



OBSERVATIONS ÉCRITES

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

Orhan Demirci et autres c. Hongrie

(Affaire n° 48302/21)

Grégor Puppinck, Directeur,
Nicolas Bauer, Chercheur associé.

Novembre 2023

1. L'ECLJ souhaite dans ces observations apporter des éléments de jurisprudence sur le droit au respect de la vie privée et familiale, protégé à l'article 8 de la Convention, et sur son articulation avec l'expulsion d'étrangers délinquants ou criminels.

Précisions sur l'article 8

2. L'article 8 protège le droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur. La Cour considère il n'y a pas de « vie familiale » entre les parents et leurs enfants adultes, à moins qu'ils ne puissent démontrer des éléments de dépendance supplémentaires¹.
3. Une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 doit être prévue par la loi, répondre à au moins l'un des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de ce même article, 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.
4. La Cour s'est fondée pour la première fois sur l'article 8 à propos d'une situation d'expulsion d'étrangers à l'occasion de l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas* en 1988². Depuis, ces questions ont donné lieu à de nombreux arrêts et décisions, y compris en Grande chambre³, ayant permis à la Cour de déterminer et enrichir des « principes directeurs » lui permettant de contrôler les exigences de « proportionnalité » et de « besoin social impérieux ».

Objectif des observations

5. Ces observations écrites visent à contribuer à la réflexion de la Cour sur l'interaction du droit au respect de la vie privée et familiale avec l'expulsion de criminels ou délinquants. Par l'expulsion d'un délinquant ou criminel, un État entend exercer ses fonctions fondamentales, qui répondent à plusieurs objectifs légitimes d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou de la vie familiale (I). Les critères d'appréciation habituellement utilisés par la Cour peuvent être appliqués, mais aussi complétés afin de mieux protéger la société (II). Enfin, quelques éléments tirés de la jurisprudence permettent d'examiner la proportionnalité d'interdictions de retour d'étrangers au pays dont ils ont été expulsés(III).

I- La possibilité pour un État d'expulser des étrangers

6. Les droits d'un étranger se distinguent de ceux d'un national (A) et l'expulsion d'un étranger peut répondre à des objectifs légitimes d'une ingérence dans ses droits protégés à l'article 8 de la Convention (B).

¹ *Munir Johana c. Danemark*, n° 56803/18, 12 janvier 2021, § 44.

² *Berrehab c. Pays-Bas*, n° 10730/84, 21 juin 1988.

³ 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, § 59.

A) La situation et les droits d'un étranger

7. 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 droit⁴. 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 (art. 2 §§ 1 et 2 du Protocole n° 4). Il n'existe donc pas de droit pour une personne de se maintenir dans un État dont elle n'est pas ressortissante.
8. 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 CEDH⁵. 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 né⁶. 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*⁷ ».
9. Le système conventionnel permet ainsi de distinguer clairement les nationaux des étrangers⁸. Le protocole n° 4 à la Convention interdit l'expulsion des nationaux par mesure individuelle (art. 3 §1), mais pas celle des étrangers (art. 4). De plus, il réserve le droit d'entrer librement dans un État aux nationaux (art. 3).
10. 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. 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*⁹.

B) L'exercice des fonctions fondamentales de l'État

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, en particulier

⁴ *Ward c. Royaume-Uni* (déc.), n° 31888/03, 9 novembre 2004, § 2 ; *Codona c. Royaume-Uni* (déc.), n° 485/05, 7 février 2006.

⁵ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (Plénière), nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81, 28 mai 1985, § 67 ; *Boujlifa c. France*, n° 25404/94, 21 octobre 1997, § 42.

⁶ *Üner* [GC], *op. cit.*, §§ 54-60.

⁷ *Cherif et autres c. Italie*, n° 1860/07, 7 avril 2009, § 59.

⁸ 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. C'est par exemple le cas, dans une opinion dissidente commune jointe à l'arrêt *Üner* [GC] précité, des 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).

⁹ *Boulois c. Luxembourg* [GC], n° 37575/04, 3 avril 2012, §§ 98 à 105.

la garantie de la sécurité publique et la protection de la nation. À ce titre, cette possibilité fait partie de sa souveraineté nationale.

12. L'expulsion des étrangers délinquants ou criminels vise l'objectif légitime de prévention des infractions pénales, cité à l'article 8 § 2. En effet, les expulsions n'ont pas un but punitif, comme la sanction pénale, mais préventif, afin de garantir la sécurité pour l'avenir. 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*¹⁰ ».
13. La Cour laisse une large marge d'appréciation aux États pour les questions touchant à la résidence des étrangers¹¹, que chaque État tranche en fonction des réalités sociales nationales. La Cour peut néanmoins contrôler que l'État ait ménagé un juste équilibre entre les intérêts personnels d'un requérant et l'intérêt général, ce qu'elle a fait plusieurs fois dans de telles affaires à l'aide de ses « principes directeurs ». Ce contrôle est l'objet de la deuxième partie de ces observations.

II- Des « principes directeurs » de la Cour à appliquer et compléter

14. Les critères permettant d'apprécier l'interaction entre le droit au respect de la vie privée ou familiale et l'expulsion d'étrangers ont commencé à se dessiner avec l'arrêt *Berrehab* en 1988¹². Puis, ils ont été formalisés avec l'arrêt *Boultif* de 2001¹³ et ont été complétés et énumérés dans leur forme actuelle en 2006 par la Grande chambre dans l'arrêt *Üner*¹⁴. Ces « principes directeurs » sont aujourd'hui au nombre de dix – huit de *Boultif* (A) et deux d'*Üner* (B) – et permettent de bien appréhender la situation individuelle de chaque étranger en voie d'expulsion.
15. Après avoir évolué pendant dix-huit ans, ils sont fixes depuis dix-huit ans. Ils permettent toujours de bien appréhender la vie privée et familiale des étrangers, mais peinent à tenir compte de la situation sociale locale plus générale. Il pourrait ainsi être opportun, à l'occasion de la présente affaire, de compléter ces principes directeurs afin de mieux interpréter l'article 8 « *à la lumière des conditions actuelles*¹⁵ ». L'ECLJ propose d'ajouter deux principes directeurs centrés sur la société (C).

A) Critères « objectifs » de *Boultif*

16. L'arrêt *Boultif c. Suisse* de 2001¹⁶ a été l'occasion pour la Cour de définir huit principes directeurs, que l'on pourrait principalement qualifier d'« objectifs » (au sens de

¹⁰ *Cherif, op. cit.*, § 59.

¹¹ *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* ».

¹² *Berrehab, op. cit.*, § 29.

¹³ *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, 2 août 2001, § 48.

¹⁴ *Üner [GC], op. cit.*, §§ 57 et 58.

¹⁵ *Tyner c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978, § 31.

¹⁶ *Boultif, op. cit.*, § 48.

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. À noter que pour apprécier la situation d'un étranger qui est l'objet d'une décision d'expulsion, la Cour se focalise sur le moment où la décision est devenue définitive¹⁷.

17. Les huit critères *Boultif* sont les suivants :

- *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 durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé*
- *la nationalité des diverses personnes concernées*
- *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*
- *la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale*
- *la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge*
- *la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé.*

B) Critères « subjectifs » de *Üner*

18. 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*¹⁸ ». Ces deux nouveaux « principes directeurs » sont plus difficilement objectivable ; c'est pourquoi nous les avons qualifiés de « subjectifs ».

19. 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 de l'expulsion. Ainsi, les années passées en Europe par certains étrangers leur ont parfois 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 en particulier le cas pour les étrangers originaires de pays à majorité musulmane. Dans ces cas-là, la longue durée du séjour peut creuser l'écart entre les étrangers et la société occidentale.

20. Les deux critères *Üner* sont les suivants :

- *la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination*

¹⁷ *Cabucak c. Allemagne*, n° 18706/16, 20 décembre 2018, § 43.

¹⁸ *Üner* [GC], *op. cit.*, § 58.

- *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.*

C) Des critères centrés sur la société

21. L'application des dix « principes directeurs » cités peut souvent suffire à déterminer qu'une expulsion d'étrangers respecte le juste équilibre entre les buts légitimes poursuivis par les autorités et les exigences du respect de leur vie privée ou familiale. Si les critères actuellement utilisés par la Cour peuvent suffire à conclure qu'une décision d'expulsion n'a pas violé l'article 8, il pourrait néanmoins être utile de compléter ces critères.
22. 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*¹⁹ ». Or, entre une personne 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 des étrangers expulsés, 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'une personne menacée d'expulsion à honorer ce contrat, il est important d'évaluer aussi celle de la société.
23. 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. Ces critères affinaient son étude de proportionnalité en l'espèce et pour toute affaire similaire :
 - *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 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*

III- La proportionnalité de l'interdiction de retour

24. Lorsque la Cour évalue et valide la proportionnalité d'une décision d'expulser un étranger délinquant ou criminel, elle contrôle également celle de l'interdiction de retour qui accompagne la décision d'expulsion.
25. Bien que la jurisprudence de la Cour concernant les interdictions de retour soit contestable de par son laxisme face au crime (A) elle tend à valider la proportionnalité d'interdictions de retour temporaires et courtes (B).

¹⁹ *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, § 49.

A) La jurisprudence « laxiste » de la Cour

26. En 2021, dans les affaires *Abdi c. Danemark*²⁰ et *Savran c. Danemark* (Grand chambre)²¹, la Cour a considéré que des décisions d'expulsion d'étrangers criminels assorties d'interdictions de retour étaient disproportionnées, principalement en raison du caractère permanent de ces interdictions de retour. Les examens de proportionnalité de la Cour, condamnant le Danemark pour violation de l'article 8, sont contestables.
27. En effet, les multiples condamnations des deux requérants des affaires de 2021 concernaient des délits et crimes graves. Outre des condamnations pour faits de vol et cambriolage ou encore pour des infractions liées aux stupéfiants Mohamed Hassan Abdi, Somalien, avait été condamné pour un crime plus grave, celui de détention illégale d'une arme à feu entièrement chargée avec des munitions dans un lieu public dans des circonstances particulièrement aggravantes²². Arif Savran, Turc, avait quant à lui été condamné pour vol aggravé ainsi que pour agression en réunion qui a causé la mort de la victime²³.
28. La gravité des infractions pénales commises par MM. Abdi et Savran n'a pas empêché la Cour de condamner le Danemark en considérant l'interdiction de retour permanente comme disproportionnée. Six des juges de la Grande chambre ont voté contre la majorité dans l'arrêt *Savran* et ont démontré dans leur opinion dissidente que le constat de violation de la Cour tranchait avec sa jurisprudence passée²⁴. Plus généralement, l'opposition de principe de la Cour à toute interdiction de retour permanente est une forte atteinte à la souveraineté des États sur leur territoire.

B) Les interdictions de retour temporaires

29. Dans l'affaire *Savran c. Danemark*, la Grande chambre résume sa position : « *La Cour a déjà jugé dans de précédentes affaires que le caractère définitif d'une telle interdiction la rendait disproportionnée. Dans d'autres affaires, elle a considéré que le caractère temporaire était un facteur de proportionnalité de la mesure [...]. Elle a également jugé proportionnées une mesure d'exclusion qui avait été prononcée pour une durée indéterminée mais qui laissait cependant aux requérants certaines possibilités de retour dans l'État de renvoi [...] et, à plus forte raison, une mesure qui laissait aux requérants la possibilité de solliciter un réexamen par les autorités de la durée de l'interdiction de retour*²⁵ ».
30. Le caractère temporaire d'une interdiction de retour et sa durée particulièrement courte sont des facteurs de proportionnalité d'une telle mesure prise à l'encontre d'un étranger.

²⁰ *Abdi c. Danemark*, n° 41643/19, 14 septembre 2021.

²¹ *Savran c. Danemark* [GC], n° 57467/15, 7 décembre 2021.

²² *Abdi, op. cit.*, §§ 33 et 34.

²³ *Savran* [GC], *op. cit.*, § 193.

²⁴ Voir l'opinion dissidente commune aux juges Kjølbros, Dedov, Lubarda, Harutyunyan, Kucsko-Stadlmayer et Poláčeková à l'arrêt *Savran* [GC], notamment §§ 11, 12, 28, 29.

²⁵ *Savran* [GC], *op. cit.*, § 199.