

## Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ?\*

---

*« Dans mon pays, celui qui arrive, quel qu'il soit, d'où qu'il vienne, on lui fait la fête. Dans mon pays, ce n'est pas l'usage de prévenir qu'on arrive puisque personne n'interdit d'arriver. »<sup>1</sup>*

1.- Il est d'enseignement classique que la Convention européenne des droits de l'homme « ne garantit, comme tel, aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé. Toutefois, exclure une personne d'un pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, tel que protégé par l'article 8 de la Convention. »<sup>2</sup> La doctrine s'est accordée à penser que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière demeuraient rétifs à une lecture cohérente : la protection offerte par la haute juridiction serait « malheureusement aléatoire »<sup>3</sup>, la jurisprudence obéirait « à une casuistique qui (...) fait parfois douter de l'existence d'un véritable fil conducteur. »<sup>4</sup> Dans une célèbre opinion dissidente, le juge Martens estimait que « l'approche au cas par cas (...) est une loterie pour les autorités nationales et une source d'embarras pour la Cour. Une source d'embarras puisque cela l'oblige à procéder à des comparaisons quasiment impossibles entre le bien-fondé de l'affaire dont elle est saisie et celui des cas qu'elle a déjà tranchés. »<sup>5</sup>

2.- Au cours des années 2002 et 2003<sup>6</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts relatifs à l'allégation d'une violation de l'article 8 de la Convention résultant de l'éloignement forcé d'étrangers délinquants.<sup>7</sup> Le fait que 7 de ces 8 arrêts concluent à la violation de la CEDH pourrait manifester une évolution de la jurisprudence. Après une première période où paraissaient prévaloir les droits des requérants<sup>8</sup>, les arrêts de la Cour s'étaient, dans une seconde époque, caractérisés par la combinaison d'une sévérité accrue à

---

\* Cette étude doit beaucoup au regard tout à la fois critique, créatif et encourageant que le Professeur Benoît Frydman a porté sur une version antérieure du texte, ce dont je lui suis très reconnaissant. Mes remerciements vont également à Jean-Claude Dupont et Ludovic Hennebel pour leur lecture attentive et leurs commentaires. Comme il se doit, l'auteur assume l'entière responsabilité du présent propos et des erreurs qu'il contiendrait.

<sup>1</sup> E. Orsenna, *Madame Bâ*, Fayard/Stock, 2003, p. 480.

<sup>2</sup> Voy. p. ex. Cour. eur. d. h., *Mokrani c. France*, 15 juil. 2003, § 23, et nombreux autres arrêts. Le principe avait été affirmé dès 1965 par la Commission européenne des droits de l'homme : « le droit pour une personne de pénétrer et de s'établir dans un pays dont elle n'est pas ressortissante n'est pas garanti en tant que tel par la Convention ; (...) il est exact que, dans certaines circonstances, le refus de laisser pénétrer des personnes dans un pays déterminé, ou de les autoriser à s'y établir, pourrait avoir pour conséquence que ces personnes soient séparées de membres proches de leur famille, ce qui pourrait donner lieu à de graves problèmes aux termes de l'article 8 de la Convention » Comm., déc. du 24 avril 1965, req. n° 1855/63, Ann. Conv., vol. VIII, pp. 203 et ss., citée dans J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, rép. prat. dr b., complém., t. VII, Bruylant, Bruxelles, 1990, n° 675.

<sup>3</sup> M.-B. Dembour, « Etrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme », *rev. trim. dr. h.*, n° 52, 2002, pp. 963-982.

<sup>4</sup> M. Levinet, « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 108

<sup>5</sup> Cour eur. d. h., *Boughanemi c. France*, 24 fév. 1996, op. diss. du juge Martens, § 4.

<sup>6</sup> L'étude s'arrête au 31 décembre 2003.

<sup>7</sup> Il s'agit des arrêts suivants, par ordre chronologique : arrêt *Al-Nashif et autres c. Bulgarie*, 20 juin 2002 ; arrêt *Amrollahi c. Danemark*, 11 juil. 2002 ; arrêt *Yildiz c. Autriche*, 31 oct. 2002 ; *Jakupovic c. Autriche*, 6 fév. 2003 ; *Yilmaz c. Allemagne*, 17 avr. 2003 ; *Benhebbba c. France*, 10 juil. 2003 ; *Mokrani c. France*, 15 juil. 2003 ; *Slivenko c. Lettonie*, 9 oct. 2003. Les arrêts peuvent être consultés sur le site web de la Cour, à l'adresse <http://www.echr.coe.int>

<sup>8</sup> Dans les arrêts *Moustaquim c. Belgique* (18 fév. 1991), *Beldjoudi c. France* (26 mars 1992), *Nasri c. France* (13 juil. 1995), la Cour a jugé l'expulsion d'étrangers délinquants contraire à l'art. 8 de la CEDH.

l'égard des ressortissants étrangers et de la reconnaissance d'une marge d'appréciation plus ample aux autorités nationales<sup>9</sup> ; il pourrait à présent se confirmer que la jurisprudence est entrée dans un troisième temps, à nouveau plus favorable aux étrangers établis dans un Etat d'accueil.<sup>10</sup>

La jurisprudence récente laisse cependant à l'observateur un certain sentiment de perplexité. Le raisonnement exposé par la Cour à l'appui de ses décisions paraît procéder par d'étranges raccourcis ou des effets de flou artistique, qui en rendent la compréhension ou l'analyse malaisées. Les nouveaux arrêts n'échappent pas aux reproches adressés par la doctrine aux cas antérieurs.

3.- Faut-il rappeler que le droit au respect de la vie privée et familiale ne prétend pas à une protection absolue<sup>11</sup> ? Alors que le premier paragraphe de l'article 8 de la CEDH en établit le principe<sup>12</sup>, le second encadre la possibilité pour l'autorité publique d'en restreindre le bénéfice, en énonçant les trois critères qui président à l'examen de la conformité avec la CEDH d'une mesure restrictive. S'impose en premier lieu une exigence de légalité : la mesure doit être prévue par le droit national. Ensuite, l'ingérence n'est admissible qu'à la condition de poursuivre un des buts énumérés au second paragraphe de l'article 8, soit la défense de la sécurité nationale et de la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui. Enfin, la Cour exerce un contrôle de proportionnalité sur les actes de l'autorité : pour demeurer conforme à la Convention, la mesure restrictive ne peut excéder ce qui s'avère nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation du but poursuivi. Selon la jurisprudence de la haute juridiction, une ingérence dans un droit protégé par la Convention doit être justifiée par « *un besoin social impérieux* » et reposer sur des « *motifs pertinents et suffisants*. » Cet examen de proportionnalité amène la haute juridiction à mettre en balance les intérêts d'un individu dont les droits sont menacés et l'intérêt légitimement défendu par l'autorité publique.

En certaines circonstances, le respect effectif du droit à la vie privée et familiale exige de la part des autorités publiques non seulement le devoir de s'abstenir de restreindre la liberté considérée, mais également de prendre certaines mesures – telles que l'octroi d'un visa ou le renouvellement d'un permis de séjour. C'est sous l'angle des obligations positives liées à l'article 8 de la CEDH que la Cour européenne des droits de l'homme a envisagé la situation des personnes qui souhaitent, par exemple dans le cadre d'un regroupement familial, être autorisées à pénétrer sur le territoire d'un Etat. La haute juridiction considère que « *la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.* »<sup>13</sup> La Grande chambre a récemment réaffirmé ce principe : « *que*

<sup>9</sup> Durant la période 1996-2001, les affaires concernant l'expulsion d'étrangers délinquants se concluent par un constat de non violation, à l'exception notoire de l'arrêt *Mehemi c. France* (26 sept. 1997) : il s'agit des arrêts *Boughanemi c. France* (29 janv. 1996), *C. c. Belgique* (7 août 1996), *Bouchelkia c. France* (29 janv. 1997), *El Boujaïdi c. France* (26 sept. 1997), *Boujlifa c. France* (21 oct. 1997), *Dalia c. France* (19 fév. 1998), et *Baghli c. France* (30 nov. 1999).

<sup>10</sup> Les arrêts *Ezzdoudhi c. France* (13 fév. 2001) et *Boultif c. Suisse* (2 août 2001) annonceraient cet assouplissement. Voy. not. S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence 1999-2001*, coll. les dossiers du J.T., n° 39, Larcier, 2003, p. 143.

<sup>11</sup> Par ailleurs, la Convention admet la possibilité de l'expulsion des étrangers, tout en l'entourant de garanties procédurales (art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 7 – cette disposition concerne l'étranger en séjour régulier) et en interdisant les expulsions collectives (art. 4 du Protocole n° 4). Voy. J.-Y. Carlier, « La détention et l'expulsion collective d'étrangers », *rev. trim. dr. h.*, 53, 2003, pp. 198-222 ; O. de Schutter, Ph. Frumer, « Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux à l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers (note sous C.J.C.E., 5 oct. 2000, *Maaouia c./ France*) », *rev. dr. étr.*, 2000, n° 110, p. 517.

<sup>12</sup> La protection de l'article 8 de la CEDH s'étend également au droit au respect du domicile et de la correspondance, dont il ne sera pas question ici.

<sup>13</sup> Cour eur. d. h., *Gül c. Suisse*, 19 fév. 1996, § 38.

*l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'Etat, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits protégés par l'article 8, à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins.* »<sup>14</sup> Dès lors, les considérations qui seront développées ci-après pourraient être transposées aux hypothèses où un ressortissant étranger réclame la reconnaissance d'un droit d'accès et de séjour sur le territoire d'un Etat membre du Conseil de l'Europe.

4.- La résolution d'un cas d'application de l'article 8 de la CEDH à l'expulsion d'un migrant suit une ligne logique qui doit franchir les étapes suivantes : inclusion de l'étranger dans le cercle des bénéficiaires de la protection des droits fondamentaux, définition du domaine d'application de l'article 8, examen successif des trois critères de conformité à la Convention des restrictions au droit à la vie privée et familiale. Résultat d'un travail d'argumentation fondée sur un texte et ses applications jurisprudentielles, un arrêt devrait, à chaque étape, convaincre, par l'usage de la raison, son destinataire ou ses lecteurs. Or, sur plusieurs points, les décisions de la haute juridiction dans cette matière n'emportent pas la conviction.

Le premier motif d'étonnement provient d'un respect presque obséquieux manifesté à l'égard de la souveraineté nationale en matière de contrôle de l'immigration. Pourtant, en vertu du critère de juridiction énoncé au premier article de la Convention, l'illégalité du séjour ou la nationalité du requérant n'amointrissent nullement le principe de la protection (I). Sous l'intitulé global de « vie privée et familiale », parfois réduit à la seule « vie familiale », la Cour parvient à envisager une gamme large et variée de situations d'immigration ; la méthode ne rend toutefois pas justice à la signification propre de chacune des deux notions que sont d'une part la « vie privée » et d'autre part la « vie familiale ». L'arrêt *Slivenko c. Lettonie*, du 9 octobre 2003, amorce sans doute une piste autorisant tout à la fois une définition plus précise des deux concepts et une reconnaissance objective de la réalité des phénomènes migratoires (II).

Pour se prononcer sur une violation de l'article 8, la Cour se reporte fictivement à l'état de la situation du requérant tel qu'il se présentait à la date de l'épuisement des voies de recours internes. Cette pratique, qui n'est pas uniforme dans la jurisprudence de la haute juridiction, ne correspond pas à la perspective de protection concrète des droits fondamentaux qui définit la Convention (III). Lors de l'examen de la conformité d'une mesure d'expulsion avec la triple conditionnalité inscrite au second paragraphe de l'article 8 (IV), le critère de légalité soulève peu de difficultés (IV.1). L'existence d'un but légitime justifiant la mesure d'expulsion n'est que rarement soumise à débat (IV.2). Le constat de violation repose le plus souvent sur le contrôle de proportionnalité au cours duquel la haute juridiction opère une mise en balance des intérêts contraires du requérant et de l'Etat. La combinaison de plusieurs facteurs détermine, cas par cas, la décision de la Cour (IV.3). Enfin, l'arrêt *Mehemi c. France* comporte quelques enseignements sur les conséquences que la Cour attache au constat de violation résultant de l'éloignement d'un étranger (V).

Les arrêts rendus en 2002 et 2003 feront l'objet d'une présentation succincte insérée dans les développements qui suivent.

### ***I.- L'étranger – fût-il en séjour illégal – relève de la juridiction d'un Etat partie à la Convention***

5.- L'article premier de la CEDH dispose que les Etats « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1<sup>er</sup> de la Convention. » Ce critère de juridiction désigne une notion essentiellement factuelle<sup>15</sup>, soit la possibilité pour les autorités étatiques d'exercer un « certain pouvoir »<sup>16</sup> sur une personne. En somme, la capacité de porter

<sup>14</sup> Cour eur. d. h., 8 juil. 2003, *Hatton & autres c. Royaume-Uni*, § 119 ; c'est moi qui souligne.

<sup>15</sup> J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, n° 77.

<sup>16</sup> J. A. Carillo-Salcedo, « Article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 135.

atteinte aux libertés fondamentales d'un individu entraîne *ipso facto* l'obligation de lui garantir le respect des droits définis par la Convention : « *d'un point de vue réaliste, la 'juridiction' d'un Etat doit s'analyser comme le pouvoir de ce dernier d'empêcher la commission d'un acte attentatoire à la Convention.* »<sup>17</sup> En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la simple présence physique d'un individu sur le territoire d'un Etat contractant lui ouvrait le bénéfice de la protection garantie par la CEDH, et ce indépendamment de la qualification juridique du séjour de l'intéressé.<sup>18</sup>

L'immigrant entré clandestinement sur le territoire d'un pays d'Europe comme le candidat réfugié débouté peuvent ainsi alléguer qu'un ordre d'expulsion – voire le refus de régulariser leur situation – constitue une ingérence dans leur vie privée et familiale. La nationalité d'un individu ou le caractère illégal de sa présence sur un territoire interviennent uniquement dans l'analyse de conformité d'une mesure restrictive avec la triple condition inscrite au second paragraphe de l'article 8.

6.- La Cour n'accorde qu'une faible importance aux événements de la vie des migrants qui se produisent durant une période où leur présence sur le territoire est contraire à la loi nationale. Ainsi, dans l'affaire *Jakupovic c. Autriche*, les magistrats européens ont refusé de prendre en considération la relation amoureuse que le requérant alléguait avoir nouée, car cette relation était née après « *septembre 1995, quand l'interdiction de résidence lui été délivrée, et après cette date le requérant devait être conscient du caractère illégal de son séjour en Autriche* »<sup>19</sup> – or, la décision d'expulsion n'est devenue définitive qu'en février 1997, avec l'épuisement des recours internes. Il faut à ce sujet approuver la solution retenue dans l'arrêt *Mokrani c. France*. Le requérant avait également noué une relation amoureuse alors que la procédure d'expulsion avait déjà été engagée contre lui : il ne pouvait plus, au moment où il a rencontré sa compagne, ignorer la « *relative précarité* »<sup>20</sup> de sa situation. Et cependant, « *la Cour rappelle que pour examiner la question de savoir si le requérant avait une vie familiale au sens de l'article 8, elle se place à l'époque à laquelle la mesure critiquée est devenue définitive (...)* A ce moment, la relation durait depuis plus de quatre ans. On ne saurait faire grief au requérant d'avoir contesté la décision d'expulsion, ni lui reprocher ou lui imputer la durée de la procédure de recours contre cette décision. »<sup>21</sup>

De façon générale, la circonstance que la vie privée ou familiale se déroule de manière clandestine ou sous couvert d'un statut de séjour précaire ne justifie en rien que ces événements ne soient pas pris en compte dans l'évaluation de la situation personnelle du requérant : l'illicéité du séjour devrait uniquement intervenir dans l'analyse de la conformité de la mesure d'ingérence au regard du second paragraphe de l'article 8 de la CEDH.

7.- Lorsqu'elle aborde une affaire d'immigration, la Cour rappelle de façon systématique que les Etats ont le droit « *de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non-nationaux.* » Qu'il s'agisse de l'expulsion d'un délinquant<sup>22</sup> ou du droit d'entrer sur le territoire d'un Etat partie à la CEDH<sup>23</sup>, la haute juridiction des droits de l'homme procède à ce rituel d'allégeance à la souveraineté étatique. Dans cet énoncé, la protection des droits prend l'allure d'une exception à la liberté d'un Etat de contrôler l'accès à son territoire : la personne migrante

<sup>17</sup> S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence (1999-2001)*, coll. les dossiers du JT, n° 39, Larcier, 2003, p. 17.

<sup>18</sup> Cour eur. d. h., *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, précité, à propos d'un étranger en séjour illégal ; *Amuur c. France*, 25 mai 1996, à propos de demandeurs d'asile maintenus dans la zone de transit de l'aéroport d'Orly.

<sup>19</sup> Cour eur. d. h., *Jakupovic c. Autriche*, précité, § 31, traduction libre. D'autres éléments – le jeune âge du requérant, son expulsion vers un pays qui sortait à peine de la guerre civile – ont justifié le constat de violation de l'article 8 de la CEDH.

<sup>20</sup> Cour eur. d. h., *Mokrani c. France*, précité, § 34

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Voy. pour la période sous revue, Cour eur. d. h., *Yilmaz c. Allemagne*, § 42 ; *Mokrani c. France*, § 27 ; *Benheba c. France*, § 29 ; *Jakupovic c. Autriche*, § 25 ; *Al-Nashif c. Bulgarie*, § 114 ; *Amrollahi c. Danemark*, § 33 ; *Yildiz c. Autriche*, § 41 ; *Mehemi c. France* (2003), § 55.

<sup>23</sup> P. ex., Cour eur. d. h., arrêt *Gül c. Suisse*, 19 fév. 1996, § 38.

est en somme appréhendée d'abord en tant qu'étrangère au lieu d'être avant tout considérée en sa qualité première d'être humain sujet de droits fondamentaux.

Or, l'exigence radicale du respect des droits humains<sup>24</sup>, qui a pris corps sur la scène juridique européenne avec l'entrée en vigueur de la CEDH, devrait en bonne logique constituer le principe premier : ce n'est pas là un vague appel à l'équité ou à l'humanité<sup>25</sup> invoqué en vue de justifier une atténuation de la rigueur d'une règle de droit, mais une obligation au sens juridique du terme. Tout simplement, « *les dispositions novatrices de la Convention de 1950 frappent d'archaïsme les principes de droit international sur lesquels s'appuient la plupart des motivations de la Cour européenne.* »<sup>26</sup> Relevant de la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve, tout migrant a droit au respect de sa vie privée et familiale ; un acte de l'autorité publique qui a pour effet de porter atteinte à ce droit doit s'inscrire dans le respect des critères prévus par la Convention.<sup>27</sup> Considérer le droit des étrangers au respect de leur vie privée et familiale comme une exception à la souveraineté étatique en matière migratoire constitue un traitement discriminatoire qui ne repose sur aucune justification.<sup>28</sup>

## II.- Au-delà du flou artistique de la « vie privée et familiale »

8.- La Cour européenne des droits de l'homme a conféré à l'article 8 de la Convention un champ d'application fort large, au prix cependant d'un réel flou artistique : selon l'expression du Professeur Sudre, elle aurait sacrifié « *la rigueur à l'efficacité.* »<sup>29</sup> La haute juridiction emploie fréquemment l'expression « *enveloppante* »<sup>30</sup> ou « *nébuleuse* »<sup>31</sup> de « vie privée et familiale » pour désigner l'ensemble des éléments qu'elle entend prendre en considération sous le couvert de l'article 8. Dans d'autres arrêts, seule la « vie familiale » est formellement retenue, mais recouvre alors « *un ensemble de faits et de réalités tout à la fois d'ordre biologique, sociologique, juridique et social. Le lien (familial) est divers et diversifié : lien avec les parents, avec le conjoint, avec les enfants, avec la fratrie, avec des amis...* »<sup>32</sup> En revanche, la catégorie de la vie privée n'est que rarement employée isolément, comme si le concept de vie privée ne pouvait, à lui seul, s'opposer à une mesure d'éloignement d'un ressortissant étranger.<sup>33</sup>

9.- Dans l'affaire *Yilmaz c. Allemagne*<sup>34</sup>, après avoir constaté l'existence d'une vie familiale sur base du fait que M. Yilmaz avait eu un enfant avec une ressortissante de l'Etat d'accueil, la Cour inclut dans la « situation familiale » de l'intéressé le fait qu'il soit né en Allemagne, qu'il y

<sup>24</sup> L'expression « droits humains » a l'avantage de désigner l'ensemble de l'humanité sans distinction de genre, écueil qu'évite la langue anglaise en parlant de « human rights ». Pour cette raison, elle me paraît préférable à « droits de l'homme. »

<sup>25</sup> Sur le concept d'humanité en droit, voy. T. Berns (dir.), Le droit saisi par le collectif, Bruylant, (à paraître) ; J. Allard et T. Berns (dir.), Humanités, éd. Ousia (à paraître).

<sup>26</sup> F. Rigaux, « L'immigration: droit international et droits fondamentaux », in Coll., Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – recueil en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 720.

<sup>27</sup> Voy. S. Saroléa, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces droits par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *rev. québécoise de droit international*, 2000, 13.1.

<sup>28</sup> Dans le même sens, voy. M.-B. Dembour, op. cit., p. 975-977, et S. Saroléa, op. cit., p. 266-268.

<sup>29</sup> F. Sudre, « rapport introductif », op. cit., p. 35.

<sup>30</sup> M. Levinet, op. cit., p. 109.

<sup>31</sup> F. Sudre, « rapport introductif », in F. Sudre (dir.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Coll. Droit & Justice, n° 38, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 28.

<sup>32</sup> J. Andriantsimbazovina, « Le maintien du lien familial des étrangers », in F. Sudre (dir.), op. cit., p. 213.

<sup>33</sup> C'est avec justesse que le Professeur De Schutter note à ce sujet : « *tant que la garantie de l'article 8 n'est accordée qu'à raison des liens familiaux que la personne faisant l'objet d'un éloignement possède sur le territoire de l'Etat d'accueil, c'est de manière exceptionnelle qu'il est dérogé à la maîtrise reconnue en principe à l'Etat en matière d'immigration. Si en revanche l'intégration elle-même de l'étranger dans la communauté de l'Etat d'accueil devait contraindre l'Etat partie à justifier la nécessité de l'éloignement, c'est le principe même de cette maîtrise qui serait contesté.* » (O. De Schutter, « La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée », *rev. dr. étr.*, 1995, n° 84, p. 264).

<sup>34</sup> 17 avr. 2003, précité.

ait fait toute sa scolarité et qu'il y bénéficiait d'un permis de séjour illimité.<sup>35</sup> De tels éléments ne présentent guère de lien avec la notion de famille ; ils pourraient en revanche relever de la vie privée, dans la mesure où celle-ci comporte une dimension sociale.

A parcourir la jurisprudence, il n'est donc guère aisé de tracer les limites respectives de l'une et l'autre de ces deux sphères de l'intime que sont la « vie familiale » et la « vie privée ». Intimement interconnectées, ces notions méritent d'être distinguées car chacune institue, dans le chef du titulaire des droits, un titre de protection propre. En témoigne clairement l'hypothèse de l'étranger intégré de longue date au sein de la population de son pays d'accueil, mais sans avoir dans cet Etat le moindre lien familial.<sup>36</sup>

Il paraît possible de satisfaire à l'exigence de rationalité en proposant une interprétation constructive de la jurisprudence, qui réconcilie la précision à l'efficacité.

## II.1.- La vie familiale

10.- La Cour a considéré que l'interprétation de la vie familiale constituait « *d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens interpersonnels étroits.* »<sup>37</sup> Selon la jurisprudence, de tels liens existent entre un enfant et chacun de ses auteurs, du seul fait de la naissance, fût-ce en dehors du cadre d'une relation maritale ; ils persistent lorsque les parents se séparent, lorsque l'enfant n'a avec son parent non gardien que des contacts épisodiques ou est séparé de ses parents pendant plusieurs années. Par ailleurs, le terme « famille » « *englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif* » même si la cohabitation n'est pas encore effective.<sup>38</sup> Ne se limitant pas au mariage, la notion recouvre toute relation hétérosexuelle stable et durable. Elle peut également s'étendre aux rapports entre proches parents, tels que les relations avec les grands-parents ou les frères et sœurs.<sup>39</sup>

Dans l'affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*, le requérant avait, pendant un certain temps, contracté un second mariage religieux tout en continuant à vivre avec sa première épouse et leurs enfants. La Cour a jugé que pareille circonstance n'avait pas pour effet de briser les liens familiaux entre le requérant et son premier foyer.

Dans les arrêts *Yilmaz c. Allemagne* et *Mokrani c. France*, la Cour affirme que les relations d'une personne adulte avec sa famille d'origine établie dans le pays d'accueil (parents, frères et sœurs) « *ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 de la Convention sans que soit démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux.* »<sup>40</sup> A mon sens, les étapes du raisonnement doivent être distinguées. Dans un premier mouvement, il conviendrait de constater que les relations d'une personne adulte avec sa famille d'origine relèvent, selon le sens commun, de la « vie familiale ». En une seconde étape, il s'agirait d'analyser les circonstances particulières de l'affaire – telles que, par exemple, le fait que l'intéressé ne semble pas se trouver dans de particuliers liens de dépendance à l'égard de sa famille – afin de déterminer si l'intervention de l'autorité publique répond en l'espèce à un « besoin social impérieux ».

11.- Le choix pragmatique de la Cour de définir la vie familiale de façon concrète, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, laisse ouverte la question des limites qu'on pourrait assigner à l'extension de ce concept. Les conceptions traditionnelles du couple et de la famille ont certes été fortement chahutées depuis l'époque de la rédaction de la CEDH.

<sup>35</sup> Voy. § 44.

<sup>36</sup> « *Si les 'étrangers intégrés' menacés d'expulsion ne sont pas tous mariés, tous ont une vie privée.* » (Cour eur. d. h., *Beldjoudi c. France*, op. conc. du Juge Martens, § 3, citant l'opinion concordante de H.G. Schermers à l'avis de la Comm. eur. d. h. dans la même affaire).

<sup>37</sup> Comme rappelé dans l'arrêt *K. & T. c. Finlande*, 12 juil. 2001, § 150.

<sup>38</sup> Cour eur. d. h., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, précité, § 62.

<sup>39</sup> Voy. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 6<sup>e</sup> éd., 2003, n° 233 et ss.

<sup>40</sup> Cour eur. d. h., *Yilmaz*, précité, § 44 ; également, *Mokrani*, précité, § 33.

Cela n'empêcherait pas, cependant, de réserver l'usage de la notion de « vie familiale » aux situations qui relèvent soit d'un lien de parenté, soit d'une relation de couple entendue comme une relation présentant une certaine stabilité entre deux personnes indifféremment de leur sexe.<sup>41</sup> Sans se figer pour autant, la « vie familiale » ne souffrirait dès lors plus de l'extension désordonnée qui la caractérise aujourd'hui. En ce sens, la Cour a précisé, dans l'arrêt *Slivenko c. Lettonie*, que « la « vie familiale » (...) se limite normalement au noyau familial. »<sup>42</sup>

## II.2.- La vie privée<sup>43</sup> et le cadre habituel d'existence

12.- Selon la haute juridiction, il est « trop restrictif de limiter (la vie privée) à un 'cercle intime' où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. »<sup>44</sup> Ultérieurement, la haute juridiction précisait : « la sphère de la vie privée, telle que la conçoit la Cour, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables. »<sup>45</sup>

Il a été relevé plus haut que la « vie privée » a peu été utilisée dans la jurisprudence relative à l'immigration. Dans un arrêt longtemps demeuré isolé, la Cour avait cependant expressément consacré la dimension sociale de la vie privée des étrangers. Appelée à se prononcer sur l'expulsion d'un ressortissant marocain condamné pour trafic de cannabis, elle avait jugé que le requérant avait « tissé en Belgique de réels liens sociaux : il y a habité depuis l'âge de onze ans, y a reçu une formation scolaire puis professionnelle et y a travaillé pendant plusieurs années. Il y a donc établi aussi une vie privée au sens de l'article 8, laquelle englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial. »<sup>46</sup>

Cette position vient d'être clairement réaffirmée dans l'arrêt *Slivenko c. Lettonie*. Epouse et fille d'un militaire soviétique à la retraite, les deux requérantes reçurent l'ordre de quitter le territoire letton lors du retrait des troupes russes, en 1994. De nationalité russe, elles avaient cependant résidé en Lettonie depuis leur naissance, soit respectivement pendant 40 et 18 années. Après avoir été brièvement détenues dans un centre pour immigrés en situation irrégulière, les requérantes gagnèrent la Russie, abandonnant leur appartement. L'éloignement forcé n'empêchait pas les intéressées de mener, avec leur époux et père, une vie familiale effective en Russie : la Cour a ainsi été amenée à envisager leur situation sous l'angle de la protection due à la vie privée et au domicile. La haute juridiction observe que « dans sa jurisprudence, elle a toujours envisagé l'expulsion de résidents de longue date aussi bien sous le volet de la « vie privée » que sous celui de la « vie familiale », une certaine importance étant accordée sur ce plan au degré d'intégration sociale des intéressés. De plus, la Cour a reconnu que l'article 8 s'applique à l'exclusion de personnes déplacées de leur domicile. »<sup>47</sup> De façon plus explicite encore, elle considère que les requérantes ont « été éloignées du pays où elles avaient, sans interruption depuis la naissance, noué des relations personnelles, sociales et économiques qui sont constitutives de la vie privée de tout être humain. »<sup>48</sup>

La Cour admet ensuite que l'éloignement des requérantes reposait sur une base légale (le traité relatif au retrait des forces armées russes) et servait l'objectif de protéger la sécurité nationale

<sup>41</sup> En l'état actuel, la Cour a refusé d'étendre la « vie familiale » aux couples homosexuels (F. Sudre, Droit européen..., op. cit., p. 396).

<sup>42</sup> Cour eur. d. h., *Slivenko c. Lettonie*, précité, § 94.

<sup>43</sup> Voy. F. Sudre, « Les aléas de la notion de 'vie privée' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Coll., Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 686 et ss. ; voy. également O. De Schutter, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 827-863.

<sup>44</sup> Cour eur. d. h., *Niemetz c. Allemagne*, 16 déc. 1992, § 29.

<sup>45</sup> Cour eur. d. h., *Botta c. Italie*, 24 fév. 1998, § 32.

<sup>46</sup> Cour eur. d. h., *C. c. Belgique*, 27 juin 1996, § 25. C'est moi qui souligne.

<sup>47</sup> Cour eur. d. h., *Slivenko c. Lettonie*, précité, § 95.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 96. C'est moi qui souligne.

d'un Etat qui venait de retrouver son indépendance. Dans la mesure où le père se trouvait en retraite depuis plusieurs années, sa présence et celle de sa famille sur le territoire letton ne constituait en rien une menace pour la Lettonie. L'exécution de la mesure d'éloignement ne répondait dès lors pas à un « besoin social impérieux », et la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH. Au passage, l'existence de la dimension sociale de la vie privée dans le contentieux de l'éloignement des étrangers a été confirmée, indépendamment de la notion voisine de vie familiale. Par là, la Cour a ouvert une piste intéressante qui pourrait favoriser l'harmonisation de sa jurisprudence.

13.- Je défendrais dès lors l'hypothèse suivante : ce que protège en définitive la « vie privée », c'est la composition multiple et complexe de l'identité d'un individu, telle que l'écrivain Amin Maalouf l'a très bien mise en mots : « *l'identité de chaque personne est constituée d'une foule d'éléments qui ne se limitent évidemment pas à ceux qui figurent sur les registres officiels. Il y a, bien sûr, pour la grande majorité des gens, l'appartenance à une tradition religieuse ; à une nationalité, parfois deux ; à un groupe ethnique ou linguistique ; à une famille plus ou moins élargie ; à une profession ; à une institution ; à un certain milieu social... Mais la liste bien plus longue encore, virtuellement illimitée : on peut ressentir une appartenance plus ou moins forte à une province, à un village, à un quartier, à un clan, à une équipe sportive ou professionnelle, à une bande d'amis<sup>49</sup>, à un syndicat, à une entreprise, à un parti, à une association, à une paroisse, à une communauté de personnes ayant les mêmes passions, les mêmes préférences sexuelles, les mêmes handicaps physiques, ou qui sont confrontées aux mêmes nuisances. Toutes ces appartenances n'ont évidemment pas la même importance, en tout cas pas au même moment. Mais aucune n'est totalement insignifiante.* »<sup>50</sup> Ainsi, la sphère de la vie privée désigne l'inscription d'un individu dans son cadre habituel d'existence, ce qui recouvre non seulement l'ensemble des liens sociaux et affectifs durables et significatifs, mais également la sphère purement personnelle, constituée notamment de la vie professionnelle et du sentiment d'appartenance aux divers lieux fréquentés pendant un certain temps. L'écoulement d'une certaine durée paraît naturellement indispensable à ce qu'on puisse qualifier le cadre d'existence d'une personne comme habituel.

Tel semble bien être l'objet de la protection garantie *de facto* par la Cour européenne des droits de l'homme sous le couvert de l'article 8. En effet, l'extension désordonnée du concept de vie familiale témoigne précisément de « *la nécessité ressentie par les organes de surveillance de la Convention de garantir chaque personne se trouvant sous la juridiction d'un des Etats parties contre toute mesure étatique adoptée en matière d'immigration qui constituerait, sans justification légitime et proportionnée, un bouleversement de son cadre d'existence.* »<sup>51</sup> Le confirme également, le fait que la Cour s'appuie, dans la mise en balance des intérêts contraires, sur une série d'éléments dont tous ne relèvent pas de la vie familiale au sens strict.

14.- Il appartiendrait donc à la Cour de prendre en considération non seulement la vie familiale, mais également – et de manière distincte – la vie privée des étrangers qui vivent sur le territoire d'un Etat partie à la Convention.<sup>52</sup> Ce faisant, elle ne se démarquerait guère de sa jurisprudence actuelle, si ce n'est en rendant à chacune des deux notions sa signification propre. En acceptant le principe selon lequel une mesure d'éloignement porte atteinte à la vie privée (entendue comme cadre habituel d'existence) ainsi que, le cas échéant, à la vie familiale de la personne visée, la haute juridiction reconnaîtrait de façon objective la réalité du fait migratoire. Sans doute n'est-il pas inutile de rappeler ici que « *malgré la rhétorique de l'immigration-zéro, très en*

<sup>49</sup> Partageant par exemple un type d'humour particulier... (nda)

<sup>50</sup> A. Maalouf, *Les identités meurtrières*, Grasset, Paris, 1998.

<sup>51</sup> O. De Schutter, op. cit., p. 265. C'est moi qui souligne.

<sup>52</sup> En ce sens, « *le moment nous semble dès lors plus que jamais venu d'admettre, en matière de police des étrangers, qu'une mesure d'éloignement du territoire porte, quasiment par définition, atteinte soit à la vie familiale de l'étranger ayant des membres de sa famille dans l'Etat de résidence, soit dans les autres cas et à condition que le séjour ait duré un certain temps, à sa vie privée.* » (H. Mock, « 'Selon que vous serez marié ou misérable'... Eloignement des étrangers délinquants : le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la 'double peine' ? », rev. trim. dr. h., 2002, p. 493) ; voy. également S. Saroléa, op. cit., p. 269-271.

vogue dans les pays du nord de l'Europe, les flux migratoires à destination de l'Europe n'ont jamais été interrompus. »<sup>53</sup>

Ce qui serait ainsi réalisé n'est rien d'autre qu'une clarification du champ d'application de l'article 8 de la CEDH. En toute hypothèse, la Cour procéderait ensuite à l'analyse de la conformité d'une mesure d'ingérence avec le triple critère énoncé au second paragraphe de cette disposition. L'amélioration ne serait néanmoins pas négligeable. A respecter davantage la portée de chacun des deux concepts, il est permis de croire que ses arrêts paraîtront plus compréhensibles et, dans le même temps, raisonnables et acceptables.

### III. Moment de l'appréciation de l'existence d'une ingérence

15.- Il s'écoule un certain temps entre le moment où un individu, ayant vu les juridictions nationales rejeter ses prétentions, s'adresse à la Cour européenne des droits de l'homme, et le moment où celle-ci se prononce. Dans l'intervalle, la vie du requérant aura connu bien des évolutions. Reconduit vers le pays dont il possède la nationalité, l'immigrant peut y avoir tenté de refaire sa vie. Il se peut à l'inverse qu'en dépit d'un ordre d'expulsion, l'intéressé demeure sur le territoire de l'Etat d'accueil de façon clandestine, y noue une relation amoureuse ou y voit naître ses enfants.

Dans les arrêts récents, la Cour réaffirme le principe selon lequel l'existence d'une atteinte au droit protégé par l'article 8 de la CEDH s'apprécie à la lumière de la situation du requérant telle qu'elle se présentait au moment où la mesure d'expulsion devient définitive, soit après l'épuisement des voies de recours internes.<sup>54</sup> C'est en fonction du même critère temporel que la Cour admet ou refuse de prendre en compte les éléments invoqués par les parties lorsqu'elle effectue, dans le cadre du test de proportionnalité, la pesée des intérêts en présence.

16.- Le choix de se reporter fictivement à la situation telle qu'elle se présentait au jour de l'épuisement des recours internes ne reçoit pas une application uniforme dans la jurisprudence de la haute juridiction. En certaines circonstances, les ressortissants étrangers trouvent une protection contre l'expulsion dans l'interdiction absolue de la torture et des traitements inhumains et dégradants énoncée à l'article 3 de la CEDH.<sup>55</sup> Il est en effet admis, depuis les arrêts *Soering*<sup>56</sup> et *Cruz Varas*<sup>57</sup>, que l'expulsion d'un étranger s'avère contraire à la Convention lorsqu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que le requérant courrait un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 s'il était expulsé vers le pays de destination.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> A. Rea, « L'avenir de l'Europe : l'immigration sans fin », *rev. dr. étr.*, n° 121, 2002, p. 831.

<sup>54</sup> Cour eur. d. h., *Yildiz c. Autriche*, précité, § 34 ; voy. supra n° 6.

<sup>55</sup> Il est rappelé que, dans la jurisprudence strasbourgeoise, les traitements dégradants, inhumains et les actes de torture se rangent sur une échelle de gravité croissante. La Cour a affirmé, dans l'arrêt *Selmouni c. France* (28 juil. 1999), qu'elle entendait appliquer un niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, ce qui implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques : il en découle que des faits précédemment qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » (arrêt *Tomasi c. France*, 27 août 1992) doivent désormais être qualifiés de « torture ». Cette fermeté croissante ne peut que concerner également les risques encourus par un étranger menacé d'expulsion. Sur cet arrêt, voy. les commentaires de G. Cohen-Jonathan, « Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 181-203.

<sup>56</sup> Cour eur. d. h., *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juil. 1989 (à propos d'une demande d'extradition vers les Etats-Unis, où le requérant risquait d'être condamné à la peine capitale et de passer de longs mois dans le « couloir de la mort », cette attente étant constitutive, selon la Cour, d'un traitement inhumain et dégradant).

<sup>57</sup> Cour eur. d. h., *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991 (à propos d'une expulsion vers le Chili).

<sup>58</sup> Sur ce sujet, on peut notamment renvoyer aux arrêts et références suivants : Cour eur. d. h., *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, 6 fév. 2003 (cet arrêt fait l'objet d'un ré-examen par la Grande chambre) ; *Hilal c. Royaume-Uni*, 6 mars 2001 (à propos d'un candidat réfugié menacé d'expulsion vers la Tanzanie) ; *Bensaid c. Royaume-Uni*, 5 fév. 2001 (à propos d'un requérant algérien souffrant de schizophrénie) ; *Jabari c. Turquie*, 11 juil. 2000 (à propos d'une femme adultère risquant d'être lapidée si elle était reconduite vers l'Iran) ; *H.L.R. c. France*, 22 avr. 1997 (à propos d'un trafiquant de stupéfiants expulsé vers la Colombie) ; *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997 (à

En pareils cas, la Cour se détermine en fonction de l'état des faits au jour où elle statue<sup>59</sup>, et non au moment où la décision d'éloignement est devenue définitive en droit interne. Telle semble du moins être son attitude lorsque l'introduction de la requête précède l'exécution de la mesure d'éloignement. A l'inverse, lorsque l'expulsion du requérant s'est produite avant que celui-ci n'ait pu former sa requête, c'est en fonction des éléments disponibles au moment où la mesure d'expulsion est devenue définitive que la Cour en apprécie la conformité avec la Convention<sup>60</sup>, avec toutefois le tempérament qu'elle accepte d'avoir égard aux éléments postérieurs afin de confirmer ou infirmer la manière dont l'Etat concerné a jugé du bien-fondé des craintes alléguées par les requérants.<sup>61</sup> Pareille variation provoque inévitablement la perplexité.

Pour sortir de ce dilemme, il faut se souvenir de la raison d'être de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa vocation de progrès : « la Convention a pour rôle et son interprétation pour objet de rendre efficace la protection de l'individu. »<sup>62</sup> Dans la perspective de la sauvegarde des droits et libertés de l'individu, il conviendrait que la Cour, plutôt que de pétrifier une affaire à la date de l'épuisement des voies de recours internes, contrôle de façon concrète l'ensemble de la situation du requérant au jour où elle statue.<sup>63</sup> Pareille solution rejoindrait les exigences tant de l'effectivité de la protection des droits humains que celles d'une attitude pragmatique ambitionnant de réduire autant que possible les distances qui séparent parfois la réalité de la sphère juridique.

#### IV.- La conformité d'une mesure d'ingérence avec le triple critère de l'article 8, § 2

##### IV.1.- La légalité

17.- La jurisprudence de la Cour exige que la base légale – qu'elle soit d'origine législative ou jurisprudentielle – d'une mesure restrictive soit « suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. »<sup>64</sup> La condition de légalité ne soulève guère de difficulté d'application pendant la période sous revue, à l'exception de l'affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*. L'expulsion du requérant, considéré par les autorités comme un militant islamiste dangereux, était justifiée par les exigences de la sécurité nationale. Le critère de légalité, rappelle la Cour, exige qu'une mesure qui affecte les droits fondamentaux soit en toute hypothèse soumise,

---

propos d'un arrêté d'expulsion pris à l'encontre d'un étranger atteint du sida, maladie dont il avait atteint le stade terminal, vers un pays où il ne pourrait bénéficier des soins requis par son état de santé, notamment des soins palliatifs) ; *Ahmed c. Autriche*, 17 déc. 1996 (à propos d'un requérant déchu de la qualité de réfugié et menacé d'expulsion vers la Somalie) ; *Nsona c. Pays-Bas*, 28 nov. 1996 (à propos du refoulement d'une fillette de 9 ans vers le Zaïre, où elle n'avait aucun parent vivant) ; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 nov. 1996 (à propos d'un militant sikh menacé d'expulsion vers l'Inde) ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 26 sept. 1991 (à propos du renvoi de jeunes Tamouls vers le Sri-Lanka). En doctrine, voy. P. Lambert, « Extradition et expulsion des étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Coll., Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 63-78 ; S. Karagiannis, « Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers : vers une évolution de la jurisprudence européenne ? », *rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 33-88.

<sup>59</sup> Cour eur. d. h., arrêts *Bensaïd c. Royaume-Uni*, § 35 ; *Jabari c. Turquie*, § 41 ; *Hilal c. Royaume-Uni* (implicitement) ; *D. c. Royaume-Uni*, § 50 ; *Chahal c. Royaume-Uni*, § 97 ; *HLR c. France*, § 37 ; *Ahmed c. Autriche*, § 43.

<sup>60</sup> Cour eur. d. h., arrêts *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, § 68 ; *Cruz Varas et autres c. Suède*, § 76 ; *Nsona c. Pays-Bas*, § 92.

<sup>61</sup> « Pour contrôler l'existence de ce risque, il faut donc se référer par priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion (ou, comme en l'espèce, du refoulement), mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs ; ils peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes des requérants » (Cour eur. d. h., *Nsona*, précité, § 92).

<sup>62</sup> Rapport de la Comm eur d. h., aff. *Golder*, série B, vol. 16, 1975, p. 40, cité par O. Jacot-Guillarmod, « Règles, méthodes et principes d'interprétation », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, La Convention européenne des droits de l'homme – commentaire article par article, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, p. 45.

<sup>63</sup> Dans le même sens, voy. Saroléa, op. cit., p. 275.

<sup>64</sup> P. ex, arrêts *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000 ; *Larissis et autres c. Grèce*, 24 fév. 1998.

« même lorsque la sécurité nationale est en jeu, à un débat contradictoire devant un organe indépendant compétent pour se prononcer sur les raisons qui motivent l'expulsion et examiner les preuves pertinentes, le cas échéant dans le respect de limitations procédurales relatives à l'utilisation d'information confidentielle. »<sup>65</sup> A défaut, le requérant n'est pas protégé contre le risque d'arbitraire, ce qui justifie le constat de violation de l'article 8.

#### IV.2.- *Le but légitime : un débat à ouvrir*

18.- L'expulsion d'un étranger délinquant répond, selon la Cour, à « des fins pleinement compatibles avec la Convention, à savoir 'la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales'. » L'expulsion, voire le refus de régularisation, d'un étranger en séjour clandestin peut également poursuivre l'objectif légitime, au sens de l'article 8 de la CEDH, de « la défense de l'ordre ». Il ne fait aucun doute que le souci d'assurer le respect de la loi constitue un but légitime dans un état de droit. Le choix d'un objectif légitime n'est pas sans incidence sur l'exercice du contrôle de proportionnalité.

#### IV.3.- *Le contrôle de proportionnalité*

19.- La mesure d'ingérence doit être à tout le moins susceptible d'atteindre l'objectif légitime qu'elle poursuit. Est-il permis d'affirmer sans ambages que l'expulsion d'un délinquant constitue une mesure susceptible de contribuer à la prévention des infractions pénales ? Il s'impose à tout le moins de souligner que la question est – à plus d'un titre – controversée.<sup>66</sup> Certains magistrats de la Cour ont d'ores et déjà affiché leur hostilité à ce type de mesure.<sup>67</sup>

La protection du « bien-être économique du pays » a parfois été invoquée comme but légitime justifiant l'éloignement d'étrangers.<sup>68</sup> Or, des recherches sociologiques récentes indiquent que la main d'œuvre clandestine joue un rôle non négligeable dans le fonctionnement des économies européennes (secteurs de la construction, de la restauration, de l'agriculture)<sup>69</sup> ; d'autres voix évoquent la nécessité d'une réouverture de l'immigration de travail afin de satisfaire la demande de main d'œuvre hautement qualifiée ou pour compenser le vieillissement de la population.<sup>70</sup> Le débat sur ces questions devrait être ouvert devant la haute juridiction : la

<sup>65</sup> Traduction libre du § 123 : « Even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence, if need be with appropriate procedural limitations on the use of classified information. »

<sup>66</sup> Sur ce sujet, voy. X. Rolin, « La double peine, une punition de la nationalité », *rev. dr. étr.*, 2002, n° 118, pp. 205-216. L'expulsion des étrangers délinquants ne servirait pas le but de prévenir les infractions, dans la mesure où, en pratique, de nombreuses personnes frappées par ce type de mesure demeurent ou reviennent en situation clandestine sur le territoire de l'Etat d'accueil, créant par là une situation problématique au regard du maintien de l'ordre public.

<sup>67</sup> Pour la période sous revue, voy. l'opinion du juge Costa, qui dit son « opposition de principe » à la double peine (arrêt *Benhebbba c. France*, précité).

<sup>68</sup> Cour eur. dr. h., *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988.

<sup>69</sup> Voy. A. REA, « L'avenir de l'Europe : l'immigration sans fin », *rev. dr. étr.*, n° 121, 2002, p. 831, et références citées.

<sup>70</sup> P. ex. : « Vu le contexte économique et démographique de l'Union et celui des pays d'origine, il est manifeste que l'on prend de plus en plus conscience de ce que les politiques "d'immigration zéro" menées au cours de ces trente dernières années ne sont plus adaptées. (...) D'autre part, en raison des pénuries croissantes de main-d'œuvre, un certain nombre d'États membres ont déjà commencé à mener des politiques de recrutement actif de ressortissants des pays tiers. (...) Dans ce nouveau contexte, la Commission est d'avis que les canaux de l'immigration légale à destination de l'Union doivent maintenant être ouverts aux travailleurs migrants. » (Commission des Communautés européennes « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – une politique communautaire en matière d'immigration », Bruxelles, 22 nov. 2000, COM (2000) 757, p. 3) ; Voy. également M.-C. Foblets, et S. Bouckaert, « Nieuwe arbeidsimmigratie de lege lata en de lege ferenda », *J.T.T.*, 2001, pp. 281-291, spéc. n° 5 et 6 ; ainsi que « La politique gouvernementale à l'égard de l'immigration », Rapport au nom de la Commission de l'intérieur et des affaires administratives, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999-2000, 28 mars 2000, n° 2-112/1.

question de l'efficacité de l'ingérence<sup>71</sup> précède logiquement le laborieux exercice de la pesée des intérêts du requérant et de la société, car à se révéler incapable de réaliser son objectif, la mesure litigieuse ne pourrait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8, § 2, de la CEDH.

20.- Par delà la question de l'efficacité d'une mesure restrictive, « *la règle de la proportionnalité postule l'exclusivité du moyen : non seulement la limitation de la liberté doit apparaître comme le seul moyen apte à atteindre le but autorisé, mais encore, parmi plusieurs mesures qui peuvent s'offrir à elle, l'autorité doit opter pour la mesure la moins restrictive.* »<sup>72</sup> L'interdiction de territoire imposée à un étranger délinquant passerait-elle pour l'unique moyen à la disposition des autorités publiques pour garantir la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ? Sur ce sujet également, le débat mériterait d'être ouvert devant la haute juridiction.

21.- Au troisième moment du contrôle de conformité, soit l'analyse de la nécessité de la mesure litigieuse, la Cour européenne des droits de l'homme doit, en un délicat exercice de mise en balance des intérêts contraires, déterminer le poids qu'il convient d'accorder à toute une série d'éléments tels que la gravité de l'infraction commise, la durée du séjour sur le territoire de l'Etat d'accueil, l'intensité des liens conservés avec le pays d'origine, la possibilité pour la cellule familiale de s'installer dans d'autres contrées... De façon pédagogique, la haute juridiction a veillé, dans les derniers arrêts, à énumérer les facteurs à partir desquels elle se livre à une appréciation globale de la situation des requérants : « *La Cour (...) a défini comme suit les principes directeurs devant guider son appréciation en cas de mesure d'éloignement prise par un Etat contractant à l'égard d'un étranger arrivé adulte sur son territoire :*

- *la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;*
- *la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé ;*
- *la période qui s'est écoulée entre la perpétration de l'infraction et la mesure litigieuse, ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ;*
- *la nationalité des diverses personnes concernées ;*
- *la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple ;*
- *le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale ;*
- *la naissance d'enfants et, le cas échéant, leur âge ;*
- *la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse.*

*Les mêmes critères doivent à plus forte raison être utilisés pour les immigrés de la seconde génération ou des étrangers arrivés dans leur prime jeunesse, pour autant que ceux-ci aient fondé une famille dans leur pays d'accueil. Si tel n'est pas le cas, la Cour n'aura égard qu'aux trois premiers d'entre eux. S'ajoutent toutefois à ces différents critères, les liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec le pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence. Ils y ont reçu leur éducation, y ont noué la plupart de leurs attaches sociales et y ont donc développé leur identité propre. Nés ou arrivés dans le pays d'accueil du fait de l'émigration de leurs parents, ils y ont le plus souvent leurs principales attaches familiales. Certains de ces immigrés n'ont même conservé avec leurs pays natal que le seul lien de la nationalité.* »<sup>73</sup>

22.- Comme par le passé, le commentateur peine à désigner ceux qui, parmi les facteurs examinés par la Cour, emporteraient à coup sûr la décision.<sup>74</sup> La haute juridiction procède à une évaluation globale de chaque cas d'espèce, employant, dans l'exercice de mise en balance des intérêts respectifs du requérant et de l'Etat d'accueil, de nombreux critères dont le poids propre

<sup>71</sup> A propos de l'interdiction de diffusion d'informations, alors que celles-ci étaient déjà connues du grand public, voy. Cour eur. d. h., *Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas*, 9 fév. 1995.

<sup>72</sup> J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, n° 194 ; voy. aussi R. Ergéc, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Mys & Breesch, Gand, 2000, n° 179, p. 120.

<sup>73</sup> Cour eur. d. h., *Mokrani c. France*, précité, §§ 30-31 ; *Benhebba c. France*, précité, § 32.

<sup>74</sup> Sur ce sujet, voy. not. M.-B. Dembour, op. cit.

varie au gré des affaires, aucun de ces facteurs ne s'imposant comme véritablement déterminant.

Croirait-on pouvoir invoquer la gravité de l'infraction imputée au requérant – ainsi, par exemple, du trafic de stupéfiants – que ce critère cède devant d'autres circonstances. L'affaire *Mokrani c. France* concernait un ressortissant algérien né en France, pays où il avait suivi toute sa scolarité et où sa famille proche était établie. Le requérant entretenait depuis 1995 une relation sentimentale avec une citoyenne française, qu'il épousa en mars 2001, alors qu'un enfant était né de leur union en juin 1999. A l'issue d'une procédure pénale dirigée contre un groupe de trafiquants d'héroïne auquel participaient également son père et un de ses frères, il se vit condamné, en 1992, à quatre ans de prison (dont un an avec sursis). Sa remise en liberté, en mars 1994, s'accompagnait d'une procédure d'expulsion. En juin 1999, le rejet d'un pourvoi en cassation clôtura les recours internes mus par M. Mokrani. Cependant, celui-ci ne quitta pas le territoire français.

La Cour note que le requérant a été condamné pour trafic d'héroïne, « *domaine où (elle) conçoit que les Etats contractants fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau.* »<sup>75</sup> C'est cependant par un constat de violation que se conclut l'arrêt. M. Mokrani, immigré de seconde génération, a toujours séjourné en France « *et a l'essentiel de ses attaches sociales dans ce pays.* »<sup>76</sup> En outre, bien que leur relation ait été entamée après le début de la procédure d'expulsion, « *à un moment où (le requérant et son amie) avaient une parfaite connaissance de la précarité de la situation du requérant,* » il n'en reste pas moins que l'intéressé entretient une vie familiale réelle avec une ressortissante française, et que leur vie familiale ne pourrait se dérouler ailleurs. Les juges résument leur réflexion en soulignant « *l'intensité des liens personnels du requérant avec la France* »<sup>77</sup> : dans ces conditions, la mise en œuvre de l'arrêt d'expulsion constituerait une violation de l'article 8 de la Convention.

Il est intéressant de comparer l'arrêt *Mokrani c. France* avec un autre arrêt concernant la France, rendu quelques jours plus tôt. M. Benhebba, aîné de 9 enfants, était arrivé en France, pays d'immigration de ses parents, avant l'âge de cinq ans. Il garda la nationalité algérienne ; le gouvernement défendeur devait d'ailleurs admettre qu'il s'agissait là de l'unique attache qu'il conservait avec son pays d'origine. Après plusieurs condamnations liées à des vols, le requérant fut condamné, en janvier 1996, à deux ans fermes d'emprisonnement pour trafic de résine de cannabis. La peine était assortie d'une interdiction temporaire du territoire d'une durée de 10 ans, qui devint définitive avec le rejet d'un pourvoi en cassation en 1999. L'intéressé demeura, semble-t-il, sur le territoire français.

La Cour reconnaît que M. Benhebba a l'essentiel de ses attaches sociales en France, où il a effectué toute sa scolarité et exercé des activités professionnelles. Si toute sa famille vit en France, cet élément est nuancé par la considération que « *les rapports entre adultes ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 de la Convention sans que soit démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux.* »<sup>78</sup> En revanche, la Cour estime, à la suite des tribunaux français, que la quantité de cannabis trouvée en possession du requérant exclut la délinquance occasionnelle. Cette constatation se renforce à l'analyse de l'ensemble des peines infligées au requérant : sur une période de 8 ans, celui-ci a été condamné à un total de plus de six ans de prison. Jugeant l'infraction grave, la Cour conclut à l'absence de violation de l'art. 8 de la Convention, la mesure d'interdiction du territoire pour une durée de 10 ans paraissant proportionnée aux buts poursuivis.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Cour eur. d. h., *Mokrani*, précité, § 32.

<sup>76</sup> Ibid. § 33.

<sup>77</sup> Ibid. § 35 : « *Ces éléments et surtout l'intensité des liens personnels du requérant avec la France suffisent à la Cour pour conclure que ladite mesure, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée aux buts poursuivis* »

<sup>78</sup> Cour eur. d. h., *Benhebba*, précité, § 36 ; voy. supra n° 10.

<sup>79</sup> Encore faut-il souligner que l'unanimité n'a pu se faire au sein de la haute juridiction. Dans une opinion dissidente, les juges Cabral Barreto et Küris, concluent à la violation de l'art. 8 de la Convention, car « *ni le comportement du requérant ni la gravité des faits reprochés ne sauraient justifier la mesure d'interdiction prononcée. Le*

Dans ces deux affaires, les requérants s'étaient rendus coupables d'infractions qualifiées de graves par la Cour européenne des droits de l'homme. Comment expliquer que la haute juridiction se soit prononcée en sens contraires ? Faut-il croire que M. Mokrani, immigré de la 2<sup>e</sup> génération, serait mieux protégé contre l'expulsion que son compatriote arrivé en France dans sa petite enfance ?<sup>80</sup> Serait-ce le caractère limité de l'interdiction de territoire qui frappe ce dernier (10 ans) qui la rend conforme au paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH ?<sup>81</sup> Ou bien le mariage offrirait-il aux étrangers la meilleure garantie contre l'expulsion ?<sup>82</sup>

**23.-** Encore le mariage avec un ressortissant de l'Etat d'accueil ne protège-t-il l'étranger délinquant contre l'éloignement qu'à la condition qu'il soit « *difficilement concevable* »<sup>83</sup> d'attendre du ressortissant de l'Etat d'accueil qui n'a jamais vécu dans le pays d'origine de son conjoint et qui n'en parle pas la langue, qu'il aille s'y installer, et que « *rien n'indique que cet Etat* (de destination) *serait tenu d'autoriser* (son) *entrée et* (son) *installation.* »<sup>84</sup>

Dans le même sens, l'arrêt *Amrollahi c. Danemark*<sup>85</sup> concernait un ressortissant iranien qui avait déserté l'armée de son pays d'origine durant la guerre contre l'Irak. Etabli au Danemark depuis 1990, le requérant était marié (1997) et papa de deux enfants, dont le premier était né en 1996 ; la première fille de son épouse vivait également avec le ménage. En 1996, il fut condamné, pour trafic d'héroïne, à trois années de prison et à une interdiction définitive du territoire. Nonobstant la gravité des infractions commises, la Cour juge que le droit au respect de la vie familiale a été violé, dès lors qu'il ne paraît pas concevable que l'épouse du requérant et les enfants du ménage accompagnent celui-ci en Iran.

Dans l'affaire *Yildiz c. Autriche*, le requérant, de nationalité turque<sup>86</sup>, était arrivé à l'âge de 14 ans dans son pays d'accueil en compagnie de ses parents et de ses frères et sœurs. Marié à une ressortissante turque établie en Autriche, il devint papa en 1995. A la suite de quelques vols commis avant sa majorité, et de plusieurs infractions graves au code de la route<sup>87</sup>, M. Yildiz se vit signifier une interdiction de résidence d'une durée de 5 ans en janvier 1995. A la suite de l'échec de ses recours, il s'installa en Turquie en juin 1997. Son épouse et leur enfant lui rendirent visite en Turquie à plusieurs reprises, avant que les parents ne se séparent en 2001, le requérant conservant un droit de visite envers sa fille. Devant la Cour, M. Yildiz alléguait que son éloignement forcé de l'Autriche était la cause directe du divorce, son épouse ne parvenant pas à s'adapter à la société turque après avoir vécu toute sa vie en Autriche.

---

*fait que la durée de cette mesure fut limitée à dix ans n'est pas déterminant en l'espèce, du fait de l'absence de liens autres que la nationalité avec l'Algérie. En effet, une mesure d'interdiction du territoire d'une telle durée coupe presque radicalement les liens sociaux avec le pays d'accueil. Il n'est pas non plus sûr que le requérant se verra délivrer un visa pour rentrer en France lorsque la mesure aura pris fin. »*

<sup>80</sup> Sur cette question, voy. not. J.-Y. Carlier, « *Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés* », rev. trim. dr. h., 1993, pp. 449-466, ainsi que les opinions concordante (du juge Martens) et dissidente (du juge Pettiti) sous l'arrêt *Beldjoudi c. France*, précité.

<sup>81</sup> Compar. arrêt *Yilmaz c. Allemagne*, infra.

<sup>82</sup> Voy. à ce propos H. Mock, op. cit.

<sup>83</sup> Cour eur. d. h., *Mokrani c. France*, op. cit., § 34

<sup>84</sup> Voy. également *Amrollahi c. Danemark*, précité.

<sup>85</sup> Dans cette affaire, le requérant a obtenu des juges strasbourgeois qu'ils invitent le gouvernement à ne pas procéder à l'expulsion avant que l'arrêt de la Cour ne soit rendu. A ce sujet, voy. Cour eur. d. h., *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, précité : cet arrêt, dans lequel la Cour a de manière spectaculaire affirmé le caractère obligatoire des mesures provisoires qu'elle peut, en vertu de l'art. 39 de son règlement, indiquer aux Etats défendeurs, a fait l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande chambre. Sur la question de la valeur des mesures provisoires (avant cet arrêt), voy. not. Ph. Frumer, « *Pour un renforcement de la valeur juridique des mesures provisoires édictées par la Cour européenne des droits de l'homme* », C.D.P.K., 2000, pp. 332-346.

<sup>86</sup> Il est intéressant de relever l'intervention du gouvernement turc devant la haute juridiction des droits de l'homme, à l'appui des allégations du requérant.

<sup>87</sup> L'intéressé conduisait sans permis, avait brûlé un feu rouge et dépassé de 60 km/h la vitesse maximale autorisée.

La Cour constate que, pour n'être pas un immigré de la seconde génération, le requérant a cependant atteint un haut degré d'intégration dans son pays d'accueil. Il est reproché aux autorités autrichiennes de n'avoir pas évalué la possibilité que le requérant soit accompagné par son épouse en Turquie, et, en particulier, de n'avoir pas vérifié si celle-ci parlait turc ou avait conservé avec ce pays d'autres liens que la nationalité. Les infractions commises par l'intéressé se révèlent pour le surplus relativement peu graves, la Cour se fiant sur ce point au faible montant global des amendes infligées. Dès lors, le constat de la violation de l'article 8 s'est imposé.

24.- L'arrêt *Yilmaz c. Allemagne*<sup>88</sup> met en scène un ressortissant turc né en Allemagne, où ses parents s'étaient établis quelques années avant sa naissance. Le requérant y suivit l'ensemble de sa scolarité, au terme de laquelle il trouva un emploi de vendeur et obtint un permis de séjour illimité. Avant sa majorité, il participa à plusieurs vols avec violence commis en bande, et fut condamné à 22 mois de prison avec sursis. Durant sa détention préventive, l'intéressé se rendit coupable de coups et blessures et de contraintes sexuelles collectives, qui provoquèrent sa condamnation à une peine globale de trois années de prison. Remis en liberté après avoir purgé les deux tiers de sa peine, M. Yilmaz put retrouver du travail. En septembre 1998, il lui fut ordonné de quitter le territoire allemand en application d'une interdiction du territoire d'une durée illimitée, décision qu'il entreprit de combattre devant les tribunaux. En janvier 1999, il s'installa avec sa compagne, de nationalité allemande ; un enfant naquit de leur relation en février 1999. Le couple devait cependant se séparer ultérieurement. Le 7 mars 2000, il quitta l'Allemagne pour la Turquie, d'où il ne put obtenir de permis de séjour provisoire pour rendre visite à son enfant.

Quant au caractère nécessaire de la mesure contestée, la Cour considère que l'intéressé possède des attaches fortes avec le pays d'accueil (famille proche, enfant, titre de séjour illimité) et peu de lien avec la Turquie (une grand-mère, quelques vacances). Examinant les condamnations pénales subies par le requérant, les magistrats de la haute juridiction prennent en compte le jeune âge du requérant à l'époque des condamnations (19 ans) et la durée totale des condamnations (3 ans). De plus, les délits ne concernaient pas le trafic de stupéfiants. Est ensuite souligné le caractère illimité de la mesure d'interdiction du territoire, circonstance qui détermine le constat du caractère disproportionné de la mesure. C'est à l'unanimité que la Cour retient l'existence d'une violation de l'art. 8.

25.- Affirmerait-on que seul un séjour véritablement long – voire la naissance dans le pays d'accueil – pourrait justifier, dans le chef du requérant, une certaine protection, que la Cour prend alors en considération un séjour de 6 ans (4 ans au moment où est prise la décision d'éloignement), combiné il est vrai avec le jeune âge du requérant, le caractère relativement peu grave des infractions commises et la situation catastrophique dans son pays d'origine, la Bosnie.

L'arrêt *Jakupovic c. Autriche* trouve son origine dans l'arrivée en Autriche, en 1991, d'un jeune garçon croate venu, en compagnie de son frère, y rejoindre leur mère. Adolescent, M. Jakupovic commit plusieurs cambriolages, faits pour lesquels il fut condamné à une peine de cinq mois de prison, suspendue pendant une période probatoire de trois ans. De nouveaux larcins lui valurent une peine supplémentaire de 10 semaines, également suspendue pendant une période probatoire de trois ans. Jugeant que pareil comportement constituait une menace pour l'ordre public, l'autorité administrative imposa au jeune homme, en septembre 1995, une interdiction de résidence de dix ans, que celui-ci combattit en vain devant les juridictions autrichiennes : en avril 1997, âgé de 16 ans, il fut expulsé vers Sarajevo.

La Cour constate que le requérant n'a pas vécu de nombreuses années en Autriche avant son expulsion et conserve avec son pays d'origine les liens de la langue et de la culture : sa situation se distingue de celle d'un immigré de seconde génération. Toutefois, le requérant n'a plus de famille proche en Bosnie, alors que sa mère a fondé un nouveau foyer dans leur pays d'accueil. En outre, les faits pénaux reprochés au requérant ne présentaient pas de réels éléments de

<sup>88</sup> Cour eur. d. h., arrêt *Yilmaz c. Allemagne*, 17 avr. 2003.

violence. La Cour affirme donc que seules des raisons de poids pourraient justifier l'expulsion d'un jeune homme de 16 ans vers un pays sortant d'une période de conflit armé.<sup>89</sup>

26.- En réalité, l'importance relative de chaque facteur varie d'une affaire à l'autre, au gré des assemblages : les particularités d'un cas, en somme, commandent la solution. Faut-il en conclure que chaque espèce réalise, à partir des différents facteurs évoqués, une alchimie propre, en telle sorte que comparaison ou tentatives de systématisation demeurerait de vaines entreprises ? D'aucuns ont pu affirmer, au terme d'une analyse détaillée, que « *les faits ne permettent pas de rendre compte à eux seuls des variations rencontrées dans la jurisprudence.* »<sup>90</sup> Force est en tout cas de constater que la Cour, à se dissimuler sous le voile du contrôle de nécessité, donne parfois l'impression de tirer ses arrêts d'un chapeau de magicien. Seul le développement des motifs qui président à chaque décision pourrait dissiper le malaise né du désagréable sentiment qu'une partie du raisonnement demeure dans l'ombre : à défaut de cette explication argumentée, la jurisprudence de la Cour demeurera difficilement prévisible.

### V. Conséquences d'un arrêt qui constate une violation de l'article 8 de la CEDH

27.- Second épisode devant la Cour de Strasbourg des démêlés du requérant, l'arrêt *Mehemi c. France* du 22 avril 2003 permet à la Cour de préciser les conséquences pour l'Etat défendeur de sa décision antérieure. En septembre 1997, la haute juridiction européenne avait considéré que l'interdiction définitive de territoire consécutive à la condamnation de l'intéressé à six années de prison pour trafic de résine de cannabis violait l'article 8 de la CEDH « *eu égard à l'absence d'attaches en Algérie, à l'intensité de ses liens avec la France et surtout au fait que la mesure d'interdiction définitive du territoire prise à son encontre a pour effet de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse.* »<sup>91</sup> L'arrêt *Mehemi c. France* du 10 avril 2003<sup>92</sup> affirme que le constat antérieur selon lequel le requérant était victime d'une violation de l'article 8 de la CEDH « *impliquait pour l'Etat de mettre fin à son éloignement, en prenant les mesures propres à réunir la famille en France. En outre, une célérité particulière s'imposait en l'espèce. (...) Dès lors, les autorités nationales devaient faciliter le retour du requérant en France auprès de sa famille. On ne saurait donc comparer la situation du requérant avec celle de toute autre personne de nationalité algérienne qui solliciterait un titre de séjour.* »<sup>93</sup> Le requérant ayant été autorisé à rentrer en France en février 1998, la Cour estime à l'unanimité que les autorités « *ont consenti des efforts raisonnablement suffisants pour faciliter le retour rapide du requérant et n'ont donc pas porté atteinte à son droit à la vie privée et familiale.* »<sup>94</sup> M. Mehemi se plaignait également d'avoir vu l'interdiction de territoire transformée en assignation à résidence depuis son retour, ainsi que du caractère précaire de son séjour, couvert par une succession d'autorisations temporaires : la Cour s'est refusée à y voir une nouvelle violation de l'article 8.

### En guise de conclusion

28.- En l'état actuel, c'est à la manière d'un paysage sortant de la brume que le principe suivant lequel l'éloignement d'un étranger peut enfreindre l'article 8 de la CEDH se dégage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la règle existe, certes, mais l'application en paraît malaisée. Il a ainsi été relevé que la jurisprudence persiste à souligner systématiquement la souveraineté de l'Etat dans le domaine de l'immigration, alors que la protection des droits fondamentaux de l'individu – fût-il en situation de séjour irrégulière –

<sup>89</sup> Le constat de violation ne repose cependant que sur le vote de 4 voix contre 3, l'opinion dissidente commune soulignant que l'élément décisif résidait dans la délinquance et l'insensibilité d'un requérant qui paraît mépriser les lois et institutions de son pays d'accueil.

<sup>90</sup> M.-B. DEMBOUR, op. cit., p. 965.

<sup>91</sup> Cour eur. d. h., *Mehemi c. France*, 26 sept. 1997, § 37.

<sup>92</sup> Cour eur. d. h., *Mehemi c. France*, 10 avr. 2003.

<sup>93</sup> Ibid. §§ 46 et 47.

<sup>94</sup> Ibid., § 50.

devrait constituer le point de départ de son raisonnement : relevant de la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve, un étranger ne peut en effet voir son droit au respect de la vie privée et familiale restreint que dans le respect de la triple conditionnalité inscrite au second paragraphe de l'article 8.

C'est sous le couvert d'une conception tout à la fois généreuse et imprécise de la « vie familiale », parfois mâtinée d'un zeste de « vie privée », que la Cour apprécie si la situation d'un requérant relève du domaine d'application de cette disposition : cette attitude peut se prévaloir d'une certaine efficacité, mais les deux concepts y perdent leurs contours respectifs. Une approche qui rendrait à chaque notion son domaine propre en tenant dûment compte de la dimension sociale de la vie privée réaffirmée dans le récent arrêt *Slivenko c. Lettonie*, conduirait les magistrats européens à reconnaître que toute mesure d'éloignement bouleverse inévitablement le cadre habituel d'existence des individus en cause. Le progrès ne serait pas purement formel, car il traduirait une véritable reconnaissance de la réalité objective de la présence, sur les territoires des pays d'Europe, d'une vaste population immigrée.

La haute juridiction a fait du contrôle de la proportionnalité le lieu où s'opère la décision. Acceptant sans débat l'existence d'un but légitime susceptible de justifier les mesures litigieuses, la jurisprudence ne s'interroge pas plus sur l'efficacité d'une expulsion au regard de l'objectif poursuivi, que sur l'existence de moyens moins restrictifs pour réaliser le même but. Sur ces deux points pourtant, le débat mériterait d'être ouvert et pourrait s'avérer décisif. Ainsi, à reconnaître la « double peine » comme incapable de servir l'objectif de protection de l'ordre public, la Cour devrait en condamner le principe même. En l'état actuel, la haute juridiction procède à une évaluation globale de chaque cas d'espèce, employant, dans l'exercice de mise en balance des intérêts respectifs du requérant et de l'Etat d'accueil, de nombreux critères dont le poids propre varie au gré des affaires, aucun de ces facteurs ne s'imposant comme véritablement déterminant. La jurisprudence récente conserve dès lors le caractère d'imprévisibilité que lui ont reproché de nombreux commentateurs. Certaines combinaisons de ces facteurs paraissent toutefois avoir acquis une protection confirmée : ainsi en va-t-il du mariage avec un ressortissant de l'Etat d'accueil ou un étranger qui y est établi, pour autant que la vie commune ne puisse effectivement se dérouler dans un autre pays.

29.- Cependant, bien que sa méthode fasse l'objet de critiques, la Cour, dans l'espace de deux ans, a rendu des arrêts majoritairement favorables aux étrangers menacés d'expulsion. En lui-même, ce résultat ne manifeste-t-il pas une meilleure compréhension de l'immigration et une protection accrue du cadre habituel d'existence des migrants ? Il est permis de le croire ou, à tout le moins, de l'espérer.

Pierre-François Docquir (mars 2004)