). Il supprime également la condition selon laquelle le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants de moins de 18 ans doivent vivre en ménage commun avec lui s'ils ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour durable délivrée par un État membre de l'UE ou de l'AELE (art. 42 al. 1 p-LEI). Conformément à l'ALCP et à l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (Convention AELE)³, un « logement approprié » doit être disponible. Par analogie à l'ALCP et la Convention AELE, les délais pour le regroupement familial des membres étrangers de la famille d'un ressortissant suisse sont supprimés. Les art. 47 et 49 LEI sont, en conséquence, aussi modifiés. Ces modifications permet-

¹ RS 142.20

² RS 0.142.112.681

³ RS 0.632.31

tent donc d'atteindre, sur ces points, l'égalité de traitement souhaitée en matière de regroupement familial.

Toutefois, le projet proposé par la CIP-N introduit à l'art. 42 p-LEI une norme qui entraîne une nouvelle différence de traitement. Il prévoit en effet la possibilité de subordonner l'octroi et la prolongation de l'autorisation de séjour des membres de la famille des ressortissants suisses au bénéfice du regroupement familial, à la conclusion d'une convention d'intégration lorsque la personne a des besoins d'intégration particuliers conformément aux critères définis à l'art. 58a LEI (art. 42 al. 2 p-LEI en relation avec l'art. 58b al. 4 p-LEI). Or le droit en vigueur ne prévoit pas ce type de conventions d'intégration pour les regroupements familiaux demandés par des ressortissants suisses (art. 42 en relation avec l'art. 58b al. 4 LEI) et l'ALCP et la Convention AELE excluent la conclusion de conventions d'intégration (annexe I art. 3 ALCP et annexe K, appendice 1, art. 3, Convention AELE). La réglementation proposée entraîne par conséquent une nouvelle différence de traitement entre les membres de la famille des ressortissants suisses et les membres de la famille des ressortissants des États membres de l'UE et de l'AELE.

2- Protection de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH)

En vertu de l'art. 13 al. 1 Cst., toute personne a droit notamment au respect de sa vie privée et familiale. Cette disposition concorde avec l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui garantit également notamment le droit au respect de la vie privée et familiale. Le droit à la protection de la sphère privée consiste, selon la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), à "assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu (notamment) dans les relations avec ses semblables", ce qui couvre le droit d'entretenir des relations avec les personnes de son choix⁴. Constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, toute mesure étatique susceptible de restreindre la possibilité d'entretenir librement les relations familiales voulues⁵. Les organes de l'Etat doivent donc s'abstenir de toute ingérence injustifiée et prévoir des mesures de protection tant individuelles et concrètes que normatives. Les autorités ont la responsabilité de mettre en place un cadre juridique propre à assurer une protection effective des différentes composantes de la sphère privée⁶.

Toutefois, d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol⁷. La CourEDH a maintes fois admis que le contrôle de l'immigration qui sert l'intérêt général du bien-être économique du pays, poursuit un but légitime au sens de l'art. 8 CEDH⁸. En matière d'immigration, l'art. 8 CEDH ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat, l'obligation générale de respecter le choix, pour des

⁴ MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS : VINCENT MARTENET/JACQUES DUBEY, *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, éd. Helbing Lichtenhahn 2021, Bâle (ci-après : *Commentaire romand*), art. 13 Cst. n° 18, et jurisprudence et doctrine citées.

⁵ MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, *Commentaire romand*, art. 13 Cst. n° 35.

⁶ MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, *Commentaire romand*, art. 13 Cst. n° 71.

⁷ voir par ex. arrêt *Sen c. Pays-Bas*, du 21 décembre 2001, n°31465/96, §36.

⁸ arrêt *Biao c. Danemark* du 24 mai 2016 (Grande Chambre), n°38590/10, § 117.

couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire⁹. L'art. 8 CEDH ne garantit pas le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale¹⁰. L'Etat doit ainsi avoir la possibilité de poser des conditions au regroupement familial. La Cour a en outre relevé que « [...] les rapports entre adultes ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 sans que soit démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux (*Ezzouhdi c. France*, no 47160/99, § 34, 13 février 2001 ; et *Kwakie-Nti et Dufie c. Pays-Bas* (déc.), no 31519/96, 7 novembre 2000). »¹¹

Tout comme l'art. 8 CEDH, l'art. 13 al. 1 Cst. ne garantit pas un droit d'asile, d'entrée et de séjour; ces dispositions ne confèrent donc aucun droit de présence ou un droit absolu au regroupement familial. Il n'existe pas non plus de droit à vivre la vie familiale au lieu le plus approprié. En effet, le droit au respect de la vie familiale n'implique pas le droit de vivre la vie familiale au lieu de résidence de n'importe quel membre de la famille¹².

En l'occurrence, l'art. 42 LEI règle déjà le regroupement familial en posant des conditions. La nouvelle condition qui est ajoutée à l'art. 42 p-LEI élaboré par la CIP-N s'inscrit par conséquent dans la marge de manœuvre des autorités pour gérer l'immigration et l'intégration en Suisse des étrangers. Il sera exposé sous le ch. 3 suivant que cette mesure peut constituer une mesure nécessaire et proportionnée au but légitime recherché.

3- Respect du principe de l'égalité de traitement et interdiction de la discrimination (art. 8 al. 1 et 2 Cst. et art. 14 CEDH)

3.1. Le critère de la nationalité

Le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) impose de traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable. Le principe est violé si le droit fait une distinction entre deux situations comparables de fait qui ne repose sur aucun motif pertinent ou raisonnable¹³. La loi elle-même tombe sous le coup de cette disposition constitutionnelle ce qui implique qu'elle doit elle-même respecter les exigences de l'art. 8 al. 1 Cst. Tous les organes et autorités étatiques sont tenus de respecter ce principe lorsqu'ils adoptent des règles de droit, étant précisé qu'ils disposent toutefois d'une grande marge de manœuvre pour procéder à des distinctions ou à des assimilations¹⁴.

⁹ voir par ex. arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, n°23218/94 (1996) et arrêt *jeunesse c. Pays-Bas* (Grande Chambre) du 3 octobre 2014, n°127338/10, § 107.

¹⁰ arrêt *Ahmut c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996, Recueil CourEDH 1996-VI, § 71; décisions *Chandra et autres c. Pays-Bas* du 13 mai 2003, n° 53102/99 ; *Benabar et autres c. Pays-Bas* du 5 avril 2005, n° 43786/04.

¹¹ arrêt *Shala c. Suisse*, du 15 novembre 2012, req. n° 52873/09, § 40 ; cf. également *F.N. c. Royaume-Uni*, du 17 septembre 2013, n° 3202/09, § 36.

¹² STEPHAN BREITENMOSER, BERNHARD EHRENZELLER/PATRICIA EGLI/ PETER HETTICH/ PETER HONGLER/BENJAMIN SCHINDLER/STEFAN G. SCHMID/RAINER J. SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar Bundesverfassung*, 4^e éd., 2023, (ci-après SGK), art. 13 Cst. n° 52 et jurisprudence citée.

¹³ JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, volume II, éd. Helbing Lichtenhahn 2018, Bâle, n° 3188s.

¹⁴ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 8 Cst., n° 18 et jurisprudence citée (ATF du 8.6.2020, 1C_468/2019, c. 3) et n°44 et jurisprudence citée (ATF 142 I 195 c. 6.1); Message relatif à une

Tant les distinctions que les assimilations figurant dans des actes normatifs doivent donc être appréciés à l'aulne de l'art. 8 al. 1 Cst. Toutefois, lorsque ces distinctions reposent sur un critère sensible au sens de l'art. 8 al. 2 Cst., ou que les assimilations méconnaissent ou ignorent ce critère, voire en nient l'existence, l'analyse doit être effectuée sur la base de l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁵ qui interdit la discrimination.

Lorsqu'un critère sensible est en cause, l'examen de l'interdiction de la discrimination suppose d'établir d'une part que la distinction ou l'assimilation litigieuse entraîne un désavantage pour la personne qui se plaint d'une discrimination et d'autre part qu'elle ne repose sur aucune justification admissible et suffisante¹⁶. L'examen de la justification de la distinction ou de l'assimilation en cause est fait avec une intensité plus élevée lorsque l'art. 8 al. 2 Cst. s'applique, que sous l'angle de l'art. 8 al. 1 Cst. Une mesure contenue dans une loi au sens formel qui implique une distinction ou une assimilation litigieuse est réputée justifiée au regard de l'art. 8 al. 2 Cst. si elle poursuit un intérêt public et est proportionnée au but visé. Il faut se demander si l'Etat vise un objectif d'intérêt général et s'il le fait en respectant un rapport raisonnable entre ce but visé et le moyen choisi en ce sens que la différence apparaît apte, nécessaire et raisonnablement exigible. En d'autres termes, la distinction doit servir l'intérêt public de manière proportionnée.

Pour autant que le regroupement familial relève du champ d'application de l'art. 8 CEDH (cf. ch. 2 ci-dessus), l'art. 14 CEDH est applicable. Selon cette disposition, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de l'art. 14 CEDH. Il faut démontrer que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction est discriminatoire¹⁷. Une différence est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable¹⁸. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement¹⁹.

La question de savoir si « l'origine » au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. comprend la nationalité est une question controversée en doctrine²⁰. Le Tribunal fédéral semble admettre que les discriminations en raison de l'origine nationale d'une personne relèvent de l'art. 8 al. 2 Cst.²¹

nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 144 ; GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., 2017, art. 8 Cst. n°12 ; JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, volume II, 2018, et jurisprudence citée, N 3195-3197.

¹⁵ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 8 Cst. n° 20.

¹⁶ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 8 Cst. n° 52 ; BERNHARD WALDMANN, BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY, *Basler Kommentar Bundesverfassung*, éd. Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2015, (ci-après : BSK), art. 8 n° 87.

¹⁷ arrêt *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse* du 11 décembre 2018, n°6555/13, § 90 ss.

¹⁸ voir par ex. arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008 (Grande chambre), Recueil CourEDH 2008-III, § 60.

¹⁹ voir par ex. arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014 (Grande Chambre), Recueil CourEDH 2014-IV, § 108.

²⁰ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 8 Cst. n° 73. et doctrine citée.

²¹ ATF 129 I 392 C. 3.2.2. et 3.2.3 et ATF 143 V 114 c. 5.3.2.1.

L'art. 14 CEDH interdit expressément les discriminations fondées sur l'« origine nationale ». Ce critère est très proche de la notion de nationalité et même partiellement utilisé comme synonyme²². Quoi qu'il en soit, une différence de traitement entre citoyens suisses et citoyens étrangers n'est pas d'emblée discriminatoire²³.

En l'occurrence, la distinction prévue à l'art. 42 al. 2 p-LEI fait une différence entre la situation juridique des membres de la famille des ressortissants suisses et celle des membres de la famille des ressortissants de pays membres de l'UE ou de l'AELE. En effet, l'admission des membres de la famille des ressortissants suisses peut être soumise à une condition qui n'est pas prévue pour l'admission des membres de la famille des ressortissants des pays membres de l'UE ou de l'AELE. Cette différence de traitement entraîne donc un désavantage pour les ressortissants suisses et les membres de leur famille. En outre, cette différence de traitement repose sur le critère de la nationalité puisque le groupe de personnes qui est touché par ce désavantage est défini par le fait d'être suisse, respectivement membre de la famille d'un ressortissant suisse.

3.2. La jurisprudence

La CourEDH n'a pas (encore) jugé la question de savoir si le traitement différent qui découle de l'art. 42 LEI est contraire à la CEDH. Elle a toutefois reconnu que le droit national pouvait accorder un traitement plus favorable à ses nationaux ou aux personnes venant de pays avec lesquels il a les liens les plus étroits, sans constituer pour autant de sa part une discrimination prohibée²⁴. Elle a jugé qu'un traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres Etats membres des Communautés européennes (devenues UE) par rapport aux ressortissants d'Etats tiers reposait sur une justification objective et raisonnable²⁵.

Le Tribunal fédéral (TF) a quant à lui déjà examiné l'objection selon laquelle l'art. 42 al. 2 LEI tel qu'il est actuellement en vigueur, serait contraire à la Cst. et à la CEDH sous l'angle de l'interdiction de discrimination et a considéré qu'il existait des motifs suffisants au sens de l'art. 8 Cst. et de l'art. 14 CEDH pour justifier que les ressortissants suisses soient traités différemment des ressortissants de pays membres de l'UE en matière de regroupement familial.

Le TF a certes d'abord estimé que l'art. 42 al. 2 LEI devait être adapté à la jurisprudence *Metock* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rendue en 2008²⁶ et invité le législateur à adapter le regroupement familial des citoyens suisses aux nouvelles conditions dans le domaine de l'ALCP²⁷. Le TF est toutefois revenu par la suite sur cette question dans

²² SCHWEIZER/FANKHAUSER, SGK, art. 8 Cst. n° 86 et doctrine citée.

²³ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 8 n° 73 et jurisprudence et doctrine citées ; BERNHARD WALDMANN, BSK, 2015, art. 8 n° 68.

²⁴ arrêt *Abdulziz, Cabales et Ballkandali c. Royaume-Uni* du 28 juin 1985, série A n°94, § 84; ATF 2C_354/2011, consid. 2.7 avec jurisprudence et doctrine citées.

²⁵ arrêt *Moustaquim c. Belgique*, du 18 février 1991, série A n°193, ° 49; ATF 2C_354/2011, consid. 2.7 avec jurisprudence et doctrine citées.

²⁶ Arrêt de la CJUE du 25 juillet 2008, aff. C-127/08, Rec. 2008, p. I-6241 : Cet arrêt constitue un changement de jurisprudence dans la mesure où la CJUE ne faisait plus dépendre le droit au regroupement familial fondée sur l'ALCP d'un séjour préalable de la personne à regrouper dans un Etat partie signataire de l'accord.

²⁷ ATF 136 II 120 du 22 janvier 2010 consid. 3.3 s. et voir à ce propos : ATF 2C-836/2019 du 18 mars 2020 et jurisprudence citée.

un arrêt du 13 juillet 2012²⁸. Il a relevé dans cet arrêt, qu'il n'était pas inusuel qu'en matière de politique migratoire, les Etats accordent aux ressortissants d'Etats tiers, en raison de leur nationalité, un traitement différent en fonction des traités d'établissement ou autres engagements internationaux similaires sans qu'il y ait dans ce cas d'inégalité de traitement prohibée²⁹. Le TF a également tenu compte des arguments avancés lors du traitement, par l'Assemblée fédérale, de l'initiative parlementaire Tschümperlin³⁰ qui visait à éliminer la différence de traitement entre les ressortissants suisses et les ressortissants d'un Etat membre de l'UE née à la suite de l'arrêt *Metock* de la CJUE. Il a relevé que le Conseil national entendait avant tout limiter l'immigration considérable qui résulte du regroupement familial³¹. Il a rappelé que la mise en œuvre d'une politique d'immigration restrictive constituait un intérêt public important et digne de protection et que, eu égard aux traités bilatéraux existants et à la jurisprudence y relative, la maîtrise du flux d'immigration pouvait être mise en œuvre en prenant la nationalité pour critère de distinction. Le TF a reconnu ainsi qu'il existait des motifs suffisants, non discriminatoires au regard de l'art. 14 CEDH, qui justifiaient de traiter les ressortissants suisses différemment des ressortissants de l'UE en matière de regroupement familial.³² Le TF a en outre estimé que si le législateur était d'avis qu'il fallait mener une politique d'immigration restrictive et qu'il posait des limites à cet effet là où il dispose d'une marge de manœuvre prévue par le droit conventionnel, le juge ne pouvait se substituer à lui³³. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée³⁴. Dans son arrêt du 18 mars 2020³⁵, le TF rappelle "*Das Bundesgericht hat den Einwand, Art. 42 Abs. 2 AIG sei konventions- und verfassungswidrig, bereits unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots beurteilt und erwogen, es gebe ausreichende Gründe im Sinn von Art. 14 EMRK, die es rechtfertigen, Schweizer Staatsangehörige beim Familiennachzug anders zu behandeln als Staatsangehörige der Europäischen Union (eingehend Urteil 2C_354/2011 vom 13. Juli 2012 E. 2.7.3). Es obliege dem Gesetzgeber, eine allfällige Anpassung von Art. 42 Abs. 2 AIG vorzunehmen, wobei er den Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Rechtsprechung über einen grösseren Zeitraum hinweg selber bestimmen wolle (Urteil 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 5.4).*"

3.3. Le nouvel art. 42 al. 2 p-LEI

En l'occurrence, le présent projet de la CIP-N élimine les inégalités de traitement existantes dans le droit en vigueur mais introduit à l'art. 42 p-LEI une nouvelle norme qui entraîne une différence de traitement. Il s'agit donc d'examiner s'il peut être justifié de prévoir la possibilité de subordonner l'octroi et la prolongation de l'autorisation de séjour des membres de la famille des ressortissants suisses à la conclusion d'une convention d'intégration alors que les membres de la famille des ressortissants de pays membres de l'UE ou de l'AELE ne peuvent pas être soumis à cette obligation.

²⁸ ATF 2C_354/2011 du 13 juillet 2012.

²⁹ ATF précité, consid. 2.7.2

³⁰ Initiative parlementaire Tschümperlin 10.427 du 19 mars 2010: "*Supprimer toute discrimination subie en raison du droit interne*".

³¹ ATF précité, consid. 2.6 et 2.7.3.

³² ATF précité, consid. 2.7.3.

³³ ATF précité, consid. 2.7.3.

³⁴ ATF 2C_836/2019 du 18 mars 2020 consid. 2; 2C_952/2016 du 10 octobre 2016 consid. 3.3; 2C_438/2015 du 29 octobre 2015 consid. 3.2; 2C_1071/2014 du 28 mai 2015 consid. 2.1.

³⁵ ATF 2C-836/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2.

But d'intérêt public

Selon la CIP-N, cette mesure est motivée par un but d'intérêt public. Il ressort en effet du rapport explicatif que : *"La conclusion d'une convention d'intégration peut être indiquée lorsque les critères d'intégration de l'art. 58a LEI ne sont pas remplis. C'est notamment le cas lorsque la personne concernée présente un déficit au niveau des compétences linguistiques, des violations de l'ordre et de la sécurité publics, particulièrement des manquements aux obligations d'entretien prévues par le droit de la famille, des poursuites ou par la non-participation à des offres de conseil, ou lorsqu'elle refuse de participer à la vie économique, notamment en cas de dépendance durable et considérable à l'aide sociale ou qu'il existe une absence de volonté de se former. La convention d'intégration indique quelle contribution la personne doit fournir pour s'intégrer".*³⁶

De l'avis de l'OFJ, il est possible de considérer qu'il existe effectivement un but d'intérêt public. Cette réglementation peut s'avérer judicieuse au vu de l'élargissement du cercle des bénéficiaires du regroupement familial qu'entraîne le projet de loi de la CIP-N pour les ressortissants suisses et des frais supplémentaires que cet élargissement pourrait engendrer dans le domaine des assurances sociales et de l'aide sociale. Elle peut s'avérer aussi judicieuse pour encourager, soutenir et parvenir à une intégration en Suisse des personnes concernées.

Proportionnalité

L'OFJ est d'avis que la conclusion d'une convention d'intégration peut être considérée comme un moyen apte à atteindre ce but dans la mesure où elle permet aux autorités et à la personne concernée de trouver un accord sur la manière de parvenir à une intégration réussie et à éviter que le séjour en Suisse de cette personne entraîne des coûts à la charge de la société. Ce moyen peut également être considéré comme nécessaire, dans la mesure où il peut être le moyen le plus approprié pour parvenir, dans certains cas d'espèce, à promouvoir l'intégration d'une personne étrangère dans la société.

Le moyen pour parvenir à ce but peut également être considéré comme raisonnablement exigible. La conclusion d'une convention d'intégration est en effet une mesure qui n'est pas particulièrement contraignante. Dans la proposition de la CIP-N, la conclusion d'une convention d'intégration est au demeurant potestative. En outre, une autorisation de séjour délivrée sur la base de l'art. 42 al. 1 p-LEI ne pourrait pas être révoquée pour cause de non-respect d'une convention d'intégration, car le droit de séjour peut s'éteindre s'il existe un motif de révocation au sens de l'art. 63 LEI, et non de l'art. 62 LEI (art. 51 al. 1 let. b LEI)³⁷. Les autorités compétentes sont quoi qu'il en soit tenues de respecter le principe de proportionnalité et tiennent ainsi compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son intégration (art. 96 LEI).

³⁶ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, du 22 juin 2013, relatif à l'initiative 19.464, p. 13, FF 2023 1584.

³⁷ MARC SPESCHA/SVEN KURY, Beseitigung der Inländerdiskriminierung vor dem Durchbruch?, in : Jusletter 22 avril 2024, p. 27.

4- Compatibilité avec l'art. 121a Cst.

La modification de la LEI proposée par la CIP-N entraîne une réglementation plus favorable des conditions d'admission en Suisse des membres étrangers de la famille d'un ressortissant suisse au titre du regroupement familial. D'une part, il élargit le cercle des bénéficiaires du regroupement familial et, d'autre part, il soumet le regroupement familial à des conditions moins strictes que celles qui prévalent en application de la législation actuelle. Le projet ne prévoit toutefois pas de nombres maximums. La modification de la LEI est donc susceptible d'entraîner une hausse des demandes de regroupement familial et donc de l'immigration en Suisse et soulève ainsi la question de sa compatibilité avec l'art. 121a Cst.

L'art. 121a Cst. donne à la Confédération l'obligation d'exercer sa compétence en matière de droit des étrangers pour assurer la gestion de l'immigration et adresse au législateur des injonctions détaillées sur la manière dont il doit ou ne doit pas exercer cette compétence³⁸. L'art. 121a Cst. a en effet un caractère normatif (et pas seulement programmatique) en ce sens qu'il prévoit des obligations à la charge des autorités de la Confédération³⁹.

L'alinéa 1 contient le premier objectif principal de la disposition : la gestion autonome de l'immigration. L'intitulé de la disposition "Gestion de l'immigration" souligne l'importance primordiale de cet objectif. Cet alinéa sert également de guide pour l'aménagement des détails dans la loi (élément d'interprétation téléologique⁴⁰). « Es handelt sich um eine normative Aufgabennorm, welche die zuständigen staatlichen Behörden dazu anhält, eine aktive Migrationspolitik zu betreiben und die Zuwanderung zu kontrollieren. Art. 121a Abs. 1 wird in diesem Sinne auch als weit gefasste Zielnorm verstanden. Den zuständigen Behörden obliegt eine entsprechende, allerdings nicht erzwingbare, verfassungsrechtliche Pflicht »⁴¹.

L'alinéa 2 première phrase contient le deuxième objectif principal de la disposition : la limitation de l'immigration des étrangers par la fixation de nombres maximums et de contingents⁴². L'art. 121a al. 2 Cst. impose par conséquent au législateur de gérer l'immigration en limitant le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse par des plafonds et des contingents annuels. Les nombres maximums concernent toutes les autorisations de séjour de longue durée (de plus d'un an), quel que soit le motif d'admission. Selon le Conseil fédéral, les séjours d'une durée inférieure à une année n'entrent pas, en effet, dans le champ d'application de l'art. 121a Cst.⁴³.

Interprété selon sa lettre, l'art. 121a al. 2 Cst. signifierait que le législateur est tenu de prévoir dans chaque cas des plafonds et des contingents, lorsqu'il entend modifier les conditions d'admission prévues dans la législation en matière de droit des étrangers actuellement en vigueur, même si ces modifications ont pour conséquence une augmentation négligeable de

³⁸ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 121a Cst. n° 6.

³⁹ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 121a Cst. n° 5 et Avis de droit de l'Office fédéral de la Justice du 8 avril 2014, Angenommene Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung (ci-après : avis OFJ), p. 6, en annexe.

⁴⁰ Avis OFJ, p. 6.

⁴¹ PETER ÜBERSAX, IN : BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY, *BSK*, 2015, art. 121a Cst. n° 11.

⁴² Avis OFJ, p. 6.

⁴³ Message du Conseil fédéral du 4 mars 2016 relatif à la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. FF 2016 2835 2850.

l'immigration en Suisse⁴⁴. En d'autres termes, toute modification du droit en vigueur qui allègerait les conditions d'admission d'une catégorie d'étrangers devrait être assortie d'une modification supplémentaire du droit en vigueur afin d'introduire des contingents pour les catégories de personnes concernées, alors même que cela ne concernerait en pratique qu'un nombre négligeable de personnes qui immigreront en Suisse.

L'interprétation littérale n'est toutefois qu'une des méthodes d'interprétation pour déterminer le sens correct d'une norme. Il faut aussi tenir compte de la systématique de l'art. 121a Cst. L'interprétation de l'alinéa 2 doit donc être coordonnée notamment avec celle de l'alinéa 1.

Une interprétation littérale de l'art. 121a al. 2 Cst. viderait en effet de son sens l'alinéa 1 de la disposition constitutionnelle. L'interprétation de l'art. 121a al. 2 Cst. première phrase doit être relativisée par le premier objectif principal de l'art. 121a Cst. qui est la gestion autonome de l'immigration. Des modifications de la législation en matière de droit des étrangers telles que mentionnées laissent en effet intacte la possibilité pour la Suisse de gérer l'immigration de manière autonome. Le faible impact de ce nombre négligeable de personnes sur l'immigration a pour conséquence que les autorités compétentes gardent le contrôle de l'immigration et que l'objectif posé par la disposition constitutionnelle d'atteindre une taille de l'immigration acceptée et soutenue par la population n'est pas compromis⁴⁵. A cela s'ajoute que cette interprétation garde globalement intacte la possibilité pour la Suisse de gérer cette immigration par des plafonds et des contingents. Le nombre négligeable de nouvelles autorisations qui découleraient de ces modifications de la législation n'aurait qu'un faible impact sur la gestion quantitative de la migration. Au surplus, les autorités compétentes peuvent gérer ce nombre négligeable de nouvelles autorisations en tenant compte lors de la fixation des contingents pour les ressortissants de pays tiers actuellement en vigueur. En d'autres termes, des modifications de la législation qui ne concernent qu'un nombre négligeable de personnes sont, de l'avis de l'OFJ, conciliables avec une gestion autonome de l'immigration fondée sur des mesures quantitatives telle qu'exigée par la disposition constitutionnelle.

L'OFJ est donc parvenu à la conclusion que les projets qui allègent les conditions d'admission des étrangers et qui élargissent le cercle des bénéficiaires sans prévoir de limitation des nombres maximums d'autorisations, mais dont la mise en œuvre ne concerne que l'immigration en Suisse d'un nombre négligeable de personnes, peuvent être considérés comme compatibles avec l'art. 121a Cst. Cette analyse s'applique également aux projets qui prévoient des exceptions à la limitation des nombres maximums d'autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers, mais dont la mise en œuvre ne concerne que l'immigration en Suisse d'un nombre négligeable de personnes.

Une interprétation de l'art. 121a al. 2 Cst. à la lumière du premier alinéa de cette disposition n'est pas une approche nouvelle. C'est ainsi qu'il a été admis que les séjours d'une durée n'excédant pas un an peuvent être exclus des mesures de limitation, étant donné qu'ils ne sont pas considérés comme faisant partie de l'immigration au sens de l'art. 121a al. 1 Cst. et

⁴⁴ Concernant le faible impact quantitatif et démographique du présent projet de la CIP-N, voir : MARC SPESCHA/SVEN KURY, Beseitigung der Inländerdiskriminierung vor dem Durchbruch? in : Jusletter 22 avril 2024, p. 28.

⁴⁵ PETER ÜBERSAX, BSK, art. 121a Cst., n° 11 et 21.

qu'ils n'entrent donc pas dans le champ d'application de cette disposition⁴⁶. Ce qui est nouveau, c'est que l'OFJ admet que l'art. 121a Cst. laisse au législateur une marge d'appréciation pour soustraire aux mesures de limitation de nouvelles autorisations délivrées en application de modifications du droit en vigueur si celles-ci n'ont pour conséquence qu'une augmentation négligeable de l'immigration en Suisse.

L'alinéa 4 de cette disposition (interdiction de conclure des traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst.) a également été interprétée à la lumière de l'alinéa 1. Il est ainsi admis que des accords internationaux qui exemptent des étrangers de l'application de plafonds ou contingents, voire qui leur confèrent des véritables droits de libre circulation, n'entrent pas en conflit avec l'art. 121a al. 2 Cst., aussi longtemps que ces traités laissent globalement intacte la possibilité pour la Suisse de gérer l'immigration par des plafonds et contingents. Pour cette raison, des accords attribuant des droits de libre circulation à des catégories étroitement délimitées de personnes ont été jugés compatibles avec l'art. 121a Cst.⁴⁷. Tel a été le cas, par exemple, de l'accord de libre-échange avec la Chine⁴⁸.

Cette interprétation de l'art. 121a Cst. n'est enfin pas en contradiction avec celle qui avait été faite par le Conseil fédéral dans le message du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse"⁴⁹ et dans celui du 4 mars 2016 relatif à la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.⁵⁰ Il s'agissait en effet de mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle et de déterminer notamment son champ d'application personnel. Or il ne s'agit pas ici de remettre en question le fait que les personnes concernées par les modifications de la législation en matière de droit des étrangers dans le sens mentionné ci-dessus, entrent dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst. et que leur séjour en Suisse devrait être soumis aux plafonds et au contingents. Il s'agit de laisser aux autorités une marge de manœuvre praticable dans la gestion de l'immigration lorsque cette marge de manœuvre est

⁴⁶ FF 2016 2835 2876

⁴⁷ VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, art. 121a Cst. n° 25; GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., 2017, art. 121a Cst. n°16 ; PETER UEBERSAX, *BSK*, art. 121a Cst. n° 30, 52 et 71.

⁴⁸ Bulletin de l'AF 2014, 359, Bundesrat Schneider-Amann : *"Die Schweiz hat somit die Vereinbarungen in den Freihandelsabkommen bereits bisher im Rahmen eines Kontingentierungssystems umgesetzt. Aufenthaltserlaubnisse für die eng definierte Personenkategorie der Freihandelsabkommen werden schon heute den jährlich festgelegten Kontingenten für Drittstaaten angerechnet und erhöhen die Gesamtzuwanderung nicht. Dieses System lässt sich ohne Weiteres auch unter den neuen Verfassungsartikel subsumieren. Bei der eng abgegrenzten Personenkategorie handelt es sich um unentbehrliches Schlüsselpersonal, das von Firmen der Vertragspartner befristet in Tochtergesellschaften transferiert wird oder für die Erfüllung von Dienstleistungsverträgen in die Schweiz entsandt wird. Für die Steuerung der Zuwanderung fällt diese Kategorie nicht ins Gewicht. Der Zugang Stellensuchender zum Arbeitsmarkt wie auch der Zugang Selbstständigerwerbender ist in den Freihandelsabkommen nicht abgedeckt. Somit besteht kein Widerspruch zwischen dem Verfassungsauftrag, alle Ausländerbewilligungen Höchstzahlen und Kontingenten zu unterwerfen, und der in den Freihandelsabkommen vorgesehenen Vereinbarung, eine eng definierte, zahlenmässig kleine Kategorie von Personen nicht auch noch mengenmässig zu beschränken. Die Schweiz verzichtet in keinem Freihandelsabkommen, auch nicht in jenem mit China, auf das Instrument der Gesamtsteuerung der Zuwanderung, zum Beispiel durch Globalkontingente. Aus dieser Analyse folgt, dass die Freihandelsabkommen, einschliesslich jenes mit China, weder rechtlich noch praktisch den Auftrag des neuen Artikels 121a der Bundesverfassung behindern, nämlich den Auftrag, die Zuwanderung eigenständig zu steuern und zu begrenzen"*.

⁴⁹ FF 2013 279

⁵⁰ FF 2016 2835

limitée et qu'elle n'est pas en contradiction avec les buts et les moyens fixés dans la disposition constitutionnelle.

L'OFJ est conscient que la notion de "nombre négligeable de personnes" est une notion juridique indéterminée. A partir de quel nombre de personnes considère-t-on que le projet n'est plus compatible avec l'art. 121a Cst. ? Comment calculer le nombre de personnes ? Ces questions pourraient être résolues par la fixation d'une méthode de calcul objective, comme par exemple un pourcentage du nombre d'autorisations délivrées selon le droit en vigueur ou un pourcentage du solde migratoire. Il n'appartient toutefois pas à l'OFJ de se prononcer sur l'opportunité politique de choisir une méthode de calcul plutôt qu'une autre.

5- Conclusion

Il est possible de considérer qu'il existe des motifs suffisants pour justifier la nouvelle restriction en matière de regroupement familial et la différence de traitement introduite à l'art. 42 al. 2 p-LEI par le projet de modification de la LEI élaboré par la CIP-N. Par ailleurs, le projet de la CIP-N peut être considéré comme compatible avec l'art. 121a Cst. pour autant que l'allègement des conditions d'admission et l'élargissement du cercle des bénéficiaires ne concernent qu'un nombre négligeable de personnes.