



HAL
open science

La protection du droit a la vie familiale

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. La protection du droit a la vie familiale. Les Petites Affiches, 1996, 95, pp.13 et s.
halshs-00128217

HAL Id: halshs-00128217

<https://shs.hal.science/halshs-00128217v1>

Submitted on 31 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PROTECTION DU DROIT A LA VIE FAMILIALE

DIALECTIQUES JURISPRUDENTIELLES AUTOUR DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Article paru à la Revue *Les Petites Affiches* 1996 N° 95

par

Eric MILLARD

Professeur de droit public à l'Université de Perpignan,
FRAMESPA (UMR 5591/CNRS - Université de Toulouse II)

Juillet 1996

La protection de la vie familiale ne peut plus se concevoir sans référence à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui stipule : « 1 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; 2 - Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Sans pouvoir envisager, du moins directement, l'ensemble des protections qui sont garanties par cet article (et notamment le respect de la vie privée que parfois la Cour européenne peut sembler confondre avec la vie familiale ¹), et sans non plus pouvoir aborder tous les pans relevant d'un point de vue conceptuel de la vie familiale, qui ne sont pas visés par l'article 8, comme le mariage protégé spécifiquement par la Convention dans son article 12 (alors même qu'il y aurait beaucoup à retenir de l'existence de cette distinction en droit positif et de la manière dont ces deux articles sont employés dans les raisonnements de la Cour, ou sont hiérarchisés ²), il n'est pas sans intérêt de s'attarder sur le dispositif qui résulte de cet article 8, et particulièrement sur la manière dont la protection de la vie familiale, à partir de cet article, est mobilisée dans des contextes multiples, par des juges différents voire concurrents : au delà de l'énoncé auquel procède la Convention, la mise en oeuvre pratique de cette protection, ce que l'on pourrait aussi appeler dans une autre optique l'effectivité du droit reconnu, ou la normativité qui est liée au texte (le sens qui lui est donné par le juge qui l'applique), révèle des enjeux théoriques et pratiques essentiels.

Nous sommes en effet ici en présence d'un cas idéal-typique des difficultés et des dialectiques attachées à la mise en oeuvre d'un système juridique supranational spécifique : le système européen des droits de l'Homme. L'effectivité de ce droit européen des droits de l'Homme passe par sa plus ou moins bonne réception dans le droit interne, et cela pour deux raisons évidentes, que l'on ne

* Le présent article est issu d'une conférence prononcée dans le cadre du cycle « Droits de l'Homme » organisé par l'Association des amis du concours Cassin, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, 2/5/1996. L'auteur remercie les organisateurs d'en avoir aimablement autorisé la publication.

¹ Par exemple dans l'arrêt *Beldjoudi contre France* du 26/3/1992, JCP 1993-I-3654 (chron. Sudre).

² Notamment dans l'affaire *Johnston contre Irlande*, 18/12/1986.

fait que rappeler : d'abord, ignoré, il est inefficace ; ensuite, et surtout, non reçu, il entraîne, en raison du recours individuel du justiciable devant les organes de la Convention, un flux contentieux pouvant déboucher sur une paralysie du système. Mais cette bonne réception obéit elle-même aux données spécifiques d'un tel droit européen : le recours individuel donne réellement aux organes de la Convention une place hiérarchique supérieure ; mais l'idée de marge d'appréciation étatique dans la mise en oeuvre de la protection des droits ne permet pas de faire de ces organes au sens propre une Cour suprême. Il y a donc deux sphères, deux ordres juridiques, l'un national, l'autre européen des droits de l'Homme, qui sont étroitement imbriqués, qui tendent à s'homogénéiser, mais au prix d'une dialectique qu'il serait réducteur de voir simplement dirigée par l'ordre européen des droits de l'Homme. Il n'y a donc pas identité de ces deux ordres juridiques et même si dans une logique théorique l'ordre supranational semble devoir primer, dans la réalité des faits, les interactions sont bien plus complexes.

La protection de la vie familiale le démontre : il y a bien sûr la protection fondée sur l'article 8 ; encore n'est-elle pas toujours mise en oeuvre ou appréciée de la même manière par le Conseil d'Etat et la Cour européenne par exemple. Mais il y a aussi comme fondement de cette protection de la vie familiale la jurisprudence constitutionnelle française pertinente, et particulièrement le droit constitutionnellement reconnu depuis 1993 à la vie familiale normale³.

Ces fondements doivent-ils être opposés ? Sont-ils complémentaires ? Les juges chargés de leur mise en oeuvre ou ceux les ayant formulés s'ignorent-ils ou se répondent-ils ? A l'évidence, il existe pour le moins des dialectiques jurisprudentielles autour de cet article 8. La réflexion sur ces dialectiques peut sembler extrêmement abstraite et l'on peut se dire qu'après tout il n'est pas nécessaire pour comprendre ce qu'est l'état du droit positif à la vie familiale de faire plus qu'enregistrer ces divergences entre juridictions : on peut ainsi essayer de se contenter d'une analyse exhaustive du ou des contentieux afin d'en dégager des solutions et d'en prédire des évolutions. Mais il n'est pas sûr que l'analyse de l'ensemble des décisions contentieuses permette de donner du sens à la masse des décisions de justice : il y a quand même, nous le verrons, des décisions parfois, au moins en apparence, contradictoires. Et si l'on attend du juriste qu'il prédise ce que seront les évolutions jurisprudentielles, ou plus concrètement ce que sera la solution par un juge de tel dossier, il faut convenir que ce travail de pronostic ne peut être assez sérieusement mené qu'après qu'un diagnostic rigoureux de l'état du droit a été fait. Or ce diagnostic passe nécessairement par l'entreprise d'une compréhension « macro-juridique », si l'on nous pardonne ce néologisme, c'est-à-dire par une tentative de comprendre la politique du droit : quels sont les enjeux et quelles sont les dialectiques qui se déploient entre les divers ordres juridiques quant à la question posée du droit à la vie familiale ?

Les dialectiques autour de l'article 8 doivent bien sûr être appréhendées à la fois matériellement (quelle protection du droit à la vie familiale ?) et formellement (va-t-on ou non se référer à cet article dans l'exercice juridictionnel ?). Surtout, il semble qu'elles se déploient à deux niveaux. Il y a d'abord une dialectique entre des normativités concurrentes, c'est-à-dire entre différents exercices du pouvoir de *juris-dabo* : donner le droit. Il y a ensuite des dialectiques entre fonctions juridictionnelles hiérarchisées, c'est-à-dire des dialectiques liées au fait que les juridictions concernées n'interviennent pas, dans le modèle théorique du procès, au même niveau, parce que certaines juridictions interviennent face à un contentieux de masse, sous l'éventuelle censure (pour autant que l'on puisse employer ce mot à propos de la fonction de la Cour européenne des droits de l'Homme) alors que d'autres veulent ou peuvent n'intervenir que dans un contentieux terminal, donc nécessairement suprême.

Dans le premier cas, il y a une dialectique de concurrence ; dans le second, une dialectique de complémentarité.

I - DES DIALECTIQUES ENTRE NORMATIVITES CONCURRENTES

Pour parler de normativités concurrentes, c'est beaucoup moins les énoncés juridiques (lois, Convention, constitution, traités internationaux, etc.) que le travail des juges à partir de ces énoncés qui importent : au-delà de la diversité de ces derniers, tant du point de vue matériel (ce que prescrivent les textes de droit) que du point de vue logique (leur valeur intrinsèque au regard d'un ordonnancement juridique hiérarchisé), tout un travail d'interprétation constructive auquel se livrent les juges construit la réalité du droit en la matière.

Après avoir rapidement présenté les étapes essentielles de ce travail, il faudra essayer d'apprécier la portée exacte de l'écart entre les normativités observées : cela permettra de voir qu'en fait, partant d'énoncés divers, formulant concurrentement leurs solutions jurisprudentielles, les juges parviennent à construire un droit générique, le droit de l'individu à la famille normale.

³ Décision du Conseil constitutionnel 325 DC des 12-13/8/1993.

A - Les étapes normatives

La base textuelle à partir de laquelle va s'effectuer le travail normatif est assez pauvre. On peut discerner 3 grandes strates de textes.

D'abord les textes internationaux, tels, pour n'en citer que quelques uns : la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels pour l'un, aux droits civils et politiques pour l'autre, ou, de manière apparemment plus précise, les nombreuses conventions sur l'élimination des diverses discriminations ; leur valeur juridique n'est pas univoque (conventions, résolutions, déclarations), leur contenu est souvent le fruit d'un consensus prudent. On peut s'en faire une idée assez précise en regardant de plus près la Convention de New-York sur les droits de l'enfant⁴, dont certaines stipulations ont directement trait au droit de l'enfant à la famille, mais dont l'applicabilité, alors même qu'il s'agit d'une convention liant les Etats signataires, est pour le moins discutée. La Cour de cassation semble ne pas lui faire produire d'effet directement utile pour l'individu⁵ ; certains tribunaux judiciaires⁶ et désormais le Conseil d'Etat⁷ semblent considérer que quelques articles pourraient être d'applicabilité directe au regard de leur rédaction ; et la Cour européenne semble l'invoquer pour renforcer le poids de l'article 8⁸, pourtant apparemment bien suffisant. Tout cela fait que ces textes internationaux, nombreux et divers, peuvent inspirer le travail des juges sans véritablement contraindre les autorités étatiques.

Ensuite, il y a la disposition nationale pertinente : l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement ». Là encore, le sens du texte est objectivement imprécis, du moins sous l'angle d'un droit de l'individu, et ce ne peut être qu'une source d'inspiration.

En revanche, au stade supranational, l'article 8 constitue lui une référence bien moins fluctuante, tant dans son contenu (droit au respect de la vie familiale), dans ses conditions d'application (l'alinéa 2 prévoyant les ingérences légitimes) et dans son applicabilité (texte conventionnel, recours direct des individus estimant leur droit lésé selon des conditions et procédures prévues par la Convention). Pourtant, la référence à ce texte a été longue à s'imposer en droit français, et elle connaît encore des résistances normatives.

Dans une première étape, à la fin des années 70, l'ensemble des dispositions rappelées a simplement servi d'inspiration au Conseil d'Etat pour formuler et consacrer un principe général du droit, celui du droit à une vie familiale normale⁹. Le Conseil refusait donc d'appliquer l'article 8 de la Convention. Il est vrai qu'à l'époque, la jurisprudence de la Cour sur cet article n'était pas fixée, et que surtout le droit de recours individuel pour ce qui est de la France n'était pas accepté.

Quelques mois après ce travail normatif de la juridiction administrative française, la Cour européenne, par l'arrêt *Marckx*¹⁰ concernant les droits des enfants naturels, a inauguré une jurisprudence cohérente sur l'article 8, c'est-à-dire qu'elle a, tout au long des années 80, précisé à la fois les droits garantis par l'article 8 et les conditions dans lesquelles l'Etat peut légitimement les restreindre. La logique est donc différente de celle du Conseil d'Etat : à la consécration d'un principe inspiré de textes épars se substitue un travail d'application d'un texte précis. Le droit de recours individuel ayant été accepté par la France, et après, malgré tout, presque une dizaine d'années de réticence, le Conseil s'est rallié progressivement à partir de 1991 à l'applicabilité de cet article 8 et a renoncé à se référer au principe dégagé en 1978, du moins formellement.

La cause aurait pu paraître entendue, au profit de la norme supranationale, de la norme conventionnelle. Il n'en a rien été. Alors que le Conseil d'Etat devenait, avec prudence, et au moins en apparence, « européen », le Conseil constitutionnel est intervenu pour réaffirmer en 1993, avec solennité puisqu'il lui donne valeur constitutionnelle, le principe général du droit que le Conseil d'Etat avait d'abord dégagé et ensuite abandonné. Pour censurer en partie les lois Pasqua, les 9 sages ont ainsi rangé au rang des principes et droits à valeur constitutionnelle le droit de mener une vie familiale normale.

Ainsi, en l'état du droit positif, et en négligeant les énoncés internationaux qui pourraient venir se surajouter, comme l'article 16 de la Convention de New-York, au moins deux normes différentes cohabitent. Apparemment différentes.

Apparemment différentes dans leur formulation : droit de mener une vie familiale normale, droit au respect de la vie familiale. Apparemment différentes dans leur valeur intrinsèque : une règle supranationale, conventionnelle, donc supra-législative sans pour autant être nécessairement supra-

⁴ ONU, 20/11/1989.

⁵ Cass. civ. 1ère ch., 10/3/1993, *Lejeune*, D. 1994.34 (somm. comm. Dekeuwer-Defossez).

⁶ TGI Rennes, 13/6/1994.

⁷ Pour application directe de l'art. 16 (droit au respect de la vie familiale de l'enfant) : CE, 10/3/95, *Demirpençe*, D. 1995.617 (note Benhamou).

⁸ CEDH, 26/5/1994, *Keegan*, AJDA 1994.511 (chron. Flauss).

⁹ Ass. CE, 8/12/1978, *GISTI*.

¹⁰ CEDH, 13/6/1979.

constitutionnelle ; et un principe constitutionnel. Ce sont les enjeux liés à ces différences et leurs portées exactes qu'il convient donc d'analyser.

B - Les enjeux limités

Ces différences sont simplement apparentes, les enjeux sont juridiquement limités.

La dualité de contrôle comme la dualité normative ne constituent pas en elles-mêmes un obstacle, dans la mesure notamment où l'article 8 de la Convention - et l'interprétation de la Cour le confirme - permet que se développe au plan national des politiques d'ingérence qui, sans remettre en cause le droit garanti par la Convention, traduisent une marge d'appréciation nationale¹¹ : le Conseil d'Etat, qui prétend appliquer l'article 8, ne développe pas en général sur le fond des positions qui seraient radicalement différentes de celle du Conseil constitutionnel, qui prétend ignorer cet article ; il en va de même des positions de la Cour européenne et de celles des juridictions nationales.

Dès lors, la dualité de contrôle tout comme la concurrence normative ne doivent pas être exagérées à partir du moment où, de quelque manière apparemment divergente que ce soit, les droits garantis et les conditions effectives de leurs garanties obéissent à une même appréciation et à une même structure, ce qui est le cas en l'espèce. On peut simplement souligner que quelque part, dans un débat marqué entre un certain nationalisme juridique, qui répugne aux abandons de souveraineté, et une construction supranationale, le Conseil d'Etat d'abord, et surtout le Conseil constitutionnel depuis 1993, tentent de se présenter comme les gardiens d'une souveraineté sinon matérielle, du moins formelle : la souveraineté qu'incarne la suprématie constitutionnelle. Mais pratiquement, structurellement, il n'y a pas de différences essentielles quant aux mécanismes et conditions de la protection du droit de l'individu à la famille.

Du point de vue hiérarchique d'abord, est assuré au plus haut niveau, constitutionnel ou conventionnel, le respect du droit de l'individu à la famille par l'administration, par les particuliers et par le législateur.

Du point de vue matériel ensuite, le droit est reconnu dans les mêmes conditions principales. Il s'agit d'abord d'une liberté opposable, c'est-à-dire qu'est reconnue à l'individu une sphère d'autonomie concernant sa vie familiale, aussi bien quant à sa fondation qu'à son déroulement et éventuellement sa fin, sphère d'autonomie qu'il peut opposer à l'Etat, mais qui peut également exiger de l'Etat la mise en place d'une réglementation juridique permettant à l'individu d'opposer aux tiers cette vie familiale : par exemple, absence de discrimination juridique entre enfants naturels et enfants légitimes. Il s'agit ensuite d'un droit conditionnel, c'est-à-dire d'un droit garanti dans certaines conditions, mais que l'Etat peut légitimement restreindre dans d'autres conditions. Ces restrictions ne peuvent être prévues que par la loi, soit pour assurer le respect d'autres principes constitutionnels dans la logique nationale¹², soit dans la logique conventionnelle parce que ces restrictions sont nécessaires à « la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹³. Ces deux sphères de restriction se recouvrent même si, et cela pourrait éventuellement surprendre, les restrictions à la vie familiale sont peut-être plus facilement admises au plan européen qu'au plan national : morale, bien-être économique par exemple. Il s'agit enfin et surtout d'un standard juridique, explicite ou implicite. Il ressort en effet, explicitement de la jurisprudence administrative et constitutionnelle, logiquement de la jurisprudence européenne, que le droit à la vie familiale n'est protégé que pour autant qu'il correspond à une conception jugée normale de la famille dans la société considérée ; si la Convention ne se réfère pas à l'adjectif *normal*, elle admet toutefois *a contrario* que les ingérences étatiques sont valables dès lors qu'elles sont admissibles dans une société démocratique. Cela revient à dire d'une part que le droit de l'individu n'est opposable à l'Etat qu'à condition que ce droit respecte, dans son exercice - individuel ou collectif mais privé - les valeurs démocratiques, l'Etat étant légitime à intervenir, en portant éventuellement atteinte à ce droit, dès lors que ces valeurs sont remises en cause ou risquent de l'être (maltraitance, prosélytisme, procréation assistée, etc.), alors que, d'autre part, ce droit est à l'abri de ces ingérences dès lors que son exercice correspond aux canons de cette société démocratique, sous réserve que les exigences supérieures de cette société n'appellent pas une restriction prévue par la loi.

Et là est sans doute l'essentiel de la question qui nous retient. Ce qui est garanti, c'est ce qui est normal dans le type de société que préserve et construit l'Etat de droit démocratique. Cette conception de la normalité n'est pas nécessairement figée. Elle est susceptible d'évolutions, en fonction du mouvement des valeurs admises dans les sociétés démocratiques : la disparition du modèle dominant de la famille légitime et corrélativement l'équivalence des droits familiaux des individus dans le cadre de la famille légitime ou en dehors de ce cadre l'ont démontré. Il reste que

¹¹ Cf. A. D. Olinga & C. Picheral, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, RTDH n° 24, 1/10/1995, p. 567-604.

¹² Notamment, dans la décision du Conseil constitutionnel 325 DC des 12-13/8/1993, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public.

¹³ Alinéa 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme *in fine*.

cette conception de la normalité est aussi normative. Elle vise autant à défendre les droits de l'individu qu'à construire un modèle dominant de la famille (ou à le défendre) : c'est ainsi notamment que l'on doit interpréter la prise de position très nette du Conseil constitutionnel excluant les droits familiaux de l'individu dès lors que la famille n'obéit pas à un modèle monogamique, même si au regard du droit international privé, le mariage polygamique avait pu être reconnu.

Parce qu'il s'agit donc d'un standard évolutif, il est très difficile de recenser précisément les cas concrets où le droit de l'individu sera reconnu, ou au contraire ceux dans lequel la restriction étatique sera légitime. Il faudrait pour cela procéder à une analyse de jurisprudences nombreuses, confuses et souvent contradictoires. Et à ce niveau à nouveau se font jour d'autres dialectiques.

II - UNE DIALECTIQUE ENTRE FONCTIONS JURIDICTIONNELLES HIERARCHISEES

On rencontre souvent dans les jurisprudences relatives au droit à la vie familiale normale des appréciations apparemment très éloignées, qui n'ont plus trait, comme il a été vu, à la normativité de ce droit, mais bien à sa mise en oeuvre pratique dans le cadre générique que l'on a dégagé. Les très célèbres arrêts *Beldjoudi*¹⁴ en offrent une illustration manifeste. Un ressortissant étranger a commis plusieurs infractions en France, où il réside avec sa femme. Il a purgé sa peine et après sa libération il est expulsé. L'administration met en avant sa dangerosité. Le Conseil d'Etat puis la Cour européenne ont à apprécier si l'ingérence étatique que constitue cette expulsion dans la vie familiale de l'intéressé est ou non légitime. Les deux juridictions le font selon le même raisonnement puisque le Conseil d'Etat à cette occasion admet l'applicabilité directe de l'article 8 : il s'agit donc d'un contrôle de proportionnalité entre le besoin pour l'Etat de préserver l'ordre public et l'obligation qui lui est faite de respecter la vie familiale de l'individu, constituée ici par sa vie conjugale notamment ; mais dans ce contrôle, le Conseil d'Etat fait prévaloir l'ordre public et donne raison à l'Etat, alors que la Cour estime les droits de l'individu atteints et sanctionne cet Etat. De telles divergences peuvent être comprises en s'attachant à la complémentarité des fonctions de chacun des juges.

A - Des positions apparemment éloignées

A priori, un rapide survol du travail jurisprudentiel tendrait à nous convaincre du libéralisme de la Cour que l'on pourrait opposer à la dureté d'appréciation du Conseil d'Etat.

Libéralisme de la Cour : on peut en relever quelques exemples. Il y a d'abord un libéralisme dans l'appréciation des situations collectives dans lesquelles il peut y avoir vie familiale. Il faut rappeler ici que le droit ne concerne pas la famille en tant que groupe défini mais la vie familiale de l'individu, c'est-à-dire son droit à entretenir un certain type de relations collectives et à voir reconnaître ces relations, quelles que soient leurs formes, pourvu qu'elles ne soient pas anormales. C'est ainsi la jurisprudence de la Cour qui est à l'origine de l'évolution des législations afin qu'elles ne fassent pas obstacle à une vie familiale naturelle¹⁵ voire dans certains cas adultérine, au moins en ce qui concerne les relations entre parents et enfant¹⁶.

Il y a ensuite un certain libéralisme de la Cour dans l'appréciation de l'effectivité des situations familiales. Si bien sûr doit être respectée la vie familiale qui existe dans les faits, pour la Cour, violeraient le droit à la vie familiale les considérations juridiques qui, de manière illégitime, ne permettraient pas à cette vie familiale de pouvoir se dérouler normalement alors même que celle-ci n'existe pas encore dans les faits, ou n'existe plus dans les faits : par exemple en matière de placement d'enfants, le droit de visite et de correspondance des parents doit être respecté ainsi que leur droit à être entendu dans les procédures administratives de placement¹⁷ ; ou bien l'obligation pour l'Etat d'enregistrer juridiquement comme vie familiale le simple lien de filiation, même en l'absence de cohabitation entre le parent et l'enfant¹⁸.

Il y a enfin parfois un très grand libéralisme dans l'appréciation par la Cour des faits et dans la défense du droit individuel face aux ingérences étatiques. Tel est le cas peut-être lorsque la Cour estime que le simple fait de l'appartenance d'un parent à une secte ne justifie pas que dans le cadre du divorce l'enfant ne lui soit pas confié : la protection de l'enfant face à un danger, éventuel mais vraisemblable, cède le pas devant le respect du droit du parent¹⁹. Tel est surtout le cas lorsque la Cour tend, dans certaines situations, à faire prévaloir de manière quasi systématique le droit individuel sur

¹⁴ CE, 18/1/1991, JCP 1991.IV.131 ; CEDH, 26/3/1992, précité.

¹⁵ Arrêt *Marckx* précité.

¹⁶ Arrêt *Johnston* précité.

¹⁷ Par exemple CEDH, 24/2/1995, *McMichael contre Royaume-Uni*.

¹⁸ CEDH, 21/6/1988, *Berrehab contre Pays-Bas* ; 27/10/1994, *Kroon contre Pays-Bas*.

¹⁹ CEDH, 23/6/1993, *Hoffmann contre Autriche*.

les exigences de l'ordre public. Par exemple dans l'affaire Beldjoudi ²⁰, où la Cour juge illégitime l'expulsion d'un étranger ayant commis des infractions - qui lui avaient valu plus de 7 ans d'emprisonnement pour vol, coups et blessures, etc. - parce qu'il s'agit d'un étranger de la deuxième génération, n'ayant aucun contact familial et culturel avec son pays d'origine. Cette logique libérale de la Cour a été confirmée dans l'affaire Nasri où la même appréciation a été portée dans un cas paroxystique, l'infraction avérée étant le viol en réunion, l'auteur de l'infraction étant lui-même victime d'un handicap ²¹. Sans doute en équité, les solutions de la Cour sont opportunes, en protégeant les individus des agissements d'un Etat qui croit ou veut faire croire qu'une politique systématiquement répressive et sécuritaire à l'égard des étrangers tient lieu d'imagination politique pour lutter contre les crises économiques, sociales ou culturelles. Mais le juriste se doit de relever l'attitude curieuse de la Cour dans sa motivation. Dans les deux espèces, c'est moins la vie familiale que d'autres considérations qui priment. Le premier requérant n'entretenait aucune relation avec sa famille, et n'avait pas d'enfant : majeur et marié, on peut douter qu'il soit en droit, pour reprendre une appréciation constante de la Cour, d'imposer à la France le lieu où il entendait user de sa vie familiale, son épouse pouvant le suivre à l'étranger ; en tout cas, la Cour se sert de cet argument, notamment, lorsqu'il ne s'agit plus d'éloignement mais de regroupement familial, dans des situations parfois humainement plus dramatiques, pour autoriser des ingérences étatiques, alors même que l'étranger n'a commis aucune infraction, même pas celle de l'absence de titre de séjour. Quant au deuxième requérant, s'il est indubitable que sa situation psychologique et physique se trouverait sans doute gravement atteinte dans l'hypothèse où il serait éloigné de sa famille, il est tout aussi certain que cette situation aurait semblablement été troublée alors même qu'il n'aurait pas eu d'argument familial à avancer, dès lors qu'il aurait été expulsé : le fond de l'affaire est que, sourd et muet, arrivé en France en 1965 à l'âge de cinq ans, ne maîtrisant pas le langage des signes, il serait confronté en toute hypothèse à un milieu auquel il ne pourrait en rien s'adapter ; ce n'est donc pas seulement et prioritairement une question de vie familiale même si la famille est pour un individu confronté à cette situation un lieu de soutien et de solidarité, mais, comme le relevait le juge Morenilla dans son opinion partiellement dissidente ²², essentiellement une appréciation à porter sur l'humanité de la procédure, eu égard à la situation personnelle de l'intéressé : quelle que soit sa situation et sa vie familiale, il aurait été inhumain de l'expulser ²³.

Face à ce libéralisme, le Conseil d'Etat peut apparaître, avant tout, très respectueux des prérogatives de l'Etat. Le juge français semble apprécier ainsi la dangerosité de l'individu de manière plus complaisante que la Cour ²⁴. Et l'effectivité de la vie familiale joue incontestablement dans la jurisprudence administrative un rôle bien plus restrictif que dans la jurisprudence européenne. D'une part, ne sont protégées que les situations où la vie familiale se déroule effectivement : ce n'est pas le cas notamment, et l'individu n'est pas protégé en conséquence, lorsqu'il y a instance de divorce ²⁵, si l'enfant est encore à naître ²⁶ à moins que l'étranger soit marié avec la mère ²⁷, ou si l'enfant est majeur, sauf circonstances particulières ²⁸. Et surtout, de manière quasi systématique, le Conseil ne voit pas d'ingérence illégitime dès lors que les individus peuvent poursuivre, ailleurs qu'en France, leur vie familiale : si par exemple des problèmes démontrés de santé mettant la vie en péril en cas de voyage ²⁹ ou exigeant des soins spécifiques (SIDA ³⁰) rendent illégitime l'ingérence, le fait d'avoir un enfant naturel né en France ne constitue pas une cause d'illégitimité ³¹.

Les divergences d'appréciation semblent ainsi patentées entre ces jurisprudences. Pourtant, elles peuvent aisément se comprendre et elles ne sont pas figées.

B - Des positions complémentaires

La question des appréciations respectives peut être comprise si on la ramène à la problématique des flux contentieux et des contraintes juridiques. Même si la Cour européenne reconnaît aux Etats une marge d'appréciation, elle doit s'efforcer de contraindre les juridictions de ces Etats à partager l'essentiel de ses analyses. Dans le même temps, ces juridictions peuvent résister et surtout, à tous les niveaux, la masse du contentieux à gérer oblige à des solutions efficaces. Une dialectique s'installe par laquelle la Cour essaie de rendre les décisions les plus lisibles qui soient pour

²⁰ 26/3/1992, précité.

²¹ CEDH, 13/7/1995, *Nasri*.

²² A l'arrêt *Nasri*.

²³ Art. 3 de la Convention.

²⁴ Arrêt *Beldjoudi* précité par exemple.

²⁵ Prés. sect. contentieux CE, 14/2/1992, *Préfet du Territoire de Belfort contre Sais*.

²⁶ *Id.*

²⁷ CE, 13/5/1992, *Ndombe Eboa*, Les petites affiches 1993 n° 78 p. 38 (note Haim).

²⁸ Prés. sect. contentieux CE, 26/7/1991, *Préfet de la Moselle contre Mlle Hadad*.

²⁹ Prés. sect. contentieux CE, 6/1/95, *Espinoza*.

³⁰ TA Besançon, 12/7/1995, *Mme Esther contre Préfet du Territoire de Belfort*, RD sanit. soc. 1995-2, p. 428 (note Mallol).

³¹ Prés. sect. contentieux CE, 28/7/95, *Préfet du Haut-Rhin*.

les juridictions et autorités nationales aussi bien que pour les requérants, tout en étant acceptables par des acteurs qui se servent de ces décisions dans des situations où la rigueur juridique ne peut être le seul enjeu : situations humaines souvent difficiles, situations politiques parfois complexes, situations juridictionnelles fréquemment marquées par l'encombrement contentieux ; c'est là la condition de l'efficacité de la jurisprudence européenne qui, si elle n'est pas relayée par des juridictions nationales aptes à satisfaire les requérants en les dissuadant d'aller plus loin – et la meilleure dissuasion est la compatibilité sinon l'identité avec la jurisprudence européenne ici –, ne peut que s'asphyxier sous un afflux de requêtes. Dans le même temps, les acteurs publics ou privés ne se rallient pas nécessairement aux arguments de la Cour et peuvent se servir de cet afflux ou de ces requêtes pour s'opposer à sa position et tenter de la faire évoluer. C'est là le fonctionnement classique des contraintes dans un ordre juridictionnel hiérarchisé et il suffit de rappeler pour illustrer que la violation de l'article 8 est désormais invoquée de manière quasi systématique dans tous les contentieux concernant la police des étrangers : au seul titre de l'appel sur les jugements concernant la reconduite à la frontière, c'est plus d'une centaine d'affaires par semestre qui échoient au Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat. Ces données guident aussi le raisonnement juridique du Conseil et de la Cour.

Ainsi apparaît, par la force des choses, une ligne de partage entre une Cour européenne qui s'efforce d'asseoir une jurisprudence claire et fondée sur la Convention, et un Conseil d'Etat devant « administrer » un contentieux quotidien, massif et répétitif. La première remplit une fonction de *juris-dabo*, fixant essentiellement des grandes lignes, sous la contrainte du flux contentieux national et des jurisprudences nationales ancrées ; le second règle des cas concrets. Ces fonctions sont complémentaires, même si elles sont dialectiques et parfois réversibles. Elles traduisent la construction, elle-même dialectique et progressive, d'un ordre juridique intégré : la Cour l'affirme en qualifiant la Convention d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »³² ; certaines juridictions nationales semblent la craindre comme en fait foi la décision du Conseil constitutionnel de 1993³³ où, dans ce que l'on pourrait interpréter comme un baroud d'honneur, le Conseil tente d'asseoir sur un fondement constitutionnel national la protection du droit à la vie familiale normale.

C'est à la lumière de cette problématique que l'on doit apprécier les divergences jurisprudentielles et que l'on peut sinon prévoir, du moins constater des évolutions. Il faut par exemple voir en premier lieu que le Conseil d'Etat module en quelque sorte son appréciation selon les conséquences juridiques et pratiques des mesures envisagées. L'appréciation de l'ingérence se fera plus sévèrement en cas de reconduite à la frontière qu'en cas d'expulsion car les conséquences sur l'individu sont temporaires, l'individu conservant en cas de reconduite la possibilité de revenir sur le territoire en respectant les procédures imposées ; de la même manière, l'éloignement portant atteinte à la vie familiale effective ne connaîtra pas le même *critérium* de contrôle que le regroupement familial qui vise davantage à permettre le déroulement d'une vie familiale déjà interrompue³⁴. La plupart des divergences jurisprudentielles quant à l'effectivité trouvent ici leur explication : c'est ainsi que la Cour tiendra compte par exemple de l'effectivité pour obliger l'Etat à enregistrer par le droit l'existence d'un lien de fait (comme la filiation) qui permettra le déroulement paisible d'une vie familiale ultérieure (famille naturelle notamment), alors que le Conseil d'Etat analysera l'effectivité pour savoir si celle-ci doit être opposée à l'Etat, ce qui suppose pour le moins qu'elle préexiste et qu'elle soit impossible ou difficile ailleurs.

Mais il faut voir ensuite et surtout qu'il y a pour les besoins d'une construction efficace des évolutions de la juridiction administrative aussi bien que de la Cour européenne qui essaient de se rejoindre. Le paradoxe est sans doute qu'elles risquent de se croiser sans parvenir à se rencontrer. D'abord, on peut constater que le Conseil d'Etat tend de plus en plus, lorsqu'il apprécie le caractère proportionné ou disproportionné de l'atteinte à la vie familiale, à tenir compte de la stabilité et de la durée de cette vie familiale en France, ce qui est une manière efficace de tenir également compte de l'absence de liens familiaux et culturels avec le pays d'origine. Surtout, il faut s'interroger sur un néfaste effet de balancier dans la jurisprudence européenne qui, utilisant la dichotomie usuelle du Conseil d'Etat entre éloignement et regroupement, tend à adopter, dans cette dernière hypothèse, une position tellement opposée à celle qu'elle fait prévaloir dans la première qu'elle pourrait s'avérer plus restrictive que celle de notre droit national³⁵. La différence entre l'éloignement et le regroupement ne justifie pas objectivement une différence de traitement aussi marquée, ce qui pourrait faire craindre une évolution de la jurisprudence européenne sur un plan plus général.

Un ressortissant Turc, M. Gül, a quitté la Turquie au début des années 80 pour un motif politique, et s'est installé en Suisse. Après avoir travaillé dans un restaurant jusqu'en 1990, il est tombé malade et perçoit une pension d'invalidité depuis. En 1987, il a été rejoint par sa femme qui, épileptique, s'était brûlé au cours d'une crise en Turquie où elle avait des difficultés à être soignée. Leurs deux fils alors mineurs sont restés en Turquie alors que les époux Gül ont eu en Suisse une fille,

³² CEDH, 23/3/1995, *Loizidou*.

³³ Précitée.

³⁴ Sur ces questions, V. notamment l'analyse jurisprudentielle détaillée proposée par R. d'Haem : *Le contrôle du juge administratif et le contentieux de la reconduite à la frontière*, Les petites affiches, 1995 n° 138 p. 4-12.

³⁵ CEDH, 19/2/1996, *Gül contre Suisse*.

qu'en raison de l'épilepsie de la mère, les autorités helvétiques ont placée dans une institution, placement qui est encore en vigueur. Dès son arrivée, M. Gül a déposé une demande d'asile politique, arguant de sa situation de Kurde, membre du parti social-démocrate. Cette demande a été rejetée mais un titre de séjour pour raison humanitaire lui a été accordé, ainsi qu'à sa femme et à sa fille. Sur le conseil des autorités suisses, M. Gül a retiré l'appel qu'il avait interjeté contre le rejet de sa demande d'asile politique ; et il a entrepris des démarches pour obtenir le regroupement de sa famille en suisse en faisant venir auprès de lui ses enfants, ce à quoi les autorités helvétiques ont opposé un refus. C'est de cette position que les organes de contrôle de la Convention européenne avaient à connaître.

La Commission européenne des droits de l'Homme avait estimé ce refus contraire à l'article 8, position innovante que des observateurs avaient pourtant estimée, au vu de l'évolution de la jurisprudence antérieure, « largement prévisible »³⁶. La Cour a mis un sérieux frein à cette évolution. Les arguments relevés sont simples : puisque le droit suisse prévoit le regroupement familial et que la famille Gül ne rentre pas dans le cadre prévu, essentiellement pour des raisons de revenus, et puisqu'elle peut par ailleurs avoir une vie familiale effective en Turquie, l'ingérence étatique que constitue le refus est légitime. La Cour confirme donc son analyse antérieure en matière de regroupement³⁷ et limite donc son libéralisme aux mesures d'éloignement d'étrangers établis alors que l'on aurait pu croire sa portée plus générale.

Les faits de l'espèce ont sans doute joué, et l'arrêt reprend longuement, au moins pour les rappeler, certains arguments relevés par les autorités suisses à l'encontre des requérants : absence de revenus suffisants, d'autant que ces revenus sont constitués par une pension versée par le gouvernement d'accueil à qui il serait excessif de faire supporter en plus le coût des enfants ; absence de démonstration d'un danger politique réel en cas de retour en Turquie ; séjour récent et médiatisé des requérants auprès de leurs enfants résidant en Turquie ; difficultés d'adaptation pour des enfants ayant grandi dans un milieu culturel et linguistique Turc ; absence de droit de résidence permanent des parents même s'ils disposent d'un titre en règle. Il reste que la Cour reconnaît elle-même que sa solution est peu satisfaisante car génératrice pour les requérants de sérieuses difficultés³⁸ et que les droits des requérants, en la matière, doivent être examinés par rapport aux données de l'immigration³⁹, dont les autorités helvétiques ont souligné qu'elle constitue un thème sensible pour l'opinion.

En droit, le raisonnement est fondé implicitement sur le texte même de la Convention qui prévoit que peuvent porter atteinte au droit à la vie familiale notamment les mesures « nécessaires dans une société démocratique au bien-être économique du pays ». On peut toutefois se demander pourquoi la Cour semble ici et maintenant modifier son interprétation constructive et équitable de l'instrument de protection, revenant à la lettre du texte. Et noter qu'elle semble dans son raisonnement aussi bien oublier certains éléments : l'état de santé de la mère dont on nous dit qu'il n'est plus un obstacle⁴⁰ ; l'existence d'une fille placée en Suisse qui elle aussi aurait droit à une vie familiale normale, la Cour ayant toujours défendu que le placement ne devait pas la rendre impossible, et que la simple filiation y ouvrait droit ; la durée du séjour des époux et notamment du père en Suisse (13 ans) et son comportement non délictueux ; et en fin de compte la réalité de la situation politique turque, qui n'est ni envisagée, ni retenue comme susceptible de contrarier la vie normale de la famille Gül dans son pays. Et on peut s'interroger sur le point de savoir si le fait que la Turquie, à l'inverse par exemple des pays du Maghreb dont sont souvent ressortissants les requérants « éloignés », est membre du Conseil de l'Europe ne joue pas ici comme présomption du développement sanitaire (la mère peut recevoir les soins adéquats) et du respect des droits politiques (sûreté des époux Gül).

Ce qui est donc en jeu derrière tout cela, et à la différence des affaires Beldjoudi ou Nasri, ce n'est plus l'ordre public *stricto sensu* mais le bien-être économique et politique du pays. Que la Cour valide ce type d'ingérence étatique n'est pas en soi nécessairement critiquable car il est vrai que chaque Etat doit pouvoir maîtriser ses flux migratoires à condition de le faire, pour reprendre le *leitmotiv* de la protection européenne des droits, de manière admissible dans une société démocratique. Ce qui en revanche est inquiétant, c'est qu'en validant les législations restrictives sur le regroupement familial de manière systématique, c'est-à-dire en s'abstenant de vérifier effectivement quelles sont les situations concrètes, les conséquences et les enjeux, la Cour renonce à ce qui a fait la force de sa construction jurisprudentielle : une interprétation évolutive et finaliste qui tend à une protection effective des droits. Cela risque d'encourager des législations xénophobes tenant compte non pas de l'individu, quelle que soit sa nationalité, mais de sa seule qualité d'étranger, quelles que soient sa personnalité ou sa situation réelle.

Ce n'est pas un progrès pour les droits de l'Homme. Et finalement, la position du Conseil constitutionnel de 1993, normativement divergente, est sans doute préférable parce que, quoique assez respectueuse des prérogatives nationales, elle avait su préserver certains pans du droit de mener une vie familiale normale pour des étrangers en situation régulière, même lorsqu'ils ne disposaient que

³⁶ J.F. Flauss, AJDA 1996 p. 387.

³⁷ CEDH, 28/5/1985, *Abdulaziz contre Royaume-Uni*.

³⁸ § 42 et 43 de l'arrêt.

³⁹ *Ibid.* § 38.

⁴⁰ *Ibid.* § 41.

d'un titre de séjour temporaire : par exemple pour les étudiants. Que le Conseil constitutionnel puisse alors être considéré parfois comme un rempart des droits de l'Homme contre les facilités d'ingérence que laisse à l'Etat la position de la Cour européenne n'est sans doute pas le moindre des paradoxes que révèle l'étude des dialectiques jurisprudentielles en matière de droit à la vie familiale.