

# La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au renvoi des délinquants étrangers

JULIA KAMHI\*

MOTS CLÉS	Expulsion des délinquants étrangers – Cour européenne des droits de l'homme – vie privée et familiale – pesée des intérêts – étranger de la deuxième génération
RÉSUMÉ	Cette contribution s'intéresse au contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'expulsion des délinquants étrangers. Elle démontre une tendance à accorder systématiquement un poids prépondérant au critère de la gravité des infractions commises dans la pesée des intérêts, ainsi que l'absence de protection effective qui en découle pour certains étrangers.
ZUSAMMENFASSUNG	Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bei der Wegweisung ausländischer Straftäter. Er zeigt eine Tendenz, dem Kriterium der Schwere der begangenen Straftaten bei der Interessenabwägung systematisch ein überragendes Gewicht beizumessen, sowie das daraus resultierende Fehlen eines effektiven Schutzes für bestimmte Ausländer.
ABSTRACT	This contribution focuses on the European Court of Human Rights' review of the expulsion of foreign offenders. It demonstrates a tendency to systematically give predominant weight to the criterion of the seriousness of the offences committed in weighing up the interests, as well as the resulting lack of effective protection for some foreigners.

## Introduction

L'expulsion des délinquants étrangers fait partie des prérogatives légitimes des États souverains. Ces derniers disposent en effet d'une grande liberté en matière de contrôle de la présence sur leur territoire<sup>1</sup>. La Convention européenne des droits de l'homme<sup>2</sup> ne confère par ailleurs à aucune catégorie d'étrangers un droit d'entrer ou de résider dans un pays particulier, ou un droit absolu à la non-expulsion<sup>3</sup>.

Cela étant, l'expulsion d'une personne étrangère condamnée pour une infraction pénale peut, selon les circonstances, porter atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Le respect de cette liberté implique que la mesure poursuive un but légitime et qu'elle soit dans une proportion raisonnable avec celui-ci. Ces questions peuvent s'avérer complexes s'agissant d'une mesure qui impacte de manière très importante la situation des personnes concernées.

Cette contribution s'intéresse aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, ainsi qu'au contenu de son contrôle. L'analyse de sa jurisprudence permettra de saisir la portée effective de la liberté conférée par l'art. 8 CEDH en matière d'éloignement des délinquants étrangers.

Après un rappel des situations protégées par l'art. 8 CEDH (I), il sera question de la légitimité du but poursuivi par les mesures d'expulsion (II). Il s'agira ensuite d'exposer le contrôle de la proportionnalité effectué par la Cour européenne des droits de l'homme (III), en distinguant le contrôle du processus décisionnel (V) du contrôle du contenu de la décision (IV). L'accent sera notamment porté sur le critère auquel la Cour accorde une importance décisive dans la pesée des intérêts, ainsi que sur certaines problématiques qui en découlent.

\* Doctorante à l'Université de Lausanne, titulaire du brevet d'avocat. Une première version de cette contribution a été présentée au séminaire annuel 2021 de l'École doctorale en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO). L'auteure remercie la Prof. Isabelle Chabloz pour sa relecture attentive et ses conseils. Elle remercie également les relecteurs anonymes pour leurs précieux commentaires.

<sup>1</sup> Arrêts de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 42 ; *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, 42034/04, § 65 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, 46410/99, § 54.

<sup>2</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

<sup>3</sup> Arrêts de la CourEDH *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, 46410/99, § 54 ss ; *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, 42034/04, § 68.

## I. Le champ d'application de l'art. 8 CEDH

Le domaine du renvoi des étrangers délinquants fait l'objet de très nombreux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme depuis une trentaine d'années. Le cœur de la matière se situe à l'art. 8 CEDH, garantissant le droit à la vie privée et familiale<sup>4</sup>. Cette garantie constitue en effet le droit fondamental le plus touché par les mesures d'éloignement des étrangers<sup>5</sup>.

L'examen d'une mesure d'expulsion au regard de l'art. 8 CEDH implique en premier lieu que la situation personnelle de l'étranger entre dans le champ d'application de cette disposition. À cet égard, la protection conférée par l'art. 8 CEDH peut découler de son aspect « vie familiale » ou de son aspect « vie privée ». Alors que l'aspect vie familiale protège les liens créés avec certains membres de la famille résidant sur le territoire, l'aspect vie privée garantit le droit de créer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur. Il concerne les éléments de l'identité sociale d'un individu<sup>6</sup>.

Dans le domaine de l'éloignement, les situations couvertes par l'art. 8 CEDH sont ainsi les suivantes :

- l'étranger peut se prévaloir d'une *vie familiale avec des membres de sa famille nucléaire*, soit son conjoint et ses enfants mineurs<sup>7</sup>, ou avec des membres de sa famille ayant des *liens de dépendance*<sup>8</sup> ;
- l'étranger est *né ou a grandi dans le pays d'accueil* (étranger dit de la deuxième génération)<sup>9</sup> ;
- l'étranger est un immigré de *longue durée*<sup>10</sup>. La Cour ne se prononce pas précisément sur la durée mini-

male du séjour qui permet à l'étranger de se prévaloir de l'art. 8 CEDH. De nombreux arrêts concernent des séjours de plusieurs dizaines d'années sur le territoire de l'État partie, de sorte qu'il est difficile de déterminer cette durée avec certitude. Cela étant, la Cour a en tout cas accepté d'examiner l'art. 8 CEDH dans un cas où le requérant avait séjourné en Suisse pendant huit ans au moment du prononcé de la mesure par l'autorité de première instance, et depuis dix ans au moment de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral<sup>11</sup>. Une durée de séjour de cet ordre devrait dès lors suffire pour que l'art. 8 CEDH puisse être appliqué.

## II. Le but légitime

Il est généralement admis que les objectifs poursuivis par les mesures d'expulsion des délinquants étrangers sont la protection de la sécurité publique et la prévention des infractions pénales<sup>12</sup>. Ces objectifs figurent expressément parmi les motifs reconnus comme légitimes à l'art. 8 § 2 CEDH<sup>13</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme se prononce ainsi rarement sur la légitimité du but poursuivi par une mesure d'expulsion lorsqu'elle examine celle-ci au regard de l'art. 8 CEDH. Les arrêts rendus en la matière se concentrent essentiellement sur la proportionnalité de la mesure de renvoi<sup>14</sup>.

Cette absence de considérations est à notre sens regrettable. Il est en effet admis que la légitimité du but poursuivi par une mesure étatique se détermine non pas uniquement dans son principe, mais cas échéant également

<sup>4</sup> L'art. 3 CEDH peut également trouver application en matière d'expulsion. Sauf circonstances spéciales, il concerne toutefois essentiellement l'exécution de la mesure de renvoi et ne fait pas l'objet de la présente contribution.

<sup>5</sup> GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, n° 405 ss.

<sup>6</sup> Arrêt de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, 52873/09, § 39. Cf. également BESSON/KLEBER, *Code annoté de droit des migrations*, vol. I : Droits humains, Berne 2014, art. 8 CEDH N 8.

<sup>7</sup> Arrêts de la CourEDH *Veljkovic-Jukic c. Suisse* du 21 juillet 2020, 59534/14, § 37 ; *Salija c. Suisse* du 10 janvier 2017, 55470/10, § 36 ; *Hasanbasic c. Suisse* du 11 juin 2013, 52166/09, § 49.

<sup>8</sup> Arrêts de la CourEDH *A.W. Khan c. Royaume-Uni* du 12 janvier 2010, 47486/06, § 32 ; *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, 48321/99, § 97.

<sup>9</sup> Arrêts de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 45 ; *Z c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 62.

<sup>10</sup> Arrêts de la CourEDH *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 60 ; *Veljkovic-Jukic c. Suisse* du 21 juillet 2020, 59534/14, § 36 ; *Hasanbasic c. Suisse* du 11 juin 2013, 52166/09, § 49.

<sup>11</sup> Arrêt de la CourEDH *Ukaj c. Suisse* du 24 juin 2014, 32493/08, § 30.

<sup>12</sup> Arrêts de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 48 ; *Saber et Boughassal c. Espagne* du 18 décembre 2018, 76550/13 et 45938/14, § 44. Cf. également ATF 146 IV 105, c. 4.3.

<sup>13</sup> Arrêts de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 48 ; *Balogun c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, 60286/09, § 48.

<sup>14</sup> Arrêts de la CourEDH *Z. c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 56 ; *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, 12020/09, § 46 et 54 ; *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, 1638/03, § 67. Cf. également MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, HK-EMRK, art. 8 N 109, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (éd.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4e éd. Zurich 2017 ; CARONI, Handkommentar AuG, Rem. prélim. art. 42-52 N 51, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AUG), Handkommentar, Berne 2010 ; ARTHUR HAEFLIGER/FRANCK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz – Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1999, 266 s.

en rapport avec l'atteinte à un droit fondamental<sup>15</sup>. Cette question se différencie de l'examen de la proportionnalité, en ce sens qu'elle appelle une réponse abstraite, sans examen des circonstances du cas d'espèce<sup>16</sup>.

Certes, au niveau des instruments internationaux, les intérêts permettant de restreindre certains droits fondamentaux sont directement énumérés dans l'acte concerné. Tel est précisément le cas au § 2 de l'art. 8 CEDH<sup>17</sup>. Toutefois, le postulat préalable selon lequel l'objectif de prévention des infractions pénales constitue toujours un but légitime pour prononcer une expulsion est de plus en plus remis en question. La question est notamment évoquée sous l'angle de la responsabilité de l'État d'accueil s'agissant de l'échec de socialisation des étrangers qui ont séjourné depuis leur naissance ou leur enfance sur le territoire<sup>18</sup>. Ces étrangers feraient partie du tissu social de l'État de résidence, et leur éventuelle délinquance pourrait difficilement être considérée comme un « problème » étranger.

La question se pose également de savoir si un renvoi prononcé uniquement pour des motifs de prévention générale répond à un intérêt public suffisant<sup>19</sup>. En d'autres termes, est-il légitime de prononcer une expulsion sur la

base du seul comportement passé, en l'absence d'un risque actuel de récidive ?

La doctrine s'interroge enfin sur les raisons qui amènent à admettre qu'une expulsion du territoire serait nécessaire pour protéger la sécurité publique des ressortissants étrangers, alors que les mesures prévues par le code pénal sont réputées suffisantes à l'égard des nationaux<sup>20</sup>.

La question de l'objectif poursuivi mériterait par conséquent une réponse plus complète de la part des juges européens qu'un simple renvoi aux buts mentionnés au § 2 de l'art. 8 CEDH.

### III. La proportionnalité de la mesure d'expulsion

Pour ne pas constituer une violation d'un droit fondamental, une mesure d'expulsion doit être proportionnée à l'objectif poursuivi. Ce principe découle du § 2 de l'art. 8 CEDH, selon lequel l'ingérence doit constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire aux buts poursuivis<sup>21</sup>.

Le respect du principe de proportionnalité signifie que la mesure doit répondre aux maximes d'aptitude et de nécessité, et être dans un rapport raisonnable avec le but poursuivi<sup>22</sup>. Cette troisième maxime est également appelée proportionnalité au sens étroit. Elle est définie comme une mise en rapport ou une recherche d'équilibre entre l'intérêt public à l'intervention de l'État et l'intérêt privé opposé<sup>23</sup>. En d'autres termes, elle implique de procéder à une pesée des intérêts en jeu<sup>24</sup>. Il s'agit d'identifier les inté-

<sup>15</sup> CR Cst.-DUBÉY, art. 36 N 109, in: Martenet/Dubey (éd.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021 ; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zur neuesten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Bovay/Nguyen (éd.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor – Théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire, Berne 2005, 607 ss, n° 139.

<sup>16</sup> CR Cst.-DUBÉY, art. 36 N 109 ; BSK BV-EPINEY, art. 36 N 50, in: Waldmann/Belser/Epiney (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 ; MARKUS SCHEFER, Beeinträchtigung von Grundrechten, in : Merten/Papier (éd.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg 2007, 141 ss, n° 90 s.

<sup>17</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV, art. 36 N 33, in: Ehrenzeller *et al.*, (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014.

<sup>18</sup> YVO HANGARTNER, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, PJA 2013/5, 698 ss, 699 ; MAGALIE GAFNER, Personnes de nationalité étrangère, délinquance et renvoi: Une double peine?, RDAF 2007 I, 1 ss, 28 ; SELMA BENKHELIFA, Le retour de la double peine, La Revue Nouvelle 2017/6, 6 ss, 8 ; P. VAN DIJK, Protection of « integrated » aliens against expulsion under the European Convention of Human rights, in : Guild/Mindehroud (éd.), Security of Residence and Expulsion – Protection of Aliens in Europe, La Haye 2001, 23 ss, 35 ss, selon qui cette question relève toutefois de la proportionnalité.

<sup>19</sup> PETER UEBERSAX, Das AuG von 2005: zwischen Erwartungen und Erfahrungen, in : Achermann *et al.* (éd.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Berne 2012, 3 ss, 54 ; MICHAEL SPRING, Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht, Zurich/St-Gall 2022, n° 323.

<sup>20</sup> SYLVIE SAROLÉA, Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vices par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Revue Québécoise de droit international 2000/1, 247 ss, 267 ; CHRISTELLE MACQ, Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal, Revue du droit des étrangers 2018, 179 ss, 204 ; MARIE-FRANÇOISE VALETTE, « Double peine » : les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH 2007, 1101 ss, 1119.

<sup>21</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 5), n° 242.

<sup>22</sup> JACQUES DUBÉY, Droits fondamentaux, vol. I, Bâle 2018, n° 213 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 5), n° 233 ss.

<sup>23</sup> CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 104 ; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. I : Les fondements, 3e éd., Berne 2012, 818 ss ; DANIELA IVANOV, La proportionnalité des actes normatifs, Jusletter du 24 octobre 2016, n° 9.

<sup>24</sup> CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 104 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 5), n° 238.

rêts opposés et de procéder à leur analyse, puis au choix de l'intérêt prépondérant<sup>25</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce que peu sur les questions d'aptitude et de nécessité des mesures d'expulsion. Son examen se concentre essentiellement sur la pesée des intérêts en jeu<sup>26</sup>. Il s'agit ainsi de comparer l'intérêt de l'État à protéger la sécurité publique et celui de l'étranger à demeurer sur le territoire de l'État de résidence.

Les juges européens procèdent par ailleurs à deux types de contrôle s'agissant de la proportionnalité de la mesure d'expulsion. Le premier aspect concerne les exigences formelles du principe de proportionnalité, à savoir la manière dont le processus décisionnel a abouti (*infra* IV). Le second a trait à l'examen du contenu matériel de la décision rendue (*infra* V)<sup>27</sup>.

## IV. Le contrôle formel

### A. Les critères d'examen

Concernant la manière dont les États membres doivent procéder à l'examen de la proportionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme a tout d'abord développé un certain nombre de critères permettant de procéder à la pesée des intérêts. Ces critères concrétisent d'une part l'intérêt public au renvoi, d'autre part l'intérêt privé de l'étranger et de sa famille à demeurer en Suisse<sup>28</sup>.

Du côté de l'intérêt public, on trouve notamment la nature et la gravité des infractions en cause, l'âge auquel elles ont été commises, l'existence d'antécédents pénaux et l'absence de récidive depuis les faits litigieux. S'agissant du requérant, sont notamment pris en compte la durée du séjour, les liens sociaux, culturels et familiaux dans l'État d'accueil (intégration) et dans le pays d'origine, l'état de

santé, la durée de l'éloignement qui suivra l'interruption du séjour et les inconvénients qui menacent la personne concernée et sa famille en cas de renvoi dans le pays d'origine ou un pays tiers<sup>29</sup>.

Outre la fixation de critères pertinents, la Cour a également développé des exigences s'agissant de la manière dont ceux-ci doivent être examinés. Voyons précisément de quoi il est question.

### B. L'obligation de procéder à un examen complet *in concreto*

Avant de procéder à l'examen du contenu de la décision, la Cour rappelle régulièrement que sa tâche consiste en premier lieu à vérifier que les États parties ont « dûment mis en balance » les intérêts opposés<sup>30</sup>. En d'autres termes, l'autorité doit avoir examiné l'ensemble des critères pertinents développés par la jurisprudence strasbourgeoise. Dans le cas contraire, la mesure sera considérée comme non conforme à l'art. 8 CEDH<sup>31</sup>.

La Suisse a par exemple été sanctionnée pour ce motif dans l'affaire *I.M.*<sup>32</sup> concernant une expulsion prononcée sous l'empire de la LSEE<sup>33</sup>. La Cour avait constaté que l'autorité nationale s'était certes prononcée sur la gravité de l'infraction commise, avait brièvement traité la question du risque de récidive et avait fait mention des difficultés auxquelles serait confronté le requérant à son retour au Kosovo. Toutefois, elle n'avait pas examiné l'impact de certains éléments sur le risque de récidive, soit le temps écoulé depuis la commission de l'infraction et l'aggravation considérable de l'état de santé de l'intéressé. Elle n'avait pas non plus déterminé les liens que celui-ci entretenait avec la Suisse, respectivement avec le pays de sa nationalité<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> CR Cst.-DUBÉY, art. 5 N 86 ; MALINVERNI/HOTTELIÉ/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 5), n° 238.

<sup>26</sup> Cf. également SPRING (n. 19), n° 323 ; BABAK FARGAHI, Das Konzept des eigenen Landes gemäss Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II im Lichte der Strassburger sowie der Schweizer Wegweisungspraxis gegenüber Ausländern der zweiten Generation, Zurich/St-Gall 2016, n° 726.

<sup>27</sup> Sur les deux types d'exigences du principe de proportionnalité, cf. SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles 2001, n° 217 ; MARKUS MÜLLER, Proportionnalité – Le Rubik's Cube du droit, Berne 2016, 97 s.

<sup>28</sup> CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD, art. 66a N 52 et 56, in: Moreillon et al. (éd.), Code pénal I, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 ; VAN DROOGHENBROECK (n. 27), N 415.

<sup>29</sup> Arrêts de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, 42034/04, § 64 ; *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, 54273/00, § 48 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, 46410/99, § 57. Cf. également VAN DROOGHENBROECK (n. 27), n° 415 et les références citées.

<sup>30</sup> Arrêts de la CourEDH *Ndidi c. Royaume-Uni* du 14 septembre 2017, 41215/14, § 76 ; *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 52 ; *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 61 ss ; *Akopdzhanyan c. Russie* du 1<sup>er</sup> octobre 2019, 32737/16, § 49.

<sup>31</sup> Arrêts de la CourEDH *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 76 s. ; *Makdoudi c. Belgique* du 18 février 2020, 12848/15, § 93 à 97.

<sup>32</sup> Arrêt de la CourEDH *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 76 s.

<sup>33</sup> Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RO 49 279), abrogée avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2008.

<sup>34</sup> Arrêt de la CourEDH *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 76 s.

L'examen des critères pertinents doit par ailleurs être effectué de manière *concrète*, soit compte tenu des circonstances individuelles du cas d'espèce. Une pesée des intérêts effectuée uniquement par le législateur n'est pas suffisante<sup>35</sup>.

Ainsi, dans l'arrêt *Saber et Boughassal c. Espagne*, la Cour européenne a sanctionné les autorités nationales pour n'avoir procédé à aucun examen concret des intérêts en présence lors de la mesure d'expulsion<sup>36</sup>. Ces dernières ne s'étaient pas penchées sur la nature et la gravité concrète des infractions commises ni sur les autres critères permettant d'apprécier l'intérêt privé des requérants à demeurer sur le territoire. L'État partie avait estimé que le droit interne n'imposait pas l'obligation de prendre en considération les circonstances personnelles des requérants, et que la mise en balance avait déjà été effectuée par le législateur<sup>37</sup>.

La Cour s'est par ailleurs également prononcée sur la compatibilité du système instauré par la mesure d'expulsion pénale en droit suisse (art. 66a CP) au regard des exigences formelles du principe de proportionnalité<sup>38</sup>. Cette mesure se caractérise par le fait que le juge pénal n'est autorisé à peser les intérêts en présence que lorsqu'il a au préalable constaté que l'expulsion mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave (art. 66a al. 2 CP). Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu d'examiner l'importance de l'intérêt public au renvoi<sup>39</sup>. L'affaire jugée par la Cour concernait un étranger de la deuxième génération pour lequel le Tribunal fédéral avait en l'occurrence admis l'existence d'un cas de rigueur<sup>40</sup>. Il avait ainsi pu procéder à la pesée des intérêts en jeu, et avait conclu que l'intérêt public au renvoi était prépondérant. La Cour a dès lors estimé que la mesure d'expulsion pénale ne posait *a priori* pas de problème, car l'interprétation que lui avait donné le Tribunal fédéral permettait une application conforme à la Convention<sup>41</sup>. Elle a au surplus confirmé le résultat de la pesée des intérêts<sup>42</sup>.

À notre sens, les conséquences de cet arrêt doivent être appréhendées avec prudence. Il est peu probable que la Cour serait arrivée à la même conclusion si le Tribunal fédéral avait *in casu* conclu à l'absence de nécessité d'examiner l'intérêt public au renvoi au motif que l'expulsion n'aurait pas placé l'étranger dans une situation personnelle grave (cf. art. 66a al. 2 CP). À notre sens, le juge pénal est tenu de procéder à cet examen à chaque fois que la situation de l'étranger entre dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH<sup>43</sup>, sous peine de prononcer une mesure non conforme à la jurisprudence européenne.

## V. Le contrôle du contenu de la décision

### A. L'absence de prise de position claire

Lorsqu'elle procède au contrôle du contenu de la décision, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement qu'il ne lui incombe pas nécessairement de procéder à un nouvel examen de la proportionnalité, mais uniquement de vérifier si les États parties ont respecté un « juste équilibre entre les intérêts en présence ». Elle ne substituera sa propre appréciation du fond à celle des autorités nationales que s'il existe des « raisons importantes » pour le faire. Elle leur confère ainsi une certaine marge d'appréciation<sup>44</sup>.

Ce juste équilibre et ces raisons importantes ne sont toutefois pas explicités par la Cour. La jurisprudence strasbourgeoise se caractérise par le fait qu'elle ne contient pas de prise de position claire sur le ou les critères auxquels il y a lieu d'accorder une importance prépondérante pour prononcer une mesure d'expulsion<sup>45</sup>. Son raisonnement se réduit à une juxtaposition de considérations relatives à l'évaluation des intérêts opposés, sans réelle confrontation entre eux<sup>46</sup>. Les solutions sont très casuistiques et les aspects auxquels il y a lieu d'accorder un poids décisif ne

<sup>35</sup> Arrêts de la CourEDH *Saber et Boughassal c. Espagne* du 18 décembre 2018, 76550/13 et 45938/14, § 46 ss ; *Akopdzhanyan c. Russie* du 1<sup>er</sup> octobre 2019, 32737/16, § 54 ss.

<sup>36</sup> Arrêt de la CourEDH *Saber et Boughassal c. Espagne* du 18 décembre 2018, 76550/13 et 45938/14, § 50 s.

<sup>37</sup> Arrêt de la CourEDH *Saber et Boughassal c. Espagne* du 18 décembre 2018, 76550/13 et 45938/14, §§ 46 et 48.

<sup>38</sup> Arrêt de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 54.

<sup>39</sup> ATF 144 IV 332, c. 3.3.

<sup>40</sup> Arrêt du TF 6B\_724/2018 du 30 octobre 2018, c. 2.5.

<sup>41</sup> Arrêt de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 54.

<sup>42</sup> Arrêt de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 55 ss.

<sup>43</sup> Cf. *supra* I.

<sup>44</sup> Arrêts de la CourEDH *Ndidi c. Royaume-Uni* du 14 septembre 2017, 41215/14, § 76 ; *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 52 ; *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019, 23887/16, § 71 ss. ; *Akopdzhanyan c. Russie* du 1<sup>er</sup> octobre 2019, 32737/16, § 49.

<sup>45</sup> VAN DROOGHENBROECK (n. 27), n<sup>o</sup> 414 s. ; CHARLOTTE STEIN-ORTH, *Üner v The Netherlands* : Expulsion of Long-term immigrants and the Right to Respect for Private and Family Life, HRLR 2008/I, 185 ss, 194 et 196.

<sup>46</sup> VALETTE (n. 20), 1113.

sont définis qu'au cas par cas<sup>47</sup>. La Cour est ainsi notamment accusée de tautologie dans sa manière de définir les exigences matérielles de la proportionnalité<sup>48</sup>.

Cette pratique a pour conséquence que le poids accordé aux critères d'examen peut inévitablement varier selon les circonstances particulières de chaque affaire. La doctrine souligne les problèmes de prévisibilité que cela peut engendrer<sup>49</sup>.

Cela étant, malgré l'absence de lignes directrices claires, une analyse détaillée des décisions rendues permet de mettre en lumière une tendance dans la sévérité de ces dernières. Il est en particulier possible de déterminer le critère qui fera généralement pencher la balance d'un côté ou de l'autre (*infra* B). Ce constat réduit quelque peu les difficultés de prévisibilité de la jurisprudence européenne<sup>50</sup>.

## B. Le critère décisif : la gravité des infractions commises

### 1. En général

L'analyse des arrêts rendus par la Cour permet de déterminer que le critère décisif dans la balance est généralement celui de la nature et de la gravité des infractions commises<sup>51</sup>. La gravité de l'infraction est d'ailleurs fréquemment l'élément examiné en premier lieu par le juge euro-

péen<sup>52</sup>. La Cour est particulièrement sévère en matière d'infractions de violence<sup>53</sup>, contre l'intégrité sexuelle<sup>54</sup>, ou en matière de trafic de stupéfiants<sup>55</sup>.

Ce constat se vérifie à la fois dans les décisions rendues en faveur de l'étranger (*infra* 2) que dans celles rendues en faveur de l'État partie (*infra* 3).

### 2. Les décisions rendues en faveur de l'étranger

Le poids décisif accordé au critère de la gravité des infractions commises peut tout d'abord se vérifier au moyen des arrêts rendus en faveur de l'étranger. En effet, lorsque la Cour statue en faveur de celui-ci, ce n'est en principe pas en raison de sa situation personnelle, mais parce que les infractions commises ne se révélaient pas particulièrement graves dans le cas d'espèce, ou que le concerné ne paraissait pas – ou plus – particulièrement dangereux<sup>56</sup>. L'intérêt public au renvoi n'apparaît pas conséquent dans ce type de situations.

Ainsi, dans la cause *Udeh c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré l'expulsion d'un ressortissant du Nigéria comme disproportionnée au motif que celui-ci avait subi une seule condamnation pour une infraction grave (importation de cocaïne) et que son comportement ultérieur avait été irréprochable, ce qui laissait supposer une évolution positive pour l'avenir. Cette seule condamnation ne permettait pas de justifier une expulsion séparant le requérant, divorcé, de ses filles confiées à leur mère<sup>57</sup>.

Dans l'affaire *Boultif*, la Cour a sanctionné la Suisse pour avoir expulsé un ressortissant algérien marié à une suisse et condamné pour brigandage. Elle avait estimé qu'il ne pouvait pas être exigé de l'épouse du requérant qu'elle suive celui-ci en Algérie. Toutefois, au moment où

<sup>47</sup> VALETTE (n. 20), 1115 ; PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ?*, RTDH 2004, 921 ss, 941. Une exception existe toutefois en matière de délinquance juvénile. La Cour se montre particulièrement stricte à ce sujet et a tendance à conclure à une violation de l'art. 8 CEDH lorsque l'expulsion est essentiellement prononcée en raison d'infractions commises durant la minorité du concerné. Elle considère que ce type de délinquance a tendance à disparaître avec le passage à l'âge adulte et que l'État a l'obligation de faciliter la réintégration des étrangers concernés dans la société, cf. arrêts de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, 42034/04, § 74 ; *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, 1638/03, § 100.

<sup>48</sup> Cf. VAN DROOGHENBROECK (n. 27), n° 217.

<sup>49</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> éd., Paris 2017, 662 ; VAN DROOGHENBROECK (n. 27), n° 414 s. ; STEINORTH (n. 45), 194 s.

<sup>50</sup> Cf. également VAN DROOGHENBROECK (n. 27), n° 416 s.

<sup>51</sup> Dans le même sens, BESSON/KLEBER (n. 6), art. 8 CEDH N 15 ; SUDRE (n. 49), 663 ; CÉDRIC RAUX, *Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 2007, 837 ss, 842 ; JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme – Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux 2019, 326.

<sup>52</sup> RAUX (n. 51), 842 s. Voir p.ex. arrêts de la CourEDH *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 55 ; *Z c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 64 ; *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, 12020/09, § 46.

<sup>53</sup> Voir les arrêts de la CourEDH *Azerkane c. Pays-Bas* du 2 juin 2020, 3138/16, § 73 ; *Zakharchuk c. Russie* du 17 décembre 2019, 2967/12, § 61.

<sup>54</sup> Voir les arrêts de la CourEDH *Z c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 64 ; *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, 59006/18, § 58.

<sup>55</sup> Arrêt de la CourEDH *K.A. c. Suisse* du 7 juillet 2020, 62130/15, § 49 ; FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14<sup>e</sup> éd., Paris 2019, n° 638.

<sup>56</sup> Cf. par exemple arrêts de la CourEDH *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, 12020/09, § 46 et 54 ; *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, 54273/00, § 51 et 55 ; *Ezzouhdi c. France* du 13 février 2001, 47160/99, § 34.

<sup>57</sup> Arrêt de la CourEDH *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, 12020/09, § 46 et 54 ; SUDRE (n. 49), 663.

la mesure a été prononcée, le requérant ne représentait plus qu'un danger relativement limité pour l'ordre public, compte tenu du temps écoulé depuis la commission de l'infraction, de l'absence de récidive et du fait qu'il était inséré professionnellement<sup>58</sup>. Ainsi, l'argument relatif à la vie familiale du requérant n'aurait à notre sens pas eu d'impact décisif en présence d'un risque de récidive ou d'infractions plus graves, compte tenu de la sévérité de la Cour en la matière<sup>59</sup>. Par ailleurs, selon l'opinion concordante des juges Baka, Wildhaber et Lorenzen, c'est bien la gravité modérée de l'infraction commise et le faible risque de récidive qui ont permis de ne pas justifier l'expulsion au regard du principe de proportionnalité<sup>60</sup>.

### 3. Les décisions rendues en faveur de l'État partie

La prépondérance accordée au critère des infractions commises découle également assez clairement des décisions rendues en faveur de l'État partie.

Ce constat s'observe tout d'abord dans les cas où l'intérêt privé de l'étranger n'apparaît pas considérable<sup>61</sup>. Les juges européens ont par exemple confirmé une mesure de renvoi dans l'affaire *Kissiwa Kofi c. Suisse*, concernant une ressortissante ivoirienne condamnée pour trafic de cocaïne. La concernée était mariée à un compatriote ayant acquis la nationalité suisse et était mère d'un enfant de nationalité suisse. Elle ne vivait toutefois en Suisse que depuis moins de six ans, parlait mal l'allemand, maîtrisait mal le français, et n'était ni professionnellement ni socialement intégrée<sup>62</sup>.

Le fait d'accorder un poids important au critère des infractions commises ne pose à notre sens pas de problème particulier dans les situations où l'intérêt privé de l'étranger à demeurer sur le territoire n'apparaît pas considérable. Cette appréciation entre sans trop de difficultés dans la marge octroyée aux États membres. La question est en revanche moins évidente lorsque l'étranger dispose lui aussi d'un intérêt privé très important à demeurer sur le territoire de l'État de résidence.

Un tel intérêt se retrouve notamment chez les immigrés de longue date ou les étrangers de la deuxième génération. La particularité de ces derniers découle du fait qu'ils ont en principe passé la majeure partie, voire l'intégralité de leur enfance et de leur existence dans le pays hôte et y ont noué la plupart de leurs attaches sociales et familiales, et donc développé une identité propre<sup>63</sup>.

La Cour déclare certes que l'expulsion de ces étrangers doit être une exception, des raisons très sérieuses étant requises pour la justifier<sup>64</sup>. Elle ne se prononce toutefois pas expressément sur le type de raisons permettant de justifier une telle mesure. En outre, l'importance de l'intérêt privé de ces étrangers ne conduira pas concrètement à des décisions moins sévères<sup>65</sup>. Les éléments liés à la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays d'accueil et le pays d'origine demeurent souvent au second plan<sup>66</sup>. Par ailleurs, l'éventualité que la majorité des critères d'examen s'opposent à l'expulsion ne sera pas nécessairement décisive<sup>67</sup>.

Ainsi, dans l'arrêt *Üner c. Pays-Bas*, le long séjour d'un ressortissant turc arrivé aux Pays-Bas à l'âge de 12 ans, avec une vie familiale (une compagne et des enfants mineurs) et des liens solides avec ce pays, n'ont pas permis de faire pencher la balance en sa faveur face à la nature et à la gravité des infractions commises (homicide involontaire et coups et blessures) et à sa propension pour la délinquance<sup>68</sup>. Cet arrêt illustre parfaitement que l'aspect déterminant dans la pesée des intérêts est la gravité des infractions commises. L'ensemble des autres critères d'examen militaient en effet en faveur du requérant, notamment son absence de liens, hormis sa nationalité, avec son pays d'origine<sup>69</sup>.

Dans l'arrêt *Balogun c. Royaume-Uni* concernant un ressortissant nigérian arrivé au Royaume-Uni à l'âge de trois ans, la Cour a justifié la non-violation de l'art. 8 CEDH par les infractions commises – trafic de stupéfiants – et les antécédents répétés du requérant. Elle avait pourtant reconnu que les liens de l'intéressé étaient manifeste-

<sup>58</sup> Arrêt de la CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, 54273/00, § 51 et 55.

<sup>59</sup> Cf. *infra* 3.

<sup>60</sup> Arrêt de la CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, 54273/00, opinion concordante des juges Baka, Wildhaber et Lorenzen.

<sup>61</sup> Cf. par exemple arrêts de la CourEDH *Kissiwa Kofi c. Suisse* du 15 novembre 2012, 38005/07, §§ 66 à 71 ; *Ukaj c. Suisse* du 24 juin 2014, 32493/08, §§ 37 à 43 ; SUDRE (n. 49), 663.

<sup>62</sup> Arrêt de la CourEDH *Kissiwa Kofi c. Suisse* du 15 novembre 2012, 38005/07, §§ 66 à 71 ; SUDRE (n. 49), 663.

<sup>63</sup> Arrêt de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, 42034/04, § 69 s. ; RENUCCI (n. 51), 326.

<sup>64</sup> Arrêts de la CourEDH *E.V. c. Suisse* du 18 mai 2021, 77220/16, § 40 ; *Z c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 62.

<sup>65</sup> RENUCCI (n. 51), 327. Cf. par exemple arrêts de la CourEDH *Z c. Suisse* du 22 décembre 2020, 6325/15, § 67 à 74 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, 46410/99, § 63 à 67 ; *Balogun c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, 60286/09, § 51 à 53.

<sup>66</sup> RAUX (n. 51), 844, concernant en particulier l'affaire *Üner*.

<sup>67</sup> STEINORTH (n. 45), 194.

<sup>68</sup> Arrêt de la CourEDH *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, 46410/99, § 63 à 67 ; cf. également RAUX (n. 51), 844.

<sup>69</sup> RAUX (n. 51), 851 s. Voir également l'opinion dissidente des juges Costa, Zupančič et Türmen, § 15 s.

ment plus forts avec le Royaume-Uni qu'avec le Nigéria et qu'une expulsion aurait un impact très important sur sa vie privée. Son seul lien avec le Nigéria était notamment la présence de sa mère, avec qui il n'avait plus de contacts<sup>70</sup>. Ces circonstances sont cependant restées en arrière-plan face à l'intérêt de l'État à protéger la sécurité publique.

Dès lors, les raisons très sérieuses évoquées par la Cour pour expulser des étrangers de la deuxième génération n'ont en réalité trait qu'aux exigences en matière de gravité des infractions commises, et non à une retenue en raison de la situation particulière des personnes concernées. La mise en balance des intérêts en jeu apparaît ainsi purement théorique. Elle s'apparente à un examen uniquement de la gravité concrète des infractions commises, sans confrontation de cet élément à l'intérêt privé de l'étranger. En d'autres termes, dès lors que l'intérêt public au renvoi est considéré comme important, il est également considéré comme prépondérant dans la balance. À notre sens, cette pratique est problématique s'agissant de la protection effective du droit à la vie privée et familiale dont doivent bénéficier les étrangers concernés (*infra* D).

### C. Les décisions s'écartant de la tendance générale

Certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme s'écartent de sa tendance générale, sans que cela ne soit justifié outre mesure.

Dans l'arrêt *Mokrani c. France*, par exemple, le requérant a obtenu gain de cause alors qu'il avait commis des infractions qualifiées de graves (trafic de stupéfiants) et ayant donné lieu à une lourde peine de privation de liberté (4 ans d'emprisonnement). La Cour avait estimé qu'il serait difficilement exigible de l'épouse du requérant, une ressortissante française n'ayant jamais vécu en Algérie, qu'elle le suive dans ce pays<sup>71</sup>. Cet arrêt est manifestement en contradiction avec la sévérité généralement observée de la Cour en présence d'infractions graves, sa méthode ayant même été qualifiée « d'indéterminisme juridique »<sup>72</sup>.

À l'inverse, dans l'affaire *Shala c. Suisse*, la Cour a confirmé le renvoi d'un ressortissant du Kosovo entré en Suisse à l'âge de 7 ans, après avoir elle-même relevé que la gravité des infractions commises n'était pas considé-

rable<sup>73</sup>. Elle a justifié sa décision par le fait que le concerné avait gardé des attaches avec son pays d'origine, dans lequel il s'était rendu fréquemment et où sa belle-famille résidait<sup>74</sup>. À notre sens, la Cour s'est dans cet arrêt écartée de sa pratique consistant à exiger des raisons très exceptionnelles pour renvoyer un étranger de la deuxième génération, exigences qu'elle a elle-même rappelées dans cet arrêt<sup>75</sup>. Il semble que sa décision ait été essentiellement influencée par son appréciation de l'intérêt privé, qu'elle a estimé d'une importance relative.

L'absence de prise de position claire peut ainsi également porter préjudice à la sécurité juridique, puisque des décisions allant à contre-courant de la tendance générale ne peuvent être exclues. Ces décisions ne contiennent au surplus pas de motivation particulière s'agissant du changement opéré par rapport à la tendance générale.

### D. L'absence de protection effective pour certains étrangers

La tendance de la Cour européenne des droits de l'homme à accorder systématiquement un poids prépondérant aux infractions commises, y compris en présence d'un intérêt privé très important, a pour conséquence que les étrangers qui se trouvent dans des situations particulières sont insuffisamment protégés dans l'exercice effectif de leur droit à la vie privée et familiale.

Nous pensons en particulier aux étrangers de la deuxième génération qui ont des liens si ténus avec leur pays d'origine qu'ils s'apparentent à des étrangers formels. Il n'est pas suffisant que la Cour se borne à déclarer que l'expulsion de ces étrangers ne doit être prononcée qu'à titre exceptionnel, en renvoyant aux circonstances concrètes des cas d'espèce, et que l'examen de ces dernières aboutisse néanmoins systématiquement à une prépondérance de l'intérêt public au renvoi<sup>76</sup>.

Certains auteurs estiment que l'intérêt public ne peut que rarement primer lorsque le renvoi d'étrangers nés ou ayant grandi sur le territoire de l'État de résidence est en cause. L'expulsion de ces étrangers ne devrait exister que

<sup>70</sup> Arrêt de la CourEDH *Balogun c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, n° 60286/09, § 51 à 53.

<sup>71</sup> Arrêt de la CourEDH *Mokrani c. France* du 15 juillet 2003, 52206/99, § 34.

<sup>72</sup> RAUX (n. 51), 844 s.

<sup>73</sup> Arrêt de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, 52873/09, § 51.

<sup>74</sup> Arrêt de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, 52873/09, § 54 ss.

<sup>75</sup> Dans le même sens, DANIEL RIETIKER, *Kommentierte Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2012*, PJA 2013, 1844 ss, 1855. Voir également l'opinion dissidente des juges Popović, Karakaş et Pinto de Albuquerque.

<sup>76</sup> Voir *supra* B.3.

dans les cas les plus rares<sup>77</sup>, par exemple être limitée aux grands criminels incorrigibles et récidivistes<sup>78</sup>. Elle devrait être exclue s'agissant de personnes ayant leurs liens familiaux, sociaux et culturels depuis l'enfance dans l'État d'accueil, ces étrangers faisant partie intégrante de ladite société<sup>79</sup>. Les États devraient par ailleurs assumer leurs responsabilités en matière de resocialisation de ces étrangers, comme ils le feraient pour leurs propres citoyens<sup>80</sup>. L'on constate que ces questions sont étroitement liées à la légitimité du but poursuivi par la mesure d'expulsion<sup>81</sup>, ce qui appelle d'autant plus des considérations plus complètes de la part des juges européens.

À notre sens, lorsque l'étranger a des liens très lâches avec le pays de sa nationalité et que son identité et son cercle de vie semblent exclusivement liés au pays de résidence, l'intérêt à la protection de la sécurité publique permet difficilement de légitimer son renvoi. Tel est en particulier le cas des étrangers qui ne s'identifient pratiquement pas (ou plus) à leur pays d'origine et qui se retrouveraient dès lors dans un environnement étranger en cas de renvoi.

L'absence de prise de position de la Cour à ce sujet est regrettable, ce d'autant plus que les critères d'examen imposés aux États membres permettent précisément de déterminer si l'étranger se trouve dans ce genre de situation<sup>82</sup>.

Prenons comme exemple l'affaire *A. W. Khan c. Royaume-Uni*, où la Cour a constaté une violation de l'art. 8 CEDH concernant une expulsion prononcée en raison d'une infraction grave en matière de stupéfiants à l'encontre d'un ressortissant pakistanais<sup>83</sup>. Celui-ci avait vécu la majeure partie de sa vie au Royaume-Uni, où il était arrivé à l'âge de trois ans. Il n'avait plus de véritables liens sociaux, culturels ou familiaux avec le Pakistan. Il n'était au surplus pas retourné au Pakistan, même pour une courte visite, et n'y avait pas de famille immédiate<sup>84</sup>. Cela étant, la Cour a également justifié

sa décision par le fait que le requérant n'avait pas commis auparavant d'autres infractions graves au Royaume-Uni, ni depuis sa libération trois ans auparavant<sup>85</sup>. Quelle aurait été sa décision en l'absence de ces éléments ? Il n'est pas possible de déterminer si c'est bien la situation personnelle du requérant qui a été décisive dans cet arrêt, ou l'absence de risque important pour la sécurité publique.

Nous souscrivons ainsi à l'opinion selon laquelle la Cour devrait prendre clairement position sur les intérêts auxquels il y a lieu d'accorder une importance primordiale<sup>86</sup>. Elle devrait en particulier se déterminer sur les circonstances dans lesquelles l'intérêt privé pourrait se voir accorder un poids prépondérant, y compris en présence d'infractions graves. Cette prise de position se justifie d'autant plus que la Cour sanctionne sans retenue les autorités nationales qui n'ont pas procédé à un examen suffisant des critères concrétisant cet intérêt<sup>87</sup>.

## Conclusion

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 8 CEDH en matière d'éloignement des délinquants étrangers se concentre essentiellement sur la pesée des intérêts en jeu. Les questions liées à la légitimité du but poursuivi par ces mesures sont absentes des arrêts rendus. En outre, avant de procéder à l'examen au fond, la Cour se concentre sur la manière dont les États membres ont procédé à la balance des intérêts. Elle exige que l'examen de la proportionnalité soit réalisé *in concreto* et au moyen de l'ensemble des critères développés par la jurisprudence.

S'agissant du résultat de la pesée des intérêts, la jurisprudence européenne a jusqu'ici renoncé à prendre clairement position sur le ou les critères auxquels il y a lieu d'accorder un poids décisif. Sa pratique s'oriente toutefois de manière constante vers une prépondérance allant au critère de la gravité des infractions commises. Cette méthode manque d'une part de transparence puisque la Cour n'indique pas clairement qu'elle accorde presque systématiquement un poids prépondérant à ce critère. D'autre part, elle a pour conséquence que des décisions peuvent s'écarter de la tendance générale sans nécessiter de motivation accrue, ce qui nuit à la sécurité juridique.

<sup>77</sup> OFK-de Weck, art. 66a CP N 25, in : Spescha et al., *Migrationsrecht Kommentar*, 5e éd., Zurich 2019 ; ANDREAS ZÜND, *Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen*, ZBJV 1993, 73 ss, 85.

<sup>78</sup> NICCOLÒ RASELLI, *Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative*, *Sécurité & Droit* 3/2017, 141 ss, 151.

<sup>79</sup> ZÜND (n. 77), 85 ; BABAK FARGAHI, *Eine Heimat für Ausländer ?*, Jusletter du 16 mars 2015, n° 41 ss.

<sup>80</sup> GAFNER (n. 18), 28 ; HANGARTNER (n. 18), 699.

<sup>81</sup> Cf. *supra* II.

<sup>82</sup> Cf. *supra* IV.A.

<sup>83</sup> Arrêt de la CourEDH *A. W. Khan c. Royaume-Uni* du 12 janvier 2010, 47486/06, § 51.

<sup>84</sup> Arrêt de la CourEDH *A. W. Khan c. Royaume-Uni* du 12 janvier 2010, 47486/06, § 50 s.

<sup>85</sup> Arrêt de la CourEDH *A. W. Khan c. Royaume-Uni* du 12 janvier 2010, 47486/06, § 40 s.

<sup>86</sup> STEINORTH (n. 45), 196.

<sup>87</sup> Cf. *supra* IV.B.

Cela étant, le problème principal a trait au poids effectivement accordé aux critères d'examen de l'intérêt privé. La Cour se borne à répéter que des raisons très sérieuses sont exigées pour renvoyer des étrangers enracinés dans le pays de résidence, alors que les décisions concrètes se révèlent tout aussi sévères pour ces derniers en présence d'infractions graves. Il serait dès lors opportun que la Cour se prononce sur l'importance réelle qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt privé, sous peine de rendre l'examen de celui-ci théorique ou illusoire.

Anzeige

Christine Möhrke-Sobolewski

## Gehackte Fahrzeuge

### Strafantragsrecht bei Datendelikten in der Schweiz und in Deutschland

Cyberangriffe auf smarte Fahrzeuge werfen diverse Strafrechtsprobleme auf. Wer darf über die Fahrzeugdaten verfügen? Wen schützt das Strafrecht? Wer hat das Privileg, über die Strafverfolgung eines Cyberangriffs zu entscheiden? Vertiefen Sie sich hier in zukunftssträchtige Fragen vernetzten Fahrens.

2021, 291 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-300-9  
CHF 78.-

[www.dike.ch/3009](http://www.dike.ch/3009)



DIKE 