

Monsieur le Président de la Troisième section
Cour européenne des droits de l'Homme
Conseil de l'Europe
67075 Strasbourg-Cedex
Fax : +33 (0)3 88 41 27 30

Objet: tierce intervention dans l'affaire Taher contre Suisse, communiquée le 7 novembre 2018 (aff. n° 41692/16).

Monsieur le Président,

Notre association, engagée au quotidien dans la défense des migrants et demandeurs d'asile, a l'honneur de vous soumettre une tierce-intervention dans une affaire intimement liée à la protection de la vie privée et familiale d'un étranger menacé d'expulsion risquant d'être séparé de ses enfants.

1/ Sur la première question : y a-t-il eu violation du droit du requérant au respect de sa vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, au motif que son autorisation de séjour n'a pas été prolongée ?

Un État a le droit de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur son sol, la Convention ne garantissant aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État membre. Néanmoins, la Cour a toujours considéré qu'“*exclure une personne d'un pays où vivent ses proches parents peut constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie familiale, tel que protégé par l'article 8 § 1 de la Convention*” (aff. *Moustaquim c/ Belgique*, arrêt du 18 février 1991, n°12313/86, § 46). À ce titre, une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 § 1 doit donc faire l'objet d'un examen rigoureux. Afin de procéder à cet examen, votre Cour a développé une méthode en quatre étapes.

Dans un premier temps, la Cour apprécie s'il existe ou non une ingérence dans le droit protégé par l'article 8. En fonction des circonstances de l'affaire portée devant elle, la Cour décide s'il convient de mettre l'accent sur l'aspect “vie familiale” plutôt que sur l'aspect “vie privée” (aff. *Üner c/ Pays-Bas*, arrêt [GC] du 18 octobre 2006, n°46410/99, § 59; aff. *Maslov c/ Autriche*, arrêt [GC] du 23 juin 2008, n°1638/03, § 63; aff. *Hasanbasic c/ Suisse*, arrêt du 11 juin 2013, n°52166/09, § 48). Votre Cour considère qu'il existe une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale dès lors qu'une mesure d'éloignement entraîne la séparation des membres de la famille (*Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 49; aff. *Udeh c/ Suisse*, arrêt du 16 avril 2013, n°12020/09, § 39; aff. *Dalia c/ France*, arrêt du 19 février 1998, n°26102/95). Quant au respect au droit à une “vie privée”, la Cour considère que l'expulsion d'une personne immigrée établie, ayant noué et entretenu des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur, porte atteinte

à ce droit (*Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 49, *Slivenko c/ Lettonie*, arrêt [GC] du 9 octobre 2003, n°48321/99, § 97).

Dans un second temps, votre Cour recherche si l'ingérence dans le droit protégé par l'article 8 § 1 remplit les exigences du second paragraphe de ce même article. Elle procède d'abord à un contrôle de légalité (*Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 51, *Udeh c/ Suisse*, précité, § 41). Puis, elle s'assure que le but poursuivi par cette ingérence est légitime, c'est à dire qu'elle vise des fins en conformité avec l'article 8 § 2 : la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou encore la protection des droits et libertés d'autrui (*Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 52; aff. *Berrehab c/ Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, n°10730/84, § 26).

Votre Cour a rappelé que les autorités nationales jouissaient d'une certaine marge d'appréciation pour se prononcer sur la nécessité, dans une société démocratique, d'une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'article 8, et sur la proportionnalité de la mesure en question au but légitime poursuivi (aff. *Slivenko c/ Lettonie*, précité, § 113; *Berrehab c/ Pays-Bas*, précité, § 28). Il revient toutefois, en dernier lieu, à la Cour de s'assurer que l'atteinte en cause est nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire qu'elle est justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi (*Mehemi c. France*, arrêt du 26 septembre 1997, Recueil 1997-VI, § 34 ; *Dalia*, précité, § 52 ; *Boultif c. Suisse*, no. 54273/00, CEDH 2001-IX, § 46 ; et *Slivenko*, précité, § 113). Selon une jurisprudence constante, la Cour s'attache ainsi à déterminer si les mesures litigieuses ont respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, les droits de l'intéressé protégés par la Convention et, d'autre part, les intérêts de la société (voir, parmi maints autres, *Boultif c. Suisse*, précité, § 47).

Dans plusieurs affaires, la Cour a eu l'occasion de réitérer les critères devant guider le contrôle de proportionnalité (aff. *Üner c/ Pays-Bas*, précité, §§ 54-60; aff. *Udeh c/ Suisse*, précité, § 45; aff. *Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 53).

Parmi ces critères, la Cour regarde la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant. Le Gisti note que votre Cour a précédemment jugé que des condamnations pécuniaires relatives à des infractions à la législation sur la circulation routière et pour violation du domicile ne pesaient "pas très lourdement" et que l'on ne saurait considérer une telle attitude comme "un danger ou une menace pour la sécurité ou l'ordre public suisse" (*Hasanbasic c/ Suisse*, précité, § 58). En outre, votre Cour a également jugé qu'un requérant ayant fait l'objet de deux peines d'emprisonnement pour trafic de stupéfiant ne faisait pas "preuve d'une véritable énergie ou d'un potentiel criminel" (*Udeh c/ Suisse*, précité, §). Au regard de la nature et la gravité des infractions que votre Cour a écarté de son contrôle de proportionnalité, elle ne pourra que faire de même pour une infraction plus légère.

La Cour prend également en compte la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé, ainsi que les interruptions, pour des périodes prolongées, de séjour vers un pays étranger. A ce titre, le Gisti relève que votre Cour a jugé que 7 ans et demi dans le pays d'asile, entrecoupé de séjour à l'étranger, constituait une durée considérable dans la vie d'un être humain (aff. *Udeh c/ Suisse*, précité, §). Votre Cour ne manquera pas de constater que tout séjour supérieur à cette durée, qui plus est ininterrompu, est considérable et représente donc un élément important à inclure dans la balance des intérêts.

La situation familiale du requérant, le nombre d'enfants issus du mariage et leur âge constituent d'autres éléments pris en compte par votre Cour. Dans l'affaire *Udeh c/ Suisse*, la Cour a considéré qu'un couple divorcé pouvait se prévaloir de l'article 8, tant que le requérant entretenait une relation réelle et étroite avec son ex-épouse et qu'il s'efforçait notamment de maintenir un contact régulier avec ses enfants mineurs (*Udeh c/ Suisse*, précité, § 50). Une rupture entre les époux ne vaut donc pas rupture des liens familiaux affectifs. Il est nécessaire de procéder à un examen rigoureux des liens qui persistent entre les membres de la famille, et particulièrement entre le requérant et ses enfants.

La gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé, ainsi que 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 sont d'autres éléments que votre Cour inclut dans son contrôle de proportionnalité. De manière générale, la Cour a rappelé à de nombreuses reprises l'importance du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'examen de proportionnalité d'une mesure d'éloignement (voir aff. *Popov c/ France*, arrêt du 19 janvier 2012, n°39472/07 et 39474/07, § 109; aff. *Kanagaratnam c/ Belgique*, arrêt du 13 décembre 2011, n°15297/09, § 67 ; aff. *Nunez c/ Norvège*, arrêt du 28 juin 2011, n°55597/09, § 84; aff. *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, arrêt [GC] du 6 juillet 2010, n°41615/07, § 135). Or, la Cour ne pourra que constater qu'obliger des enfants ayant grandi et construit leur vie sociale dans le pays d'asile à partir avec le parent expulsé, dans un pays dans lequel ils n'ont aucun autre lien, serait contraire au standard exigeant énoncé par votre Cour en matière de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, la Cour a reconnu dans plusieurs affaires que le bien-être économique du pays était un but légitime qui pouvait justifier une ingérence dans l'exercice du droit au respect à la vie privée et familiale (*Hasanbasic c. Suisse*, précité, § 33 ; *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 121, CEDH 2003-VIII ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, § 79, CEDH 2006-XI; *Mengesha Kimfe c. Suisse*, n° 24404/05, § 66, 29 juillet 2010 ; *Agraw c. Suisse*, n° 3295/06, § 49, 29 juillet 2010, et *Orlić c. Croatie*, no. 48833/07, § 62, 21 juin 2011). Ainsi une dépendance trop importante à l'assistance publique ou un taux d'endettement élevé peuvent légitimement justifier une mesure d'éloignement car cela a une incidence sur le bien-être économique du pays. Toutefois, votre Cour a souligné que cela ne devait constituer qu'un élément parmi d'autres (*Hasanbasic c. Suisse*, précité, §59). Il convient de tenir compte également des efforts du requérant pour sortir de sa dépendance, et des obstacles qu'il a pu rencontrer (*Udeh c/ Suisse*, précité, §51).

2/ Sur la deuxième question : La condition de l'existence d'une relation économique particulière, requise pour reconnaître un droit de séjour au parent étranger d'un enfant disposant du droit de résider en Suisse, dont il n'a pas l'autorité parentale, est-elle compatible avec l'article 8 de la Convention, dans les cas, comme en l'espèce, où un lien affectif fort a été reconnu entre l'enfant et le parent étranger et que celui-ci n'était pas en mesure d'établir cette relation économique particulière en raison de sa dépendance ponctuelle à l'aide sociale ?

Comme il a été rappelé précédemment, la Cour ne garantit aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État. Pour autant, " *exclure une personne d'un pays où vivent ses proches parents peut constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie familiale,*

tel que protégé par l'article 8 § 1 de la Convention" (aff. *Moustaquim c/ Belgique*, précité, § 46).

Il convient alors de se pencher sur le droit suisse en vigueur concernant le renouvellement du droit au séjour de parents étrangers d'enfants suisses, notamment dans le cas particulier où ceux-ci n'ont plus l'autorité parentale. Dans un arrêt du 14 juin 2013 (*A.X. c/ Office des migrations et le Département de la justice et de la sécurité du canton de Thurgovie*, n°2C_1112/2012), le Tribunal Fédéral suisse rappelle que les parents se trouvant dans la situation précédemment mentionnée doivent répondre à trois critères : (i) entretenir un lien affectif fort avec leur enfant, matérialisé par des contacts personnels exercés dans le cadre d'un droit de visite; (ii) maintenir avec ce dernier une relation économique particulièrement étroite, sachant que cette relation n'est pas caractérisée si le parent n'est pas en mesure de payer les cotisations d'entretien de l'enfant en raison d'une dépendance à l'aide sociale; (iii) avoir un comportement irréprochable en Suisse.

En conséquence, votre Cour s'interroge sur la pertinence et la compatibilité de l'usage du critère de relation économique particulière (ii) au regard de l'article 8 de la Conv. EDH, dans les cas où le lien affectif fort (i) est démontré et que cette relation économique particulière n'est pas caractérisée du fait d'une dépendance à l'aide sociale.

Tout d'abord, il convient de rappeler le lien entre le principe d'intérêt supérieur de l'enfant et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. L'obligation de respecter ce principe est garantie par la Convention relative aux droits de l'enfant, dont la Suisse est signataire depuis 1997, en son article 3.1. Toutefois, cette obligation n'est pas prévue par la Conv. EDH.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant a, en réalité, été incorporée par votre Cour dans sa jurisprudence à l'occasion de nombreuses affaires. Votre Cour a ainsi jugé qu'il appartenait aux autorités nationales de tenir compte des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 concernant la réunion d'un enfant qui vivait depuis un certain temps avec l'un de ces parents, avec son autre parent (aff. *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000, n°31679/96, § 94). Elle a également eu l'occasion de rappeler l'importance pour les autorités de prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants dans la mise en balance des intérêts en jeu dans le cas de l'expulsion d'un de leurs parents vers son pays d'origine (aff. *Jeunesse c/ Pays-Bas*, arrêt [GC] du 3 octobre 2014, n°12738/10, §§ 117-118). D'après une jurisprudence constante, la Cour affirme que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les mesures prises par les autorités publiques à l'égard des enfants (voir aff. *Popov c/ France*, arrêt du 19 janvier 2012, n°39472/07 et 39474/07, § 109; aff. *Kanagaratnam c/ Belgique*, arrêt du 13 décembre 2011, n°15297/09, § 67; aff. *Nunez c/ Norvège*, arrêt du 28 juin 2011, n°55597/09, § 84; aff. *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, arrêt [GC] du 6 juillet 2010, n°41615/07, § 135).

En conséquence, votre Cour doit s'assurer de la compatibilité du nouveau critère proposé par les tribunaux suisses avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision. En particulier, il convient que votre Cour prenne en compte ce principe à la lumière des développements récents des organes internationaux en ce qui concerne la séparation des enfants et des parents dans le contexte spécifique des migrations.

Dans son **Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale** (2013), le Comité onusien des droits de l'enfant affirme que "si la séparation est nécessaire, les décisionnaires doivent veiller à ce que l'enfant

maintienne ses liens et relations avec ses parents et sa famille (fratrie, parentèle, personnes avec lesquelles l'enfant a une solide relation personnelle), à moins que ce ne soit contraire à son intérêt supérieur”.

Dans l'**Observation générale conjointe n°3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n°22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales**, il est rappelé que :

- « *le droit à l'unité familiale des migrants peut aller à l'encontre des intérêts légitimes des États en ce qui concerne la prise de décisions concernant l'entrée ou le séjour de non-nationaux sur leur territoire. Toutefois, dans le contexte de la migration internationale, les enfants et les familles ne devraient pas être soumis à des ingérences arbitraires ou illégales dans leur vie privée et leur vie familiale* »;
- « *séparer une famille en expulsant ou en renvoyant un membre de la famille du territoire d'un État partie, ou en refusant à un membre de la famille d'entrer ou de rester sur le territoire, peut constituer une ingérence arbitraire ou illégale dans la vie de la famille* ».

Votre Cour a également défini la notion de vie de famille. Le respect de celle-ci, protégé par l'article 8, peut être invoqué si une mesure d'éloignement entraîne la séparation des membres de la famille. Pour définir en quoi consiste la vie familiale, la Cour a pu juger qu'il s'agissait essentiellement d'une « question de fait, qui dépend de l'existence réelle dans la pratique de liens personnels étroits » (aff. *K. et T c/ Finlande*, arrêt [GC] du 12 juillet 2001, n°25702/94, § 150). Elle a également affirmé qu'il découlait de cette notion sur laquelle repose l'article 8 que l'enfant né d'une union matrimoniale fait *ipso jure* partie intégrante de cette relation, et que dès sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien familial que des événements ultérieurs ne peuvent rompre, sauf circonstances exceptionnelles (aff. *Berrehab c/ Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, n°10730/84, § 21; aff. *Ciliz c/ Pays-Bas*, arrêt du 11 juillet 2000, n°29192/95, §§ 59 et 60). La Cour rappelle enfin que pour un parent et son enfant, le fait d'être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (aff. *Olsson c/ Suède* (n°1), arrêt du 24 mars 1988, n° 10465/83, § 59; aff. *Eriksson c/ Suède*, arrêt du 22 juin 1989, n° 60437/08, § 58; aff. *Gnahoré c/ France*, arrêt du 19 septembre 2000, n°40031/98, § 50; aff. *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, arrêt du 12 octobre 2006, n°13178/03, § 75).

Plus précisément, votre Cour établit un lien fort entre la protection de la vie de famille et l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas de l'éloignement d'un parent étranger entraînant la séparation de son enfant, en insistant particulièrement sur le lien affectif fort existant entre eux.

Par exemple, dans l'affaire *M.P.E.V et autres c/ Suisse* (n°3910/13), votre Cour a rendu un arrêt le 8 juillet 2014 à propos d'un père d'origine équatorienne qui risquait l'expulsion du territoire suisse alors que son enfant, en raison de son intégration dans la société suisse, était quant à elle autorisée à rester. Votre Cour a jugé que les autorités n'avaient, dans leur décision, fait aucune référence à l'intérêt supérieur de l'enfant, n'ayant pas estimé que la relation entre le père et sa fille relevait de la protection de la « vie de famille » au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, votre Cour a estimé que le fait que les autorités internes n'aient pas tenu compte de l'intérêt mutuel des requérants de rester en « contact personnel étroit » constituait une violation de l'article 8 en l'espèce. Il apparaît donc que votre Cour privilégie l'étroitesse du lien affectif qui unit un parent et son enfant.

Bien que la question du lien économique étroit n'ait jamais été abordée, il semble cependant découler de ce qui précède que la Cour accorde une importance particulière à la protection de la vie de famille et à l'intérêt supérieur de l'enfant, matérialisé par la relation affective étroite que le parent menacé d'expulsion et son enfant entretiennent.

La prise en compte d'un critère de "relation économique particulière" ouvrirait le champ à des cas de renvoi de parent étranger d'un enfant vers un pays autre que le pays où son enfant possède un droit de séjour. En effet, ce nouveau test qu'imposent les juridictions suisses pose ces trois conditions, dont le lien affectif fort et la relation économique particulière, comme étant cumulatives.

La non-satisfaction de ce dernier critère, alors même qu'un lien affectif fort est reconnu, entraîne une menace pour le droit à la vie privée et familiale de l'étranger. En effet, il est extrêmement difficile de maintenir un lien familial entre un parent ayant été renvoyé dans son pays d'origine, qui plus est quand celui-ci connaît un état de guerre civile et de tensions ethniques et religieuses permanent comme c'est le cas en Irak, où les enfants ne pourront que difficilement se rendre pour voir leur parent. En outre, des moyens de communication modernes mais potentiellement aléatoires dans certains pays, au vu des dégâts occasionnés sur les infrastructures par des décennies de guerre, ne peuvent remplacer le contact que des enfants ont avec leur parent. Enfin, si le parent avait la possibilité de se rendre occasionnellement en Suisse afin de rendre visite à ses enfants, cela ne lui serait en aucun cas garanti, du fait de la difficulté d'obtenir un visa et du prix du billet d'avion. Dès lors, l'état actuel du droit suisse imposant ces conditions entraîne l'éloignement d'un parent de son enfant, qui plus est pour des considérations purement économiques, ce qui apparaît contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Or, au vu de la jurisprudence de votre Cour (aff. *Nunez c/ Norvège*, arrêt du 28 juin 2011, n°55597/09, § 84; aff. *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, arrêt [GC] du 6 juillet 2010, n°41615/07, § 135) et des développements récents des organes internationaux sur les droits des enfants, il existe une primauté particulière du lien affectif fort. Dès lors, il semble que toute considération purement basée sur l'existence d'une relation économique afin de conditionner le droit au séjour du parent étranger soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit à maintenir une vie de famille, tant pour ce dernier que pour le parent concerné. Ce critère paraît donc incompatible avec l'article 8 de la Convention.

Pour le Gisti,

Le 21 mars 2019



Vanina Rochiccioli

Présidente