



OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme
dans l'affaire*

*Isam Al-Bayati c. Allemagne
(Requête n° 12538/19)*

Grégor Puppinck, Directeur

Nicolas Bauer, Chercheur associé

14 février 2020

Introduction

Rappel des faits et procédure

1. Le requérant, Isam Al-Bayati est un citoyen irakien vivant à Bochum (Allemagne) et ayant été condamné pour des activités relevant du terrorisme. Sa dernière condamnation pénale date de 2006, mais il ne se serait pas distancé de ces activités depuis. Le 28 décembre 2009, le gouvernement de Haute-Bavière a pris la décision de l'expulser du territoire la République fédérale d'Allemagne et de lui interdire de revenir.
2. Saisi par le requérant, le tribunal administratif d'Augsbourg a annulé l'expulsion par un jugement du 18 janvier 2011. Ce jugement a été annulé en appel le 27 octobre 2017 (Munich, seconde instance) ; un nouvel appel du requérant, demandant la révision de ce jugement, a été rejeté le 25 avril 2018 (Leipzig, troisième instance). L'ultime recours d'Isam Al-Bayati, devant le Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe, a été déclaré irrecevable le 10 octobre 2018. Invoquant son droit au respect de la vie familiale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « Convention »), M. Al-Bayati a déposé une requête à la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH » ou « Cour ») le 28 février 2019.
3. L'interdiction de retour était à l'origine illimitée. Puis, à la suite de la demande du requérant, le service d'immigration et de naturalisation de Bochum l'a assortie d'une limite de temps de vingt ans, puis quinze ans le 15 janvier 2020. Isam Al-Bayati, considérant cette interdiction du territoire comme trop longue, prévoit d'attaquer en justice cette décision récente de ce service, dans une procédure parallèle devant le tribunal de Gelsenkirchen. Comme prévu par le droit allemand, cette période de quinze ans commence au moment où le requérant quittera le territoire allemand. Par ailleurs, il pourra, exceptionnellement, être autorisé à revenir en Allemagne pendant cette période, pour des raisons sérieuses¹.

1

Précisions sur la « vie familiale »

4. Le requérant étant marié et ses enfants étant issus de cette union légitime, le lien existant entre son épouse, ses enfants et lui est constitutif d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.
5. Il n'existe pas de droit de vivre à un endroit en particulier. D'une part, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme consacrant un tel droit². D'autre part, le droit à la liberté de circulation s'exerce dans le cadre d'un séjour régulier dans un État et uniquement au sein de cet État ou pour le quitter (article 2 §§ 1 et 2 du Protocol n° 4). Il n'existe donc pas de droit pour le requérant de se maintenir dans un État dont il n'est pas ressortissant.
6. La famille Al-Bayati est composée de quatre membres, ayant chacun un droit individuel au respect de la vie familiale. C'est donc à M^{me} Al-Bayati de déterminer son propre intérêt et d'exercer son droit au respect la vie familiale. Or, contrairement à d'autres affaires

¹ *Cabucak c. Allemagne*, n° 18706/16, 20 décembre 2018, § 31.

² *Ward c. Royaume-Uni* (déc.), n° 31888/03, 9 novembre 2004, § 2 ; *Codona c. Royaume-Uni* (déc.), n° 485/05, 7 février 2006.

comparables³, elle n'est pas requérante ; M. Al-Bayati est le seul requérant. L'épouse et les filles, qui ne font pas l'objet d'une décision d'expulsion, peuvent choisir soit de s'installer avec lui en Irak ou en Turquie, soit de rester en Allemagne et de s'y intégrer. Il n'est pas possible de préjuger de leurs intérêts.

7. Une fois le requérant expulsé d'Allemagne, si son épouse choisit de se maintenir dans le pays avec ses deux filles, l'article 8 n'implique pas d'obligation générale pour l'État d'autoriser le requérant à se réinstaller sur le territoire, malgré son statut de mari et de père⁴.

Problématique du cas d'espèce

8. Cela dit, pour une personne, son conjoint et ses enfants, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et les mesures qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8⁵. Cette ingérence doit être prévue par la loi, répondre à au moins l'un des buts légitimes énumérés à l'article 8 § 2, et être proportionnelle à ce but dans le cadre d'une société démocratique. L'État membre doit respecter ces exigences, en mettant en balance de manière équilibrée les droits et intérêts en cause.
9. La Cour s'est fondée pour la première fois sur l'article 8 à propos d'une situation d'expulsion à l'occasion de l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas* en 1988⁶. Depuis, cette question a donné lieu à de nombreux arrêts et décisions, y compris en Grande chambre⁷, ayant permis à la CEDH de déterminer et enrichir des « principes directeurs » lui permettant de contrôler les exigences de « proportionnalité » et de « besoin social impérieux ».

2

Objectif des observations

10. Ces observations écrites visent à appliquer la démarche de la Cour à l'affaire présente, ainsi qu'à contribuer à sa réflexion sur l'interaction entre le droit au respect de la vie familiale et l'expulsion d'étrangers. Par l'expulsion du requérant, l'État allemand entend exercer ses fonctions fondamentales, qui répondent à plusieurs objectifs légitimes d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale (I). Les critères d'appréciation habituellement utilisés par la CEDH suffisent à démontrer la nécessité d'une telle ingérence (II). Ces critères, pour encore mieux apprécier une telle question, gagneraient à être complétés et pondérés (III).

³ *Cherif et autres c. Italie*, n° 1860/07, 7 avril 2009, § 52.

⁴ *Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], n° 12738/10, 3 octobre 2014, § 107 ; *Biao c. Danemark* [GC], n° 38590/10, 24 mai 2016, § 117.

⁵ Voir par exemple : *Zorica Jovanović c. Serbie*, n° 21794/08, 26 mars 2013, § 68 ; *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, 13 juillet 2000, § 43 ; *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, 12 juillet 2001, § 151.

⁶ *Berrehab c. Pays-Bas*, n° 10730/84, 21 juin 1988.

⁷ Voir en particulier le premier arrêt où la Grande chambre a statué sur la question : *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, 18 octobre 2006.

I- L'exercice des fonctions fondamentales d'un État-nation

11. La possibilité pour un État d'expulser des étrangers constitue un moyen nécessaire pour lui permettre de remplir de manière efficace ses fonctions fondamentales, comme la garantie de la sécurité publique et la protection des nationaux. L'État allemand est particulièrement attaché à ce moyen, comme en témoigne sa tierce-intervention dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*, jugée en Grande chambre en 2006⁸. Le Gouvernement allemand avait rappelé, en soutien au Pays-Bas⁹, que la possibilité d'expulser des étrangers faisait partie de la souveraineté nationale.

A) Garantir la sécurité

12. La protection de la sécurité nationale fait partie des objectifs légitimes à une ingérence au droit au respect de la vie familiale (art. 8 § 2). Or, les actes terroristes, comme ceux pour lesquels le requérant a été condamné, sont évidemment une grave menace contre la sécurité. Non seulement leur violence meurtrière, leur répétition et leur imprévisibilité sont un péril pour la société, mais la contestation du monopole étatique de la violence légitime déstabilise l'État lui-même. Ce dernier est donc particulièrement légitime à expulser un étranger condamné pour des actes terroristes et susceptible de récidiver.

13. Au moins deux autres objectifs légitimes (art. 8 § 2) sont poursuivis par l'expulsion d'Isam Al-Bayati : la prévention des infractions pénales et la protection des droits et libertés d'autrui. En effet, dans sa tierce-intervention dans l'affaire *Üner*, le Gouvernement allemand avait précisé que les expulsions avaient pour lui non un but punitif, comme la sanction pénale, mais préventif, afin de garantir la sécurité pour l'avenir¹⁰. Or, d'après la CEDH, le États « ont le droit de prendre à l'égard des personnes ayant été condamnées pour des infractions pénales des mesures de nature à protéger la société (...) revêtant un caractère préventif plutôt que punitif »¹¹. La prévention de crimes terroristes vise notamment à protéger les droits des potentiels victimes, en particulier leur droit à la vie.

14. Protéger la population contre les menaces terroristes est non seulement un objectif légitime, mais aussi et surtout une obligation positive des États. Cela est par exemple rappelé par les lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes adoptées en 2017 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹². À cet égard, le fait que la dernière condamnation pénale de M. Al-Bayati soit de 2006 et que la décision d'expulsion de 2009 n'ait toujours pas été mise en œuvre en février 2020 révèle un dysfonctionnement du système judiciaire mettant à mal cette obligation positive.

B) Protéger la nation

15. Les objectifs légitimes à une ingérence au droit au respect de la vie familiale (art. 8 § 2) ont une dimension nationale, qui peut être explicite et exclusive (sécurité « nationale », bien-être économique « du pays ») ou implicite et non-exclusive (« autrui » inclut les nationaux et les

⁸ *Üner* [GC], *op. cit.*, §§ 52 et 53.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, § 53.

¹¹ *Cherif*, *op. cit.*, § 59.

¹² Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Lignes directrices révisées sur la protection des victimes d'actes terroristes, adoptées à la 127^e Session du Comité des Ministres à Nicosie, [CM\(2017\) 44-final](#), 19 mai 2017, Préambule.

étrangers). D'après le Gouvernement allemand, dans sa tierce-intervention dans l'affaire *Üner*, l'État vise justement, par l'expulsion d'un étranger, à exercer sa fonction de base de « protection de ses nationaux et des autres étrangers résidant sur son territoire ». Cette protection s'inscrit donc dans le cadre des objectifs légitimant une restriction au droit au respect de la vie familiale d'un étranger.

16. Afin de protéger la nation, l'État doit pouvoir déterminer souverainement si un étranger peut séjourner ou non sur son sol, en vertu d'un principe de droit international bien établi, confirmé par la CEDH¹³. Ce droit des États existe indépendamment de la question de savoir si un étranger est entré dans le pays hôte à l'âge adulte ou à un très jeune âge ou encore s'il y est né¹⁴. La Cour l'a expliqué très clairement : « Même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des États contractants d'expulser des étrangers pour une ou plusieurs des raisons énumérées au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention »¹⁵.

17. Le système conventionnel permet ainsi de distinguer clairement les nationaux des étrangers¹⁶. Le protocole n° 4 à la Convention interdit l'expulsion des nationaux par mesure individuelle (article 3 §1), mais pas celle des étrangers (article 4). De plus, il réserve le droit d'entrer librement dans un État aux nationaux (article 3).

Cette distinction n'est pas une discrimination en fonction de l'origine nationale. En effet, la présence sur un territoire est un droit pour les nationaux, mais un « privilège » pour les étrangers. Or, d'après l'ancien juge à la CEDH Boštjan Zupančič « la discrimination née d'une inégalité de traitement s'applique aux situations mettant en jeu des droits ; elle ne s'applique pas aux situations qui concernent avant tout des privilèges », en particulier les « situations où un traitement spécial est réservé à des personnes exceptionnellement méritantes »¹⁷. Le privilège de résider dans un pays dont on n'est pas ressortissant relève de la discrétion des institutions de ce pays et n'implique donc pas les mêmes exigences en termes de non-discrimination. La Cour a accepté cette façon de raisonner dans l'arrêt de Grande Chambre de 2012 *Boulois c. Luxembourg*¹⁸.

18. Par la décision d'expulser Isam Al-Bayati, l'État allemand poursuit donc des objectifs légitimes. Comme le rappelle le Gouvernement allemand dans sa tierce-intervention dans l'affaire *Üner* et selon la jurisprudence de la Cour, la marge d'appréciation laissée à l'État pour prendre des mesures protégeant la sécurité nationale est large. Elle l'est également pour les

¹³ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, 28 mai 1985, § 67 ; *Boujlifa c. France*, n° 25404/94, 21 octobre 1997, § 42.

¹⁴ *Üner* [GC], *op. cit.*, §§ 54-60.

¹⁵ *Cherif*, *op. cit.*, § 59.

¹⁶ Remarquons que même les juges de la Cour souhaitant minimiser le plus possible la distinction entre étrangers et nationaux reconnaissent qu'elle existe et qu'elle doit avoir des conséquences en matière de présence sur un territoire. Par exemple, dans une opinion dissidente commune dans l'arrêt *Üner* [GC] précité, les juges Costa, Zupančič et Türmen. Après avoir estimé, en s'appuyant sur des instruments internationaux et contre l'avis de la majorité des juges siégeant, qu'il fallait rapprocher le plus possible le statut juridique des nationaux et des étrangers résidant légalement sur le territoire, les trois juges admettent : « *Nous ne soutenons évidemment pas que tous ces instruments internationaux – dont la force juridique est du reste inégale – feraient obstacle à toute expulsion de tout étranger, à l'instar des nationaux qui, en vertu de l'article 3 du Protocole n° 4, ne peuvent être expulsés* » (§ 9).

¹⁷ *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, n° 43546/02, opinion dissidente du juge Zupančič.

¹⁸ *Boulois c. Luxembourg* [GC], 3 avril 2012, §§ 98 à 105.

questions touchant à l'immigration et à la résidence des étrangers¹⁹, que l'État tranche en fonction des réalités sociales nationales. La Cour peut néanmoins contrôler que l'État a ménagé un juste équilibre entre les intérêts personnels du requérant et l'intérêt général, ce qu'elle a fait plusieurs fois dans de telles affaires à l'aide de ses « principes directeurs ».

II- Des « principes directeurs » centrés sur l'individu et sa famille

19. Afin de savoir si une mesure d'expulsion est nécessaire dans une société démocratique et proportionnée aux objectifs légitimes prévues par l'article 8 de la Convention, la Cour a développé des critères au fil de sa jurisprudence. Il existe aujourd'hui dix critères, comme le rappelle l'arrêt récent *Levakovic c. Danemark* du 23 octobre 2018²⁰. Ces « principes directeurs » sont aujourd'hui au nombre de dix et permettent de bien appréhender la situation individuelle du requérant et de sa famille.

A) Critères « objectifs » de *Boultif*

20. L'arrêt *Boultif c. Suisse* de 2001²¹ a été l'occasion pour la Cour de définir huit principes directeurs, que l'on pourrait principalement qualifier d'« objectifs » (au sens de l'adjectif et non du substantif). En effet, ces huit critères correspondent à divers éléments factuels à mettre en balance, comme des qualifications juridiques, des durées, des appartenances légales ou encore des statuts. Sans prétendre à être exhaustif, il est intéressant d'insister sur certains éléments correspondant à ces huit critères, que nous énumérerons, en italique, tels que formulés par la Cour. À noter que pour apprécier la situation familiale d'un étranger qui est l'objet d'une décision d'expulsion, la Cour se focalise sur le moment où la décision est devenue définitive²². Conformément au droit allemand, la décision a été finale le 25 avril 2018 (Leipzig, troisième instance).

21. Les trois premiers critères *Boultif* ne sont pas spécifiques à la problématique de la vie familiale de l'étranger qui est l'objet d'une décision d'expulsion. Il s'agit de :

- *la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant* :
Isam Al-Bayati a soutenu activement une organisation terroriste ; il a collecté des fonds en faveur de cette organisation et les a transférés vers l'Irak. Il a fait l'objet de plusieurs condamnations liés à cette activité djihadiste, pour possession d'une arme trouvée dans sa voiture, pour violation de la loi bancaire par les transferts d'argent, et pour possession de cassettes audios appelant au djihad armé.
- *la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé* :
M. Al-Bayati est né en Irak, à Kirkuk, en 1978, sa première venue en Allemagne est en 1999 et son premier permis de séjour a été obtenu le 22 mars 2000.
- *le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période* :

¹⁹ *Berrehab, op. cit.*, opinion dissidente du juge Thór Vilhjálmsson : « le problème de l'immigration et de la résidence des étrangers est très important et des restrictions sont sans conteste inévitables. D'une manière générale, le gouvernement doit jouir en la matière d'une grande marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'élaborer sa politique et les règles juridiques nécessaires ».

²⁰ *Levakovic c. Danemark*, n° 7841/14, 23 octobre 2018, § 36.

²¹ *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, 2 août 2001, § 48.

²² *Cabucak, op. cit.*, § 43.

Les poursuites judiciaires de M. Al-Bayati ont commencé en 2005-2006 et se sont terminées en 2011. Depuis, il ne s'est pas éloigné de son réseau de terroristes irakiens, dans lequel il est connu comme le « banquier ».

22. Les quatre autres critères *Boultif* se rapportent plus directement à la vie familiale de la personne concernée. Il s'agit de :

- *la nationalité des diverses personnes concernées* :
M. Al-Bayati est Irakien ; son épouse est Turque ; ses enfants sont Allemands et Turcs.
- *la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple* :
M. Al-Bayati s'est marié civilement le 23 février 2007 ; le requérant dit s'être marié avec la même femme selon le rite islamique en 2004 : si cela n'a aucune conséquence civile, ce rite et la naissance de deux enfants témoignent de l'effectivité d'une « vie familiale » depuis 2004. Au 25 avril 2018, cette vie familiale aura donc duré 14 ans.
- *la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale* :
M^{me} Al-Bayati n'avait peut-être pas conscience des infractions en 2004, étant donné que son mari n'avait pas encore eu affaire avec la justice.
- *la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge* :
Deux filles sont issues du mariage : l'une née le 25/03/2005, l'autre le 04/06/2006 ; au 25 avril 2018, elles ont donc respectivement 13 et 11 ans. Elles sont donc mineures et suivront leurs parents ou au moins l'un d'eux.
- *la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé* :
M. Al-Bayati est Turkmène, c'est-à-dire qu'il appartient à un groupe ethnique représentant entre 1 et 8 % de la population irakienne et habitant au Nord du pays, près de la frontière turque. Ce groupe parle le turkmène, appartenant à la famille des langues turques ; cette langue est aussi parlée et comprise dans d'autres parties de l'Irak. M^{me} Al-Bayati est Turque ; la famille des langues turques est la seule communication courante commune au couple Al-Bayati. Ils fréquentent ensemble régulièrement une mosquée turque en Allemagne. Du fait que le couple partage la religion majoritaire de l'Irak et la langue majoritaire de la région d'origine du requérant, l'épouse n'aura pas de mal à s'y intégrer. De plus, il est aussi possible que le couple choisisse d'habiter en Turquie : M. Al-Bayati, son épouse et leurs filles en ont la religion et la langue majoritaires, et M^{me} Al-Bayati et les filles en ont la nationalité.
À noter que, dans sa communication de la requête *Al-Bayati c. Allemagne*, la Cour a choisi de mettre en valeur deux principes directeurs, dont celui-ci²³.

6

B) Critères « subjectifs » de *Üner*

23. Dans l'arrêt de Grande chambre *Üner* de 2006, la Cour a souhaité « expliciter deux critères qui se trouvent peut-être déjà implicitement contenus dans ceux identifiés dans l'arrêt *Boultif* »²⁴. Ces deux nouveaux « principes directeurs » sont plus difficilement objectivable ; c'est pourquoi nous les avons qualifiés de « subjectifs ». Sans prétendre à être exhaustif, il est intéressant d'insister sur certains éléments correspondant à ces deux critères, que nous citerons, en italique, tels que formulés par la Cour.

²³ Requête *Al-Bayati c. Allemagne*, n° 12538/19, communiquée le 12 novembre 2019.

²⁴ *Üner* [GC], *op. cit.*, § 58.

24. Remarquons au préalable que cet ajout de « principes directeurs » témoigne du fait que des critères objectifs n'étaient pas suffisants. En effet, une situation familiale déterminée ne conditionne pas l'intérêt des enfants à rester ou non avec leurs parents dans leur pays actuel ; de même, une durée de séjour dans un pays ne suffit pas en soi à assurer l'existence de liens solides avec celui-ci. L'ajout de critères « subjectifs » permet à la Cour de mieux appréhender la complexité de la question migratoire. Ainsi, les années passées en Europe par certains étrangers leur ont permis, non de créer des liens avec le pays d'accueil, mais de développer une communauté parallèle quasi-autonome par rapport à la société. C'est dans ces communautés que l'idéologie islamiste se développe et se transmet dès l'enfance. Dans ces cas-là, la longue durée du séjour et l'unité dans la famille creusent l'écart entre les musulmans d'origine immigrée et la société occidentale.

25.

- *l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé* : Les filles Al-Bayati sont, comme leur mère, Turques. Pour les mêmes raisons qu'évoquées au § 22 des présentes observations, il sera donc aisé pour elles, le cas échéant, de s'intégrer au sein de la minorité turkmène d'Irak ou en Turquie. Rien n'empêche les filles Al-Bayati de poursuivre leur scolarité dans ses pays, afin que l'unité de la vie familiale puisse être préservée en dehors d'Allemagne. Par ailleurs, puisque les filles Al-Bayati ont la nationalité allemande, elles auront si besoin la possibilité de revenir en Allemagne pour retrouver ponctuellement l'environnement dans lequel elles évoluent. Enfin, il est illusoire de croire que les deux filles vivent actuellement paisiblement dans cette famille en Allemagne, alors même que leur père a été condamné pour des actes terroristes et que leurs parents ne sont pas intégrés à la société allemande.

À noter que ce critère est le deuxième principe directeur mis en valeur par la Cour dans sa communication de la requête *Al-Bayati c. Allemagne*²⁵.

26.

- *la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination* : Né en Irak et y étant resté pendant ses vingt premières années, M. Al-Bayati est peu intégré à la société et à la culture allemandes. Ses connaissances et ses amis sont Irakiens et parlent peu ou mal allemand. Il n'est en général pas capable de citer leur nom de famille. Le requérant est actuellement au chômage ; la vie sociale de la famille est centrée sur des mosquées « étrangères ». Au contraire, en Irak, le requérant parle la langue, en connaît la culture, y garde certains liens familiaux et partage la religion majoritaire.

27. L'application de ces « principes directeurs » suffit à penser que l'expulsion de M. Al-Bayati respecte le juste équilibre entre les buts légitimes poursuivis par les autorités et les exigences du respect de sa vie familiale. Le fait que la mesure d'interdiction du territoire soit limitée à quinze ans va aussi dans le sens de la proportionnalité de la mesure d'expulsion.

Si les critères actuellement utilisés par la Cour suffisent à conclure que la décision n'expulsion n'a pas violé l'article 8, il pourrait néanmoins être utile de compléter et pondérer ces critères. En effet, la CEDH pourra ainsi d'autant mieux interpréter l'article 8 « à la lumière des conditions actuelles »²⁶.

²⁵ Requête *Al-Bayati*, *op. cit.*

²⁶ *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978, § 31.

III- La pertinence de compléter et pondérer les « principes directeurs »

28. Les critères permettant d'apprécier l'interaction entre le droit au respect de la vie familiale et l'expulsion d'étrangers ont commencé à se dessiner avec l'arrêt *Berrehab* en 1988²⁷. Puis, ils ont été formalisés avec l'arrêt *Boultif* de 2001²⁸ et ont été complétés et énumérés dans leur forme actuelle en 2006 par la Grande chambre dans l'arrêt *Üner*²⁹. Après avoir évolué pendant dix-huit ans, ils sont donc fixes depuis quatorze ans. Ils permettent toujours de bien appréhender la situation familiale du requérant, mais peinent à le faire en ce qui concerne la situation sociale locale plus générale. De plus, comme l'ont déjà fait remarquer certains juges et comme semble le constater la Cour elle-même, une pondération des critères est indispensable afin d'éviter une longue liste de « pour » et de « contre » ne permettant pas de trancher efficacement un litige.

A) De nouveaux critères centrés sur la société

29. Lors de l'étude de proportionnalité, la Cour contrôle la nécessité d'une mesure d'expulsion dans une société dite « démocratique », caractérisée en particulier par « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »³⁰. Entre une personne étrangère et une société, la volonté d'intégration doit être mutuelle, à l'image d'un contrat synallagmatique (bilatéral). La proportionnalité d'une mesure doit donc être relative à la situation individuelle du requérant et de sa famille, mais aussi à la situation sociale du pays, de la région et de la ville concernés, au regard de ces trois caractéristiques. Après avoir évalué la capacité d'un étranger menacé d'expulsion à honorer ce contrat, il est important d'évaluer aussi celle de la société. Pour s'assurer des capacités de la société à intégrer un étranger dans un environnement stable et sain, il paraît opportun de suggérer à la CEDH deux principes directeurs supplémentaires (§§ 30 et 31). Ces critères affineront son étude de proportionnalité en l'espèce et pour toute affaire similaire.

30.

- *la stabilité de la société du pays hôte, en particulier sa capacité à intégrer le requérant à la vie sociale, économique et culturelle de ce pays :*

La société allemande est traversée par un fort clivage sur les questions migratoires et l'on observe une contestation grandissante de l'immigration, à la suite notamment d'attentats islamistes depuis 2016. Par ailleurs, le *Land* Rhénanie-du-Nord-Westphalie dans lequel M. Al-Bayati évolue a été marqué par les agressions et viols de masse au Nouvel An 2016 commis par au moins 1 500 immigrés extra-Européens. Dans ce contexte de réticences contre l'immigration, l'intégration sociale et culturelle du requérant serait difficile.

Ce qui pourrait plaider en faveur d'une certaine capacité à intégrer M. Al-Bayati, en tant que chômeur, est l'économie. L'Allemagne est en effet la première puissance économique du Conseil de l'Europe (produit intérieur brut). Son taux de chômage est en juillet 2019 de seulement 3 %, contre une moyenne dans l'Union européenne de 6,3 % (données Eurostat)³¹.

²⁷ *Berrehab*, *op. cit.*, § 29.

²⁸ *Boultif*, *op. cit.*, § 48.

²⁹ *Üner* [GC], *op. cit.*, §§ 57 et 58.

³⁰ *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, § 49.

³¹ Eurostat, « Le taux de chômage à 7,5 % dans la zone euro », communiqué [133/2019](#), 30 août 2019.

Le taux de chômage en Rhénanie-du-Nord-Westphalie est cependant près de 30 % plus élevé que la moyenne allemande³².

31.

- *la gravité des difficultés que la société est susceptible de rencontrer pour éloigner le requérant de l'environnement l'ayant conduit à commettre des infractions pénales :*

Que ce soit volontairement ou malgré lui, le requérant est factuellement toujours inséré dans un environnement d'islamistes, au sein duquel il avait collecté des fonds pour des opérations terroristes (voir § 26). Le contexte actuel en Rhénanie-du-Nord-Westphalie, et à Bochum en particulier, rend difficile pour la société d'éloigner réellement M. Al-Bayati de cet environnement. En effet, un tiers des musulmans vivant en Allemagne sont en Rhénanie-du-Nord-Westphalie, ce qui permet aux courants les plus radicaux de l'islam de s'y développer, par exemple les Frères musulmans à Bochum³³. Dans ce *Land* allemand, malgré la volonté des autorités, seize islamistes n'avaient pas encore pu être expulsés en juin 2018³⁴. Parmi eux, un prédicateur salafiste résidait à Bochum : « Sami Ben Mohamed A. », ancien garde du corps présumé d'Oussama Ben Laden. Proche des organisateurs des attentats du *World Trade Center* de 2001 et de l'État islamique, Sami Ben Mohamed A. a été l'objet de tentatives d'expulsion par les autorités à partir de 2006 et a été effectivement expulsé vers la Tunisie le 13 juillet 2018, soit douze ans après³⁵. En tant que demandeur d'asile, il a touché entre-temps 1 170 euros par mois de prestations et a eu quatre enfants avec une Tunisienne, qui ont la nationalité allemande³⁶. Ces différents faits témoignent du fait que, actuellement, les autorités régionales et locales paraissent démunies face aux réseaux islamistes comme celui de M. Al-Bayati.

9

B) Pondération et hiérarchisation des critères

32. La CEDH semble déjà pondérer les dix critères qu'elle utilise pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'expulsion. Comme l'ont fait remarquer les anciens juges Jean-Paul Costa, Boštjan Zupančič et Rıza Türmen, la Cour tend à « *sur-pondérer* » *la nature et la gravité du crime* » et ainsi à dégager « *une méthode qui privilégie un critère, celui touchant à l'infraction, et considère les autres comme secondaires ou marginaux* »³⁷.

Dans le contexte actuel d'actes terroristes fréquents, il serait intéressant pour la Cour de clarifier cette pondération, en privilégiant les deux critères *Boultif* relatifs à la sécurité ainsi que le deuxième critère proposé dans ces observations. En effet, en tant que bien commun à tous, la sécurité nationale doit avoir un poids primordial dans l'appréciation.

33. De plus, dans toutes les décisions qui concernent des enfants, la Cour considère que leur intérêt supérieur doit primer. C'est aussi le cas dans les décisions d'expulsion d'un parent³⁸. D'après elle, « cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important »³⁹. Au contraire, le dernier critère *Boultif*, relatif au conjoint, est le seul à avoir

³² Bundesagentur für Arbeit (Agence fédérale de l'emploi), Arbeitsmarkt im Überblick, [Statistik](#) nach Regionen, janvier 2020.

³³ "Schulung für Jugendliche durch Muslimbrüder?" *NRW. direkt*, 19 février 2019.

³⁴ "NRW kann 16 islamistische Gefährder nicht abschieben" *Die Welt*, 5 juin 2018.

³⁵ Kai Biermann et Karsten Polke-Majewski, "Abschieben um jeden Preis" *Die Zeit*, 16 août 2018.

³⁶ "16 Jihadisten können nicht abgeschoben werden" *NRW. direkt*, 5 juin 2018.

³⁷ *Üner* [GC], *op. cit.*, opinion dissidente commune aux juges Costa, Zupančič et Türmen, § 16.

³⁸ *Jeunesse* [GC], *op. cit.*, §§ 117 et 118.

³⁹ *Ibid.*, § 109.

été minimisé par la Cour dans l'arrêt : « *le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion* »⁴⁰.

Étant donné la fragilité des enfants, il serait opportun de préciser explicitement une telle pondération. Ainsi, les deux critères concernant les enfants pourraient eux-aussi avoir un poids primordial.

34. Pour résumer le raisonnement des §§ 32 et 33, la CEDH pourrait saisir l'opportunité de cette affaire pour définir cinq principes directeurs comme « majeurs », c'est-à-dire ayant un poids plus important, et les sept autres comme mineurs.

Les cinq critères majeurs seraient ceux relatifs à la sécurité et à l'intérêt supérieur de l'enfant :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ;
- la gravité des difficultés que la société est susceptible de rencontrer pour éloigner le requérant de l'environnement l'ayant conduit à commettre des infractions pénales ;
- la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge ;
- le cas échéant : l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé.

Conclusion

35. La décision d'expulsion d'Isam Al-Bayati répond aux objectifs légitimes de protection de la sécurité nationale, de prévention des infractions pénales et de protection des droits et libertés d'autrui. Elle est proportionnelle à ceux-ci, dans la mesure où elle porte une atteinte faible à sa vie familiale, qui pourra se poursuivre à l'étranger, et qu'elle limite la période d'interdiction du territoire à quinze ans. L'article 8 de la Convention ne semble donc pas violé par cette décision d'expulsion, qui devrait être mise en œuvre rapidement, après onze années d'attente. Appliquer la démarche habituelle de la Cour, en particulier ses dix principes directeurs, suffit à constater cette non-violation.

36. Cela dit, la Cour pourrait saisir l'occasion de ce litige pour rouvrir l'évolution de ces critères en fonction de celle des réalités, comme entre 1988 et 2006. Deux nouveaux principes directeurs pourraient ainsi être définis et une hiérarchisation entre des principes majeurs et mineurs pourraient être pratiqués. Cette clarification permettrait de mieux comprendre l'interaction entre expulsion d'un étranger et vie familiale, dans le contexte des nombreuses requêtes déposées à la Cour sur ce sujet. Cette adaptation de la démarche de la Cour permettrait aussi de rappeler que le droit au respect de la vie familiale n'est pas un droit conflictuel avec la sécurité. L'un ne doit pas être sacrifié pour l'autre, car ils sont complémentaires et interdépendants.

37. L'ECLJ tient à rappeler que le droit au respect de la vie familiale est en effet fondé, comme les autres droits de l'homme, sur la dignité humaine. Par ce droit, l'homme accomplit sa nature, en particulier son aspiration naturelle à vivre en société. Un terroriste, par ses actes, n'accomplit pas cette aspiration naturelle mais détruit au contraire la société.

⁴⁰ *Boultif*, § 48.

Enfin, comme rappelé dans le Préambule à la Déclaration universelle des droits de l'homme, les droits sont un fondement de la liberté, de la justice et de la paix. La sécurité est un autre fondement de ces mêmes trois objectifs et la lutte contre le terrorisme vise à l'assurer. Ces deux fondements de la liberté, de la justice et de la paix sont indissociables et au service du même bien commun.