



DATE DOWNLOADED: Fri Jan 29 10:36:57 2021

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](http://HeinOnline)

Citations:

Bluebook 21st ed.

Sylvie Sarolea, QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.), 13 REV. quebecoise dE dROIT iNT'l 247 (2000).

ALWD 6th ed.

Sarolea, S. ., Quelles vies privee et familiale pour l'etranger - pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la convention europeenne des droits de l'homme (c.e.d.h.), 13(1) Rev. quebecoise de droit int'l 247 (2000).

APA 7th ed.

Sarolea, S. (2000). Quelles vies privee et familiale pour l'etranger pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article de la convention europeenne des droits de l'homme (c.e.d.h.). Revue quebecoise de droit international, 13(1), 247-286.

Chicago 17th ed.

Sylvie Sarolea, "QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)," Revue quebecoise de droit international 13, no. 1 (2000): 247-286

McGill Guide 9th ed.

Sylvie Sarolea, "QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)" (2000) 13:1 Rev quebecoise de droit int'l 247.

AGLC 4th ed.

Sylvie Sarolea, 'QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)' (2000) 13(1) Revue quebecoise de droit international 247.

MLA 8th ed.

Sarolea, Sylvie. "QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)." Revue quebecoise de droit international, vol. 13, no. 1, 2000, p. 247-286. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Sylvie Sarolea, 'QUELLES VIES PRIVEE ET FAMILIALE POUR L'ETRANGER - POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)' (2000) 13 Rev quebecoise de droit int'l 247

# QUELLES VIES PRIVÉE ET FAMILIALE POUR L'ÉTRANGER ?<sup>1</sup> POUR UNE PROTECTION NON DISCRIMINATOIRE DE CES VIES PAR L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (C.E.D.H.)

Par Sylvie Saroléa\*

L'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* protège la vie familiale et la vie privée. Il ne peut y avoir d'ingérences dans le respect de ces droits que si elles sont prévues par la loi, nécessaires dans une société démocratique et proportionnelles à l'un des buts limitativement énumérés par cette disposition. Le présent article analyse l'application de cette disposition aux étrangers. La Cour et la Commission en ont déduit une protection à leur profit face aux mesures d'éloignement du territoire motivées notamment par l'ordre public et face aux décisions de refus d'accès au territoire. La jurisprudence décline cette protection, qui est celle de droits de la personne, et non du migrant, en fonction du contexte migratoire et des éléments d'extranéité des dossiers. Cette prise en compte ne doit pas être exclue. Toutefois, la manière dont elle opère conduit à un traitement discriminatoire de l'étranger. D'une part, les organes de Strasbourg jugent avec en toile de fond le droit qu'ils qualifient de «bien établi» des États de contrôler l'accès à leur territoire et la présence d'étrangers sur celui-ci. Cette affirmation n'est nullement questionnée au regard des causes légitimes prévues par l'article 8, lesquelles ne contiennent pas expressément la politique migratoire. D'autre part, lorsque ce contexte et la nationalité étrangère de la personne concernée interviennent aux trois niveaux d'examen des affaires: l'existence d'une vie familiale ou d'une vie privée, d'une ingérence dans celle-ci et l'analyse de la proportionnalité, la différence de traitement est indûment démultipliée. L'auteur propose à la Cour de s'affranchir de la chape que constitue pour sa jurisprudence le principe de la souveraineté des États en matière migratoire en l'analysant au regard des critères posés par l'article 8. Ce faisant, elle pourrait offrir à toute personne, fût-elle étrangère, une protection non discriminatoire de la vie familiale et de la vie privée.

Article 8 of the *European Convention on Human Rights* protects family and private life. Interference in the exercise of this right is only justified if it is provided by law, necessary in a democratic society and proportionate to one of the objectives enumerated in article 8. This contribution studies the application of article 8 to aliens. The Court and the Commission have inferred therefrom a protection against expulsion motivated by public order or decisions refusing them access to the territory. The case law varies this protection, which is a protection of human rights and not one specific to migrants, according to the migratory context and the foreign elements of the case. Although these considerations must be underscored, their practical application leads to a discriminatory treatment of the alien. On the one hand, the institutions of Strasbourg judge the cases with, as a backdrop, the sovereign right that they qualify as a matter of well-established international law, to control the entry, residence and expulsion of aliens. The affirmation is not questioned with regard to the legitimate aims provided for by article 8, which do not contain any reference to migratory policies. On the other hand, this context and the foreign nationality of the alien intervene at the three stages of the examination under article 8: the existence of a family or private life, that of an interference therewith and the analysis of proportionality, and the difference of treatment is unduly amplified. The author proposes that the Court rid itself of preconceived ideas such as the sovereignty of the States regarding the issue of migration and analyse this principle according to the criteria provided for by article 8. This way, the Court could offer to every person, foreigner or not, a non-discriminatory protection of family and private life.

---

<sup>1</sup> Voir sur la protection des droits fondamentaux en matière d'immigration, F. Rigaux, «L'immigration, droit international et droits fondamentaux» dans *Mélanges offerts à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, à la p. 693.

\* Avocate et assistance à l'Université Catholique de Louvain

## I. Introduction

La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* [ci-après la *Convention*] ne contient pas de dispositions spécifiques en matière d'immigration. Certains articles des protocoles traitent de cette question, interdisant les expulsions collectives<sup>2</sup> et garantissant des droits procéduraux aux personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement<sup>3</sup>. Aucun d'entre eux ne confère à titre individuel un droit matériel au migrant, sous la forme d'un droit à entrer sur le territoire d'un État, d'un droit d'y rester, ou d'un droit à ne pas en être éloigné.

La Cour et la Commission européennes des droits de l'homme ont toutefois appliqué certains articles de la *Convention* à des problèmes liés à l'accès et à l'éloignement du territoire. Les décisions prises en ces matières impliquaient des droits protégés par la *Convention*, et c'est au travers de la protection de ces droits que s'est construite la jurisprudence en matière d'immigration. Ces droits sont pour essentiellement le droit à ne pas subir la torture ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants (article 3) et le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale (article 8)<sup>4</sup>.

Si l'on peut regretter l'absence de disposition spécifique à la situation des migrants, le fait d'interpréter des articles qui ne les concernent pas directement mais protègent tout homme peut constituer un avantage. Il permet en effet d'échapper aux présupposés caractérisant la problématique migratoire et d'approcher la situation concernée sous un autre angle, celui de la jouissance des droits de l'homme, indépendamment de sa nationalité ou de sa situation administrative.

À défaut de dispositions protégeant explicitement les droits du migrant, sa protection au moyen de droits reconnus à toute personne et l'interprétation de ces droits dans le contexte migratoire devraient permettre de ne pas réserver à sa condition de migrant un poids déterminant qui masquerait ses droits en qualité de personne. Dès lors que les droits qui lui sont reconnus et qui sont appliqués à son droit à entrer sur le territoire ou à y demeurer ne sont pas spécifiques à la question migratoire, l'on évite de se placer d'emblée dans un schéma propre à cette question pour rester dans un cadre général de la protection de la personne.

---

<sup>2</sup> *Protocole no. 4, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (ETS no 5), 213 U.N.T.S. 222, art. 4.

<sup>3</sup> *Protocole no. 7, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (ETS no 5), 213 U.N.T.S. 222, art. 1.

<sup>4</sup> Les deux articles mentionnés protègent des droits matériels. Des droits de type procédural ont également été mis en œuvre dans le domaine migratoire, tel le droit à bénéficier d'un recours effectif en cas de violation d'un article de la *Convention* (article 13) ou le droit à contester une mesure privative de liberté, fondée sur l'illégalité ou la précarité du séjour (article 5, § 1, f.). L'article 6 garantissant le droit à un recours effectif a également été invoqué. Il le fut sans succès, la Commission et récemment la Cour écartant son application en matière d'immigration, celle-ci ne participant pas, selon la jurisprudence, des matières civile et pénale; voir le récent arrêt *Maaouia c. France*, (2000), req. No 39652/98.

Cette approche devrait contribuer à éviter une lecture discriminatoire des droits du migrant.

L'analyse de la jurisprudence démontre cependant que le schéma d'analyse utilisé par la Cour et la Commission repose sur des prémisses qui engagent une application discriminatoire des dispositions invoquées.

Le critère de nationalité demeure déterminant, même s'il n'a pas de titre à intervenir expressément dans l'application des articles 3 ou 8. Ce schéma s'appuie sur le principe de la souveraineté des États s'agissant de l'accès à leur territoire et du séjour des étrangers sur celui-ci, et construit la protection des droits du migrant comme une exception à ce principe.

L'on peut objecter à cette remarque qu'il est naturel que ce critère intervienne dès lors qu'il est question de migration. La jurisprudence est l'expression de cette objection. Sa pertinence est contestable dès lors que les droits protégés ne sont justement pas des droits du migrant, mais des droits de la personne. La question devient alors celle de savoir si le fait d'être un migrant, d'avoir une nationalité étrangère, justifie un traitement distinct dans la jouissance des droits protégés par les articles 3 et 8 de la *Convention*.

Le présent article se concentre sur l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale et propose deux pistes visant à éviter l'écueil dénoncé. La première inverse le schéma utilisé et rappelle que le principe est la protection de la vie familiale et de la vie privée, pour s'interroger ensuite sur la place à reconnaître à la souveraineté des États comme limite éventuelle à cette protection. La seconde engage à accentuer l'évolution récente de la jurisprudence vers une protection accrue de la vie privée du migrant, en plus de celle de sa vie familiale.

Cette démarche implique un bilan de la jurisprudence relative à l'article 8 dans le domaine migratoire (II). La place du fait migratoire et du facteur de nationalité étrangère et le rôle qui leur est assigné seront ensuite analysés (III). L'on s'interrogera enfin sur la manière dont la jurisprudence peut reconstruire une approche non discriminatoire en fondant les prémisses de son raisonnement sur son texte même et sur les droits qu'elle protège plutôt que sur une règle qui lui est étrangère, le droit «acquis» des États en matière d'immigration (IV).

## II. L'article 8 de la C.E.D.H. et le droit de l'immigration<sup>5 6</sup>

L'article 8 se compose de deux parties. Le premier paragraphe dispose que «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance».

Le second paragraphe prévoit qu'

il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 8 est construit en deux parties, à l'instar de la plupart des articles de la *Convention*. Ces articles commencent par énoncer le droit protégé, soit sous une forme positive, soit sous une forme négative. Ils posent ensuite les limites ou les exceptions justifiées par les nécessités collectives, tantôt en les indiquant elles-mêmes de manière limitative, tantôt en se référant aux mesures nécessaires dans une société démocratique.

La Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont déduit de cet article des droits en matière d'immigration. La vie familiale comprend le droit au regroupement familial et le droit de ne pas être séparé des membres de sa famille par une mesure d'éloignement du territoire. La vie privée implique le droit de ne pas être extrait du milieu social et culturel où l'on est intégré.

Cette jurisprudence rappelle de manière systématique le principe selon lequel les États peuvent «contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux»<sup>7</sup>. Cependant, estime-elle, dans l'exercice de ces prérogatives, les États sont susceptibles de porter atteinte à des droits protégés par la *Convention*, tel le droit au respect de la vie familiale ou de la vie privée.

<sup>5</sup> Sur cette matière, voir notamment M. Levinet, «L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme» dans *La police des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme* (1999) 37 R.T.D.H. 89; H. Labayle, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale», dans H. Fulchiron, dir., *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.C., 1999, à la p. 109.

<sup>6</sup> En ligne: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>7</sup> Arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1985), 94 (Sér. A) Cour Eur. D.H. au par. 67 [ci-après *Abdulaziz*] ; *Berrehab c. Pays-Bas*, (1988), 138 (Sér. A) Cour Eur. D.H. aux pp. 15-16, au paras. 28-29 [ci-après *Berrehab*].

D'une part, une mesure d'éloignement du territoire peut séparer une famille, violant en cela l'obligation négative faite à l'État de ne pas porter atteinte à la vie familiale de l'intéressé. D'autre part, un refus de délivrance d'un titre de séjour ou d'un droit d'accès au territoire peut empêcher un étranger de rejoindre sa famille, l'État violant en cela l'obligation positive qui lui incombe<sup>8</sup>. Dans ces cas, l'État doit établir que la mesure prise est prévue par la loi, nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi et proportionnelle à celui-ci.

Afin d'analyser la manière dont la Cour appréhende l'incidence du facteur de nationalité sur le jeu de l'article 8 en matière d'immigration, il est important de passer en revue tous les arrêts rendus dans l'ordre chronologique de leur prononcé. Cette étude, fort scolaire, est essentielle à la recherche d'une éventuelle évolution dans la perception de ce critère.

L'on distingue, d'une part, les arrêts relatifs à l'obligation négative de ne pas porter atteinte à la vie familiale et privée et, d'autre part, ceux mettant en œuvre l'obligation positive de l'État au niveau de la protection de ces droits.

## A. L'«obligation négative» de ne pas porter atteinte à la vie familiale

### 1. L'AFFAIRE *MOUSTAQUIM* DU 18 FÉVRIER 1991

Le premier arrêt de la Cour appliquant l'article 8 à une décision d'éloignement du territoire d'un étranger motivée par sa dangerosité pour l'ordre public et la sécurité nationale a été rendu dans l'affaire *Moustaquim* le 18 février 1991<sup>9</sup>. Le recours avait été introduit par un citoyen marocain né en 1963 à Casablanca. Il était arrivé en Belgique alors qu'il avait moins de deux ans et, depuis, y avait toujours résidé. Il avait été expulsé en juin 1984, laissant en Belgique ses frères et sœurs, dont trois étaient nés en Belgique et un avait la nationalité belge.

L'expulsion était motivée par la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité nationale, l'intéressé s'étant rendu coupable de plusieurs délits alors qu'il était encore mineur. La Cour a jugé cette mesure attentatoire à sa vie familiale et a examiné si cette ingérence répondait aux conditions fixées par le paragraphe 2 de l'article 8.

Il n'est pas contesté que cette décision était prévue par la loi et poursuivait un but légitime au regard de l'article 8. Était-elle nécessaire dans une société démocratique?

La Cour reconnaît le droit des États «d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée,

<sup>8</sup> Si «l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale»: *Marckx c. Belgique* (1979), 31 (Sér. A). Cour Eur. D.H. 15, au par. 31.

<sup>9</sup> Arrêt *Moustaquim c. Belgique* (1991), 193 (Sér. A) Cour Eur. D.H. au par. 47.

le séjour et l'éloignement des non-nationaux»<sup>10</sup>. Dès lors que les mesures prises dans l'exercice de ce droit portent atteinte à l'article 8(1), l'État doit établir qu'elles sont «nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi».

Cette analyse de proportionnalité implique la mise en balance des liens familiaux de l'étranger en Belgique et la gravité des faits délictueux qui lui sont imputés. Au terme de cet examen des faits, la Cour a conclu «qu'un juste équilibre n'a[avait] pas été assuré entre les intérêts en jeu, et qu'il y a[avait ...] eu disproportion entre le moyen employé et le but légitime visé»<sup>11</sup>.

Le requérant prenait un second moyen de la violation de l'article 8, combiné avec l'article 14 qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits protégés par la *Convention*. Il dénonçait la différence de traitement qu'il subissait par rapport à un délinquant national ou ressortissant d'un État membre des Communautés européennes qui est à l'abri d'une expulsion ou y est moins exposé.

La Cour, suivant la Commission, a jugé que la différence de traitement était fondée sur un critère objectif et raisonnable. Pour les nationaux, il se déduit du fait qu'ils ont le droit de vivre sur le territoire de leur propre pays, sans pouvoir en être expulsé. L'appartenance de l'État d'origine à un ordre juridique spécifique en est le fondement pour les ressortissants européens. Il s'ensuit que les articles 8 et 14 combinés n'ont pas été violés.

## 2. L'AFFAIRE *BELDJOUDI C. FRANCE* DU 26 MARS 1992

L'affaire *Beldjoudi c. France*<sup>12</sup>, dans laquelle la Cour a rendu un arrêt le 26 mars 1992, concerne une situation similaire à celle du dossier *Moustaquim*. La France a pris une mesure d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant algérien, qui a été condamné pour des faits de délinquance. Né en France, il y a toujours vécu, ainsi que les membres de sa famille; il est marié à une ressortissante française.

Suivant le raisonnement développé dans le dossier *Moustaquim*, la Cour a mis en balance la gravité des faits commis, plus élevée dans l'affaire *Beldjoudi*, et l'étroitesse des liens avec le pays d'origine, presque inexistantes en l'espèce, et a conclu à la violation de l'article 8<sup>13</sup>. S'agissant des liens avec le pays d'origine, la Cour s'arrête aux raisons pour lesquelles le requérant n'a pas la nationalité française et constate qu'elles sont pour l'essentiel indépendantes de sa volonté<sup>14</sup>. Les opinions

<sup>10</sup> *Supra* note 7.

<sup>11</sup> La cour a jugé que cette «conclusion dispense la Cour de rechercher si l'expulsion a méconnu aussi le droit du requérant au respect de sa vie privée», *supra* note 9.

<sup>12</sup> Arrêt *Beldjoudi c. France* (1992) 234A (Sér. A) Cour Eur. D.H.

<sup>13</sup> Dans cette affaire, la Cour n'a pas examiné l'argument tiré de la violation des articles 8 et 14 combinés, estimant que cette analyse n'était pas nécessaire compte tenu de la conclusion de la violation de l'article 8, *ibid*.

<sup>14</sup> «Sujet direct de l'expulsion, M. Beldjoudi est né en France de parents alors français; il a possédé la nationalité française jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1963. Il est réputé l'avoir perdue à cette date, ses parents n'ayant pas souscrit avant le 27 mars 1967 une déclaration reconnaîtive [...]. Il ne faut pourtant pas

séparées de certains juges de la Cour, dissidente ou concordante, se sont intéressées à ce considérant<sup>15</sup>. Le juge Pettiti, se séparant de la majorité, critique l'usage par la Cour du concept de «quasi-Français», notion qu'il qualifie d'inconnue du droit international.

L'opinion du juge Martens concorde avec la position de la Cour<sup>16</sup>. À l'opposé du juge Pettiti, il insiste sur le caractère artificiel de la nationalité face «à une seconde génération d'immigrés [...] nés et ayant grandi dans un État membre, ou s'y étant autrement, par la force d'une longue résidence, totalement intégrés (donc complètement détachés de leur pays d'origine)». Sans les qualifier de «quasi-nationaux», il se réfère au paragraphe premier de l'article 3 du *Protocole n° 4* à la *Convention* qui interdit d'expulser des nationaux<sup>17</sup>. Il juge que «la simple nationalité ne constitue pas une justification objective et raisonnable pour une différence quant à la possibilité d'expulser quelqu'un de ce que l'on peut appeler, dans les deux cas, son "propre pays"», d'autant que de plus en plus d'États ont adopté le principe de l'impossibilité, sauf cas exceptionnels, d'expulser les «étrangers intégrés».

S'agissant de la vie privée, le juge Martens souligne que «l'expulsion rompt de manière irrévocable tous les liens sociaux entre l'expulsé et la communauté où il vit, [...] l'ensemble de ces liens [pouvant] relever de la notion de vie privée au sens de l'article 8». Il rappelle que la jurisprudence de la Commission<sup>18</sup> et la Cour<sup>19</sup> ont eu l'occasion d'intégrer dans la notion de «vie privée» le droit de maintenir des relations qualitativement satisfaisantes avec des tiers.

Synthétisant ces deux réflexions, tenant à la pertinence du lien de nationalité et à la notion de vie privée, le juge Martens souligne que lorsque l'on «parle des

oublier que l'intéressé, mineur à l'époque, ne pouvait se prononcer en personne. En outre, dès 1970, soit un an après sa première condamnation mais plus de neuf ans avant l'adoption de l'arrêt d'expulsion, il a manifesté sa volonté de recouvrer la nationalité française; recensé à sa demande en 1971, il a été reconnu apte au service national par les autorités militaires françaises [...], *ibid.* au par. 77.

<sup>15</sup> Outre d'autres questions comme la qualification de la mesure prise de traitement inhumain et dégradant par le juge De Meyer, *supra* note 12.

<sup>16</sup> Dont il critique toutefois le caractère trop «casuistique» et le confinement à la notion de vie familiale, sans aborder l'atteinte à la vie privée, qui permettrait d'aborder la situation d'étrangers intégrés n'ayant pas de famille, *ibid.*

<sup>17</sup> Il se réfère au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont l'article 12, § 4, dispose que «Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Sur cet argument, *infra*, la partie III, B.2.

<sup>18</sup> La Commission a estimé que le «respect de la vie privée» comprend également, dans une certaine mesure, «le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité». Voir notamment Décisions et rapports n° 5, pp.86-87; Décisions et rapports n° 10, à la p. 100; série B n° 36, aux pp.25-26.

<sup>19</sup> Voir les arrêts de la Cour dans les affaires *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981) 45 (Sér. A) Cour Eur. D.H.; *Rees c. Royaume-Uni* (1986) 106 (Sér. A) Cour Eur. D.H.; *Cossey c. Royaume-Uni* (1990) 184 (Sér. A) Cour Eur. D.H.; *B. c. France* (1992) 232C (Sér. A) Cour Eur. D.H. qui reposent aussi sur l'idée que, dans une certaine mesure, les relations «externes» d'une personne avec d'autres (en dehors du «cercle intime») se situent bien dans le domaine de la vie privée. Ces affaires concernent les relations homosexuelles entre adultes consentants et l'état civil des transsexuels. L'on retrouve également cette idée dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* (1989) 160 (Sér. A) Cour Eur. D.H. : l'histoire personnelle d'un individu et ses souvenirs personnels peuvent être réputés entrer dans le domaine de l'article 8.

nationaux, on songe presque toujours en premier lieu à ceux dont les liens avec un pays donné sont particulièrement étroits et multiples parce qu'ils y sont nés et y ont été élevés dans une famille qui s'y trouve établie depuis des générations». En conséquence, l'isolement social presque complet dans lequel se retrouvera un étranger éloigné dans ces conditions porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée.

### 3. L'AFFAIRE *NASRI C. FRANCE* DU 13 JUILLET 1995

Dans l'arrêt *Nasri c. France* 13 juillet 1995<sup>20</sup>, la Cour eut à connaître de la situation d'un citoyen algérien né sourd-muet en juin 1960 en Algérie. Il appartenait à une famille de dix enfants, dont l'un était décédé et six étaient citoyens français. Il est arrivé en France avec sa famille en 1965 et, depuis, n'a pas quitté le territoire français. Son parcours scolaire fut chaotique en raison de la difficulté de trouver une institution spécialisée, difficulté liée à la situation financière des parents et à son comportement. Il éprouve de sérieuses difficultés de communication avec son entourage, ne sachant ni lire ni écrire et pratiquant très peu le langage des signes. Il fut condamné à plusieurs reprises pour vols, dont certains avec violence, et pour viol.

Procédant à l'examen de la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif poursuivi, la Cour souligne l'importance que revêt le maintien de la vie familiale pour une personne atteinte de surdi-mutité, notamment pour endiguer sa tendance à la délinquance et conclut à la violation de l'article 8.

### 4. L'AFFAIRE *BOUGHANEMI C. FRANCE* DU 24 AVRIL 1996

Un an plus tard, le 24 avril 1996, dans l'affaire *Boughanemi c. France*<sup>21</sup>, la Cour a amorcé une interprétation plus restrictive de la protection des étrangers éloignés en raison de faits délictueux.

La question de l'existence d'une vie familiale<sup>22</sup> et d'une ingérence dans le respect de celle-ci s'est posée, l'étranger concerné ayant peu de rapports avec son enfant issu de son union terminée avec une ressortissante française. La Cour a finalement conclu à l'existence d'une vie familiale que ne met pas en péril le caractère ténu des liens entre l'enfant et le père<sup>23</sup>, dont il n'est pas contesté par ailleurs qu'il a des liens avec ses frères et sœurs qui résident tous en France.

S'agissant de la proportionnalité, la Cour rappelle les principes fondant sa grille d'analyse: les États peuvent contrôler l'entrée et le séjour des ressortissants étrangers sur leur territoire et peuvent, à ce titre, éloigner les étrangers considérés dangereux pour l'ordre public et la sécurité nationale; toutefois, les décisions prises dans ce cadre et mettant en péril la vie privée et familiale des individus doivent être

<sup>20</sup> Arrêt *Nasri c. France* (1995) 320B (Sér. A) Cour Eur. D.H.

<sup>21</sup> Arrêt *Boughanemi c. France* (1996-II) 8 Cour Eur. D.H. 593.

<sup>22</sup> Voir *infra* partie III, A., 2., a), 1.

<sup>23</sup> Déduit de la reconnaissance tardive de l'enfant et du fait qu'il le rencontre peu et ne contribue pas aux charges de son éducation et de son entretien.

conformes au second paragraphe de l'article 8. L'appréciation de la nécessité de l'ingérence doit se faire à la lumière de marge d'appréciation laissée aux États contractants en la matière. La référence à cette marge d'appréciation est nouvelle dans les affaires relatives à l'éloignement d'étrangers pour des motifs d'ordre public<sup>24</sup>, de même que l'accentuation de la tendance à présenter le droit au respect de la vie familiale comme une exception à la souveraineté des États, plutôt que la sauvegarde de l'ordre public comme un motif de limite possible au droit au respect de la vie familiale.

Au regard de la gravité des infractions commises, du fait que l'intéressé n'ait pas cherché à obtenir la nationalité française, la Cour considère que la situation du requérant diffère de celle de *Moustaquim* et *Beldjoudi* et conclut à la non-violation de l'article 8.

Le juge Pettiti adopte une opinion concordante, dans laquelle il tente de faire admettre un point de vue en aval de celui adopté par la Cour. Il soutient que l'on pourrait aboutir à la même conclusion sans avoir à examiner s'il y a violation ou non de l'article 8, en niant aux étrangers se trouvant dans la situation du requérant le droit d'invoquer la *Convention européenne des droits de l'homme* sur la base de son article 1<sup>er</sup> qui limite son champ d'application aux personnes se trouvant sous la juridiction d'un État membre, ce qui ne serait pas le cas s'agissant d'un étranger clandestin.

Le juge Martens réitère l'opinion dissidente qu'il avait déjà présentée à l'occasion des arrêts précédents. Il plaide pour que l'on admette que, par principe, l'expulsion des étrangers intégrés s'analyse en une ingérence dans leur vie privée. S'agissant de la nécessaire répression des délits, les peines pénales y suffisent.

Le juge Baka a également adopté une position dissidente, jugeant que l'intéressé doit bénéficier d'un traitement à peine moins favorable que celui réservé aux nationaux. Il a été sanctionné pour les délits commis et a dû en principe encourir une peine adéquate et proportionnée à ceux-ci. Il estime qu'y ajouter un arrêté d'expulsion revient à accorder une importance excessive à l'intérêt général de la prévention des infractions pénales et de la défense de l'ordre par rapport à la protection du droit de l'individu à une vie privée et familiale.

## 5. L'AFFAIRE *C. c. BELGIQUE* DU 7 AOÛT 1996

La même année, la Cour fut saisie de l'affaire *C. c. Belgique* dans laquelle elle a rendu, à l'unanimité un arrêt le 7 août 1996<sup>25</sup>. L'intérêt de ce cas<sup>26</sup> réside en deux points.

<sup>24</sup> En matière d'étrangers, elle avait utilisée pour apprécier les obligations positives des États sur la base de l'article 8, voir avant l'arrêt *Berrehab*, *supra* note 7, mais pas s'agissant des obligations négatives.

<sup>25</sup> Arrêt *C. c. Belgique* (1996), 12 Cour Eur. D.H. 915.

<sup>26</sup> Sur les autres questions abordées dans cette affaire, la Cour confirme sa jurisprudence, *supra* note 21 au par. 25, s'agissant de la subsistance de la vie familiale malgré le peu de consistance des liens familiaux. Sur la proportionnalité, elle s'aligne également sur cet arrêt, jugeant que la gravité des délits commis par le requérant justifiait le mesure d'éloignement du territoire. Elle souligne notamment que le requérant n'a pas cherché à être naturalisé belge, contrairement à ses frères et sœurs.

Premièrement, elle aborde pour la première fois le dossier également sous l'angle de la protection de la vie privée, soulignant que l'intéressé «a 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 s'en suit qu'il y a établi 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>27</sup>.

Deuxièmement, la question posée par le requérant au regard des articles 8 et 14 au spectre desquels il soumet la différence de traitement existant entre les ressortissants étrangers bénéficiant du droit communautaire et les autres. Cette question avait déjà été abordée dans l'affaire *Moustaquim* sans succès. En l'espèce, le requérant dénonçait être victime d'une «discrimination fondée sur la nationalité et la race; son expulsion lui aurait infligé un sort moins favorable que celui des délinquants dont la citoyenneté d'un pays membre de l'Union européenne protège, en Belgique, contre pareille mesure»<sup>28</sup>. La Cour s'aligne sur la position qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Moustaquim*, et estime «que pareil traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre»<sup>29</sup>.

#### 6. L'AFFAIRE *BOUCHELKIA C. FRANCE* DU 29 JANVIER 1997

La Cour a rendu un arrêt le 29 janvier 1997 dans le cas *Bouchelkia c. France*<sup>30</sup>. Il s'agissait à nouveau d'apprécier la proportionnalité d'une mesure d'éloignement du territoire motivée par le comportement de l'étranger.

S'agissant de la vie familiale, la question s'est posée de savoir s'il fallait prendre en considération la vie familiale du requérant<sup>31</sup> qui s'est construite dans la clandestinité, postérieurement à son retour illégal sur le territoire français, et à la décision initiale d'éloignement du territoire.

La Cour a estimé qu'il fallait se placer à la date de la décision contestée pour apprécier la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif poursuivi. C'est donc la seule vie familiale avec ses parents et ses frères et sœurs qui doit être prise en compte.

Eu égard à la gravité des infractions commises<sup>32</sup>, la Cour a jugé que la France avait maintenu un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en présence.

---

Elle accorde également une importance déterminante au secteur infractionnel dans lequel évoluait le requérant, celui des stupéfiants.

<sup>27</sup> La Cour se réfère à l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* (1992) 251B (Sér. A) Cour Eur. D.H. 33 au par. 29.

<sup>28</sup> *Supra* note 25 au par. 37.

<sup>29</sup> *Ibid.* au par. 38.

<sup>30</sup> Arrêt *Bouchelkia c. France* (1997-I), 28 Cour Eur. D.H. 47.

<sup>31</sup> Le mariage avec son ancienne compagne et la naissance d'un enfant de cette union.

<sup>32</sup> Crime aggravé de viol alors qu'il était encore mineur.

7. L'AFFAIRE *MEHEMI* DU 26 SEPTEMBRE 1997

La même année, la Cour fut saisie d'un cas similaire, concernant également la France, l'affaire *Mehemi*, dans laquelle elle a rendu un arrêt le 26 septembre 1997<sup>33</sup>. Cette affaire concernait un Algérien, né en France, y ayant suivi toute sa scolarité et y ayant vécu jusqu'à l'âge de trente-trois ans et dont les parents et quatre frères et sœurs résident régulièrement en France. Il est également père de trois enfants mineurs de nationalité française. Il fut condamné suite à des infractions commises dans le domaine des stupéfiants.

Prenant en considération l'absence de liens entre le requérant et l'Algérie autres que la nationalité, l'intensité des liens avec la France et le 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, la Cour a jugé à l'unanimité que la mesure d'éloignement du territoire n'était pas proportionnée aux buts poursuivis.

8. L'AFFAIRE *EL BOUJAÏDI C. FRANCE* DU 26 SEPTEMBRE 1997

À la même date, dans l'affaire *El Boujaïdi c. France*, la Cour a jugé une mesure d'éloignement du territoire conforme à l'article 8<sup>34</sup>. L'intéressé, de nationalité marocaine, est arrivé en France lorsqu'il avait sept ans, ses parents et quatre frères et sœurs résident régulièrement en France, et il a reconnu l'enfant d'une Française avec qui il a vécu maritalement. La Cour a jugé qu'il ne pouvait se prévaloir de ce dernier lien, postérieur à la décision contestée.

S'agissant de la proportionnalité de la mesure prise, la Cour a estimé qu'un juste équilibre avait été sauvegardé en raison des liens existant entre le requérant et le Maroc.

Le juge Foighel, rappelant l'opinion du juge Martens dans l'affaire *Boughanemi*, a exprimé une opinion dissidente, fondée sur l'appartenance du requérant à la catégorie des «étrangers intégrés» ou des «immigrés de la deuxième génération», qui n'ont pas choisi leur pays d'accueil, qui y ont été élevés, y ont suivi une scolarité, etc., dans les mêmes conditions que les Français. Comme pour ces derniers, les lois pénales du pays d'accueil devraient suffire à sanctionner les actes délictueux.

9. L'AFFAIRE *BOUJLIFA C. FRANCE* DU 21 OCTOBRE 1997

Un mois plus tard, dans l'affaire *Boujlifa c. France*<sup>35</sup>, la Cour, par une majorité de six voix contre trois, juge l'expulsion suite à deux condamnations pénales

<sup>33</sup> Arrêt *Mehemi c. France* (1997-VI), 51 Cour Eur. D.H. 1959.

<sup>34</sup> Arrêt *El Boujaïdi c. France* (1997-VI), 51 Cour Eur. D.H. 1980.

<sup>35</sup> Arrêt *Boujlifa c. France* (1997-VI), 54 Cour Eur. D.H. 2250.

d'un Marocain arrivé en France à l'âge de cinq ans et dont les parents et huit frères et sœurs résident régulièrement en France. La Cour conclut à l'existence d'une ingérence dans sa vie familiale, celle-ci s'appréciant à la date à laquelle la mesure contestée a été prise. Il avait également une relation avec une femme française, mais celle-ci n'est pas prise en considération, cette relation s'étant nouée alors que le requérant était déjà en situation illégale. Cette ingérence est motivée par la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales.

Procédant à l'analyse de l'équilibre ménagé entre l'intérêt du requérant et les impératifs de l'ordre public, la Cour souligne que s'il y a vie familiale, le requérant n'a par ailleurs jamais manifesté la volonté de devenir français alors qu'il était en droit de le faire. D'un autre côté, les violences commises étant constitutives d'une «atteinte particulièrement grave à la sécurité des personnes et des biens et à l'ordre public», cet équilibre n'est pas rompu.

#### 10. L'AFFAIRE *DALIA C. FRANCE* DU 19 FÉVRIER 1998

Seule affaire relative à une femme, le cas *Dalia c. France* a donné lieu à un arrêt du 19 février 1998<sup>36</sup>. Ce dossier concerne une ressortissante algérienne condamnée dans le cadre d'un commerce de stupéfiants. Elle est arrivée en France à l'âge de dix-sept ou dix-huit ans. Sa mère et ses sept frères et sœurs y résident régulièrement. Elle est la mère d'un enfant mineur de nationalité française. La requérante conteste le refus du gouvernement de la relever de la mesure d'interdiction du territoire prononcée contre elle en 1985, ce refus datant de 1994.

La Cour reconnaît que l'essentiel des attaches familiales de l'intéressée se situe en France. La Cour refuse toutefois de considérer comme déterminante l'attache que constitue la naissance de son fils sur le territoire français alors qu'elle se trouvait en situation illégale. De plus, elle relève que Madame Dalia ne manque pas de liens sociaux avec l'Algérie où elle a vécu jusqu'à l'âge dix-sept ou dix-huit ans.

Enfin, même si la peine encourue par elle ne fut pas très lourde, elle sanctionnait sa participation à un commerce d'héroïne, infraction face à laquelle les autorités manifestent une grande sévérité. En conséquence, la Cour a conclu par six voix contre trois à la non-violation de l'article 8.

#### 11. L'AFFAIRE *BAGHLI C. FRANCE* DU 30 NOVEMBRE 1997

Dans l'affaire *Baghli c. France* du 30 novembre 1999<sup>37</sup>, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8. Le requérant était venu en France en 1967, alors qu'il était âgé de deux ans et, depuis, a toujours vécu en France. Il a vécu plusieurs années avec une ressortissante française, décédée en octobre 1992. Il a ensuite eu une relation sentimentale avec une autre ressortissante française qu'il connaissait depuis de

<sup>36</sup> Arrêt *Dalia c. France* (1998-I), Cour Eur. D.H.

<sup>37</sup> Arrêt *Baghli c. France* (1999), req. No 34374/97.

nombreuses années. Il est l'aîné de la famille et tous ses frères et sœurs ont la nationalité française. Il a fait l'objet d'une mesure d'expulsion en septembre 1993.

Quant aux attaches avec la France, la Cour note que le requérant n'a jamais manifesté la volonté de devenir français. Elle note également que même si l'essentiel de ses attaches familiales et sociales se trouve en France, le requérant a conservé avec son pays natal des liens autres que la seule nationalité. S'agissant de la gravité de l'infraction, elle constitue une atteinte grave à l'ordre public et à la protection de la santé d'autrui. Par huit voix contre deux, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8.

## B. L'«obligation» positive de respecter la vie familiale

### 1. L'AFFAIRE *ABDULAZIZ, CABALES & BALKANDALI C. ROYAUME-UNI*

Le premier arrêt de la Cour ayant appliqué l'article 8 en matière d'immigration est l'affaire *Abdulaziz, Cabales & Balkandali c. Royaume-Uni*<sup>38</sup>. Le recours avait été introduit par trois ressortissantes étrangères qui dénonçaient le refus par le Royaume-Uni d'accorder un permis de séjour à leurs conjoints étrangers. Reconnaisant l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8, la Cour a toutefois jugé que le refus du Royaume-Uni n'était pas une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale; «l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non-nationaux dans le pays»<sup>39</sup>. Ce faisant, la Cour distingue selon que les liens familiaux préexistaient à l'immigration ou non. Les États sont libres de décider la non-admission quand rien ne s'oppose à ce que tous les membres de la famille puissent vivre ou continuer à vivre dans leur pays d'origine.

Les obligations positives de l'État doivent être déterminées en tenant compte de la diversité des pratiques nationales. La notion de «respect» de la vie familiale manquant de «netteté», les États jouissent d'une large marge d'appréciation «pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention»<sup>40</sup>.

La reconnaissance aux États d'une large marge d'appréciation pour déterminer leurs obligations positives est accentuée par la matière dont il est question: «le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et [...] d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol». La Cour ajoute «spécialement, dans la matière sous examen, l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des

<sup>38</sup> *Abdulaziz, supra note 7.*

<sup>39</sup> *Ibid.* au par. 68.

<sup>40</sup> *Ibid.* au par. 67.

parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés». Elle conclut à la non-violation de l'article 8, estimant qu'il n'y a pas eu violation du droit au respect de la vie familiale.

Par contre, elle a suivi l'argument des requérantes qui invoquaient le caractère discriminatoire du droit britannique qui distinguait entre la situation d'une épouse résidant au Royaume-Uni et souhaitant être rejointe par son conjoint et celle de l'homme rejoint par son épouse. La Cour a jugé que l'article 14<sup>41</sup>, conjugué à l'article 8, avait été violé. La protection du marché national du travail, fut-elle légitime, ne constitue pas une justification objective et raisonnable. «La progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe»<sup>42</sup>.

## 2. L'AFFAIRE *BERREHAB*

Trois ans plus tard, l'arrêt *Berrehab*<sup>43</sup> confirme les principes posés par l'arrêt *Abdulaziz, Balkandali & Cabales*. Les États ont le droit de contrôler leurs frontières. Ce faisant, ils doivent respecter l'article 8. La «nécessité» de l'ingérence implique que celle-ci soit «fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché»<sup>44</sup>. Monsieur Berrehab, ressortissant marocain, est père d'une petite fille de nationalité hollandaise; il est séparé de la mère de l'enfant, mais a un droit de visite et conserve des contacts réguliers avec l'enfant. Il conteste le refus par les autorités néerlandaises de lui octroyer un permis de séjour permanent.

La Cour conclut à la violation de l'article 8. À la différence de l'affaire précédente, il s'agit d'un étranger qui habitait déjà légalement aux Pays-Bas depuis plusieurs années, qui y avait déjà des attaches familiales effectives. La Cour a estimé «qu'un juste équilibre n'a[va]it pas été assuré entre les intérêts en jeu et qu'il y a donc eu disproportion entre les moyens employés et le but légitime recherché».

Cet arrêt ouvrait la porte à un large contrôle par la Cour des entraves à la réunification familiale des immigrants. Cette ambition devait toutefois être relativisée par les circonstances de l'espèce: l'enfant était hollandaise et le requérant avait bénéficié pendant plusieurs années d'un permis de séjour aux Pays-Bas. La jurisprudence ultérieure illustra cette réserve.

De plus, l'on se trouve à la frontière entre les «obligations positives» et les «obligations négatives», Monsieur Berrehab ayant eu un permis de séjour aux Pays-Bas, certes expiré à la date où l'octroi d'un nouveau permis de séjour lui est refusé.

<sup>41</sup> L'article 14 pose le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits protégés par la Convention. Voyez *infra* partie III, B., 2.

<sup>42</sup> *Abdulaziz*, *supra* note 7 au par. 78.

<sup>43</sup> *Berrehab*, *supra* note 7.

<sup>44</sup> *Berrehab*, *supra* note 7 au par. 28.

3. L'AFFAIRE *GÜL* C. *SUISSE*

L'arrêt *Gül* c. *Suisse* du 19 février 1996<sup>45</sup> concerne une famille d'origine turque admise au séjour en Suisse pour motifs humanitaires. Deux enfants étaient demeurés en Turquie, alors que les deux autres vivaient en Suisse dans une institution en raison des problèmes de santé de leur mère. Les autorités suisses refusaient un droit de séjour aux deux enfants restés en Turquie.

La Cour se fonde, d'une part, sur la marge d'appréciation reconnue aux États et, d'autre part, sur le fait que le litige concerne tant la vie familiale que l'immigration, pour conclure au respect de l'article 8. L'obligation pour un État d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général. Sur ce dernier point, la Cour rappelle la position exprimée dans l'arrêt *Abdulaziz, Balkandali & Cabales* selon laquelle cet article «ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire».

La prise en compte des éléments de la situation conduit à déterminer *in concreto* si la venue de l'enfant constitue le seul moyen pour la famille de développer une vie familiale<sup>46</sup>. Cet examen factuel a conduit la Cour à juger que la Suisse n'avait pas méconnu ses obligations au sens de l'article 8.

4. L'AFFAIRE *AHMUT*

Quelques mois plus tard, la Cour est saisie de l'affaire *Ahmut*<sup>47</sup> posant un problème proche de celui évoqué dans l'affaire *Gül*, un père résidant aux Pays-Bas souhaitant être rejoint par son fils mineur vivant au Maroc. L'enfant, issu d'une première union, avait, dans un premier temps, été élevé par sa mère. Suite au décès de celle-ci, le père, qui avait conservé des contacts avec son fils nonobstant la séparation, a décidé de l'élever aux Pays-Bas. Le père avait acquis entre-temps la nationalité hollandaise.

Comme dans l'affaire *Gül*, la Commission a jugé que les Pays-Bas avait violé l'article 8. La Cour a statué en sens contraire. Le gouvernement a défendu une lecture restrictive de la notion d'«ingérence», soutenant qu'un refus d'octroi d'un droit de séjour ne pouvait être analysé comme une ingérence, à la différence du retrait d'un droit de séjour à une personne qui en possédait un<sup>48</sup>.

Sans répondre clairement à cette argumentation, la Cour a analysé la demande du requérant comme une allégation de non-exécution par l'État défendeur d'une «obligation positive». Le gouvernement néerlandais a rappelé les enseignements de la jurisprudence *Abdulaziz, Balkandali & Cabales*, arguant que le

<sup>45</sup> *Gül* c. *Suisse* (1996-I), 3 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 159 [ci-après *Gül*].

<sup>46</sup> *Gül*, *ibid.* au par. 39.

<sup>47</sup> *Ahmut* c. *Pays-Bas* (1996-VI), 24 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 2017 [ci-après *Ahmut*].

<sup>48</sup> *Ahmut*, *ibid.* au par. 62.

requérant pouvait reprendre sa vie familiale avec son fils au Maroc. Cet arrêt distinguait cependant entre les liens familiaux préexistants à l'immigration, ce qui est le cas dans l'affaire *Ahmut*, et la création d'un lien familial après l'immigration qui caractérisait le cas *Abdulaziz, Balkandali & Cabales*. Selon le gouvernement, même si le requérant a acquis la nationalité néerlandaise, il a conservé la nationalité marocaine et peut vivre avec son fils au Maroc.

Comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Gül*, la Cour a étendu sa jurisprudence *Abdulaziz, Balkandali & Cabales* aux situations où le lien familial préexiste à l'immigration. L'article 8 ne signifie pas un droit pour les familles de choisir le lieu de leur regroupement familial et de l'imposer à l'État concerné. La Cour en déduit qu'il faut procéder à un examen des faits de la cause et le confronter à l'intérêt général dans chaque affaire.

Considérant que le requérant «ne se trouve pas empêché de maintenir le degré de vie familiale qu'il a lui-même choisi lorsqu'il a émigré aux Pays-Bas, et [qu']il n'y a pas non plus d'obstacles à son retour au Maroc», la Cour a estimé que les Pays-Bas ne pouvaient se voir reprocher de pas avoir ménagé un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d'une part, et son propre intérêt à contrôler l'immigration, de l'autre.

##### 5. L'AFFAIRE *CILIZ C. PAYS-BAS*

L'arrêt le plus récent rendu par la Cour s'agissant des «obligations positives» tirées de l'article 8 en matière d'immigration est l'affaire *Ciliz c. Pays-Bas* du 11 juillet 2000<sup>49</sup>. Les faits de la cause sont proches de ceux de l'affaire *Berrehab*, un père turc demandant de conserver un permis de séjour aux Pays-Bas pour continuer à avoir une relation avec son enfant issu d'un mariage dissout. Le gouvernement exposait que ce cas présentait deux différences avec le cas *Berrehab*. Premièrement, l'intéressé bénéficiait de la sécurité sociale et avait contribué irrégulièrement à l'éducation de son enfant. Deuxièmement, les liens familiaux étant jugés plus faibles.

La Cour conclut à la violation de l'article 8 sans s'écarter des principes posés par les précédents arrêts. Le premier se déduit du constat que la frontière entre les «obligations positives» et les «obligations négatives» n'est pas déterminée avec précision; il s'ensuit que le critère est le maintien d'un juste équilibre entre les intérêts individuels et ceux de la société. Le second est la reconnaissance aux États d'une «certaine marge d'appréciation».

La Cour juge que le cas d'espèce implique les deux catégories d'obligations: l'«obligation positive» d'assurer que la vie de famille puisse se poursuivre entre les enfants et les parents après la séparation; l'«obligation négative» de ne pas prendre de mesures causant une rupture familiale.

La Cour a conclu à l'unanimité que l'État n'avait pas respecté ses obligations positives en expulsant le requérant, ce qui a eu comme conséquence qu'il n'a pas pu

<sup>49</sup> *Ciliz c. Pays-Bas* (2000), req. n° 29192/95.

participer effectivement aux procédures relatives aux relations personnelles avec son enfant. La jurisprudence exige en effet que les parents soient impliqués dans ce type de procédure, suffisamment pour que soit assurée la protection de leurs intérêts<sup>50</sup>. En expulsant le requérant, les Pays-Bas ont non seulement préjugé de l'issue des procédures civiles relatives au droit de garde mais ont entravé son accès à ces procédures.

### III. L'incidence de l'état de migrant et de la nationalité

La jurisprudence, bien qu'appliquant l'article 8 qui ne traite pas de l'immigration, accorde une place déterminante au contexte migratoire dans lequel elle statue. A quel niveau le fait-elle? Comment ce contexte intervient-il comme une source de discrimination au niveau de la protection accordée? L'article 8 le permet-il? (A.) La pertinence du critère de nationalité, son effectivité et son objectivité doivent ensuite être questionnés (B.).

#### A. L'incidence du contexte migratoire

Cette incidence intervient au niveau du point de départ de l'analyse (1.), de l'appréciation des faits au travers de la question de l'existence d'une vie familiale ou privée et d'une ingérence dans celle-ci (2.) et lorsqu'il s'agit d'examiner la proportionnalité de l'ingérence par rapport à l'objectif poursuivi (3.).

##### 1. LE POINT DE DÉPART

###### (a) Dans la jurisprudence

Plusieurs principes guident la Cour dans sa détermination des «obligations négatives» ou «positives» des États au titre de l'article 8 en matière d'immigration. Le premier d'entre eux, par lequel débute les développements de la Cour dans tous les arrêts est le rappel du droit des États de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol, dans le respect de leurs engagements découlant de traités.

S'agissant de l'«obligation positive» de respecter la vie familiale, ce rappel intervient en tête du raisonnement, dès la détermination de la portée de celle-ci. C'est ainsi que la Cour, dès l'affaire *Abdulaziz, Balkandali & Cabales*<sup>51</sup>, partant de ce principe, analyse l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale eu égard au contexte migratoire. Il résulte de celui-ci que les États jouissent d'une large marge d'appréciation. Elle leur permet de ne pas accepter le choix par les familles du lieu d'exercice de leur droit au respect de la vie familiale.

<sup>50</sup> Cet arrêt se réfère à la jurisprudence relative aux mesures de placement de mineurs hors de leur milieu familial et à l'obligation positive des États de favoriser la restauration des liens: voir notamment les arrêts *W. c. Royaume-Uni* (1987), 121 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 aux par. 62-64; *McMichael c. Royaume-Uni* (1995), 307 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 27 au par. 86 [ci-après *McMichael*].

<sup>51</sup> *Abdulaziz, supra* note 7 aux par. 67-68.

L'élément migratoire a une incidence sur l'analyse sous l'angle de l'article 8(1), sans que la Cour n'aborde l'article 8(2), et la compatibilité de cette ingérence avec les motifs limitativement énumérés par lui. La reconnaissance de cette marge d'appréciation conduit la Cour à analyser dans chaque cas les données factuelles du dossier pour décider si l'État a ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Cette prise en compte des faits particuliers à chaque cas vise à répondre à la question de savoir si la vie familiale ne peut se poursuivre dans un pays tiers, et ce même si le requérant a la nationalité du pays mis en cause, mais a conservé une autre nationalité<sup>52</sup>. Ce raisonnement se retrouve dans les affaires *Gül* et *Ahmut*, où la Cour n'examine l'affaire que sous l'angle de l'article 8, § 1, concluant à l'absence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale.

Dans les affaires *Berrehab* et *Ciliz*, la Cour estime par contre qu'il y a ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. Ces affaires se distinguent des autres, la question n'y étant pas tant celle de l'accès au territoire que du droit à demeurer sur celui-ci. L'obligation en cause est à la frontière des «obligations positives» et des «obligations négatives».

Lorsque des «obligations négatives» sont en jeu, l'argument tiré de la souveraineté des États intervient au second stade de l'analyse, sous l'angle de l'article 8, § 2. Le souci des États d'assurer l'ordre public est présenté comme légitime, notamment «dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux».

Même si la séquence de l'analyse est différente, la Cour reste influencée par ce qu'elle présente chaque fois comme un acquis incontestable, le droit «bien établi» des États. La tendance s'altère<sup>53</sup> à partir de l'affaire *Boughanemi* en 1996. La Cour y rapproche son analyse de celle adoptée s'agissant des «obligations positives» et y intègre «la marge d'appréciation laissée aux États contractants en la matière»<sup>54</sup>, sans toutefois en tirer des conséquences très claires. Les arrêts ultérieurs sont d'ailleurs beaucoup plus sévères et le souci de protéger l'ordre public domine celui de la protection des droits individuels de l'étranger. La majorité a basculé et la Cour passe de l'«approche initiale qui lui avait fait systématiquement préférer la protection de l'intérêt individuel au détriment de l'ordre public national» à une lecture donnant priorité à l'ordre public, la gravité du comportement de l'étranger devenant désormais le critère prédominant<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> *Ahmut*, supra note 47, Monsieur Ahmut ayant la double nationalité marocaine et hollandaise.

<sup>53</sup> Encore que la Cour n'ait jamais été très claire, commençant invariablement pas rappeler le droit «établi» des États, avant d'examiner les limites à ce droit, plutôt que l'inverse. Cette présentation n'avait qu'une incidence symbolique, tant que cet argument n'intervenait qu'au titre de l'analyse sous l'angle de l'article 8(2).

<sup>54</sup> *Boughanemi c. France* (1996), 8 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 593 au par. 41.

<sup>55</sup> *Labayle*, supra note 5 à la p.93.

Le juge Martens, dans l'opinion dissidente qu'il a rendue s'agissant de l'affaire *Gül*, avait dénoncé la méthode de détermination de la portée des «obligations positives»<sup>56</sup>. Il rapportait que

l'un des principaux reproches formulés était qu'en vertu de cette doctrine, [...], la marge d'appréciation pourrait déjà jouer au stade de la détermination de l'existence de l'obligation, tandis que dans le contexte d'obligations négatives, elle n'intervient, si tant est qu'elle intervienne, qu'au stade de la résolution de la question de savoir si une violation de l'obligation peut se justifier.

Il engageait à aligner le raisonnement applicable aux «obligations positives» sur celui caractérisant la détermination des obligations négatives, comme cela s'était progressivement fait dans les autres matières que celle de l'immigration<sup>57</sup>.

La jurisprudence a en effet opéré un rapprochement entre la portée des «obligations positives» et celle des «obligations négatives» dès 1990<sup>58</sup>. Dans les deux cas, il s'agit d'analyser si la décision prise aboutit à un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société.

Le Professeur Sudre salue cette jurisprudence qui «refuse [...] l'hypothèse d'un contrôle réduit en matière d'obligations positives et pose le principe d'un contrôle normal sur la finalité et la nécessité de la mesure, c'est à dire sur la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi»<sup>59</sup>, tout en regrettant que ce même contrôle s'exerce parfois «à la sauvette» s'agissant des «obligations positives»<sup>60</sup>.

La jurisprudence en matière d'immigration reste à la marge de cette évolution, fut-elle imparfaite. Les arrêts *Gül* et *Ahmut* restent influencés par la

<sup>56</sup> Sur cette méthode, ses atouts en terme d'interprétation dynamique et évolutive des obligations des États et ses inconvénients, liés au recours dont elle se double aux notions de «marge d'appréciation des États» et d'«obligation de moyen», voir D. Spielmann, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», dans *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de Montpellier I, Bruylant, Bruxelles, 1 à la p. 133. Sur l'évolution de la jurisprudence en matière d'obligations positives et une approche critique de celle-ci, voir F. Sudre, «Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droit de l'homme» [1995] 23. Rev. trim. dr. homme 363 [ci-après *Sudre*]. Sur l'évolution de la jurisprudence en matière d'obligations positives et une approche critique de celle-ci, voir F. Sudre, «Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. homme*, 1995, à la p. 363 et s.

<sup>57</sup> Il cite les arrêts *Keegan c. Irlande* (1994), 290 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 [ci-après *Keegan*]; *Hokkanen c. Finlande* (1994), 299 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 au par. 55 [ci-après *Hokkanen*]; *Stjerna c. Finlande* (1994), 299 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 50 au par. 39.

<sup>58</sup> Voir les arrêts *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* (1990), 172 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 au par. 41; *Keegan, ibid.* au par. 49 : «La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables [...]».

<sup>59</sup> *Sudre, supra* note 56 à la p. 379.

<sup>60</sup> *Sudre, supra* note 56 à la p. 380.

dichotomie «obligations positives» et «obligations négatives» et arrêtent l'analyse de la Cour au stade de la détermination de la portée de l'«obligation positive», sans parvenir à l'examen de la proportionnalité.

(b) *Appréciation*

Que ce soit par rapport à des «obligations positives» ou par rapport à des «obligations négatives», la Cour en matière d'immigration rappelle systématiquement que les États peuvent «contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux»<sup>61</sup>. Ce n'est qu'ensuite qu'il est admis que, dans l'exercice de ces prérogatives, les États sont susceptibles de porter atteinte à des droits protégés par la *Convention*, tel le droit au respect de la vie familiale ou de la vie privée.

Cette présentation influe sur la suite de l'analyse opérée par la Cour. L'article 8 est analysé comme une restriction au droit souverain des États qui demeure le principe. Ce droit souverain est présenté comme étant bien établi.

Cette approche diverge de la méthode habituelle de la Cour selon laquelle les droits protégés dans la *Convention* sont le principe, principe auquel dans certains cas il peut être porté atteinte dans le respect de certaines conditions. Les droits protégés par la *Convention* sont également «bien établis» et aucune hiérarchie ne permet de les placer à un niveau inférieur à cet autre principe «bien établi» que serait la souveraineté des États en matière migratoire<sup>62</sup>.

Ce reproche peut paraître relever uniquement de la rhétorique et ne rien changer sur le fond. Et pourtant, l'analyse que l'on peut faire du respect d'un droit sera fort différente selon que l'on part du principe que le respect de ce droit est la règle et les tempéraments à celui-ci l'exception ou que l'on considère d'emblée que le respect du droit en question est déjà une exception à une autre règle qui serait le principe.

Dire, comme le fait la jurisprudence, que la règle est la souveraineté des États s'agissant du passage de leurs frontières et du séjour des étrangers sur leur territoire et que l'exception est le droit au respect de leur vie familiale ou privée à l'occasion de cet acte n'est pas équivalent à soutenir l'inverse. L'inverse consiste à poser pour principe le respect de la vie familiale ou privée et à s'interroger ensuite sur les ingérences admissibles, le cas échéant, au nom de la souveraineté des États en matière migratoire. La légitimité de l'ingérence au nom de cette souveraineté est alors

<sup>61</sup> *Abdulaziz*, *supra* note 7 au par. 67.

<sup>62</sup> Il existe de nombreux écrits sur cette question qui ne peut être traitée dans le cadre limité du présent article. Voir notamment sur cette question F. Rigaux, *supra* note 1; O. de Schutter, «Souveraineté de l'État et droits de la personne immigrée» (1995) 84 *Rev. dr. des étrangers* 261 à la p. 261; G.S. Goodwin-Gill, «The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law» (1974-1975) 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 55; G.S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford Clarendon Press, 1978; J.A.R. Nafziger, «The general Admission of Aliens under International Law» (1983) 77 *Am. J. int. Law* 804; «Immigration Policy and the Rights of Aliens» (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1286.

questionnée, analysée, au regard des critères prévus par la *Convention*, sans être retenue comme un acquis, comme c'est le cas actuellement.

La méthode utilisée par la Cour revient à la dispenser de cette analyse de la conformité de l'argument tiré de cette souveraineté aux motifs d'ingérence limitativement énumérés par l'article 8, § 2. Même lorsque la Cour, examinant la violation d'«obligations négatives», effectue l'analyse imposée par le paragraphe 2, elle ne se pose jamais la question de savoir si la souveraineté des États en matière d'immigration «constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

L'on peut illustrer ce propos par la jurisprudence en matière d'éloignement des étrangers pour motif d'ordre public. Les arrêts présentent l'ordre public comme étant le motif légitime justifiant une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. Or, l'on n'éloigne pas les nationaux du territoire sur la base de l'ordre public. Cela signifie que ce n'est pas l'ordre public qui motive l'ingérence mais le fait que la personne concernée soit de nationalité étrangère.

À l'exception des arrêts où l'argument est également tiré de l'article 14<sup>63</sup>, cet élément d'extranéité qui motive l'ingérence n'est pas analysé au regard des motifs limitativement énumérés par l'article 8(2).

Dans les arrêts où les articles 8 et 14 ont été invoqués conjointement, le critère de la nationalité a été déclaré objectif par la Cour. L'idée que la seule nationalité n'est pas un critère objectif justifiant une différence de traitement a été développée par plusieurs juges au travers d'opinions dissidentes. A ce jour, elle n'a pas été accueillie par la jurisprudence, si ce n'est par certains passages des arrêts, épars, et moins nombreux dans les derniers arrêts. L'on reviendra sur cette question<sup>64</sup>.

Que l'élément d'extranéité intervienne à un moment de l'analyse n'est pas en soi contestable; il faut toutefois que ce lieu soit adéquat et autorisé et non que cet élément intervienne comme un *a priori* ne pouvant être remis en question.

L'examen des étapes du raisonnement de la Cour appliquant l'article 8 illustre ce constat. A chacune d'entre elle, l'on recherchera le rôle dévolu au critère de la nationalité, les moments du raisonnement où il intervient directement ou indirectement.

Le raisonnement de la Cour sous l'angle de l'article 8 s'opère en trois temps. Il s'agit d'abord de rechercher si la mesure prise est constitutive d'une ingérence dans la vie familiale ou privée de l'étranger, ce qui implique deux analyses, celle de l'existence d'une vie familiale ou d'une vie privée et celle d'une ingérence.

Il faut ensuite analyser cette ingérence au regard de l'article 8(2). L'ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un des objectifs limitativement énumérés par le

<sup>63</sup> Voir *infra* partie III, B., 2.

<sup>64</sup> Partie III, B.

second paragraphe et être nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de cet objectif.

2. LA NATIONALITÉ ET L'EXISTENCE D'UNE INGÉRENCE DANS LA VIE FAMILIALE ET LA VIE PRIVÉE: L'ARTICLE 8(1)

(a) *Les notions de vie privée et familiale*

Comment la jurisprudence définit-elle les notions de vie familiale et de vie privée?

La vie familiale

La jurisprudence ne donne pas de définition formaliste à la notion de vie familiale. Elle apprécie l'effectivité des liens familiaux au travers d'une analyse factuelle et concrète.

La vie familiale n'est pas liée au mariage. Le divorce n'y met pas fin<sup>65</sup> et il n'y a pas lieu de distinguer entre la famille «légitime» et la famille «naturelle».

«Si la base de la protection est la famille nucléaire, les parents proches jouant un rôle important à l'intérieur de la famille entrent également en ligne de compte.»<sup>66</sup>. La vie familiale se satisfait de liens de consanguinité suffisamment étroits.

Les relations familiales prises en considération sont celles qui sont préexistantes et effectives, se rapportant à des relations réelles et suffisamment étroites. Cette intensité du lien familial s'apprécie sur la base de la vie en commun, de la dépendance financière<sup>67</sup>, d'un droit de visite exercé régulièrement et des relations continues entre un père et ses enfants illégitimes<sup>68</sup>. Dans un couple, la cohabitation est un critère important<sup>69</sup>.

Il y a en tout cas un lien familial entre une personne et son ou ses propres enfants, qu'ils vivent ensemble ou non. Le fait que le parent ait été incarcéré et ensuite expulsé, en sorte que son fils ait dû être recueilli par une tante n'anéantit pas le lien familial<sup>70</sup>. La Cour a ainsi pris en compte dans l'affaire *Berrehab* les difficultés qu'un père éprouverait s'il devait se rendre du Maroc aux Pays-Bas pour exercer son droit de visite<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> *X c. République Fédérale d'Allemagne* (1978), 14 Comm. Eur. D.H. D.R. 175.

<sup>66</sup> *Marckx*, *supra* note 8; *Affaire Johnston et autres* (1986), 112 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 au par. 74.

<sup>67</sup> *Alam et Khan c. Royaume-Uni* (1968), 24 Comm. Eur. D.H. D.R. 116; *Singh Uppal c. Royaume-Uni* (1979), 17 Comm. Eur. D.H. D.R. 149; 20 Comm. Eur. D.H. D.R. 29.

<sup>68</sup> *X c. République fédérale d'Allemagne* (1968) 27 Comm. Eur. D.H. D.R. 77; *X c. Suisse* (1981), 24 Comm. Eur. D.H. D.R. 183; *X et Y c. Suisse* (1977), 9 Comm. Eur. D.H. D.R. 57.

<sup>69</sup> *Abdulaziz*, *supra* note 7 au par. 62.

<sup>70</sup> *C. c. Belgique*, *supra* note 25 au par. 25.

<sup>71</sup> *Berrehab*, *supra* note 7 au par. 23.

Il ressort de la jurisprudence constante que, sauf circonstances exceptionnelles, la relation entre parents et enfants, fut-elle naturelle ou «légitime», ne se rompt pas par le fait d'un divorce ou d'une séparation ou par le fait que l'enfant cesse de vivre avec l'un de ses parents<sup>72</sup>.

Dans les affaires *Gül* et *Ahmut*, l'existence d'une vie familiale a été contestée. Dans l'affaire *Gül*, le Gouvernement contestait l'existence de «l'élément d'intention inhérent à la notion de vie familiale»<sup>73</sup>. Les requérants ont quitté la Turquie lorsque leur fils cadet Ersin avait trois mois, celui-ci étant intégré dans la famille de son frère aîné. Les requérants n'auraient donc jamais cherché à développer une vie familiale dans leur pays d'origine. De plus, le placement de leur fille Nursal dans un foyer en Suisse démontrerait l'incapacité des requérants d'assumer leurs responsabilités parentales à l'égard du jeune garçon. Ni la Commission, ni la Cour n'ont suivi le Gouvernement suisse, jugeant qu'il y avait vie familiale. Selon la Cour, «un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation»<sup>74</sup>. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent briser ce lien<sup>75</sup>. Or, même si il y a eu séparation, dès que le requérant a obtenu son permis de séjour en Suisse, il a tenté d'obtenir l'autorisation pour son fils de le rejoindre. De plus, il lui a rendu visite à plusieurs reprises<sup>76</sup>. Selon la jurisprudence constante de la Cour, le droit «pour un parent et son enfant, d'être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale»<sup>77</sup>.

Quant à la vie familiale projetée, la Cour a jugé que même si en consacrant le droit au respect de la vie familiale, la *Convention* «présuppose l'existence d'une famille»<sup>78</sup>, il n'en résulte pas que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8<sup>79</sup>.

### La vie privée

La protection de la vie privée a mis du temps à être utilisée en matière d'immigration. Invoquée dans un premier temps par les opinions dissidentes des juges ne se ralliant pas à l'avis majoritaire dans les affaires d'éloignement pour motifs d'ordre public ou dans les opinions concordantes proposant un autre fondement à l'arrêt rendu, elle fut ensuite appliquée dans l'affaire *C. c. Belgique* en 1996.

La doctrine a également défendu cet usage du concept de vie privée<sup>80</sup>. Le Professeur Labayle faisait remarquer que dans plusieurs affaires relatives à

<sup>72</sup> *Ahmut*, supra note 47 au par. 59; *Gül*, supra note 45 au par. 32.

<sup>73</sup> *Gül*, supra note 45 au par. 30.

<sup>74</sup> *Gül*, supra note 45 au par. 32.

<sup>75</sup> *Berrehab*, supra note 7 au par. 21; *Hokkanen*, supra note 57 au par. 54.

<sup>76</sup> *Gül*, supra note 45 au par. 33.

<sup>77</sup> *McMichael*, supra note 50.

<sup>78</sup> *Marckx*, supra note 8 au par. 31.

<sup>79</sup> *Abdulaziz*, supra note 7 au par. 62.

<sup>80</sup> Voir notamment P. Martens, «Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public», Note [1991] 7 Rev trim. dr. homme 385; J.Y. Carlier, «Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés?», Note [1993] 14 Rev. trim dr. homme 449.

l'éloignement d'un étranger, la protection de la vie familiale n'est «qu'un paravent recouvrant un droit plus élémentaire, celui du droit à mener une vie privée, d'entretenir des relations avec son environnement et de communiquer avec lui et ce avec d'autant plus de force que le séjour et l'intégration de l'étranger dans le pays d'accueil ont tissé ces liens»<sup>81</sup>.

Dans l'affaire *Beldjoudi*, le juge Martens rend une opinion concordante dans laquelle il regrette que l'on ne recoure pas à la notion de vie privée, dans la mesure où «l'expulsion rompt de manière irrévocable tous les liens sociaux entre l'expulsé et la communauté où il vit, [...] l'ensemble de ces liens [pouvant] relever de la notion de vie privée au sens de l'article 8». Il rappelle que la jurisprudence de la Commission et la Cour<sup>82</sup> ont eu l'occasion d'intégrer dans la notion de «vie privée» le droit de maintenir des relations qualitativement satisfaisantes avec des tiers. Cette jurisprudence va s'affirmer dans l'arrêt *Niemietz*<sup>83</sup> où la Cour tout en jugeant qu'il n'est

ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée", [il est] trop restrictif de la limiter 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, y compris dans le domaine professionnel et commercial.

Cette jurisprudence n'influencera ni l'arrêt *Nasri* ni l'arrêt *Boughanemi*. Dans le premier, les juges Morenilla et Wildhaber appellent à l'application du droit au respect de la vie privée. Dans le second, le juge Martens réitère l'avis qu'il avait précédemment exprimé et invite la Cour à s'écarter d'une méthode «qui présente les deux inconvénients de restreindre la protection aux étrangers ayant une vie familiale et de conduire à une insécurité juridique, voire à un risque d'arbitraire, en raison de la mise en balance d'éléments de fait fort différents d'une affaire à l'autre».

Moins de quatre mois plus tard, dans l'affaire *C. c. Belgique*, la Cour rend un arrêt à l'unanimité. Bien que statuant négativement sur la contrariété de la mesure d'expulsion à l'article 8, elle se réfère à l'arrêt *Niemietz* pour aborder pour la première fois le dossier sous l'angle de la protection de la vie privée. L'intéressé «a 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 s'en suit qu'il y a établi une vie privée au sens de l'article 8.

Le recours à la notion de vie privée permet, d'une part, d'offrir une protection aux étrangers n'ayant pas de famille au sens de l'article 8, § 1, et, d'autre part, dans cet

---

<sup>81</sup> Labayle, *supra* note 5 à la p. 93.

<sup>82</sup> Voir *supra* note 19.

<sup>83</sup> *Niemietz c. Allemagne* (1992), 251 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 23 au par. 29.

esprit, de reconnaître un effet à l'intégration d'une personne dans une société, fût-il resté un étranger.

(b) *L'ingérence dans le respect de la vie privée et familiale*

L'évaluation de l'ingérence est liée à l'approche du litige sous l'angle des «obligations négatives» ou «positives». Dans le premier cas, l'existence d'une ingérence se déduit aisément de la violation d'une «obligation négative».

Par contre, lorsqu'elle aborde la question posée sous l'angle des «obligations positives», la Cour analyse l'ingérence au regard de la marge d'appréciation qu'elle réserve aux États et niera cette ingérence lorsqu'elle estime que l'État a ménagé un juste équilibre entre les intérêts du requérant et les siens.

Ainsi, dans l'affaire *Ahmut*, dans la mesure où le requérant «ne se trouve pas empêché de maintenir le degré de vie familiale qu'il a lui-même choisi lorsqu'il a émigré aux Pays-Bas, et [qu']il n'y a pas non plus d'obstacles à son retour au Maroc», les Pays-Bas ne peuvent se voir reprocher une ingérence qui serait la méconnaissance de cette équilibre.

L'examen de l'ingérence est fonction de la part de liberté conservée par le particulier. Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'ingérence tant que la réglementation litigieuse lui laisse des possibilités, raisonnables et non illusoirs, d'exercer son droit. S'y conjugue la considération qu'il est de l'intérêt de l'État de contrôler l'entrée de non-nationaux sur son territoire.

L'appréciation par la Cour de ce caractère raisonnable et non illusoire est assez formelle en matière d'immigration. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas ingérence dans les affaires *Abdulaziz, Balkandali & Cabales, Gül*, et *Ahmut*; alors que la décision contestée aboutissait à un déracinement d'étrangers installés de longue date, voire d'un national hollandais dans la troisième affaire citée. Elle a par contre admis l'ingérence dans les affaires *Berrehab* et *Ciliz*, parce que le père étranger expulsé n'aurait eu que des possibilités théoriques de rendre visite à son enfant<sup>84</sup>. Elle se plaçait certes dans une perspective d'obligations plus «négatives» que «positives»<sup>85</sup>. Cela illustre tant la faiblesse de l'institution d'une distinction entre ces deux types d'obligations, que des conséquences qui en sont tirées au niveau de l'analyse de l'ingérence<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> *Berrehab c. Pays-Bas, supra note 7 au par. 23.*

<sup>85</sup> *Supra* partie III B 2 b).

<sup>86</sup> Le professeur Sudre plaide d'ailleurs pour une «normalisation terminologique» s'agissant du terme ingérence» qui «ne devrait plus être réservé aux seules mesures restrictives des droits adoptées par un État partie mais devrait recouvrir tout fait de nature à porter atteinte, par action ou par omission, à l'un des droits protégés par la Convention». «En bref, l'ingérence s'analyse comme un méconnaissance par l'État d'une obligation imposée à lui par la Convention, que cette obligation soit négative ou positive : l'ingérence est active lorsqu'elle enfreint une obligation négative, elle est passive lorsqu'elle enfreint une obligation positive.» *supra* note 56 à la p. 381.

Dans l'affaire *Gül*, le fait que cette famille se trouve en processus de migration rejaillit au niveau de l'appréciation de la qualification de la mesure prise d'ingérence dans le respect de la vie familiale. Alors que la Commission avait estimé que «dès lors qu'un parent veut cohabiter avec son enfant mineur, le fait de l'en empêcher constitue une ingérence dans son droit au respect de la vie familiale»<sup>87</sup>, la Cour conclut à l'absence d'une telle ingérence. La frontière entre les «obligations positives» et les «obligations négatives» n'est pas clairement définie; «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; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation»<sup>88</sup>. Dès lors que le litige concerne non seulement la vie familiale mais également l'immigration, «l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général». La Cour rappelle alors les principes de base qui sous-tendent son raisonnement dans cette matière. Premièrement, un principe de droit international bien établi autorise les États à contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. Deuxièmement, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire. L'ampleur de l'obligation des États est fonction des circonstances de l'espèce. Ces principes conduisent la Cour à se poser la question de savoir dans quelle mesure la venue d'Ersin en Suisse constitue le seul moyen pour M. Gül de développer une vie familiale avec son fils. Elle conclut par la négative. Ersin a vécu en Turquie la majeure partie du temps et loin de ses parents. Ceux-ci pourraient rentrer en Turquie, continuer à y bénéficier de leur rente suisse et la requérante pourrait y recevoir des soins médicaux. Dans ces conditions, même si un retour n'est pas facile, il est possible. Il n'y a donc pas eu ingérence dans le droit au respect de la vie familiale.

Dans l'affaire *Ahmut*, calquant son schéma de raisonnement sur celui de l'affaire *Gül*, la Cour examine les faits de la cause. Le seul cadre indiqué par l'affaire *Gül* est la question de savoir si la vie familiale est également possible à l'étranger. Les liens entre Souffiane et le Maroc sont étroits: il y a passé presque toute son enfance. Sa séparation d'avec son père, qui a la double nationalité, est le fait de ce dernier qui a décidé de s'établir aux Pays-Bas. Il s'ensuit que les Pays-Bas n'ont pas omis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d'une part, et leur propre intérêt à contrôler l'immigration, de l'autre.

Le juge Martens, dans son opinion dissidente, à laquelle se rallie le juge Lohmus<sup>89</sup>, estime qu'il y a violation de l'article 8(1), et poursuit l'analyse sous l'angle du (2). Ahmut a la double nationalité néerlandaise et marocaine; il désire s'occuper de son fils mineur qui a grandi jusqu'alors au Maroc. Aucun motif ne justifie que cela lui soit refusé, «ni le simple fait que l'enfant soit un étranger, ni le fait que Salah Ahmut, dans l'année qui suivit sa prise en charge de Souffiane, l'envoya dans un internat au Maroc, ne fut-ce que parce que ce fait se produisit après la date décisive».

<sup>87</sup> *Gül c. Suisse*, *supra* note 45 au par. 37.

<sup>88</sup> *Ibid.* au par. 38.

<sup>89</sup> Dans le même sens, voir l'opinion dissidente du juge Morenilla.

Sans le préciser explicitement, cet arrêt s'arrête également à l'examen du premier paragraphe de l'article 8: y a-t-il ingérence? Il conclut par la négative par une faible majorité de cinq voix contre quatre.

Ces deux arrêts déplacent la question de la proportionnalité au niveau de l'ingérence et se dispensent du carcan des causes limitativement énumérées par l'article 8(2). Ils s'inspirent du premier arrêt rendu par la Cour dans le domaine de l'immigration, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* où la Cour s'était également arrêtée à l'article 8(1).

(c) *Le contexte migratoire et l'analyse des faits*

L'inévitable prise en compte des éléments d'extranéité au niveau de l'analyse des faits

Sans que cela n'apparaisse dès ce stade du raisonnement comme un facteur déterminant, la nationalité intervient dès que l'on se pose la question de savoir qu'il y a vie familiale et/ou vie privée et si la mesure prise s'analyse en une ingérence dans le respect de celle-ci.

L'appréciation de l'existence d'un lien familial ou d'une vie privée est par essence factuelle et, de ce fait, intègre la prise en compte des éléments d'extranéité. Ils influent sur la proximité des liens familiaux pris en considération ou l'intensité des liens entre la personne et le pays où elle vit. Si l'éloignement de membres d'une famille n'est pas l'apanage des étrangers, ils y sont objectivement plus sujets.

Premièrement, les liens familiaux de l'étranger sont plus susceptibles que d'autres de s'être distendus à une période ou une autre de sa vie. Dans les dossiers d'éloignement du territoire, la précarité des liens familiaux ou le fait qu'ils ne soient pas pris en considération sont souvent liés à la situation pénale ou administrative de l'étranger concerné. Il arrive qu'il ait été séparé des membres de sa famille par une mesure de détention, par un éloignement du territoire<sup>90</sup> ou encore que la vie familiale se soit construite alors que l'étranger était déjà en situation illégale<sup>91</sup>.

Dans les affaires où est en cause l'accès au territoire d'un membre de la famille, l'intensité des liens préalables à l'immigration est analysée<sup>92</sup>.

Il s'ensuit que la prise en compte de l'élément d'extranéité ne serait en tout état de cause pas masquée<sup>93</sup> si une approche non discriminatoire intervenait dans la suite du raisonnement. Elle joue inmanquablement lors de l'analyse des faits. Les éléments internationaux des affaires ne peuvent être effacés. Il suffit cependant qu'ils jouent au niveau de l'analyse de l'existence d'une vie familiale ou d'une vie privée, sans encore avoir une incidence sur la qualification de la mesure contestée d'ingérence

<sup>90</sup> Voir notamment les affaires *Moustaquim c. Belgique*, *supra* note 9 au par. 21 et *Ciliz c. Pays-Bas*, *supra* note 49 au par 88.

<sup>91</sup> *Infra* partie III A 2 c) 2.

<sup>92</sup> Voir les affaires *Ahmut c. Pays-Bas*, *supra* note 47, *Gül c. Suisse*, *supra* note 45 et *Ciliz c. Pays-Bas*, *supra* note 49.

<sup>93</sup> Ce qui serait artificiel.

et sa conformité à l'article 8(2). Leur donner effet aux trois stades du raisonnement démultiplie indûment leur portée et est en cela discriminatoire.

Cela étant, la prise en considération des éléments d'extranéité pour apprécier la réalité d'un lien familial ou d'une vie privée ne doit pas s'effectuer au travers d'une lecture sanctionnant le contexte migratoire. Il doit uniquement s'agir d'analyser les liens existants entre les personnes ou entre la personne et la société.

Un exemple d'une sanction du contexte migratoire est la tendance à pétrifier la situation de fait prise en considération à la date à laquelle la décision contestée, plaçant l'étranger en situation illégale, a été prise.

### La pétrification de la situation à la date de la décision contestée

Certains arrêts refusent de prendre en considération les liens familiaux constitués après la mesure d'éloignement contestée. La Cour se place à la date de la décision contestée pour apprécier la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif poursuivi.

Alors que dans l'affaire *Boughanemi* la Cour avait rejeté les arguments du gouvernement qui alléguait que la vie commune avec sa compagne et par conséquent la naissance de l'enfant dataient d'une période où le séjour était déjà illégal, dans l'affaire *Bouchelkia c. France*, la Cour juge que la vie familiale constituée dans la clandestinité ne rentre pas en ligne de compte<sup>94</sup>. Elle confirme cette jurisprudence par la suite, et notamment dans *El Boujaïdi c. France*, où elle juge que l'intéressé ne peut se prévaloir de la reconnaissance de l'enfant d'une française, affaire intervenue après la décision contestée<sup>95</sup>, ainsi que dans *Boujlifa c. France*<sup>96</sup>, où la Cour écarte l'argument tiré d'une relation qui s'est nouée alors que le requérant était déjà en situation illégale.

La Cour justifie cette position par le caractère illégal du séjour de l'étranger. S'il est en situation illégale, consécutivement à la mesure d'éloignement contestée, la vie familiale construite dans cette situation n'a pas à être prise en compte.

Or, la *Convention européenne des droits de l'homme* n'exclut de son champ d'application ni les étrangers ni ceux d'entre eux qui se trouvent en situation illégale. Son applicabilité *rationnae personnae* est définie largement, indépendamment de considérations de nationalité, de résidence, ou de facteurs géographiques. Elle détermine son champ d'application par référence à la juridiction des États contractants. L'article premier de la *Convention* dispose que «Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I». Les termes «relevant de la juridiction» signifient qu'il suffit que l'atteinte subie par la personne concernée trouve son origine dans l'action

<sup>94</sup> Postérieurement à son retour illégal sur le territoire français, et à la décision initiale d'éloignement du territoire, au par. 41.

<sup>95</sup> *El Boujaïdi c. France*, *supra* note 12 au par. 33.

<sup>96</sup> *Boujlifa c. France*, *supra* note 35 au par. 36.

de l'État contractant pour que la responsabilité de celui-ci soit engagée<sup>97</sup>. La jurisprudence unanime de la Cour et de la Commission confirme que le fait qu'une personne se trouve en situation irrégulière sur le territoire de cet État n'a aucune incidence sur l'existence de ce lien. En matière d'étrangers, la plupart des arrêts concernent des personnes en situation illégale, soit parce qu'ils se trouvent en zone de transit, soit parce qu'ils ont été privés de leur titre de séjour et contestent cette décision. L'arrêt *Amuur* applique notamment l'article 5 de la *Convention* à des demandeurs d'asile somaliens se trouvant dans la zone de transit de l'aéroport d'Orly, zone fictivement jugée internationale<sup>98</sup>. L'affaire *D. c. Royaume-Uni* examine la situation d'un étranger à l'égard duquel a été prise une décision d'éloignement. Répondant à l'argument tiré de l'irrégularité du séjour de l'intéressé, la Cour confirme que le critère est la présence physique sur le territoire de l'État contractant, indépendamment de la qualification juridique de ce séjour de fait. Il suffit que l'étranger se trouve physiquement sur le territoire de l'État partie pour qu'il bénéficie de la protection de la *Convention*<sup>99</sup>. L'applicabilité de la *Convention* n'est par ailleurs pas confinée à l'intérieur des frontières. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*<sup>100</sup>, la Cour a rappelé la position qu'elle avait déjà adoptée dans l'affaire *Droz et Janousek c. France et l'Espagne*<sup>101</sup>, selon laquelle la responsabilité des États contractants peut être engagée en raison d'actes posés à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières nationales. Ainsi, en matière d'immigration, de nombreux dossiers de refus de délivrance de visas ont été examinés sous l'angle de la *Convention*<sup>102</sup>.

S'agissant de l'article 8, la jurisprudence ne conteste d'ailleurs pas son applicabilité aux étrangers en situation illégale. Il est donc étonnant que l'illégalité de ce séjour soit sanctionnée par le refus de prise en considération des liens familiaux qui se sont constitués postérieurement à la décision contestée<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> J.A. Carillo-Salcedo, «L'article premier» dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaires article par article*, Paris, Economica, 1999, aux pp. 140-144 : «L'expression "relevant de leur juridiction" [...] ne fait qu'établir le lien nécessaire entre la victime d'une violation de la Convention et l'État partie à qui cette violation est imputable. Autrement dit, pour que la Convention soit applicable, il doit être possible à l'État de reconnaître les droits garantis par la Convention ; cependant, il n'est pas nécessaire qu'existe un lien juridique stable comme la nationalité, la résidence ou le domicile, car il suffit que l'État puisse exercer un certain pouvoir sur l'intéressé.»

<sup>98</sup> *Amuur c. France* du 25 juin 1996, Rec. 1996-III.

<sup>99</sup> *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, Rec., 1997-III.

<sup>100</sup> *Loizidou c. Turquie*, (1995) 310A (Sér. A) Cour. Eur. D.H. 1.

<sup>101</sup> *Droz et Janousek c. France et Espagne*, (1992) 240A (Sér. A) Cour. Eur. D.H. 1.

<sup>102</sup> Voyez notamment l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, § 67

<sup>103</sup> Si cette pétrification de la situation à la date de la décision contestée se fonde sur le souci d'évaluer cette situation compte tenu des données dont l'État disposait à la date à laquelle il a statué, cette position contredit la jurisprudence de la Cour notamment s'agissant de l'article 3 et du risque de mauvais traitement en cas d'éloignement vers le pays d'origine d'un étranger. La Cour s'est fondée, tant dans l'arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Rec. 1996-V au par. 97 que dans l'arrêt *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, Rec., 1996-VI au par. 43 sur la situation à la date où elle statuait. La responsabilité de l'État fait l'objet d'une évaluation *in concerto* et non *in abstracto* eu égard à une violation qu'il a envisagé de commettre.

### 3. LA PROPORTIONNALITÉ: L'ARTICLE 8(2)

#### (a) *L'analyse de la proportionnalité dans la jurisprudence*

Sans présenter de manière exhaustive le schéma de cette analyse, il convient d'en rappeler le canevas.

L'article 8(2), énumère les justes motifs pouvant légitimer l'ingérence en cause. Il n'appartient pas à l'État de choisir entre ces motifs. La Cour se réserve le droit de déterminer celui qui est approprié à l'ingérence en cause. Ainsi, dans l'arrêt *Berrehab*<sup>104</sup>, la Cour a retenu «le bien-être économique du pays» ce qui l'a menée au constat que l'expulsion du père étranger n'était pas justifiée.

Il faut ensuite analyser si la mesure prise est nécessaire dans une société démocratique<sup>105</sup>. Pour qu'elle le soit, il faut démontrer l'existence d'un besoin social impérieux<sup>105</sup> et la proportionnalité au but légitime poursuivi.

L'État doit établir *in casu* que l'ingérence subie repose sur de justes motifs. Leur justesse est fonction de leur caractère pertinent<sup>106</sup> et suffisant<sup>107</sup>. C'est au travers de cette analyse qu'est évaluée la proportionnalité de la mesure prise par rapport à l'objectif poursuivi. Les facteurs pris en considération pour apprécier cette proportionnalité sont l'existence de garanties contre l'arbitraire dont l'État a entouré l'ingérence<sup>108</sup>, l'indisponibilité d'autres moyens<sup>109</sup> et le caractère temporaire et limité de l'ingérence.

#### (b) *Dans le domaine migratoire*

La Cour n'a effectué une analyse de la proportionnalité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale et privée que dans les affaires d'éloignement pour motifs d'«ordre public» d'étrangers ayant commis un délit ou dans les litiges où il

<sup>104</sup> *Berrehab c. Pays-Bas*, *supra* note 7 au par. 26 et 29.

<sup>105</sup> La défense de l'ordre dans l'arrêt *Moustaquim*, *supra* note 9 au par. 43 ; la protection de la morale dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, (1992), 246A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 au par. 70 ; la protection de la réputation d'autrui dans l'arrêt *Lingens* (1986), 103A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 au par. 39 ; le respect de la vie familiale dans l'arrêt *Olsson*, (1988), 130A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 au par. 67.

<sup>106</sup> La mesure doit avoir été propre à atteindre le but de l'État : une ingérence inefficace par rapport au besoin social impérieux qu'elle était censée servir, constitue une violation de la *Convention* ; ainsi en va-t-il de la répression, au nom de la défense de la morale publique, d'actes homosexuels commis en privé, entre adultes consentants : arrêts *Dudgeon*, *supra* note 19 au par. 60-62 et *Norris*, (1998), 142A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 au par. 46.

<sup>107</sup> Voir entre autres *Dudgeon*, *ibid.* aux par. 51-54.

<sup>108</sup> À propos des mesures de surveillance secrète, voir les arrêts *Klass et autres*, (1978), 28A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 aux par. 49-50 et *Leander*, (1987), 116A Cour. Eur. D.H. (Sér. A) 1 aux par 63-66 ; et à propos des ingérences susceptibles de causer un préjudice irréparable, voir les arrêts *Olsson*, *supra* note 105 et *Chappell*, (1989), 152A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 au par 57.

<sup>109</sup> *Olsson c. Suède* (no 2), (1992), 250A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 aux par. 87-88 et 90-91.

s'agissait d'octroyer un permis de séjour à une personne en ayant déjà bénéficié, et ce, afin d'assurer la continuation de la vie familiale<sup>110</sup>.

Dans les dossiers où il s'agissait d'évaluer le respect par l'État de ses «obligations positives», la Cour s'est arrêtée à l'examen sous l'angle de l'article 8(1), et n'a donc pas effectué d'analyse au regard de l'article 8(2).

### La proportionnalité et la violation d'une «obligation négative»

Même lorsque la Cour a procédé à cette évaluation, elle ne l'a pas fait de manière «libre», s'assujettissant à chaque fois à un principe jugé acquis, le droit des États de contrôler leurs frontières, notamment pour motif d'ordre public.

Cette règle dont la pertinence n'est ni questionnée, ni analysée, opère à la manière d'une pétition de principe. Aucun des arrêts ne s'interroge ni sur son caractère «bien établi», ni sur sa pertinence dans le cas d'espèce.

Dans chacune de ces affaires, la motivation de l'ingérence est la sauvegarde de l'ordre public. Celle-ci est présentée comme une prérogative des États, «en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi [...]» la présence des étrangers sur leur territoire.

Est-ce le fait que ce principe soit qualifié de bien établi qui dispense la Cour d'analyser si l'ordre public exige que l'on éloigne tel étranger qui se trouve dans telle situation? La jurisprudence ne le formule pas de cette manière, mais, restant en défaut de justifier adéquatement et de manière convaincante le motif tiré de l'ordre public, il ne reste comme justification que le contexte migratoire des arrêts. Or, l'article 8(2), n'érige pas ce contexte en motif légitime et ceux-ci sont limitativement énumérés.

L'inadéquation de la motivation sur la base de l'ordre public ressort des constatations suivantes.

D'une part, si la Cour examine le dossier à la lumière du contexte infractionnel et de la gravité des infractions commises, elle ne répond pas à la question de savoir si l'ordre public justifie un éloignement du territoire. La dangerosité de l'individu est analysée à la date où les faits ont été commis et non à la date où est édictée ou est exécutée la mesure d'éloignement du territoire. Il s'agit donc d'une dangerosité préjugée, à défaut d'être actualisée. Dans l'affaire *Dalia c. France*, le juge De Meyer, auquel se sont ralliés les juges Bernhard et Levits, a adopté une opinion dissidente en ce sens, estimant que si la mesure d'interdiction du territoire avait pu être justifiée en 1985, elle ne l'était certainement plus en 1994.

D'autre part, la pertinence de la mesure prise, compte tenu de ce que la personne concernée est dans tous les cas, soit née dans le pays où les délits ont été commis, soit y a grandi ou y a passé de nombreuses années, n'est jamais questionnée

<sup>110</sup> *Berrehab c. Pays-Bas*, supra note 7 et *Ciliz c. Pays-Bas*, supra note 47.

par la Cour. Le fait que le délit ait déjà été sanctionné, l'étranger ayant dans tous les cas purgé sa peine, n'est pas non plus pris en considération par la jurisprudence<sup>111</sup>.

Ces deux objections ont été émises par plusieurs juges qui ont exprimé des opinions s'écartant de la celle de la majorité.

Dans l'affaire *Nasri*, le juge Morenilla juge que l'expulsion de «'non-ressortissants' dangereux [...] se révèle cruelle et inhumaine et clairement discriminatoire à l'égard des "ressortissants" qui se trouvent dans des circonstances pareilles».

L'État qui, pour des raisons de convenance, accueille les travailleurs immigrés et autorise leur résidence, devient responsable de l'éducation et de la socialisation des enfants de ces immigrés tout comme il l'est des enfants de ses 'citoyens'. En cas d'échec de cette socialisation, dont les comportements marginaux ou délictueux sont la conséquence, cet État est aussi tenu d'assurer leur réinsertion sociale au lieu de les renvoyer dans leur pays d'origine, qui n'a aucune responsabilité pour ces comportements et où les possibilités de réhabilitation dans un milieu social étranger s'avèrent illusoire. Le traitement administratif ou pénal ne devrait donc pas différer en raison de l'origine nationale des parents en prévoyant, par l'expulsion, une aggravation clairement discriminatoire de la sanction.

Plusieurs juges soulignent que les étrangers concernés ont déjà subi une sanction pénale. Cette sanction suffit à assurer le maintien de l'ordre public, sauf à reconnaître l'inadéquation du système pénal. Dans l'affaire *Boughanemi*, le juge Martens souligne que s'«agissant de la nécessaire répression des délits, les peines pénales y suffisent». Le juge Baka estime que l'étranger «a été sanctionné pour les délits commis et a dû en principe encourir une peine adéquate et proportionnée à ceux-ci»<sup>112</sup>. Il estime qu'y ajouter un arrêté d'expulsion revient à accorder une importance excessive à l'intérêt général de la prévention des infractions pénales et de la défense de l'ordre par rapport à la protection du droit de l'individu à une vie privée et familiale. Le juge Morenilla ajoute dans l'affaire *Boujlifa c. France*, qu'une telle mesure est «contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants et est injuste pour le pays d'origine, qui n'est pas responsable de la conduite antisociale de son ressortissant».

<sup>111</sup> L'on n'aborde pas ici les objections que suscite le mécanisme dit de la «double peine», l'étranger cumulant une sanction pénale et une sanction administrative, notamment au regard du principe *non bis in idem*, protégé par l'article 4 du *Protocole 7*, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). Ce sujet important mériterait en effet une étude à lui seul.

<sup>112</sup> Voir également l'opinion dissidente des juges Palm dans l'affaire *Bouchelkia c. France*, *supra* note 30 ; Foighel dans l'affaire *El Boujaïdi c. France*, *supra* note 34 ; Costa et Tulkens dans l'affaire *Baghli c. France*, *supra* note 37. Foighel dans l'affaire *El Boujaïdi c. France*, Costa et Tulkens dans l'affaire *Baghli c. France*.

### La proportionnalité et la violation d'une «obligation positive»

À l'exception des arrêts *Berrehab* et *Ahmut* dont on a souligné qu'ils se situaient à la limite des «obligations positives» et «négatives», la Cour n'a pas procédé à l'analyse de la proportionnalité sous l'angle de l'article 8(2), dans les affaires où il était question des «obligations positives» des États. Cette question a donc déjà été examinée à l'occasion de l'analyse de l'ingérence<sup>113</sup>.

Pour rappel, cet examen s'est opéré au niveau de l'analyse de l'existence d'une ingérence, cette analyse procédant de la confrontation entre les intérêts de l'étranger et ceux de l'État. Ce dernier, quoique sans référence à l'ordre public, se fonde sur sa souveraineté en matière d'accès à son territoire, motif que ne prévoit pas expressément l'article 8(2). S'il fallait estimer que ce fondement rejoint l'une des raisons légitimes prévues par le paragraphe 2, il faudrait à tout le moins que cela fasse l'objet d'un débat quant au principe et ensuite d'une discussion de sa légitimité dans chaque cas d'espèce.

Quel motif visé à l'article 8(2), aurait pu être invoqué? Dans les affaires *Berrehab* et *Ciliz*, la Cour a rapporté l'argumentation des Pays-Bas au bien-être économique du pays et a considéré la mesure disproportionnée à l'objectif poursuivi.

### C. L'effectivité et l'objectivité de la nationalité

Le caractère déterminant du critère de la nationalité étrangère de la personne concernée pose deux types de questions: celle de l'effectivité de la nationalité et celle de son admissibilité comme critère distinctif au titre de l'article 14 de la *Convention*.

#### 1. L'EFFECTIVITÉ DE LA NATIONALITÉ

Plusieurs opinions dissidentes contestent la pertinence du critère de nationalité, lorsque celle-ci n'est pas effective.

Qu'elles les qualifient de «quasi-nationaux», d'«immigrés de la seconde génération», d'étrangers possédant «une nouvelle patrie», d'«étrangers intégrés», ces opinions appellent une approche différente de la situation de ces étrangers dont la nationalité ne reflète pas de liens avec le pays d'origine<sup>114</sup>. Ces étrangers devraient être traités de la même manière que les nationaux, «sauf circonstances exceptionnelles»<sup>115</sup>. Lorsqu'elle s'apparente à une coquille vide, la nationalité n'est plus un critère suffisant à justifier un traitement différent qui devient discriminatoire.

<sup>113</sup> *Supra* titre III A 2 b).

<sup>114</sup> Défendu également par les juges De Meyer, notamment dans son opinion séparée dans l'arrêt *Beldjoudi c. France*, *supra* note 12 ; Morenilla, dans son opinion en partie dissidente dans l'arrêt *Nasri c. France*, *supra* note 20 ; Baka, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Boughanemi c. France*, *supra* note 21 et Palm, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Bouchelkia c. France*, *supra* note 30.

<sup>115</sup> Signale le juge Martens sans toutefois préciser quelles peuvent être ces circonstances exceptionnelles.

Cette position, développée dans des affaires où l'article 14 n'était pas en cause, intègre la réflexion selon laquelle ce n'est pas tant l'ordre public que la nationalité étrangère qui motive la Cour dans ces affaires.

Dès l'affaire *Beldjoudi*, les opinions séparées de certains juges de la Cour, dissidentes ou concordantes, se sont intéressées à cette question. Le juge Pettiti, se séparant de la majorité, critique l'usage par la Cour du concept de «quasi-Français, notion inconnue [selon lui] du droit international».

L'opinion du juge Martens concorde avec la position de la Cour. A l'opposé du juge Pettiti, il insiste sur le caractère artificiel de la nationalité face «à une seconde génération d'immigrés [...] nés et ayant grandi dans un État membre, ou s'y étant autrement, par la force d'une longue résidence, totalement intégrés (donc complètement détachés de leur pays d'origine)». Sans les qualifier de «quasi-nationaux», il se réfère au paragraphe premier de l'article 3 du *Protocole n° 4* à la *Convention* qui interdit d'expulser des nationaux<sup>116</sup>. Il juge que «la simple nationalité ne constitue pas une justification objective et raisonnable pour une différence quant à la possibilité d'expulser quelqu'un de ce que l'on peut appeler, dans les deux cas, son "propre pays"», d'autant que de plus en plus d'États ont adopté le principe de l'impossibilité, sauf cas exceptionnels, d'expulser les «étrangers intégrés».

L'on se rappelle que c'est également à l'occasion de cette affaire que le juge Martens engage à une analyse sous l'angle de la vie privée. Synthétisant ces deux réflexions, tenant à la pertinence du lien de nationalité et à la notion de vie privée, le juge Martens souligne que lorsque l'on «parle des nationaux, on songe presque toujours en premier lieu à ceux dont les liens avec un pays donné sont particulièrement étroits et multiples parce qu'ils y sont nés et y ont été élevés dans une famille qui s'y trouve établie depuis des générations». En conséquence, l'isolement social presque complet dans lequel se retrouvera un étranger éloigné dans ces conditions porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée.

Le juge Morenilla estime également dans l'affaire *Boujlifa c. la France*, que «le besoin social impérieux de la défense de l'ordre public ne peut justifier une mesure discriminatoire, en ce qu'elle est une aggravation de la condamnation pénale par rapport à celle des ressortissants français».

Récemment, dans l'affaire *Baghli c. France* du 30 novembre 1999, les juges Costa et Tulkens ont exprimé une opinion dissidente commune. Prenant acte de ce que la jurisprudence de la Cour est devenue plus sévère au cours des années 1996 à 1998, ils considèrent cependant que l'ingérence dans le respect de la vie privée de M. Baghli est disproportionnée. Ils relèvent le peu de gravité des infractions commises, l'intensité des attaches avec la France, et le fait que l'intéressé est «un immigré de la seconde génération, un 'quasi-Français', dont la très grande majorité des attaches familiales, sociales, professionnelles, culturelles se trouvait en France». Alors qu'il a purgé sa peine d'un an, il n'est pas nécessaire dans une société démocratique de le

<sup>116</sup> Il se réfère également au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont l'article 12(4) mentionne : « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

priver d'accès au territoire français pour une période de dix ans. Il manque de raisons très fortes pour lui imposer un traitement différent des autres condamnés.

Certains juges proposent d'ériger en catégorie particulière les immigrés de la seconde génération<sup>117</sup>. Même si elle permettrait à la jurisprudence de se dégager d'une analyse à ce point casuistique qu'elle confine à l'arbitraire, cette approche est dangereuse, en ce qu'elle peut être le siège de distinctions arbitraires et étrangères à l'examen de la question de savoir s'il y a vie familiale et vie privée. En témoigne la position de la Cour dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*<sup>118</sup> qui accepte le principe d'un traitement spécial des étrangers nés sur le territoire de l'État d'accueil, pour réserver un traitement moins favorable à ceux qui ne le sont pas. «À la vérité, une personne vivant dans un pays depuis plusieurs années, telle Mme Balkandali, peut avoir noué avec lui des liens étroits même sans y être née. Néanmoins, il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire. On doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable; en particulier, rien ne montre que ses conséquences aient enfreint le principe de proportionnalité». Les catégorisations opérées entre différents types d'étrangers risquent de donner un blanc-seing aux États qui voudraient priver de droits ceux n'appartenant pas à une catégorie dite «privilegiée»<sup>119</sup>. Elle encourage les discriminations formelles, indépendantes des faits concrets de la cause.

Le juge Morenilla fait état de l'évolution du droit international vers une égalité de traitement entre étrangers et nationaux, égalité qui «devient de plus en plus apparente lorsqu'il s'agit des 'immigrés intégrés' dans la communauté où ils travaillent». Il se réfère à l'article 12(4) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui utilise les termes «leur "propre pays"» et qui interdit que l'on en soit expulsé. Celui-ci serait «celui où ils sont nés ou dans lequel ils ont grandi et qui est le leur malgré les difficultés d'adaptation inhérentes à une origine étrangère ou à l'appartenance à une culture familiale différente»<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Voir notamment la seconde opinion dissidente, communes aux juges Baka et Van Dijk, dans l'affaire *Boujlifa c. France*, *supra* note 35. Ils considèrent que l'expulsion d'un étranger qui n'a avec son pays d'origine «d'autres attaches que le lien formel de la nationalité» n'est proportionnelle que si elle est motivée par des «raisons très puissantes». Ils jugent qu'en principe, cet immigré ne devrait pas pouvoir être expulsé plus que les nationaux. Analysant le motif invoqué dans cette affaire, ils le comparent avec la gravité des infractions dans les affaires précédentes et ne trouvent pas de critères clairs déterminant le jugement de la cour. Afin d'éviter cette difficulté inhérente à une analyse casuistique, ils invitent la Cour à se prononcer sur la question de principe de savoir si les immigrés de la «deuxième génération» constituent une catégorie particulière, auquel cas il faut que la Cour expose quelles sont les raisons très sérieuses pouvant justifier son éloignement.

<sup>118</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, *supra* note 7 au par. 88.

<sup>119</sup> *Infra* sur la partie «privilegiée» des ressortissants de l'Union européenne ou des personnes qui y sont assimilées.

<sup>120</sup> S'agissant de la signification des termes «son propre pays» de l'article 12 (4), Nowak souligne que cela s'étend aux étrangers et apatrides qui ont un attachement tel avec l'État qu'ils le voient comme leur propre pays : M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl : Engel, 1993, xxiv, à la page 219, au par. 48 ; ces étrangers incluraient entre autres les enfants des immigrants et les travailleurs étrangers qui sont nés sur le territoire du pays d'immigration et qui n'ont plus de domicile dans le pays de leur nationalité et les immigrants qui ont vécu de nombreuses années

Cette référence au *Pacte* est affaiblie par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Dans l'affaire *Stewart c. Canada*, relative à l'expulsion d'un étranger pour cause de criminalité, le Comité a analysé la notion de «propre pays». Ce dossier concernait un citoyen britannique vivant au Canada depuis qu'il était âgé de 7 ans; il était sous le coup d'une expulsion suite à une condamnation pénale. Le Comité a jugé que l'article 12 ne traitant pas direct de l'expulsion ou du renvoi, la question est de savoir si la notion de son «propre pays» est plus large que celle de «pays de sa nationalité», en ce qu'elle viserait les nationaux et certaines personnes qui, tout en n'étant pas des nationaux au sens strict du terme, ne sont pas non plus des étrangers au sens de l'article 13. Une personne qui est entrée dans un pays en vertu de la législation de ce pays en matière d'immigration peut-elle le considérer comme son propre pays alors qu'elle n'en a pas acquis la nationalité et qu'elle a conservé la nationalité de son pays d'origine? La réponse du comité est négative. A moins que le pays d'immigration ne pose des exigences déraisonnables à l'acquisition de sa nationalité - tel n'est pas le cas au Canada - les termes «son propre pays» se réfèrent au pays de la nationalité.

Il reste que, contrairement à ce que soutenait le juge Pettiti dans l'affaire *Beldjoudi*, la notion de quasi-national, certes pas exprimée comme telle, n'est pas inconnue du droit international. Dans l'affaire *Nottebohm*<sup>121</sup>, la Cour internationale de justice refuse au Lichtenstein le droit d'exercer sa protection diplomatique face au Guatemala, à l'égard de l'intéressé qui possède la double nationalité allemande et du Lichtenstein. La Cour se fonde sur le défaut d'effectivité du lien entre *Nottebohm* et le Lichtenstein. «La nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droit et de devoirs. [Elle] est l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement, soit par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement attaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État». En faisant dépendre l'effectivité de la nationalité des éléments de fait construisant le lien qu'elle est censée traduire en droit, la Cour internationale de justice donne corps, si pas à la notion de quasi-national, à celle d'étranger ayant «une nouvelle patrie», d'étranger qui l'est plus qu'à l'égard de son pays d'origine et non de son pays d'accueil.

## 2. L'OBJECTIVITÉ DU CRITÈRE DISTINCTIF DE NATIONALITÉ

Lié à l'appréciation de l'effectivité de la nationalité, l'examen de son potentiel à justifier un traitement distinct a été effectué par la Cour dans deux arrêts où les articles 8 et 14 de la *Convention* étaient invoqués conjointement. L'article 14 dispose que :

---

dans le pays d'immigration et qui ont coupé tous les liens avec le pays d'origine mais qui n'ont pas, pour peu importe quelle raison, acquis la nationalité du pays d'accueil : à la p. 220, au par. 49.

<sup>121</sup> *Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)*, [1953], C.I.J. Rec. 4.

la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente 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.

Dans l'affaire *Moustaquim*, la Cour, suivant la Commission, a jugé que la différence de traitement entre l'intéressé et un national ou un ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne était fondée sur un critère objectif et raisonnable, étant le fait de bénéficier du droit de vivre sur le territoire de leur propre pays pour les nationaux, sans pouvoir en être expulsé, et l'appartenance de l'État d'origine à un ordre juridique spécifique pour les ressortissants européens. Il s'ensuit que les articles 8 et 14 combinés n'ont pas été violés. La Cour confirme cette position à l'unanimité dans l'arrêt *C. c. Belgique*, rendu le 7 août 1996.

Cette jurisprudence ne convainc pas, la justification du critère de distinction y étant le critère de distinction lui-même. La Cour n'explique pas pourquoi la nationalité étrangère est en l'espèce un critère objectif. En répondant à cette question que c'est en raison du fait que l'on est pas en présence d'un national ou d'un ressortissant d'un pays appartenant à un ensemble formant un ordre juridique spécifique, la Cour énonce une motivation tautologique. Elle ne se prononce pas sur la réelle interrogation qui est celle de savoir si ces éléments d'appartenance, à eux seuls, justifient un traitement distinct.

Elle paraît par ailleurs en décalage avec la position qu'elle adoptera un mois plus tard dans l'affaire *Gaygusuz*<sup>122</sup>. S'agissant du droit à des allocations de chômage d'urgence, la Cour a jugé que le refus d'octroi motivé par la nationalité étrangère du demandeur violait les articles 14 de la *Convention* et premier article du premier *Protocole* combinés. La Cour estime que «seules des considérations très fortes peuvent expliquer une différence de traitement fondée sur la nationalité».

\* \* \*

Les derniers arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant du contentieux migratoire soufflent le chaud et le froid pour les étrangers. D'un côté, certains considérants annoncent le recul du critère distinctif de nationalité. D'un autre côté, la nationalité étrangère reste un facteur de discrimination jugé en soi objectif et le contexte migratoire imprime sa marque à tous les stades du raisonnement de la Cour.

Cet article analyse cette distorsion au travers de la jurisprudence relative à l'article 8 de la *Convention*. La méthode utilisée par la Cour aboutit à discriminer l'étranger: un traitement différencié lui est en effet appliqué tant au niveau de l'analyse

<sup>122</sup> *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre, Rec. 1996/IV, au par. 42.

de l'existence d'une ingérence dans la vie familiale ou de la vie privée qu'au niveau de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence par rapport à l'objectif poursuivi.

Contestant l'objectivité du critère de nationalité, lorsqu'il aboutit à offrir une protection restreinte aux étrangers invoquant un droit fondamental, la position proposée consiste à limiter la prise en compte de l'élément d'extranéité à l'analyse factuelle et à l'écartier comme point de vue *a priori*. En d'autres mots, l'élément d'extranéité influençant immanquablement l'appréhension des faits, indépendamment de toute position discriminatoire, il n'y a plus lieu de le prendre en considération au niveau de la portée du droit protégé ou de l'analyse de la proportionnalité. Il en résulterait une triple influence du facteur de nationalité.

La première intervient au niveau des faits. Elle est inévitable dès lors qu'il s'agit de se poser la question par essence factuelle de l'existence d'une vie familiale ou d'une vie privée.

La seconde intervient dans la jurisprudence actuelle lorsqu'elle subordonne la reconnaissance d'une ingérence à une mise en balance des intérêts de la personne et de ceux de l'État en matière d'immigration, déplaçant ainsi indûment la mise en balance de l'article 8(2), vers l'article 8(1).

La troisième rejaillit au niveau de l'analyse de la proportionnalité où le contexte migratoire est présenté comme un motif susceptible de justifier l'ingérence, alors que l'article 8(2), ne le permet pas, à tout le moins pas *a priori*.

Rien dans la *Convention*, et dans l'article 8 en particulier, n'autorise à juger des situations où le droit en jeu est le droit au respect de la vie familiale ou privée avec en toile de fond permanente le contexte migratoire. Si la question posée est celle de la protection de ces droits, leur existence indépendamment de la condition étrangère de la personne doit être reconnue. La Cour accepte pourtant de raisonner systématiquement au départ de la règle selon laquelle il existe «un principe de droit international bien établi [donnant aux États] le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol», sans jamais confronter ce principe aux motifs énumérés par l'article 8(2). Or, ces motifs qui encadrent les restrictions aux droits garantis, premièrement, ne peuvent devenir la règle, deuxièmement, sont limitativement fixés. La dialectique encadrée des articles construits sur le modèle de l'article 8 répond à la crainte qu'avaient déjà les auteurs de la *Convention* de voir les États se retrancher à l'envi derrière des impératifs supérieurs pour nier les droits reconnus. Lors des premières discussions du projet initial du Conseil d'Europe, P.H. Teitgen rappelait à ses collègues que «derrière chaque État se cache, comme une tentation permanente et quel que soit le régime politique, la tentation de la raison d'État». A cette tentation toujours menaçante, «l'on a voulu opposer un État de raison»<sup>123</sup>. L'État de raison exige que l'on ne recoure pas à

<sup>123</sup> P.-H. Teitgen, *Séance du 19 août 1949*, C.R. à la p. 216 cité par M. Oreja, «Souveraineté des États et respect des droits de l'homme» dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988 aux p. 9 et s. ; M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989.

des principes extérieurs jugés bien établis et qu'à tout le moins l'on procède à une remise en question ceux-ci.

La jurisprudence actuelle qui est celle d'une cour divisée est entravée par des prémisses qu'elle croit indispensables à son raisonnement, et ce tant au niveau de la détermination des obligations de faire ou de s'abstenir incombant à l'État, que de l'examen de la proportionnalité de la mesure contestée par rapport à l'objectif censé la légitimer. Il lui incombe de s'en affranchir et, à cette condition seulement, elle permettra à la règle de se départir d'un statut d'exception et de redevenir principe.

J'ai mis un temps à comprendre, et puis je me suis souvenu que sur mes papiers, en effet, j'étais marocain, mais comme ils auraient marqué tunisien, algérien ou syrien; c'était juste pour faire vrai, ça n'était pas une preuve.

- Ils veulent faire un exemple, Aziz. Ils sont obligés de te renvoyer d'où tu viens.

Alors là, j'ai dit: pardon. Je veux bien être un exemple, mais j'ai fait ma vie comme étranger en France; je ne vais pas la recommencer dans un pays où je serai le seul à savoir que je ne suis pas chez moi. ... Je suis Aziz, fils d'Ami 6 de chez Citroën, et je suis de Marseille ... Ca se voit, ça s'entend<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Extrait de D. Van Cauwelaert, *Un aller simple*, Paris, Albin Michel, 1994.

