



Faculté de droit et de criminologie
Institut pour la recherche en sciences juridiques (JUR-I)

LE DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE AU PRISME DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Geoffrey WILLEMS

Dissertation présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques

Promoteur

Jean-Louis RENCHON
Professeur à l'Université catholique de Louvain

Comité d'encadrement

Pierre MURAT
Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble

Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Professeur à l'Université Saint-Louis Bruxelles

Membres du jury

Walter PINTENS
Professeur émérite de la Katholieke Universiteit Leuven

Françoise TULKENS
Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain
Ancienne Vice-Présidente de la Cour Européenne des droits de l'Homme

Marc VERDUSSEN
Professeur à l'Université catholique de Louvain

Président du Jury

Marc FALLON
Professeur à l'Université catholique de Louvain
Doyen de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain

Louvain-la-Neuve
2014

REMERCIEMENTS

*

Mes remerciements vont en premier lieu à mon promoteur, le Professeur Jean-Louis Renchon. Je vis comme une chance le fait d'avoir bénéficié de ses enseignements qui m'ont fortement marqué et ont contribué de manière décisive à mon affection pour le droit de la personne et de la famille. C'est lui qui m'a offert la possibilité de rejoindre le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine il y a déjà huit ans. Je me souviens de l'enthousiasme qu'il a manifesté lorsque quelques années plus tard, je lui ai fait part de mon souhait d'entreprendre une thèse de doctorat. Je lui suis infiniment reconnaissant pour cela et pour tout le temps et toute l'attention qu'il a consacré ensuite à l'accompagnement de cette thèse. Je n'aurais pas pu venir à bout de cette entreprise sans le soutien, intellectuel et moral, qu'il m'a apporté durant les tous derniers jours de la rédaction.

Ma reconnaissance va ensuite aux membres du Comité d'encadrement, les Professeurs Pierre Murat et Sébastien van Drooghenbroeck, qui ont accepté, malgré la multitude de leurs engagements respectifs, de consacrer du temps à l'accompagnement de cette thèse. Les entretiens que j'ai pu avoir avec eux durant la rédaction du texte et les commentaires toujours constructifs qu'ils m'ont adressés après lecture de versions intermédiaires ont largement contribué au résultat final. J'ai par ailleurs trouvé, dans leurs travaux respectifs, de puissantes sources d'inspiration.

Je remercie aussi les membres du jury de m'avoir fait l'honneur d'accepter de participer à l'évaluation du fruit de mon travail. C'est un grand privilège de compter parmi eux, le Professeur Françoise Tulkens, notre ancienne Juge belge à la Cour européenne des droits de l'homme, à plus forte raison lorsqu'on sait l'attention particulière qu'elle a toujours consacré – avec la liberté de pensée que chacun lui connaît – aux questions de droit de la personne et de la famille. Je suis également très honoré et très heureux de présenter mon travail aux Professeurs Walter Pintens et Marc Verdussen.

L'essentiel des réflexions relatives à la théorie des droits de l'homme et aux paramètres du contrôle de conventionnalité ont été conduites à l'*Instituto de Derechos Humanos* de l'Université de la Complutense à Madrid au cours de l'été 2013. Je suis très reconnaissant au Professeur Fernando Falcón y Tella de m'y avoir accueilli. Je suis très heureux d'avoir noué là-bas des liens scientifiques durables, en particulier avec le Professeur Juan Antonio Martínez-Muñoz.

Je suis l'éternel obligé de Sylvie Ruffenach qui m'a ouvert les portes de la Cour européenne des droits de l'homme et m'a permis d'y rencontrer des magistrats strasbourgeois et d'y travailler dans la sérénité à la rentrée 2014. Merci évidemment aux juges européens qui ont eu l'extrême gentillesse de me recevoir à la Cour malgré leurs emplois du temps chargés. Les réflexions et observations dont ils m'ont fait part ont beaucoup inspiré la finalisation de mon travail.

Je veux remercier en particulier mes amis du Centre de droit judiciaire : le Professeur Jean-François van Drooghenbroeck et Arnaud Hoc. Leur soutien et leur compagnie durant tout le processus de rédaction a été capital. Ma reconnaissance va aussi à mon ami François Balot pour son soutien précieux et pour mille autres choses.

Le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de notre faculté est un endroit où il fait bon travailler et vivre. Je remercie tous mes collègues pour cela et pour les

multiples reprises où ils ont fait plus que leur part pour me permettre de travailler à mon doctorat. Je suis tout spécialement reconnaissant à Florence Reusens et Nathalie Dandoy pour leur amitié et leur attention, de même que pour l'humeur toujours optimiste et enthousiaste qu'elles ont en partage.

Je remercie aussi tous les membres de la Faculté qui, à des moments différents et chacun à leur façon, m'ont manifesté leur soutien et prodigué leurs encouragements. Je peux leur assurer qu'ils ont beaucoup compté.

Je remercie le groupe d'amis avec lequel j'ai traversé les joies et les peines de l'adolescence, puis les enthousiasmes et difficultés du début de la vie active.

Je remercie mes parents pour leur affection, leur soutien et leur indéfectible confiance. Ils savent que cette réalisation est aussi la leur.

Il est impossible de rendre justice en quelques mots au rôle immense qu'a joué Stéphanie dans le processus de rédaction de cette thèse, dont le manuscrit est déposé cinq ans, jour pour jour, après le début de notre belle histoire. Je la remercie pour la patience et la compréhension dont elle a fait preuve, pour les innombrables discussions que nous avons eues et, surtout, pour la confiance qu'elle a constamment manifestée. Mon souhait le plus cher, aujourd'hui, est de l'accompagner dans la finalisation de sa thèse de doctorat aussi bien qu'elle m'a accompagné dans la rédaction de la mienne. Les pages qui suivent lui sont tendrement dédiées.

PLAN

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE – LE DROIT DE LA CONVENTION COMME DYNAMIQUE DÉSTRUCTURANTE

Chapitre 1^{er}. Le déploiement désordonné du droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale

Chapitre 2. La reconfiguration ambiguë du rôle de l'Etat

Chapitre 3. Les quatre paramètres du contrôle de conventionnalité

DEUXIÈME PARTIE – LE DROIT DE LA CONVENTION ET L'ENJEU D'UN DYNAMISME STRUCTURÉ

Chapitre 1^{er}. L'intégrité et l'épanouissement de la personne et des relations familiales

Chapitre 2. Le début et la fin de l'existence humaine

Chapitre 3. L'institution de la personne et des relations familiales

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	20
1. OBJET, MÉTHODE ET CHAMP D'INVESTIGATION	20
1.1. Objet	20
1.2. Champ d'investigation	22
1.3. Méthode : une approche globalement dialectique	22
1.4. Plan de l'étude.....	23
2. LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DES DROITS DE L'HOMME.....	24
2.1. Le jusnaturalisme : d'Aristote à Kant.....	24
2.1.1. L'Antiquité et le Moyen-Age.....	24
2.1.2. La Renaissance.....	25
2.1.3. Les déclarations française et américaine	27
2.2. Les critiques du jusnaturalisme : utilitarisme et positivisme	28
2.2.1. L'utilitarisme : Bentham et Mill.....	28
2.2.2. Le positivisme : Kelsen et Hart	29
2.3. Les tentatives de synthèse : Dworkin et Rawls	30
2.3.1. Ronald Dworkin : une défense contre les « préférences externes ».....	31
2.3.2. John Rawls et Jürgen Habermas : « voile d'ignorance » et « rationalité procédurale ».....	31
2.3.3. Le « positivisme sociologique » de Léon Duguit : l'adéquation du droit aux mœurs.....	32
2.4. L'avènement des droits de l'homme au XXe siècle	32
2.4.1. L'« énergie de nos sociétés » et la nouvelle « lingua franca ».....	32
2.4.2. La « démocratie contre elle-même » ?.....	33
3. LES DROITS DE L'HOMME COMME INSTRUMENT DE RÉÉVALUATION ET/OU DE REFONDATION DU DROIT	34
3.1. La constitutionnalisation du droit (et le principe de proportionnalité)	35
3.1.1. Le principe du contrôle de constitutionnalité : « le droit est plus que la loi »	35
3.1.2. Les méthodes d'interprétation des textes constitutionnels : « des idéaux moraux à réinterpréter par chaque génération »	36
3.1.2.1. La « chaîne du droit ».....	37
3.1.2.2. L'« écriture rhapsodique »	38
3.2. L'internationalisation de la garantie des droits de l'homme (et le principe de subsidiarité).....	38
3.2.1. Le principe du contrôle de conventionnalité	39
3.2.2. Les méthodes d'interprétation de la Convention.....	41
 PREMIÈRE PARTIE	
LE DROIT DE LA CONVENTION COMME DYNAMIQUE DÉSTRUCTURANTE	45
 INTRODUCTION	45
 CHAPITRE 1 ^{ER}	
LE DÉPLOIEMENT DÉSORDONNÉ DU DROIT DE L'INDIVIDU AU RESPECT DE SA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE	48
INTRODUCTION – UNE « EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE »	48
SECTION 1. L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION.....	50
Sous-section 1. Le droit au respect de la vie privée : Niemietz c. Allemagne	50
§1. Une sphère privée	51
§ 2. L'épanouissement personnel : autonomie personnelle et développement personnel.....	52
A. Le droit à l'épanouissement personnel : Bensaid c. Royaume-Uni	52
B. L'autonomie personnelle : Pretty c. Royaume-Uni	54
C. Le développement personnel : Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni.....	55
§ 3. Nouer et développer des relations avec ses semblables : Niemietz c. Allemagne.....	56
§ 4. L'incertitude de la vie privée	56
Sous-section 2. Le droit au respect de la vie familiale : Marckx c. Belgique	58
§ 1. La famille nucléaire	59
A. Les relations conjugales	60
B. Les relations parentales	60
§ 2. La famille élargie	63
§ 3. Les intérêts matériels	64
§ 4. L'incertitude de la vie familiale	64

Sous-section 3. Le droit de se marier et de fonder une famille	65
§ 1. Le droit de se marier	66
§ 2. Le droit de fonder une famille.....	67
§ 3. L'incertitude du droit de se marier et de fonder une famille	68
Sous-section 4. L'estompement des frontières	68
§ 1. Les frontières internes.....	68
A. La frontière entre vie privée et vie familiale	68
B. La frontière entre respect de la vie privée et familiale et respect du domicile et de la correspondance	69
i) Vie privée et domicile	69
ii) Vie privée et correspondance	70
§ 2. Les frontières externes	70
Synthèse de la section 1.....	73
SECTION 2. L'APPROFONDISSEMENT DE LA GARANTIE	74
Sous-section 1. Les obligations négatives et les obligations positives.....	74
§ 1. Les obligations négatives.....	74
§ 2. Les obligations positives.....	75
A. Les obligations positives verticales : Marckx c. Belgique.....	76
B. Les obligations positives horizontales (ou « de protection ») : X. et Y. c. Pays-Bas.....	77
Sous-section 2. Les obligations procédurales	78
§ 1. Les droits fondamentaux expressément procéduraux (art., 5, 6 et 13) : Golder c. Royaume-Uni.....	78
§ 2. Les garanties procédurales contenues dans les dispositions substantielles : Mc Michael c. Royaume-Uni et McCann c. Royaume-Uni	79
§ 3. La « concurrence » entre les deux types de garanties procédurales	80
Sous-section 3. L'exigence de non-discrimination	80
§ 1. L'article 14 de la Convention.....	81
A. Un droit accessoire, mais autonome : l'Affaire linguistique belge.....	81
B. La notion de discrimination (et les « discriminations positives »).....	82
C. Les critères de discrimination (et les « discriminations indirectes »)	83
D. L'analogie ou la comparabilité des situations.....	84
§ 2. Le Protocole n° 12	84
§ 3. La « concurrence » entre les deux types de garanties contre la discrimination	85
Sous-section 4. L'estompement des frontières	85
§ 1. Obligations négatives et obligations positives	85
§ 2. Obligations substantielles et obligations procédurales.....	87
§ 3. Contrôle « ordinaire » et test de non-discrimination	88
Synthèse de la section 2.....	90
SECTION 3. LE POIDS DES PRÉROGATIVES INDIVIDUELLES	91
Sous-section 1. Le poids « abstrait » du droit individuel.....	91
§ 1. La « gradation pondérale » des prérogatives individuelles	93
A. La hiérarchie des prérogatives dans l'article 8	93
i) Le noyau dur de la vie privée	94
ii) Le noyau dur de la vie familiale	95
B. Le poids du droit de se marier et de fonder une famille garanti par l'article 12	96
C. Droit « de » et droit « de ne pas » : le verso des droits.....	96
§ 2. L'impériosité variable des obligations étatiques : Obligations négatives et positives et exigence de non-discrimination	97
A. Le poids moindre des obligations positives.....	97
B. L'exigence de non-discrimination.....	98
§ 3. La conception subjective de la dignité humaine	99
Sous-section 2. Le poids « contextualisé » du droit individuel.....	104
§ 1. Le « statut » du titulaire du droit.....	104
A. Les personnes vulnérables.....	104
B. La prééminence de l'intérêt de l'enfant	105
§ 2. Le « comportement » du titulaire du droit.....	107
A. Le renforcement de la revendication du titulaire du droit.....	107
B. L'affaiblissement de la revendication du titulaire du droit.....	108
C. La responsabilité des choix posés.....	109
Synthèse de la section 3.....	111
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	112
CHAPITRE 2	
LA RECONFIGURATION AMBIGÜE DU RÔLE DE L'ÉTAT.....	114
INTRODUCTION – UN « ACTEUR EN QUÊTE DE RÔLE »	114

SECTION 1. LES INTÉRÊTS SUSCEPTIBLES DE JUSTIFIER DES RESTRICTIONS AU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE.....	117
Sous-section 1. Les motifs objectifs	117
§ 1. La sécurité et la sûreté	118
A. La sécurité nationale et la sûreté publique.....	118
B. La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales	119
§ 2. Le bien-être économique du pays	120
A. La politique économique.....	120
B. La politique fiscale	121
C. La politique sociale	121
§ 3. La protection de la santé	122
§ 4. L'administration de l'Etat	122
§ 5. La politique migratoire	123
§ 6. La prééminence du droit	124
Sous-section 2. Les motifs subjectifs : les valeurs.....	124
§ 1. La morale.....	125
A. Le leading case : Handyside c. Royaume-Uni.....	126
B. Le domaine de prédilection : morale et liberté d'expression	127
i) La sexualité	128
ii) La vie humaine : Open Door et Dublin Well Woman c. Royaume-Uni	128
C. Morale et vie privée.....	129
i) La sexualité : Dudgeon c. Royaume-Uni.....	129
ii) La vie humaine	130
D. La coexistence de morales différentes.....	131
i) La protection de la morale	131
ii) La confrontation avec la morale	132
iii) L'importance du débat équitable et public sur les questions complexes.....	132
§ 2. La tradition	133
A. Le leading case : Tyrer c. Royaume-Uni.....	133
B. Le domaine de prédilection : tradition et liberté de religion (Leyla Sahin c. Turquie et Lautsi c. Italie).....	133
C. Tradition et vie familiale : Marckx c. Belgique.....	134
i) L'affirmation initiale de la légitimité de la tradition comme motif de restriction aux droits : Marckx c. Belgique [GC].....	135
ii) L'atténuation subséquente de la légitimité de la tradition comme motif de restrictions aux droits	135
D. La coexistence de traditions différentes	136
i) Le respect des traditions	137
ii) La confrontation avec les traditions.....	137
iii) La prise en considération de la tradition	138
Sous-section 3. Les conflits de droits	138
§ 1. Les conflits entre les droits de différents individus.....	139
A. Les conflits « interpersonnels » impliquant uniquement l'article 8.....	139
B. Les conflits « interpersonnels » confrontant les droits tirés de l'article 8 à des droits découlant d'autres dispositions conventionnelles.....	139
§ 2. Les conflits entre les droits d'un même individu : la renonciation aux droits fondamentaux	140
A. Les conflits « intrapersonnels » au sein de l'article 8.....	142
B. Les conflits « intrapersonnels » entre droits différents.....	143
Sous-section 4. L'article 12	143
Sous-section 5. La porosité des frontières	144
§ 1. La frontière entre morale et tradition	144
§ 2. La frontière entre les justifications objectives et les justifications subjectives.....	145
A. La frontière entre protection de la morale et protection de la santé.....	145
B. La frontière entre protection de la famille traditionnelle et bien-être socio-économique	146
§ 3. La frontière entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels.....	146
A. La « subjectivisation » des intérêts collectifs	146
B. La « collectivisation » des intérêts individuels.....	148
Synthèse de la section 1.....	150
SECTION 2. LA NATURE DES MESURES ET ABSTENTIONS ÉTATIQUES POTENTIELLEMENT ATTENTATOIRES AUX DROITS GARANTIS	151
Sous-section 1. La coercition.....	151
Sous-section 2. Subsidiarité et reconnaissance	152
§ 1. Subsidiarité	152
§ 2. Reconnaissance	153

Sous-section 3. Arbitrer.....	153
Synthèse de la section 2.....	155
SECTION 3. LE POIDS DES INTÉRÊTS ÉTATIQUES	156
Sous-section 1. Le poids « abstrait » de l'intérêt étatique.....	156
§ 1. La gradation pondérale des intérêts étatiques	156
§ 2. La nature de la restriction	158
A. La coercition	158
B. Le refus de subsidier ou de reconnaître	159
i) Le refus de subsidier.....	159
ii) Le refus de reconnaître	160
iii) La coordination des acteurs privés	160
§ 3. La conception objective de la dignité humaine	161
Sous-section 2. La contextualisation de la justification étatique.....	163
§ 1. La prise en considération des spécificités de l'Etat : situation économique et/ou politique et identité constitutionnelle.....	163
A. La situation économique et/ou politique	163
B. L'attachement spécifique à certaines valeurs	164
§ 2. La cohérence de l'action de l'Etat.....	164
Synthèse de la section 3.....	167
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	168
CHAPITRE 3	
LES QUATRE PARAMÈTRES DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ	169
INTRODUCTION – DÉFINITION DE LA NORME ET APPLICATION DE LA NORME	169
SECTION 1. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ	171
Sous-section 1. Appropriation, efficacité et nécessité.....	171
§ 1. L'appropriation et l'efficacité de la mesure	172
§ 2. La nécessité de la mesure.....	172
Sous-section 2. Le test de proportionnalité au sens strict	174
§ 1. Le principe : la « pesée » des intérêts	174
§ 2. Le problème : l'absence de métrique	174
§ 3. La « préférence de principe » pour les droits individuels.....	176
A. Le principe : l'Affaire linguistique belge	176
B. L'insuffisance du principe : individualisme vs communautarisme (OST et VAN DE KERCHOVE) 176	176
§ 4. La « prédétermination » de la balance des intérêts : le poids du droit considéré.....	179
A. Les droits « absolus » et le principe de la balance « pratiquement fermée »	179
B. Les droits « relatifs » et le principe de la balance « largement ouverte »	179
C. La nature des obligations étatiques.....	179
i) Les obligations négatives.....	180
ii) Les obligations positives	180
D. L'exigence de non-discrimination.....	181
§ 5. Une méthodologie approximative : absolutisme et utilitarisme	182
A. Le grief de subjectivisme/d'arbitraire.....	182
B. L'explication : absolutisme et utilitarisme	183
§ 6. La volonté de structurer la balance des intérêts	184
A. La structuration formelle de la balance : les « grilles d'analyse »	184
B. La structuration substantielle de la balance : les « concepts interprétatifs ».....	185
i) La dignité humaine : un « idéal régulateur » ?.....	185
ii) L'autonomie et la vulnérabilité : des « outils judiciaires » ?	188
α – L'autonomie	188
β – La vulnérabilité	189
γ – La mise en tension des deux concepts	189
iii) La liberté et la responsabilité ou la solidarité	190
α – La domination conceptuelle de la liberté.....	190
β – La mise en tension des deux concepts	192
iv) L'égalité et l'identité	193
α – La domination conceptuelle de l'égalité.....	193
β – La mise en tension des deux concepts	194
§ 7. Le moyen terme : l'« optimisation » les droits et intérêts en présence.....	195
§ 8. Le dialogue des juges : le dialogue intrajuridictionnel.....	197
Synthèse de la section 1.....	198
SECTION 2. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ	199

Sous-section 1. L'épuisement des voies de recours internes et le choix des moyens de l'exécution des arrêts	200
§ 1. L'épuisement des voies de recours internes	200
§ 2. L'exécution des arrêts de la Cour	200
Sous-section 2. La marge d'appréciation étatique	201
§ 1. Le principe : une « charnière » entre les autorités nationales et la Cour européenne	201
§ 2. Le problème : l'absence de critère de répartition	202
§ 3. La préférence de principe pour le niveau étatique	204
A. Le principe : Handyside c. Royaume-Uni et Animal Defenders c. Royaume-Uni	204
B. L'insuffisance du principe : pluralisme vs universalisme	205
§ 4. La « prédétermination » de la marge d'appréciation : la légitimité a priori de l'Etat	207
A. La concession d'une large marge de manœuvre	207
i) Les mesures d'ordre général en matière criminelle, économique et sociale, de santé publique ou d'immigration	207
ii) Les questions morales ou éthiques délicates	208
iii) Les conflits de droits	208
iv) Les décisions individuelles complexes	209
B. L'allocation d'une marge de manœuvre « étroite »	209
i) Les aspects particulièrement importants de l'existence ou de l'identité	209
ii) Les « restrictions supplémentaires »	210
C. La nature de l'ingérence	210
i) Les obligations positives	210
ii) Les obligations négatives	211
D. L'exigence de non-discrimination	211
§ 5. Une méthodologie approximative : self-restraint et activisme	211
A. Le grief de subjectivisme/d'arbitraire	212
B. L'explication : « judicial self-restraint » et « judicial activism »	213
§ 6. La volonté de rationaliser l'articulation des choix étatiques et du contrôle européen	214
A. La structuration formelle de la marge de manoeuvre : les « présomptions » et « marges d'erreur »	214
B. Au plan substantiel : le recours à l'interprétation consensuelle	215
i) Le consensus : principale clé du pluralisme ordonné ?	215
ii) Le consensus « resserré » et le consensus « global »	215
α – Le consensus « global » : Demir et Baykara c. Turquie	215
β – Le consensus « resserré » : Stanev c. Bulgarie et X. et autres c. Autriche	218
iii) Le consensus « anticipé » et le consensus « oblitéré »	218
α – Le consensus « anticipé » : Goodwin c. Royaume-Uni	218
β – Le consensus « oblitéré » : Schalk et Kopf c. Autriche et S.H. et autres c. Autriche	219
iv) Les solutions non consensuelles « tolérées » ou « imposées »	221
α – La « tolérance » d'une solution contraire à celle plébiscitée par la majorité des Etats parties : F. c. Suisse	221
β – L'« imposition » d'une solution contraire à celle plébiscitée par la majorité des Etats parties : B. et L. c. Royaume-Uni	221
v) Bilan provisoire : démocratie vs justice	222
α – La Cour comme instance d'entérinement	222
β – La Cour comme instance de réflexion	223
γ – Deux « pôles interprétatifs »	224
δ – Le « masque d'un pouvoir discrétionnaire » ?	225
§ 7. Le moyen terme : les compromis spatio-temporels	225
A. Les compromis dans l'espace	225
B. Les compromis dans le temps	226
i) Les avertissements et les revirements	226
ii) Les revirements de jurisprudence	227
iii) L'application dans le temps des arrêts de la Cour	228
§ 8. Le dialogue des juges : le dialogue interjuridictionnel	229
Synthèse de la section 2	233
SECTION 3. L'ABSTRAIT ET LE CONCRET	234
Sous-section 1. La qualité de victime et le préjudice important	235
§ 1. La qualité de victime (art. 34)	235
§ 2. Le préjudice important (art. 35)	236
Sous-section 2. La nature concrète ou abstraite du contrôle	236
§ 1. Le principe du contrôle in concreto : le minimalisme judiciaire	237
§ 2. L'exception du contrôle in abstracto : la pédagogie jurisprudentielle	238
§ 3. Une méthodologie approximative	239

Sous-section 3. Une tension dialectique entre l'abstrait et le concret	241
§ 1. Justice individuelle et justice constitutionnelle	241
A. La justice individuelle	242
B. La justice constitutionnelle	243
§ 2. L'enjeu du « jugement pédagogiquement idéal »	243
§ 3. La diffusion « vers le bas » du modèle de la justice individuelle	244
A. La préférence pour la pesée in concreto	245
B. L'acceptation des « bright line rules »	246
C. L'option entre pesée in concreto et « bright line rule » : le cas de l'intérêt (in concreto ou in abstracto) de l'enfant	247
Synthèse de la section 3	249
SECTION 4. LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE	250
Sous-section 1. Procès équitable, recours effectif et volet procédural des garanties substantielles	250
§ 1. Le droit à un procès équitable (art. 6) et le droit à un recours effectif (art. 13)	250
§ 2. Le volet procédural des garanties substantielles	251
Sous-section 2. La nature substantielle ou procédurale du contrôle	251
§ 1. Le contrôle substantiel	251
§ 2. Le contrôle procédural	252
§ 3. Une méthodologie approximative	255
Sous-section 3. Une tension dialectique entre la substance et la procédure	255
§ 1. Justice substantielle et justice procédurale	255
A. La justice procédurale	257
B. La justice substantielle	257
§ 2. L'enjeu d'un « contrôle intégré de la procédure et du fond » (Jonas Christoffersen)	258
§ 3. La diffusion « vers le bas » du modèle de la justice procédurale	258
Synthèse de la section 4	260
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	261

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DE LA CONVENTION ET L'ENJEU D'UN DYNAMISME STRUCTURÉ

INTRODUCTION

CHAPITRE 1^{ER}

L'INTÉGRITÉ ET L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE ET DES RELATIONS FAMILIALES

INTRODUCTION

SECTION 1. L'INTÉGRITÉ ET L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE

Sous-section 1. La capacité juridique

§ 1. Le respect et la protection des personnes vulnérables

A. La protection des mineurs

i) L'application adaptée des règles de droit interne

α – En matière civile : Stagno c. Belgique

β – En matière pénale : T. c. Royaume-Uni

ii) L'existence de mécanismes de représentation appropriés

α – En matière civile : A.M.M. c. Roumanie

β – En matière pénale : X. et Y. c. Pays-Bas

B. La protection des majeurs

i) L'application adaptée des règles du droit interne

ii) L'existence de mécanismes de représentation appropriés

α – En matière civile : B. c. Roumanie n° 2

β – En matière pénale : B. c. Roumanie

§ 2. L'autonomie des personnes vulnérables

A. Le déploiement de l'autonomie du mineur

B. Le maintien au profit du majeur vulnérable d'une « autonomie juridique optimale »

i) Les motifs de la mesure de restriction : un risque pour la personne elle-même ou pour autrui

α – Le refus des mesures automatiques : Sabou et Pircalab c. Roumanie et Campagnano c. Italie

β – L'exigence d'éléments factuels précis : X. et Y. c. Croatie et M.S. c. Croatie

γ – Une large marge d'appréciation étatique

ii) Les modalités de la mesure de protection

α – Le refus des mesures absolues : Chtoukatourov c. Russie

β – Les restrictions au droit au respect de la vie familiale

γ – Les restrictions au droit au respect de la propriété : X. et Y. c. Croatie

iii) Le processus décisionnel	284
α – La participation « à double titre » de la personne à protéger : Chtoukatourov c. Russie.....	285
β – L’administration de la preuve : contact et rapport psychiatrique.....	286
iv) L’exigence de révocabilité de la mesure de protection : Stanev c. Roumanie	286
v) La problématique spécifique de la détention des aliénés.....	288
α – Les motifs justifiant l’internement psychiatrique	291
β – Les modalités de l’internement psychiatrique	292
γ – Le processus décisionnel	293
δ – La révocabilité de l’internement psychiatrique.....	294
Synthèse de la sous-section 1.....	296
Sous-section 2. L’intégrité physique et l’autonomie personnelle	298
§ 1. L’intégrité physique.....	299
A. Les violences physiques et les abus sexuels.....	299
i) Les violences étatiques : Tyrer c. Royaume-Uni et Labita c. Italie [GC]	300
α – Les violences à l’égard des prisonniers	300
β – Les violences à l’égard des étrangers	300
ii) Les violences et abus sexuels émanant de tiers	301
α – Les violences et abus à l’égard des enfants : O’Keeffe c. Irlande [GC]	301
β – Les violences et abus à l’égard des femmes : M.C. c. Bulgarie.....	302
iii) Les violences et abus intrafamiliaux.....	302
α – Les violences et abus à l’égard des enfants : Z. et autres c. Royaume-Uni [GC]	302
β – Les violences et abus à l’égard des femmes : Bevacqua c. Bulgarie	303
B. Les atteintes « légères » et/ou « diffuses » à l’intégrité physique.....	304
i) Fouilles et contention : Jalloh c. Allemagne [GC]	304
ii) Vaccination et prélèvements : Acmanne c. Belgique et Mikulic c. Croatie.....	305
iii) Les nuisances : Hatton c. Royaume-Uni [GC].....	305
C. Le handicap et la maladie	307
i) La maladie	307
ii) Le handicap	307
D. L’intégrité de la dépouille mortelle	309
§ 2. L’autonomie personnelle	311
A. La sexualité (et la violence) consentie(s)	311
i) La répression de l’homosexualité	312
α – La répression pénale des actes homosexuels : Dudgeon c. Royaume-Uni	313
β – L’interdiction des homosexuels dans l’armée : Smith et Grady c. Royaume-Uni et Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni	315
γ – La répression pénale des actes homosexuels en groupe ou impliquant un adolescent : A.D.T. c. Royaume-Uni, L. et V. c. Autriche et Santos Couto c. Portugal.....	316
ii) La répression du sadomasochisme : Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni et K.A. et A.D. c. Belgique.....	319
iii) La répression de l’inceste : Stübing c. Allemagne.....	322
iv) La prostitution : Tremblay c. France	324
B. Les traitements médicaux forcés	325
C. La réassignation sexuelle.....	326
i) L’encadrement législatif de la réassignation sexuelle : L. c. Lituanie	326
ii) Le remboursement de la réassignation sexuelle : Van Kück c. Allemagne et Schlumpf c. Suisse	327
D. La disposition de la dépouille mortelle.....	330
Synthèse de la sous-section 2.....	333
Sous-section 3. L’intégrité morale et le développement personnel.....	335
§ 1. L’intégrité morale	336
A. Le harcèlement	336
B. Le droit à l’image	338
i) Les atteintes étatiques au droit à l’image : Peck c. Royaume-Uni	338
ii) La protection de l’image contre les tiers : Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 2 [GC]	339
iii) La protection de l’image au sein de la famille : Söderman c. Suède [GC]	341
C. Le droit à la réputation	342
i) Les atteintes étatiques au droit à la réputation : Stelian Rosca c. Roumanie et Aksu c. Turquie [GC]	342
ii) La protection de la réputation contre les tiers : Axel Springer AG c. Allemagne [GC].....	344
iii) La protection de la réputation au sein de la famille désunie : Sanchez Cardenas c. Norvège	346
D. Les données personnelles et les informations relatives à la vie privée	346

i)	Les atteintes étatiques au droit au respect des données personnelles.....	347
α	– La collecte de données ou d’informations : K.T. c. Norvège	347
β	– La conservation de données ou d’informations : Gardel c. France et Khelili c. Suisse	348
ii)	La protection des données contre les tiers : Editions Plon c. France	348
iii)	La protection des données au sein de la famille désunie : L.L. c. France et N.N. et T.A. c. Belgique	349
E.	Le droit de connaître ses origines et/ou sa descendance.....	350
i)	Le droit de connaître ses origines	351
α	– La prise en charge par les autorités publiques : Gaskin c. Royaume-Uni [P]	351
β	– La recherche de paternité : Mikulic c. Croatie et Jäggi c. Suisse.....	352
γ	– L’accouchement sous x : Odièvre c. France [GC] et Godelli c. Italie.....	354
ii)	Le droit de connaître sa descendance	357
§ 2.	Le droit au développement de l’identité sociale.....	358
A.	Les restrictions comportementales et/ou vestimentaires.....	359
i)	L’attitude requise des fonctionnaires : Ozpinar c. Turquie.....	359
ii)	La tenue vestimentaire dans l’espace public : Leyla Sahin c. Turquie [GC] et S.A.S c. France [GC]	360
α	– Le port du foulard islamique : Leyla Sahin c. Turquie [GC].....	360
β	– Le port du voile intégral : S.A.S c. France [GC]	361
iii)	L’attitude et la tenue vestimentaire requise des travailleurs : Eweida et autres c. Royaume-Uni	363
B.	La disposition des éléments de son identité : Pay c. Royaume-Uni.....	363
C.	Le « nom d’usage » : Taieb dite Halimi c. France.....	365
D.	La profession : Bigaeva c. Grèce et Oleksandr Volkov c. Ukraine	366
E.	Le mode de vie : Chapman c. Royaume-Uni [GC].....	367
	Synthèse de la sous-section 3.....	370
	SECTION 2. LE RESPECT ET LA PROMOTION DES RELATIONS FAMILIALES.....	372
	Sous-section 1. Les relations conjugales	373
§ 1.	Le maintien, l’établissement et la rupture de la relation conjugale	373
A.	L’interdiction de certaines relations conjugales	374
i)	L’interdiction étatique des relations incestueuses : Stübing c. Allemagne	374
ii)	L’interdiction professionnelle des relations adultères : Schüth c. Allemagne et Obst c. Allemagne	375
iii)	L’interdiction ecclésiastique des relations conjugales : Fernandez-Martinez c. Espagne [GC]	376
B.	Les obstacles aux relations conjugales des détenus.....	379
i)	Le principe des visites conjugales	379
ii)	Les modalités des visites conjugales	380
C.	Les obstacles aux relations conjugales des étrangers	381
i)	L’interruption d’une vie conjugale se déroulant sur le territoire national : Boulif c. Suisse.....	381
ii)	L’empêchement du déploiement d’une vie conjugale sur le territoire national : Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni.....	383
D.	Le droit de rompre des relations conjugales : Airey c. Irlande et Johnston et autres c. Irlande	384
E.	Le droit d’établir des relations conjugales.....	384
§ 2.	Le soutien et la reconnaissance des relations conjugales	385
A.	La préférence pour le mariage.....	387
i)	Les époux peuvent être favorisés par rapport aux concubins : Korosidou c. Grèce.....	387
ii)	Le mariage religieux ne s’identifie pas au mariage civil	389
α	– Dans le contexte ambigu qui prévaut en Espagne : Muñoz Dias c. Espagne.....	389
β	– Dans le contexte laïc qui prévaut en Turquie : Serife Yigit c. Turquie [GC]	389
B.	La préférence pour le partenariat enregistré : Van der Heijden c. Pays-Bas [GC]	390
C.	La préférence pour le couple hétérosexuel : Karner c. Autriche.....	394
D.	Les difficultés liées à la corrélation entre statut conjugal et homosexualité	396
i)	Les époux hétérosexuels peuvent être favorisés par rapport aux concubins homosexuels (même si ces derniers ne peuvent pas se marier).....	397
ii)	Les époux hétérosexuels peuvent être favorisés par rapports aux partenaires civils homosexuels (même si ces derniers ne peuvent pas se marier).....	398
E.	La faveur pour la répartition traditionnelle des rôles familiaux : Runkee et White c. Royaume-Uni	399
F.	Le refus de la solidarité familiale : Velcea et Mazare c. Roumanie.....	399
G.	Les difficultés liées aux relations non conjugales : Burden c. Royaume-Uni [GC].....	400
i)	L’arrêt de chambre du 12 décembre 2006	402
ii)	L’arrêt de grande chambre du 29 avril 2008.....	403
H.	Le droit à un partenariat enregistré.....	405

i) Le droit à un partenariat enregistré pour les couples hétérosexuels : Johnston et autres c. Irlande [plénière].....	406
α – L’absence de droit à un partenariat enregistré : Johnston et autres c. Irlande.....	406
β – Le droit à un accès égal au partenariat enregistré : Ferguson et autres c. Royaume-Uni.....	407
ii) Le droit à un partenariat enregistré pour les couples homosexuels.....	407
α – L’absence de droit à un partenariat enregistré : Schalk et Kopf c. Autriche.....	408
β – Le droit à un accès égal au partenariat enregistré : Vallianatos et autres c. Grèce [GC]	408
Synthèse de la sous-section 1.....	412
Sous-section 2. Les relations parentales	415
§ 1. Le maintien, l’établissement de la relation parentale	415
A. L’interdiction de certaines relations parentales	416
i) L’interdiction étatique des relations incestueuses : Stübing c. Allemagne	416
ii) L’interdiction ecclésiastique des relations parentales : Fernandez-Martinez c. Espagne [GC]	416
B. Les relations parentales des détenus.....	417
i) Le principe des rencontres entre le détenu et son enfant.....	417
ii) L’encadrement des visites familiales : Messina c. Italie et Hagyo c. Hongrie.....	417
C. Les relations parentales des étrangers	418
i) L’interruption de la relation parentale se déroulant sur le territoire national.....	418
ii) Le refus d’accès au territoire	419
α – Le refus opposé à un parent.....	419
β – Le refus opposé à un enfant.....	420
D. Les mesures de protection de l’enfance.....	421
i) Les motifs de la mesure de protection	422
α – L’exclusion des motifs tirés du seul caractère insatisfaisant des conditions de vie ou de la situation matérielle ou de la mauvaise coopération des parents	423
β – Une large marge d’appréciation étatique à propos des motifs justifiant une mesure protectrice.....	424
ii) Les modalités de la mesure de protection	426
iii) Le processus décisionnel	427
α – La participation des personnes concernées.....	428
β – L’administration de la preuve.....	429
γ – Durée de la procédure.....	430
iv) Le caractère temporaire de la mesure	430
E. Les conflits entre parents : l’autorité parentale, le droit de garde et le droit de visite.....	431
i) Les motifs présidant à l’allocation d’un droit de visite, de la garde ou de l’autorité parentale	432
α – Le statut conjugal	432
- Le droit de visite : Elsholz c. Allemagne, Sahin c. Allemagne et Sommerfeld c. Allemagne	433
- L’autorité parentale conjointe : Zaunegger c. Allemagne	434
β – L’orientation sexuelle et l’identité sexuelle.....	435
- Le droit de visite : P.V. c. Espagne	436
- La garde : Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal	436
γ – L’orientation religieuse ou philosophique	436
- Le droit de visite : Vojnity c. Hongrie.....	437
- La garde : Hoffmman c. Autriche et Palau-Martinez c. France.....	437
δ – La large marge d’appréciation étatique à propos des motifs justifiant l’allocation d’un droit de visite, de la garde ou de l’autorité parentale	438
- Le droit de visite : Plaza c. Pologne	438
- La garde : Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin.....	440
- L’autorité parentale : Glesmann c. Allemagne	440
ii) Les modalités de l’autorité parentale, de la garde ou de contacts	441
- Les contacts	441
- La garde.....	441
iii) Le processus décisionnel	442
α – La participation des personnes concernées.....	442
β – L’administration de la preuve.....	443
γ – La durée de la procédure	444
iv) Le caractère temporaire des mesures : Nekvedavicius c. Allemagne	445
v) La problématique spécifique de l’exécution des décisions	445
vi) La problématique spécifique de l’enlèvement international	448
α – Les motifs présidant à la décision de retour ou de non-retour ou l’articulation du principe et de l’exception	449

- L'exigence de circonstances exceptionnelles : Maumousseau et Washington c. France...	450
- L'exigence d'un examen approfondi de la situation : Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC] et X. c. Lettonie [GC].....	451
β – Le processus décisionnel.....	456
γ – L'exécution des décisions.....	457
F. L'avènement de la pluriparentalité.....	460
i) Le père biologique.....	460
α – Le donneur de sperme : M. c. Pays-Bas	460
β – Le père biologique empêché de reconnaître l'enfant : Lebbink c. Pays-Bas	461
γ – Le père biologique empêché de contester la présomption de paternité du mari : Anayo c. Allemagne et Schneider c. Allemagne	462
ii) Le beau-parent : C. c. Finlande.....	464
iii) Les grands-parents : Hokkanen c. Finlande	465
α – Conflit entre le père et les grands-parents maternels.....	465
β – Conflit entre la mère et les grands-parents paternels	467
iv) La famille d'accueil.....	469
α – Le maintien de l'enfant dans sa famille d'accueil : Bronda c. Italie et Saleck Bardi c. Espagne.....	469
β – Les contacts après le retour dans la famille d'origine : Kopf et Liberda c. Autriche.....	470
G. L'établissement de relations parentales.....	471
i) L'adoption par une personne seule : Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg	472
ii) L'adoption par une personne âgée : Schwizgebel c. Suisse.....	472
iii) L'adoption par une personne homosexuelle : Fretté c. France et E.B. c. France [GC]	473
iv) L'adoption par un couple non-marié : Emonet et autres c. Suisse.....	474
§ 2. Le soutien et la reconnaissance des relations parentales.....	475
A. La préférence manifestée pour la filiation dans le mariage	475
i) L'exclusion des parents non mariés : P.M. c. Royaume-Uni.....	475
ii) L'exclusion des enfants naturels.....	476
α – L'affaire Marckx c. Belgique [P]	476
β – Les exploitations agricoles et la réunification allemande : Inze c. Autriche et Brauer c. Allemagne	478
iii) L'exclusion des enfants adultérins.....	479
α – Le lien de filiation établi avant l'ouverture de la succession : Mazurek c. France et Merger et Cross c. France.....	479
β – Le lien de filiation établi après une donation-partage en faveur des enfants légitimes : Fabris c. France [GC].....	481
- L'arrêt de chambre du 21 juillet 2011.....	482
- L'arrêt de grande chambre du 7 février 2013.....	482
iv) La filiation naturelle ou adultérine tardivement établie : Camp et Bourimi c. Pays-Bas et Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France	483
B. La préférence pour la filiation charnelle.....	484
i) L'exclusion des parents adoptifs : Topčić-Rosenberg c. Croatie.....	484
ii) L'exclusion des enfants adoptés : Pla et Puncernau c. Andorre.....	485
C. La faveur pour les parents hétérosexuels : J.M. c. Royaume-Uni.....	487
D. La faveur pour la répartition traditionnelle des rôles familiaux : Konstantin Markin c. Russie [GC]	487
E. Le refus de la solidarité familiale	491
F. Les difficultés liées aux relations non parentales : Mallah c. France et Korelc c. Slovénie.....	492
G. Le droit à une parenté sociale : Gas et Dubois c. France.....	493
Synthèse de la sous-section 2.....	495
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	498
CHAPITRE 2	
LE DÉBUT ET LA FIN DE L'EXISTENCE HUMAINE	503
INTRODUCTION – UNE VALEUR INTRINSÈQUE DE LA VIE HUMAINE ?.....	503
SECTION 1. LA VIE	508
Sous-section 1. Le droit de vivre	510
§ 1. L'infliction de la mort.....	510
A. L'infliction de la mort par l'Etat	511
i) La peine de mort : Öcalan c. Turquie	511
ii) Le recours à la force meurtrière : McCann c. Royaume-Uni [GC] et Giuliani et Gaggio c. Italie [GC]	511
B. La protection de l'individu contre les tiers : Osman c. Royaume-Uni [GC].....	512
C. La protection des détenus et des conscrits contre eux-mêmes.....	513

i) La prévention du suicide des détenus : Keenan c. Royaume-Uni.....	513
ii) La prévention du suicide des conscrits : Kilinç c. Turquie.....	514
§ 2. Les atteintes « involontaires » et/ou « indirectes » au droit à la vie.....	514
A. La mise en danger par l'Etat : L.C.B. c. Royaume-Uni.....	514
B. Les activités dangereuses : Oneryildiz c. Turquie [GC].....	515
C. La pratique médicale.....	515
i) Les négligences médicales : Calvelli et Ciglio c. Italie [GC].....	515
ii) Les décisions médicales : Glass c. Royaume-Uni.....	516
§ 3. Les risques et maladies naturels.....	516
A. Les risques naturels : Budayeva et autres c. Russie.....	516
B. Les maladies naturelles : Chypre c. Turquie [GC].....	517
i) Les traitements dont bénéficie la population dans son ensemble : Chypre c. Turquie [GC].....	517
ii) Les traitements sûrs mais coûteux : Pentiocova et autres c. Moldova et Wiater c. Pologne.....	518
iii) Les traitements expérimentaux mais gratuits : Hristozov et autres c. Bulgarie.....	518
iv) Les conflits entre les proches en cas d'inconscience de la personne concernée : Lambert c. France.....	520
Sous-section 2. Le droit de mourir.....	521
§ 1. La liberté de se suicider : Haas c. Suisse et Koch c. Allemagne.....	522
§ 2. Les traitements médicaux forcés et l'alimentation forcée.....	523
A. Les traitements médicaux forcés : Pretty c. Royaume-Uni et Témoins de Jehovah de Moscou c. Russie.....	523
B. L'alimentation forcée : Herczegfalvy c. Autriche et Nevmerzhitsky c. Ukraine.....	523
§ 3. Le suicide assisté.....	524
A. La répression pénale de l'assistance au suicide : Pretty c. Royaume-Uni.....	525
B. Le refus d'adopter des mesures permettant de faciliter le suicide : Koch c. Allemagne.....	528
C. L'encadrement de la pratique de l'euthanasie.....	530
i) Les difficultés psychiatriques sérieuses : Haas c. Suisse.....	530
ii) La souffrance causée par la vieillesse et la diminution des facultés : Gross c. Suisse [GC].....	531
iii) Les conflits entre les proches en cas d'inconscience de la personne concernée : Lambert c. France.....	534
iv) L'euthanasie des mineurs.....	534
Synthèse de la section 1.....	535
SECTION 2. LA PROCRÉATION.....	537
Sous-section 1. Le droit de procréer.....	539
§ 1. Les atteintes aux facultés procréatives ou au fœtus.....	540
A. Stérilisation sans consentement : V.C. c. Slovaquie.....	540
B. Avortement accidentel : Vo c. France [GC].....	541
§ 2. L'accès des détenus à la procréation.....	543
§ 3. La procréation assistée.....	544
A. L'interdiction absolue de certaines techniques.....	545
i) La fécondation in vitro avec don de gamètes : S.H. et autres c. Autriche [GC].....	546
α – L'arrêt de chambre du 1 ^{er} avril 2010.....	546
β – L'arrêt de grande chambre du 3 novembre 2011.....	547
ii) La fécondation in vitro au profit d'un couple de même sexe : Gas et Dubois c. France.....	551
iii) La gestation pour autrui transfrontière : Mennesson c. France.....	552
iv) La fécondation in vitro combinée à un diagnostic génétique préimplantatoire : Costa et Pavan c. Italie.....	553
B. L'encadrement de la pratique médicale.....	554
i) L'immobilisation des embryons cryoconservés : Knecht c. Roumanie.....	554
ii) L'accès des détenus à la procréation assistée : Dickson c. Royaume-Uni [GC].....	555
C. Les conflits entre procréateurs : Evans c. Royaume-Uni [GC].....	557
Sous-section 2. Le droit de ne pas procréer.....	561
§ 1. La liberté de ne pas procréer.....	561
§ 2. Les conflits entre procréateurs (potentiels).....	562
§ 3. L'interruption volontaire de grossesse.....	563
A. L'interdiction de l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être : A., B. et C. c. Irlande.....	563
B. L'encadrement de la pratique médicale.....	569
i) L'absence de cadre procédural et institutionnel adéquat : Tysiac c. Pologne.....	569
ii) L'impossibilité d'obtenir en temps utile les informations nécessaires à une décision en matière d'avortement : R.R. c. Pologne.....	572
C. Les conflits entre procréateurs : Boso c. Italie.....	573
Synthèse de la section 2.....	575
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	577

CHAPITRE 3

INTRODUCTION – DES STRUCTURES ÉLÉMENTAIRES ?	582
SECTION 1. L'INSTITUTION DE LA PERSONNE : LE SEXE ET LE NOM	589
Sous-section 1. Le sexe	590
§ 1. La liberté de l'état : la reconnaissance civile du changement de sexe.....	591
A. L'absence de reconnaissance civile du changement de sexe	591
i) Les accommodements du droit anglais : Rees c. Royaume-Uni [P] et Cossey c. Royaume-Uni [P]	591
ii) L'absence d'accommodements en droit français : B. c. France [P]	593
iii) La consécration du droit à la reconnaissance du sexe civil : Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC] et I. c. Royaume-Uni [GC]	594
B. Les conditions posées à la reconnaissance du changement de sexe	596
§ 2. La stabilité de l'identité : l'irréversibilité du changement de sexe.....	596
A. La modification du sexe civil sans réassignation chirurgicale : Theodor (Dora) Roetzheim c. Allemagne.....	597
B. La modification du sexe civil sans garantie de l'infertilité : Y.Y. c. Turquie.....	597
Synthèse de la sous-section 1.....	599
Sous-section 2. Le prénom et le nom.....	601
§ 1. Le choix du prénom et du nom	602
A. Le choix du prénom.....	602
B. Le choix du nom de famille.....	603
i) Le nom du couple	603
α – L'imposition du nom du mari.....	604
β – Le choix d'un nom de famille : Burghartz c. Suisse et Losonci-Rose et Rose c. Suisse	605
ii) Le nom des enfants	607
α – La transmission obligatoire du nom du père : Cusan et Fazzo c. Italie.....	607
β – La différenciation des noms au sein d'une même famille : Bijleveld c. Pays-Bas et G.M.B. et K.M. c. Suisse	609
§ 2. La stabilité de l'identité : la modification subséquente du prénom et du nom	611
A. Le changement du prénom	611
B. Le changement du nom de famille	612
i) Changement lié à une modification de la situation familiale	612
α – La rupture de la relation conjugale.....	612
β – La rupture de la relation parentale.....	613
ii) Changement lié au passage du temps ou au franchissement des frontières.....	614
α – Le passage du temps.....	614
β – Le passage des frontières.....	614
- Les transpositions phonétiques : Kemal Taskin et autres c. Turquie	615
- L'ukrainisation du nom : Bulgakov c. Ukraine	615
γ – Les erreurs administratives	616
Synthèse de la sous-section 2.....	617
SECTION 2. L'INSTITUTION DES RELATIONS FAMILIALES : LE MARIAGE ET LA FILIATION	619
Sous-section 1. Le mariage.....	621
§ 1. Le droit de se marier	622
A. Les conditions d'accès au mariage et les empêchements à mariage.....	623
i) Le mariage incestueux : B. et L. c. Royaume-Uni	624
ii) Le mariage des transsexuels : Goodwin c. Royaume-Uni [GC]	625
α – L'attachement au concept traditionnel de mariage : Rees c. Royaume-Uni et Cossey c. Royaume-Uni	626
β – La reconnaissance d'un mariage transsexuel célébré à l'étranger : Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni	627
γ – Le dépassement de la conception purement biologique du sexe : Goodwin c. Royaume-Uni [GC]	627
iii) Le mariage des homosexuels.....	628
α – L'ouverture du mariage aux couples de même sexe : Schalk et Kopf c. Autriche.....	630
β – La résistance du mariage au changement de sexe : Hämäläinen c. Finlande [GC].....	632
- La valeur historique et sociale du mariage : Parry c. Royaume-Uni et R. et F. c. Royaume-Uni.....	632
- L'équivalence « essentielle » ou « substantielle » du mariage et du partenariat : Hämäläinen c. Finlande [GC].....	633
iv) Le mariage polygame (contracté à l'étranger) : Bibi c. Royaume-Uni	636
v) Le mariage posthume (temporairement autorisé) : M. c. République fédérale d'Allemagne	637

vi) Le mariage des ecclésiastiques : Fernandez Martinez c. Espagne [GC].....	637
B. L'encadrement du droit de se marier.....	638
i) Le mariage des mineurs et des incapables : Janis Khan c. Royaume-Uni et Lashin c. Russie	638
ii) L'interdiction temporaire de remariage : F. c. Suisse.....	638
iii) L'accès au mariage des détenus : Frasiak c. Pologne.....	639
iv) L'accès au mariage des étrangers : O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni.....	640
§ 2. Le droit de ne pas se marier et/ou de ne plus être marié.....	641
A. Le droit de ne pas se marier.....	641
i) La protection du consentement : A.A. et autres c. Suède.....	641
ii) Le droit d'être en couple sans se marier.....	641
B. L'interdiction du divorce : Johnston et autres c. Irlande.....	642
C. L'encadrement du divorce.....	643
i) Les conditions de fond du divorce.....	643
α – L'exigence d'« altération profonde » du lien conjugal : Ivanov et Petrova.....	643
β – L'exigence d'un délai de séparation : Bacuzzi c. Italie.....	644
ii) La durée de la procédure en divorce.....	645
Synthèse de la sous-section 1.....	647
Sous-section 2. La filiation.....	649
§ 1. Le droit d'établir un lien de filiation.....	651
A. Les obstacles à l'établissement d'un lien de filiation fondé sur le lien biologique.....	652
i) La filiation hors mariage et en marge du mariage.....	652
α – La filiation maternelle naturelle : Marckx c. Belgique.....	653
β – La filiation paternelle de l'enfant adultérin a patre : Johnston c. Irlande.....	655
γ – La filiation paternelle de l'enfant adultérin a matre.....	656
- Le père présumé « disparu » : Kroon c. Pays-Bas.....	656
- Le père présumé « passif » : Chavdarov c. Bulgarie.....	658
- Le père présumé décédé : Znamenskaya c. Russie.....	660
ii) La réception d'une filiation établie à l'étranger à la suite d'un processus de gestation pour autrui prohibé en droit interne : Mennesson c. France.....	661
B. Les obstacles à l'établissement d'un lien de filiation fondé sur le lien électif.....	662
i) L'adoption hors-mariage : Emonet et autres c. Suisse.....	663
ii) L'établissement d'un lien de filiation entre le partenaire transsexuel du parent et l'enfant : X., Y. et Z. c. Royaume-Uni.....	664
iii) L'établissement d'un lien de filiation entre le partenaire homosexuel du parent et l'enfant.....	667
α – La voie de l'adoption : X. et autres c. Autriche [GC].....	667
β – La voie de la filiation charnelle : Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne.....	672
La revendication spécifique de l'accès à la filiation charnelle : Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne.....	672
La résistance de la filiation au changement de sexe : Hamalainen c. Finlande [GC].....	673
iv) Les difficultés liées à la corrélation du statut conjugal et de l'orientation sexuelle : Gas et Dubois c. France.....	674
v) La réception des institutions étrangères.....	678
α – Le refus de transformer une kafala en adoption.....	678
β – La réception d'une adoption étrangère non-permise en droit interne.....	679
- Adoption par une personne seule : Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg.....	679
- Adoption par un ecclésiastique : Négrépointis-Giannisis c. Grèce.....	681
C. Les conflits entre parents biologiques : la prééminence des choix opérés par la mère.....	683
i) La volonté de la mère de procéder à l'abandon de l'enfant : de Keegan c. Royaume-Uni à Krisztián Barnabás Tóth c. Serbie.....	684
ii) Le refus de la mère de consentir à la reconnaissance par le père : Yousef c. Pays-Bas et Rozanski c. Pologne.....	686
iii) Le refus du père de reconnaître l'enfant : Kalacheva c. Russie et Tsvetelin Petkov c. Bulgarie	688
D. Les conflits entre parents socio-affectifs : Moretti et Benedetti c. Italie.....	689
E. Les conflits entre filiation biologique et filiation socio-affective : la mise sous pression du caractère exclusif de la filiation.....	691
i) Le titre légal correspond au lien socio-affectif et est entrepris par le parent biologique : contestation de paternité et de reconnaissance.....	692
α – La contestation de la paternité présumée.....	692
- La présomption au profit du nouveau mari : Nylund c. Finlande.....	692
- La présomption au profit du mari : Chavdarov c. Bulgarie.....	694
β – La contestation de reconnaissance.....	695
- Le simple renvoi à la reconnaissance : Rozanski c. Pologne.....	695

- Le constat de l'existence d'un lien socio-affectif : Ahrens c. Allemagne.....	696
- La vérification in concreto de l'intérêt de l'enfant : Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie 697	
ii) Le titre légal correspond à la réalité biologique et est mis en cause par un parent socio- affectif : l'exigence d'un désintérêt manifeste ?.....	698
α – L'adoption par le beau-parent	698
- L'inconstance de l'intérêt du parent biologique : Söderback c. Suède	698
- Le désintérêt persistant du parent biologique : Kuijper c. Pays-Bas et Chepelev c. Russie.....	699
- Les violences à l'égard de l'autre parent : Eski c. Autriche	701
β – L'adoption de l'enfant placé.....	702
- L'adoption sans le consentement du/des parent(s) : Aune c. Norvège et Zhou c. Italie.....	702
- La validité du consentement à l'adoption : V.S. c. Allemagne.....	704
γ – L'adoption de l'enfant accouché sous x.....	704
- La déclaration d'adoptabilité précoce en droit italien : Todorova c. Italie	704
- Le délai de deux mois en droit français : Kearns c. France.....	705
F. La volonté de l'enfant d'établir sa filiation : la prééminence de l'intérêt de l'enfant	706
i) La problématique des expertises ADN	707
α – La recherche de paternité diligentée par/pour un enfant en bas âge : Mikulic c. Croatie ...	707
β – La recherche de paternité diligentée par un « vieil » enfant : Pascaud c. France.....	708
ii) Les délais de l'action en recherche de paternité	709
α – Le refus de l'établissement de la filiation juridique et de la vérification de la réalité biologique : Phinikaridou c. Chypre et Konstantinidis c. Grèce.....	709
β – Le refus de l'établissement de la filiation juridique mais pas de la vérification de la réalité biologique : Grönmark c. Finlande et Backlund c. Finlande	712
iii) La « grand-paternité » : Menendez Garcia c. Espagne	714
§ 2. Le droit de rompre un lien de filiation	715
A. La contestation de la paternité.....	715
i) Le renversement de la présomption de paternité	716
α – Les délais.....	716
β – La preuve.....	718
ii) La contestation de la paternité établie par le biais d'une action en recherche de paternité ..	720
iii) La paternité d'autrui : T.C. et H.V. c. Turquie	722
B. L'annulation de l'adoption	722
Synthèse de la sous-section 2.....	724
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	727
CONCLUSION GÉNÉRALE	732
1. LE RÔLE ET LE MODE DE PRODUCTION DU DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE	733
1.1. La tentation d'un droit exclusivement casuistico-procédural.....	734
1.1.1. La fonction accompagnatrice du droit de la personne et de la famille.....	734
1.1.2. La méthode « bottom up » en droit de la personne et de la famille	735
1.2. La nécessité d'un droit général, abstrait et substantiel	735
1.2.1. La fonction structurante du droit de la personne et de la famille.....	735
1.2.2. La méthode axiomatique en droit de la personne et de la famille.....	737
2. D'UNE DYNAMIQUE DÉSTRUCTURANTE À UN DYNAMISME D'AVANTAGE STRUCTURÉ.....	740
3. UN DIALOGUE FÉCOND SUR LE DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE ?	746
TABLE DES DÉCISIONS CITÉES	749
BIBLIOGRAPHIE	758

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. OBJET, MÉTHODE ET CHAMP D'INVESTIGATION

1.1. Objet

1. La rencontre du droit de la personne et de la famille et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme donne lieu à des appréciations extrêmement contrastées : pour les uns, les droits de l'homme sont le fer de lance d'une nécessaire révision de cette matière pétrie d'interdits illégitimes et de catégorisations discriminatoires ; pour les autres, ils constituent au contraire un facteur de désordre et – pour tout dire – de déréliction de la discipline. Si la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droit de la personne et de la famille est régulièrement chroniquée et commentée, les études considérées concernent au premier chef le contenu substantiel des solutions indiquées. L'objectif de cette étude est de proposer certaines pistes pour la construction d'un « modèle » de l'action de la Cour de Strasbourg dans le champ du droit examiné.

2. Dans sa thèse de doctorat intitulée *Beginselen van Personen- en familierecht*, Deirdre VAN GRUNDERBEECK se donne l'objectif de formuler un certain nombre de principes de droit de la personne et de la famille sur la base d'une recherche relative à la Convention européenne des droits de l'homme et à d'autres instruments internationaux. Sa recherche aboutit à un « inventaire » ou à une « photographie » des principes se dégageant de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de droit de la personne et de la famille. Cet inventaire comporte huit postes : (1) l'état de la personne ; (2) le mariage et le divorce ; (3) les cohabitations non matrimoniales ; (4) la filiation ; (5) l'adoption ; (6) la responsabilité parentale ; (7) le placement des mineurs et/ou le retrait de la responsabilité parentale ; (8) le droit judiciaire de la famille¹.

S'interrogeant sur la vision de la famille qui est à la base de la jurisprudence strasbourgeoise, elle affirme que « tout groupe d'individus qui se vit comme une famille ou qui assume certaines fonctions qu'on peut considérer comme familiales ne tombe pas nécessairement sous la protection de la Convention ». En effet, « la diversité des structures familiales ou des types de familles qui est caractéristique de la société contemporaine, n'est pas automatiquement incluse sous la protection de la vie familiale dispensée par la Convention ». Elle relève ainsi que la Cour a des préférences parmi les familles et que sa faveur va indiscutablement à la famille fondée sur le mariage puis en second lieu au couple non marié et son/ses enfant(s). Elle appuie cette idée d'une « faveur pour le mariage » sur l'affirmation de l'arrêt *Marckx* suivant laquelle il est légitime et même « méritoire » de protéger la famille traditionnelle².

3. Dans sa thèse de doctorat intitulée *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Fanny VASSEUR-LAMBRY parvient à la conclusion que la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme a « justifié et impulsé des réformes qui étaient déjà à l'œuvre, plus ou moins concrètement, dans les Etats européens ». Il s'ensuit, selon

¹ D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht, een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 629-647.

² *Ibid.*, pp. 650-652.

elle, qu'il n'est pas sûr que leur influence « ait orienté le droit de la famille dans une direction qu'il n'aurait pas prise sinon ». L'importance de l'œuvre des instances de Strasbourg consisterait alors dans la mise au jour d'une « vision globale de l'état actuel de la famille en Europe » et d'« indices pour préjuger des évolutions futures au sein des législations nationales »³.

Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour européenne aurait contribué au « glissement de la famille vers un moindre formalisme, voire à son renforcement ». Toutefois, explique-t-elle, nonobstant la coexistence de la « famille traditionnelle » et la « famille en pleine mutation », « l'individualisme n'est pas assez fort pour permettre une égalité totale entre toutes les familles et consacrer d'autres types de famille, en particulier la famille homosexuelle ». En somme, conclut-elle sur ce point, « la Commission et la Cour apparaissent comme les garantes de cette conception de la famille » et « elles tentent de contenir les tentatives de mutation de la notion traditionnelle de famille »⁴. Finalement, « la famille au sens de la Conv. EDH demeure une institution hautement symbolique, caractérisée par la liberté, l'égalité et les responsabilités, en particulier envers l'enfant. Cette famille transcende les divers modèles familiaux. Néanmoins, à côté de ce socle commun, les Etats conservent la liberté de promouvoir certaines formes de couples, d'engagements, de solidarités entre adultes. La pluralité reprend alors tout son sens »⁵.

4. La présente dissertation, non seulement s'inscrit dans un contexte temporel différent, mais a également un objet distinct. Ainsi, plus de dix années après la parution des thèses de Mesdames VAN GRUNDERBEECK et VASSEUR-LAMBRY, nous nous donnons pour objectif de mesurer et d'évaluer l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits internes de la personne et de la famille tant du point de vue du contenu du droit (et corrélativement du rôle de l'Etat) que de la méthode du droit (et corrélativement sur les modes d'action de l'Etat). Cette analyse devrait idéalement contribuer à comprendre comment se nouent, dans un « effet de miroir » entre le plan interne et le plan international, les enjeux du droit de la personne et de la famille d'aujourd'hui et de demain. Elle part du postulat que les droits de l'homme sont dans le même temps un instrument de déstructuration du droit et une invitation à mettre à jour les linéaments d'une reconstruction. Elle a vocation à dégager, sur le fondement de cette prime conviction, une piste intermédiaire entre nostalgie fixiste et déconstructionnisme hâtif.

L'idée est donc de mieux comprendre l'opération de la dynamique du droit de la Convention pour raisonner sur les craintes ou les enthousiasmes démesurés qu'il inspire parfois. Pour autant que la Cour européenne des droits de l'homme prenne le parti de constamment tenter de réaliser un équilibre entre les multiples valeurs qui s'entrechoquent dans les sociétés postmodernes tout en gardant à l'esprit l'idéal du droit comme intégrité, alors elle peut constituer l'un des interlocuteurs principaux du dialogue contemporain sur la personne et la famille. La conviction qui sert de fondation à cette thèse est que le refus de remettre en cause les principes fondamentaux du droit de la personne et de la famille comme celui de les prendre en considération participent d'une seule et même erreur qui consiste à donner la prévalence absolue à une certaine conception sur l'autre. L'idée est donc de proposer une contribution – nécessairement modeste au regard de l'ampleur de la problématique – à une remise en perspective des enjeux induits par la pénétration de la dynamique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans les droits nationaux de la personne et de la famille. Dans cette perspective, l'étude proposée ne prétend pas – il faut le préciser d'emblée – offrir ou proposer des réponses aux questions épineuses qui animent le droit contemporain de la personne

³ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 449.

⁴ *Ibid.*, pp. 450-452.

⁵ *Ibid.*, pp. 454-455.

et de la famille. Son ambition – beaucoup plus réduite – est de mettre en évidence la possibilité de formuler ces questions dans un cadre rénové permettant un dépassement de l’opposition – généralement stérile – des positions dites « conservatrice » et « libérale ».

Nous soutiendrons que l’état du droit de la famille, tel qu’il se présente à un temps et dans un espace donné, se construit désormais par des mécanismes de friction et d’assimilation qui le font évoluer mais ne doivent pas occulter la pluralité de ses fondements et la multiplicité de ses fonctions : entre zoé et bios, entre nature et culture, entre gestion opératoire et pragmatique de situations concrètes et inscription des individus et des relations interindividuelles dans un cadre de référence partagé et signifiant.

1.2. Champ d’investigation

5. Le *champ institutionnel* de cette thèse est limité à l’ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l’homme. Le droit de la personne et de la famille ne sera donc examiné que sous l’angle de cet instrument et de la jurisprudence de ses organes de contrôle. Il ne sera dès pas question ici du droit de l’Union européenne, même s’il est clair qu’il n’est plus possible de séparer aujourd’hui comme on pouvait le faire hier une Europe de l’éthique incarnée par le Conseil de l’Europe et une Europe de l’économie incarnée par l’Union⁶. D’autres ont déjà contribué à l’étude de cette « dynamique du rapprochement » dans le contexte précis du droit de la famille⁷. Nous n’examinerons pas non plus les autres instruments régionaux de protection des droits de l’homme ni la jurisprudence des organes chargés de leur mise en œuvre. Enfin, le système universel de protection des droits de l’homme mis en œuvre dans le cadre de l’Organisation des Nations-Unies sera également omis du champ de cette étude. Il n’empêche que des références aux normes issues de ces différents ordres juridiques interviendront par la voie indirecte des références qu’y fait occasionnellement (et de plus en plus souvent) le juge de Strasbourg.

6. Le *champ matériel* de la présente étude correspond à celui des matières habituellement rattachées au droit de la personne et de la famille. On le verra, cela implique de dépasser les frontières des articles 8 et 12 de la Convention. En réalité, l’étude des aspects appartenant classiquement droit de la personne et de la famille (le statut de la personne humaine, les relations conjugale et parentales) nous amènera parfois relativement « loin de nos bases » et nous n’hésiterons pas à nous aventurer, quelquefois, pour la bonne cause, dans des matières connexes.

1.3. Méthode : une approche globalement dialectique

7. La méthode utilisée dans cette étude est dès lors principalement une méthode dialectique. Le choix de cette approche correspond à l’hypothèse que le monde de la Convention est un monde « en tension » dont tous les enjeux substantiels et formes peuvent se présenter sous la forme de « dilemmes ». En appréhendant une matière éminemment sensible et fondamentalement polémique nous nous aurons en permanence le souci d’écarter les « approches partisans ». Notre objectif sera au contraire de systématiquement rechercher des « terrains d’entente » entre des positions initialement clivées.

⁶ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non discrimination en droit de la famille », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 1191.

⁷ On se permet à cet égard de simplement renvoyer à la thèse de Madame Angélique Thurillet-Bersolle intitulée *Droits européens et droit de la famille : contribution à l’étude de la dynamique du rapprochement*.

A cet égard, il convient que nous rendions d'emblée justice à deux ouvrages dont les enseignements constituent le soutien ou le « background » théorique de cette étude. D'un côté, les travaux de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE qui ont largement contribué à l'édification d'une « théorie dialectique du droit » nous accompagneront durant tout le parcours de cette étude tant il est vrai que les différents modèles qu'ils ont pu proposer : celui du droit « en réseau », bien entendu, mais aussi ceux, moins célèbres de l'interprétation juridique comme une « rhapsodie » ou comme un « jeu ». D'un autre côté, la thèse de Sébastien VAN DROOGHENBROECK – qui a mis en évidence l'omniprésence de la proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, au-delà de la seule balance des intérêts, comme recherche de la « juste mesure » engagée dans une tension dialectique avec l'impératif de sécurité juridique – nous accompagnera aussi tout au long du chemin. Tels sont donc les principaux outils conceptuels dont nous nous sommes armés pour entreprendre l'analyse qui suit.

Il nous paraît que le type de réflexion conduit dans ces deux ouvrages importants peut être mis en dialogue avec des textes un peu extérieurs au droit, mais que nous utiliserons, dans la deuxième partie, au titre de la potentialité qu'ils recèlent d'une lecture des questions les plus disputées du droit de la personne et de la famille

1.4. Plan de l'étude

8. La première partie de l'étude présente le système européen de protection des droits de l'homme sous les traits d'une « dynamique déstructurante ». Identifier les termes de la confrontation ne suffira pas. Il faudra encore chercher à comprendre la manière dont la Cour contrôle les équilibres définis par les Etats parties entre les intérêts concurrents. Ainsi, après avoir mis en évidence le caractère éminemment complexe des prérogatives individuelles et des mesures étatiques, il conviendra de montrer la complexité de la confrontation de ces intérêts, tant il est vrai que le contrôle du respect de la Convention peut emprunter diverses voies qu'il s'agit impérativement d'identifier, si l'on se propose d'analyser la jurisprudence de la Cour ou une partie de celle-ci. La première partie cherchera à combiner la visée dialectique à une *méthodologie analytique* suivant laquelle on cherchera à mettre en exergue les éléments constitutifs de la démarche mise en œuvre par la Cour de Strasbourg pour les rassembler – finalement – dans un « schéma général » d'ensemble.

La première partie mettra en évidence la propension des droits de l'homme à produire de l'incertitude en mettant en œuvre des *concepts* et des *techniques* systématiquement tiraillés entre des objectifs distincts et complémentaires.

9. La deuxième partie de l'étude recherche au sein de la jurisprudence de la Cour les linéaments d'une « dynamique plus structurée ». Nous chercherons à montrer, au départ d'une structuration tripartite du contentieux autour de trois « dimensions » du droit de la personne et de la famille (les dimensions matérielles, existentielle et institutionnelle) les enjeux différents qui les traversent et les appréhensions distinctes qu'elles appellent vraisemblablement. La deuxième partie de l'étude recourra abondamment – outre à la dialectique – à la *méthode inductive* en cherchant dans une multitude de cas particuliers (les arrêts rendus par la Cour) les indices de règles de plus longue portée (des principes de fonctionnement).

La deuxième partie montrera comment les diverses tensions mises en évidence dans la partie 1 s'expriment dans le contentieux de droit de la personne et de la famille et entrent en dialogue avec la complexité propre d'un droit de la personne et de la famille doté de ses propres spécificités tant sur le plan de son contenu (multifonctionnel) que sur le plan de sa méthode (particulièrement intégrée et structurée).

10. Mais préalablement à la mise en œuvre de ce vaste programme, il nous paraît adéquat d'opérer un bref détour par la question insoluble des fondements philosophiques des droits de l'homme pour prendre ensuite acte de l'émergence actuelle des droits de l'homme comme instrument de réévaluation voire de refondation du droit.

2. LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DES DROITS DE L'HOMME

11. Les grandes déclarations des droits entretiennent un certain mystère quant à la source des droits de l'homme. Aujourd'hui encore, plus de deux cent années après leur première énonciation formelle, la question des fondements de ces droits est l'une des plus débattues en théorie du droit⁸. Dans le contexte de la présente dissertation, il nous semble important de faire brièvement le point sur les fondations philosophiques des droits de l'homme. Pareil exercice, qui induira malheureusement son lot d'approximations et de raccourcis, est nécessaire pour la pleine compréhension des ressorts du contentieux strasbourgeois de droit de la personne et de la famille. En guise de point de départ, relevons que « les droits de l'homme sont un ensemble de principes moraux dont la justification relève du champ de la philosophie morale »⁹.

2.1. Le jusnaturalisme : d'Aristote à Kant

12. Suivant l'école naturaliste, qui s'inspire de la philosophie d'Emmanuel KANT, les droits de l'homme sont les droits que chacun possède par le simple fait d'être humain. Ces droits sont basés sur la nature ou une source transcendante assimilable à celle-ci et ils existent indépendamment de leur reconnaissance dans le droit positif quoi que celle-ci soit évidemment préférable¹⁰. Les textes juridiques fondateurs que constituent les déclarations des droits de la fin du XVIIIe constituent la première énonciation formelle des droits de l'homme. Ceux-ci sont désormais consacrés dans une multitude d'instruments nationaux, régionaux et universels. Il n'empêche que leurs racines philosophiques sont infiniment plus anciennes.

2.1.1. L'Antiquité et le Moyen-Age

13. Si les droits de l'homme n'y existent pas en tant que tels¹¹, on trouve cependant les premières références à des droits naturels de l'homme dans l'Antiquité grecque et romaine. En Grèce, c'est chez SOPHOCLE (495-406 AC) et ARISTOTE (384-322 AC) que se déploient les premières réflexions relatives à de tels droits¹². Le Stagirite distingue ainsi, dans *L'Ethique à Nicomaque*, le « juste naturel » qui a partout la même valeur et ne dépend pas des opinions et le « juste conventionnel » qui concerne les choses qui *a priori* peuvent être faites de différentes façons, mais ne le peuvent plus une fois décidé qu'il convient de faire d'une certaine manière¹³. Ce sont cependant les stoïciens de la période hellénistique qui ont en premier lieu théorisé les droits naturels (323-146 AC)¹⁴. La pensée hellénistique a ensuite été transmise, par les stoïciens et CICÉRON (106-43 AC), aux grands penseurs de l'Antiquité romaine. A Rome, UMPIRE (170-223) et GAIUS (120-180) distinguent le *ius civile* (droit de la cité) qui concerne les seuls

⁸ M. J. PERRY, « The morality of human rights : a nonreligious ground ? », *Emory Law Journal*, 2005, p. 103.

⁹ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 1998, p. 202.

¹⁰ M.-B. DEMBOUR, « What Are Human Rights ? Four Schools of Thought », *Human Rights Quarterly*, 2010, pp. 2-3.

¹¹ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrige, Paris, PUF, 1983, p. 82 et s.

¹² M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 3e éd., coll. Droit et justice, n° 94, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 351-365.

¹³ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 308.

¹⁴ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 351-365.

citoyens et le *ius gentium* (ou *ius naturale* ou *lex naturalis*) qui serait commun à tous les peuples et qui « permet aux non-citoyens d'accéder à des institutions tenues pour naturelles, le mariage, le contrat, les successions, la réparation des dommages »¹⁵.

14. Au Moyen-Age, les droits naturels sont au cœur de l'œuvre de Saint-Thomas D'AQUIN (1225-1275). Suivant Michel LEVINET, « Aristote [...] et Saint-Thomas d'Aquin [...] aperçoivent, à côté des substances premières (les individus), des substances secondes que sont les universels/universaux (les genres, les espèces, l'animal, la liberté, l'homme, le citoyen, le père de famille »¹⁶. Dans la *Somme théologique* de Saint-Thomas, on distinguait le droit naturel « au sens strict » dont le législateur positif ne peut jamais s'écarter et le droit naturel « secondaire » qui n'est pas investi de la même autorité¹⁷. Avec la théologie franciscaine, est apparue une conception différente, dans laquelle l'univers n'est plus un « cosmos », mais un « agrégat » d'individus isolés. Même si Guillaume D'OCKHAM (1288-1347) n'a pas développé une « théorie des droits subjectifs », sa perspective « conduit [...] au primat de l'individu, de la volonté du sujet, des droits individuels »¹⁸.

15. La conception jusnaturaliste des droits de l'homme s'inscrit donc dans le sillage des œuvres d'ARISTOTE et de SAINT-THOMAS. Elle est fondée sur la croyance en un « ordre objectif du monde » ou en une « nature des choses ». Elle est fortement imprégnée de théologie et correspond à la perception des droits de l'homme par l'Eglise catholique. Cette doctrine voit précisément dans le droit l'expression d'un ordre objectif préexistant qu'il est possible de mettre au jour par la raison¹⁹. Toutefois, explique François RIGAUX, « pour les penseurs de l'Antiquité (tant chrétiens que païens) et du Moyen Age, la loi naturelle n'investit pas les individus de droits fondamentaux, qui puissent, de quelque manière, être tenus pour les ancêtres des droits de l'homme » et « si les droits fondamentaux trouvent leur source dans une philosophie de la loi naturelle, c'est à une époque plus tardive qu'il convient de la chercher »²⁰.

2.1.2. La Renaissance

16. Le concept de dignité humaine émerge au cours de la « première Renaissance » et a été un thème essentiel de l'humanisme aux XVe et XVIe siècle. Les humanistes Jean PIC DE LA MIRANDOLE (1463-1494) et Charles DE BOVELLES (1475-1566) mettent en exergue la différence de l'homme avec l'animal, sa liberté et l'indétermination de son destin (« toi que ne limite aucune borne, entre les mains duquel je t'ai placé, tu te définis toi-même »²¹)²². PIC et DE BOVELLES, sont aussi des théologiens et leur vision de la dignité et de la liberté de l'homme reste ancrée dans une conception profondément religieuse. La rupture interviendra à cet égard, avec les penseurs du siècle suivant.

17. Le XVIIe siècle est celui de la rupture avec le religieux et du contrat social. Ainsi, avec le néerlandais Hugo GROTIUS (1583-1645) et l'allemand Samuel VON PUFENDORF (1632-1694), le droit naturel est-il pour la première fois détaché de la religion, ce qui ouvre la voie au jusnaturalisme moderne qui adviendra avec les Lumières²³. Pour Marcel GAUCHET, la

¹⁵ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 308.

¹⁶ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁷ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 309.

¹⁸ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁹ *Ibid.*, p. 351-365.

²⁰ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 309.

²¹ PIC DE LA MIRANDOLE, *Œuvres philosophiques*, pp. 5-6 (cité par F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 313).

²² F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, pp. 312-314.

²³ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 206.

« disjonction d'avec le Ciel » qui, à l'époque, se conjugue à l'effacement de l'universalisme impérialiste au profit des Etats autonomes et indépendants implique de trouver un nouveau fondement pour le droit : les personnes²⁴. Selon RIGAUX, « c'est la liberté de religion qui ébranlera le mouvement devant aboutir à l'attribution de droits fondamentaux à l'individu ». Cette première conquête des droits fondamentaux « [a renvoyé] le choix à la sphère privée » et « ce que certains sociologues ont appelé le “désenchantement” du monde [s'est révélé] plutôt comme un transfert du public vers le privé »²⁵.

La « révolution philosophique » intervient avec Thomas HOBBS (1588-1679) et surtout Baruch SPINOZA (1632-1677). Dans la pensée de HOBBS, l'Etat (le *Leviathan*) résulte d'un contrat par lequel les hommes s'arrachent à l'Etat de nature et qui les investit de droits fondamentaux inaliénables²⁶. Pareille perception réalise une forme de « désassujettissement métaphysique de la communauté des hommes » et même si le pouvoir du souverain est immense, il prend sa source dans les entités « atomiques » que constituent les individus²⁷. Ainsi, la pensée de HOBBS marque-t-elle la rupture avec le droit naturel classique puisqu'il s'agit selon lui « de préserver le droit naturel de chacun » plutôt que de « promouvoir en l'homme une vie vertueuse »²⁸. SPINOZA joue aussi un rôle fondamental dans l'émergence de l'individualisme moderne et des droits fondamentaux, en prenant position en faveur de la liberté de religion : selon lui, « tout homme jouit d'une pleine indépendance en matière de pensée et de croyance, jamais, fût-ce de son bon gré, il ne saurait aliéner ce droit individuel »²⁹. L'important, à ses yeux, est de mettre l'homme au centre de la théorie fondatrice de l'Etat³⁰.

Les théories du contrat social sont approfondies par John LOCKE (1632-1704) et Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778) dont les œuvres sont directement inscrites dans le sillage de celle de HOBBS. Il est désormais clair que les droits ne sont plus concédés par un souverain ayant lui-même reçu son pouvoir de Dieu³¹, mais ils appartiennent aux individus en raison de leur seule naissance en vertu de la nature même des choses. LOCKE et ROUSSEAU, moins pessimistes que HOBBS quant à la nature des hommes, préconisent des formes de gouvernement moins autoritaires que la monarchie absolue incarnée par le *Leviathan*. Ainsi, LOCKE exprime-t-il sa faveur pour une « monarchie tempérée », tandis que ROUSSEAU ne parvient pas à décider, dans *Le contrat social*, ce qui serait une forme idéale de gouvernement entre la monarchie absolue et la démocratie³². Chez LOCKE, il n'y a plus seulement des « individus originels » qui intronisent le *Leviathan*, mais aussi des « [individus] actuels qui restent extérieur au pouvoir qu'ils ont établi, et qui conservent en face de lui une part de leur indépendance native »³³. Un peu plus tard, ROUSSEAU accentue certains traits de la pensée lockienne et, ce faisant, « fait surgir au-delà de la limitation libérale du pouvoir par les droits des individus, la dimension démocratique du pouvoir de la communauté politique sur elle-même »³⁴. Selon RIGAUX, « alors que depuis l'Antiquité et selon une doctrine fixée par Thomas d'Aquin [...], le droit de la nature était un système objectif surplombant le droit positif, Hobbes et Spinoza le font basculer du côté des droits subjectifs. Il existe des droits individuels inaliénables qui peuvent faire éclater les

²⁴ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, t. 1, *La révolution moderne*, Bibliothèque des sciences humaines, Paris, Gallimard, 2007, pp. 65-67.

²⁵ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, pp. 318-319.

²⁶ *Ibid.*, pp. 319-320.

²⁷ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, *op. cit.*, pp. 83-84.

²⁸ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 257.

²⁹ B. SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*, Chap. XX, p. 897 (cité par F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, 2007, p. 327).

³⁰ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 261.

³¹ Comme ce pouvait encore être le cas pour la *Magna Carta* (1215) ou le *Bill of Rights* (1689).

³² F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, pp. 328-329.

³³ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*, *op. cit.*, p. 88.

³⁴ *Ibid.*, p. 90.

institutions du droit positif. Tel est le fondement philosophique initial des droits de l'homme »³⁵. La philosophie des Lumières était empreinte de l'idéal d'autonomie : pour que la société repose sur un contrat social, il faut que des hommes autonomes puissent faire le choix d'y entrer³⁶.

18. Au XVIIIe siècle Emmanuel KANT (1724-1804), affirme que « la liberté ou l'autonomie individuelle est le seul droit qui appartient à chaque homme en raison de son humanité » et « l'homme n'est pas seulement un être de la nature, mais un être de liberté dans la vie duquel la raison pouvait avoir une influence déterminante »³⁷. KANT affirme l'intangibilité de la dignité humaine qui se traduit dans le commandement suivant : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps, comme une fin et jamais comme un moyen »³⁸. En quelque sorte, son projet philosophique n'exclut pas l'intérêt de l'individu, de la famille ou de la tribu, mais met particulièrement en exergue la nécessité de prendre en considération les intérêts des autres voire même les intérêts de l'humanité toute entière³⁹. KANT est, selon François RIGAUX, « l'un des principaux fondateurs de la doctrine philosophique des droits fondamentaux »⁴⁰.

2.1.3. Les déclarations française et américaine

19. La contribution du jusnaturalisme à la théorie des droits de l'homme ne saurait être négligée dès lors qu'il procure une assise philosophique pour l'affirmation des droits de l'individu contre l'absolutisme étatique. L'apogée des droits naturels de l'homme advient à la fin du XVIIIe siècle avec la concrétisation des idéaux des Lumières dans les révolutions américaine et française et les déclarations des droits de 1776 et 1789⁴¹.

20. Le mouvement révolutionnaire est profondément imprégné de la réprobation croissante dans les sociétés du XVIIIe siècle de l'utilisation de la torture. Ainsi, au cours des années 1760 à 1780, un considérable mouvement philosophique s'est déployé en faveur de l'abandon de ces pratiques. VOLTAIRE (1694-1778) et Cesare BECCARIA (1738-1794) ayant pris fermement position contre la torture (notamment dans le cadre de l'affaire Calas), il a cependant fallu attendre la synthèse de l'argumentaire contre la torture réalisée par Jacques-Pierre BRISSOT (1754-1793) pour que la revendication d'une réforme soit directement connectée aux droits de l'homme. En 1789, le gouvernement révolutionnaire a renoncé à toute forme de torture⁴². Si la contestation de la torture judiciaire a pu constituer dans une certaine mesure un élément déclencheur, rapidement s'est posée aussi la question de l'égalité des droits indépendamment de la religion ou de la race et, bien que dans un premier temps cette revendication ait été moins régnante, du sexe⁴³.

21. Le mouvement d'émancipation par rapport à l'Etat absolu entretient par ailleurs d'emblée des liens étroits avec la contestation de l'absolutisme familial. Ainsi Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778) a-t-il publié un roman à succès intitulé *Julie, ou la nouvelle Héloïse* et évoquant la vie d'une femme (Héloïse) contrainte de se marier à un homme qui avait sauvé la vie de son père et de renoncer à l'amour véritable. Dans le livre, Héloïse meurt finalement après

³⁵ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 328.

³⁶ L. HUNT, *Inventing Human Rights. A history*, New York/London, Norton & Company, 2007, pp. 35-36.

³⁷ X., « Aristotle, Aquinas and Kant on human rights », *Marquette Law Review*, 1972, pp. 274-275.

³⁸ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Bibliothèque de la Pléiade, 1984, p. 295 (cité par F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 330).

³⁹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁰ F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques ... », *op. cit.*, p. 330. Voy. aussi : D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, coll. Ethique et philosophie morale, Paris, PUF, 2007, pp. 25-26.

⁴¹ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 207.

⁴² L. HUNT, *op. cit.*, p. 76 et p. 98 et s.

⁴³ *Ibid.*, p. 147.

avoir elle-même sauvé son fils de la noyade. Si le texte semble dans une certaine mesure sublimer les renonciations consenties par l'héroïne, il est aussi possible d'y voir une tragédie dénonçant les sacrifices imposés aux femmes⁴⁴. De même Thomas JEFFERSON (1743-1826) était un partisan du droit au divorce et aurait affirmé qu'il s'agissait d'un droit naturel dès lors qu'il était dans la nature des contrats qu'ils soient dissolubles quand une partie rompt ses engagements. En outre, le divorce permettait la « *liberty of affection* » et la « *pursuit of happiness* » (cette dernière expression sera rendue célèbre par sa reprise dans la déclaration d'indépendance)⁴⁵. Quoi qu'il en soit le législateur révolutionnaire français a fait montre d'une stupéfiante audace en matière de droit de la personne et de la famille : abolition de la primogéniture et égalité des droits successoraux ; abolition des « lettres de cachet » et établissement des conseils de famille ; abaissement de la majorité de 25 à 21 ans et institution du divorce (dans les mêmes conditions pour les hommes et les femmes). En somme, souligne l'historienne des droits de l'homme Lynn HUNT, « les révolutionnaires ont fait tout ce qu'ils pouvaient pour repousser les limites de l'autonomie personnelle »⁴⁶.

2.2. Les critiques du jusnaturalisme : utilitarisme et positivisme

22. Le jusnaturalisme prête le flanc à la critique, essentiellement parce que « les droits considérés naturels peuvent différer d'un théoricien à l'autre en fonction de leurs conceptions de la nature »⁴⁷. Au XIXe et au XXe siècle, la critique du jusnaturalisme se fait plus intense et d'autres fondations que la nature sont recherchées pour les droits⁴⁸.

2.2.1. L'utilitarisme : Bentham et Mill

23. Jeremy BENTHAM et John Stuart MILL sont souvent considérés comme les fondateurs de l'utilitarisme qui est une doctrine suivant laquelle le comportement humain devrait être orienté vers l'utilité comprise comme « la recherche du plus grand bonheur ou du plus grand plaisir possible »⁴⁹. Cette approche, fondée sur la recherche de « la réalisation du plus grand bonheur pour le plus grand nombre » propose à tout le moins aux droits de l'homme un fondement rationnel distinct de l'habituel ancrage jusnaturaliste de la doctrine des droits fondamentaux⁵⁰.

24. Quoique favorable aux droits de l'homme, Jeremy BENTHAM (1748-1824) refuse – notamment dans son *Traité des sophismes politiques* – d'y voir l'expression d'une quelconque nature à laquelle il y aurait lieu de se conformer⁵¹. Pour lui, « le droit naturel n'est, tout au plus, qu'un argument au service d'une rhétorique tendant soit à dénoncer le pouvoir en place, soit à en vanter les mérites et tend à entraver le jeu de la raison »⁵². Suivant sa philosophie utilitariste,

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 35-36.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 62-64.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 61-62. Il reste que dans le déploiement subséquent des droits par le biais des déclarations française et américaine et dans leur traduction dans des législations particulières, la condition féminine a été largement éclipsée par les questions liées aux minorités religieuses ou aux esclaves notamment. A propos des femmes, CONDORCET avait pu écrire que les habitudes pouvaient expliquer que personne ni les hommes ni les femmes elles-mêmes ne remettaient en cause « l'injustifiable subordination des femmes ». Olympe DE GOUGES, auteur de la Déclaration des droits de la femme finira guillotinée, tandis que son alter ego anglais Mary WOLLSTONCRAFT a elle-même rencontré beaucoup de difficultés après la publication de sa *Vindication of the Rights of Woman* en 1792 (L. HUNT, *Inventing Human Rights*, op. cit., pp. 167-172).

⁴⁷ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », op. cit., p. 207.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 208.

⁴⁹ A. RENAUD, « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, p. 132.

⁵⁰ G. TUSSEAU, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 426.

⁵¹ P. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, FUSL, 2007, p. 85.

⁵² G. TUSSEAU, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme ... », op. cit., p. 418.

les actions doivent être moralement jugées en fonction de l'utilité qu'elles produisent⁵³. En d'autres termes, toutes les décisions politiques devraient avoir pour objectif de produire « *the greatest happiness of the greatest number* »⁵⁴. Notamment, l'accès à la justice et le droit de vote sont des vecteurs essentiels de la définition et de la défense de ce qui réalise pour un individu déterminé la plus grande utilité (« puisque chacun est également susceptible d'éprouver de l'utilité, et qu'une quantité donnée de plaisir est d'égale valeur quel que soit celui qui l'éprouve, un système électoral doit être en mesure de laisser chacun affirmer ce qui maximise son utilité, sans qu'aucun droit naturel ne le lui impose »)⁵⁵.

25. John Stuart MILL (1806-1873) est l'incontestable héritier philosophique de Bentham. Il approfondira la démarche utilitariste dont il proposera sa propre version. Sa position sur les droits de l'homme est moins fermement détachée de l'idée de droit naturel que l'était celle de Bentham. En quelque sorte, Mill propose une version « édulcorée » de la théorie utilitariste appliquée aux droits de l'homme : ceux-ci ne s'expliquent pas seulement par le principe d'utilité, ils impliquent aussi une référence à des droits moraux et un idéal de justice étrangers à l'œuvre de son prédécesseur. Ainsi, « John Stuart Mill insiste [...] sur les droits moraux d'une manière qui est étrangère à Bentham, et s'il maintient le critère de l'utilité comme critère ultime, c'est de sa problématisation que nous héritons le plus directement »⁵⁶.

2.2.2. Le positivisme : Kelsen et Hart

26. Les grands représentants du positivisme juridique sont Hans Kelsen (1881-1973) et Herbert HART (1907-1992). Pour les positivistes, la source des droits de l'homme réside dans les lois adoptées par le système juridique et les sanctions y attachées. Il convient de distinguer fermement la loi telle qu'elle est et la loi telle qu'elle devrait être et c'est précisément le vice de la démarche jusnaturaliste que d'occulter cette distinction fondamentale. Le positivisme ne s'oppose pas nécessairement aux droits de l'homme, mais il réfute expressément leur caractère transcendantal et leur ancrage dans la nature : les positivistes refusent l'idée suivant laquelle il existerait une nature des choses dans laquelle le droit devrait trouver sa source⁵⁷.

27. Selon Hans Kelsen (1881-1973), l'auteur de la *Théorie pure du droit*, seul existe le droit positif, tel qu'il existe à un moment donné dans un lieu donné⁵⁸. Chez Kelsen, les personnes juridiques ne sont pas des êtres humains (mais bien des amalgames de droits, d'intérêts et de compétences conférées par la règle de droit) ni des sujets investis de droits innés (dès lors qu'il rejette toute pollution du juridique par le métaphysique)⁵⁹. Par contre, sa vision d'un « ordre juridique universel », le rejet de toute différence de nature entre droit international et droit interne et l'abolition corrélatrice de la séparation nette des sphères publique et privée sont beaucoup plus compatibles avec les droits de l'homme (la Cour européenne constituant même à cet égard un exemple topique)⁶⁰.

⁵³ *Ibid.*, p. 407 et s.

⁵⁴ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 213.

⁵⁵ G. TUSSEAU, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 418.

⁵⁶ A. GUILLOT, « John Stuart Mill, héritier et critique de Jérémy Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 2008 (<http://etudes-benthamiennes.revues.org/177>) ; Voy. aussi : M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights. Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006, pp. 63-113.

⁵⁷ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 209.

⁵⁸ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 157.

⁵⁹ F. RIGAUX, « Kelsen et le droit international », *Revue belge de droit international*, 1996, p. 390.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 390-391.

⁶¹ Le positivisme de Kelsen postule l'exclusion de toute référence au droit naturel et repose sur un système logique totalement et volontairement déconnecté de toute référence aux faits. Il prend là une position épistémologique différente de celle plébiscitée par ses contemporains qui introduisent volontiers dans leurs raisonnements juridiques

28. L'ambition d'Herbert HART (1907-1992) était de définir le droit, ce à quoi il s'est employé dans son ouvrage célèbre intitulé *Le concept de droit*. Selon lui, le droit doit en premier lieu être distingué de la morale et en second lieu être distingué de la sanction : le droit « résulte de la réunion d'une injonction de faire, dite règle primaire, et d'une certification de celle-ci par un processus autonome, dite règle secondaire » et est caractérisé par « la continuité, l'intériorité et la persistance ». Selon François VIANGALLI, « si l'on emprunte la définition de Hart pour soumettre à un “test de juridicité” les droits de l'homme contemporains », il apparaît que ceux-ci sont bel et bien du droit⁶².

2.3. Les tentatives de synthèse : Dworkin et Rawls

29. L'utilitarisme et le positivisme s'exposent eux-aussi à d'importantes critiques. D'un côté, la principale difficulté de l'approche utilitariste réside dans la « possibilité toujours présente de sacrifier un bien en vue d'un autre bien » et de conduire potentiellement à justifier par exemple la torture mobilisée pour sauver des vies⁶³. D'autre part, dès lors qu'il suppose obéissance à la loi positive même lorsque celle-ci est odieuse, le positivisme juridique procure une assise théorique à l'observation aveugle des lois antisémites nazies ou de celles instituant l'apartheid. Pour les jusnaturalistes, la loi inique ne doit pas être observée et ne mérite pas même qu'on la considère comme du droit⁶⁴. Au surplus, le positivisme juridique paraît incapable de dépasser le « paradoxe de la *grundnorm* » soit la difficulté à expliquer la légitimité de la norme constitutionnelle dès lors que, par hypothèse, celle-ci ne peut s'appuyer sur les règles formelles et d'élaboration des normes juridiques au sein d'un système qu'elle a précisément pour objet d'instituer⁶⁵.

S'ensuit une sorte de « renouveau naturaliste », à propos duquel certains évoquent un « effort de la raison pour découvrir le fondement objectif de la distinction entre le mal et le bien, le juste et l'injuste »⁶⁶ ou bien un « retour aux Grecs » fonctionnant notamment sur le rejet du positivisme kelsenien et qui aboutirait à un « jusnaturalisme rénové assujettissant le juridique à l'éthique »^{67,68,69}. Chez les néo-jusnaturalistes, l'on essaie d'identifier des valeurs « universelles et éternelles » et l'on s'accorde sur l'idée qu'est seul acceptable un système de droit positif qui repose sur ces valeurs. L'influence de KANT est omniprésente et les philosophes qui relèvent de cette école reprennent l'idée que la base de la loi morale est « l'individu en tant que sujet transcendantal capable d'une volonté autonome »⁷⁰.

Cependant, se développe progressivement aussi une conception suivant laquelle ni le jusnaturalisme ni le positivisme n'est en mesure de fonder à lui seul l'édifice du droit en général et celui des droits de l'homme en particulier. Il serait ainsi « aussi faux de [réduire le

« un zeste de sociologie ou de psychologie ainsi que, dans la sphère des rapports entre le droit international et le droit interne, de politique » (F. RIGAUX, « Kelsen et le droit international », *op. cit.*, p. 392).

⁶² F. VIANGALLI, « Les droits de l'homme sont-ils vraiment du droit ? L'essence des droits de l'homme : rêve ou réalité ? Du thomisme de Michel Villey au positivisme de H.L.A. Hart », *RDLF*, 2011, chron. N° 18 (www.revuedlf.com).

⁶³ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights*, *op. cit.*, p. 69 (traduction libre).

⁶⁴ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 209.

⁶⁵ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 337-342.

⁶⁶ A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, PUF, p. 7.

⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, *Vers une communauté de valeurs ?*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2011, p. 194.

⁶⁸ D. TERRÉ, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁶⁹ X. DIJON, *Droit naturel*, t. 1, Paris, PUF, 1998, pp. 39-41.

⁷⁰ J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 215.

Droit], comme on tend à le faire aujourd'hui à une "pure technique" vide de signification que de le rapporter, comme on le faisait hier, aux règles réputées immuables d'un supposé Droit naturel »⁷¹. En d'autres termes, « derrière les positions tranchées qui balisent le débat et retiennent l'attention, les retours du refoulé finissent toujours par se produire et les positions intermédiaires regagnent le terrain perdu »⁷². Ainsi, il existerait des alternatives au dilemme entre positivisme et jusnaturalisme, des doctrines juridiques contemporaines proposant d'échapper à la fois au relativisme exacerbé du positivisme de Kelsen et au déterminisme excessif du jusnaturalisme de Aristote.

2.3.1. Ronald Dworkin : une défense contre les « préférences externes »

30. La théorie développée par l'américain Ronald DWORKIN (1931-2013) dans son ouvrage *Taking rights seriously* constitue une tentative de réconciliation du jusnaturalisme et du positivisme mise en œuvre au départ d'un postulat de moralité politique suivant lequel « les gouvernements doivent traiter tous leurs citoyens avec la même préoccupation et le même respect »⁷³. Il propose en somme une critique du processus législatif démocratique lié à la circonstance que celui-ci fait émerger des majorités exprimant des préférences relatives à la conduite d'autrui. Il prend notamment l'exemple de l'homosexualité entre adultes consentants et relève qu'en la matière, d'une certaine façon, « les vues de la majorité comptent double, une fois, en ce qui concerne ses propres mœurs sexuelles et, une seconde fois, en ce qui concerne celles d'autrui »⁷⁴. Comme le relève Anthony CARTY, pour DWORKIN, « une théorie des droits n'a pas d'autre ambition que d'exclure cette double prise en compte ». En somme, « les droits sont relationnels, en ce sens qu'ils sont une défense contre les préférences externes, qui sont essentiellement des préjugés »⁷⁵.

2.3.2. John Rawls et Jürgen Habermas : « voile d'ignorance » et « rationalité procédurale »

31. Dans *A theory of justice*, John RAWLS (1921-2002), a quant à lui imaginé une « situation idéale » ou une « fiction méthodologique » dans laquelle les individus rechercheraient les principes d'organisation des institutions sociales en répartissant les avantages et les charges. Dans cette situation fictionnelle, les individus sont rationnels – au sens où chacun est capable d'identifier son bien et les moyens de l'atteindre – et égaux – dès lors qu'ils sont artificiellement placés derrière un « voile d'ignorance » qui occulte la place qu'ils occuperont dans la société résultant de l'accord qu'ils recherchent⁷⁶. Les travaux de RAWLS sont souvent rapprochés de ceux de Jürgen HABERMAS qui a élaboré une théorie des droits de l'homme fondée sur l'idée d'un « principe de discussion » suivant lequel « une norme pratique ne peut être tenue pour légitime que si elle est susceptible de recueillir le consensus de toutes les personnes intéressées au terme d'une discussion rationnelle »⁷⁷. Le sociologue Raymond BOUDON a pu les comparer en ces termes : « [HABERMAS] est encore plus minimaliste que

⁷¹ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, coll. Points Essais, Paris, Seuil, 2005, p. 31.

⁷² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 383.

⁷³ J.J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 226.

⁷⁴ A. CARTY, « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *Droit et Société*, 1986, p. 12.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁶ A. RENAUD, « Habermas ou Rawls ? », *op. cit.*, p. 132.

⁷⁷ P. GÉRARD, *L'esprit des droits*, *op. cit.*, p. 105. Voy. J. HABERMAS, « Notes programmatiques pour fonder en raison une éthique de la discussion », in *Morale et communication*, Paris, 1986, p. 186.

Rawls : sa rationalité est purement procédurale » et « à la différence de RAWLS, il ne cherche lui-même à déduire aucune règle des procédures qu'il recommande »⁷⁸.

2.3.3. Le « positivisme sociologique » de Léon Duguit : l'adéquation du droit aux mœurs

32. Le positivisme sociologique de Léon DUGUIT au sens duquel la norme trouve sa légitimité dans sa correspondance avec les aspirations de la conscience collective offre une autre alternative au dilemme entre jusnaturalisme et positivisme⁷⁹. Il se distancie des « postulats métaphysiques indémontrables » du jusnaturalisme et est compatible avec « les théories démocratiques » proches du positivisme juridique⁸¹. Le positivisme sociologique participe d'une forme de « logique du fait » ou de « libéralisme moral » au sens où il est postulé que de la conjonction des comportements individuels spontanés jaillira en quelque sorte un droit flexible correspondant à une société pluraliste et tolérante. Le positivisme sociologique se fonde sur le principe d'adéquation du droit aux mœurs : ces qualités sont, suivant le professeur Michel LEVINET, ce qui explique la faveur de la Cour pour cette approche⁸².

2.4. L'avènement des droits de l'homme au XXe siècle

2.4.1. L'« énergie de nos sociétés » et la nouvelle « lingua franca »

33. A l'essor du positivisme juridique qui a caractérisé le début du XXe siècle, a répondu après le second conflit mondial, un renouveau ou une renaissance du droit naturel qui nourrissait les déclarations américaines et françaises de 1776 et 1789. Après la barbarie du nazisme, l'Occident a réitéré dans les déclarations des droits ses « valeurs héritées du christianisme et filtrées par la philosophie des Lumières » en souhaitant « refonder une religion de l'Humanité susceptible de fédérer tous les peuples de la Terre »⁸³.

Le droit international des droits de l'homme est ainsi profondément imprégné du jusnaturalisme kantien. Il suffit à cet égard de se référer aux Préambules de la Charte des Nations-Unies, de la Déclaration universelle de 1948 et, surtout, des deux Pactes onusiens de 1966 pour prendre la mesure de l'intensité de l'ancrage des instruments internationaux de protection dans une conception « matricielle » de la dignité humaine⁸⁴. Ainsi, la pensée de KANT, construite sur la notion de dignité, « va être presque directement reprise par la théorie des droits de l'homme et le droit international des droits de l'homme »⁸⁵.

⁷⁸ R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 15.

⁷⁹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^e éd., A. Colin, 2009, p. 26.

⁸⁰ S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *R.I.E.J.*, 2011/2, pp. 69-93.

⁸¹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., pp. 19-20.

⁸² *Ibid.*, pp. 344-347.

⁸³ A. SUPLOT, *Homo Juridicus*, op. cit., p. 73.

⁸⁴ K. NERI, « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 58-59. Pour Philippe GÉRARD toutefois, la dignité ne peut pas offrir de fondement à l'entièreté de l'édifice des droits de l'homme. En citant RAWLS, il estime que la dignité « ne paraît pas pouvoir jouer le rôle de principe de départ : elle doit être elle-même justifiée et interprétée en fonction de principes d'ordre moral ou politique »⁸⁴. Ainsi, dans la philosophie kantienne, la dignité humaine repose elle-même sur une conception morale de l'humanité – d'inspiration chrétienne – incarnée par « la liberté comme autonomie rationnelle de la volonté » (P. GÉRARD, *L'esprit des droits*, op. cit., p. 94).

⁸⁵ K. NERI, « La notion de dignité humaine, op. cit., p. 56. Voy. aussi : A.I. MELDEN, « Dignity, Worth and rights », in *The Constitution of Rights : Human dignity and American Values*, (dir. M. J. MEYER & W.A. PARENT), Ithaca, Cornell University Press, 1992, p. 29.

Si les droits de l'homme sont formellement placés, depuis les Lumières, au fondement de l'Etat⁸⁶, leur affirmation universelle en 1948 et leur inscription subséquente au cœur des constitutions nationales, marque le point de départ d'une formidable montée en puissance. Ils apparaissent progressivement comme le mode d'expression principal des revendications sociales et politiques et le dénominateur commun aux ordres juridiques des démocraties contemporaines. Il est vrai que les droits de l'homme existaient déjà dans les sphères morale et politique, mais le double processus d'affirmation internationale et de consécration interne opère leur « juridicisation » effective⁸⁷ et les conduit à jouer le rôle non seulement de « trait d'union »⁸⁸ entre culture, politique et droit, mais également celui de « charnière »⁸⁹ entre ordres juridiques différents. Les droits s'imposeraient ainsi comme « la marque de la postmodernité » et « l'énergie de nos sociétés »⁹⁰. Sur le plan substantiel, ils constituent « l'étalon principal de l'action publique et la norme organisatrice de la conscience collective »⁹¹ tandis que, sur le plan formel, ils constitueraient une nouvelle « *lingua franca* » ayant vocation à devenir le véhicule d'un dialogue global⁹².

2.4.2. La « démocratie contre elle-même » ?

34. Marcel GAUCHET pointe que « le thème des droits de l'homme [s'est échappé] des cercles pensants et militants où il demeurerait malgré tout confiné, et poursuivre son ascension jusqu'à devenir la référence centrale et la pierre de touche quotidienne de nos sociétés » et que « les droits de l'homme sont effectivement devenus, par une imprévisible évolution de nos sociétés, la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique »⁹³.

Les discours référentiels liés à la tradition, au progrès, à la révolution, à la justice sociale, à la grandeur de la nation ou à l'efficacité de l'Etat sont tombés dans le discrédit et la place laissée vide, une sorte de « vacance cognitive et normative », a été comblée par les droits de l'homme. Ceux-ci « dénoncent l'insupportable et définissent le souhaitable sans disputes interminables sur ce qui meut l'histoire et sur ce que son cours annonce. Ils indiquent la direction sans vaines prétentions à savoir » et « cette évangélique simplicité n'est pas la moindre de leurs séductions »⁹⁴. Comment penser ce qui nous réunit et ce que nous avons à faire ensemble ? Comment se représenter pour le maîtriser dans la mesure du possible ce futur béant vers lequel

⁸⁶ Voy. l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » de même que le deuxième considérant de la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis : « That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed ». Voy. aussi : L. HUNT, *Inventing Human Rights*. op. cit., pp. 113-116, sp. 116.

⁸⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'Europe au service des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Politix*, vol. 23, 89/2010, p. 58.

⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, op. cit., p. 214.

⁸⁹ E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnière entre ordre et systèmes juridiques* (dir. E. DUBOUT et S. TOUZÉ), Paris, Pedone, 2009, pp. 11-35.

⁹⁰ C. DOUZINAS, « El fin(al) de los derechos humanos », *Anuario de derechos humanos nueva época*, vol. 7, t. 1, 2006, p. 310.

⁹¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, op. cit., p. 517.

⁹² J. RAZ, « Human Rights without Foundations », in *The Philosophy of International Law* (dir. S. BESSON et J. TASIIOULAS), Oxford, Oxford University Press, 2010 ; J. TASIIOULAS, « The Moral Reality of Human Rights », in *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor* (dir. T. POGGE), New York, Oxford University Press, 2007.

⁹³ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2003/3, pp. 259-260.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 269.

nous tendons de toute façon ? L'immense force des droits de l'homme est d'apporter une réponse efficace à ces deux inquiétudes qui taraudent la conscience collective⁹⁵

Ce mouvement qui consacre les droits de l'homme comme fondement de toute politique génère selon Marcel GAUCHET, une crise démocratique inédite, mettant précisément la démocratie en contradiction avec elle-même dans un mouvement qui peut « acheminer loin dans la démoralisation et le délitement »⁹⁶. Le problème n'est pas tant que les droits de l'homme « ne disent rien des raisons qui font que les choses sont ce qu'elles sont, pas plus qu'ils ne délivrent d'idées sur les moyens de les changer ». Le problème, c'est qu'en tant que croyance, ils tendent à disqualifier l'idée même de chercher des explications. Ainsi, « les droits de l'homme introduisent un substitut d'utopie futuriste dans le présent : la foi dans l'avenir est remplacée par l'indignation ou la culpabilité devant le fait qu'il ne soit pas déjà là »⁹⁷.

Cette idée des droits de l'homme comme « croyance » est relayée par Michel LEVINET pour qui « dans des sociétés démocratiques vouées à réinventer leur destin loin de leurs traditions, le droit est devenu la seule norme disponible. Là où les valeurs sont multiples, contradictoires ou absentes selon les cas, le juge tranche. De là vient qu'il apparaisse, dans une société désertée par la morale et la religion, le nouveau clerc de la religion des droits de l'homme »⁹⁸.

3. LES DROITS DE L'HOMME COMME INSTRUMENT DE RÉÉVALUATION ET/OU DE REFONDATION DU DROIT

35. Les déclarations des droits, souligne l'historienne Lynn HUNT, ont seulement constitué la première étape d'un processus qui continue aujourd'hui. Elles ont créé un « effet en cascade » et n'ont en quelque sorte « pas de fin » (« *there will be no end of it* »)⁹⁹. En fait, les textes qui proclament les droits de l'homme ouvrent de nouveaux débats : ils repoussent les frontières de l'imaginable, mettent en débat des questions auparavant impensables. En somme, ils redéfinissent « l'échelle du concevable ou du pensable »¹⁰⁰. Ce mouvement d'extension du domaine du discutable se produit à deux niveaux. Les droits de l'homme sont consacrés autant par des instruments internationaux que par les textes fondateurs des ordres juridiques nationaux. Le niveau international et interne entrent d'ailleurs en interaction, ils s'inspirent et s'influencent mutuellement et deviennent, selon le professeur Louis HENKIN, de plus en plus similaires¹⁰¹.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 269.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 261.

⁹⁷ Surviennent dans ce contexte, de nouvelles figures de l'interlocuteur : de nouveaux militants, de nouveaux journalistes, de nouveaux hommes politiques. Pour le militant, la nouvelle critique sociale ne saurait être trop radicale : en l'absence de la contrainte de formuler une proposition d'ensemble, « la considération isolée de chaque cause et son appréciation à la lumière de l'absolu du droit ouvrent une carrière sans limite à la surenchère démagogique ». Gauchet évoque ensuite la presse en soulignant qu'« action militante et répercussion médiatique se rejoignent dans le sensationnalisme de l'inacceptable et de l'unanimité du désirable ». Dans ce contexte, les médias deviennent le lieu même de « la réflexion publique » ou du « travail de la société sur elle-même ». Gauchet évoque à cet égard un « magistère de la conscience sans science » (M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme ... », *op. cit.*, pp. 275-277).

⁹⁸ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁹⁹ L. HUNT, *Inventing Human Rights*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 150 et s.

¹⁰¹ Selon HENKIN, « A half-century of human rights has been the cause, or the result, or both, of radical change in the international state system, in the character of international law, and in its relation to national constitutions and to the spread of "constitutionalism" ». Dans ce contexte, « the international law of human rights and national constitutional law inspire and influence each other and become increasingly similar » (L. HENKIN, « Human Rights and State "Sovereignty" », *GA. J. INT'L & COMP. L.*, 1995-1996, pp. 31 et 40).

Dans ce contexte, l'impact des droits de l'homme sur toutes les branches du droit a augmenté de manière spectaculaire au cours des dernières décennies¹⁰². Cette montée en puissance suscite certainement des appréciations contrastées, les uns dénonçant un risque de « décomposition » du droit, les autres insistant plutôt sur les potentialités « reconstructrices » des droits fondamentaux. Ainsi, d'un côté, comme le souligne Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, « la reconstruction du droit à partir des droits fondamentaux, sensible dans tous les domaines, a suscité de nombreuses critiques dans les milieux juridiques » qui tiendraient notamment à « l'abandon des valeurs d'avant-guerre » et à « l'éclatement du droit en une myriade de droits subjectifs »¹⁰³. D'un autre côté, soutient Dominique TERRÉ, si l'on se garde d'une vision univoque des droits de l'homme, au titre de laquelle ils constitueraient uniquement l'expression d'une idéologie individualiste libérale, il est possible d'apercevoir en eux certaines potentialités de recomposition du droit¹⁰⁴.

3.1. La constitutionnalisation du droit (et le principe de proportionnalité)

36. Les droits fondamentaux réaffirmés par la Déclaration universelle de 1948 sont consacrés par des constitutions nationales (au premier rang desquelles la Loi fondamentale allemande) afin que la volonté de la majorité ne puisse y porter atteinte. Rapidement, la généralisation du contrôle de constitutionnalité hisse les juges au premier rang des producteurs du droit¹⁰⁵. Ainsi les droits de l'homme mettent-ils progressivement – des deux côtés de l'Atlantique – le droit et le juge constitutionnel au premier plan. C'est au point que l'on évoque parfois un mouvement de « constitutionnalisation » du droit¹⁰⁶ qui ne manque évidemment pas d'induire un sentiment de « dépossession » chez les spécialistes des autres matières et notamment dans le chef des civilistes¹⁰⁷.

3.1.1. Le principe du contrôle de constitutionnalité : « le droit est plus que la loi »

37. La légitimité qu'ont les juges constitutionnels pour censurer l'œuvre du législateur a pu donner lieu et continue de donner lieu à de très importantes interrogations. Il n'empêche que s'est progressivement imposée l'idée que « le droit est plus que la loi » : il y a la loi, les pratiques de l'administration et la jurisprudence des juges, il y a la doctrine et, « au-delà de la loi » les droits de l'homme¹⁰⁸.

38. Ronald DWORKIN s'est intéressé à la légitimité de la Cour suprême des Etats-Unis qui a été vivement débattue dès les années 50 (notamment à l'occasion de l'arrêt *Brown v. Board of Education* du 17 mai 1954 interdisant la ségrégation raciale). Les hésitations relatives au pouvoir confié aux juges de Washington existent tant au sein du peuple américain que parmi les universitaires et elles prospèrent même au sein de la Cour suprême. Le clivage fondamental correspond à des conceptions différentes des exigences de la démocratie : ceux qui s'opposent

¹⁰² T. LOENEN, « Family Law Issues in a Multicultural Setting : Abolishing or Reaffirming Sex as a Legally Relevant Category. A human Rights Approach », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2002, p. 426.

¹⁰³ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », in *Droit et légitimité*, coll. Droit et justice, n° 96, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 86 et s.

¹⁰⁴ Le droit de la Convention ferait « éclater le droit actuel, laissant apparaître, peut-être, pour l'avenir, une nouvelle cohérence » (D. TERRÉ, *op. cit.*, p. 97).

¹⁰⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'Europe au service des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁶ D. TERRÉ, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁷ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 86 et s.

¹⁰⁸ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p. 89.

au contrôle de constitutionnalité dénoncent son caractère non-démocratique, tandis que ses partisans mettent en exergue le fait qu'il serait précisément la condition nécessaire de la démocratie¹⁰⁹. DWORKIN se rallie à la seconde position : à défaut de traiter tous les citoyens comme des égaux et de respecter leurs libertés fondamentales et leur dignité il ne peut exister de véritable démocratie parce que la majorité n'a pas de titre moral légitime (« legitimate moral title »)¹¹⁰.

39. En Europe, l'importance attachée au principe de la séparation des pouvoirs, théorisé par MONTESQUIEU dans *L'esprit des lois*, fait durablement obstacle à l'« empiètement » du judiciaire sur le législatif¹¹¹. Benjamin CONSTANT (1767-1830) aurait, le premier, mis en question le légicentrisme rousseauiste hérité de la Révolution française. En quelque sorte, la garantie de l'autonomie individuelle qui s'incarne dans les garanties constitutionnelles est l'indispensable complément de l'autonomie collective qui sous-tend la souveraineté populaire. Longtemps après les américains, les Etats européens ont (presque) tous organisé un contrôle de la constitutionnalité de leurs lois¹¹². Au lendemain de la seconde guerre mondiale, advient donc une nouvelle théorie de l'Etat de droit qui se trouverait « soumis dans tous les domaines au respect de “droits fondamentaux” solennellement proclamés en tête des nouvelles Constitutions nationales selon des formulations diverses »¹¹³.

40. Il semble aujourd'hui que le principe-même du contrôle de constitutionnalité des lois ne soit plus sérieusement remis en question. Comme le note Marc VERDUSSEN, l'effectivité du « new constitutionalism » n'est pas sérieusement contestable¹¹⁴. Le débat s'est alors déplacé sur le terrain des limites de ce contrôle. Les mécanismes de contrôle constitutionnel apparaissent à cet égard fort différents les uns des autres entre le modèle très « complet » retenu par la *Grundgesetz* allemande de 1949 et le modèle plus « réticent » incarné par le Conseil constitutionnel français¹¹⁵. Pareil « impérialisme du droit constitutionnel »¹¹⁶ ou semblable « constitutionnalisation de toutes les branches du droit »¹¹⁷ induit évidemment une réduction de la souveraineté du législateur¹¹⁸ délesté, dans une certaine mesure, de son traditionnel *imperium*, lequel était pourtant considéré comme l'axiome fondamental du système juridique¹¹⁹.

3.1.2. Les méthodes d'interprétation des textes constitutionnels : « des idéaux moraux à réinterpréter par chaque génération »

41. Le passage au premier plan du droit constitutionnel impliquait nécessairement une réflexion de type herméneutique sur la manière dont le juge constitutionnel peut contrôler, à l'aune des idéaux abstraits garantis par la Constitution, la légitimité des lois soumises à sa censure. Traditionnellement, en effet, l'interprétation juridique est dite « déclarative » de sens et

¹⁰⁹ R. DWORKIN, *Life's Dominion : an argument about abortion and euthanasia*, London, Harper Collins, 1993, pp. 121-124.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 123-124.

¹¹¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1188.

¹¹² M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, pp. 11-13. Cet auteur évoque à cet égard un « renouveau du constitutionnalisme » ou, en citant STONE SWEET, un « new constitutionalism » (A. STONE SWEET, *Governing with judges – Constitutional politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 37).

¹¹³ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1188.

¹¹⁴ M. VERDUSSEN, *Les douze juges. op. cit.*, pp. 11-13.

¹¹⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1189.

¹¹⁶ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 86 et s.

¹¹⁷ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 744.

¹¹⁸ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 419-420.

¹¹⁹ L. HENKIN, « Human Rights and State “Sovereignty” », *op. cit.*, pp. 31-33).

non « constitutive » de sens : il s'agit de « dégager du texte le sens qu'y a imprimé son auteur, le législateur », sans rien y ajouter ni rien en retirer, en sorte que le rôle de l'interprète est limité¹²⁰. Cette approche classique de l'interprétation paraissait peu adéquate pour caractériser la mission confiée au juge constitutionnel, au regard de l'écart évident à combler, pour la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité, entre la norme de contrôle et l'objet contrôlé.

Selon OST et VAN DE KERCHOVE, toutefois, la perspective théorique n'avait en réalité jamais rendu la pleine mesure du phénomène interprétatif. Ainsi, dès lors que ce qui est évident ne doit pas être arbitré, l'interprète ajoute nécessairement quelque chose, raison pour laquelle l'interprétation de la loi est confiée aux juges (aux « prudents ») dont on attend une sagesse nécessaire à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais à préserver de l'arbitraire¹²¹. En somme, le modèle traditionnel de l'interprétation apparaît « aussi impraticable juridiquement qu'il est contestable au plan philosophique ». D'un côté, sur le plan juridique, il apparaît que l'intention du législateur est généralement fictive et peu homogène étant entendu que par ailleurs il n'a pas envisagé toutes les possibilités. De l'autre, « au plan philosophique, on ne s'accommode plus du caractère monologique et a priori prêté au sens de la loi ». Il y aurait donc à tout le moins « codétermination » de la règle par son auteur et son interprète et « surdétermination » par « les principes généraux auxquels adhère la communauté des interprètes »¹²².

Dans le contexte de cette vision « rénovée », l'interprétation est « un pari sur le sens »¹²³ et le texte interprété un « texte mort à revitaliser » ou encore un « “palimpseste” chargé de signification ». En somme, concluent OST et VAN DE KERCHOVE, l'interprétation juridique n'est « ni simple répétition ... ni libre invention »¹²⁴. Cette manière moderne de penser l'interprétation juridique offre un cadre beaucoup plus satisfaisant pour appréhender l'office du juge auquel on confie la garde des idéaux constitutionnels. Elle peut se décliner dans différents modèles et notamment dans la conception du droit comme un « roman en chaîne » ou comme « rhapsodie ».

3.1.2.1. La « chaîne du droit »

42. Chez Ronald DWORKIN, la Constitution est « une déclaration d'idéaux moraux abstraits que chaque génération doit interpréter pour elle-même »¹²⁵ tandis que, plus généralement, les déclarations de droits de l'homme n'ont pas vocation à définir les droits de l'homme en détail mais bien plutôt à désigner des « zones sensibles » dans lesquelles les pratiques d'une nation sont susceptibles de violer les droits humains fondamentaux¹²⁶.

Dans ce contexte, tant la Constitution que les autres déclarations des droits sont des textes qui invitent à l'interprétation. Or, s'il n'est pas possible d'entrer en contact avec la « vérité morale », il est par contre possible « de penser bien ou mal à propos des problèmes moraux »¹²⁷. L'enjeu précis de l'interprétation des textes qui garantissent les droits de l'individu est alors de « penser bien » les questions morales au moyen de « concepts interprétatifs » qui doivent être « articulés les uns aux autres »¹²⁸. L'interprétation des déclarations de droits par les générations

¹²⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, op. cit., pp. 386-390.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 386-390.

¹²² *Ibid.*, pp. 386-390.

¹²³ *Ibid.*, p. 393.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 395. Voy. aussi en ce sens : C. L'HEUREUX-DUBÉ « Droit de la famille à l'aube du 20e siècle : la marche vers l'égalité », *R.D.U.S.*, 1997-1998, p. 10.

¹²⁵ R. DWORKIN, *Life's Dominion*, op. cit., p. 111 (traduction libre).

¹²⁶ R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, op. cit., pp. 337-338.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

qui se succèdent se compare, dans cette perspective, à l'écriture d'un roman « en chaîne » où l'on doit poursuivre l'histoire commencée par un autre en maintenant la cohérence mais avec la liberté d'y apporter sa touche personnelle¹²⁹.

Selon OST et VAN DE KERCHOVE, le modèle de DWORKIN prête le flanc à la critique, notamment en ce qu'il renvoie à un certain monopole du juge dont les capacités « herculéennes » sont surévaluées et ne tient pas suffisamment compte du pluralisme d'une société conçue d'une manière trop idéaliste comme un « auditoire universel »¹³⁰.

3.1.2.2. L'« écriture rhapsodique »

43. Massimo VOGLIOTTI propose un autre modèle dans le cadre duquel l'interprétation ne se conçoit pas comme un « roman en chaîne » mais comme une rhapsodie, une mélodie de base constamment interprétée et réinterprétée par une multitude de musiciens¹³¹.

La différence avec la perspective de DWORKIN est de taille, car la pluralité de commentateurs n'intervient ici plus successivement, mais simultanément. Une telle approche permet, suivant OST ET VAN DE KERCHOVE, de réinsérer « la démarche interprétative dans une pratique argumentative ». En effet, « loin de résulter de la seule intuition du magistrat, la solution découle de l'échange réglé d'arguments sous l'égide des principes du contradictoire, du respect des droits de la défense et de publicité ». Ils exposent que les solutions sont dégagées dans le cadre d'un débat permanent dont, par exemple, les opinions dissidentes à la Cour européenne des droits de l'homme, sont une illustration. Ce « débat virtuellement interminable » correspond à l'idée que « la recherche de la meilleure justification est dialogique ; elle suppose la pratique coopérative de la discussion ». Pour que la meilleure solution soit atteinte, il faut une « situation idéale de parole » dont les règles de procédure sont « une approximation estimable »¹³².

3.2. L'internationalisation de la garantie des droits de l'homme (et le principe de subsidiarité)

44. Les droits fondamentaux sont aussi consacrés dans des instruments internationaux universels (tels que les deux pactes de Nations-Unies) et régionaux (tels que la Convention européenne) dotés de mécanismes de contrôle de plus en plus efficaces, même si à ce stade, certains Etats importants se maintiennent en dehors de ces systèmes internationaux de protection. En somme, alors que l'individu était apparu comme une donnée pertinente au niveau étatique à la fin du XVIIIe siècle, il apparaît sur la scène internationale au milieu du XXe au côté des Etats qui en occupaient auparavant tout l'espace¹³³. En réaction à l'inconcevable cortège d'atrocités qui a marqué le XXe siècle, l'on donc a progressivement vu émerger en droit international la « moralité des droits de l'homme »¹³⁴ voire même un « ordre constitutionnel international »¹³⁵. S'ensuit une sorte de constitutionnalisme à plusieurs niveaux, encore que cette idée de niveaux soit elle-même remise en question par l'avènement d'un droit global, qui

¹²⁹ R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *op. cit.*, p. 51 et s.

¹³⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 429.

¹³¹ M. VOGLIOTTI, « La "rhapsodie" : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2001, p. 156 et s.

¹³² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 429.

¹³³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'Europe au service des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 58.

¹³⁴ M. J. PERRY, « The morality of human rights ... », *op. cit.*, p. 100.

¹³⁵ E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 611-632.

est davantage caractérisé par la multipolarité anarchique que par une structure véritablement hiérarchique.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, les Etats européens décident donc de « construire l'avenir ensemble » : d'une part un « avenir économique » incarné dans la Communauté européenne et d'autre part un « avenir éthique » expressément « fondé sur la garantie collective des droits de l'homme » par la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁶. Dans ce contexte, le juge strasbourgeois des droits de l'homme s'impose progressivement en juge constitutionnel de l'ordre juridique que constitue le conseil de l'Europe¹³⁷. Le système de protection mis en place par la Convention induit de nouvelles relations entre individus et Etat (qui sont désormais placés sur un pied d'égalité) et de nouvelles relations entre l'Etat et le droit (c'est la fin de l'approche diplomatique : la Convention ne crée pas des droits subjectifs au profit des Etats, mais du droit objectif correspondant à un ordre public européen)¹³⁸. Suivant Patrick DE FONTBRESSIN, la Convention européenne des droits de l'homme jouit d'un « effet transcendantal » qui constitue un remède envisageable « au vide idéologique convergeant du monde “capitaliste” et de l'ex-bloc communiste »¹³⁹.

Si la montée en puissance du juge constitutionnel interne fait débat il se conçoit qu'*a fortiori* l'émergence d'ordres juridiques internationaux aux seins desquels des juridictions exercent semblable fonctions constitutionnelles est de nature à susciter des réticences considérables.

3.2.1. Le principe du contrôle de conventionnalité

45. Suivant de nombreux auteurs, la légitimité de la Cour européenne continue de poser question. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN note ainsi que « la principale source de difficultés » dans les pays européens réside dans « la superposition aux Constitutions et aux Cours nationales d'instruments juridiques et d'organes juridictionnels supranationaux hétérogènes et non hiérarchisés qui régissent et contrôlent les Etats européens en matière de droits et libertés fondamentaux »¹⁴⁰. Jean-Louis RENCHON explique quant à lui qu'à l'origine, la mission de la Cour européenne se comprenait dans le contexte de la séparation des pouvoirs : les juges européens avaient un « pouvoir essentiel mais circonscrit de constater et condamner les violations des droits de l'homme tels que ceux-ci étaient ou seraient configurés par les Etats parties ». Cependant, dès lors que « la Cour européenne des droits de l'homme s'estime investie d'un pouvoir politique et quasi-législatif consistant à déterminer elle-même les nouvelles configurations qui peuvent ou doivent être données à certains droits fondamentaux », il devient difficile de concilier ce pouvoir avec le principe démocratique¹⁴¹. De même selon Michel LEVINET, cette question de la légitimité d'un droit de la Convention « issu d'une activité prétorienne dépourvue de lien avec une puissance souveraine, un peuple européen et une authentique constitution européenne » implique une remise en question de « la légitimité de la promotion spectaculaire de l'office du juge des droits et libertés qui s'inscrit dans un

¹³⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, *Le relatif et l'universel*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2004, p. 45. Voy. aussi : M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993, p. 165.

¹³⁷ A. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 504.

¹³⁸ P. DE FONTBRESSIN, « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 249.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1189.

¹⁴¹ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 160.

mouvement profond de la culture juridique des démocraties modernes et oblige à repenser la compatibilité du pouvoir prétorien et de la théorie démocratique »¹⁴². Tous les ordres juridiques nationaux ne font d'ailleurs à ce stade pas la même place à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (un rapport élaboré au sein de l'Université d'Oxford a établi à cet égard une gradation de l'impact de la jurisprudence de la Cour sur les différents Etats européens depuis « *none* » jusqu'à « *binding* »¹⁴³).

46. Pour George LETSAS, « un climat d'hostilité à l'égard de la créativité jurisprudentielle entoure le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme ». Selon lui, nombreux sont ceux qui ont des difficultés à admettre qu'une juridiction internationale prenne des décisions qui empêchent les gouvernements nationaux de décider sur des questions sensibles. En outre, les « avocats passionnés de la démocratie » expriment des réserves par rapport aux juges qui ne sont pas élus et ne sont responsables devant personne. Enfin, les « sceptiques » critiquent également l'œuvre de la Cour dès lors que « si les droits de l'homme n'ont pas de valeur morale objective, alors la CEDH exerce simplement un pouvoir d'imposer les préférences subjectives d'un petit groupe de personnes habillées d'une robe noire »¹⁴⁴. Ainsi, comme le relève Mireille DELMAS-MARTY, « alors qu'une partie de la doctrine reconnaît les transformations profondes des processus de création normative, les nostalgiques ont beau jeu de dénoncer les approximations, inexactitudes, incohérences et absurdités écrites par leurs prédécesseurs ou leurs collègues »¹⁴⁵. Suivant une formule proposée par Steven GREER, « there is no objectively "correct" answer to be found, equally competent judges can reasonably disagree »¹⁴⁶.

47. Au plan de la légitimité substantielle de la Cour, Caroline PICHERAL relève que la Convention n'est pas un faisceau d'engagements étatiques réciproques. Il s'agit d'une « formalisation d'un patrimoine commun d'idéaux et de valeurs »¹⁴⁷. Elle renvoie alors à B. DE LAMY qui écrit que la légitimité de la Cour est ancrée dans sa mission de gardien d'une « norme supérieure juridique et éthique ressentie comme fondamentale dans l'espace européen »¹⁴⁸. L'article 32 dispose en effet expressément que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles ». Toutefois, pour autant que l'on persiste dans une conception suivant laquelle l'interprétation juridictionnelle ne s'identifie pas nécessairement à la création prétorienne de droit, l'article 32 n'est pas susceptible de justifier seul l'attitude juridictionnelle de la Cour. Il convient, à tout le moins, signale Caroline PICHERAL, de le conjuguer au contenu du Préambule¹⁴⁹. Le positivisme

¹⁴² M. LEVINET, « La Convention européenne des droits de l'homme : socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, p. 262.

¹⁴³ OXFORD PRO BONO PUBLICO, « Submission to the Commission on a Bill of Rights, Reconciling domestic superior courts with the ECHR and the ECtHR : A Comparative Perspective », 24th november 2011, (<http://denning.law.ox.ac.uk>). Dans le même temps, la réception parfois différenciée du droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans les Etats membres dépend aussi de la vitesse à laquelle changent, dans les différents ordres juridiques, les perceptions relatives au droit international. Ainsi, alors qu'en Italie, une conception dualiste du droit international empêche la pleine pénétration de la discipline du droit des droits de l'homme dans le paysage scientifique non internationaliste, en France, la doctrine est « généralement réceptive à l'idée que le droit européen des droits de l'homme constituerait quelque chose comme un "ordre public européen" » (S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'Europe au service des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 77).

¹⁴⁴ G. LETSAS, « The Truth in Autonomous Concepts : How to Interpret the ECHR », *European Journal of International Law*, 2004, pp. 279-280.

¹⁴⁵ M. DELMAS-MARTY *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁴⁶ S. GREER, « "Balancing" and the European Court of Human Rights : a Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *The Cambridge Law Journal*, 2004, p. 422.

¹⁴⁷ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », in *Droit et légitimité*, coll. Droit et justice, n° 96, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 124 et s.

¹⁴⁸ B. DE LAMY, « La légitimité du juge européen des droits de l'homme », in *La légitimité des juges* (dir. J. Krynen et J. Raibaut, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse, 2004, pp. 161-170.

¹⁴⁹ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, pp. 118-124.

juridique ne peut donc pas seul légitimer l'action de la Cour européenne¹⁵⁰. Pour Alexandre KISS, la Convention européenne a institué un ordre juridique autonome. « Les critères de ce concept sont présents : conjonction de l'éthique et du pouvoir, exprimée par l'idéal d'une société démocratique basée sur une norme fondamentale, le respect de la personne humaine »¹⁵¹.

48. Au plan de la légitimité formelle, le texte prévoit notamment des modalités de désignation des juges qui assurent de leur compétence (art. 21) et de leur indépendance (art. 22). La Convention veille aussi à la représentativité de la Cour dès lors que l'article 20 prévoit qu'il y a autant de juges que d'Etats parties et que le règlement de la Cour prévoit diverses règles y contribuant également (représentativité géographique des formations de jugement et participation de plein droit du juge national). Caroline PICHERAL pointe cependant différents éléments du système strasbourgeois qui alimentent à juste titre certaines critiques qui affaiblissent la « légitimité institutionnelle » de la Cour (opacité de la désignation interne des candidats, juge *ad hoc*, participation du juge national et du président de chambre à la formation de grande chambre)¹⁵². Julie ALLARD et Antoine GARAPON ont examiné les différentes sources auxquelles les juges internationaux peuvent chercher à puiser leur légitimité et pointent notamment la « représentativité » de la juridiction considérée ou « le prestige ou la réputation »¹⁵³.

49. Quoi qu'il en soit, la crainte que le juge européen des droits de l'homme s'érige en législateur supranational au mépris des prérogatives appartenant aux parlements nationaux démocratiquement élus ressurgit constamment, y compris au sein de la Cour. Ainsi le juge portugais Pinto de Albuquerque a-t-il pu affirmer en marge de l'arrêt de grande chambre *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 que :

[...] La Grande Chambre de la Cour n'aurait pas dû examiner l'affaire au fond, ce qu'elle a fait en se comportant comme une cour constitutionnelle européenne jouant le rôle d'un « législateur positif » à la demande directe des personnes concernées. Hans Kelsen lui-même, l'architecte du système de contrôle juridictionnel constitutionnel concentré, n'aurait pas rêvé qu'un tel pas puisse être un jour franchi en Europe.

Cette défiance à l'égard du juge européen des droits de l'homme tient notamment à la circonstance que nonobstant le caractère supranational de sa position, il s'autorise des méthodes d'interprétation particulièrement novatrices qui permettent la mise en œuvre d'une véritable « politique jurisprudentielle »¹⁵⁴.

3.2.2. Les méthodes d'interprétation de la Convention

50. Pour interpréter la Convention, la Cour recourt certainement à des méthodes classiques visées par la Convention de Vienne (interprétation textuelle, à la lumière des travaux préparatoires ou de l'objet et du but du Traité) ou bien inhérentes à toute interprétation juridique (compatibilité de l'interprétation avec la logique d'ensemble de la Convention et rejet des

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 128.

¹⁵¹ A. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 504.

¹⁵² C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, pp. 118-124.

¹⁵³ A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, coll. La république des idées, Paris, Seuil, 2005, pp. 72-76.

¹⁵⁴ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 383 et s.

interprétations conduisant à un résultat déraisonnable). Elle a au surplus mis au point des « méthodes particulières » qui lui sont propres et font la singularité de son office¹⁵⁵.

51. Dans ce contexte, l'interprétation téléologique est certainement la figure dominante de l'herméneutique strasbourgeoise. Les objectifs (les « buts ») à prendre en considération sont la garantie de droits concrets et effectifs, l'équilibre entre les droits individuels et les intérêts de l'Etat et la référence à la démocratie (*Airey*)¹⁵⁶. En premier lieu, l'interprétation téléologique répondrait au souci d'effectivité et aurait induit le déploiement de « valeurs transversales à l'ensemble des droits » et l'interprétation finaliste ne serait alors qu'« un moule dans lequel chaque juge va pouvoir inscrire sa propre vision des buts de la Convention et des moyens de l'atteindre »¹⁵⁷. En second lieu, l'interprétation téléologique serait liée à la démarche d'indexation des droits. « L'interprétation téléologique [ne serait] alors que la façade d'une interprétation que l'on pourrait qualifier de “sociologique” » et la subjectivité ne serait plus alors celle des juges, mais celle de l'opinion publique¹⁵⁸. L'interprétation de la Convention à la lumière de son objet ou de ses buts se décline notamment dans les deux importantes directives que constituent, d'une part, l'interprétation « évolutive » et, d'autre part, l'interprétation « autonome ».

52. Ainsi, en premier lieu, les buts de la Convention sont appréhendés d'une manière non pas « statique » mais bien « dynamique » (*Tyrer* et *Marckx*) en sorte que les exigences de la Convention telles qu'elles sont interprétées par la Cour sont susceptibles d'évoluer (moyennant une limitation des effets rétroactifs des arrêts de la Cour)¹⁵⁹. Ainsi la Convention est-elle un « instrument vivant » qui s'interprète « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » et la Cour s'accorde-t-elle le droit de faire évoluer sa jurisprudence (*Cossey*) au regard des changements qui affectent les mœurs et les mentalités et des progrès techniques et médicaux qui interviennent¹⁶⁰. Cette dimension « évolutive » ou « dynamique » s'accorde bien à l'idée que « les droits de l'homme se présentent non plus comme le reflet figé des traits supposés essentiels de l'être humain, mais comme un processus auto-reproductif, au cours duquel ils sont constamment interprétés et réinterprétés, contestés et transformés par une myriade d'acteurs évoluant dans des contextes multiples »¹⁶¹.

53. Une autre figure majeure de l'interprétation de la Convention par la Cour réside dans l'interprétation « autonome » de la Convention. Ainsi la Cour est-elle en mesure de conférer aux termes de différente nature que renferme la Convention un sens *sui generis* qui n'est pas assujéti à celui qui y est conféré par les autorités internes des Etats parties à la Convention. Si les controverses à cet égard ont surtout porté sur le sens à donner par le juge européen à certaines notions proprement juridiques comme celle d'« affaire civile » ou de « tribunal indépendant et impartial »¹⁶², il n'empêche que la détermination de la signification conventionnelle de certains termes issus du langage courant – par exemple la « vie privée » ou la « vie familiale » – ont pu donner lieu eux aussi à de vifs débats. Ainsi le juge FITZMAURICE avait-il notamment pu affirmer, dans son opinion dissidente à l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13

¹⁵⁵ F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre », in *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit* (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 321-322.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 295-296.

¹⁵⁷ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique ... », *op. cit.*, p. 396 et s).

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 400 et s.

¹⁵⁹ F. OST, « Les directives d'interprétation ... », *op. cit.*, pp. 295-296.

¹⁶⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 54-58.

¹⁶¹ F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *R.I.E.J.*, 2004, pp. 4-5.

¹⁶² F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 25-30.

juin 1979 que « la présente affaire ne se rapporte en aucune façon à la “vie” familiale au sens habituel de ce terme. Elle a essentiellement pour objet une question de filiation, et c’est cette question, et non la vie familiale, qui lui donne son véritable caractère ».

54. On comprend immédiatement qu’une telle approche de l’interprétation qui n’est évidemment pas sans rappeler les métaphores du « roman en chaîne » ou de la « rhapsodie » que nous avons évoquées confère au juge européen des droits de l’homme un pouvoir considérable qui peut à certains égards être effrayant. Ainsi l’interprétation téléologique, évolutive et autonome du texte de la Convention de Rome fait-elle poindre le risque de l’imposition par la CEDH d’une « vérité morale » déterminée en dernière instance par la subjectivité des juges composant la Cour¹⁶³.

La première jurisprudence de la Cour a toutefois manifesté une grande retenue tandis que parallèlement, les acteurs du « monde de la Convention » se lançaient dans une vaste opération d’explication et de promotion du système européen de protection des droits de l’homme. Au cœur de cette démarche gisait notamment la volonté de développer le droit international des droits de l’homme en tant que « science » plutôt qu’en tant que « politique »¹⁶⁴. Aujourd’hui, si ce « monde de la Convention » contribue encore largement à la production scientifique relative à au droit de la CEDH, le « monopole » qui pouvait initialement exister s’est progressivement émoussé, à mesure que croissait l’intérêt des milieux académiques pour le droit de la Convention européenne des droits de l’homme¹⁶⁵.

Ainsi Steven GREER, éminent spécialiste de la Convention, remarque-t-il que « sans une approche plus structurée de l’interprétation, les questions constitutionnelles au cœur de la Convention – ce que signifie un droit conventionnel y compris dans ses relations avec d’autres droits et intérêts (la “question normative”), quelles institutions (judiciaires ou pas, nationales ou européennes) devraient être responsables de fournir les réponses (la “question institutionnelle”) et suivant quelle méthode d’adjudication la question normative devrait-elle être résolue (the “adjudicative question”) – resteront elles-mêmes non résolues »¹⁶⁶.

Cet écueil peut être évité par le souci de développer une « politique jurisprudentielle » tendant « à tracer des lignes de force dans le recours à l’interprétation téléologique » et à insuffler « une

¹⁶³ Plus rarement, explique Edouard DUBOUT, l’interprétation téléologique peut être mobilisée de manière restrictive, qu’il s’agisse de retrouver la volonté originelle des Etats contractants (il prend ici l’exemple de *Johnston* et du droit au divorce) ou d’interpréter une disposition dans le contexte spécifique du « système conventionnel » (il prend ici l’exemple de l’arrêt *Pretty* et du droit au suicide) (E. DUBOUT, « Interprétation téléologique ... », *op. cit.*, pp. 393-394).

¹⁶⁴ Les *insiders* de la Cour poursuivent cette mission avec efficacité en raison de leurs fonctions antérieures ou annexes dans le monde académique, politique et/ou diplomatique tandis que « du fait de l’objet de la Convention... [ils] ont, dans leur immense majorité, conçu, tout au moins les premières années, leur travail comme une véritable mission au service de l’homme, ce qui les a souvent rapprochés des militants des droits de l’homme ». En outre, suivant Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « les premières publications consacrées par Marc-André Eissen à la CEDH sont emblématiques de cet effort. Celui qui travaille au Conseil de l’Europe depuis 1954 après avoir été fortement impliqué dans le mouvement fédéraliste universitaire (il aura été secrétaire général de l’Union fédéraliste universitaire) et deviendra une des figures clés des organes de Strasbourg (il quitte la DDH en 1964 pour le greffe de la Cour, dont il prendra la tête en 1968, pour 26 ans !) publie tôt et en quantité, aussi bien dans le *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* qu’à la *Buffalo Law Review*, dans le *British Yearbook of International Law* comme au *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, à la *Revue hellénique de droit européen* et à la *Rivista di Diritto Internazionale* ou encore dans le *Bulletin de l’institut luxembourgeois des droits de l’homme...* » (S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L’Europe au service des droits de l’homme ... », *op. cit.*, pp. 62-63 et 67). Voy. aussi : K. VASAK, « Les artisans et les acteurs de la Convention européenne des droits de l’homme d’hier à demain », in, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, 50 anni d’esperienza : gli attori e i protagonisti della Convenzione* (dir. C. ZANGHI), Torino, Giapichelli, 2002, p. 11 et s.

¹⁶⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L’Europe au service des droits de l’homme ... », *op. cit.*, pp. 71-73.

¹⁶⁶ S. GREER, « “Balancing” and the European Court ... », *op. cit.*, p. 417 (traduction libre).

certaine rationalité dans l'utilisation [du] pouvoir juridictionnel »¹⁶⁷. L'on retrouve chez de nombreux auteurs, cette conviction que la Cour pourrait trouver un supplément de légitimité dans la qualité et la rigueur de la motivation de ses arrêts¹⁶⁸.

Comme l'explique Caroline PICHERAL, la spécificité de l'office du juge européen des droits de l'homme est d'œuvrer à l'édification d'un « ordre public européen des droits de l'homme » dont l'idée est « le fondement conceptuel d'un contrôle supranational exercé au nom et au regard de valeurs dont le caractère commun constitue à la fois la base symbolique et l'horizon de la Convention »¹⁶⁹.

¹⁶⁷ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 404.

¹⁶⁸ Caroline PICHERAL évoque l'idée que les motivations des décisions de la Cour pourraient « par leur qualité et leur rigueur » accroître l'autorité du juge européen. A cet égard toutefois, l'auteur aboutit à la conclusion que « force est [...] d'avouer qu'entre les raffinements de la casuistique et le vertige des extensions par analogie, la démonstration n'emporte pas toujours une pleine et entière adhésion » (C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, pp. 142 et 144). Frédéric SUDRE déplore quant à lui un relatif manque de rigueur de la Cour s'agissant de la base juridique de ses décisions en évoquant l'exemple de l'autonomie personnelle qui se décline en « développement personnel », « épanouissement personnel » et « autodétermination personnelle ». Suivant cet auteur : « réécriture de la Convention et rigueur de la motivation devraient aller de pair » (F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 600-601).

¹⁶⁹ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 128.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT DE LA CONVENTION COMME DYNAMIQUE DÉSTRUCTURANTE

INTRODUCTION

55. Nous avons choisi d'entamer cette étude par un retour analytique sur la méthode d'adjudication mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme. L'objet précis de cette première partie est de nous armer d'un « modèle » ou d'un « schéma » de compréhension de l'opération du système européen de protection des droits de l'homme. Le droit strasbourgeois des droits de l'homme est un « corps étranger » qui pénètre le droit interne et en déstabilise tout à la fois les valeurs et les méthodes. Pour comprendre vraiment l'impact de la jurisprudence de la Cour sur les droits internes de la personne et de la famille, il convient d'abord de se doter d'une compréhension solide des concepts et des techniques qui président au contrôle de conventionnalité.

LA SINGULARITÉ DU DROIT DES DROITS DE L'HOMME : UN « CORPS ÉTRANGERS »

56. Les droits de l'homme apparaissent comme un instrument de réévaluation et de reconstruction du droit au sens où ils contribuent à redéfinir le contenu du droit et les modalités de la production du droit. Les critiques dont ils font l'objet se répartissent d'ailleurs en deux groupes : d'un côté, celles qui reprochent aux droits de l'homme le renversement d'un certain nombre de principes bien ancrés dans la dogmatique juridique (1) ; de l'autre, celles qui lui reprochent ses manières désordonnées et son manque d'égard pour la volonté de cohérence et de structure qui caractérise *a priori* la production des normes de droit interne (2)¹⁷⁰.

1/ En premier lieu, le droit des droits de l'homme est un « corps étranger » qui a renversé le rapport traditionnel de l'individu à l'Etat ou inversé le rapport des finalités individuelles aux finalités collectives. Dans ce cadre, le droit de personne et de la famille ne se conçoit plus

¹⁷⁰ Selon Frédéric SUDRE, le désarroi de l'europaniste face aux incertitudes du droit au respect de la vie familiale trouverait un écho dans le désarroi du juriste de droit interne face à la crise du droit de la famille. L'auteur estime pertinente la critique suivant laquelle les droits de l'homme sont l'une des causes de la crise du droit de la famille dès lors que leur inspiration individualiste est *a priori* en dissonance avec la dimension collective de l'organisation familiale. Or les méthodes d'interprétation de la Convention et en particulier la mise en œuvre de ces méthodes en droit de la famille constituent le cœur des critiques adressées à la Cour par ceux qui estiment qu'elle porte une part de responsabilité dans la crise du droit de la famille (F. SUDRE, « Rapport introductif : la « construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, pp. 12-55).

principalement comme un moyen pour l'Etat de mettre les comportements individuels au diapason de ses objectifs collectifs, mais au contraire comme un biais par lequel l'Etat se met au service de la pleine réalisation individuelle¹⁷¹. Cette évolution découle immédiatement de la rénovation de la théorie de l'Etat, suite à l'abolition des monarchies absolues et à l'énonciation des grandes déclarations des droits : l'Etat ne trouve sa légitimité que dans la garantie des droits individuels¹⁷². En somme, avec l'émergence des droits de l'homme et le renversement de logique qu'ils impliquent – dans le droit de la personne et de la famille comme dans toutes les autres branches du droit – ce qui passait hier pour « une évidence » est appréhendé aujourd'hui comme « un choix axiologique » susceptible à ce titre d'être soumis à la critique ou à la discussion¹⁷³.

2/ En second lieu, la pratique interprétative de la Cour et le caractère parfois imprévisible de ses attitudes est par soi-même un élément éminemment déstabilisant pour les Etats parties. En effet, pour les pays dotés d'une tradition juridique civiliste, la méthode mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme, profondément imprégnée de la casuistique typique des pays de *common law* est à tout le moins déconcertante. Selon certaines critiques, qui méritent assurément d'être nuancées, l'office de la Cour de Strasbourg tiendrait même davantage de la neutralisation et de la décomposition du droit que de la réévaluation/reconstruction annoncée.

C'est précisément l'objet de la première partie – analytique – de la thèse que dépasser ces critiques en revenant en profondeur sur les matériaux de base de l'office de la CEDH et les outils et techniques dont dispose le juge européen pour mettre en œuvre le contrôle de conventionnalité.

LES TROIS DIMENSIONS DU SYSTÈME DE PROTECTION

57. Nous y examinons d'abord séparément les pièces essentielles du système strasbourgeois (les droits individuels d'un côté (1) ; les intérêts concurrents protégés par l'Etat de l'autre (2)) afin de tenter de les intégrer ensuite dans une « modélisation » du contrôle européen (3).

1/ En premier lieu, l'interprétation jurisprudentielle de la Convention a donné lieu un déploiement de droits individuels dont la signification doit être bien comprise. Ce qui est certain c'est que ce mouvement de déploiement implique minimalement une très importante extension du domaine de ce qui est discutable ou du négociable sous la bannière des droits de l'homme. Encore faut-il aussitôt souligner que la multiplication des droits et des obligations corrélativement mises à charge de l'Etat implique une grande variabilité de la signification concrète du fait d'avoir un droit. En ce sens, le déploiement ou l'extension des droits individuels est certainement désordonné : certes, leur champ d'opération s'élargit, mais leur intensité est extrêmement volatile et dépend d'une multitude de critères articulés entre eux (**chapitre 1**).

2/ En second lieu, la mise en œuvre par le juge européen des droits de l'homme des clauses qui permettent d'apporter des restrictions à l'exercice des droits garantis implique nécessairement une reconfiguration du rôle de l'Etat tant il est vrai que juger la légitimité conventionnelle de telles restrictions implique dans le chef de la Cour une prise de position sur les divers objectifs susceptibles d'être poursuivis par les Etats de même qu'une évaluation des moyens qui sont mis en œuvre pour les poursuivre. En ce sens, il n'est pas exagéré de considérer que la Cour participe à la reconfiguration du rôle de l'Etat, tout en notant d'emblée que cette reconfiguration

¹⁷¹ Suivant la formule de Jean CARBONNIER, se trouve désormais reconnu « une forme de droit au bonheur implicitement garanti par l'Etat » (J. CARBONNIER, « A chacun sa famille, à chacun son droit », in *Essais sur les lois*, 2^e éd., 1995, pp. 185-186).

¹⁷² M.-J. REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 346-347.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 346.

est ambiguë dès lors que la jurisprudence de la Cour ne peut en aucun cas fournir une quelconque théorie intégrée d'un Etat postmoderne par ailleurs fondamentalement en quête de son rôle (**chapitre 2**).

3/ Pour comprendre la rencontre dans le contrôle de conventionnalité des droits individuels « en déploiement » et des objectifs d'un Etat « en reconfiguration », nous identifierons quatre paramètres qui le gouvernent et le donnent à comprendre comme un jeu de tensions multiples correspondant à une tension dialectique entre l'ouverture et la fermeture : la tension entre les droits individuels et les intérêts concurrents ; la tension entre le niveau interne et le niveau international ; la tension entre l'abstrait et le concret ; et, finalement, la tension entre le fond et la procédure. Ainsi, si l'on accepte de prendre le risque de la schématisation, la jurisprudence strasbourgeoise met en œuvre deux opérateurs principaux : la proportionnalité et la subsidiarité (qui mettent en œuvre les deux premières tensions ou dialectiques) qu'elle articule dans deux modèles de justice (qui correspondent aux troisième et quatrième) (**chapitre 3**).

CHAPITRE 1^{ER}

LE DÉPLOIEMENT DÉSORDONNÉ DU DROIT DE L'INDIVIDU AU RESPECT DE SA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

INTRODUCTION – UNE « EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE »

58. Le contentieux de droit de la personne et de la famille devant la Cour européenne des droits de l'homme trouve son principal levier dans la garantie par l'article 8 de la Convention du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale.

Suivant les termes du paragraphe 1 de cette disposition, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Les notions de vie privée et familiale de même que la notion de respect apparaissent *a priori* assez peu éclairantes quant au champ d'application ou à l'assiette des droits garantis et quant à la teneur des obligations qui en découlent. Au titre de la compétence qui lui est attribuée par l'article 32 de la Convention, la Cour a donc été amenée à déterminer dans sa jurisprudence ce qui relève de la sphère de protection couverte par cette disposition et les exigences qui s'imposent aux Etats dans le domaine ainsi déterminé¹⁷⁴. Comme nous l'avons vu, la Cour s'est rapidement émancipée de la volonté originelle des auteurs de la Convention¹⁷⁵ et a notamment eu le souci d'adapter la teneur des notions de vie privée et de vie familiale aux évolutions sociales à l'œuvre dans les Etats membres¹⁷⁶.

59. L'article 12 de la Convention constitue une *lex specialis* de la garantie de la vie privée et familiale et prévoit expressément qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille ». La garantie conventionnelle procurée par l'article 12 a fait l'objet d'une interprétation moins audacieuse et il semble que chacun de ses volets soit désormais menacé « d'absorption » par l'article 8. Il n'empêche que si le droit de fonder une famille apparaît relativement délaissé par le juge européen, le droit au mariage a quant à lui « fait jurisprudence » de manière parfois novatrice.

¹⁷⁴ Les dispositions de la Convention représentent ainsi, selon Dragoljub POPOVIC, ce que les Allemands appellent des normes susceptibles de développements ou des *Entwicklungsfähige Normen* et c'est en raison de ce caractère que la Cour a été amenée à leur donner chair au fil de sa jurisprudence (D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Creighton L. Rev.*, 2009, p. 395).

¹⁷⁵ Le refus du juge strasbourgeois de se trouver lié par la volonté des auteurs de la Convention apparaît clairement dans l'arrêt *Young, James et Webster*. La Cour y considère le système du *closed shop* contraire à l'article 11 de la Convention alors que c'est au terme de longues négociations que les auteurs de la Convention n'avaient pas introduit dans celle-ci l'interdiction de ce système prévue par contre dans la déclaration universelle des droits de l'homme (D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint ... », *op. cit.*, 2009, p. 362).

¹⁷⁶ L'article 8 est le seul qui soit formulé en termes de droit « au respect » d'intérêts déterminés. Si cette singularité a été invoquée par les Etats pour tenter de réduire le niveau de protection du au titre de cette disposition, la Cour en a réalité profité pour étendre le contenu des droits protégés. Semblable extension est comparable à celle mise en œuvre par la Cour dans le champ des articles 9 à 11 de la Convention. De la même manière, elle est peut être compensée par la possibilité de limitations textuellement visée dans le second paragraphe de ces article (D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 341-342).

60. Quoi qu'il en soit, la volonté de garantir l'effectivité des droits conventionnels, au moyen d'une interprétation dite « dynamique » et « autonome », a donné lieu à la fois à une extension du champ d'application (**section 1**) et à un approfondissement de la garantie (**section 2**) des droits. Ce double mouvement, nous nous apprêtons à le montrer, a généré une grande variabilité du poids des garanties procurées : semblable extension du champ des possibles conventionnels ne pouvait intervenir à « poids constant » (**section 3**). En somme, si l'interprétation constructive de la Convention a prodigieusement étendu le domaine de la discussion, ce mouvement de déploiement est désordonné et l'affirmation de l'existence d'un droit dans le chef de l'individu ne dit en soi pas grand-chose de ce qu'il peut exactement réclamer aux autorités au titre de celui-ci.

SECTION 1. L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION

61. Au fil de ses arrêts, la Cour européenne détermine les éléments qui dans le domaine de la vie personnelle, affective, sexuelle et familiale sont essentiels à l'individu et doivent être protégés à ce titre. L'extension indéfinie du champ d'application matériel de la Convention a suscité et continue de susciter d'importantes critiques, y compris au sein de la Cour, un juge européen ayant notamment pu affirmer que « les mâchoires de l'article 8 s'étaient déjà suffisamment ouvertes »¹⁷⁷. Le mouvement de déploiement concerne aussi bien le droit au respect de la vie privée (sous-section 1) et le droit au respect de la vie familiale (sous-section 2) que le droit de se marier et de fonder une famille garanti par l'article 12 (sous-section 3) étant entendu que les frontières entre ces différents droits et celles qui les séparent des autres droits conventionnels sont caractérisées principalement par leur extrême porosité (sous-section 4).

Sous-section 1. Le droit au respect de la vie privée : *Niemietz c. Allemagne*

62. Selon François RIGAUX, « le droit de la personnalité (ou le droit au respect de la vie privée) est qualifié d'absolu, il est opposable à tous (à la puissance publique et aux autres agents juridiques privés, il est l'expression de la maîtrise exercée par le sujet sur lui-même (*das selbstbestimmungsrecht*) »¹⁷⁸. Le droit au respect de la vie privée préexiste évidemment à l'élaboration de la Convention européenne. Il trouve ses origines dans le droit civil où la vie privée est un bien de la personnalité qu'il y a lieu de protéger dans les rapports interindividuels¹⁷⁹ et ne s'est transposée qu'ensuite dans le droit public (constitutionnel et international) où elle est devenue une liberté opposable à l'Etat¹⁸⁰.

Le *Bill of rights* américain de 1791 ne vise pas non plus expressément le droit à la vie privée, mais la Cour suprême a considéré dans son célèbre arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 relatif à l'interdiction de la contraception que le texte garantissait un *right to privacy*¹⁸¹. La *Grundgesetz* allemande de 1949 ne protège pas la vie privée en tant que telle mais consacre par contre la dignité humaine comme principe universel et le libre épanouissement de la personne comme droit subjectif individuel¹⁸². Dans le contexte d'une garantie nationale du droit au respect de la vie privée comme liberté publique, chaque Etat demeure libre de donner à la notion de vie privée une interprétation qui correspond à « sa culture, sa philosophie et ses valeurs ».

¹⁷⁷ "The jaws of Article 8 have already been opened wide enough" (Cour eur. dr.h. arrêt *Genovese c. Malte* du 11 octobre 2011, opinion séparée du juge VALENZIA).

¹⁷⁸ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 753.

¹⁷⁹ La notion prospère dans le cadre du droit des torts, et en Allemagne et en France, dans le cadre des droits de la personnalité. Il s'agit essentiellement de protéger la vie privée des individus contre les ingérences d'autres individus. La sanction est une sanction de responsabilité délictuelle ou une injonction de cesser le trouble considéré (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 312). Pour François RIGAUX, la nécessité d'élaborer une protection juridique de la vie privée tient non pas seulement le développement des techniques permettant de fixer et reproduire l'image et le son, mais également de « l'érosion de l'adhésion collective aux valeurs traditionnelles » et « [du] transfert du consensus social sur des objectifs de rationalité économique » (F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, Bruxelles, Larcier, Travaux de la Faculté de droit de Namur, 1992, p. 16).

¹⁸⁰ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN évoque à cet égard une « transmutation » ou un « un saut qualitatif radical ». On passe d'un « simple agglomérat d'attributs de droit privé » à un « droit fondamental opposable à la puissance publique, y compris au législateur » (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" », *op. cit.*, p. 312 ; F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, *op. cit.*, pp. 46-48).

¹⁸¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" », *op. cit.*, p. 316.

¹⁸² *Idem*.

C'est précisément cette autonomie que l'Etat abandonne lorsqu'il fait le choix d'adhérer à un instrument international qui – comme la Convention européenne des droits de l'homme – protège cette même liberté en confiant à un organe juridictionnel la tâche d'en assurer l'interprétation et le contrôle¹⁸³.

63. Les rédacteurs du Traité de Rome se sont directement inspirés de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁸⁴.

64. Rapidement, l'interprétation de la notion de vie privée par la Cour va mettre en évidence sa fondamentale dualité. La protection de la vie privée consiste ainsi à la fois dans la garantie à l'individu d'une sphère privée ou d'une sphère d'intimité¹⁸⁵ et dans la reconnaissance de son droit de poursuivre son épanouissement ou son développement personnel et de poser des choix autonomes¹⁸⁶. Le développement jurisprudentiel de la vie privée est particulièrement spectaculaire¹⁸⁷ et a amené la doctrine à évoquer une « hypertrophie »¹⁸⁸ de la vie privée ; à la décrire comme un « cheval de Troie »¹⁸⁹ conventionnel ; à se demander si la Cour ne « [navigue pas] au plus près sans se soucier du cap à tenir »¹⁹⁰ ou à relever que sa jurisprudence « ne se distingue ni par sa clarté, ni par sa discipline »¹⁹¹. Dans son arrêt *Niemietz c. Allemagne* daté du 16 décembre 1992, la Cour a d'ailleurs expressément considéré qu'il n'était « ni utile ni nécessaire » de définir exhaustivement la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention¹⁹².

§1. Une sphère privée

65. La première jurisprudence de la Cour relative à la vie privée concerne la protection de l'individu contre les immixtions des autorités publiques dans sa sphère d'intimité. L'article 8 protège notamment contre les mesures de surveillance secrète consistant dans l'interception des envois postaux et des télécommunications¹⁹³ ou dans la tenue de registres secrets¹⁹⁴.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 317.

¹⁸⁴ « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Voy. C. RUSSO, « article 8, § 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la dir. de L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 305 ; F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la “vie privée” », *op. cit.*, pp. 323-324.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 327.

¹⁸⁷ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 834.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 827.

¹⁸⁹ E. PUTMAN, « Vie privée », in *Dictionnaire des droits de l'homme* (dir. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE), Paris, PUF, 2012, p. 985.

¹⁹⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 14.

¹⁹¹ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 364.

¹⁹² Pour Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, la Cour a expressément renoncé à donner une définition de la vie privée moins par impuissance que pour en ménager un champ d'application quasi-illimité (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la “vie privée” », *op. cit.*, p. 308). Frédéric SUDRE pose la question de savoir s'il faut « admettre que le juge européen éprouve quelques difficultés à construire une jurisprudence cohérente du droit au respect de la vie privée, confronté qu'il est à une notion éminemment contingente, dont le contenu varie en fonction de l'époque, du milieu, de la société dans lequel il vit et dont il est vrai qu'aucun contour précis ne se dégage à la lecture de la Convention, et qu'il se heurte à la quasi-impossibilité, relevée par les auteurs, de définir la vie privée » (F. SUDRE, « Les aléas de la notion de vie privée », in *Mélanges L-E Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 688).

¹⁹³ Cour eur dr. h., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 41 ; Cour eur dr. h., arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, §§ 64 et 84. Voy. beaucoup plus récemment, Cour eur dr. h., arrêt *Lenev c. Bulgarie* du 4 décembre 2012 ou Cour eur dr. h., arrêt *Savovi c. Bulgarie* du 27 novembre 2012 ; Cour eur dr. h., arrêt *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres c. Pays-Bas* du 22 novembre 2012.

¹⁹⁴ Cour eur dr. h., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, § 48.

Rapidement, la notion de vie privée est mobilisée pour protéger la vie sexuelle. Ainsi, la Cour a-t-elle considéré dans son arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 que la répression pénale de l'homosexualité « représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) » (§ 41) et dans son arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985 que « la vie privée protégée par l'article 8 recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle » (§ 22). Très vite, les aspects identitaires de la personnalité de l'individu sont également appréhendés par le prisme de la vie privée garantie par l'article 8. Ainsi, la Cour expose-t-elle dans son arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 que l'accès d'une personne qui a été placée à sa naissance aux dossiers qui contiennent des informations relatives à sa naissance et à son enfance concerne la vie privée (§ 37).

En 1992, l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* marque une évolution importante en affirmant qu'il n'est ni utile ni nécessaire de définir exhaustivement la vie privée. Pour la Cour, il serait excessivement restrictif de cantonner cette notion « à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur » et « le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »¹⁹⁵. C'est sur la base de cette décision, à laquelle elle a fait de très nombreuses reprises référence, que la Cour a pu déployer un nouveau versant de la protection de la vie privée dont les potentialités paraissent proprement infinies.

La jurisprudence *Niemietz* a ainsi d'emblée permis, respectivement en 1994¹⁹⁶ et en 1996¹⁹⁷, l'inclusion des questions relatives aux noms et prénoms dans la sphère de protection garantie à la vie privée par l'article 8 de la Convention. Mais la véritable révolution intervient un peu plus tard, avec trois arrêts essentiels rendus au début des années 2000.

§ 2. L'épanouissement personnel : autonomie personnelle et développement personnel

A. Le droit à l'épanouissement personnel : *Bensaid c. Royaume-Uni*

66. En incluant dans la vie privée « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables », l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* a donc ouvert un nouveau canal de développement pour la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour. Le début des années 2000 est marqué par l'avènement, dans le contexte du droit au respect de la vie privée de trois concepts fondamentaux qui auront un impact considérable sur le développement ultérieur des garanties procurées par l'article 8 de la Convention.

En premier lieu, l'arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* -*Uni* du 6 février 2001 expose que « des éléments tels que le sexe, le nom et l'orientation sexuelle ainsi que la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8 » et également que cette disposition « protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ». Sur la base de ces différentes affirmations, la Cour a fait solennellement entrer la santé mentale dans le champ de protection de l'article 8 en considérant qu'elle en constitue « une partie essentielle » dans la

¹⁹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29.

¹⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, § 24.

¹⁹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Guillot c. France* du 24 octobre 1996, § 21.

mesure où « la sauvegarde de la santé mentale est [...] un préalable indispensable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée » (§ 47).

D'un autre côté, l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 25 avril 2002 affirme que l'article 8 de la Convention protège le « droit au développement personnel » et désigne « l'autonomie personnelle »¹⁹⁸ comme un « principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (§ 61). Il en découle que la possibilité pour la personne de poser des choix relatifs à la fin de vie relève également de la sphère de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention (§ 67). Les deux notions réapparaissent rapidement dans les arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 qui s'appuient sur elles pour affirmer que « la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer » (§ 90).

Ces trois arrêts essentiels font donc entrer respectivement la santé mentale, la fin de vie et l'identité sexuelle dans le champ d'application matériel de la Convention, mais en outre, ils mettent en exergue les notions d'épanouissement personnel, d'autonomie personnelle et de développement personnel qui composent ensemble un véritable « triptyque conceptuel » dont les manifestations dans la jurisprudence de l'article 8 seront ensuite extrêmement nombreuses.

67. A peu près au même moment, les arrêts *Mikulic c. Croatie* et *Odièvre c. France* s'appuient sur les acquis de l'arrêt *Niemietz* de 1992 pour appliquer expressément les enseignements de l'arrêt *Gaskin* en termes de droit à l'identité aux situations dans lesquelles un enfant recherche l'identité de son père biologique¹⁹⁹ ou de sa mère biologique²⁰⁰. Dans l'affaire *Odièvre*, l'« intérêt vital » qu'il y a à connaître ses origines est connecté à la notion d'épanouissement personnel dégagée dans l'arrêt *Bensaid* (§ 29).

68. Deux grands arrêts de 2007 mettent en lumière l'applicabilité de l'article 8 aux questions ardues qu'induisent l'avortement et la procréation médicalement assistée. La question de l'avortement était certes déjà apparue dans la jurisprudence de la Commission et dans une décision *Boso c. Italie* rendue par la Cour en 2002, mais c'est avec l'arrêt *Tysiak c. Pologne* du 20 mars 2007 que la Cour affirme que l'article 8 trouve à s'y appliquer. Dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, c'est, à propos du recours aux techniques de procréation médicalement assistée, un droit au respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent qui est expressément affirmé. Ces deux arrêts inscrivent les problématiques liées au début de la vie humaine dans le champ de la vie privée garantie par la Convention en se référant à la fois à l'autonomie personnelle et au développement personnel²⁰¹.

69. Si l'on peut être tenté de voir dans les notions d'épanouissement personnel, d'autonomie personnelle et de développement personnel des « outils » susceptibles de contribuer à la structuration de la construction du droit au respect de la vie privée par la Cour, force est de constater qu'elles sont régulièrement employées dans des configurations combinées qui en rendent la compréhension et la systématisation malaisée. La question se pose alors de savoir s'il est possible de mettre en évidence les trajectoires respectives des trois concepts dans le corpus jurisprudentiel de la Cour ou bien si l'on doit conclure qu'ils sont purement et simplement interchangeables et ne sont donc pas en mesure de participer à la structuration du

¹⁹⁸ La version anglaise de l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 12 février 1997 visait déjà la notion de « personal autonomy » (§ 44) tandis que la version française renvoie quant à elle au même paragraphe au concept de « libre arbitre » (§ 44). En outre, dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, la Cour avait déjà expressément visé la notion d'« autonomie individuelle » (§ 92).

¹⁹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, § 54.

²⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29.

²⁰¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Tysiak c. Pologne* du 20 mars 2007, § 107 et Cour eur. dr. h., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 71.

droit strasbourgeois de la vie privée. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il conviendrait de « verrouiller » les concepts : les questions corporelles relèveraient de l'autonomie personnelle tandis que le développement personnel concernerait l'identité. Ainsi, les affaires *I.* et *Christine Goodwin* (qui concernaient le changement de sexe civil) auraient-elles pu être tranchées par simple référence à la notion de développement personnel (alors que tant l'autonomie personnelle que le développement personnel y apparaissent). De même, les affaires *Van Kück* et *L.* (qui concernaient la chirurgie de reconversion sexuelle) auraient pu être appréhendées sous le seul angle de l'autonomie personnelle (alors que la première mobilise les deux notions et la seconde aucune d'entre elles)²⁰².

La jurisprudence récente paraît en tout cas plébisciter la conception suivant laquelle le concept d'épanouissement personnel est de plus large portée que ceux d'autonomie personnelle et de développement personnel et les contiendrait. Dans son arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, la Cour a relevé que le droit à la vie privée comprenait le droit à l'identité et le droit à l'épanouissement personnel (sous la forme du « développement de la personnalité » ou de l'« autonomie individuelle ») (§ 39). Dans un arrêt *Ozpınar c. Turquie* du 19 octobre 2010, la Cour a d'ailleurs affirmé que « l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel [...], que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important sous-jacent dans l'interprétation des garanties de l'article 8 [...] »²⁰³. Dans l'arrêt de grande chambre *Fernandez Martinez c. Espagne* la Cour a encore proposé une nouvelle formule suivant laquelle :

126. [...] À cet égard, il convient de rappeler que l'article 8 de la Convention protège aussi le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 90, CEDH 2002 VI) ou du point de vue du droit de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, la notion d'autonomie personnelle reflétant un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties énoncées dans cette disposition (*Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 61, CEDH 2002 III) [...].

Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'en égard notamment à la propension de la Cour à « brasser large » lorsqu'il s'agit, préalablement au raisonnement judiciaire, de rappeler les principes applicables, certains chevauchements ou certaines interactions entre les différentes facettes de la vie privée sont inévitables. On relèvera encore, à cet égard, le renvoi « cumulé » à l'autodétermination et au développement personnel dans l'arrêt *E.B. c. France* relatif à l'adoption par une personne seule homosexuelle (§ 43).

B. L'autonomie personnelle : *Pretty c. Royaume-Uni*

70. L'autonomie personnelle se comprend comme la capacité de poser des choix quant à sa propre vie, capacité qui doit être développée chez l'enfant²⁰⁴ et préservée chez l'adulte²⁰⁵. La

²⁰² J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 511.

²⁰³ Cour eur. dr. h. arrêt *Ozpınar c. Turquie* du 19 octobre 2010, § 45.

²⁰⁴ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, § 72 et, surtout, Cour eur. dr. h., arrêt *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie* du 9 octobre 2007, § 55.

²⁰⁵ En témoigne l'usage récurrent de la notion dans les affaires qui concernent les détenus ou les incapables. Voy. en matière d'emprisonnement : Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, § 92 ; Cour eur. dr. h., déc. *Younger c. Royaume-Uni* du 7 janvier 2003 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Trubnikov c. Russie* du 5 juillet 2005, § 70 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Erikan Bult* du 2 mars 2006, § 34 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Renolde c. France* du 16 octobre 2008, § 83 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Shumkova c. Russie* du 14 février 2012, § 83 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Çoşelav c. Turquie* du 9 octobre 2012, § 55 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Volk c. Slovénie* du 13 décembre 2012, § 55 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Mitić c. Serbie* du 22 janvier 2013, § 47. Voy. en matière d'incapacité : Cour eur. dr. h., arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, § 71 ; Cour eur. dr. h., arrêt *X. et Y. c. Croatie* du 3 novembre 2011, § 109 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Lashin c. Russie* du 22 janvier 2013, §§ 77 et 81 ; Cour eur. dr. h., arrêt *M.S. c. Croatie* du 25 avril 2013, § 97.

notion d'autonomie personnelle est particulièrement présente dans la jurisprudence de la Cour relative à la disposition de son corps. Elle concerne des questions aussi diversifiées que l'amélioration de la condition des personnes handicapées²⁰⁶ ou capacité de choisir un traitement médical²⁰⁷.

71. Omniprésente dans le champ d'application de l'article 8, l'autonomie personnelle se déploie aussi au-delà des frontières de cette disposition, au point qu'il n'est pas aisé de déterminer si *in fine* la vie privée comprend l'autonomie personnelle²⁰⁸ ou si elle est au contraire comprise dans celle-ci. Dans l'arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, la Cour souligne, avant de conclure à la violation de l'article 4 de la Convention²⁰⁹, que « la requérante [a] été, dans le cas d'espèce, clairement privée de son libre arbitre » mais la version anglaise vise expressément la privation de la « *personal autonomy* » (§122). De même, la Cour a-t-elle considéré, dans son arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006 que la notion d'autonomie personnelle est « un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11 » (§ 54)²¹⁰. Semblablement, les juges de Strasbourg ont associé, dans l'arrêt *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce* du 27 mars 2008, le droit d'exprimer ses vues à travers la liberté d'association et l'autonomie personnelle pour reconnaître aux individus le droit d'« exprimer dans le cadre de la légalité, ses conviction sur son identité ethnique » (§ 56). Dans cette dernière affaire, c'est à nouveau l'article 11 qui était en cause, mais au titre de *lex specialis* des droits garantis par les articles 9 et 10 (soit respectivement la liberté de religion et d'association) (§ 35).

C. Le développement personnel : *Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni*

72. On peut mettre en évidence une certaine régularité de l'invocation du développement personnel dans le pan « identitaire » de la jurisprudence relative à la vie privée. A cet égard, le développement personnel est par exemple pointé, à l'exclusion de l'autonomie personnelle, en matière de nom, dans l'arrêt *Daroczy c. Hongrie* (§ 32).

73. Au contraire de l'autonomie personnelle, le développement personnel paraît rarement invoqué pour lui-même et est généralement visé au titre du rappel de principes ce qui en noie quelque peu la spécificité dans le foisonnement conceptuel caractéristiques de semblables rappels. En réalité, souvent, le concept est visé dans des passages qui se bornent à rappeler l'enseignement de l'arrêt *Pretty*. Tel est par exemple le cas dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* relatif à la chirurgie de réassignation sexuelle (§ 69) et dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* relatif à des pratiques sadomasochistes (§ 83)²¹¹.

²⁰⁶ Cour eur. dr. h., déc. *Molka c. Pologne* du 11 avril 2006 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Bayracki c. Turquie* du 5 février 2013, § 26.

²⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 116 et opinion dissidente du juge De Gaetano à laquelle se rallie le juge Vučinić.

²⁰⁸ Voy. par ex. Cour eur. dr. h., arrêt *Alkaya c. Turquie* du 9 octobre 2012, § 28 (« la notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle et au développement personnel »).

²⁰⁹ Suivant l'article 4 de la Convention : « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ».

²¹⁰ Suivant l'article 11 de la Convention : « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

²¹¹ Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, § 107.

§ 3. Nouer et développer des relations avec ses semblables : *Nimietz c. Allemagne*

74. Le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, consacré par l'arrêt *Nimietz* de 1992, permet par ailleurs à la Cour de protéger dans le cadre de la vie privée un ensemble de relations interindividuelles qui méritent à ses yeux d'être protégées bien qu'elles ne ressortissent pas à la vie familiale protégée par l'article 8.

75. Il s'agit en premier lieu des relations de nature familiale dépourvues d'une effectivité suffisante pour accéder au statut de « vie familiale » protégée. Sur un plan horizontal, la vie privée a notamment été la terre d'asile du couple homosexuel auquel le « label » de la vie familiale a longtemps été refusé et pourrait éventuellement garantir une certaine protection des relations conjugales précaires²¹² ou incestueuses²¹³. La vie privée est aussi le biais par lequel la Convention protège les relations qui existent au sein de la famille élargie. Sur le plan vertical, la vie privée concerne notamment la relation entre une femme et son enfant mort-né²¹⁴ ou la relation entre un père biologique et son enfant putatif²¹⁵.

76. En second lieu, l'article 8 confère également au titre de la vie privée une certaine protection de l'individu dans son milieu professionnel et une certaine protection de l'insertion d'un individu dans une société. Ainsi, dans son arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, la grande chambre a affirmé que « dès lors que l'article 8 protège également le droit de nouer et entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur [...] et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu [...], il faut accepter que la totalité des liens sociaux entre les immigrés installés et la communauté dans laquelle ils vivent font partie intégrante de la notion de “vie privée” au sens de l'article 8 », indépendamment de l'existence ou non d'une « vie familiale » (§ 59)²¹⁶.

§ 4. L'incertitude de la vie privée

77. Les développements qui précèdent rendent compte de l'extraordinaire foisonnement qui caractérise la jurisprudence strasbourgeoise relative au droit au respect de la vie privée²¹⁷. Si le droit à la vie privée pouvait initialement se comprendre comme un simple droit à une sphère

²¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Aleksejeva c. Lettonie* 3 juillet 2012, § 46.

²¹³ Cour eur. dr. h., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012, § 55.

²¹⁴ Dans l'affaire *Znamenskaya c. Russie*, la Cour a rappelé qu'une relation étroite qui ne relève pas de la vie familiale relève par contre de la vie privée et constaté qu'en l'espèce si évidemment aucun lien n'avait pu se développer entre le père biologique et l'enfant, un lien important avait pu se tisser entre la mère de l'enfant et l'embryon qu'elle avait presque porté à terme. La requérante avait ainsi exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer. Dès lors, la Cour a estimé que l'établissement de la filiation de cet enfant mort-né relevait de la vie privée de la requérante (§ 27). Voy. toutefois sur ce point à l'opinion dissidente émise par les juges Rozakis, Botoucharova et Hajiyeu.

²¹⁵ Cour eur. dr. h., déc. *Nylund c. Finlande* du 29 juin 1999.

²¹⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, § 39.

²¹⁷ Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Vilnes et autres c. Norvège* du 5 décembre 2013 (droit de bénéficier d'information permettant d'évaluer un risque pour sa santé) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013 (révocation d'un juge de la Cour suprême) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, § 47 (restrictions à l'accès à une profession) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Bigaeva c. Grèce*, du 28 mai 2009, § 23 (restrictions à l'accès à une profession) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, § 91 (obligation de déclaration de soupçon imposée aux avocats) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Mateescu c. Roumanie* du 14 janvier 2014 (restrictions à l'accès à la profession d'avocat) ; Cour eur. dr. h., arrêt, *İhsan Ay c. Turquie* du 21 janvier 2014, § §§ 30-32 (renvoi d'un professeur de biologie en raison de son passé de militant communiste) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Lindström and Mässeli c. Finlande* du 14 janvier 2014 (port de salopettes fermées imposé aux prisonniers en isolement).

privée protégée des immixtions, il se présente aujourd'hui comme une figure extrêmement ouverte embrassant, au surplus, dans le seul contexte du droit de la personne et de la famille, les questions du début et de la fin de la vie, la liberté de la vie sexuelle et la protection de la santé mentale, la connaissance et la maîtrise de son identité et une multitude de relations interpersonnelles. Cette spectaculaire évolution correspond dans une large mesure à l'émergence, au début des années 2000, de trois concepts destinés à jouer un rôle moteur ou matriciel dans la construction de la vie privée protégée par l'article 8 : épanouissement, autonomie et développement personnels²¹⁸.

Semblable extension du champ d'application du « concept autonome » de vie privée - diversement appréciée par les juges européens eux-mêmes²¹⁹ et par la doctrine²²⁰ - invite à tout le moins à un triple constat ou à un triple questionnement.

Il est, en premier lieu, permis de se demander si, en fin de compte, *absolument tous les aspects de la vie humaine* ne sont pas susceptibles d'être inclus dans le champ d'opération de la notion strasbourgeoise de vie privée²²¹. A cet égard, il convient de préciser que le champ d'application de l'article 8 connaît encore certaines limites. Cela résulte par exemple de l'arrêt de grande chambre *Gillberg c. Suède* du 3 avril 2012 qui concernait la condamnation d'un universitaire ayant refusé de divulguer des travaux de recherche appartenant à l'Université de Göteborg²²². Dans l'arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, la Cour avait déjà jugé que « le droit [...] de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable » (§ 35). Il a de même été décidé, dans la décision *Friend et autres c. Royaume-Uni* du 24 novembre 2009, que, malgré le plaisir, l'épanouissement personnel et les relations interpersonnelles que les requérants tiraient de la pratique de la chasse ou entretenaient à l'occasion de cette pratique, celle-ci était trop éloignée de la notion d'autonomie personnelle pour qu'une interdiction de chasser corresponde à une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 (§ 43). A tout le moins convient-il de prendre acte – avec le professeur VAN DROOGHENBROECK – de l'« étendue absolument vertigineuse qui a été conférée au *Schutzbereich* du droit au respect de la vie privée » lequel « n'est pas loin, à l'heure actuelle, de constituer l'équivalent fonctionnel de l'*Handlungsfreiheit* du droit constitutionnel allemand »²²³.

²¹⁸ Pour Olivier DE SCHUTTER, « afin de développer le catalogue de droits subjectifs constituant la vie privée, le juge doit disposer d'une conception de celle-ci qui ne se réduit pas à la liste des garanties sous la forme desquelles elle s'est déjà manifestée, mais qui au contraire en restitue la cohérence et permet de justifier, dès lors, que des garanties nouvelles viennent s'y ajouter » ce qui revient à préconiser, en d'autres termes, que le concept de vie privée soit « pourvu d'une certaine substance » la question étant alors de savoir « à quel rythme le passage doit se faire, de la garantie de la liberté de la vie privée à sa cristallisation en forme de droits subjectifs pourvus d'un objet déterminé » (O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, pp. 855-856).

²¹⁹ Dans une affaire *Genovese c. Malte* du 11 octobre 2011 le juge VALENZIA (juge maltais *ad hoc*) a considéré que « "The jaws of Article 8 have already been opened wide enough". There are limits on the personal sphere and while certain measures by the State can affect an individual from developing his personality, it does not mean that all these measures shall be considered as an interference with his private life ».

²²⁰ Pour Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, il y va d'un « affranchissement du sujet de toute limite dans toutes les matières existentielles de sa vie personnelle, sexuelle, affective et familiale » (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" », *op. cit.*, p. 327).

²²¹ Frédéric SUDRE se demande quant à lui si l'on peut dire que « tout est vie privée » et que la garantie de l'article 8 a conquis un champ d'application sans limite couvrant la quasi-totalité des choix personnels (F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 11-33).

²²² Cour eur. dr. h. (gde ch), arrêt *Gillberg c. Suède* du 3 avril 2012, § 74.

²²³ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 305.

Il est, en second lieu, permis de se poser la question de l'impact de ce développement plus que considérable de la portée de la vie privée sur *l'intensité de la protection conventionnelle* délivrée. Est-il concevable qu'un droit appréhendant potentiellement tous les aspects de la vie personnelle et relationnelle de l'individu (*scope*) puisse présenter un niveau de garantie constant (*weight*) ? Dans un article de 1995, Olivier DE SCHUTTER a exprimé la crainte que l'extension indéfinie de la vie privée soit de nature à diluer la garantie de son respect. Selon lui, à défaut que soient précisément identifiées les prérogatives ressortissant à la vie privée telle qu'elle est garantie par l'article 8, il est raisonnable d'imaginer que pareil droit dont l'assiette est illimitée ne présente pas dans tous ses aspects une impérieuse ou un poids relatif identique²²⁴.

En troisième lieu, le très important développement du champ d'application du droit au respect de la vie privée contribue de manière importante à la multiplication des conflits entre droits fondamentaux. En effet, alors qu'une conception du droit au respect de la vie privée repliée sur l'intimité limitait par nature les possibilités de frictions entre les prérogatives qu'en tiraient les individus, sa très large ouverture sur les interactions sociales implique de nombreuses possibilités que deux ou plusieurs intérêts individuels « labellisés » vie privée entrent en concours ou bien en conflit²²⁵.

Sous-section 2. Le droit au respect de la vie familiale : Marckx c. Belgique

78. Suivant Jacques COMMAILLE, « les individus revendiquent le droit de concevoir l'organisation de leur univers privé en fonction de leurs propres aspirations » et « la famille exige désormais des guillemets, ceux-ci signifiant qu'elle n'est plus de l'ordre du “déjà-là” mais qu'elle est bien à réinventer ou à redéfinir dans le cadre d'un véritable processus de construction sociale »²²⁶.

79. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 protège la famille (art. 12) qu'elle présente comme « l'élément naturel et fondamental de la société » (art. 16)²²⁷. De même, certaines constitutions nationales prévoient quant à elles une protection spécifique de la famille même si ce n'est évidemment pas toujours avec la même force ou avec la même portée²²⁸. A titre d'exemple, l'Irlande, signataire originaire de la Convention, a une constitution qui prévoit expressément la protection de la famille qui est posée sur un « piédestal » au titre d'« élément primaire et fondamental de la structure sociale » et d'« institution morale investie de droits inaliénables et imprescriptibles » (art. 41.1.)²²⁹.

80. Dans le cadre de la Convention européenne, dont la déclaration onusienne a constitué la principale source d'inspiration, la famille devient la « vie familiale » et ne fait plus l'objet d'aucune définition textuelle quelconque. Il est clair néanmoins que la famille qu'avaient en tête les rédacteurs de la Convention est la famille traditionnelle fondée sur le mariage, ce qui résulte au demeurant de la consécration par l'article 12 du droit de se marier et de fonder une famille. Les membres de la famille protégée par l'article 8 de la Convention sont ainsi originellement les

²²⁴ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 836.

²²⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits ... », *op. cit.*, p. 305.

²²⁶ J. COMMAILLE, « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *A.J. famille*, 11/2006, pp. 401-403.

²²⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1187.

²²⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme ... », *op. cit.*, 1993, p. 176.

²²⁹ C. O'MAHONY, « Irreconcilable differences ? Article 8 ECHR and Irish law on non-traditional families », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2012, pp. 1-31.

époux et leurs enfants²³⁰. Dans le texte de 1950, l'idée est de protéger le droit de l'individu à vivre avec sa famille à l'abri des immixtions indues des pouvoirs publics²³¹.

81. Toutefois, comme la notion de vie privée, la vie familiale va faire l'objet, dans la jurisprudence de la Cour, d'une interprétation évolutive, dynamique et constructive qui va en élargir sensiblement le champ d'application. Cette extension a amené la doctrine à relever que « l'étiquette européenne "vie familiale" couvre des marchandises fort disparates et dissimule un ensemble très hétéroclite »²³². L'évolution commence avec le célèbre arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 qui affirme que « l'article 8 ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle" » et qu'« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille » (§ 31). D'emblée, l'on aperçoit que la Cour entend s'attacher moins aux statuts familiaux qu'à l'existence effective de relations familiales et retenir ainsi une conception essentiellement matérielle de la vie familiale²³³. Dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt *Marckx*, le juge FITZMAURICE a d'ailleurs plaidé l'exclusion des questions institutionnelles du champ d'application de la Convention. Selon lui, l'affaire « ne se [rapportait] en aucune façon à la "vie" familiale au sens habituel de ce terme. Elle [avait] essentiellement pour objet une question de filiation, et c'est cette question, et non la vie familiale, qui lui donne son véritable caractère. La catégorie fondamentale en cause [était] donc celle de l'état des personnes ; or les questions d'état ne sont pas traitées par l'article 8 (art. 8): elles n'entrent pas dans son champ d'application » (§ 10) et « les liens découlant de la filiation juridique ne sont nullement essentiels pour assurer "l'intégration de l'enfant dans sa famille" et lui permettre de "mener une vie familiale normale" » (§ 11). Aussi voyait-il dans les développements de l'arrêt pris par la majorité « une entreprise mal inspirée pour voir, ou plutôt pour introduire tout un code de droit familial dans l'article 8 de la Convention, en le gonflant dans des proportions sans commune mesure avec ses dimensions véritables et voulues. Le droit de la famille n'est pas la vie familiale, et cet article constitue un fondement trop fragile et incertain pour que l'on puisse greffer les complexités et les détails de celui-là sur les simplicités relatives de celle-ci » (§ 15).

§ 1. La famille nucléaire

²³⁰ Ainsi, « il apparaît [...] que la "vie familiale", telle que la conçoit la Convention européenne des droits de l'homme en 1950, est la vie de la famille, celle-ci étant comprise classiquement comme la cellule créée par le mariage » (F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 12 ; en ce sens : M. LEVINET, « Couple et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 107-160).

²³¹ Ce n'est donc pas la famille elle-même qui est protégée par l'article 8 de la Convention mais les liens familiaux de l'individu (F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 12 ; en ce sens : M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 111).

²³² F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. Sudre), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 14.

²³³ C'est l'exigence d'effectivité qui constitue selon Frédéric SUDRE « l'élément moteur de l'interprétation du droit au respect de la vie familiale par le juge européen » et cette exigence d'effectivité ne correspond pas à une interprétation consensuelle, mais bien à une interprétation constructive. Les arrêts fondateurs sur cette question, comme *Marckx* ou *X, Y et Z* ne font pas référence aux communautés de vue européennes. D'ailleurs, pour cet auteur, « l'interprétation évolutive et consensuelle, contrairement à une idée fréquemment reçue, n'est pas un instrument de définition des notions conventionnelles mais joue sur un autre registre : elle régit les conditions d'exercice du droit et est un paramètre du contrôle de la Cour et, partant, de la marge d'appréciation de l'Etat ». Pour lui, le développement de la vie familiale procède essentiellement de la « logique du juge des droits de l'homme » qui « est celle du développement des droits » (F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 14-16 et 25).

A. Les relations conjugales

82. Sur la base des principes posés dans l'affaire *Marckx*, la Cour a très rapidement étendu dans deux directions la protection de la vie familiale. En 1985, elle a affirmé, dans une affaire où des femmes installées au Royaume-Uni se plaignaient de ne pouvoir être rejointes par leurs maris, que « quoique le mot “famille” puisse désigner par ailleurs, il englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif [...] même si une vie familiale [...] ne se trouve pas encore pleinement établie » (§ 62)²³⁴. En 1986, elle a décidé, dans une affaire où un couple se plaignait de ne pouvoir se marier à raison de l'indissolubilité du mariage antérieurement contracté par l'un des partenaires, qu'un homme et une femme vivant ensemble depuis quinze années « [constituaient] manifestement une “famille” aux fins de l'article 8 » et qu'ils « [avaient] droit à sa protection bien que leur relation se situe hors mariage » (§ 56)²³⁵.

La vie familiale de l'article 8 a donc d'emblée été considérée susceptible de protéger un mariage privé d'effectivité ou une relation effective ne s'inscrivant pas dans le mariage²³⁶. L'inclusion du couple homosexuel dans le champ de la vie familiale garantie par l'article 8 a été un processus beaucoup plus long.

83. Ainsi, dans une décision *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001, la Cour a-t-elle encore signalé que « [les] relations homosexuelles durables entre deux hommes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention » tout en acceptant par contre que « la relation affective et sexuelle maintenue par le requérant relève de sa vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention »²³⁷. Dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, la Cour a toutefois expressément pris le parti d'étendre le champ d'application de la notion de vie familiale au couple homosexuel. Elle a souligné que « l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres » et qu'« un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels » tandis que « certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de “famille” » (§ 93). Dans semblable contexte, elle a affirmé qu'il serait « artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une “vie familiale” aux fins de l'article 8 » (§ 94)²³⁸. L'on notera que, de manière singulière, la Cour a encore pu affirmer, dans un arrêt *Vasquez c. Suisse* du 26 novembre 2013 que « les relations centrales de la vie familiale au titre de l'article 8 sont celles entre époux et épouse et entre parents et enfants » (§ 48)²³⁹.

La notion de vie familiale comprend donc potentiellement, au titre des relations entre adultes, tout aussi bien les relations homosexuelles que les relations hétérosexuelles. Il s'agit essentiellement, pour que soit alloué le bénéfice de la protection conventionnelle, que la relation considérée présente une effectivité suffisante. Par ailleurs, il peut être pallié à l'absence d'effectivité de la relation par l'existence d'un lien conjugal formel et sincère dont la non concrétisation résulte de circonstances étrangères à la volonté des protagonistes.

B. Les relations parentales

²³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985.

²³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986.

²³⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, §§ 50-51 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 36.

²³⁷ Cour eur. dr. h., décision *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001.

²³⁸ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010.

²³⁹ Traduction libre.

84. Dès sa naissance, l'enfant fait partie avec ses parents – mariés ou non mariés – de la « cellule familiale » protégée par la Convention²⁴⁰. En dehors du mariage, le lien entre la mère et l'enfant est immédiatement protégé par la vie familiale. Ce lien existe évidemment lorsqu'elle a pris en charge son enfant dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper²⁴¹, mais aussi lorsqu'elle a signé un procès-verbal d'admission de l'enfant comme pupille de l'Etat²⁴². Le lien entre le père non-marié et l'enfant pose davantage question. Lorsque les parents ont cohabité, la rupture conjugale même antérieure à la naissance de l'enfant n'empêche pas l'existence d'une vie familiale protégée²⁴³. De même, si, en l'absence de cohabitation, les parents entretiennent une relation conjugale stable, il existe une vie familiale dont le respect est garanti²⁴⁴. Le seul lien de « parenté biologique » sans indication de l'existence d'une « relation personnelle étroite » est insuffisant pour constituer une vie familiale²⁴⁵.

A titre exceptionnel, cependant, la vie familiale simplement projetée peut attirer à elle la protection de l'article 8, notamment quand l'absence d'établissement de celle-ci n'est pas imputable au requérant. Ainsi, le lien entre un père biologique et son enfant peut constituer une vie familiale, si un intérêt persistant a été manifesté par le géniteur à l'égard de l'enfant avant et après sa naissance. Dans de telles circonstances, la Cour se livre à un examen très concret de la situation factuelle. Cela peut la conduire à considérer, comme dans l'affaire *Anayo c. Allemagne* que l'existence d'une vie familiale « n'est pas exclue », tandis que la détermination des liens juridiques entre le demandeur et l'enfant concerne « à tout le moins » la vie privée (§ 62) (voy. *infra* n° 809).

A mesure que l'enfant grandit, la question se pose de savoir si la relation qu'il a avec ses parents correspond à une vie familiale protégée. A cet égard, il est intéressant de relever que dans l'arrêt *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, la Cour n'a pas cru utile, au regard de la conclusion de non-violation de la Convention à laquelle elle allait parvenir, de trancher la question de savoir si la relation entre le requérant et l'aîné de leurs enfants qui avait atteint la majorité durant le procès strasbourgeois constituait une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 46).

85. Les relations familiales parentales s'étendent bien au-delà du cadre de la procréation naturelle. En premier lieu, la jurisprudence relative à la filiation est transposable à l'adoption. Ainsi, le lien adoptif, même encore dépourvu d'effectivité, peut constituer une vie familiale quand l'absence d'effectivité n'est pas imputable au requérant²⁴⁶. En sens inverse, une relation parentale effective résultant d'un lien adoptif dont la validité est contestée, constitue également une vie familiale²⁴⁷. Dans le cadre du contentieux strasbourgeois de l'adoption, la Cour a par contre expressément considéré que la vie familiale ne protège pas « le simple désir de fonder une famille »²⁴⁸.

²⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, §§ 44-45. Pierre MURAT explique relativement à la détermination de la « vie familiale » en matière de filiation que la « vie familiale » se comprend souvent comme celle du couple auteur de l'enfant et que l'enfant vient s'insérer dans cette vie familiale. Chaque parent voit alors son lien à l'égard de l'enfant protégé par l'article 8 de la Convention, cela même si le lien entre l'un des parents et l'enfant se trouve doté d'une effectivité très faible à raison par exemple d'une séparation antérieure à la naissance. Suivant l'expression de l'auteur, « l'effectivité du lien de couple étend la protection de l'article 8 au double rapport de l'enfant avec chacun de ses auteurs » (P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 171).

²⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 31

²⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Kearns c. France* du 10 janvier 2008, § 72.

²⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, §§ 44-45.

²⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 24 octobre 1994, § 30.

²⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lebbink c. Pays-Bas* du 1^{er} juin 2004, § 37.

²⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, §§ 141-148.

²⁴⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du

²⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 32.

La relation beau-parentale est également intégrée à la notion de vie familiale. Dès 1997 et l'arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, la Cour a considéré qu'un transsexuel, la femme avec qui il vivait et l'enfant mis au monde par celle-ci grâce à une insémination artificielle étaient unis par des liens familiaux *de facto* protégés par la Convention au titre de la vie familiale²⁴⁹. Dans une décision de recevabilité *Gas et Dubois c. France* du 31 août 2010, la Cour a semblablement considéré que la relation existant entre une femme et l'enfant de sa partenaire de même sexe était une vie familiale au sens de la Convention²⁵⁰. Cette approche a été ultérieurement expressément confirmée par l'arrêt rendu le 19 février 2013 par la grande chambre dans l'affaire *X. et autres c. Autriche*.

Enfin, la relation entre des parents d'accueil et l'enfant qu'ils ont pris en charge peut également être intégrée dans la sphère de la vie familiale. Tel est l'enseignement que l'on peut tirer de l'arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* daté du 27 avril 2010. Ayant préalablement rappelé les traits principaux de sa jurisprudence relative au champ d'application de la vie familiale, la Cour a considéré que la relation entre des époux italiens et la petite fille qu'ils avaient accueillie à l'âge d'un mois et élevée jusqu'à l'âge de 19 mois constituait une vie familiale protégée par l'article 9. La Cour a en particulier souligné que le couple avait « vécu avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie » (§ 49)²⁵¹ et a accordé une importance particulière à la circonstance que des liens très forts s'étaient noués entre les requérants, leurs enfants, et la petite fille accueillie et qu'ils avaient déposé une requête en adoption (§§ 50-51)²⁵². Cette extension du champ d'application de la vie familiale a été confirmée dans une affaire *Kopf et Liberda c. Autriche* soldée par un arrêt du 17 janvier 2012 dans laquelle un couple viennois avait accueilli un petit garçon âgé de deux ans pour une période de quarante-six mois et introduit une demande en adoption de l'enfant (§ 37).

86. On le voit, la Cour a rapidement dépassé le cadre de la conception traditionnelle de la famille qui prévalait sans doute en 1950 dans l'esprit des rédacteurs du texte de la Convention. La vie familiale protégée par la Convention recouvre ainsi une réalité infiniment plus vaste que la cellule familiale composée par le couple marié et ses enfants. Quel regard peut-on porter sur cet élargissement significatif du champ d'application de la vie familiale ? A tout le moins, la reconnaissance d'une pluralité de liens familiaux parentaux rend inéluctable la multiplication des situations dans lesquelles un enfant se trouve engagé dans une pluralité de liens familiaux éventuellement concurrents²⁵³. Ainsi, les affaires soumises à la Cour confrontent-elles parfois le père biologique au père juridique (*Anayo c. Allemagne*), le beau-parent au parent (*X. et autres c. Autriche*) ou le parent d'accueil au parent d'origine (*Moretti et Benedetti c. Italie* et *Kopf et Liberda c. Autriche*).

²⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 37.

²⁵⁰ Cour eur. dr. h., décision *Gas et Dubois c. France* du 31 août 2010.

²⁵¹ Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Kearns c. France* du 10 janvier 2008, § 80.

²⁵² Voy. cependant l'opinion dissidente du juge KARAKAS : « A mes yeux, le simple lien de fait établi entre les requérants et le bébé et le désir qu'avaient les requérants d'adopter celui-ci, n'étaient pas suffisants pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une vie familiale qui mérite la protection de l'article 8 de la Convention. Au demeurant, les relations de type familial ont été considérées, selon l'approche traditionnelle des organes de la Convention, comme entrant dans le champ d'application de la vie privée (voir, par exemple, D.J et A.- K.R. c. Roumanie (déc), no 34175/05, 20 octobre 2009, §§ 82, 83 et 88 ; X. c. Suisse, no 8257/78, décision de la Commission du 10 juillet 1978, DR 13, p. 248). A la lumière de ce principe et eu égard aux soins apportés à A. par les requérants, ainsi qu'à l'attachement dont ils se prévalent, n'aurait-il pas été plus opportun d'examiner les conséquences de leur séparation plutôt sous l'angle de la vie privée des requérants ? ».

²⁵³ A. GOUTTENNOIRE, « Le droit au respect de la vie familiale », in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 563.

§ 2. La famille élargie

87. Cette potentialité conflictuelle se trouverait encore accentuée si l'on devait constater que des liens verticaux protégés par la Convention existent par-delà les limites de la famille nucléaire composée par les parents et les enfants.

On pense en premier lieu à la relation de grand-parenté que l'arrêt *Marckx* avait en 1979 expressément considérée susceptible de constituer une vie familiale protégée. Ainsi, suivant la Cour, « la «vie familiale» au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants » (§ 45). Dans un arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, elle a toutefois affirmé, en citant ce passage précis de l'arrêt *Marckx*, que la vie familiale « se limite normalement au noyau familial » (§ 94). Faut-il considérer que, quoiqu'il s'en réclame, l'arrêt *Slivenko* réduit la portée de la vie familiale telle qu'elle semblait découler de l'arrêt *Marckx* ou simplement que la Cour envisage de manière large la notion de « noyau familial » qui recouvre habituellement le couple et les enfants²⁵⁴?

Généralement considérée, la jurisprudence européenne amène plutôt à la conclusion que la vie familiale inclut également « les relations entre grands-parents et petits-enfants, entre frères et sœurs, voire entre oncles, tantes, neveux et nièces pour autant que les liens en cause soient réels, effectifs et profonds »²⁵⁵.

Il semble bien, au regard tant des énonciations de l'arrêt *Marckx* que des développements jurisprudentiels ultérieurs que la relation entre un enfant et son grand-parent relève de la vie familiale dont le respect est garanti par la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Amanalachioai c. Roumanie* relative à une situation dans laquelle les autorités internes avaient confié un enfant à ses grands-parents plutôt qu'à ses parents, la Cour n'a pas expressément caractérisé la nature de la relation grand-parentale, mais elle a expressément visé « l'intégration de [l'enfant] dans la famille des grands-parents » ce qui laisse tout de même entendre que les relations entre eux constituaient une vie familiale au sens de l'article 8²⁵⁶.

Si les relations de fratrie entre enfants sont sans aucun doute couvertes par la notion de vie familiale comme il résulte notamment de l'arrêt *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie* du 6 avril 2010, il est moins évident que les relations entre frères et sœurs devenus adultes y trouvent place également. Aux termes d'un arrêt *Boughanemi c. France*, la Cour a certes pu considérer pertinente pour l'appréciation, dans le contexte d'une expulsion d'étranger, de l'existence d'une vie familiale la circonstance que « les parents [du requérant] ainsi que ses dix frères et sœurs [résidaient] régulièrement en France » (§ 35). Dans un arrêt *Vasquez c. Suisse* du 26 novembre

²⁵⁴ Voy. à cet égard l'opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Kovler : « Tout en partageant l'opinion de la majorité sur la violation de l'article 8 § 1 de la Convention, je souhaite néanmoins préciser ma position sur l'ingérence alléguée dans la « vie familiale » des requérantes, écartée par le raisonnement de la Cour. A mon humble avis, au paragraphe 97 de son arrêt, la Cour a restreint la notion de « vie familiale » en l'interprétant comme les liens existant au sein du « noyau familial » (« core family » dans la version anglaise). En d'autres termes, la Cour a opté pour le concept traditionnel de la famille fondée sur le pacte conjugal, c'est-à-dire de la famille conjugale qui comprend un père, une mère et des enfants mineurs, tandis que les enfants adultes et les grands-parents sont exclus de ce cercle. Cela pourrait être juste au sens juridique strict de cette notion, employée dans la législation civile des pays européens ; mais l'interprétation que la jurisprudence de la Cour donne de l'article 8 § 1 ouvre d'autres horizons en mettant l'accent sur des liens parentaux plus larges. Textuellement, dans l'affaire *Marckx* évoquée en l'espèce, la Cour avait souligné que « la « vie familiale » au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants »

²⁵⁵ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, pp. 107-160. Voy. aussi A. GOUTTENOIRE, « Le droit au respect de la vie familiale », in *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, p. 558 et H. MOCK, « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Aperçu de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1998, p. 241.

²⁵⁶ Voy. aussi, Cour eur. dr. h., arrêt *Lyubenova c. Bulgarie* du 18 octobre 2011.

2013, la Cour a exposé que « les relations centrales de la vie familiale au titre de l'article 8 sont celles entre époux et épouse et entre parents et enfants » mais que « dans certaines circonstances, le relation entre frères et sœurs relève également de la notion de vie familiale en fonction de l'existence de liens personnels étroits » (§ 48)²⁵⁷.

Dans un arrêt *Mallah c. France* du 10 novembre 2011, la Cour a considéré que la relation existant entre un homme et son gendre qu'il accueillait sous son toit était constitutive d'une vie familiale protégée par la Convention (§ 31).

§ 3. Les intérêts matériels

88. Très rapidement la Cour a affirmé que la vie familiale recouvrait également des liens « matériels » de nature alimentaire ou successorale. Ainsi a-t-elle souligné, dès *Marckx*, que « le domaine des successions – et des libéralités – entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale » dès lors que celle-ci « ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants ; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants »²⁵⁸. Il faut relever que plusieurs juges se sont interrogés sur l'opportunité d'inclure de la sorte les intérêts patrimoniaux dans le champ d'application de la vie familiale. Ainsi, selon le juge THÓR VILJÁLMSOHN, « une interprétation comparée de l'article 8 de la Convention d'une part et de l'article 1 du Protocole no 1 d'autre part montre que le premier ne traite pas de l'aspect financier des rapports entre les deux requérantes. Les travaux préparatoires de ces deux dispositions le confirment » (§ 5). De même, suivant le juge FITZMAURICE, « des concepts comme ceux d'état, de filiation douteuse, de droits patrimoniaux et de propriété, dont l'arrêt de la Cour est exclusivement préoccupé, [...] ne peuvent être considérés comme inscrits dans les notions de vie privée, vie familiale, domicile, etc., que par une interprétation forcée et artificielle » (§ 13).

§ 4. L'incertitude de la vie familiale

89. Comme la vie privée, la vie familiale visée à l'article 8 a fait l'objet d'une interprétation constructive par la Cour européenne.

Semblable extension du champ d'application du « concept autonome » de vie familiale invite elle aussi à un triple constat ou à un triple questionnement.

En premier lieu, force est de constater que les limites de la vie familiale protégée sont difficilement discernables²⁵⁹. Si à ce stade, les frontières de la vie familiale restent marquées par la référence au couple (quel que soit son statut) et par la relation parentale (dans leur multiplicité), il n'empêche que rien ne paraît exclure que surgisse bientôt des demandes qui – dans le sillage des affaires *Burden c. Royaume-Uni* et *Korelc c. Slovénie* (voy. *infra* n° 697 et

²⁵⁷ Traduction libre.

²⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 52. Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Şerife Yiğit c. Turquie* du 2 novembre 2010, § 95.

²⁵⁹ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 18.

851) – poussent plus loin encore les capacités inclusives du concept strasbourgeois de « vie familiale »²⁶⁰.

En second lieu, cette extension très importante du champ d'application de la vie familiale implique une assez grande variabilité de l'intensité de la garantie conventionnelle offerte. En d'autres termes, l'attribution du label « vie familiale » n'induit pas toujours les mêmes conséquences, le poids relatif du respect dû à la vie familiale n'est pas uniforme²⁶¹. De la même manière que l'extension de la vie privée pose la question de l'uniformité de la garantie procurée, l'inclusion de très nombreuses relations dans le champ de la vie familiale rend *a priori* douteux le bénéfice d'un niveau de garantie parfaitement uniforme.

En troisième lieu, la multiplication quantitative des liens interindividuels considérés dignes de la protection de la vie familiale constitue un terreau particulièrement fertile pour le déploiement de conflits entre vies familiales concurrentes. Cela est évidemment particulièrement évident en matière de relations parentales tant il est vrai que le pluralisme et la précarité des familles postmodernes ont induit une multiplication des liens qu'un même enfant peut nouer avec des adultes qui à divers titre et dans diverses mesures peuvent assumer à son endroit un rôle de parent ou à tout le moins d'éducateur ou de référent.

Sous-section 3. Le droit de se marier et de fonder une famille

90. En plus de la protection générale du droit au respect de la vie privée et familiale, la Convention prévoit une protection spécifique du droit de se marier et de fonder une famille. Celle-ci est prévue à l'article 12 de la Convention aux termes duquel, « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

91. Situé au terme de l'inventaire ou du catalogue des droits garantis, l'article 12 est certainement une disposition singulière. Comme le rapporte Montserrat ENRICH MAS, son inclusion dans le texte de la Convention a donné lieu à diverses oppositions. Ainsi, au sein de la commission des questions juridiques de l'Assemblée chargée d'étudier le projet de Convention, a-t-on envisagé d'exclure cet article au motif qu'il ne protégeait pas un droit politique fondamental ou essentiel, son adoption ayant *in fine* été largement liée à la volonté de condamner solennellement les restrictions raciales qui avaient prévalu en la matière sous le régime nazi²⁶². Le texte finalement adopté se distingue par ailleurs du modèle procuré par la Déclaration universelle de 1948²⁶³ : à la différence de l'article 16 de cet instrument, le texte retenu par les auteurs de la Convention européenne ne vise pas spécifiquement l'exigence de libre consentement et n'affirme pas l'égalité des droits des époux. Au demeurant, l'article 12 s'abstient d'affirmer comme le fait l'article 16 de la Déclaration que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

²⁶⁰ J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 574.

²⁶¹ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, pp. 161-208.

²⁶² M. ENRICH MAS, « Article 12 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la dir. de L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 437-439.

²⁶³ 1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.

§ 1. Le droit de se marier

92. Le champ d'application matériel du droit de se marier est, dans un premier temps, apparu précisément circonscrit. Toutefois, à l'instar du droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au mariage a fait l'objet d'une interprétation évolutive, dynamique et constructive au terme de laquelle son assiette paraît considérablement élargie.

En 1986, la Cour a rendu deux arrêts essentiels relatifs à l'article 12. L'un concernait les conditions d'accès au mariage, l'autre les modalités de dénouement du lien matrimonial. Dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre, relatif à l'absence de reconnaissance civile du nouveau sexe des transsexuels et à l'impossibilité corrélative pour les transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, la Cour a considéré qu'« en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » et que « le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (§ 49). Dans l'arrêt *Johnston c. Irlande*, relatif à l'impossibilité de divorcer en droit irlandais, la Cour a relevé que « le sens ordinaire des mots "droit de se marier" est clair : ils visent la formation de relations conjugales et non leur dissolution » et que « même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 » (§ 52). Dans la première jurisprudence de la Cour, il était donc clair que le droit de se marier et de fonder une famille voyait sa portée restreinte au mariage traditionnel et ne concernait pas sa dissolution. L'un et l'autre de ces positionnements ont connu dans les développements ultérieurs de la jurisprudence européenne des infléchissements considérables.

93. Ainsi, les arrêts *Christine Goodwin* et *I.* de 2002 ont-ils expressément nuancé la perception retenue dans l'arrêt *Rees* en soulignant que si « [l'article 12 visait] expressément le droit pour un homme et une femme de se marier », il n'était pas certaine que « l'on puisse [...] continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques » (§ 100) tandis que, dans l'arrêt *Schalk et Kopf* du 24 juin 2010, la Cour a expressément affirmé ne plus considérer que « le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé » (§ 61).

94. En ce qui concerne la dissolution du lien matrimonial, il résulte des arrêts *F. c. Suisse* de 1987 et *Aresti Charalambous c. Chypre* de 2007 que si un Etat va au-delà de ses obligations découlant de la Convention et introduit le divorce dans son ordre juridique, alors la durée des procédures en divorce et les obstacles posés au remariage peuvent notamment donner lieu à une évaluation sous l'angle de l'article 12 et à un constat de violation de cette disposition s'ils revêtent un caractère déraisonnable²⁶⁴.

95. La grande chambre semble avoir remis en cause, dans un arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014, le monopole de l'article 12 en matière de protection du droit de se marier. Ainsi, les juges européens ont-ils expressément affirmé que « l'article 8 de la Convention protège aussi le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou du point de vue du droit de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, la notion d'autonomie personnelle reflétant un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties énoncées dans cette disposition

²⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, § 38 et Cour eur. dr., arrêt *Aresti Charalambous c. Chypre* du 19 juillet 2007, § 56.

[...] » et que dans ce contexte « il va sans dire que le droit d'un individu à se marier et à rendre public son choix est protégé par la Convention, en particulier par l'article 8 considéré à la lumière d'autres articles pertinents » (§ 126).

§ 2. Le droit de fonder une famille

96. La question s'est également posée de l'interdépendance entre les deux volets de l'article 12 : le droit de se marier, d'une part ; le droit de fonder une famille, d'autre part. Dans les affaires *Goodwin* et *I.* précitées, la Cour a affirmé que le droit de se marier n'était pas dépendant de la capacité de fonder une famille. Ainsi, « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier » (§ 98). Il s'ensuit qu'*a priori* les deux volets de l'article 12 consacrent au bénéfice des individus deux droits distincts susceptibles d'être appréhendés de manière distincte. Il faut cependant bien relever que si le droit de se marier a été très souvent invoqué pour lui-même, à ce stade l'invocation isolée du droit de fonder une famille apparaît par contre particulièrement discrète dans la jurisprudence de la Cour²⁶⁵.

Au moment de l'élaboration de la Convention, le droit de fonder une famille paraissait n'impliquer que le droit pour le couple (traditionnel) de décider d'avoir (ou pas) des enfants : l'Etat ne pouvait pas interférer avec ce droit, par exemple, en procédant à des stérilisations forcées ou bien en interdisant la contraception²⁶⁶. Toutefois, l'évolution des mœurs couplée à celle des techniques a progressivement induit une reformulation des questions liées au droit de fonder une famille. En particulier, la question se pose des rapports entre un éventuel droit de procréer et le droit de fonder une famille garanti par l'article 12 de la Convention. Selon Marleen EIJKHOLT, « l'examen de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme suggère que l'article 12 n'est plus le véhicule utilisé pour affirmer le genre de revendications qui tendent à être formulées sous le couvert d'arguments favorables à un droit de procréer. Les revendications relatives à la procréation assistée ont été formulées au titre de l'article 8 »²⁶⁷.

Pourtant, l'article 12 semblait en mesure de fournir un cadre aux interrogations relatives à la reproduction humaine. Ainsi, dans sa décision *X. et Y. c. Royaume-Uni* du 15 décembre 1977, la Commission a affirmé qu'« il est implicite dans l'article 12 qu'il garantit un droit de procréer des enfants ». Toutefois, le deuxième volet de l'article 12 est manifestement resté en deçà de ses potentialités, un peu comme si la modestie de son objectif initial – condamner l'eugénisme tel qu'il avait pu être mis en œuvre par les nazis et censurer les politiques tendant à décourager la reproduction au sein de certaines populations – l'avait par la suite fait paraître peu approprié pour l'appréhension des questions liées – par exemple – à l'assistance médicale à la procréation²⁶⁸.

Suivant l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, c'est bien l'article 8 qui garantit au titre de la vie privée « le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent » alors même qu'il est notoire que, sous son versant vie familiale, cette disposition ne protège pas « le simple désir de fonder une famille »²⁶⁹.

²⁶⁵ M. EIJKHOLT, « The Right To Found a Family as a Stillborn Right To Procreate », *Medical Law Review*, 18, spring 2010, p. 133.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 128.

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 128-129 (traduction libre).

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 132-134 (traduction libre).

²⁶⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, § 41.

§ 3. L'incertitude du droit de se marier et de fonder une famille

97. Quelle que soit la divergence de leur destin, les deux volets de l'article 12 rendent compte d'un même phénomène d'extension du champ des possibles, sans garanties quant à ce qui peut précisément et substantiellement être réclamé par l'individu au titre de l'élargissement du domaine de ses droits fondamentaux. De la même manière que le droit à la vie privée et que le droit au respect de la vie familiale, le droit de se marier, autrefois particulièrement aisé à circonscrire, voit son assiette matérielle considérablement élargie. La conséquence directe de cet élargissement ne surprendra pas : l'inclusion (potentielle) de certains couples dans le champ du droit de se marier ne conduit pas *ipso facto* à une obligation étatique de permettre le mariage des couples considérés. Tout au plus, cette inclusion rend-t-elle « discutable » ou « négociable », sous l'égide de l'article 12, l'accès à l'institution matrimoniale. Par-delà son déplacement depuis le champ d'application de l'article 12 vers celui de l'article 8, le droit de procréer rend compte de la même ambiguïté : par-delà l'affirmation tonitruante du droit d'avoir ou de ne pas avoir un enfant, voire du droit d'avoir un enfant grâce à la médecine reproductive, il reste à s'interroger sur la profondeur des obligations qui peuvent en découler pour les Etats ...

Sous-section 4. L'estompement des frontières

98. A la concurrence conceptuelle entre la vie privée et la vie familiale, il faut ajouter une possible concurrence entre la protection procurée par l'article 8 et celle dispensée par d'autres dispositions de la Convention. Ainsi, à la faveur de la formidable expansion du champ d'application de cette disposition, il ne se trouve plus aucune disposition conventionnelle avec laquelle elle n'est pas susceptible d'entrer en concours. Il faut donc envisager séparément, à propos de l'article 8, la question des frontières internes (§ 1) et celle des frontières externes (§ 2).

§ 1. Les frontières internes

99. On a déjà mis en évidence que certains aspects de la vie personnelle, affective et sexuelle étaient difficile à classer expressément dans la vie privée ou dans la vie familiale. En outre, l'article 8 protège aussi le droit au respect du domicile et de la correspondance.

A. La frontière entre vie privée et vie familiale

100. La frontière qui séparerait les deux notions est donc très difficile à tracer et l'on observe une tendance de la Cour à ne pas systématiquement déterminer si une problématique appartient à l'un ou l'autre versant de la protection garantie par l'article 8 de la Convention.

L'incertitude des rapports entre vie privée et familiale apparaît dès les premiers moments de la jurisprudence de la Cour. Ainsi dans l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 la Cour considérait déjà que la possibilité pour une femme d'obtenir une séparation judiciaire relevait de « la vie privée ou familiale » (§ 33). C'est toutefois à la faveur du déploiement spectaculaire de

la vie privée – laquelle a investi à partir de l’arrêt *Niemietz c. Allemagne* de 1992 le champ des relations interpersonnelles – que les possibilités de concours se sont multipliées²⁷⁰.

Pareille confusion conceptuelle s’exprime, en premier lieu, dans l’usage combiné de la vie privée et de la vie familiale qui prévaut parfois dans certains contentieux de droit de la personne et de la famille. Ainsi, les matières de l’accès aux origines, du sexe civil ou des noms et prénoms donnent-elles par exemple lieu, dans certains cas, à une appréhension sous l’angle de la seule vie privée et, dans d’autres cas, à une analyse sous l’angle combinatoire de la vie privée et familiale²⁷¹.

Elle trouve peut-être une expression encore plus forte dans l’occasionnel renoncement exprès de la Cour à inscrire une affaire donnée dans le registre de la vie privée ou dans celui de la vie familiale. Tel a notamment été le cas dans les affaires *Anayo*²⁷² et *Schneider*²⁷³ précitées où la Cour a considéré que la situation des requérants relevait peut-être de la vie familiale, mais en tout cas de la vie privée. Tel a également été le cas dans l’affaire *Boughanemi c. France* où la Cour a considéré, dans le doute, qu’était en cause une ingérence dans « la vie privée et familiale »²⁷⁴.

B. La frontière entre respect de la vie privée et familiale et respect du domicile et de la correspondance

101. En marge de l’arrêt *Marckx c. Belgique*, le juge anglais Gérald FITZMAURICE avait exprimé l’opinion que « le principal, sinon le seul objet, le seul champ d’application visé par l’article 8 (art. 8) était ce que j’appellerai la "protection domiciliaire" de l’individu » en sorte que « celui-ci et sa famille ne devaient plus être exposés au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, aux intrusions domestiques, perquisitions et interrogatoires, aux contrôles, retards et confiscations de correspondance, à l’installation d’appareils d’écoute (mouchards), aux restrictions d’emploi de la radio et de la télévision, à l’écoute ou au débranchement du téléphone, aux mesures privatives comme les coupures d’électricité ou d’eau, à des abominations comme le fait d’obliger les enfants à rapporter les activités de leurs parents, et même parfois des époux à témoigner l’un contre l’autre, bref à toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes » (§ 7).

i) Vie privée et domicile

²⁷⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 27.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 29.

²⁷² Cour eur. dr. h., arrêt *Anayo c. Allemagne* du 21 décembre 2010 (« 62. Having regard to the foregoing, the Court does not exclude that the applicant’s intended relationship with his biological children attracts the protection of “family life” under Article 8. In any event, the determination of the legal relations between the applicant and his biological children here at issue – namely the question whether the applicant had a right of access to his children – even if they fell short of family life, concerned an important part of the applicant’s identity and thus his “private life” within the meaning of Article 8 § 1. The domestic courts’ decision to refuse him contact with his children thus interfered with his right to respect, at least, for his private life »).

²⁷³ Cour eur. dr. h., arrêt *Schneider c. Allemagne* du 15 septembre 2011 (« 90. In view of the foregoing, the Court does not exclude that the applicant’s intended relationship with F. fell within the ambit of “family life” under Article 8. In any event, the determination of the legal relations between the applicant and F. – that is, whether the applicant had a right of access to F. and information about his personal circumstances –, even if they fell short of family life, concerned an important part of the applicant’s identity and thus his “private life” within the meaning of Article 8 § 1. The domestic courts’ decision to refuse him contact with and information about F. thus interfered with his right to respect, at least, for his private life »).

²⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, § 35.

102. Au sein de l'article 8, vie privée et vie familiale peuvent dès lors concourir avec la protection du domicile. Tel est notamment le cas dans la jurisprudence de la Cour consacrée à la protection de l'environnement et à la protection du mode de vie nomade des tsiganes. Ainsi, d'un côté, la Cour a par exemple estimé, dans l'affaire *Lopez-Ostra c. Espagne*, que « des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale »²⁷⁵. D'un autre côté, elle a considéré, dans son arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, que « des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »²⁷⁶. Il existe ainsi des lieux de chevauchement de la « vie privée et familiale » et du droit au respect du domicile.

ii) Vie privée et correspondance

103. De la même manière les communications interindividuelles relèvent à la fois de la correspondance et de la vie privée. Ainsi la Cour a-t-elle par exemple pu signaler, dans son arrêt *Ulariu c. Roumanie* du 19 novembre 2013, qui concernait des écoutes téléphoniques, que « les communications téléphoniques se [trouvent] comprises dans les notions de “vie privée” et de “correspondance” au sens de l'article 8 » (§ 46). De même, dans son arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique* du 13 mai 2008, relatif à la production en justice d'une correspondance amoureuse, la Cour a rappelé qu'« une atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée et de sa correspondance viole l'article 8 si elle n'est pas “prévues par la loi”, ne poursuit pas un but ou des buts légitimes visés par le paragraphe 2 et n'est pas “nécessaire dans une société démocratique” » (§ 37). A nouveau, force est de constater la porosité des cloisonnements internes à l'article 8 et cela quelle que soit la nature – téléphonique ou épistolaire – des communications considérées.

§ 2. Les frontières externes²⁷⁷

104. L'article 8 de la Convention entretient constitutivement des relations étroites avec l'article 12. A cet égard, nous avons montré que l'article 8 a d'ores et déjà « absorbé » le contentieux de la procréation qui paraissait *a priori* destiné à être appréhendé sous l'angle de l'article 12, tandis que plus récemment l'article 8 a également montré qu'il « comprenait » dans une certaine mesure le droit de se marier (voy. *supra* n° 95). L'avenir dira si l'article 12 restera longtemps en mesure de faire valoir une quelconque singularité par rapport à la garantie « générale » de la vie privée et familiale offerte par l'article 8.

Celui-ci entretient également des rapports de grande proximité avec l'article 2 du Premier protocole additionnel (2P1) et avec l'article 5 du Protocole n° 7 (5P7) qui en constituent – d'une certaine manière – des *lex specialis*. Suivant le premier, « l'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions

²⁷⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lopez-Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, §§ 51 et 55. F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 28.

²⁷⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 73. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2013, sp. § 142 (protection du mode de vie des gens du voyage) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, § 63 (protection du mode de vie des gens du voyage).

²⁷⁷ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 31 et s.

religieuses et philosophiques »²⁷⁸. Suivant le second, « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution »²⁷⁹. L'invocation de l'article 2 du Premier protocole a été beaucoup plus significative que celle de l'article 5 du Protocole n° 7.

105. Au-delà, en raison de la très importante expansion de la vie privée, il n'est pratiquement plus aucune disposition de la Convention qui ne puisse entrer en concours avec l'article 8.

Ainsi, par exemple, l'article 2 (qui protège le droit à la vie) est évidemment pertinent lorsqu'est en cause le début ou la fin de la vie humaine. De même, l'article 3 (qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants) trouve-t-il à s'appliquer dans ces mêmes matières, mais également dans les affaires qui concernent l'intégrité corporelle ou la liberté corporelle. L'article 5 (qui garantit le droit à la liberté) est évidemment pertinent lorsque sont en cause les mesures de privation de liberté prises à l'égard de personnes atteintes de troubles mentaux (voy. *infra* n° 522 et s.).

L'article 6 de la Convention (qui protège le droit à un procès équitable) occupe une place particulière dans un contexte où l'on peut observer un ample mouvement de procéduralisation du droit européen des droits de l'homme. Cette disposition est invoquée, en plus d'autres dispositions, dans de très nombreuses affaires. Dans le même temps, l'article 8 a lui-même été doté par la jurisprudence de la Cour d'un versant procédural (voy. *infra* n° 123 et s.).

Les articles 9, 10 et 11 sont les plus proches voisins de l'article 8 de la Convention. Le régime des dérogations qu'ils mettent en œuvre est identique dans sa structure à celui qui prévaut dans le cadre de l'article 8. Les interactions directes sont ici plus rares, même s'il est possible d'en mettre l'une ou l'autre en évidence. Ainsi, les interactions entre l'article 8 de la Convention et l'article 9 de celle-ci se multiplient-elles, ceux-ci venant notamment en concours sur des questions telles que l'obligation de dévoiler son obédience religieuse sur sa « carte d'imposition » (*Wasmuth c. Allemagne*) ou l'impossibilité d'arborer le foulard islamique (*Leyla Sahin c. Turquie*). Dans un arrêt de grande chambre *Fernandez Martinez c. Espagne* daté du 12 juin 2014, la Cour a expressément relevé que « plusieurs dispositions de la Convention [étaient] pertinentes pour l'appréciation de la [...] requête, en particulier les articles 8, 9, 10 et 11 » (§ 108).

L'importance de l'article 14 en matière de droit de la personne et de la famille ne doit plus être démontrée. Dès lors que de nombreux éléments qui structurent cette branche du droit constituent précisément des « critères suspects » au regard de cette disposition (sexe, orientation sexuelle, âge, etc.), la jurisprudence relative aux articles 8 et 14 combinés est particulièrement pléthorique (voy. *infra* n° 126 et s.).

²⁷⁸ Dans son arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, la Cour a souligné que « la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) implique en revanche que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser (§ 53). Cette disposition a notamment pu être mise en œuvre, combine à l'article 14, en matière de discrimination à l'égard des enfants roms en matière de scolarité (Cour eur. dr. h., arrêt *Velyo Veleve c. Bulgarie* du 27 mai 2014) ou en matière de discrimination fondées sur le lieu de résidence en matière de langue d'enseignement (Cour eur. dr. h., Affaire linguistique belge du 23 juillet 1968).

²⁷⁹ Force est de constater que l'usage jurisprudentiel de cette disposition est resté à ce stade particulièrement limité. En réalité, il semble qu'elle n'ait jamais fait l'objet du moindre constat de violation par la Cour. La Cour décide généralement, après avoir constaté une violation de l'article 8 ou au contraire l'absence de violation de cette disposition qu'il n'y a pas lieu de se livrer à un examen de l'affaire sous l'angle de l'article 5P7. Voy. à cet égard par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Kaplan c. Autriche* du 18 janvier 2007, § 37 et Cour eur. dr. h., arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007, § 32.

Hors de la Convention originelle, il faut pointer que lorsqu'est en cause l'allocation par l'Etat du bénéfice d'avantages liés à la vie familiale, l'article 8 peut concourir avec l'article 1P1 qui protège le droit au respect de la propriété²⁸⁰. Dans une opinion séparée adjointe à l'arrêt *Di Belmonte c. Italie*, le juge SAJÓ n'a pas hésité à affirmer que « la propriété est une institution fondatrice de la démocratie et de l'autonomie personnelle »²⁸¹.

²⁸⁰ Voy. par ex. Cour eur. dr. h., arrêt P.M. c. Royaume-Uni du 19 juillet 2005, §§ 26-29 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, §§ 58-59.

²⁸¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Di Belmonte c. Italie* du 16 mars 2010, opinion concordante du juge SAJÓ.

Synthèse de la section 1

106. On comprend que dans le contexte qui vient d’être décrit, les requêtes individuelles soumises à la Cour achoppent rarement sur le refus d’inclure une aspiration ou une prétention individuelle dans le champ d’application matériel de l’article 8 de la Convention. Encore faut-il bien cerner la portée précise de cette formidable extension du champ d’application des articles de la Convention : il ne s’agit *in fine* que d’une expansion – certes remarquable – du champ du discutable. Ainsi, l’inclusion par la Cour d’une revendication individuelle dans le champ d’application de l’article 8 ou de l’article 12 n’exprime rien d’autre que la reconnaissance de la pertinence de la question posée, elle ne préjuge en rien de la réponse qui devra y être apportée. D’ailleurs, comme nous l’avons relevé – tant à propos de l’article 8 que de l’article 12 de la Convention – pareille extension de la « surface » de la garantie rend peu vraisemblable l’hypothèse d’une intensité parfaitement uniforme ou constante de la garantie procurée.

107. L’extension de la surface des droits se double d’un estompement des frontières externes et internes de l’article 8 en sorte que se multiplient les rapports de concurrence et/ou de collaboration entre dispositions conventionnelles. Frédéric SUDRE estime que l’atténuation de la structuration interne de l’article 8 constitue un « méli-mélo conceptuel » qui « a pour conséquence fâcheuse d’entremêler les champs d’application des notions de vie privée, vie familiale et domicile [...] de manière telle qu’il convient de se demander si la juridiction européenne maîtrise réellement les concepts qu’elle manie »²⁸². Il n’est pas certain non plus que la Cour soit toujours absolument maîtresse des choix qu’elle opère, au gré des espèces, entre les garanties procurées par l’article 8 et celles offertes par d’autres dispositions conventionnelles, comme il apparaît notamment dans les situations de concours entre l’article 8 et l’article 5 (en matière de capacité de la personne) ou entre l’article 8 et l’article 3 (en matière d’intégrité de la personne) ou entre l’article 8 et l’article 1P1 (en matière de subvention des relations familiales). Dans toutes ces hypothèses qui révèlent un « flou » dans les délimitations des territoires respectifs des garanties conventionnelles, la question n’est pas seulement celle de disparités dans le « régime » applicable ou le « raisonnement juridictionnel » à mettre en œuvre, elle est aussi celle de la comparabilité des affaires entre elles, essentielle à la construction (cohérente) et à l’analyse (critique) de la jurisprudence²⁸³.

108. Quoi qu’il en soit, il apparaît indéniablement, au moment de clôturer cette première section, que le droit à la vie privée est à la fois une « matrice » au sens où elle « produit » de nouveaux droits aux bénéfices des individus et un « vortex » au sens où elle « absorbe » certaines garanties conventionnelles préexistantes. Le droit au respect de la vie privée serait ainsi assurément la garantie que l’on emporterait sur une île déserte : au départ de celle-ci, on pourrait presque reconstruire, par l’interprétation, l’ensemble du catalogue des droits garantis par la Convention. A moins qu’il vaille mieux emporter l’article 6 ...

²⁸² F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 28.

²⁸³ Cependant, existe-t-il véritablement des différences objectives entre les régimes respectivement liés à la vie familiale et à la vie privée ?

SECTION 2. L'APPROFONDISSEMENT DE LA GARANTIE

109. Si l'assiette matérielle de la vie privée et familiale s'est considérablement élargie, la nature de la garantie exigée des Etats s'est parallèlement complexifiée. Ainsi, l'évolution du droit au respect de vie privée et familiale ne se borne-t-elle pas à un mouvement d'extension en surface dès lors qu'on observe au surplus un mouvement de diversification des obligations imposées à l'Etat. Ainsi faut-il prendre acte de l'existence, dans le chef des Etats, d'obligations négatives et positives (**sous-section 1**), du déploiement très important des obligations procédurales (**sous-section 2**) et de la forte montée en puissance de l'exigence de non-discrimination (**sous-section 3**) tout en pointant d'emblée, ici encore, l'extrême porosité qui caractérise les lignes de séparation entre ces différentes obligations (sous-section 4).

Sous-section 1. Les obligations négatives et les obligations positives

110. En plus des obligations négatives traditionnellement associées aux droits civils et politiques (§ 1), l'article 8 de la Convention met à charge des Etats parties à la fois l'obligation positive de protéger les droits individuels contre les atteintes que se proposeraient d'y porter les tiers (obligation positive « horizontale ») et celle de prendre des mesures raisonnables en vue de permettre la pleine réalisation des droits (obligation positive « verticale ») (§ 2)²⁸⁴.

§ 1. Les obligations négatives

111. Les libertés publiques impliquent traditionnellement à charge de l'Etat des obligations négatives au titre desquelles la puissance publique doit s'abstenir de porter atteinte aux droits individuels²⁸⁵. Suivant la conception classique, les droits de l'individu n'ont d'autre objet que de lui garantir une « sphère de liberté » opposable à l'Etat en sorte que leur fonction dans les rapports entre les personnes et l'autorité publique est « une fonction purement négative »²⁸⁶.

Dans l'arrêt rendu sur l'*Affaire linguistique belge* le 23 juillet 1968, la Cour a ainsi pu affirmer que l'article 8 avait « essentiellement pour objet de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée ou familiale » (p. 33, § 7). L'article 8 vise donc, en premier lieu à garantir l'individu contre les « ingérences actives » de l'Etat dans la vie privée et familiale.

L'Etat s'immisce ainsi « activement » dans la vie privée des personnes lorsque ses agents prétendent – par exemple – restreindre la capacité juridique de l'individu²⁸⁷, lui imposer un traitement médical²⁸⁸ ou le soumettre à une mesure d'écoute téléphonique²⁸⁹. Les autorités s'immiscent de la même manière dans la vie familiale quand elles procèdent à l'expulsion d'un

²⁸⁴ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 361-363.

²⁸⁵ D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 134.

²⁸⁶ F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 363.

²⁸⁷ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt X et Y c. Croatie du 3 novembre 2011, § 102.

²⁸⁸ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt Bogumil c. Portugal du 7 octobre 2008, § 84.

²⁸⁹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt Klass et autres c. Allemagne du 6 Septembre 1978, § 41.

étranger nonobstant le lien conjugal que celui-ci a noué sur le territoire de l'Etat²⁹⁰ ou mettent en œuvre à l'égard d'un enfant une mesure de protection de la jeunesse impliquant la séparation d'avec ses parents²⁹¹. Dans toutes ces situations, la garantie offerte par la Convention consiste bien dans une protection de l'individu contre les incursions non justifiées de la puissance publique dans le domaine de sa vie privée et familiale.

§ 2. Les obligations positives

112. Rapidement, cependant, la Cour a considéré que la Convention ne mettait pas à charge des Etats uniquement de telles obligations négatives de non-ingérence, mais également des obligations positives de protection et de promotion des droits. Certes, de telles obligations sont parfois prévues par le texte de la Convention lui-même, mais, la plupart du temps, il s'agit de créations entièrement prétoriennes²⁹². La découverte prétorienne des obligations positives répond à l'exigence d'effectivité des droits garantis par la Convention. L'Etat peut – au titre des obligations positives – être considéré coupable d'une « ingérence passive » à défaut pour lui de mettre en œuvre les « conditions juridiques et matérielles nécessaires à l'exercice réel des libertés proclamées »²⁹³.

La Cour a expressément consacré leur existence dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 aux termes duquel si l'article 8 a « “essentiellement” pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics » il ne se contente pas « d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un “respect” effectif de la vie familiale » (§ 31). Le 26 mars 1985, dans un arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, la Cour a affirmé que les obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale « peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (§ 23). On le voit, l'article 8 de la Convention a d'emblée constitué un terreau particulièrement fertile pour le déploiement d'obligations positives.

113. L'avènement des obligations positives a pu dans ce contexte apparaître doublement « révolutionnaire ». D'une part, il impliquait l'abandon de la conception qui prévalait en matière de droits civils et politiques et suivant laquelle « de tels droits étaient suffisamment protégés lorsque l'Etat s'abstenait de leur porter atteinte »²⁹⁴. D'autre part, la mise au jour d'obligations positives à charge des Etats permettait de franchir une étape supplémentaire en rendant la Convention applicable aux rapports entre particuliers²⁹⁵. Les obligations positives sont donc de deux ordres : initialement, il s'agit de mettre en œuvre des moyens juridiques ou financiers au service de la pleine réalisation des droits (verticalement) ; progressivement il s'est agi aussi d'intervenir dans les relations interindividuelles afin de protéger les individus contre les atteintes à leurs droits dont d'autres individus se rendraient coupables (horizontalement)²⁹⁶. Dans tous les cas, de telles obligations impliquent une attitude active des autorités qui sont

²⁹⁰ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992, §§ 66-67.

²⁹¹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, § 50.

²⁹² D. SPIELMANN, « Obligations positives ... », *op. cit.*, p. 134.

²⁹³ F. SUDRE, « La théorie des obligations positives », in *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 50-51. Voy. aussi : J.-F. AKANDJI-KOMBE, , pp. 5 et 6.

²⁹⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2011, pp. 50-51. Voy. aussi : J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Human rights handbook, n° 7, Strasbourg, Ed. Council of Europe, 2007, pp. 5 et 6.

²⁹⁶ S. FREDMAN, *Human rights transformed*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 2 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 361.

amenées soit à mettre en œuvre des moyens propres à permettre la pleine réalisation des droits garantis, soit à protéger l'individu contre une menace pour ses droits fondamentaux émanant d'un tiers. Dans un contexte où la Cour se refuse à circonscrire avec précision la portée des termes « vie privée » ou « vie familiale », il n'est au demeurant pas très étonnant qu'elle se soit aussi constamment refusée à élaborer une « théorie générale des obligations positives »²⁹⁷.

A. Les obligations positives verticales : *Marckx c. Belgique*

114. Les obligations positives verticales se comprennent comme une émanation du *welfare state* au sens où il s'agit essentiellement pour l'Etat de mettre en œuvre des moyens propres à assurer la pleine réalisation des droits garantis par la Convention. Ces obligations sont, selon certains auteurs, celles qui permettent d'affirmer que le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas simplement une liberté, mais un véritable droit. Ainsi, la liberté protégerait l'individu contre les immixtions dans la sphère protégée, tandis que l'obligation de réalisation révélerait l'existence d'un droit à proprement parler²⁹⁸. Dans le contexte des obligations positives verticales, l'abstention de l'Etat constitue en elle-même une ingérence dans les droits garantis par la Convention, ingérence qui peut consister soit dans une carence du cadre juridique, soit dans une carence en moyens matériels et/ou humains.

115. L'Etat peut, en premier lieu, avoir omis de mettre en place un *cadre juridique* permettant semblable jouissance effective du droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé, dans *Marckx c. Belgique*, que « l'Etat en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille [...] doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale » en sorte que « le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille » (§ 31). Les exemples pourraient être multipliés à l'envi, dans le champ de la vie privée comme de la vie familiale (un cadre juridique permettant la chirurgie de conversion sexuelle²⁹⁹, la réunion de l'enfant et de ses parents, la pleine reconnaissance civile du changement de sexe³⁰⁰, la modification du nom patronymique³⁰¹ ou la pleine intégration de l'enfant dans sa famille).

116. L'Etat peut, en second lieu, s'être abstenu de procurer les *moyens matériels* nécessaires à la jouissance effective du droit considéré (par exemple : les moyens nécessaires pour garantir l'accès à la justice³⁰², assurer la salubrité des prisons ou des hôpitaux psychiatrique³⁰³ ou garantir la fourniture d'un certain niveau de soins de santé³⁰⁴).

117. L'impact de l'émergence des obligations positives verticales sur la théorie générale des droits de l'homme n'est pas négligeable. Ainsi la Cour a-t-elle expressément admis, dans l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, que la consécration de telles obligations dans le cadre de la Convention – au titre de l'effectivité des droits garantis – opérait un estompement de la différence traditionnellement faite entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels³⁰⁵. Ainsi, « le développement des droits économiques et sociaux dépend

²⁹⁷ La Cour affirme clairement qu'il n'est ni souhaitable ni nécessaire d'élaborer une telle théorie. Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt Platform « Ärzte für das Leben » c. Autriche du 21 juin 1988, § 31 et Cour eur. dr. h., arrêt VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse du 28 juin 2001, § 46.

²⁹⁸ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 845.

²⁹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt L. c. Lituanie du 11 septembre 2007, § 59.

³⁰⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, § 71.

³⁰¹ Cour eur. dr. h., arrêt Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, § 38.

³⁰² Cour eur. dr. h., arrêt Airey c. Royaume-Uni du 9 octobre 1979, §§ 32-33.

³⁰³ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Stanev c. Bulgarie du 17 janvier 2012, § 204.

³⁰⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Chypre c. Turquie du 10 mai 2001, § 219.

³⁰⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations ...*, *op. cit.*, pp. 7-9.

beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances », mais « la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui [...] et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu ». Il s'ensuit que « si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention » (§ 26). Dans son arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, la grande chambre a pu souligner que parmi les critères permettant de déterminer la teneur des obligations positives de l'Etat, il fallait avoir égard à « l'impact sur l'État en cause de l'obligation [considérée], par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de cette obligation (ou l'ampleur de la charge que l'obligation ferait peser sur lui (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 43-44, série A no 106, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 86-88) » (§ 66).

B. Les obligations positives horizontales (ou « de protection »³⁰⁶) : *X. et Y. c. Pays-Bas*

118. Les obligations positives horizontales imposent à l'Etat de s'assurer que des individus ne violent pas les droits fondamentaux d'autres individus. Cet « effet horizontal » de la Convention est aussi appelé *drittwirkung*³⁰⁷ et vise l'application des droits conventionnels dans les relations entre personnes privées, même si c'est en dernière instance l'attitude de l'Etat en tant que régulateur de telles relations qui est évaluée par la Cour en sorte que l'on peut invoquer une « réintroduction inéluctable de l'Etat »³⁰⁸ ou une « trilatéralité du litige horizontal »³⁰⁹. La Cour a rapidement découvert de telles obligations, notamment dans le cadre des articles 2, 3 et 8 de la Convention³¹⁰. L'émergence de telles obligations positives horizontales rend compte de ce que les droits de l'homme ne sont plus seulement des droits subjectifs, ils constituent aussi un ordre de valeurs objectives que l'Etat doit « promouvoir et protéger, jusque et y compris dans les rapports entre particuliers »³¹¹.

119. L'émergence des obligations positives horizontales a également constitué une évolution considérable du point de vue de la théorie générale des droits de l'homme. Elles induisent que les droits de l'homme peuvent désormais se comprendre aussi comme « des moteurs d'intervention et des justificatifs du déploiement, par les Etats, notamment de leur pouvoir coercition »³¹². Ainsi la Cour a-t-elle considéré, dès 1985, dans un arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* que l'Etat pouvait voir sa responsabilité engagée à défaut de mesures pénales adéquates tendant à sanctionner une violation de l'article 8 de la Convention (sp. § 27). Dans ces conditions, les obligations positives horizontales induiront parfois l'exigibilité d'actions étatiques susceptibles de constituer une ingérence contraire à la Convention dans le contexte traditionnel des obligations négatives³¹³. La protection des droits d'un premier individu constitue alors la

³⁰⁶ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *O'Keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014, § 148.

³⁰⁷ D. SPIELMANN, « Obligations positives ... », *op. cit.*, p. 135.

³⁰⁸ H. PAULIAT et V. SAINT JAMES, « La notion d'effet horizontal », in *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français* (dir. J.-P. MARGUÉNAUD), Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », Limoges, disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr>, p. 48.

³⁰⁹ B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, thèse, Université de Limoges, 2006, p. 141 et s.

³¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 361.

³¹¹ *Idem.*

³¹² F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde dans le cadre de la Troisième Académie Européenne d'été, Grenoble 27 septembre 2002 (cejm.upmf-grenoble.fr), p. 12.

³¹³ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 373.

justification potentielle d'une immixtion dans les droits d'un autre individu. Dans pareille hypothèse, celle d'un « conflit de droits » (voy. *infra* n° 239 et s.), le schéma classique de confrontation entre un intérêt particulier et l'intérêt collectif est désactivé en ce sens que ce sont deux aspirations individuelles en « friction » qu'il convient de départager³¹⁴.

Sous-section 2. Les obligations procédurales

120. L'effectivité des droits garantis par les dispositions de la Convention commande que ceux-ci soient assortis de garanties procédurales adéquates³¹⁵. Les garanties procédurales offertes par la Convention européenne sont de deux ordres : d'un côté, elle contient plusieurs dispositions de nature expressément procédurales (§ 1) ; de l'autre, chacune des dispositions substantielles de la Convention bénéficie d'un « volet procédural » faisant naître des obligations dans le chef des autorités étatique (§ 2). On le comprend immédiatement, la dualité des garanties procédurales est susceptible de générer des rapports de concurrence (§ 3). Quoi qu'il en soit, là où il y a un droit, il doit y avoir une procédure et ce principe peut produire des effets jusque dans les rapports entre particuliers. Ainsi, dans sa décision *Dmitrijevs c. Lettonie* du 7 novembre 2002, la Cour n'a pas exclu que l'article 6 § 2 de la Convention puisse créer, dans le chef des Etats contractants, certaines obligations positives horizontales tendant à protéger l'individu contre les agissements d'acteurs privés³¹⁶.

§ 1. Les droits fondamentaux expressément procéduraux (art., 5, 6 et 13) : *Golder c. Royaume-Uni*

121. La Convention contient plusieurs dispositions de nature expressément procédurales. Ainsi, l'article 6, § 1^{er}, dispose-t-il notamment que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Les affaires concernant des griefs articulés sur l'article 6 de la Convention représentent une large majorité du contentieux européen des droits de l'homme. La Convention comporte deux autres dispositions expressément procédurales. D'un côté, aux termes de l'article 5, § 4, de la Convention : « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». De l'autre côté, suivant l'article 13 de la Convention, « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

122. La Cour a cherché à exposer, dans son arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, les rapports entre ces différentes dispositions. Ainsi « le "recours effectif" dont parle l'article 13 s'adresse à une "instance nationale" ("national authority") qui peut ne pas être un "tribunal" au sens des articles 6 par. 1 et 5 par. 4 ; en outre, il a trait à la violation d'un droit garanti par la

³¹⁴ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis », *op. cit.*, p. 12.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

³¹⁶ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », CRIDHO Working Paper 2007/03 (<http://cridho.uclouvain.be/>), p. 32.

Convention, tandis que les articles 6 par. 1 et 5 par. 4 visent des contestations relatives, pour le premier, à l'existence ou l'étendue de droits de caractère civil et, pour le second, à la légalité d'une arrestation ou détention. Qui plus est, les trois clauses n'ont pas le même domaine. La notion de "droits et obligations de caractère civil" (article 6 par. 1) ne coïncide pas avec celle de "droits et libertés reconnus dans la (...) Convention" (article 13), même s'il peut y avoir entre elles des chevauchements. Quant au "droit à la liberté" (article 5), son "caractère civil" prête pour le moins à discussion [...]. Au demeurant, les exigences de l'article 5 par. 4 apparaissent à certains égards plus strictes que celles de l'article 6 par. 1, notamment en matière de "délai" » (§ 33).

§ 2. Les garanties procédurales contenues dans les dispositions substantielles : *McMichael c. Royaume-Uni* et *McCann c. Royaume-Uni*

123. On a vu que les dispositions de la Convention mettaient à la charge des Etats des obligations négatives (de non-ingérence) et positives (de protection et de réalisation). Ces obligations sont en premier lieu substantielles³¹⁷, mais elles se doublent systématiquement d'obligations procédurales.

Dans un sens, « l'obligation procédurale secondaire participe [...] – en amont et en aval – à l'amélioration de la protection de l'obligation substantielle primaire »³¹⁸. L'expression « volet procédural » apparaît pour la première fois sous la plume des juges dissidents dans l'affaire *Labita c. Italie* du 6 juin 2000, mais la prise en considération d'exigences procédurales s'était développée dès 1995 et les affaires *McMichael c. Royaume-Uni* (rôle des parents dans les procédures relatives à leurs enfants) et *McCann et autres c. Royaume-Uni* (obligation d'enquêter en cas d'atteinte au droit à la vie)³¹⁹.

Au départ des contentieux de l'autorité parentale et de l'assistance éducative et des décès suspects, les obligations procédurales se sont progressivement étendues à toute la Convention³²⁰. Ainsi la Cour a-t-elle pu par exemple affirmer dans l'arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007 – relatif à la mise en œuvre du droit reconnu par l'Etat défendeur à un avortement thérapeutique – que « les notions de légalité et de prééminence du droit dans une société démocratique exigent que les mesures touchant les droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuve pertinents » (§ 117)³²¹. Désormais, « chacune des dispositions conventionnelles consacrant un droit substantiel est susceptible de sécréter des garanties d'ordre procédural »³²².

Considérées comme des expressions ou des émanations de la règle substantielle elle-même, les obligations procédurales n'en bénéficient pas moins d'une large autonomie. Ainsi, la « découverte » des obligations procédurales nichées au sein des obligations substantielles

³¹⁷ L'Etat doit s'abstenir au titre du respect dû aux droits ou bien procurer des moyens pour permettre la pleine réalisation des droits ou encore assurer la protection des droits contre les menaces émanant d'un tiers.

³¹⁸ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 401.

³¹⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001, pp. 317 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 398.

³²⁰ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 400 et F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, p. 239.

³²¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 200, § 59 ; Cour eur. dr. h. (plén.), arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 55.

³²² F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis ... », *op. cit.*, p. 17.

permet-elle à la Cour de conclure à la violation d'une disposition *a priori* substantielle de la Convention « y compris en cas de doute sur la réalité de la violation de l'obligation substantielle primaire »³²³. Bien plus, dans ses arrêts *Schneider c. Allemagne* et *Koch c. Allemagne*, la Cour a affirmé que « l'article 8 de la Convention pouvait impliquer un droit à un contrôle juridictionnel même dans une affaire où le droit matériel en question restait à établir »³²⁴.

§ 3. La « concurrence » entre les deux types de garanties procédurales

124. L'émergence d'obligations procédurales au sein des dispositions substantielles implique au demeurant la potentialité d'une « concurrence » entre celles-ci et les dispositions spécifiquement procédurales³²⁵. Si un auteur a pu estimer que les garanties procurées par les articles 6 et 13 de la Convention s'étaient progressivement « importées » dans les dispositions substantielles de celle-ci³²⁶, la Cour a quant à elle cherché à expliciter la différence entre les deux types de garanties offertes dans son arrêt *R.R. c. Roumanie n°1* du 10 novembre 2009. A ses yeux, « l'article 6 accorde une garantie procédurale, à savoir le “droit à un tribunal”, qui connaîtra des “droits et obligations de caractère civil” d'un individu » [...], tandis que l'exigence procédurale inhérente à l'article 8 non seulement couvre les procédures administratives aussi bien que judiciaires, mais va de pair avec l'objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale [...] » (§ 186). Ainsi les « sécrétions » et « émanations » procédurales au sein de dispositions substantielles auraient-elles une portée et une visée plus large que celle de leurs homologues spécifiquement procédurales. Il s'ensuit que « la différence entre l'objectif visé par les garanties respectives des articles 6 §§ 1 et 8 peut, selon les circonstances, justifier l'examen d'une même série de faits sous l'angle de l'un et l'autre article » (§ 187). Dans certains cas, la Cour procède donc à une forme de « double examen procédural »³²⁷ tandis que, dans d'autres, elle refuse de se livrer à cet exercice³²⁸.

Sous-section 3. L'exigence de non-discrimination

125. La notion moderne d'égalité n'apparaît que dans les grandes déclarations des droits de la fin du XVIII^e siècle. Dans le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, l'égalité de droit entre tous les membres de la famille humaine apparaît comme un corollaire de la reconnaissance de la dignité de l'homme. Les articles 1, 2 et 7 déclinent le constat matriciel de l'égalité dans les principes de non-discrimination, d'égalité devant la loi et d'égalité de protection de la loi³²⁹.

De même que les exigences procédurales, l'exigence de non-discrimination bénéficie désormais de plusieurs ancrages conventionnels. Ainsi, à la garantie historique de la non-discrimination procédant de l'article 14 de la Convention (§ 1) est récemment venue s'ajouter une clause de plus large portée (§ 2) dont les potentialités et singularités demeurent à ce stade mystérieuses (§

³²³ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 402. Voy. aussi par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Söderman c. Suède* du 12 novembre 2013, §§ 56-57.

³²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Schneider c. Allemagne* du 15 septembre 2011, § 100 et Cour eur. dr. h., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012, § 53.

³²⁵ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 416.

³²⁶ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations ...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

³²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, § 91.

³²⁸ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, §§ 41-45.

³²⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1187.

3). Il convient d'emblée de préciser qu'à l'instar des obligations procédurales, la règle de non-discrimination est susceptible de sortir ses effets y compris dans les rapports entre particuliers, comme il est affirmé par l'arrêt *Pla et Puncerneau c. Andorre*³³⁰.

§ 1. L'article 14 de la Convention

126. Le principe de non-discrimination est expressément contenu dans la Convention. Aux termes de l'article 14 de celle-ci, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

A. Un droit accessoire, mais autonome : l'Affaire linguistique belge

127. Les rapports entre les règles substantielles de la Convention et l'exigence transversale de non-discrimination de l'article 14 sont complexes. L'interdiction de la discrimination par la Convention se conçoit initialement comme le « complément » des autres dispositions de la Convention³³¹.

128. Il ne s'agit pas d'une clause interdisant toute discrimination comme celle prévue dans l'article 7 de la DUDH. Pourtant, dans le projet de convention élaboré par le Comité d'experts, l'article 14 prévoyait une interdiction générale de la discrimination. Cette option aurait été délaissée ultérieurement sans autre explication³³². A cet égard, il a d'ailleurs pu être affirmé que le principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention semblait « en deçà » des autres systèmes internationaux de protection des droits de l'homme tels que la Convention américaine des droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³³³. De manière moins charitable, certains ont affirmé que l'article 14 était une norme « parasite » (« *a parasitic norm* »³³⁴) voire que l'article 14 était la « Cendrillon » de la Convention (« *the Cinderella of the Convention* »)³³⁵. L'arrêt fondateur rendu en la matière par la Cour dans l'*Affaire linguistique belge* le 23 juillet 1968, a confirmé que l'article 14 n'avait pas d'existence indépendante³³⁶.

³³⁰ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », CRIDHO Working Paper 2007/03, p. 34.

³³¹ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 24.

³³² M. BOSSUYT, « Article 14 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (dir. L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 475.

³³³ F. GÉMIEUX, « Le droit à la non-discrimination, un droit fondamental autonome. Etude de la portée du protocole n° 12 à la CEDH », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 83. En ce sens : F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 19-20.

³³⁴ J. SMALL, « Structure and Substance: Developing a Practical and Effective Prohibition on Discrimination under the European Convention on Human Rights », *European Journal of Discrimination and the Law*, 2003, p. 47. Voy. aussi : A. BAKER, « The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the “Ambition” under article 14 ECHR », *The Modern Law Review*, 2006, p. 714.

³³⁵ R. O'CONNELL, « Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR », *Legal Studies : The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2009, pp. 211-229.

³³⁶ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 20-21.

129. Néanmoins, l'article 14 a vu son champ d'application progressivement élargi par la jurisprudence de la Cour³³⁷. Pour qu'il trouve à s'appliquer, il n'est pas nécessaire qu'une disposition matérielle de la Convention soit violée, ni même qu'un droit garanti par la Convention fasse expressément l'objet d'une ingérence³³⁸. Il faut mais il suffit – suivant les termes de l'arrêt *Van der Mussele c. Belgique* du 23 novembre 1983 ou de l'arrêt *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984 – que « la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire de ce texte et, par voie de conséquence, de l'article 14 » (§ 43). L'autonomie de la clause de non-discrimination est encore accentuée par l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, qui affirme que « la Convention entre en jeu dès lors que “la matière sur laquelle porte le désavantage [...] compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti” [...], ou que les mesures critiquées “se rattache[nt] (...) à l'exercice d'un droit garanti” » en sorte que « pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention [...] » (§ 31).

130. En réalité, l'autonomie de l'article 14 peut même se concevoir comme une « quasi-indépendance »³³⁹, la Cour ayant pu signaler à différentes reprises que l'exigence de non-discrimination dépasse le cadre des droits protégés. Ainsi, a-t-elle décidé, dès son arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, que « la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable » (§ 82). En somme, comme il est souligné dans l'arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, « l'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse [...] la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger » (§ 48).

Progressivement, le principe de non-discrimination s'est affirmé, dans la jurisprudence de la Cour comme « un des principes fondamentaux de la démocratie »³⁴⁰ et même un principe « sous-tendant »³⁴¹ la Convention³⁴².

B. La notion de discrimination (et les « discriminations positives »)

131. Suivant la jurisprudence strasbourgeoise, une discrimination consiste à traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes se trouvant, au regard d'une action ou d'une omission des autorités nationales, dans des situations comparables. Cependant, toute différence de traitement n'emporte pas *ipso facto* la violation de l'article 14 : il y a lieu de démontrer que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette différence est discriminatoire³⁴³.

De même a-t-il été affirmé – par l'arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* relatif à la pension plus précoce des femmes – qu'il n'est pas interdit aux Etats par l'article 14 de la Convention de mettre en œuvre des mesures de « discrimination positive » soit de traiter des groupes

³³⁷ F. GÉMIEUX, « Le droit à la non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 83.

³³⁸ P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 497-505.

³³⁹ G. DE BECO, « Le protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, p. 596.

³⁴⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 13 février 2003, § 119.

³⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Strain et autres c. Roumanie* du 21 juillet 2005, § 59.

³⁴² F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 23.

³⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* du 7 janvier 2014, § 58.

différemment, pour corriger des « inégalités factuelles » existant entre eux (§ 88)³⁴⁴. En outre, le fait de traiter de la même manière des situations différentes peut aussi – depuis l’arrêt du 6 avril 2000 *Thlimmenos c. Grèce* qui concernait le refus d’un témoin de Jéhovah de porter l’uniforme – constituer une discrimination au sens de l’article 14.

A ce stade cependant, la Cour n’a pas considéré que l’Etat se trouverait parfois dans l’obligation de traiter différemment certains individus ou groupes en vue de corriger les inégalités de fait dont ils souffriraient ou les spécificités qui caractérisent leur mode de vie. Telle est en tout cas la position qui semble transparaître aujourd’hui de sa jurisprudence relative aux personnes handicapées (*Vincent c. France*) ou aux tsiganes (*Chapman c. Royaume-Uni*), même s’il n’est pas exclu que cette position soit amendée dans le futur³⁴⁵.

C. Les critères de discrimination (et les « discriminations indirectes »)

132. L’article 14 vise différents critères susceptibles de donner lieu à une discrimination prohibée par la Convention : le sexe³⁴⁶ ; la race³⁴⁷ ; la couleur ; la langue, la religion ; les opinions politiques ou toutes autres opinions ; l’origine nationale ou sociale ; l’appartenance à une minorité nationale ; la fortune ; la naissance³⁴⁸ ou « toute autre situation ».

La Cour a rapidement affirmé que cette liste n’était pas limitative. Ces critères auraient simplement été d’emblée pointés par les auteurs de la Convention comme « les plus problématiques » (« *the most problematic ones* »)³⁴⁹. Il est donc *a priori* parfaitement possible qu’une distinction fondée sur un autre motif constitue une discrimination interdite comme l’indique à suffisance la mention dans l’article 14 de « toute autre situation »³⁵⁰. Il existe cependant une ligne jurisprudentielle plus restrictive qui exige expressément que le critère pris en considération soit « une caractéristique personnelle ("situation") par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres »³⁵¹.

Au surplus, une discrimination peut résulter « indirectement » d’une différence de traitement découlant d’une norme formulée de manière neutre. Ainsi « une différence de traitement [peut] aussi consister en l’effet préjudiciable disproportionné d’une politique ou d’une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe » et « une telle situation s’analyse en une “discrimination indirecte” qui n’exige pas nécessairement qu’il y ait une intention discriminatoire »³⁵².

³⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Runkee et White c. Royaume-Uni* du 10 mai 2007, § 40. F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 38-40.

³⁴⁵ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 38 ; C. PICHERAL, « L’incertaine détermination des différences de traitement », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l’homme* (dir. F. SUDRE et H. SURREL), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 97-98.

³⁴⁶ Par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* du 7 janvier 2014, § 64.

³⁴⁷ Par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Cakir c. Belgique* du 3 mars 2009, §§ 8^o-82.

³⁴⁸ Par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 61.

³⁴⁹ J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, p. 6.

³⁵⁰ Cela résulte de l’arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976 et de l’arrêt *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984 (M. BOSSUYT, « Article 14 », *op. cit.*, p. 477).

³⁵¹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 56.

³⁵² Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 184. Voy. aussi : C. PICHERAL, « L’incertaine détermination ... », *op. cit.*, pp. 98-99 ; F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 42.

D. L'analogie ou la comparabilité des situations

133. La Cour exige aussi, pour déployer les exigences de la règle de non-discrimination, que des personnes qui sont dans des situations analogues ou comparables en la matière bénéficient d'un traitement préférentiel³⁵³. Il faut bien constater que cette question paraît parfois tranchée de manière expéditive, la comparabilité ou l'incomparabilité des situations paraissant relever – pour la Cour – de l'évidence. Ainsi, non seulement la Cour conclut parfois que « l'analogie des situations va de soi quand tel n'est pas le cas »³⁵⁴, mais elle juge parfois non comparable des situations au titre d'un même renvoi implicite à une « évidence » qui ne va pas non plus nécessairement de soi³⁵⁵. Ainsi, suivant Caroline PICHERAL, la notion de situations analogues paraît « faussement objective »³⁵⁶. En particulier, affirme-t-elle, la vérification de la comparabilité des situations est, parfois, « escamotée » par le juge européen des droits de l'homme. Les « affirmations laconiques » seraient – à son estime – préférées aux « explications circonstanciées », tandis que dans certains cas la comparabilité des situations apparaîtrait purement et simplement comme un « implicite ». Parfois enfin, la Cour ne tranche pas la question de la comparabilité, comme dans l'arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Burden et Burden c. Royaume-Uni* où la Cour utilise la formule « même en supposant que les requérantes puissent être comparées à un couple »³⁵⁷.

§ 2. Le Protocole n° 12

134. Complétant le processus d'« autonomisation » de l'interdiction de la discrimination, le Protocole n°12 est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 mais n'a à ce stade été ratifié que par dix-huit pays membres³⁵⁸. Il prévoit une interdiction générale de la discrimination. Aux termes de son article 1^{er} :

1 La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2 Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

Dans un arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009, relatif à l'impossibilité pour les personnes d'origine rom et juive de se présenter à l'élection des membres de la Chambre des peuples et à l'élection présidentielle, la grande chambre a pu donner de premières indications relatives à la nouvelle clause anti-discrimination. Ainsi, « nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1 du Protocole no 12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 [...] » en sorte qu'il n'y a « aucune raison de s'écarter, dans le contexte de l'article 1 du Protocole no 12, de l'interprétation bien établie de la notion de “discrimination” dégagée dans

³⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* du 7 janvier 2014, § 58.

³⁵⁴ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 34.

³⁵⁵ Que penser à cet égard, par exemple, de l'affirmation suivant laquelle, « on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que [deux femmes pacsées] se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés » ? (Cour eur. dr. h., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, § 68).

³⁵⁶ C. PICHERAL, « L'incertaine détermination ... », *op. cit.*, p. 91.

³⁵⁷ Cet auteur cite aussi l'arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004 où la Cour s'abstient de trancher sur la comparabilité des anciens agents du KGB et des personnes qui n'ont jamais travaillé pour lui (C. PICHERAL, « L'incertaine détermination ... », *op. cit.*, pp. 110-111).

³⁵⁸ Situation au 16 octobre 2014.

le contexte de l'article 14 (§ 55). Le juge MIJOVIC a émis une opinion séparée (à laquelle s'est ralliée la juge HAJIYEV) dans laquelle il a notamment regretté que la Cour n'ait pas davantage explicité le régime de l'article 1P12. Ainsi, expose-t-il qu'il « [s'attendait] à ce que la Cour utilise cette affaire, qui était la toute première de cette nature, pour fixer des principes, des standards ou des critères de départ spécifiques, qui auraient pu être appliqués aux futures affaires portant sur des faits de discrimination en général ».

§ 3. La « concurrence » entre les deux types de garanties contre la discrimination

135. Au regard du faible nombre de ratifications et de la faible quantité de jurisprudence disponible, il n'est pas évident de savoir si l'article 14 est frappé d'« obsolescence » lorsqu'un Etat est lié par le protocole 12³⁵⁹. Cependant, il semble à ce stade que la Cour ne mette en œuvre le nouveau protocole qu'à défaut de pouvoir appliquer l'article 14.

Dans l'arrêt *Sejdić et Finci* (voy. *supra* n° 134), la Cour a appliqué les articles 14 et 3P1 (droit à des élections libres) à la question de l'élection législative (qui relève indubitablement du champ d'application de l'article 3P1) et l'article 1P12 à la question de l'élection présidentielle (dont l'inclusion dans le champ de cette disposition est plus douteuse³⁶⁰). Ainsi, « que ces élections relèvent ou non du champ d'application de l'article 3 du Protocole no 1 [...], ce grief concerne un “droit prévu par la loi” [...], ce qui rend l'article 1 du Protocole no 12 applicable ». Dans son opinion séparée, le juge MIJOVIC a regretté que « la Cour [ait] traité ce grief comme s'il était moins important, donnant l'impression que l'article 1 du Protocole no 12 était appliqué uniquement parce qu'il n'était pas possible d'appliquer l'article 3 du Protocole n° 1 »³⁶¹.

Au regard de la très grande extension du champ d'application matériel de l'article 8 de la Convention, on peut légitimement s'interroger sur l'impact potentiel de l'avènement d'une interdiction générale de la discrimination. *A priori*, il ne pourrait être que limité, même si certaines potentialités doivent être pointées notamment à propos des rares questions que la Cour maintient à ce stade encore en dehors de la vie privée et familiale (voy. *supra* n° 62 et s.)³⁶².

Sous-section 4. L'estompement des frontières

136. De la même manière qu'il est difficile de tracer des frontières précises entre les champs d'application respectifs des dispositions substantielles de la Convention, il est parfois très délicat de comprendre pourquoi une affaire déterminée est appréhendée sous l'angle des obligations négatives ou des obligations positives (§ 1), sous l'angle des obligations substantielles ou des obligations procédurales (§ 2) ou finalement sous l'angle d'une violation de l'article 8 considéré isolément ou combiné avec l'article 14 (§ 3).

§ 1. Obligations négatives et obligations positives

³⁵⁹ G. DE BECO, « Le protocole n° 12 ... », *op. cit.*, p. 599.

³⁶⁰ Cour eur. dr. h., déc. Boskoski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine » du 2 septembre 2004.

³⁶¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Savez crkava “Riječ života” et autres c. Croatie du 9 décembre 2010 (en matière religieuse) et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine du 18 juillet 2013 (en matière judiciaire).

³⁶² F. GÉMIEUX, « Le droit à la non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 90.

137. A la faveur d'un dépassement des générations de droits, la distinction forte qui pouvait initialement exister entre obligations négatives (caractéristiques des traités consacrant des libertés civiles) et obligations positives (typiques des traités garantissant des droits économiques, sociaux et culturels) s'est progressivement estompée. La Convention européenne, *a priori* ancrée dans la première génération de droits, met ainsi à la charge des Etats une multiplicité d'obligations positives³⁶³.

La polymorphie des obligations induites par le respect de la vie privée et familiale peut elle aussi conduire à une certaine confusion et l'on observe parfois un relatif embarras de la Cour à déterminer, dans une affaire donnée, la nature précise des obligations de l'Etat³⁶⁴. La Cour admet elle-même que « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise »³⁶⁵ tandis que la doctrine affirme parfois que la distinction entre les obligations négatives et les obligations positives paraît « totalement arbitraire »³⁶⁶. De la même manière, le juge Luzius WILDHABER a-t-il pu exposer – en marge de l'arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994 – que la frontière entre les deux types d'obligations manquait de netteté en renvoyant à diverses affaires strasbourgeoises qui auraient pu être appréhendées indifféremment sous l'angle des obligations négatives ou positives³⁶⁷.

138. Cependant, l'impact de telles hésitations devrait être relativisé, comme la Cour l'a notamment signalé – en matière de vols de nuit – dans l'arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, dès lors que les modalités du contrôle à opérer sont identiques dans les deux cas de figure (§ 41). Le juge WILDHABER a d'ailleurs affirmé, dans son opinion séparée précitée adjointe à l'arrêt *Stjerna* – qu'« il serait [...] préférable d'interpréter la notion d'"ingérence" de manière à couvrir des faits de nature à enfreindre une obligation imposée à l'Etat par l'article 8 par. 1, qu'elle soit négative ou positive ». Certes, a-t-il concédé, « cette manière de procéder n'aboutirait pas à un résultat différent » mais « elle aurait en revanche le mérite de préciser qu'en substance il y a, non une dichotomie obligations négatives/obligations positives en ce qui concerne le devoir pour l'Etat d'assurer le respect de la vie privée et familiale, mais une similitude frappante entre les principes applicables ».

La Cour renonce dès lors dans certains cas purement et simplement à « choisir » entre les deux approches. Ainsi, dans l'arrêt de grande chambre *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, la Cour a-t-elle signalé que l'affaire pouvait s'appréhender tant sous l'angle d'« une obligation positive d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle faisant appel au sperme ou aux ovules d'un tiers » que sous celui d'« une ingérence de l'Etat dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale, cette ingérence résultant de l'interdiction faite aux intéressés par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle

³⁶³ S. FREDMAN, *Human rights transformed, op. cit.*, p. 2.

³⁶⁴ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations ... op. cit.*, pp. 12-14.

³⁶⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, § 38.

³⁶⁶ F. SUDRE, « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 381.

³⁶⁷ Ainsi, « dans l'affaire Gaskin, le refus des autorités britanniques de donner à un ancien enfant de l'assistance un total accès aux dossiers relatifs à son placement, pouvait passer pour une ingérence négative, tandis que le devoir pour l'Etat d'accorder cet accès pouvait valablement être considéré comme une obligation positive. Dans l'affaire Cossey, la requérante, une transsexuelle opérée, demandait qu'on lui délivrât un nouveau certificat de naissance où figurerait son sexe actuel et non son sexe à la naissance. Le refus du Royaume-Uni de modifier son système d'état civil pouvait s'analyser soit en une ingérence négative dans les droits de la requérante, soit comme un manquement à l'obligation positive de l'Etat d'adapter sa législation de manière à prendre en compte la situation de l'intéressée. L'affaire Keegan c. Irlande concernait le placement d'un enfant aux fins d'adoption à l'insu et sans le consentement du père naturel, mesure permise par la législation irlandaise. Cet état de choses pouvait passer pour une ingérence négative dans le droit du père au respect de sa vie familiale ou pour un manquement de l'Irlande à une obligation positive de conférer un droit de tutelle aux pères naturels. De même, dans la présente affaire *Stjerna*, le refus des autorités finlandaises d'admettre le requérant à acquérir librement le patronyme de ses ancêtres peut être tenu pour une ingérence soit négative soit positive ».

de recourir à certaines techniques développées par la science médicale » (§ 88)³⁶⁸. Au demeurant, de nombreuses affaires impliquent dans le chef de l'Etat une véritable coopération entre obligations négatives et positives, dans la mesure où une ingérence active « primaire » de l'Etat dans la vie privée et/ou familiale (par exemple le placement d'un enfant) est en quelque sorte « rachetée » ou « tempérée » par la mise en œuvre de mesures positives « secondaires » (par exemple les mesures tendant à la préservation d'une autonomie maximale dans le chef d'un adulte placé ou à la réunion de l'enfant et de son/ses parent(s) dont il a été séparé).

§ 2. Obligations substantielles et obligations procédurales

139. Il existerait entre droits substantiels et droits procéduraux « une véritable collaboration » plutôt qu'une simple « juxtaposition »³⁶⁹. Ces rapports entre obligations substantielles et procédurales sont assurément complexes et il est évident que le dédoublement de la protection procédurale procurée par la Convention (voy. *supra* n° 124) contribue généreusement au brouillage des rapports entre obligations procédurales (internes ou externes à l'article 8) et les obligations substantielles que contient ce dernier.

Dans *Zhou c. Italie*, la Cour, saisie d'un grief articulé – en matière d'adoption – sur les articles 8, 6 et 13 de la Convention, n'a procédé qu'à un contrôle sous l'angle du volet procédural de l'article 8 (§ 28)³⁷⁰. La Cour a « expliqué » comme il suit son choix d'envisager l'affaire prioritairement sous cet angle :

27. Sous l'angle des articles 8, 6 et 13 de la Convention, la requérante allègue que l'adoption de A. constitue une violation de son droit à une vie familiale et que les autorités nationales n'ont pas agi adéquatement afin de réduire les conséquences de ce manquement. Les juridictions ont violé le principe de continuité familiale : ils n'ont pas envisagé d'autre forme d'adoption permettant ainsi à la requérante de maintenir un quelconque lien avec son fils. Elle se plaint également de la suspension de tout contact avec A. pendant dix mois.

28. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner les griefs soulevés par la requérante uniquement sous l'angle de l'article 8, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti c. Italie*, no 16318/07, § 27, 27 avril 2010 ; *Havelka et autres c. République tchèque*, no 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007 ; *Kutzner c. Allemagne*, no 46544/99, § 56, CEDH 2002-I ; *Wallová et Walla c. République tchèque*, no 23848/04, § 47, 26 octobre 2006).

Dans *Koch c. Allemagne*, la Cour a – en matière de suicide assisté – choisi de « commencer son examen par le volet procédural » (§ 65) avant de décider de « se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention » (§ 71). Ainsi, la Cour choisit-elle parfois de donner la priorité à un examen fondé sur les exigences procédurales voire même de se limiter expressément à un examen sous cet angle spécifique. Dans ce contexte, il n'est pas certain que l'on puisse encore affirmer le caractère « primaire » de l'obligation substantielle et le caractère corrélativement « secondaire » des obligations procédurales. Il semble plutôt qu'il s'agisse de « deux approches possibles » entre lesquelles la Cour choisit pour des raisons plus ou moins explicites.

³⁶⁸ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov et autres c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 117.

³⁶⁹ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis ... », *op. cit.*, p. 16.

³⁷⁰ Le paroxysme de la confusion paraît atteint avec l'arrêt *Bazorkina c. Russie* qui, dans une affaire relative au droit à la vie, aboutit à un constat de violation des dispositions expressément procédurales contenues dans l'article 5 et de l'article 13 de la Convention, la Cour refusant par contre d'examiner l'affaire sous l'angle du versant procédural implicite de l'article 2 ou par le prisme de l'article 6 de la Convention (E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 418).

§ 3. Contrôle « ordinaire » et test de non-discrimination

140. Les rapports entretenus par les dispositions matérielles et la règle de non-discrimination sont complexes et ambigus. Ainsi, une affaire donnée peut être envisagée soit sous l'angle des articles 8 ou 12 envisagés isolément ou bien de ces articles combinés à l'article 14³⁷¹. La garantie de la vie privée et familiale est l'un des « droits partenaires » les plus fréquemment invoqués en combinaison avec l'article 14 de la Convention³⁷² et il apparaît que l'article 8 de la Convention (et son assiette quasiment illimitée) et l'article 14 de la Convention (et son critère de rattachement très lâche) exercent l'un sur l'autre une sorte d'effet « catalyseur ». Dans ce contexte, il est difficile de savoir si dans le cadre de la coopération des deux approches, c'est finalement plutôt la portée des exigences substantielles de l'article 8 ou bien l'empire de l'exigence de non-discrimination qui s'étend³⁷³.

141. Dans son arrêt *Airey c. Irlande*, la Cour a expressément affirmé que « si la Cour ne constate pas de violation séparée [d'un droit protégé par la Convention], invoqué à la fois en soi et conjointement avec l'article 14, il lui faut examiner aussi la cause sous l'angle de ce dernier » mais qu'un tel « examen ne s'impose pas en général quand elle aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même » sauf « si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire » (§ 30)³⁷⁴.

Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a ainsi renoncé à examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés dès lors qu'elle avait conclu à la violation de l'article 8³⁷⁵. Les juges EVRIGENIS et GARCIA DE ENTERRIA ont critiqué cette option. Non seulement, la condition requise suivant l'arrêt *Airey* était présente en l'espèce, mais au surplus cette exigence était en soi critiquable³⁷⁶. Selon eux, « même si l'on acceptait la formule restrictive utilisée par la Cour dans l'arrêt *Airey* et reprise dans l'arrêt rendu dans la présente affaire [...], il serait difficile d'affirmer que ces conditions n'étaient pas clairement remplies en l'espèce. Il n'en reste pas moins que l'interprétation restrictive de l'article 14, selon la ligne amorcée par l'arrêt *Airey*, enlève en grande partie à cette disposition fondamentale sa substance et son rôle dans le système normatif de la Convention ».

142. Si un tel refus d'examiner l'affaire sous l'angle de l'exigence de non-discrimination quand une violation de la clause principale a été découverte pose déjà question³⁷⁷, il paraît plus grave que la Cour se refuse à mettre en œuvre le test de non-discrimination alors même qu'il n'a pas été possible de mettre en évidence une violation de la disposition matérielle partenaire. L'affaire *S.H. et autres c. Autriche* est à cet égard paradigmatique. Alors que, dans l'arrêt de chambre rendu le 1^{er} avril 2010, la Cour avait conclu à la violation des articles 8 et 14 et considéré inutile d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8 considéré isolément, elle a abouti, dans l'arrêt de grande chambre du 3 novembre 2011, à la conclusion que l'article 8

³⁷¹ Suivant Janneke GERARDS, souvent les allégations de discrimination n'ajoutent pas grand chose aux autres allégations des requérants (J. GERARDS, « The Discrimination Grounds... », *op. cit.*, p. 2).

³⁷² F. GÉMIEUX, « Le droit à la non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 85.

³⁷³ D'un côté, comme il est relevé par le professeur SUDRE, l'interprétation très souple de la condition d'applicabilité de l'article 14 amènerait la notion de « vie privée » à faire office de simple justification formelle « autorisant en pratique l'autonomisation du principe de non-discrimination » au point que ce serait finalement moins la vie privée que le principe de l'égalité de traitement qui étend son emprise (F. SUDRE, « Rapport introductif : la "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 23-24). De l'autre côté, le professeur MEULDERS-KLEIN a pu souligner que la règle de non-discrimination a contribué à la « dilatation » de la vie familiale et à la « dilution » de la vie privée (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, p. 1199).

³⁷⁴ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 79 et opinion séparée du juge de Meyer.

³⁷⁵ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, § 91.

³⁷⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, § 116.

³⁷⁷ G. DE BECO, « Le protocole n° 12 ... », *op. cit.*, p. 596.

n'avait pas été violé et qu'il était inutile d'envisager l'affaire sous l'angle de l'exigence de non-discrimination. La Cour a reproduit une telle démarche dans l'arrêt de grande chambre *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012³⁷⁸ et dans l'arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 1^{er} juillet 2014³⁷⁹.

143. Il n'est pas rare qu'en sens inverse la Cour commence par l'examen du grief de discrimination puis après avoir constaté une discrimination estime inutile de poursuivre l'examen sur le terrain de l'article 8 lu isolément. Selon Frédéric SUDRE, on observe là une inversion du rapport classique entre la clause normative principale et l'article 14. Ainsi, aujourd'hui, « l'examen du grief de discrimination, de complémentaire, tend à devenir principal »³⁸⁰. Il est vrai que l'élargissement de la portée d'un droit et l'imposition aux Etats d'obligations positives – telles qu'on peut les observer en matière de vie privée et familiale – augmentent les chances de voir des discriminations constatées³⁸¹.

³⁷⁸ Voy. sur ce point l'opinion dissidente commune des juges Casadevall et López Guerra.

³⁷⁹ Voy. sur ce point l'opinion dissidente des juges Spielmann, Sajó et Lemmens.

³⁸⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 24).

³⁸¹ M. BOSSUYT, « Article 14 », *op. cit.*, p. 486.

Synthèse de la section 2

144. Le mouvement d'extension du champ d'application des droits conventionnels se conjugue donc à un mouvement d'approfondissement des garanties procurées. La « gamme » des obligations étatiques s'est considérablement étoffée avec le développement des obligations positives – verticales et horizontales – et l'intensification et la diversification des rapports entre les dispositions substantielles et les exigences procédurales et de non-discrimination. Ici aussi, il faut bien mesurer ce qu'implique semblable approfondissement de la garantie : il ne s'agit, en somme, que d'une multiplication – sans doute révolutionnaire – du champ du réclamable. Ainsi, l'admission par la Cour de l'existence d'une obligation positive, de droit procédural ou d'une différence de traitement n'exprime rien d'autre que la reconnaissance de la pertinence de la question posée, elle ne préjuge en rien de la réponse qui devra y être apportée. D'ailleurs, pareil « approfondissement » de la garantie conventionnelle rend totalement unimaginable l'hypothèse d'une intensité uniforme ou constante de la garantie procurée.

145. Sur le plan de la nature des obligations étatiques comme sur celui de du champ d'application matériel des dispositions de la Convention, nous avons constaté une importante porosité des frontières. Les obligations négatives et positives se confondent, se chevauchent ou s'additionnent (nous pensons ici à l'adjonction à une obligation négative d'obligations positives « de deuxième ligne »). Au demeurant, alors que les obligations procédurales et l'exigence de non-discrimination sont normalement les accessoires des garanties substantielles procurées notamment par les articles 8 et 12 de la Convention, la Cour prend parfois le parti d'examiner prioritairement, principalement ou exclusivement une affaire sous l'angle procédural ou sous celui de l'interdiction des différenciations arbitraires. Pareille interchangeabilité des approches pose évidemment question, à divers égards. D'une part, l'examen de la conventionnalité de l'attitude de l'Etat ne se présente et ne se déroule pas exactement de la même manière suivant que le problème est appréhendé par le biais classique de la recherche d'une ingérence ou d'une abstention fautive ou par l'angle des exigences transversales de non-discrimination et qualité procédurale. D'autre part, cette façon de faire génère inévitablement une jurisprudence « kaléidoscopique » dès lors que des problèmes similaires ou identiques sont soumis à des processus de contrôle différents. S'ensuit un déficit de structuration du corpus jurisprudentiel qui est en même temps un obstacle à la réflexion sur les arrêts de la Cour.

146. En tout état de cause, l'autonomisation de la garantie contre la discrimination et des garanties procédurales permet un dépassement du champ d'application – d'ores et déjà pratiquement illimité (voy. *supra* sp. n° 77) – de l'article 8 de la Convention. En premier lieu, les exigences de l'article 14 s'imposent aux Etats y compris lorsqu'ils distribuent bénévolement aux individus des « droits additionnels » (telles que l'adoption, les faveurs fiscales ou les prestations sociales) qui bien que n'ayant pas été élevées au rang de droits conventionnels par la Cour tombent « sous l'empire » de l'article 8. En second lieu, des obligations étatiques procédurales se déploient au-delà du périmètre des droits garantis par la Convention. Ainsi la Cour a-t-elle pu expressément affirmer dans *Koch c. Allemagne* – à propos du suicide assisté – que « l'article 8 de la Convention pouvait impliquer un droit à un contrôle juridictionnel même dans une affaire où le droit matériel en question restait à établir » (§ 53). En somme, les obligations étatiques principales et celles que l'on considérerait hier accessoires agissent désormais sur un même plan et exercent les unes sur les autres un effet catalyseur contribuant à l'extension du champ d'action de la Cour européenne.

SECTION 3. LE POIDS DES PRÉROGATIVES INDIVIDUELLES

147. Le droit à la vie privée et familiale bénéficie d'un champ d'application pratiquement illimité et donne lieu à des obligations très diversifiées dans le chef de l'Etat. L'inclusion d'une revendication individuelle dans le champ d'application des dispositions pertinentes de la Convention et l'identification des obligations étatiques auxquelles elle pourrait donner lieu n'est qu'une première étape. Ainsi, l'inclusion d'un aspect de la vie personnelle, affective et sexuelle dans le champ de protection de l'article 8 et l'affirmation corrélatrice de l'existence d'obligations négatives et/ou positives dans le chef des Etats, n'induit au bénéfice des individus qu'un droit « *a priori* » ou un droit « *prima facie* » qui doit encore être confronté aux éventuels motifs susceptibles d'y justifier des restrictions³⁸². Le fait d'avoir un droit se prête à de multiples interprétations et il faut savoir ce que ce droit peut concrètement impliquer³⁸³. Il serait alors possible, pour chaque prérogative individuelle, de définir un « poids abstrait » (**sous-section 1**) qu'il conviendra encore de contextualiser (**sous-section 2**) avant d'envisager sa confrontation à d'éventuels intérêts concurrents.

Sous-section 1. Le poids « abstrait » du droit individuel

148. Tous les droits de l'homme n'ont pas le même poids : des tentatives d'ordonnement hiérarchique peuvent être mises en œuvre tant parmi les droits (les droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention étant *a priori* les candidats les plus sérieux au titre de droits absolus) qu'au sein des droits (ce qui revient alors à rechercher au sein de chaque droit un noyau dur qui prévaut nécessairement sur tout intérêt concurrent potentiel).

149. Il est donc en premier lieu possible de s'essayer à la mise en évidence d'une hiérarchie parmi les droits de l'homme. Au sommet de cet ordonnancement hiérarchique, on trouverait des « droits absolus » qui ne pourraient jamais faire l'objet d'aucune ingérence étatique³⁸⁴. Le droit au respect de la vie (art. 2), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3) et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4) sont les « poids lourds » du droit de la Convention et peuvent à ce titre éventuellement prétendre à l'absoluité³⁸⁵.

³⁸² Jonas CHRISTOFFERSEN relève qu'il faut accepter que l'identification d'une interférence n'induit pas l'existence d'un droit. Celle-ci ne peut découler, le cas échéant, que de la conduite ultérieure du test de proportionnalité (J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, coll. International Studies in Human Rights, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 217 et s.). Voy. aussi : J. CROWE, « Explaining Natural Rights : Ontological Freedom and the Foundation of Legal Discourse », *NYU Journal of Law & Liberty*, 2009, p. 70 et s. ; J. MANCE, « Human Rights, Privacy and Public Interest – Who Draws the Line and Where ? », *Liverpool Law Review*, 2009, p. 265 ; J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, Blackwell Publishing, 2007, pp. 23-24 ; J.J. SHESTACK, « The philosophic Foundations ... », *op. cit.*, p. 203.

³⁸³ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 132 et s.

³⁸⁴ Voy. à cet égard le plaidoyer du juge MARTENS pour la reconnaissance du caractère absolu de la liberté de pensée, de conscience et de religion dans le cadre de l'affaire *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 ou bien celui du juge Spielmann en faveur de l'absolutisme de la liberté artistique en marge de l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* arrêt 25 janvier 2007.

³⁸⁵ Sébastien VAN DROOGHENBROECK souligne, cependant, à juste titre, que même sans avoir égard à l'obstacle théorique que peut constituer le principe de l'indivisibilité des droits fondamentaux, il faut relever le caractère éminemment ponctuel de l'apparition dans la jurisprudence de la Cour de « considérations "hiérarchisantes" relativement univoques » comme dans l'arrêt *Sterletz, Kessler et Krenz* donne une place primordiale au droit à la vie ou dans l'arrêt *Al-Adsani* élève l'article 3 au rang de *jus cogens*. (S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 382). Voy. aussi : E. DECAUX, « La question de la typologie des droits de l'homme au sein du système du Conseil de l'Europe », in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL), coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 312 ; D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie

Ainsi l'article 3 constitue-t-il, aux yeux du juge européen, « l'une des clauses primordiales de la Convention » et « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe ». Cette disposition, au contraire des autres dispositions de la Convention, est formulée dans des termes absolus ne supportant *a priori* ni exceptions, ni conditions, ni dérogations »³⁸⁶. L'affirmation du caractère absolu de l'article 3 est intervenue dès l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978. La Cour y a exposé que, quelles que soient les circonstances, un traitement dégradant est prohibé : une appréciation peut exister quant au fait de savoir si le traitement litigieux est un traitement dégradant, mais si pareil traitement a eu lieu, alors il constitue une violation de la Convention³⁸⁷. Face à une allégation individuelle relative à des faits de torture ou constitutifs de traitements inhumains et dégradants, la seule question à poser est donc celle de savoir si les actes considérés atteignent un seuil de gravité suffisant pour constituer effectivement des faits de torture ou des traitements inhumains et dégradants³⁸⁸. Au contraire, l'article 8 de la Convention invite, par essence, et au même titre que les articles 9 à 11, à une démarche de type conséquentialiste : la balance des intérêts ne semble jamais « jouée d'avance »³⁸⁹.

150. On peut en second lieu tenter de mettre en évidence des indices de hiérarchisation *au sein même* de chacun des droits garantis dès lors que « les prérogatives issues d'un même droit ou d'une même liberté conventionnelle présentent, dans la balance des intérêts, un poids différencié »³⁹⁰. Au sommet de cette autre hiérarchie, on trouverait les prérogatives participant de la « substance » du droit considéré et qui ne pourraient faire l'objet d'aucune atteinte quelconque. Plus bas, il y aurait des prérogatives « périphériques » qui pourraient faire l'objet de limitations dans le respect du principe de proportionnalité³⁹¹.

On observe notamment de telles « gradations pondérales » dans le corpus jurisprudentiel élaboré au départ de l'article 8 révélées notamment par l'affirmation du juge européen qu'« au sein de la masse de prérogatives générées par le droit au respect de la vie privée » certains aspects comptent parmi « les plus intimes »³⁹². Le poids des prérogatives individuelles ressortissant à la

des normes en droit international des droits de l'homme ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-194.

³⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 49.

³⁸⁷ Voy. le § 35 : « Examinant ces circonstances dans leur ensemble, la Cour conclut dès lors que l'on a soumis le requérant à une peine où l'élément d'humiliation atteignait le niveau inhérent à la notion de "peine dégradante" telle que l'explique le paragraphe 30 ci-dessus. La honte de se voir administrer le châtiment sur le derrière nu en a dans une certaine mesure aggravé le caractère dégradant, mais elle n'a pas été le facteur unique ou déterminant. Partant, la Cour conclut que la peine judiciaire corporelle infligée au requérant s'analysait en une peine dégradante au sens de l'article 3 (art. 3) de la Convention ». Dans cette affaire, le juge FITZMAURICE a rédigé une longue opinion séparée dans laquelle il conteste l'approche de la majorité et a expressément souligné qu'« il [fallait] apporter quelques réserves au caractère absolu des termes littéraux de l'article 3 ».

³⁸⁸ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights ...*, op. cit., pp. 69-70.

³⁸⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 480. Cet article fait partie de ceux qui prévoient des droits explicitement susceptibles de restrictions (des *clawback clauses*) comme les articles 9 à 11 de la Convention (D. SHELTON, « Mettre en balance les droits ... », op. cit., pp. 153-194).

³⁹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 245.

³⁹¹ Tout en en soulignant les limites, Sébastien VAN DROOGHENBROECK relaie la terminologie proposée par la doctrine allemande qui distingue pour chaque droit garanti des prérogatives ressortissant au *kernbereich* (« prérogatives essentielles ») de celui-ci et d'autre n'appartenant quant à elles qu'à son *schranksbereich* (« prérogatives accessoires ») (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 353-356). De la même manière, il est parfois fait recours à la différenciation civiliste entre « la jouissance » d'un droit et « l'exercice » de celui-ci (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 405). Semblablement, selon Jonas CHRISTOFFERSEN, les normes de la Convention doivent être appréhendées comme des structures tridimensionnelles : plus on est proche du centre de l'intérêt légalement protégé, plus le standard de protection est élevé. En somme la question de l'applicabilité d'une norme est bidimensionnelle – un intérêt relève ou ne relève pas de la protection procurée par une norme conventionnelle – tandis que la structure tridimensionnelle rend compte du poids variable attaché à un droit dans le champ de protection considéré (J. CHRISTOFFERSEN, op. cit., p. 205 et s).

³⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 245.

vie privée et familiale est alors variable en fonction de leur localisation à proximité ou à distance du « cœur » ou du « noyau dur » de la vie privée et familiale. En marge de l'affaire *Odièvre c. France*, plusieurs juges européens ont d'ailleurs expressément indiqué que « certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit tandis que d'autres font partie du noyau dur de celui-ci »³⁹³.

§ 1. La « gradation pondérale » des prérogatives individuelles

A. La hiérarchie des prérogatives dans l'article 8

151. Au sein du droit au respect de la vie privée et familiale, certaines prérogatives sont expressément désignées par le juge strasbourgeois comme fondamentales. Elles se trouvent alors investies d'un poids très important dans la perspective de leur confrontation aux justifications qui seront avancées par l'Etat pour justifier qu'il y soit apporté des restrictions. En sens inverse certains aspects de la vie privée et familiale sont parfois expressément « dévalorisés » par la Cour ce qui accroît alors les chances du gouvernement défendeur d'y opposer avec succès des intérêts légitimement concurrents.

Il semble par contre difficile de mettre en évidence des prérogatives qui en raison de leur appartenance à la « substance » du droit au respect de la vie privée et familiale devraient être considérées comme totalement exclues du jeu de la proportionnalité au sens où elles ne pourraient jamais faire l'objet d'une quelconque restriction. La mobilisation de ce terme dans le corps même d'un arrêt relatif à la vie privée et familiale paraît n'avoir encore jamais eu lieu, ce qui induirait qu'*a priori* dans le champ de la vie privée et familiale, toute restriction est *a priori* justifiable³⁹⁴. Il est par contre arrivé que des juges européens, dans une opinion séparée, fassent valoir qu'une prérogative individuelle participe de la substance du droit au respect de la vie privée et familiale en regrettant qu'un poids insuffisant y ait été donné par la majorité³⁹⁵.

Tout au plus, un injustifiable au titre de l'article 8, § 2, de la Convention pourrait éventuellement résulter de la coopération des articles 8 et 3 de la Convention. Ainsi, dans son arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, la Cour a affirmé que la protection de l'intégrité physique ou morale procurée par l'article 8 englobe l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants qui procède de l'article 3 de la Convention (§ 36). Il s'ensuit qu'au sein du champ d'application de l'article 8, celui – plus restreint – de l'article 3 constituerait un « îlot d'absolutisme »³⁹⁶.

³⁹³ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, opinion dissidente commune à M. Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, M. Bonello, M. Loucaides, M. Cabral Barreto, Mme Tulkens et M. Pellonpää.

³⁹⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, op. cit., p. 418 et s.

³⁹⁵ Dans l'arrêt *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, la requérante était une femme dont le mari était accusé d'un viol qui aurait en outre été un homicide s'il savait au moment de l'acte qu'il était séropositif. Elle avait refusé de répondre aux questions relatives au moment de la découverte de l'infraction et les autorités avaient ordonné aux médecins de témoigner et avaient saisi le contenu de son dossier médical. Dans cette affaire, la majorité a adopté une démarche conséquentialiste ou utilitariste et considéré que l'obligation faite aux médecins et la saisie du dossier ne constituaient pas une violation de la Convention. Le juge DE MEYER, élu au titre de la Belgique, a par contre dénoncé la référence faite à la marge nationale d'appréciation et préconisé une approche absolutiste au terme de laquelle ces mesures étatiques devaient être considérées comme emportant violation de la Convention. Selon lui, « quelles que puissent être les exigences des procédures pénales, des considérations de ce genre ne permettent pas de porter atteinte à la confidentialité de la relation entre le médecin et son patient et des documents concernant cette relation » (à ce propos : M-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights ...*, op. cit., pp. 75-78 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, op. cit., pp. 418-423). Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, opinion dissidente commune des juges TULKENS, VAJIC, SPIELMANN, ZUPANČIČ ET LAFFRANQUE, § 7.

³⁹⁶ Le professeur VAN DROOGHENBROECK prend également l'exemple de l'arrêt *Selçuk et Asker c. Turquie* du 24 avril 1998 où la Cour ayant constaté que l'incendie volontaire par les autorités constituait une violation de l'article 3 a

Dès lors, l'inscription au cœur du droit protégé indique seulement l'importance de la prérogative considérée et cette importance induit seulement une marge d'appréciation étroite et un poids considérable à accorder à la prérogative litigieuse dans le cadre de la mise en œuvre subséquente du contrôle de conventionnalité (voy. *infra* n° 331 et s.). La déclaration expresse par la Cour de l'appartenance d'une prérogative au « noyau dur » du droit au respect de la vie privée peut prendre diverses formes et se traduit dans une terminologie variable. Sont ainsi souvent évoquées, outre la référence expresse au « noyau », les « prérogatives essentielles » d'un droit conventionnel ou les « aspects les plus intimes de la vie privée »³⁹⁷. On peut donc chercher à mettre en évidence les prérogatives qui appartiennent au « noyau dur » de la vie privée et familiale, celles qui sont caractérisées « essentielles » ou celles qui comptent expressément parmi « les plus intimes » ou « extrêmement intimes » que recouvre ce droit.

i) *Le noyau dur de la vie privée*

152. A n'en pas douter, l'intégrité physique et morale d'un individu constitue le cœur de sa vie privée garantie par l'article 8. Dans son arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, la Cour a affirmé à propos de la protection de l'intégrité physique qu'il y allait « de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée » (§ 27). Dans son arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009 elle a souligné que « l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel. Elle présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image »³⁹⁸. L'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Söderman c. Suède* le 12 novembre 2013 affirme que les violences sexuelles à l'égard des enfants concernent « des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée » tandis que les atteintes à l'intégrité morale des enfants mettent en cause un « aspect extrêmement intime » de leur vie privée (§ 86). Tant l'intégrité physique que l'intégrité morale sont ainsi des éléments « fondamentaux » ou « essentiels » de la vie privée et sont nécessairement investis dans le cadre de la jurisprudence strasbourgeoise d'un poids élevé. En outre, « priver quelqu'un de sa capacité est un mesure très sérieuse qui devrait être réservée à des circonstances exceptionnelles » (*X et Y c. Croatie*)³⁹⁹.

153. D'autres prérogatives relevant de la vie privée ont été expressément investies par la Cour d'un poids considérable. Tel est le cas en particulier de l'identité sexuelle (on devrait plutôt dire « sexuée ») d'une personne⁴⁰⁰ et de la sexualité⁴⁰¹ qui sont considérées par le juge européen comme figurant parmi « les aspects les plus intimes de la vie privée ». Il en va de

constaté, sans autre questionnement, l'existence d'une violation de l'article 8 (pourtant ordinairement un constat de violation de l'article 3 amène la Cour à ne pas examiner le grief sous l'angle de l'article 8). Dans cette affaire cependant, l'absence de proportionnalité dans le champ de l'article 8 peut aussi s'expliquer par la circonstance que le gouvernement turc s'était borné à contester les faits sans leur proposer par contre de justification. Les mêmes doutes affectent les arrêts *Adkivar* et *Mentes* qui portent sur la même problématique mais se distinguent parce que l'article 3 n'est pas examiné. Ici encore, le caractère abrupt des conclusions de la Cour permet d'affirmer, sans certitude, que l'on a peut être touché là au domaine de l'injustifiable (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 420-423).

³⁹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 419.

³⁹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, § 40 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n°2) du 7 février 2012, § 96 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Lillo-Stenberg and Sæther c. Norvège* du 16 janvier 2014, § 26.

³⁹⁹ Traduction libre.

⁴⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, § 72 et Cour eur. dr. h., arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, § 104.

⁴⁰¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 52 et Cour eur. dr. h., arrêt *Smith et Grady* du 27 septembre 1999, § 89.

même de l'accès aux origines présenté comme un « intérêt primordial »⁴⁰² et du nom dont il est régulièrement répété qu'il « appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale »⁴⁰³.

154. Le rattachement d'une demande individuelle au noyau dur ou aux aspects essentiels ou fondamentaux du droit au respect de la vie privée positionne favorablement le requérant dans le procès strasbourgeois. Il n'est dès lors pas surprenant que les juges européens, dans les opinions séparées qu'ils adjoignent parfois aux arrêts, prennent clairement position en faveur du rapprochement d'une prérogative du cœur de la vie privée. Tel a notamment été le cas dans l'affaire *Odièvre c. France* où des juges dissidents ont affirmé que le droit à l'identité faisait partie du « noyau dur » de la vie privée ou dans l'arrêt *Nada c. Suisse* où les juges ROZAKIS, SPIELMANN et BERRO-LEFÈVRE ont regretté que l'arrêt de la grande chambre donne « la mauvaise impression que l'honneur et la réputation [...] ne [faisaient] pas nécessairement partie des éléments constitutifs les plus essentiels de la vie privée »⁴⁰⁴.

ii) *Le noyau dur de la vie familiale*

155. Si l'intégrité physique et morale de l'individu constitue le cœur de la vie privée, c'est assurément le fait même d'« être ensemble » qui constitue l'essence du droit au respect de la vie familiale. La Cour a rapidement affirmé que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »⁴⁰⁵ et que « la vie de couple constitue, pour des conjoints, l'un des attributs essentiels du droit au respect de la vie familiale »⁴⁰⁶. La Cour a encore pu affirmer, dans son arrêt *Vasquez c. Suisse* du 26 novembre 2013, que « les relations centrales de la vie familiale au titre de l'article 8 sont celles entre époux et épouse et entre parents et enfants » (§ 48)⁴⁰⁷. Par-delà cette affirmation relativement évidente, il est difficile de pointer d'autres considérations hiérarchisant la diversité des prérogatives qui peuvent être incluses dans le champ d'application de la vie familiale, même si le nom, au titre de sa nature hybride (il est un « moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille »⁴⁰⁸) relève du « noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale »⁴⁰⁹.

156. A nouveau par contre on peut mettre en évidence des velléités hiérarchisantes dans le chef de certains juges européens. Ainsi, dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt *Petrovic c. Autriche*, le juge PETTITI a-t-il souligné, à propos du congé parental, que « certaines revendications [...] correspondent parfois plus à des convenances personnelles qu'à un besoin impérieux » et qu'« il faut garder une hiérarchie des problèmes afin de privilégier la protection des intérêts majeurs » tandis que, dans son opinion séparée annexée à l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a affirmé que « le droit au congé parental est un droit conventionnel primordial qui fait partie du noyau dur des droits fondamentaux de la famille »⁴¹⁰.

⁴⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 49.

⁴⁰³ Cour eur. dr. h., *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, § 51.

⁴⁰⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, opinion concordante du juge Rozakis à laquelle se rallient les juges Spielmann et Berro-Lefèvre.

⁴⁰⁵ Cour eur. dr. h. (plén.), arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, § 59 ; Cour eur. dr. h., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 février 1995, § 86.

⁴⁰⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, §§ 45 et 51 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, § 53 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Mengesha Kimfe c. Suisse* du 29 juillet 2010, § 62.

⁴⁰⁷ Traduction libre.

⁴⁰⁸ Nous soulignons.

⁴⁰⁹ Cour eur. dr. h., *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, § 51.

⁴¹⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE.

B. Le poids du droit de se marier et de fonder une famille garanti par l'article 12

157. *Lex specialis* de l'article 8⁴¹¹, le droit de se marier et de fonder une famille dispose d'un système de restrictions *sui generis* qui semble *a priori* investir les Etats d'une grande liberté dans la détermination des conditions de son exercice. Le régime des restrictions au droit garanti par l'article 12 n'est en d'autres termes pas conventionnellement organisé en sorte qu'il est revenu à la Cour d'en déterminer les contours.

Dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, la Cour a rappelé qu'aux termes de cette disposition, l'exercice du droit de se marier était soumis aux lois nationales mais que les limitations éventuelles ne pouvaient « le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même » (§ 50). Dans l'arrêt *Johnston c. Irlande*, la Cour a affirmé que « même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 » (§ 52).

Les organes de la Convention ont pu ainsi affirmer à de nombreuses reprises l'intangibilité de la « substance » du droit de se marier et de fonder une famille garanti par l'article 12. Pour Sébastien VAN DROOGHENBROECK, la réflexion sur la portée d'une éventuelle intangibilité de la substance de l'article 12 est de nature à susciter à la fois « l'étonnement » et « la perplexité ». Ainsi, alors que pour d'autres droits conventionnels (tels que le droit de vote et d'éligibilité ou le droit à l'instruction), l'atteinte à la substance paraît impliquer le caractère perpétuel ou irréversible de la restriction envisagée, il semble qu'il peut être porté atteinte à « la substance » du droit de se marier même quand l'atteinte considérée n'est pas perpétuelle ou irréversible. Dans l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, la Cour a décelé une atteinte à la substance du droit de se marier au titre d'une interdiction pourtant temporaire de (re)mariage (§ 40). L'atteinte à la substance du droit de se marier consisterait donc tout autant dans sa « suspension totale temporaire » que dans sa « compromission totale et définitive »⁴¹². Dans le même arrêt, toutefois, il est affirmé que la mesure litigieuse « a touché à la substance même » du droit de se marier et dans le même temps qu'elle « se révèle non proportionnée au but légitime poursuivi ». Ainsi, alors que l'identification d'une atteinte à la substance a *a priori* pour intérêt d'exclure toute possibilité de justification, ce passage semble y introduire la logique de la proportion ce qui pourrait conduire à exclure pour la matière considérée l'idée même d'un « injustifiable en soi »⁴¹³.

C. Droit « de » et droit « de ne pas » : le verso des droits

158. L'interprétation dynamique et évolutive a parfois conduit à s'interroger sur la possibilité de déduire de la consécration d'un droit par la Convention la reconnaissance et la garantie implicite d'un droit au contraire de ce droit. La Cour se montre à cet égard réticente comme en rendant compte, par exemple, le refus de la Cour – dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁴¹⁴ – de reconnaître que l'article 2 de la Convention qui protège le droit à la vie protégerait aussi un hypothétique droit à la mort ou bien celui souvent réitéré – notamment dans *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*⁴¹⁵ – de découvrir, entre les lignes de l'article 12, de la Convention un

⁴¹¹ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, pp. 107-160.

⁴¹² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 464-467.

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 465-467.

⁴¹⁴ Ainsi, « la Cour estime [...] qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique » (§ 40).

⁴¹⁵ Ainsi, « dans son arrêt *Johnston et autres c. Irlande* [...], la Cour a affirmé que ni l'article 12 ni l'article 8 de la Convention ne peuvent être interprétés de manière à garantir le droit au divorce (§§ 54 et 57 de l'arrêt précité). Qui

éventuel droit au divorce. Il n'empêche que, dans le cadre de l'interprétation de l'article 8, et à la faveur de l'extrême amplitude de son champ d'application, la Cour a pu ponctuellement mettre en évidence des droits « de ne pas ». L'exemple le plus significatif à cet égard est sans doute celui qu'on peut tirer de l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 suivant lequel « le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...], recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent » (§ 71).

Pourrait-on considérer, à l'aune de la réticence manifestée par le juge européen des droits de l'homme, que – toute autre chose égale par ailleurs – les droits « de ne pas » seraient investis, lorsque leur existence est admise, d'un poids conventionnel moins élevé que leur « alter ego » positif ? Cela n'est pas évident, puisque dans l'arrêt *Evans* qui confrontait précisément le droit de devenir parent et celui de ne pas devenir parent, la Cour a *in fine* admis la préférence donnée par l'Etat au second sur le premier ... Selon Karel VASAK, « le critère du caractère, positif ou négatif, des droits de l'homme amène à se demander quels sont, parmi les droits de l'homme, ceux auxquels on peut valablement renoncer et ceux dont, corrélativement, le respect et la protection doivent être imposés par l'Etat à l'encontre même de la volonté librement manifestée par leur titulaires » en sorte qu'« un tel critère soulève des questions que souvent, seule une société riche et sophistiquée est amenée à se poser et qui étaient inconnues il y a encore quelques années »⁴¹⁶.

§ 2. L'impériosité variable des obligations étatiques : Obligations négatives et positives et exigence de non-discrimination

159. Toute autre chose égale par ailleurs, est-il possible d'établir également une variation du poids de la revendication individuelle présentée au juge européen en fonction de la nature des obligations étatiques considérées ?

A. Le poids moindre des obligations positives

160. La diversification des obligations imposées aux autorités étatiques a un impact sur le poids des revendications individuelles dès lors qu'il peut se concevoir qu'un devoir d'abstention peut s'imposer *a priori* avec plus de force qu'une obligation positive. Alors qu'il est possible de considérer l'obligation négative comme une obligation de résultat (l'Etat doit s'abstenir), l'obligation positive se comprend, au contraire, comme une obligation de moyen (l'Etat doit faire le mieux possible)⁴¹⁷. En effet, dès lors que ces obligations sont « virtuellement sans limite », il peut seulement être exigé de l'Etat qu'il prenne « des mesures raisonnables » propres à réaliser ou à protéger le droit considéré⁴¹⁸.

Il s'ensuit que malgré l'affirmation par la Cour de l'identité du contrôle en matière d'obligations positives et en matière d'obligations négatives (voy. *supra* n° 137), le contrôle des unes et des autres ne serait pas totalement unifié, dès lors notamment que « le contrôle des obligations positives manque de rigueur et paraît singulièrement plus flou que le contrôle des obligations négatives »⁴¹⁹. En somme, le choix des obligations positives induirait un contrôle moins

plus est, les travaux préparatoires de la Convention indiquent clairement la volonté des Hautes Parties contractantes d'exclure délibérément ce droit du champ d'application de la Convention » (§ 61).

⁴¹⁶ K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL), coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 17.

⁴¹⁷ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, p. 87.

⁴¹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 372-375.

⁴¹⁹ F. SUDRE, « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 380.

rigoureux et ce flottement s'expliquerait par le renversement du test de proportionnalité : il ne s'agit plus de savoir si l'atteinte au droit est proportionnée à un but légitime, mais bien de déterminer si les obligations de l'Etat ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt à protéger⁴²⁰. D'ailleurs, il est affirmé, dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*, que « la notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand [des obligations positives] se trouvent en cause ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention » (§ 55).

161. La question de la qualification des obligations en cause peut donc revêtir une importance considérable ce qui induit parfois des divergences au sein de la Cour. On peut à cet égard se référer, par exemple, à l'opinion dissidente émise dans l'affaire *Hamalainen c. Finlande* et suivant laquelle, « le refus de l'État d'accorder à la requérante une nouvelle carte d'identité reflétant son nouveau sexe devrait [...] être examiné comme une violation potentielle d'une obligation négative [plutôt que comme une obligation positive] car cela n'exige pas de démarches importantes des autorités de l'État ni n'implique des conséquences sociales ou économiques majeures ». On peut également citer, dans le même ordre d'idée, l'opinion dissidente de la juge KALAYDJIEVA dans l'affaire *Hristozov c. Bulgarie* qui selon laquelle il faut distinguer les affaires dans lesquelles les requérants « [s'efforcent] d'obtenir un plus grand engagement positif des autorités – notamment l'adoption d'une nouvelle législation – afin d'améliorer leur situation privée » et celles, telles que l'espèce, où ceux-ci ne réclament pas « l'établissement d'une nouvelle obligation positive pour les autorités ».

B. L'exigence de non-discrimination

162. Suivant D. SHELTON, « on peut s'attendre à ce qu'en cas de conflit, les droits intangibles ou auquel un statut spécial est accordé, tels que le droit à la non-discrimination, priment sur les autres droits »⁴²¹. La Cour a reconnu au gré de sa jurisprudence l'importance fondamentale de la lutte contre la discrimination au moins dans trois domaines : les inégalités fondées sur la naissance ; celles fondées sur le sexe ; plus récemment, celles liées à l'orientation sexuelle.

En premier lieu, les différences de traitement fondées sur la naissance sont expressément contraires à l'« ordre public européen ». Dans l'arrêt rendu par la grande chambre le 7 février 2013 dans l'affaire *Fabris c. France*, la Cour a ainsi rappelé que « dès 1979, dans l'arrêt *Marckx*, [avait affirmé] l'incompatibilité avec la Convention des limitations aux droits successoraux des enfants fondées sur la naissance » et qu'« elle [n'avait] eu de cesse de réaffirmer ce principe fondamental, érigeant l'interdiction de discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté en norme de protection de l'ordre public européen » (§ 57). Ensuite, la Cour a fait expressément sien le combat de l'égalité entre les sexes dont elle affirme qu'elle est un « but important » ou qu'elle revêt une importance fondamentale. Ainsi, dès l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour a affirmé que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe » (§ 78). Dans le récent arrêt de grande chambre *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, la

⁴²⁰ *Idem*.

⁴²¹ Notamment, la Convention européenne prévoit que, dans le cadre d'une dérogation, les mesures exceptionnelles considérées ne peuvent violer l'exigence de non-discrimination. De même, dans le système onusien, la convention sur l'élimination de la discrimination raciale a été la première à être agréementée d'un mécanisme de plainte (D. SHELTON, « Mettre en balance les droits ... », *op. cit.*, pp. 153-194).

Cour a expressément fait référence à « l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe » (§ 150)⁴²². Enfin, plus récemment, la Cour s'est montrée particulièrement soucieuse de l'élimination des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. A cet égard, elle s'appuie régulièrement sur les recommandations formulées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe (voy. *infra* n° 340).

§ 3. La conception subjective de la dignité humaine

163. La notion philosophique de dignité humaine, qui connaît un vif succès auprès des juristes, au point qu'il est désormais commun d'évoquer sa « juridicisation », n'en reste pas moins à ce stade extrêmement « [mystérieuse] et insaisissable »⁴²³. Elle n'apparaît pas dans le texte de la Convention de 1950, bien qu'elle semble avoir été constamment invoquée dans le cadre de ses travaux préparatoires⁴²⁴. Mais en 1995, dans les arrêts *C.R. c. Royaume-Uni* et *S.W. c. Royaume-Uni*, la Cour a fait référence aux « objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines »⁴²⁵. Dans sa jurisprudence ultérieure, elle affirmera parfois – comme dans l'arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* – qu'« on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect »⁴²⁶. Ainsi associée à la liberté et aux inconvénients que doit accepter la société, la dignité humaine apparaît donc en premier lieu comme le soutien potentiel d'une revendication individuelle affirmée face à l'Etat.

164. Cette conception « subjective » de la dignité humaine qui la relie à la liberté personnelle et aux droits individuels correspond à l'approche retenue, par exemple, dans la tradition constitutionnelle des Etats-Unis⁴²⁷ ou du Canada⁴²⁸. Par-delà les questionnements relatifs aux divers usages qui peuvent être faits de la notion de dignité – par exemple comme « source » à laquelle puiser de nouveaux droits⁴²⁹ ou bien comme « droit » en soi⁴³⁰ – et qui débordent sans

⁴²² F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 35-36.

⁴²³ K. NERI, « La notion de dignité humaine ... », *op. cit.*, p. 53.

⁴²⁴ L. JEANNIN, « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme. La construction prétorienne d'un concept », in *La dignité de la personne humaine* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, PUF, 2005, p. 178.

⁴²⁵ Elle n'a fait son apparition de le droit textuel de la Convention qu'avec l'affirmation contenue dans le préambule du Protocole n° 13 de 2002 suivant laquelle « l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». Voy. à ce propos : L. JEANNIN, « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 176 et s.

⁴²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Unal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, § 67.

⁴²⁷ Aux Etats-Unis, ce sont les juges Frank MURPHY puis William J. BRENNAN qui ont introduit de manière durable la référence à la « dignité individuelle » (« *individual dignity* ») dans la jurisprudence de la Cour suprême. Le second plaïda, en 1987, en faveur de la possibilité pour les prisonniers musulmans de maintenir leur pratique religieuse (*O'Lone v. Shabazz*) et en faveur de la possibilité pour les soldats qui s'étaient vu administrer du LSD à leur insu dans le cadre d'une expérience d'être indemnisés (*United States v. Stanley*). Il fut souvent critiqué en raison de la conception individualiste qu'il avait de la dignité (S. J. WERMIEL, « Law and Human Dignity : the Judicial Soul of Justice Brennan », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 1998, p. 227). Voy. aussi : A.I. MELDEN, « Dignity, Worth and rights », *op. cit.*, pp. 234 et 236-237 et S. HENNETTE VAUCHEZ, « Le principe de dignité en droit américain », in *La dignité de la personne humaine* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, PUF, 2005, p. 145 et s.).

⁴²⁸ Dans un arrêt *Law c. Canada* de 1999, la Cour suprême du Canada a considéré que « la dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle » (M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.* p. 1200).

⁴²⁹ Christofer MCCRUDDEN prend à cet égard l'exemple de l'interprétation de la loi fondamentale israélienne par la Cour Suprême. De nombreux droits qui avaient été exclus du texte en l'absence de consensus politique ont été

aucun doute le cadre de cette étude, il nous semble en tout cas incontestable que, dans la jurisprudence de la Cour européenne, son association à une revendication individuelle – ressortissant par exemple à la vie privée et familiale – confère à cette dernière une manière de « surcroît pondéral » dans la perspective de sa confrontation aux intérêts que prétendra lui imposer l'Etat. Le principe de dignité humaine n'aurait alors pas d'existence normative autonome dans le droit de la Convention : il se « combinerait » ou « se rattacherait » le plus souvent à un droit conventionnel⁴³¹.

165. La dignité humaine est apparue en premier lieu dans la jurisprudence de la Cour⁴³² dans le contexte de l'application de l'article 3 de la Convention, dans des affaires où étaient en cause les châtiments judiciaires corporels⁴³³ ou les conditions de détention⁴³⁴. L'on peut aussi relever l'usage combiné de l'article 3 et de la notion de dignité humaine dans le contentieux relatif à la jouissance des biens de première nécessité (*contra* : *Van Volsem c. Belgique*)⁴³⁵. L'usage jurisprudentiel de la notion de dignité s'est cependant rapidement déployé bien au-delà du

jurisprudentiellement consacrés (notamment la liberté de religion) (C. McCrudden, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *European Journal of International Law*, 2008, pp. 72-73).

⁴³⁰ Le caractère autonome de la dignité comme « nouveau droit de l'homme » apparaît cependant particulièrement difficile à confirmer. Ainsi la référence à la dignité humaine contenue dans l'article 1 de la Charte des droits fondamentaux ne semble-t-elle pas en pratique s'écarter véritablement de la conception classique de la « dignité-fondement » tandis que la présence d'un droit autonome à la dignité – associé néanmoins au droit à la personnalité juridique et à l'interdiction de l'esclavage et de la torture – dans l'article 5 de la Charte africaine ne semble pas non plus présenter une épaisseur significative (K. NERI, « La notion de dignité humaine... », *op. cit.*, pp. 67-71). En outre, au plan du contenu ces deux instruments ne laissent entrevoir qu'une manière de « terme générique » englobant la protection des droits considérés absolus (droit à la vie et à l'intégrité physique, interdiction de la torture et du travail forcé). Pour Kiara NERI, un droit autonome à la dignité humaine pourrait se comprendre comme un « droit au droit », qui « imposerait donc au débiteur de l'obligation de respecter la personne concernée en tant qu'être humain, c'est-à-dire de ne pas lui dénier son appartenance à la famille juridique humaine » (K. NERI, « La notion de dignité humaine ... », *op. cit.*, pp. 73-74).

⁴³¹ L. JEANNIN, « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, pp. 177 et 179. Il serait au demeurant possible selon Christopher McCrudden, de déceler un noyau dur de la dignité au regard de l'ensemble de ses usages dans le champ des droits de l'homme qui aurait à la fois une portée ontologique (chaque être humain a une valeur intrinsèque, simplement parce qu'il est un humain) et une portée relationnelle (cette valeur intrinsèque devrait être reconnue et respectée par les autres ce qui induirait des actions et des abstentions). Dans ce contexte, la dignité concernerait la prohibition des traitements inhumains, humiliants ou dégradants, l'assurance de la possibilité de choix individuel, la reconnaissance et la protection des identités de groupe et des cultures et les conditions nécessaires à la satisfaction des besoins essentiels (C. McCrudden, « Human Dignity ... », *op. cit.*, pp. 56-57).

⁴³² Voy. sur le déploiement de la notion de dignité dans la jurisprudence de la Cour : R. D. GLENSY, « The Right to Dignity », *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, pp. 104-106 ; C. McCrudden, « Human Dignity ... », *op. cit.*, p. 33 ; K. NERI, « La notion de dignité humaine ... », *op. cit.*, p. 65.

⁴³³ Ainsi, dès son arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, la Cour a considéré, à propos des peines corporelles, que « quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtimement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne ».

⁴³⁴ Dans l'arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, la Cour a affirmé, à propos des conditions de détention, que « l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » (§ 94). Le renvoi à la dignité est omniprésent dans le contentieux des conditions de détention, la Cour ayant pu à de très nombreuses reprises affirmer que « lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 ». Par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Assenov et autres c. Bulgarie*, arrêt du 28 octobre 1998, § 94 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, § 120 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Toma c. Roumanie* du 24 février 2009, § 47 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Jordan Petrov c. Bulgarie* du 24 janvier 2012, §§ 78 et 122. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., *Gagiu c. Roumanie* du 24 février 2009, § 75 ; Cour eur. dr. h., *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, §§ 85-86 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Birznieks c. Lettonie* du 31 mai 2011, § 82 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Popov c. France* du 24 janvier 2012, § 90 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Idalov c. Russie* du 22 mai 2012, §§ 92-93.

⁴³⁵ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 755-779.

champ de l'article 3⁴³⁶. Il est possible d'en mettre en évidence certaines potentialités, dans le contexte du droit à la vie garanti par l'article 2⁴³⁷. Dans la jurisprudence de l'article 8 de la Convention, la mobilisation de la dignité correspond autant à la protection de l'intégrité de la personne qu'à l'exigence par celle-ci de mesures tendant à accroître sa qualité de vie.

166. La notion de dignité renvoie, en premier lieu, dans le contexte de l'article 8, au respect de l'intégrité physique.

S'y rattachent par exemple le droit de ne pas subir des fouilles corporelles⁴³⁸ et le droit à la sépulture⁴³⁹. Dans un arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011, la Cour a souligné que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention » et que « dans le domaine de l'assistance médicale, même lorsque le refus d'accepter un traitement particulier risque d'entraîner une issue fatale, l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte au droit à l'intégrité physique de l'intéressé »⁴⁴⁰. Dans l'arrêt *Söderman c. Suède* daté du 12 novembre 2013, la Cour affirme qu'« en ce qui concerne les enfants, qui sont particulièrement vulnérables, les dispositifs créés par l'Etat pour les protéger contre des actes de violence tombant sous le coup des articles 3 et 8 doivent être efficaces et inclure des mesures raisonnables visant à empêcher les mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance ainsi qu'une prévention efficace mettant les enfants à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne » et que « pareilles mesures doivent viser à garantir le respect de la dignité humaine et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 81).

167. Par-delà la protection de l'intégrité physique, la notion de dignité renvoie aussi, dans le corpus jurisprudentiel relatif à l'article 8, à la « qualité de la vie »⁴⁴¹.

⁴³⁶ M.-J. REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 347.

⁴³⁷ Voy. l'opinion partiellement dissidente du juge MARCUS-HELMONS adjointe à l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001. Selon lui, « nous vivons à une époque de rapide évolution scientifique et, d'un pays à l'autre ou dans un même pays, de grandes différences entre établissements peuvent exister en matière de traitement médical. Si un Etat empêche par la force une personne d'aller vers l'établissement où elle estime avoir les meilleures chances de guérir, cet acte me paraît hautement condamnable ». En outre, « avec la rapide évolution des techniques biomédicales, de nouveaux dangers peuvent naître pour la dignité humaine. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo en 1997, a pour but de tenir compte de certains de ces dangers. Mais seulement quelques Etats l'ont ratifiée à ce jour. De plus, cette convention n'accorde qu'une compétence consultative à la Cour européenne des Droits de l'Homme. Pour tenir compte de cette « quatrième génération de droits de l'homme », c'est-à-dire pour protéger la dignité humaine contre d'éventuels abus du développement scientifique, la Cour pourrait rappeler que, par l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, les Etats se sont engagés à protéger par la loi le droit de toute personne à la vie. Le droit à la vie peut évidemment s'interpréter de bien des manières, mais il englobe certainement la faculté de rechercher à bénéficier du meilleur traitement médical matériellement disponible ».

⁴³⁸ Dans l'arrêt *Frerot c. France* du 12 juin 2007, la Cour signale par exemple que « s'agissant spécifiquement de la fouille corporelle des détenus, [elle] n'a aucune difficulté à concevoir qu'un individu qui se trouve obligé de se soumettre à un traitement de cette nature se sente de ce seul fait atteint dans son intimité et sa dignité, tout particulièrement lorsque cela implique qu'il se dévêtisse devant autrui, et plus encore lorsqu'il lui faut adopter des postures embarrassantes » (§ 38).

⁴³⁹ Dans l'arrêt *Girard c. France* du 30 juin 2011, la Cour affirme que « le droit de donner à leur fille une sépulture qui, comme le Gouvernement l'admet d'ailleurs (paragraphe 97 ci-dessus), est protégé par l'article 8 de la Convention, a fait l'objet d'une ingérence imputable à l'Etat. Il n'est pas utile aux yeux de la Cour de se pencher en l'espèce sur la distinction que le Gouvernement souhaite opérer entre le corps d'un défunt et certaines de ses parties, au regard notamment des principes d'intégrité et de garantie de la dignité et de l'identité de l'être humain » (§ 101).

⁴⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011, § 105.

⁴⁴¹ Cependant, dans l'arrêt de grande chambre *Beard c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, la Cour a décidé concernant un hypothétique droit de se voir fournir un domicile qu'« il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile » mais que pour autant « il existe malheureusement dans les Etats contractants beaucoup de personnes sans domicile. La question de savoir si l'Etat accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire » (§ 110).

Sous cet angle, la dignité est régulièrement mobilisée dans les affaires qui concernent la fin de la vie. Ainsi, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 19 juillet 2002, la Cour a affirmé que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention » et que « c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification » (§ 65)⁴⁴². Dans l'arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012 est questionnée l'existence d'un droit à « des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité » (§ 52).

Cet aspect de la dignité humaine est également mobilisé dans le cadre de la jurisprudence « identitaire » de la Cour. Ainsi, *en premier lieu*, la Cour l'a utilisée au soutien du droit individuel à la reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle⁴⁴³. Ainsi, dans son arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, la Cour a-t-elle expressément affirmé qu'« on [pouvait] raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances » (§ 91). *En second lieu*, la dignité humaine est invoquée par les juges européens à propos du nom. Ainsi, suivant l'arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, « on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi »⁴⁴⁴.

168. Enfin, la dignité humaine justifie aussi l'exclusion de toute discrimination fondée sur la race⁴⁴⁵ ou l'état de santé⁴⁴⁶.

169. On peut ici aussi faire état d'usages « militants » par certains juges européens de la notion de dignité humaine lorsqu'ils l'invoquent « en faveur de la reconnaissance d'un droit ou du durcissement de son régime de protection »⁴⁴⁷. Les usages « militants » de la dignité humaine sont nombreux et rendent compte de la volonté de certains juges de faire accéder certaines prérogatives de l'individu à un niveau supérieur de protection conventionnelle. Ainsi, le juge VAN DIJK a-t-il proposé l'association de la dignité humaine à la reconnaissance juridique du changement de sexe dès 1998 et son opinion dissidente accompagnant l'arrêt *Sheffield et*

⁴⁴² Voy. aussi : S. MILLNS, « Death, Dignity and Discrimination : The Case of *Pretty v. United Kingdom* », *German Law Journal*, 2002 (<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=197>).

⁴⁴³ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 19 juillet 2002, § 90.

⁴⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Unal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 67.

⁴⁴⁵ La discrimination fondée sur la race constitue, aux yeux de la Cour, une atteinte à la dignité humaine. Présente dans la jurisprudence dès 1978 et l'affaire 35 asiatiques d'Afrique orientale, cette connexion apparaît subséquemment dans de nombreux autres arrêts. Ainsi, dans l'arrêt *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)* du 12 juillet 2005 c'est à propos de la destruction de maisons de roms que la Cour « estime en outre que les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement » (§ 110). Dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, la Cour a considéré que « [les conditions dans lesquelles] les Chypriotes grecs du Karpas vivent et sont contraints de vivre : isolement, liberté de circulation restreinte, surveillance et aucune perspective de renouvellement ou d'élargissement de leur communauté [...] sont avilissantes et heurtent la notion même de respect de la dignité humaine de ses membres » en sorte que « la discrimination a atteint un tel degré de gravité qu'elle constituait un traitement dégradant » (§§ 109-110).

⁴⁴⁶ Dans l'affaire *I.B. c. Grèce* qui a donné lieu à un arrêt du 3 octobre 2013 la Cour a renvoyé à la jurisprudence *Hoffman v. South African Airways* de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans le cadre de laquelle il avait été affirmé que « les préoccupations commerciales d'une entreprise étaient légitimes » mais « ne devaient pas servir à justifier une position déguisée à travers laquelle étaient méconnus les droits fondamentaux élémentaires que sont la dignité humaine, la compassion et la tolérance de l'autre ». Il s'ensuivait que « les personnes touchées par le virus HIV étaient dans une situation de fragilité particulière qui exigeait une protection complète de la part du système juridique » (§ 38).

⁴⁴⁷ K. NERI, « La notion de dignité humaine ... », *op. cit.*, pp. 67-68.

*Horsham c. Royaume-Uni*⁴⁴⁸. Plus récemment, et à juste titre selon nous, le juge VUČINIĆ considère dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt *Kurić et autres c. Slovénie* du 26 juin 2012, que le droit à la personnalité juridique relève de la dignité humaine⁴⁴⁹. On peut également relever les tentatives d'insuffler le poids associé à la dignité au droit d'accéder à ses origines personnelles dans l'affaire *Odièvre c. France*⁴⁵⁰ ou au droit d'être avec son enfant dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁴⁵¹.

170. Dans ce contexte, il est évidemment fréquent que des requérants cherchent à faire bénéficier leur revendication du poids supplémentaires associé à la notion de dignité humaine. Ainsi, déjà dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, les requérantes ont-elles fait valoir – sans cependant que la Cour les suive – que leur situation était constitutive d'une atteinte à leur dignité humaine et d'un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention⁴⁵². Dans *Van der Heijden* la requérante faisait valoir qu'« au regard de la raison d'être du droit de refuser de témoigner – à savoir la préservation des relations familiales –, [...] sa vie familiale est tout aussi digne de protection que n'importe quelle union fondée sur le mariage ou le partenariat enregistré » (§ 47). La dignité a aussi parfois été invoquée à l'appui du droit au mariage des prisonniers⁴⁵³ ou de la dénonciation des désavantages subis par un parent au plan du calcul de ses obligations alimentaires en raison de son réinvestissement dans une relation homosexuelle⁴⁵⁴.

171. Il est vrai que, sous cet angle subjectif, la dignité humaine présente, par ses domaines d'opération et sa vocation à contribuer au déploiement des droits individuels, des éléments de proximité avec les notions d'autonomie individuelle et de développement personnel. Certains y voient alors, à l'instar de Béatrice BELDA, la manifestation d'une vision excessivement individualiste et libérale des droits de l'homme qui oblitérerait les dimensions collective et sociale de ceux-ci⁴⁵⁵.

⁴⁴⁸ Voy. le § 5 : « L'enjeu ici réside dans le droit fondamental à l'autodétermination : si une personne a le sentiment qu'elle appartient à un sexe autre que celui originellement enregistré et qu'elle a subi un traitement pour obtenir, dans la mesure médicalement possible, les caractéristiques de l'autre sexe, elle a droit à la reconnaissance juridique de son appartenance au sexe qui, d'après elle, correspond le mieux à son identité. Le droit à l'autodétermination n'a pas été inclus explicitement en tant que tel dans la Convention, mais il se trouve à la base de plusieurs des droits que celle-ci consacre, spécialement le droit à la liberté, garanti par l'article 5, et le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8. De surcroît, il s'agit d'un élément vital de la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » qui, d'après le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Voy. aussi l'opinion dissidente du juge MARTENS dans l'affaire *Cossey* : « Le principe qui se trouve à la base des droits de l'homme et qui sous-tend les divers droits spécifiques énoncés dans la Convention est le respect de la dignité et de la liberté de l'homme. Ces deux éléments impliquent qu'un individu doit être libre de se façonner lui-même et de modeler sa destinée de la façon qui lui semble le mieux convenir à sa personnalité. Un transsexuel use de ces droits très fondamentaux. Il est prêt à se façonner lui-même et à modeler sa destinée ».

⁴⁴⁹ Il expose que dans cette affaire les requérants avaient « cessé d'exister en tant que “sujets de droit”, c'est-à-dire en tant que “personnes physiques”, dans le système juridique slovène » et qu'on les avait traités « comme des objets jetables et non comme des sujets de droit » ce qui avait porté atteinte à leur « personnalité humaine » et à leur dignité.

⁴⁵⁰ Les juges dissidents ont ainsi fait valoir que « même en cas d'adoption, la possibilité d'avoir accès à ses origines et de pouvoir ainsi retracer les éléments de son histoire personnelle relève de la liberté, et donc de la dignité humaine qui est au cœur des droits garantis par la Convention » (opinion dissidente commune à M. WILDHABER, SIR NICOLAS BRATZA, M. BONELLO, M. LOUCAIDES, M. CABRAL BARRETO, MME TULKENS et M. PELLONPÄÄ).

⁴⁵¹ Les juges JOČIENE, SAJÓ ET TSOTSORIA ont exprimé l'opinion que « du fait de l'interprétation restrictive qu'il a retenue, le Tribunal fédéral n'a pas accordé le poids qu'il fallait aux intérêts et aux droits protégés par l'article 8, combinés avec d'autres droits garantis par la Convention (en particulier le droit de Mme Neulinger à la dignité en tant que personne autonome) » (§ 4).

⁴⁵² Selon la Cour « le régime juridique en litige présente sans doute des aspects que les intéressées peuvent ressentir comme humiliants, mais il ne constitue pas un traitement dégradant tombant sous le coup de l'article 3 » (§ 67)

⁴⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Jaremowicz c. Pologne* du 5 janvier 2010, § 40.

⁴⁵⁴ Cour eur. dr. h., J.M. c. *Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, § 32.

⁴⁵⁵ Béatrice BELDA pointe à cet égard le danger que représente une perception subjective de la dignité qui s'incarne notamment dans l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* dans lequel la notion de dignité est expressément associée à celle de

Sous-section 2. Le poids « contextualisé » du droit individuel

172. Le poids d'un droit, dans la perspective de sa confrontation aux intérêts qui lui sont concurrents, dépend aussi de l'ensemble des paramètres de son incarnation dans le complexe factuel qui conduit un individu à se prévaloir à Strasbourg de la méconnaissance de son droit au respect de la vie privée et familiale. Force est ainsi de constater que, pour un droit abstrait déterminé, le contexte particulier de son invocation participera aussi à la modulation de son poids. Comme le relève Peggy DUCOULOMBIER, « le poids “abstrait” accordé à un droit n'est [...] pas identique à son poids “concret” » lequel se comprend comme « le poids du droit tel qu'influencé par différents facteurs comme le statut du titulaire de ce droit »⁴⁵⁶. Nous examinons ici non seulement l'impact que peut avoir le « statut » du titulaire d'un droit (§ 1), mais également l'incidence que peut éventuellement avoir le « comportement » de celui-ci (§ 2).

§ 1. Le « statut » du titulaire du droit

173. Certains titulaires de droits voient leurs prétentions investies d'un poids supplémentaire dans le procès strasbourgeois en raison d'une catégorie à laquelle ils appartiennent. Il en va à tout le moins ainsi des personnes vulnérables en général et des enfants en particulier⁴⁵⁷. En somme, il apparaît que la fragilité du bénéficiaire de la protection conventionnelle justifie une forme d'amplification des obligations mises à charge des Etats parties.

A. Les personnes vulnérables

174. La Cour a fréquemment affirmé dans sa jurisprudence que « dans le cas des personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue »⁴⁵⁸.

liberté. Elle retrouve cette « relativisation de la notion de dignité » dans l'arrêt *Evans*. L'arrêt *K.A. et A.D.* enfonce le clou en permettant une méconnaissance de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants prévue à l'article 3 de la Convention. Cela est d'autant plus inquiétant que l'article 3 porte a priori un droit absolu avec lequel il ne peut être transigé (B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 266).

⁴⁵⁶ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 216.

⁴⁵⁷ Guillaume DE STEXHE évoque un « nouveau transcendantal » qui résiderait dans la conscience de la vulnérabilité et dans la protection des personnes vulnérables. L'expérience humaine se déploierait dans un milieu qui ne ressortit plus seulement aux « catégories de l'effectivité (être), du vrai, du bon et du beau » mais aussi au « fragile ». Il évoque « la conscience historiquement inédite, d'une fragilité ou d'une vulnérabilité » (G. DE STEXHE, « Les limites de la simple humanité », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 109-111).

⁴⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2014, § 58 ; Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (n° 2) du 19 février 2013, §§ 86 et 114 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Todorova c. Italie*, du 13 janvier 2009, § 75 ; Cour eur. dr. h., arrêt *R.I.P. et D.L.P. c. Roumanie* du 10 mai 2012, § 58 ; Cour eur. dr. h., arrêt *M.B. c. Roumanie* du 3 novembre 2011, § 52 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Zambotto Perrin c. France*, 26 septembre 2013, § 94 ; Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* du 10 janvier 2012, § 50. Voy. aussi : A. IEVER, « Privacy rights in conflict: in search of the theoretical framework behind the European court of human rights' balancing of private life against other rights », in *Rights in conflict* (dir. E. BREMS), Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, pp. 52-53 et A. TIMMER, « A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights », in *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (dir. M. FINEMAN et A. GREAR), Surrey, Ashgate, 2013, p. 3 et s.

La Cour a très souvent fait état de l'existence de telles obligations aggravées dans le contexte de violences perpétrées à l'égard d'enfants ou de femmes. Dans son arrêt *O'Keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014, la grande chambre a affirmé qu'« eu égard au caractère fondamental des droits garantis par l'article 3 et à la vulnérabilité particulière des enfants, les pouvoirs publics ont l'obligation, inhérente à leur mission, de protéger ceux-ci contre des mauvais traitements, surtout dans le contexte de l'enseignement primaire, le cas échéant par l'adoption de mesures et de garanties spéciales » (§ 146). Dans l'arrêt *Hajduova c. Slovaquie*, la Cour a affirmé que « la vulnérabilité particulière des victimes de violences conjugales et la nécessité d'un engagement actif de l'Etat dans leur protection ont été soulignées par de nombreux instruments internationaux » (§ 46)⁴⁵⁹. La Cour reconnaît aussi la vulnérabilité des femmes qui sont en situation de détresse procréative comme la requérante de l'affaire *Tysiac c. Pologne*⁴⁶⁰ et celle des personnes qui appartiennent à une minorité ethnique comme la requérante de l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*.

Les critères de vulnérabilité peuvent évidemment se combiner à l'environnement notamment lorsque sont en cause les facultés procréatives de femmes roms comme dans l'affaire *V.C. c. Slovaquie*⁴⁶¹.

B. La prééminence de l'intérêt de l'enfant

175. Conformément à un très large consensus international, la Cour a fait de l'intérêt de l'enfant un intérêt prééminent dans toutes les affaires qui le concernent. Ainsi qu'il a été affirmé notamment dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, « il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer » (§ 135)⁴⁶². Cependant, l'impériorité de l'intérêt de l'enfant n'empêche pas qu'il s'agit d'une notion extraordinairement ambiguë comme l'a rapidement reconnu le juge européen. Si l'on prend par exemple le cas de la prise en charge par les autorités publiques, l'intérêt bien compris de l'enfant « présente un double aspect » au sens où il implique à la fois que l'enfant puisse grandir dans un environnement sain et que les liens entre lui et sa famille soient maintenus⁴⁶³.

176. Dans un contexte où l'intérêt de l'enfant présente différentes facettes qui peuvent se contredire entre elles, quel pourrait être le poids à reconnaître à la volonté de l'enfant comme mode d'expression de son meilleur intérêt ? La détermination du meilleur intérêt d'un enfant déterminé induit semble-t-il aux yeux de la Cour la prise en considération de son opinion, ce qui ne revient toutefois pas à l'investir d'un véritable pouvoir décisionnel, en sorte que les Etats ont l'obligation de mettre en place des procédures qui permettent l'appréhension effective mais critique de la parole de l'enfant⁴⁶⁴. Dans son opinion dissidente adjointe à l'arrêt *Ignaccolo-*

⁴⁵⁹ Traduction libre.

⁴⁶⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, § 127.

⁴⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011, § 146.

⁴⁶² Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Maumousseau et Washington* du 6 décembre 2007, § 68 et Cour eur. dr. h., arrêt *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, § 51.

⁴⁶³ Cour eur. dr. h., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, § 59.

⁴⁶⁴ On peut par exemple se référer à un arrêt *Cristescu c. Roumanie* du 10 janvier 2012 aux termes duquel « the child's reluctance towards seeing his father was a constant element throughout the years, as evidenced not only by the reports prepared by the bailiff, but also by various testimonial statements, by the comments made by Th.N.'s brother, C.I. and, not least, by the numerous statements made in that regard by the child himself before various authorities (such as psychologists, courts, policemen, school representatives and social workers). This reluctance was acknowledged by the applicant himself, who however, considered the mother to be solely responsible for the child's behaviour. The Court, nevertheless, notes that the applicant's continual assertions that the mother exerted a negative influence on the child Th.N. were taken into consideration by the courts, who however repeatedly held that it was the responsibility of both parents to improve the family relationship and therefore considered that both of them needed to cooperate and give more consideration to the best interests of their children (see paragraphs 11, 43 and 47 above) » (§ 66). Dans un arrêt *B.B. et F.B. c. Allemagne* du 14 mars 2013, la Cour a considéré que les juridictions allemandes

Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, le juge MARUSTE a affirmé qu'« eu égard à la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, et en particulier à son article 4, qui oblige les Etats parties à prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans ledit instrument, les droits et intérêts supérieurs de l'enfant doivent être promus. A cet effet, il s'impose de donner aux enfants la possibilité d'exercer leurs droits, notamment dans les procédures familiales les intéressant, et de dûment tenir compte de leur avis (voir la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, Série des traités européens n° 160). En conséquence, là où les intérêts des parents sont en conflit, l'opinion et les préférences des enfants doivent être véritablement entendues et prises en considération dans les procédures et lors de l'adoption de décisions les concernant ».

177. La question peut aussi se poser de savoir si l'on reste un « enfant » bénéficiant de la faveur du juge européen y compris lorsqu'on grandit puis qu'on vieillit. L'enfant devenu adulte peut-il bénéficier d'un surcroît de protection conventionnelle au titre de maintien de sa position relative d'enfant à l'égard d'autres individus ? Certaines affirmations de la Cour le laissent penser. Dans l'arrêt *Jaggi c. Suisse*, il a notamment été souligné, à propos d'un requérant âgé de presque septante ans, que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge (§ 40). Dans l'arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, la Cour a affirmé clairement, à propos d'une requérante âgée de soixante-neuf ans, que « l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire » (§ 69)⁴⁶⁵.

178. Quid enfin de la protection de l'intérêt de l'enfant, avant sa naissance ? Suivant Diane ROMAN, « la protection de la vie n'est pas, en matière génésique, l'objet premier de protection, la Cour, portée par un authentique esprit libéral et individualiste, reconnaissant en premier lieu le droit de la personne à maîtriser ses fonctions reproductives »⁴⁶⁶. Sans se prononcer sur le moment précis du début de la vie, la Cour reconnaît cependant la légitimité des préoccupations manifestées à l'égard des enfants qui ne sont pas encore nés (voy. *infra* n° 914)⁴⁶⁷.

La légitimité de ce souci est notamment affirmée dans l'affaire *Odièvre c. France*, la Cour a relevé que la loi française permettant l'accouchement sous x « [s'inscrivait], depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons “sauvages” ». Il s'ensuivait, pour les juges de Strasbourg, que « le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, [n'était] [...] pas étranger aux buts que recherche le système français » (§ 45) (voy. *infra* n° 638).

n'avaient pas appréhendé de manière adéquate les allégations de mauvais traitements formulées par deux enfants à l'égard de leurs parents et dont il était apparu plus tard qu'elles n'étaient pas fondées. Ainsi, « the only evidence relied upon by the Krefeld District Court when giving its decision of 4 August 2008 were the personal statements made by the two children before the Youth Office and before the District Court. There was no objective evidence for the alleged abuse. The Court further observes that, while the District Court had the benefit of direct contact with the children, the Court of Appeal based its assessment exclusively on the content of the case-file, without re-hearing the children in person. The applicants, for their part, relied on the statement of the children's attending physicians and of a psychologist, who had examined the boy on several occasions and did not detect any sign of abuse. They further pointed out that the children had regularly attended school and sports activities. Furthermore, it was not contested before the domestic courts that the girl had a vivid imagination. The Court considers that these facts were capable of casting doubts as to the truthfulness of the children's allegations » (§ 50).

⁴⁶⁵ Voy. cependant l'opinion dissidente du juge SAJO : « la requérante [...] n'a pas fait montre d'une préoccupation particulière et durable quant à ses origines, puisqu'elle a attendu vingt-trois ans avant de saisir la justice. S'il m'appartenait de procéder à la mise en balance, c'est là un aspect que je prendrais en considération ».

⁴⁶⁶ D. ROMAN, « Autodétermination personnelle et choix de vie et de mort dans la jurisprudence de la Cour européenne », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), coll. Droit et justice, n° 93, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, pp. 264-265.

⁴⁶⁷ La question de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant à naître in concreto s'est notamment posée dans les arrêts *Vo c. France* (fœtus) et *Evans c. Royaume-Uni* (embryon in vitro).

Dans l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande* rendu par la grande chambre le 16 décembre 2010 et relatif à l'avortement pour des raisons de santé ou de bien être, la Cour a relevé qu'« un respect inconditionnel de la protection de la vie prénatale ou l'idée que les droits de la future mère seraient de moindre envergure [ne pouvaient] [...] automatiquement justifier une interdiction de l'avortement fondée sur le souci de protéger la vie de l'enfant à naître » et considéré qu'il y avait lieu de « déterminer si l'interdiction par l'Etat irlandais de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être [était] compatible avec l'article 8 de la Convention en se fondant sur le critère [...] du juste équilibre » (§ 238) (voy. *infra* n° 945).

On le voit, le respect dû à la vie semble s'étendre aux vies seulement potentielles des enfants susceptibles de naître lorsqu'il s'agit d'examiner la légitimité, au regard de la Convention, de réglementations internes relatives à l'accouchement sous x ou à l'avortement. Cette circonstance que l'embryon et le fœtus ont des intérêts ou plutôt représentent des intérêts digne de la protection de la Convention paraît accentuée dans l'arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012, relatif à l'impossibilité pour un couple italien de recourir à une fécondation *in vitro* et à un diagnostic préimplantatoire pour éviter de transmettre une affection à un éventuel futur enfant. Ainsi, dans un contexte où il leur était par contre permis de procréer naturellement et de faire procéder à une IVG si l'enfant présentait la pathologie considérée, la Cour a affirmé que « la notion d'« enfant » ne saurait être assimilée à celle d'« embryon » » mais que, pour autant, elle ne voyait pas « comment la protection des intérêts évoqués par le Gouvernement se [conciliait] avec la possibilité ouverte aux requérants de procéder à un avortement thérapeutique lorsqu'il [s'avérait] que le fœtus [était] malade, compte tenu notamment des conséquences que cela comporte tant pour le fœtus, dont le développement est évidemment bien plus avancé que celui d'un embryon » (§ 62) (voy. *infra* n° 933).

§ 2. Le « comportement » du titulaire du droit

179. Le poids reconnu à un droit individuel peut aussi être influencé par le comportement du titulaire du droit. Tel est classiquement le cas en matière de délai raisonnable, un individu ne pouvant se plaindre d'un retard auquel il a lui-même contribué⁴⁶⁸. Il existe cependant d'autres circonstances où l'attitude adoptée par le titulaire du droit est en mesure d'influer sur le poids de sa revendication soit en sa faveur (A) soit en sa défaveur (B).

A. Le renforcement de la revendication du titulaire du droit

180. L'attitude du requérant peut en premier lieu renforcer sa position dans l'arène strasbourgeoise.

Ainsi dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, la Cour accorde de l'importance, pour évaluer le refus des autorités luxembourgeoises de reconnaître une adoption péruvienne, à la circonstance que « [la requérante] [avait] suivi de bonne foi toutes les démarches prévues par la procédure péruvienne » et que « l'assistante sociale [avait] émis un avis favorable quant à l'adoption » (§ 155) (voy. *infra* n° 1106). Dans l'arrêt *Muñoz Diaz c. Espagne* du 8 décembre 2009, la Cour a relevé, pour apprécier le refus des autorités espagnoles de reconnaître à une femme mariée seulement religieusement le bénéfice d'une pension de veuve, que « les autorités nationales [n'avaient] pas nié que la requérante croyait de bonne foi à la réalité de son mariage » (§ 56) et que « la bonne foi de la requérante quant à la validité de son

⁴⁶⁸ Par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Volesky c. République tchèque* du 29 juin 2004, §§ 102 et 104.

mariage, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités, [avait] engendré chez l'intéressée l'attente légitime d'être considérée comme l'épouse » (§ 63) (voy. *infra* n° 687).

B. L'affaiblissement de la revendication du titulaire du droit

181. En second lieu, l'attitude du requérant peut au contraire jouer en sa défaveur dans le contrôle par la Cour des solutions ménagées au niveau étatique. La possibilité de prendre de la sorte en considération le comportement du titulaire du droit pour atténuer la protection conventionnelle de celui-ci donne toutefois lieu à des discussions au sein de la Cour.

182. Ainsi un individu voit-il, par exemple, diminuer le poids de sa revendication à la protection de sa vie privée s'il a volontairement exposé celle-ci auparavant. Dans l'arrêt *Caroline Von Hannover c. Allemagne* n° 2 du 7 février 2012, la Cour a rappelé que « le comportement de la personne concernée avant la publication du reportage ou le fait que la photo litigieuse et les informations y afférentes ont déjà fait l'objet d'une publication auparavant constituent [...] des éléments à prendre en compte » même si « le seul fait d'avoir coopéré avec la presse antérieurement n'est pas de nature à priver l'intéressé de toute protection contre la publication de la photo litigieuse » (§ 111). Dans l'arrêt *Varapnickaite-Mazyliene c. Lituanie* du 17 janvier 2012, la Cour a pris en considération la circonstance que la requérante avait fait dans la presse le récit de la prise en charge de son enfant par les services sociaux pour atténuer la protection conventionnelle des éléments divulgués (§ 48)⁴⁶⁹. Dans l'arrêt *Egeland et Hanseid c. Norvège* du 16 avril 2009, la Cour a par contre refusé de prendre en considération la circonstance que la requérante avait auparavant coopéré avec la presse pour réduire le poids de son droit au respect de la vie privée (§ 62).

183. De la même manière, un requérant peut voir le poids de son droit au respect de la vie familiale relativisé s'il a lui-même préjudicié à celle-ci. La Cour trouve alors parfois dans l'attitude négligente ou la « passivité »⁴⁷⁰ du requérant le fondement essentiel d'un constat de non-violation de la Convention.

Ainsi la Cour a-t-elle admis, dans l'arrêt *Fourchon c. France* du 28 septembre 2005, la prise en considération par les juridictions internes de la circonstance que le requérant qui réclamait l'exécution de son droit de visite avait « par ses propos et son comportement antérieurs » pu « [créer] chez ses filles un fort sentiment d'angoisse, de sorte qu'il se trouvait lui-même à l'origine de leur refus de l'accompagner » (§ 28). De même, dans l'arrêt *Cristescu c. Roumanie* du 10 janvier 2012, la Cour a expressément fait grief au requérant de n'avoir pas été présent lors des tentatives d'exécution par huissier des décisions fixant un droit de visite à son profit, même si elle admettait son sentiment de frustration lié aux nombreux efforts auparavant déployés en vain (§ 67)⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Voy. cependant l'opinion dissidente des juges PINTO DE ALBUQUERQUE et KELLER selon lesquels « The fact that the patient voluntarily discloses to the general public some confidential information does not release health professionals from the duty of confidentiality ».

⁴⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, § 56.

⁴⁷¹ Dans son opinion concordante, le juge LOPEZ-GUERRA, rallié par le juge MYJER, critique cette option prise par la Cour : « I do not consider that it is the role of this Court to determine or censure the applicant's conduct with respect to his child. In addition, I have serious doubts concerning the assertion in the judgment that the father should have been present when the child was taken from his mother's home by the bailiff. Furthermore, I cannot endorse the criticism of the applicant for his lack of effort or sensitivity in a situation in which he has been allowed to see his son only three times in ten years, despite his many attempts to do so through legal proceedings brought in the Romanian courts ».

Dans un registre similaire, la Cour a relevé, dans l'arrêt *Assunção Chaves c. Portugal* du 31 janvier 2012, que la rupture du lien familial était de l'entière responsabilité du requérant qui se plaignait du placement de sa fille et de la déchéance de son autorité parentale mais qui avait notamment choisi de s'établir en Espagne, sans raison valable et impérieuse, alors que l'enfant faisait l'objet d'une mesure de protection (§ 105)⁴⁷². Dans une affaire *Husseini c. Suède* où le requérant, père de deux enfants, avait été condamné pour viol et violence à l'encontre de son épouse, la Cour a considéré, dans son arrêt du 13 octobre 2011, que les comportements considérés étaient d'une nature telle que le requérant avait lui-même très sévèrement porté atteinte à sa vie familiale et que cette circonstance devait peser très lourd dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure d'éloignement dont il avait fait l'objet (§ 103)⁴⁷³.

C. La responsabilité des choix posés

184. La Cour a par ailleurs parfois expressément mis les individus face aux conséquences de leurs choix supposés éclairés même si cette tendance n'apparaît pas strictement constante.

185. Dans le champ de la vie privée garantie par l'article 8, la responsabilité des choix posés a notamment pu être questionnée dans les affaires portant sur l'opération de conversion sexuelle. Outre que, dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, la question de savoir si la requérante avait délibérément provoqué sa transsexualité a occupé le centre des débats, il y a lieu de relever que, dans une affaire *Schlumpf c. Suisse*, ultérieurement soumise à l'examen de la Cour, c'est la question de l'impact du choix posé par la requérante de subir l'opération de réassignation sexuelle sans attendre l'écoulement du délai de deux ans conditionnant le remboursement de celle-ci qui était en cause. Cette seconde affaire a donné lieu à une opposition au sein de la Cour, la majorité stigmatisant la rigidité de l'exigence litigieuse et la minorité insistant au contraire sur la circonstance que « [c'était] en pleine connaissance de cause que la requérante [avait] décidé de ne respecter ni le délai légal, à savoir l'une des conditions fixées pour la prise en charge des frais liés à une opération de conversion sexuelle, ni l'avertissement de la SWICA »⁴⁷⁴ (voy. *infra* n° 595).

186. L'impact sur l'appréciation du juge européen du choix posé par les individus entre les différents statuts conjugaux qui s'offrent à eux procure un autre exemple intéressant, dans le domaine de la vie familiale. D'un côté, dans l'arrêt *Emonet et autres c. Suisse*, la Cour n'a semble-t-il pas accordé d'intérêt à l'argument tiré du choix posé par les requérants de ne pas se marier. Ainsi, « en ce qui concerne l'argument du Gouvernement selon lequel la deuxième requérante et le troisième requérant auraient pu atteindre le même résultat en se mariant, la Cour

⁴⁷² Dans leur opinion séparée, les juges TULKENS et RAIMONDI ont fait valoir qu'ils n'étaient « pas convaincus que, dans une telle situation de vulnérabilité et fragilité, on puisse affirmer que la rupture du lien familial était de l'entière responsabilité du requérant et de sa compagne, ceux-ci ayant notamment choisi d'établir leur résidence en Espagne. A contrario, le refus répété de ces derniers de consentir au placement de leur fille, leur volonté de reprendre l'autorité parentale sur celle-ci ainsi que, surtout, leur opposition, certes maladroite mais réelle, au jugement du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne, sont des signes qui peuvent être interprétés comme exprimant leur détermination à maintenir un lien familial ».

⁴⁷³ Dans l'arrêt *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, dans lequel la Cour a relevé qu'« il s'agit en l'espèce de la relation entre un enfant né hors mariage et son père biologique, liés comme tels par un lien naturel. Elle estime que l'impossibilité de mener une vie familiale pleinement établie n'est pas imputable au requérant. Elle note que depuis l'expulsion de sa compagne, le requérant n'a plus vu son fils. Vingt-deux jours après le départ de sa mère, le Service de protection des mineurs assumait la tutelle d'O. et dix jours plus tard, l'enfant fut placé en accueil institutionnel avant de se voir assigner une famille d'accueil préalablement à son adoption. Les juridictions internes ont en effet toujours considéré que le requérant n'avait pas respecté les devoirs inhérents à l'autorité parentale, de sorte qu'il ne pouvait s'en prévaloir et que la procédure d'adoption pouvait se poursuivre même en l'absence de son accord. La Cour estime que l'absence de liens familiaux établis entre le requérant et son fils ne lui est donc pas entièrement imputable » (§ 92).

⁴⁷⁴ Opinion séparée en partie dissidente commune aux juges VAJÍĆ et JEBENS, § 6.

est d'avis qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter » (§ 88). D'un autre côté, dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*, la grande chambre a conféré un poids décisif à la circonstance que la requérante avait en connaissance de cause choisi de ne pas se marier. Elle a souligné que « la requérante a choisi de ne pas faire enregistrer officiellement son union avec M. A., et on ne saurait le lui reprocher [mais] elle doit accepter la conséquence juridique découlant de ce choix, c'est-à-dire son exclusion de la sphère des liens familiaux “protégés” auxquels s'applique la dispense de l'obligation de témoigner » (§§ 76-77).

Si, dans les deux cas, la Cour souligne qu'il n'appartient pas à l'Etat de porter un jugement sur le choix posé par les requérants de ne pas se marier (ou de ne pas souscrire à une formule de partenariat enregistré), il n'en reste pas moins que, dans le premier cas, la Cour paraît ne pas voir dans le choix délibérément posé par les requérants de rester concubins un argument susceptible de justifier qu'ils soient privés d'une option normalement réservée aux époux, tandis que, dans le second, la requérante est invitée à assumer les conséquences de l'option qu'elle a prise. Il semble donc que la prise en considération de la responsabilité des choix posés par les requérants soit également une donnée à géométrie variable dans l'appréciation du poids relatif de leurs revendications.

Synthèse de la section 3

187. Si l'extension du champ d'application des droits garantis et la complexification des obligations qu'ils induisent ont démultiplié les revendications individuelles *formulables* devant le juge européen des droits de l'homme, il reste que la force ou la puissance effective de ces revendications est éminemment variable et dépend de différents facteurs structurels et contextuels.

188. En premier lieu, *trois facteurs structurels* concourent à la détermination du poids qui sera reconnu à une revendication individuelle dans la perspective de sa confrontation avec les intérêts concurrents.

D'abord, il est possible de mettre en évidence les indices d'un ordonnancement hiérarchique des droits reconnus aux individus par la Convention dans le domaine du droit de la personne et de la famille. On peut alors distinguer, *in abstracto*, des prérogatives individuelles qui ressortissent au noyau dur de la vie privée et familiale et des prérogatives plus périphériques *a priori* investies d'un poids moins déterminant.

Ensuite, dans tous les cas (tant pour le « noyau dur » que pour sa « périphérie »), il y a lieu de prendre en considération la « nature » des prestations attendues de l'Etat. Assurément, la Cour impose plus volontiers aux Etats des obligations d'abstention que des obligations qui impliquent la mise en œuvre de mesures par les autorités étatique *a fortiori* si ces mesures induisent des réformes et/ou des coûts importants. De même, la Cour impose avec force, tant pour les prérogatives ressortissant au noyau dur de la vie privée et familiale que pour les prérogatives périphériques, l'obligation de ne pas opérer de distinction discriminatoire entre les individus en pointant trois critères « à risque » : le sexe, la naissance et l'orientation sexuelle.

Enfin, le rattachement d'une revendication individuelle à la notion de dignité humaine lui insuffle un poids naturellement décisif pour la pesée des intérêts.

Ce sont précisément ces fluctuations du poids abstrait des droits qui expliquent les efforts parfois déployés par certains requérants ou certains juges afin qu'une revendication soit intégrée au noyau dur de la vie privée ou familiale, envisagée sous l'angle des obligations négatives plutôt que positives, traitée sous l'angle de la règle de non-discrimination plutôt que sous celui d'une atteinte au droit invoqué considéré isolément ou connectée à la dimension subjective de la dignité humaine.

189. En second lieu, la force de la revendication individuelle formulée dans le cénacle européen des droits de l'homme dépend de *facteurs contextuels* qui dépendent directement du statut ou de l'attitude spécifique du titulaire du droit. D'une part, la Cour amplifie systématiquement les obligations de l'Etat lorsque le bénéficiaire de la garantie conventionnelle se trouve dans une situation de vulnérabilité et donne systématiquement la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires qui le concernent. D'autre part, la Cour prend en parfois considération le comportement des requérants. A cet égard, elle paraît plus encline à valoriser la « bonne foi » et/ou la « diligence » qu'à sanctionner les « malversations » et/ou les « négligences », même s'il est indéniable que la Cour accorde une certaine importance aux « choix » qui sont opérés par les individus.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{ER}

190. La question des droits tirés par l'individu des normes de la Convention (notamment de ses articles 8 et 12) ne se résout pas dans les termes d'une opposition nette entre le fait d'avoir un droit et celui de ne pas l'avoir. Nous avons montré dans ce premier chapitre que les droits conventionnels sont des objets juridiques complexes dont le point commun est de constituer le point de départ du débat européen, mais dont la seule existence ne permet aucun pronostic valable sur l'issue de celui-ci. On peut alors parler de « droit *prima facie* » : j'ai *a priori* le droit de faire ceci ou cela et je suis en mesure de faire valoir à l'égard de l'autorité une « considération normative puissante » qui mérite le respect⁴⁷⁵. Le double mouvement (d'extension et d'approfondissement) de la garantie conventionnelle de la vie privée et familiale a démultiplié le nombre de « *prima facie rights* » mais au prix d'une grande volatilité de leur poids véritable dans la perspective de leur confrontation aux intérêts susceptibles d'y justifier des restrictions.

191. Ce chapitre a mis en exergue un double mouvement – en *surface* et en *profondeur* – affectant, dans la jurisprudence de la Cour et à la faveur d'une interprétation constructive du prescrit de la Convention, la garantie des droits individuels. L'interprétation évolutive de la Convention a, d'un côté, donné lieu à une extension très importante du champ d'application des dispositions conventionnelles applicables au droit de la personne et de la famille. Cette extension a concerné autant la vie privée et familiale garantie par l'article 8 que la garantie par l'article 12 du droit de se marier et de fonder une famille. L'interprétation dynamique du prescrit conventionnel a, d'un autre côté, donné lieu à un approfondissement important des garanties conventionnelles. Les obligations imposées aux Etats sont non plus seulement négatives, mais également positives, tandis qu'au-delà-même du champ d'application des droits garantis s'épanouissent des exigences de nature procédurale et la règle de non-discrimination. Ce double mouvement d'expansion et d'enrichissement de la garantie des droits implique donc essentiellement une extension du domaine du « discutable » et une multiplication des « angles » sous lesquels la discussion peut être entamée.

L'incertitude des frontières entre les dispositions de la Convention de même que le caractère flou des clivages entre les différents types d'obligation mise à charge de l'Etat instille une certaine confusion en sorte que le déploiement en surface et en profondeur du champ de négociation se paie donc d'une forme d'incertitude conceptuelle. En effet, un même complexe factuel pourra être soumis à la Cour sous le couvert de différents droits conventionnels (voy. par ex. l'arrêt *Stanev c. Bulgarie*) et/ou sous l'angle de différents types d'obligations (voy. par ex. l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*). Ces choix stratégiques auront un impact sur la configuration du litige strasbourgeois. En outre, la propension de la Cour à l'économie de moyens l'amène à ne pas systématiquement « déployer » ou « mettre à plat » l'ensemble des potentialités d'une affaire.

192. Le paysage qui s'offre au regard dans les frontières des dispositions conventionnelles présente dans ce contexte inexorablement une *topographie capricieuse et accidentée*. En effet, pareille démultiplication des droits garantis et semblable complexification de leur nature impliquent nécessairement une grande variabilité du poids des revendications formulées par les individus. La détermination du poids que revêtira un intérêt individuel dans le cadre du contrôle de conventionnalité, dépend ultimement autant de facteurs structurels liés, d'une part, à la localisation du droit revendiqué par rapport au cœur des droits garantis et, d'autre part, à la

⁴⁷⁵ J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, Blackwell Publishing, 2007, pp. 23-24

nature des prestations qui sont attendues de l'Etat, que de facteurs contextuels propres à chaque cause tenant tantôt au statut spécifique du requérant, tantôt à son comportement.

CHAPITRE 2

LA RECONFIGURATION AMBIGÜE DU RÔLE DE L'ETAT

INTRODUCTION – UN « ACTEUR EN QUÊTE DE RÔLE »

193. Il apparaît d'emblée que l'Etat peut légitimement apporter des restrictions aux droits garantis. Ainsi, si la Convention européenne a été rédigée, au sortir de la seconde guerre mondiale, pour réaffirmer l'importance de l'individu face à l'Etat et à la société, elle n'en prévoit pas moins fondamentalement la mise en balance des intérêts de l'individu et de ceux de la communauté (particulièrement dans le champ des articles 8 à 11 de la Convention)⁴⁷⁶. Il y a donc lieu de rechercher un équilibre entre l'« exercice des droits et libertés durement conquis et les valeurs communes dont on peut craindre la régression »⁴⁷⁷.

Les droits protégés par l'article 8 de la Convention sont donc susceptibles de faire l'objet de restrictions⁴⁷⁸. Aux termes du second paragraphe de cette disposition, « 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 ». L'article 12 prévoit, quant à lui, que le droit de se marier est soumis « aux lois nationales régissant l'exercice de ce droit », cette formulation quelque peu sibylline ayant souvent été invoquée pour justifier au bénéfice des Etats une assez large discrétion en matière de mariage⁴⁷⁹.

194. Il faut relever que, dans le cadre de la théorie des droits de l'homme, l'étude de la relation entre droits individuels et intérêts publics apparaît dissymétrique dès lors que d'un côté la nature et la portée des droits font l'objet de développements importants tandis que de l'autre côté les intérêts publics sont quant à eux traités de manière particulièrement expéditive⁴⁸⁰. Or, la Convention, qui se lit habituellement à partir du point de vue de l'individu, peut se prêter également à une lecture du point de vue de l'Etat qui, d'une certaine manière, se voit allouer des droits et même des privilèges par la Convention⁴⁸¹. De la même manière que l'on a examiné le

⁴⁷⁶ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights*, op. cit., p. 70.

⁴⁷⁷ P. LAMBERT, « Trop de liberté tue la liberté », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 380.

⁴⁷⁸ Les restrictions (qui constituent un « traitement diminutif » d'un droit) comprennent les ingérences, formalités, conditions et sanctions qui peuvent affecter les droits garantis par les articles 8 à 11 de la Convention pour autant qu'ils soient, non seulement prévus par la loi, orientés vers la réalisation d'un but légitime mais également nécessaires dans une société démocratique (voir aussi 1P1 et 2 P4). Il en va également ainsi du régime spécifique prévu par l'article 12 de la Convention qui prévoit le droit de se marier et de fonder une famille « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Les dérogations consistent dans la véritable suspension ou la paralysie complète du droit. Les exceptions consistent quant à elles dans l'exclusion de certains faits ou situations du champ d'application d'une disposition conventionnelle (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, p. 78 et s.).

⁴⁷⁹ Voy. par ex. l'opinion dissidente adjointe à l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987 dans laquelle la minorité expose qu'« à l'égard du mariage, l'Etat a des pouvoirs plus étendus qu'en certaines autres matières » et qu'« on peut s'en apercevoir notamment en comparant la référence, très brève et non restrictive, faite aux "lois nationales" dans l'article 12 de la Convention avec les formulations circonstanciées et restrictives du paragraphe 2 de chacun des articles 8, 9, 10 et 11 ».

⁴⁸⁰ A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *The Modern Law Review*, 1999, p. 674.

⁴⁸¹ J. CHRISTOFFERSEN, op. cit., pp. 217-219.

champ d'application des droits garantis et la diversité des abstentions et actions qui peuvent être réclamées à leur titre, il est possible de se pencher sur l'interprétation par la Cour des clauses permettant à l'Etat de restreindre les droits et sur les modalités suivant lesquelles ces restrictions peuvent être mises en œuvre. A cet égard, il est évident que l'évaluation par la Cour de la légitimité d'un but poursuivi par l'Etat et des moyens qu'il a choisi de mobiliser pour atteindre cet objectif révèle nécessairement une certaine « conception » strasbourgeoise de l'Etat.

195. En 1957, soit quelques années après l'élaboration de la Convention, Jean DABIN avait – dans *l'Etat ou le politique* – consacré de longs développements aux domaines dans lesquels il appartient à l'Etat d'intervenir et à la manière dont cette intervention peut ou doit avoir lieu.

D'un côté, quant aux domaines d'intervention, l'action de l'Etat concerne en premier lieu les fonctions de police au sens large (le maintien de l'ordre et le règlement des différends)⁴⁸² et l'assistance aux individus et groupes dans l'accomplissement de leurs tâches ou la garantie des besoins humains vitaux (nourriture, logement, instruction et éducation, soins médicaux, possibilités d'emploi, moyens de communication et de transport)⁴⁸³. Mais la politique ne peut au demeurant être absente du « champ de la moralité et de la sociabilité »⁴⁸⁴. Ainsi, expose-t-il, d'une part, qu'« il est des attitudes immorales que l'Etat a le droit et le devoir de prohiber, des attitudes qu'il a le droit et le devoir de commander » et, d'autre part, que « les hommes ayant par nature tendance à s'unir dans des groupements de toute sorte, les uns nécessaires les autres volontaires, une politique de la sociabilité se proposera d'abord de pourvoir du statut juridique adéquat, puis de protéger et de favoriser ces groupements »⁴⁸⁵. De l'autre côté, quant aux méthodes d'intervention de l'Etat, Jean DABIN affirme que « si l'intervention par mode de précepte, quelque légitime qu'elle soit, ne doit produire au total que rébellion et désobéissance, la prudence recommandera le choix d'une méthode moins directe, mais plus efficace, de suggestion et de sollicitation, d'ailleurs appuyée de tous procédés licites de séduction. La règle impérative, décrétée d'autorité, n'est pas toujours la meilleure voie »⁴⁸⁶.

196. En raison de multiples facteurs, l'Etat apparaît aujourd'hui, suivant une édifiante formule de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, comme un « acteur en quête de rôle » au sens où tant ses missions que les moyens qu'il met en œuvre pour les accomplir font l'objet d'une permanente remise en question. En somme, l'Etat qui était autrefois au premier plan de la scène politique nationale et internationale, ne semble parfois plus pouvoir prétendre aujourd'hui à autre chose qu'à un rôle d'« animateur discret s'efforçant de coordonner, comme simple *primus inter pares*, le jeu des autres intervenants »⁴⁸⁷.

En interprétant les clauses de restriction aux droits garantis, la Cour participerait donc à un mouvement beaucoup plus vaste portant réflexion sur la légitimité (**section 1**) et les modalités

⁴⁸² J. DABIN, *L'Etat ou le politique. Essai de définition*, Paris, Dalloz, 1957, pp. 79-80.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁸⁴ Suivant Jean DABIN, il y a « bien d'autres valeurs humaines que les valeurs économiques » et ces dernières ne servent d'ailleurs qu'à rendre possible la satisfaction des besoins de « sa vie physique, intellectuelle et morale ». Il est dès lors difficile selon lui difficile d'imaginer que l'Etat puisse se désintéresser de ces « biens humains supérieurs » et « il est des attitudes immorales que l'Etat a le droit et le devoir de prohiber [et] des attitudes morales qu'il a le droit et le devoir de commander ». De même, la dimension publique de la moralité participe d'une part de « devoirs envers autrui » qui passent notamment par les « respect [...] des communautés et institutions à l'intérieur desquelles se déroule l'existence humaine » et d'autre part de devoirs envers soi-même « que l'on serait tenté de négliger sous prétexte qu'ils ne regarderaient que l'individu et non le public ». Pour DABIN, « une brève réflexion suffit à montrer leur incidence sociale : comment la société ne subirait-elle pas préjudice du fait du tort que les individus, ses membres, s'infligeraient à eux-mêmes [...] en maltraitant leur propre corps ou leur propre dignité » (J. DABIN, *L'Etat ou le politique...*, op. cit., pp. 118-122).

⁴⁸⁵ J. DABIN, *L'Etat ou le politique...*, op. cit., pp. 121-122.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁸⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 145.

(**section 2**) de l'action de l'Etat. En d'autres termes, par le biais de l'évaluation des justifications soumises par les gouvernements au soutien des mesures restrictives des droits garantis, la Cour participe à la « reconfiguration » du rôle de l'Etat. Il faut relever d'emblée que, pas plus que le déploiement des droits individuels, cette réévaluation du rôle de l'Etat ne se donne à lire comme un mouvement parfaitement lisible et univoque. Au contraire, le présent chapitre mettra en évidence la fluctuation du poids conféré aux intérêts poursuivis par l'Etat (**section 3**). A un déploiement de droits « désordonné », répond donc, nous semble-t-il, une reconfiguration « ambiguë » du rôle de l'Etat. On ne saurait, à cet égard, mieux dire que Mireille DELMAS-MARTY, pour qui « si les droits de l'homme apparaissent comme le flou du droit, les “mesures nécessaires dans une société démocratique” seraient le flou de l'Etat de droit »⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Quadrige, Paris, PUF, 2004, pp. 376-377.

SECTION 1. LES INTÉRÊTS SUSCEPTIBLES DE JUSTIFIER DES RESTRICTIONS AU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

197. La Convention vise donc expressément différents intérêts au nom desquels l'Etat peut restreindre les droits individuels. Dans l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, en 1979, les juges de Strasbourg ont affirmé que « le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés » et qu'il y avait notamment lieu de distinguer « l'idée que les États contractants se font des exigences de [la morale] » et « la notion, beaucoup plus objective, d'autorité du pouvoir judiciaire » dès lors qu'« à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire [correspondrait] un contrôle européen plus étendu »⁴⁸⁹.

Parmi les buts légitimes énumérés par le paragraphe 2 de l'article 8, nous nous proposons dès lors de distinguer, en premier lieu, à l'instar de certains commentateurs autorisés du droit de la Convention⁴⁹⁰, les justifications « objectives » (la sécurité, la sûreté, l'ordre et la prévention des infractions, la santé publique et le bien-être économique du pays) (**sous-section 1**) et les justifications « subjectives » (la protection de la morale et de la tradition) (**sous-section 2**).

Nous évoquerons, dans un second temps, la possibilité textuellement offerte aux Etats parties d'apporter des limitations aux droits garantis au titre de la protection des droits et libertés d'autrui, en pointant en particulier la propension de cette figure des conflits entre droits garantis par la Convention à occuper toujours davantage le devant de la scène dans le contentieux strasbourgeois (**sous-section 3**).

Après avoir brièvement évoqué la spécificité du régime des restrictions apportées aux droits garantis par l'article 12 (**sous-section 4**), nous nous attacherons à montrer combien les frontières sont à nouveau poreuses, tant entre les justifications objectives et subjectives qu'entre l'approche dite « classique » et celle articulée sur la figure du conflit de droit (sous-section 5).

C'est en premier lieu en admettant ou en excluant certains motifs de justification aux restrictions apportées aux droits individuels dans le champ du droit de la personne et de de la famille que la Cour européenne des droits de l'homme procède ou participe à une « reconfiguration » du rôle de l'Etat dans cette matière. Les hésitations qui se manifestent dans la jurisprudence de la Cour à propos de la légitimité de certains objectifs étatiques constituent un premier vecteur d'ambiguïté dans la reconfiguration considérée.

Sous-section 1. Les motifs objectifs

198. Parmi les objectifs légitimes visés dans le paragraphe 2 de l'article 8, il en est un certain nombre dont la légitimité n'est pas contestée, dès lors qu'un consensus paraît exister sur le fait qu'ils correspondent aux missions indiscutables de l'Etat : la sécurité et la sûreté, l'ordre et la prévention des infractions (§ 1), la santé publique (§ 2) et le bien-être économique du pays (§ 3). Ces missions susceptibles d'être invoquées par l'Etat au soutien de mesures restrictives des droits présentent une certaine objectivité : si le poids qu'il y a lieu de leur conférer peut donner lieu à des appréciations très différenciées, leur légitimité de principe n'est pas mise en question.

⁴⁸⁹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, § 59.

⁴⁹⁰ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., 2009, pp. 355-356 ; M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, op. cit., p. 71 ; F. SUDRE, in *G.A.C.E.D.H.*, op. cit., p. 84.

La poursuite de ces objectifs étatiques apparaît au demeurant comme une condition nécessaire de la pleine jouissance des droits garantis par la Convention⁴⁹¹ (ce qui conduit à relativiser d'emblée l'opposition classique entre les droits individuels et les intérêts collectifs : voy. *infra* n° 263).

La jurisprudence de la Cour fait également apparaître que la réalisation de ces différents objectifs textuellement visés par l'article 8 repose partiellement sur la possibilité pour les Etats de se doter d'un système administratif performant (§ 4) et d'une politique migratoire efficace (§ 5).

Enfin, le préambule de la Convention vise expressément, au titre du « patrimoine commun » des Etats européens, la prééminence du droit qui, comme rempart contre l'arbitraire, implique le double impératif de clarté de la loi et de sécurité juridique (§ 6).

§ 1. La sécurité et la sûreté

199. Les premiers buts légitimes visés par le paragraphe 2 de l'article 8 sont « la sécurité nationale » et la « sûreté publique ». Un peu plus loin, il est également fait référence à « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ». Or, les impératifs du maintien de la sécurité nationale et de la sûreté (A) de même que ceux de la défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales (B) – les deux types de justification étant d'ailleurs parfois étroitement entremêlés⁴⁹² – sont susceptibles d'interférer de différentes manières avec le respect dû à la vie privée et familiale. Dans les deux cas, au demeurant, on perçoit bien que derrière la dimension proprement collective de l'objectif poursuivi, c'est une somme d'intérêts individuels qui se donne à voir : la garantie de la sécurité et de la sûreté est liée à la protection des droits garantis notamment par les articles 2, 3, 8 et 1P1 de la Convention. Ainsi a-t-il notamment pu être affirmé, dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*, que « le devoir pour les Hautes parties contractantes de prévenir et sanctionner les infractions s'étend à divers domaines relevant de dispositions de la Convention qui exigent que les droits des individus soient activement protégés contre les atteintes de tiers » (§ 62).

A. La sécurité nationale et la sûreté publique

200. En premier lieu, les autorités étatiques peuvent être amenées à prendre une mesure de restriction à la vie privée et/ou à la vie familiale afin de protéger la sécurité nationale. La Cour a ainsi pu faire valoir, dans son arrêt *Klass c. Allemagne* du 6 septembre 1978 que « les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire » (§ 48). De même, dans un arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, la grande chambre a affirmé qu'« il est évident que la présence maintenue de militaires [...] appartenant à une armée étrangère, avec leurs familles, pourrait sembler incompatible avec la souveraineté d'un Etat indépendant et menaçante pour la sécurité nationale ». Dès lors, « l'intérêt public à ce que des militaires [...] et

⁴⁹¹ Suivant Amartya SEN, « human rights advocate want the recognition of the importance of certain freedoms and the acceptance of some social obligations to safeguard them » (A. SEN, *The Idea of Justice*, London, Penguin Books, 2010, p. 360).

⁴⁹² Voy. Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 46 (« la Cour estime que la [mesure] a bien pour but de sauvegarder la sécurité nationale et/ou d'assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales en vertu de l'article 8 par. 2 »).

leurs familles quittent le territoire en question prime donc normalement l'intérêt d'un individu à rester dans ce pays » (§ 117).

201. En second lieu, les impératifs de la sécurité nationale impliquent la possibilité pour l'Etat d'imposer aux militaires un régime disciplinaire impliquant des restrictions aux droits. Ainsi, « un système de discipline militaire [implique], par nature, la possibilité d'apporter à certains des droits et libertés des membres de ces forces des limitations ne pouvant être imposées aux civils »⁴⁹³. De même, « l'Etat peut imposer des restrictions au droit d'un individu au respect de sa vie privée là où existe une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées, le bon fonctionnement d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher le personnel militaire de lui porter préjudice »⁴⁹⁴. Dans *Konstantin Markin c. Russie*, la Cour a toutefois affirmé que « la Convention ne s'arrête pas aux portes des casernes et que les militaires, comme toutes les autres personnes relevant de la juridiction d'un Etat contractant, ont le droit de bénéficier de la protection de la Convention » (§ 136) et que « pareilles restrictions ne sont acceptables que là où existe une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées étant entendu que les affirmations quant à l'existence d'un tel risque doivent être « étayées par des exemples concrets » (§ 137).

B. La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales

202. La nécessité de conduire une politique pénale efficace est, en premier lieu, susceptible de justifier des immixtions tant dans la vie privée que dans la vie familiale des individus. La Cour a admis, notamment dans son arrêt de grande chambre *S. et Marper c. Royaume-Uni* relatif à la conservation par les autorités d'empreintes digitales et d'échantillons ADN après acquittement ou classement sans suite, que la conservation des données biométriques peut se justifier au regard de l'objectif de détecter et de prévenir les infractions pénales⁴⁹⁵. De même, la Cour a-t-elle affirmé, dans une affaire *Van der Heijden c. Pays-Bas*, relative à l'étendue du cercle des bénéficiaires de la dispense de témoigner en matière pénale, que le droit au respect de la vie familiale pouvait s'effacer devant les nécessités de la poursuite des infractions graves⁴⁹⁶.

203. La mise en œuvre d'une législation pénale efficace implique, en second lieu, une politique carcérale et la Cour a eu de multiples opportunités de se prononcer sur les restrictions qui peuvent être apportées aux droits individuels au titre de la discipline pénitentiaire. A cet égard, suivant la Cour, « toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé »⁴⁹⁷. La grande chambre a néanmoins pu affirmer, dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni n° 2* du 6 octobre 2005, que « les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux

⁴⁹³ Cour eur. dr. h., arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, § 57.

⁴⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, § 89. Le principe suivant lequel les personnes qui embrassent une carrière militaire acceptaient les règles de la discipline militaire qui induit la possibilité de restrictions aux droits et libertés avait déjà été affirmé dans un arrêt *Kalaç c. Turquie* de 1997 relatif à la mise à la retraite d'un magistrat militaire qui avait manifesté des opinions fondamentalistes et suivant lequel « les Etats peuvent adopter pour leur armée des règlements disciplinaires interdisant tel ou tel comportement, notamment une attitude qui va à l'encontre de l'ordre établi répondant aux nécessités du service militaire » (§ 28).

⁴⁹⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, § 100.

⁴⁹⁶ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, § 62. Aux yeux du juge européen des droits de l'homme, « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels » (Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* du 19 février 1997, § 43), mais la Cour a également pu affirmer la nécessité d'une législation pénale efficace pour certains méfaits portant « seulement » atteinte à l'intégrité morale (voy. : Cour eur. dr. h., arrêt *K.U. c. Finlande* du 2 décembre 2008 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Söderman c. Suède* du 12 novembre 2013).

⁴⁹⁷ Cour eur. dr. h., Arrêt *Messina c. Italie n° 2* du 28 septembre 2000, § 61. Voy. aussi : Comm. eur. dr. h., décision *Ouinass c. France* du 12 mars 1990.

garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté » et que « toute restriction [aux] autres droits doit être justifiée, même si pareille justification peut tout à fait reposer sur les considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement »⁴⁹⁸.

§ 2. Le bien-être économique du pays

204. La Convention prévoit expressément qu'une ingérence dans les droits garantis peut être justifiée par la recherche du bien-être économique du pays. Dès son arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, la Cour a souligné – en matière d'expropriation – que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale » (§ 46). Ici aussi, on aperçoit immédiatement que derrière l'aspect *a priori* collectif de cet intérêt, il est aussi une condition de possibilité de la garantie des droits individuels, en particulier (mais pas exclusivement) en ce qui concerne les obligations positives verticales. Comme il est souligné par James W. NICKEL, les droits ne sont pas « une source magique de ressources » (« *a magical source of supply* ») en sorte que « [leurs] coûts doivent être pris en considération lorsqu'on formule et qu'on évalue des droits spécifiques »⁴⁹⁹.

A. La politique économique

205. Des considérations de politique économique peuvent être pertinemment invoquées par l'Etat pour justifier des restrictions au droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, dans l'arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* qui concernait la problématique des vols de nuits à l'aéroport d'Heathrow la Cour a affirmé que :

97. [...] Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (*James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A no 98, p. 32, § 46, dans lequel la Cour a estimé normal que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »)⁵⁰⁰.

Dans l'arrêt *López Ostra*, la Cour a examiné l'équilibre entre le droit de la requérante au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale et l'intérêt du bien-être économique de la ville auquel contribuait une station d'épuration installée à quelques mètres de son habitation (§ 16). De même, dans l'arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, la Cour a considéré que le but légitimement poursuivi par la mesure d'expulsion dénoncée au titre de la protection due à la vie familiale consistait dans la défense du bien-être économique du pays (§ 26). Dans *Hatton*, juges dissidents ont cependant indiqué qu'« en principe, la référence générale au bien-être économique du pays ne suffit pas à justifier le fait que l'Etat n'a pas protégé les droits d'un requérant sur le terrain de l'article 8 ».

⁴⁹⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* n° 2 du 6 octobre 2005, § 69. Dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, il est longuement renvoyé à l'arrêt *Hirst* pour affirmer que des restrictions peuvent être justifiées par égard « aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention » ou bien « à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question » et pas uniquement à « des arguments tenant à ce qui pourrait heurter l'opinion publique » (§ 68).

⁴⁹⁹ J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, op. cit., p. 39 (traduction libre).

⁵⁰⁰ Dans ce type de matières, la Cour respecte la manière dont l'Etat conçoit les impératifs de l'« utilité publique », « sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable » (Cour eur. dr. h., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* du 20 novembre 1995, § 37 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Broniowski c. Pologne* du 20 juin 2004, § 149).

B. La politique fiscale

206. Les juges européens reconnaissent l'importance de la compétence fiscale de l'Etat, comme il ressort de l'arrêt *Burden c. Royaume-Uni* rendu par la grande chambre le 29 avril 2008 :

59. L'imposition fiscale constitue en principe une atteinte au droit garanti par le premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1, car elle prive la personne concernée d'un bien, à savoir la somme qu'elle doit payer ; en général, cette ingérence se justifie au regard du second alinéa de l'article, qui prévoit expressément une exception pour ce qui est du paiement des impôts ou d'autres contributions. Une telle question n'échappe pas pour autant à tout contrôle de la Cour, celle-ci devant vérifier si l'article 1 du Protocole no 1 a fait l'objet d'une application correcte (voir, par exemple, *Orion-Břeclav, SRO c. République tchèque* (déc.), no 43783/98, 13 janvier 2004).

A cet égard, la Cour précise expressément dans ce même arrêt que « les Etats [demeurent] en principe libres d'élaborer des règles différentes dans le domaine de la politique fiscale » (§ 66)⁵⁰¹. Dans son opinion séparée, le juge ZUPANCIC a insisté sur la circonstance que « les politiques appliquées à la fiscalité sont évidemment très importantes, parce qu'elles comportent des incitations financières en faveur de certains choix que les particuliers sont susceptibles de faire » et que « la politique fiscale est non seulement une politique économique, mais également une politique sociale déguisée. Ainsi, la fiscalité progressive est un facteur économique ayant une action fortement égalisatrice, car elle pallie de nombreux aspects fâcheux de la stratification sociale ».

C. La politique sociale

207. La Cour admet également la légitimité de principe du choix par l'Etat de mettre en œuvre (ou pas) un système de protection sociale et, le cas échéant, les modalités de ce système. Ainsi, aux termes de l'arrêt *Muñoz Diaz c. Espagne* du 8 décembre 2009.

44. La Cour a affirmé que tous les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole no 1 gardent toute leur pertinence dans le domaine des prestations sociales (*Andrejeva c. Lettonie*, précité, § 77). Ainsi, cette disposition ne garantit, en tant que tel, aucun droit de devenir propriétaire d'un bien (*Kopecký c. Slovaquie* [GC], no 44912/98, § 35 b), CEDH 2004 IX) ni, en tant que tel, aucun droit à une pension d'un montant donné (voir, par exemple, *Domalewski c. Pologne* (déc.), no 34610/97, CEDH 1999 V, et *Janković c. Croatie* (déc.), no 43440/98, CEDH 2000 X). En outre, l'article 1 n'impose aucune restriction à la liberté pour les États contractants de décider d'instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations censées être accordées au titre de pareil régime. En revanche, dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement d'une prestation sociale – que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 pour les personnes remplissant ses conditions (*Stec et autres*, décision précitée, § 54).

Dans son arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 12 avril 2006, la Cour a rappelé à cet égard qu'« une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'Etat pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale » (§ 52). Dans son arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011, elle a insisté sur la circonstance que les systèmes de pension sont la pierre angulaire de l'Etat providence européen (§ 51).

⁵⁰¹ Voy. aussi s'agissant du recouvrement des créances de l'Etat : Cour eur. dr. h., arrêt *Laduna c. Slovaquie* du 13 décembre 2011, § 84 et Cour eur. dr. h., *Benet Czech, spol. s r.o. c. République tchèque* du 21 octobre 2010, §§ 35-36. En cette matière aussi, la Cour se fie au jugement des autorités nationales quant à l'intérêt général, à moins qu'il soit manifestement dépourvu de base raisonnable (Cour eur. dr. h., arrêt *Benet Czech, spol. s r.o. c. République tchèque* du 21 octobre 2010, §§ 30 et 35).

§ 3. La protection de la santé

208. La protection de la santé publique fait également expressément partie des buts légitimes prévus par le paragraphe 2 de l'article 8. Ici encore, il apparaît immédiatement que cet objectif collectif correspond à la garantie par l'Etat du droit individuel à la santé. En la matière, plus grave est le danger encouru et plus lourds pèsent les considérations de santé publique face aux droits individuels avec lesquels elles viennent en concours⁵⁰².

Il s'ensuit que l'Etat peut par exemple imposer – comme dans l'affaire *Acmanne c. Belgique* – une campagne de dépistage d'une maladie lorsque « les requérants [n'ont] pas apporté la preuve d'inconvénients comparables aux ravages provoqués précédemment par la tuberculose, surtout dans les couches défavorisées » dès lors que « la solidarité humaine [oblige] l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé ». Les autorités peuvent aussi décider procéder – comme dans l'affaire *Baytüre c. Turquie* – à une vaccination obligatoire même « si, dans le cadre d'une campagne de vaccination dont l'unique objectif est de protéger la santé de la communauté par l'éradication de maladies infectieuses, il se produit un faible nombre d'accidents graves » si l'« on ne peut reprocher à l'Etat d'avoir omis de prendre les mesures voulues pour protéger l'intégrité physique des individus » (§ 28).

De même la Cour a-t-elle affirmé – dans *Kiyutin c. Russie* – que « les restrictions aux voyages peuvent se révéler efficaces pour protéger la santé publique contre les maladies hautement contagieuses ayant une courte période d'incubation, comme le choléra, la fièvre jaune, ou le syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) et la « grippe aviaire » (H5N1) apparus plus récemment » (§ 68)⁵⁰³ ou considéré – dans *Dalia c. France* – qu'« au vu des ravages de la drogue dans la population, la Cour conçoit que les autorités fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau » (§ 54).

§ 4. L'administration de l'Etat

209. Assurer la sécurité et la sûreté, œuvrer au bien-être économique du pays et protéger la santé implique nécessairement la mise en œuvre d'un système administratif dont les nécessités sont à leur tour susceptibles de justifier qu'il soit porté atteinte aux droits garantis par l'article 8. En particulier, les différentes missions de l'Etat impliquent l'enregistrement des personnes et la collecte et le traitement de multiples informations qui les concernent.

Dans l'arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, la Cour a par exemple affirmé qu'« en dépit de l'usage de plus en plus répandu de numéros personnels d'identité en Finlande et dans d'autres Etats contractants, le nom conserve un rôle déterminant pour l'identification des gens. Tout en reconnaissant donc qu'il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la Cour admet que des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public; par exemple, afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné » (§ 39)⁵⁰⁴.

⁵⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 74.

⁵⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011. En l'occurrence, toutefois, la Cour a considéré que « le Gouvernement n'a avancé aucun argument décisif et objectif propre à démontrer que ce but pouvait être atteint en l'espèce par le refus de délivrer un permis de séjour au requérant en raison de son état de santé » (§ 72).

⁵⁰⁴ Dix années plus tard, dans un arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, la Cour a réitéré cette position et a reconnu « les importantes répercussions » qu'un changement du système de détermination du nom de famille peut avoir sur « la tenue des registres de l'état civil » (§ 67).

Dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, la Cour a affirmé que « l'intérêt des personnes concernées et de la collectivité dans son ensemble à voir protéger les données à caractère personnel, et notamment les données relatives aux empreintes digitales et génétiques, peut s'effacer devant l'intérêt légitime que constitue la prévention des infractions pénales (article 9 de la Convention sur la protection des données) » (§ 104).

Plus généralement, les autorités nationales peuvent chercher à justifier leur attitude par la charge administrative qu'impliquerait, dans un contexte où les ressources sont limitées, le plein respect des droits conventionnels. Dans une affaire *Mengesha Kimfe c. Suisse*, la Cour a néanmoins jugé à propos de la séparation de deux époux demandeurs d'asile consacratives à la répartition des candidats entre les cantons que « le transfert d'une personne d'un canton à un autre implique un certain nombre de formalités administratives, mais le travail et les coûts ainsi occasionnés aux autorités doivent céder le pas devant l'intérêt de la requérante à pouvoir vivre avec son époux » (§ 70).

§ 5. La politique migratoire

210. Il est évident que la politique migratoire des Etats et leur mise en œuvre peut avoir des conséquences – potentiellement très graves – pour la vie privée et familiale. Nous avons à cet égard déjà relevé que l'Etat était en mesure de restreindre l'accès des étrangers à son territoire ou de refuser le maintien d'étrangers sur son territoire au titre de motifs sécuritaires (*Slivenko*), économiques (*Berrehab*) ou de santé publique (*Dalia*).

Dans l'arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, la Cour a affirmé, de manière plus générale, qu'« il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non-nationaux » (§ 46)⁵⁰⁵. Dans l'arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, la grande chambre affirmé que « même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et qu'il a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'Etat lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des Etats contractants d'expulser des étrangers » (§ 56)⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Dans leur opinion dissidente à l'arrêt de grande chambre *De Souza Ribeiro c. France* du 13 décembre 2012, les juges PINTO DE ALBUQUERQUE et VUČINIĆ considèrent que « rien dans la Convention ne légitime l'entrée et la présence illégales d'un migrant dans un Etat membre, ni ne restreint le droit des Etats de promulguer des lois et des règlements concernant l'entrée des étrangers et les modalités et les conditions de leur séjour ou d'établir des différences non discriminatoires entre leurs ressortissants et les migrants » mais que « toutefois, ces lois et règlements ne doivent pas être incompatibles avec les obligations juridiques internationales qui incombent à l'Etat, notamment celles du domaine des droits de l'homme. Aujourd'hui, le droit international relatif aux droits de l'homme prévaut sur une interprétation rigide de la souveraineté absolue de l'Etat-nation sur son territoire ».

⁵⁰⁶ Voir aussi le § 55 de cet arrêt : « [la Cour] renvoie sur ce point à la Recommandation 1504 (2001) sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, dans laquelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait que le Comité des Ministres invite les Etats membres, entre autres, à garantir que les immigrés de longue durée nés ou élevés dans le pays hôte ne puissent en aucun cas être expulsés (paragraphe 37 ci-dessus). Si un certain nombre d'Etats contractants ont adopté des lois ou des règlements prévoyant que les immigrés de longue durée nés sur leur territoire ou arrivés sur leur territoire à un jeune âge ne peuvent être expulsés sur la base de leurs antécédents judiciaires (paragraphe 39 ci-dessus), un droit aussi absolu à la non-expulsion ne peut être dérivé de l'article 8 de la Convention, dont le paragraphe 2 est libellé en des termes qui autorisent clairement des exceptions aux droits généraux garantis dans le paragraphe 1 ».

§ 6. La prééminence du droit

211. Selon le Préambule de la Convention, les gouvernements signataires sont « animés d'un même esprit » et possèdent « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». La prééminence du droit est une notion complexe qui entretient des rapports étroits avec celui d'Etat de droit, le *Rechtsstaat* ou la *Rule of law*. Le principe de prééminence du droit implique en premier lieu l'exclusion de l'arbitraire et la possibilité corrélative pour les individus de déterminer leur comportement en fonction de règles claires et prévisibles. Ainsi, dans son arrêt *Huvig c. France* du 24 avril 1990, la Cour a souligné – à propos d'écoutes téléphoniques mises en œuvre dans une enquête en matière de fraude fiscale – que le principe de la prééminence du droit implique que « l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités » soient indiquées avec « clarté » (§ 35)⁵⁰⁷. De même, dans son arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, elle a affirmé qu'« une disposition procédurale de caractère général qui confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des preuves n'est pas en soi un moyen suffisant et adéquat pour établir la paternité dans l'hypothèse où le père présumé fait fi d'une décision judiciaire lui enjoignant de passer des tests ADN » (§ 62).

Or, la prévention de l'arbitraire, qui implique la clarté de la loi et la sécurité juridique⁵⁰⁸, peut aussi constituer la justification de restrictions apportées aux droits conventionnellement garantis, notamment lorsque l'individu réclame au titre de la singularité de sa situation une exception à la règle qui est sensée s'appliquer à lui. Ainsi, d'un côté, la Cour a-t-elle affirmé, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, que « des arguments puissants fondés sur l'état de droit pourraient être opposés à toute prétention par l'exécutif de soustraire des individus ou des catégories d'individus à l'application de la loi » (§ 77). De même a-t-elle, d'un autre côté, exposé dans l'arrêt de grande chambre *Fabris c. France* du 7 février 2013, que « la protection des droits acquis peut servir les intérêts de la sécurité juridique, valeur sous-jacente à la Convention » (§ 66). Généralité de l'application de la loi et protection des droits acquis constituent donc des valeurs importantes voire essentielle qu'il appartient à l'Etat de promouvoir, ce qui peut potentiellement justifier – comme dans ces deux affaires – des restrictions au droit au respect de la vie privée (*Pretty*) ou de la vie familiale (*Fabris*).

Sous-section 2. Les motifs subjectifs : les valeurs

212. Si aux yeux de Jean DABIN, l'intervention de l'Etat dans le registre de la morale et de la sociabilité apparaissait comme une évidence (voy. *supra* n° 195), force est de constater qu'aujourd'hui, la légitimité d'une telle intervention est fermement remise en question⁵⁰⁹. Ainsi, alors qu'un consensus paraît exister sur la restriction des droits individuels au titre d'impératifs sécuritaires, ou liés à la santé publique ou au bien-être économique (voy. *supra* n° 198), la référence à la morale contenue notamment dans le § 2 de l'article 8 et la référence précocement admise par la jurisprudence aux traditions nationales voient désormais leur pertinence radicalement remise en cause.

⁵⁰⁷ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, § 79.

⁵⁰⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans* du 10 avril 2007, § 74 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 45.

⁵⁰⁹ Voy. not. C. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 285 et A. TIMMER, « Delegitimizing tradition as a "legitimate aim": inspiration for Strasbourg from California », Strasbourg observers, August 11th, 2010 (<http://strasbourgobservers.com/>).

213. Certes, certains continuent de penser que l'Etat à un rôle à jouer en matière de morale et de sociabilité humaine. Tel est assurément le cas d'Alain SUPLOT, pour qui l'Etat aurait succédé à l'Eglise comme garant ou comme référence traduisant la « croyance partagée par tous » et les « vérités évidentes en elles-mêmes » liées à la conception de l'homme comme individu, sujet et personne⁵¹⁰. Ainsi, explique-t-il, pour entrer dans le monde du symbole ou dans l'univers du sens, tout homme doit « abdiquer sa prétention à dicter le sens de l'univers, et reconnaître que ce sens dépasse son seul entendement ». Dans ce contexte, la raison humaine se comprendrait comme « la conquête d'un sens partagé » qui repose sur « des certitudes indémontrables » et « des ressources dogmatiques »⁵¹¹. On retrouve une perception proche – bien que différemment exprimée – chez François OST et Michel VAN DE KERCHOVE qui exposent que le rôle le plus fondamental du droit est, peut-être, d'« offrir des modèles de sens, [de] diffuser des valeurs collectives [et de] crédibiliser des fictions fondatrices »⁵¹².

214. Cependant, aux antipodes de cette première conception, d'autres considèrent aujourd'hui que l'Etat devrait désertier le champ de la moralité et de la sociabilité. Pour eux, la subjectivité des valeurs induit que l'action de l'Etat doit être déconnectée des différentes conceptions du bien ou, en d'autres termes, aveugle aux valeurs. La justification habituelle de semblable exigence de neutralité réside dans la conception suivant laquelle personne n'est mieux placé que les autres pour déterminer ce qui est bien, et l'Etat encore moins⁵¹³. D'aucuns plaident alors pour l'abandon pur et simple de la morale et de la tradition comme motifs de restriction aux droits individuels⁵¹⁴ dans une perspective marquée par le pluralisme libéral et l'idée que les objectifs étatiques devraient être libres de jugements de valeurs⁵¹⁵. Globalement, se pose donc la question de savoir si les autorités publiques doivent cultiver des « valeurs » définie par Alexandre VIALA comme « des émotions et préférences qui ne sont ni vraies ni fausses et ne font l'objet d'aucune connaissance objective »⁵¹⁶.

215. La Cour adopte dans ce contexte à l'égard des valeurs une attitude profondément ambiguë couvrant tout le spectre des options entre la déférence excessive et la désapprobation frontale. Ainsi, les attitudes morales (§ 1) et les traditions prévalant dans les sociétés nationales (§ 2) interviennent-elles sur un mode elliptique dans la jurisprudence de la Cour, ce qui ne manque assurément pas d'entretenir le doute sur les rapports qui doivent ou peuvent exister – aux yeux du juge européen des droits de l'homme – entre administration de l'Etat et référentiel de valeurs.

§ 1. La morale

216. Il faut évidemment rappeler pour commencer qu'en vertu de l'article 8, § 2, de la Convention, la morale est un objectif expressément légitime susceptible de justifier des restrictions au droit au respect de la vie privée et familiale. Il n'empêche que le débat entre les deux conceptions « conservatrice » et « libérale » de la relation entre droit et morale se joue

⁵¹⁰ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, op. cit., pp. 67-68.

⁵¹¹ *Ibid.*, pp. 37-40.

⁵¹² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 334.

⁵¹³ S. FREDMAN, *Human rights transformed*, op. cit., p. 23.

⁵¹⁴ Voy. : C. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 285 ; A. TIMMER, « Delegitimizing tradition as a "legitimate aim": inspiration for Strasbourg from California », Strasbourg observers, August 11 2010.

⁵¹⁵ Voy. par ex. : C. WARNOCK, « Sex Work in New Zealand: The Re-Importation of Moral Majoritarianism in Regulating a Decriminalized Industry », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2012, pp. 414-438.

⁵¹⁶ A. VIALA, « Valeurs et principes », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 972.

également dans la jurisprudence de la Cour (il est d'ailleurs synthétisé dans l'opinion séparée élaborée par le juge Walsh en marge de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* : voy. *infra* n° 574). Traversée par les deux tendances, ne souhaitant manifestement embrasser définitivement et exclusivement ni l'une ni l'autre d'entre elles, la Cour adopte – à nos yeux – une attitude profondément ambivalente. D'un côté, il est clair que la référence à toute forme d'« au-delà du droit » est frappée de suspicion au regard de l'inclination libérale des droits de l'homme⁵¹⁷ et il apparaît parfois clairement que la Cour évite autant que possible de mettre le pied sur le terrain de la morale⁵¹⁸. Il n'empêche, d'un autre côté, que la Cour admet – régulièrement – à la table des négociations des motifs indubitablement moraux sans en questionner la pertinence ou la légitimité en sorte qu'il n'est absolument pas possible de conclure péremptoirement au déclassement du but de protection de la morale prévu par la Convention. En somme, comme il a pu être affirmé – déjà en 1989 – par Renée KOERING-JOULIN, si les restrictions aux droits garantis représentent le flou de l'Etat de droit, alors ajoute-t-il, « l'impératif moral représente la quintessence du flou affectant la notion d'impératif légitime »⁵¹⁹.

La Cour a dégagé les principes dans une importante affaire britannique (A) et les a ensuite mis en œuvre à la fois dans des contextes où la morale pouvait être heurtée au titre de la présentation au public de certaines idées, représentations ou informations (B) et dans des affaires où étaient en cause des comportements adoptés en privés par les individus (C). Certaines affaires ont pu en outre mettre en exergue la difficulté de faire coexister au sein d'une société une pluralité de conceptions différentes de la morale (D).

A. Le *leading case* : *Handyside c. Royaume-Uni*

217. En matière de morale, l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 constitue un incontournable *leading case* auquel il est encore aujourd'hui constamment renvoyé par le juge européen des droits de l'homme. Cette affaire concernait la distribution au Royaume-Uni d'un ouvrage (le *Little Red Schoolbook*) rédigé par des auteurs danois, d'ores et déjà distribué dans d'autres pays européens, et prodiguant au public cible – les adolescents – une série conseils notamment en matière de sexualité ou de consommation de stupéfiants. Alors que l'éditeur anglais dénonçait la censure du livre par les autorités nationales, la Cour a considéré, comme l'y avait invité la Commission, que l'article 10 de la Convention n'avait pas été violé.

Le principal apport de l'arrêt réside dans l'affirmation claire de la relativité spatio-temporelle de la morale. Ainsi, ayant affirmé que le pluralisme démocratique exigeait la protection à la fois des informations jugées favorables ou inoffensives et de celles qui heurtent ou inquiètent l'Etat, la Cour a souligné qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la "morale" » dès lors que « l'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière » (§ 48). Dans ce contexte, « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les

⁵¹⁷ N. BONBLED et J. RINGELHEIM, « La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 8.

⁵¹⁸ Elle relève encore que « pour ce faire, elle se retranche dès qu'elle peut derrière une argumentation plus technique ou met en avant un autre but » (C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 631).

⁵¹⁹ R. KOERING-JOULIN, « Affaires de mœurs », in *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme* (dir. M. DELMAS-MARTY), coll. Les voies du droit, 1989, p. 122.

autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences » (§ 48)⁵²⁰.

Mais d'emblée, la Cour a également affirmé les liens qui existent entre la protection de la morale et celle des droits et intérêts d'autrui. Ainsi, a-t-elle accordé un poids important à la circonstance que le *schoolbook* « s'adressait en priorité à des enfants et adolescents de douze à dix-huit ans environ » et que « rédigé en un style dépouillé, direct et concret, il était aisément accessible même aux moins âgés d'entre eux ». Or si l'ouvrage contenait des informations factuelles exactes et utiles, il renfermait aussi « des phrases ou paragraphes que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales » (§ 52)⁵²¹.

Dans ce contexte, « malgré la diversité et l'évolution constante des conceptions éthiques et éducatives au Royaume-Uni les magistrats anglais compétents étaient en droit de croire à l'époque, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, que le *Schoolbook* aurait des répercussions néfastes sur la moralité de beaucoup des enfants et adolescents qui le liraient » (§ 52). En outre, les mesures prises par lesdites autorités (soit la condamnation pénale du requérant et la saisie de centaines d'exemplaires) n'étaient pas disproportionnées, même si le livre avait circulé sans entrave notamment en Angleterre et au Pays de Galle (§§ 54-55) de même que dans d'autres Etats parties (§ 57).

L'enseignement de cet arrêt fondateur est clair : dans le contexte d'une grande variabilité dans le temps et dans l'espace des conceptions morales, l'Etat est *a priori* le mieux placé pour déterminer le contenu de la morale. Au demeurant, la protection de la morale est liée à la protection des droits et libertés d'autrui (et plus particulièrement des droits et libertés de ceux qui sont considérés vulnérables).

B. Le domaine de prédilection : morale et liberté d'expression

218. La jurisprudence de la Cour en matière de morale a continué de se déployer sur le terrain de l'article 10 de la Convention. Ainsi, quoique foncièrement relative, la morale reste indéniablement aujourd'hui un facteur pertinent lorsqu'il s'agit pour la Cour d'évaluer la légitimité conventionnelle de restrictions apportées à la liberté d'expression. Les restrictions aux droits considérées justifiables à ce titre apparaissent ressortir essentiellement d'une part à la sexualité et d'autre part à la valeur de la vie humaine.

⁵²⁰ La Cour a même considéré qu'il pouvait exister des différences au sein des différentes parties d'un Etat dès lors que les différentes entités en cause peuvent faire face à des enjeux moraux et sociaux différents. Les différences morales n'existent donc pas seulement entre Etats mais aussi au sein d'eux (§ 54). Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981, § 56, *in fine* et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* du 13 juillet 2012, § 64.

⁵²¹ Quid quand c'est l'Etat lui-même qui prétend procurer aux enfants une information – certes moins polémique – sur les questions sexuelles ? Dans une affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* qui a donné lieu à un arrêt du 7 novembre 1976, trois couples dénonçaient une atteinte à leurs droits tirés de l'article 2 du Premier protocole additionnel à la Convention en raison de cours d'éducation sexuelle dispensés dans les écoles primaires publiques. Ces cours avaient vocation à fournir aux enfants des éclaircissements utiles suivant l'Etat danois et de les alerter contre des phénomènes inquiétants à ses yeux (tels que la fréquence excessive des naissances hors mariage, des avortements provoqués et des maladies vénériennes), la Cour a affirmé que « ladite instruction ne saurait évidemment exclure de la part des enseignants certaines appréciations pouvant empiéter sur le domaine religieux ou philosophique, car il s'agit d'une matière où les jugements de réalité débouchent aisément sur des jugements de valeur ». Pour autant, les juges de Strasbourg ont considéré que « ce sont bien là des considérations d'ordre moral, mais elles revêtent un caractère très général et n'entraînent pas un dépassement des bornes de ce qu'un Etat démocratique peut concevoir comme l'intérêt public » (§ 54).

i) *La sexualité*

219. Au plan de la sexualité, la Cour a notamment eu à connaître de la censure de tableaux considérés obscènes, comme ceux du peintre Josef Felix Müller⁵²², ou de celle de la traduction turque du roman pornographique *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire⁵²³. La censure d'œuvres artistiques au titre de la protection de la morale peut être liée à la protection des intérêts d'autrui et en particulier des destinataires de l'œuvre considérée ou du « public » au sens large (voy. Müller, sp. §§ 30 et 36). Dans l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, la Cour a refusé de prendre en considération le souci affirmé par le gouvernement de protéger la morale, dès lors qu'il apparaissait que la censure de l'œuvre litigieuse avait pour unique objet la protection des droits individuels de la personne qui s'y trouvait représentée dans une posture scandaleuse (§ 31).

ii) *La vie humaine : Open Door et Dublin Well Woman c. Royaume-Uni*

220. Dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* relative à la communication par une association d'informations relatives à l'avortement, la Cour a affirmé que l'Etat devait jouir d'une importante latitude « en particulier dans [la sphère] qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine » en s'appuyant sur la considération classique, issue de l'affaire *Handyside*, suivant laquelle « on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants une notion européenne uniforme de la morale (§ 68) (voy. *infra* n° 944). La Cour a encore pu, dans un arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* du 13 juillet 2012, examiner, notamment sous l'angle de la protection de la morale, la censure d'une campagne d'affichage déployée par le mouvement raëlien et accusée, parmi d'autres méfaits, de faire l'apologie du clonage humain. Dans cette affaire, la grande chambre, à l'instar de la chambre, a considéré que « les autorités internes [avaient] pu raisonnablement considérer, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'il était indispensable d'interdire la campagne en

⁵²² L'affaire *Müller c. Suisse* concernait la confiscation de trois toiles peintes par l'artiste Josef Felix Müller et les amendes infligées aux organisateurs de l'exposition. Suivant le Tribunal fédéral suisse « les toiles en cause ici [montraient] une débauche d'activités sexuelles contre nature (sodomie, zoophilie, petting), représentées de façon grossière et en grand format » et étaient « de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale » (§ 18). La Cour y a souligné le « lien naturel entre la défense de la morale et celle des droits d'autrui » (§ 30)⁵²² et réaffirmé que la morale est foncièrement relative dans le temps et dans l'espace en sorte que les autorités de chaque Etat sont les plus à même d'en dégager le contenu et les exigences (§ 35). Dans ce contexte, la destination de l'expression artistique litigieuse a évidemment à nouveau revêtu une certaine importance puisque la Cour a expressément relevé qu'« il s'agissait d'une exposition ouverte sans restriction au grand public et cherchant à l'attirer » (§ 36). Dès lors, même si « les conceptions de la morale sexuelle [avaient] changé ces dernières années » et si des œuvres de Müller avaient été exposées ailleurs (en Suisse et hors de Suisse) avant et après l'exposition litigieuse, les autorités avaient pu – suivant la majorité des juges de Strasbourg – estimer adéquat de censurer les travaux considérés dont elles avaient estimé qu'elles étaient « de nature à blesser brutalement », par l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues, « la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale » (§ 36).

⁵²³ L'affaire *Akdas c. Turquie* concernait l'édition turque du roman pornographique de Guillaume Apollinaire *Les onze mille verges* qui « décrit des scènes de rapports sexuels crues, avec diverses pratiques telles que le sadomasochisme, le vampirisme, la pédophilie, etc. » (§ 6), la Cour a considéré qu'en prenant en considération le caractère relatif des conceptions morales en Europe il y avait lieu d'allouer une certaine marge d'appréciation aux Etats (§ 27). Toutefois, elle a ajouté qu'on ne pouvait « sous-estimer dans ce cas précis le passage de plus d'un siècle depuis la première parution de l'ouvrage en France, sa publication dans de nombreux pays en diverses langues, ni sa consécration par l'entrée dans "La Pléiade" une dizaine d'années avant la saisie dont il a fait l'objet en Turquie » (§ 29) en sorte que « la portée de cette marge d'appréciation, en d'autres termes, la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen » (§ 30).

cause aux fins de la protection de la santé et de la morale, de la protection des droits d'autrui et de la prévention du crime » (sp. §§ 71-72)⁵²⁴.

C. Morale et vie privée

221. Par-delà ces situations où l'invocation du but de protection de la morale tient à l'existence d'une communication vers le public ou d'une mise à la disposition du public, se pose la question infiniment plus délicate de la pertinence de la volonté de l'Etat de protéger la morale y compris dans les comportements privés ne faisant pas l'objet d'une publicité.

Selon François RIGAUX, « qu'elles soient ou non confessionnelles, les diverses morales ont [...] été réduites par le droit positif à l'état de simples opinions » et « la "morale" n'est [...] pas un impératif catégorique défini par une méthode philosophique, elle exprime simplement l'attitude du citoyen moyen (*Durchschnittsbürger*) face à un problème éthique »⁵²⁵. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si cette « attitude du citoyen moyen » est en mesure de restreindre la liberté de ceux qui dirigent et mesurent leurs actions par rapport à une autre conception de la « vie bonne ». La volonté de l'Etat d'imposer à tous les préférences morales de la majorité se comprend comme du « moralisme juridique » et revient à considérer acceptable que l'Etat interdise et sanctionne un comportement, quand bien même ce comportement ne ferait de mal à personne⁵²⁶.

Les théoriciens conservateurs considèrent – dans le sillage de Lord DEVLIN – que le droit existe pour protéger la société en manière telle qu'« il ne doit pas seulement protéger l'individu contre les dommages, la corruption et l'exploitation, mais il "doit protéger aussi les institutions et la communauté d'idées, politiques et morales, sans lesquelles les gens ne peuvent pas vivre ensemble" »⁵²⁷. Les théoriciens libéraux – tels que John Stuart MILL – estiment au contraire que « le seul but pour lequel la contrainte peut être exercée sur un membre d'une communauté civilisée, contre son gré, est de prévenir l'infliction d'un mal à autrui. Son propre bien, physique ou moral, n'est pas une raison suffisante » (*harm principle*)⁵²⁸. Ici encore, les restrictions aux droits considérées justifiables à ce titre apparaissent ressortir essentiellement d'une part à la sexualité et d'autre part à la valeur de la vie humaine.

i) La sexualité : *Dudgeon c. Royaume-Uni*

222. Si la doctrine de la Cour européenne relative à la clause de protection de la morale partagée par les articles 8 à 11 de la Convention trouve son origine dans la jurisprudence relative au droit à la liberté d'expression, elle a rapidement prospéré aussi dans le cadre de la jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée. La question de la légitimité de l'intervention étatique était inexorablement appelée à s'y poser dans des termes différents. Si les canons de la morale peuvent légitimement justifier la censure de livres, de toiles, de contenus vidéo ou de représentations théâtrales, sont-ils en mesure de justifier des restrictions à la liberté

⁵²⁴ Il échet cependant de relever que l'arrêt *Mouvement raëlien suisse* a donné lieu, au contraire de l'arrêt *Handyside* à de très vives dissensions au sein de la Cour. Ainsi, la décision n'a-t-elle pu être atteinte qu'à une courte majorité de neuf voix contre huit.

⁵²⁵ F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres*, op. cit., pp. 178-179. Il indique aussi qu'autrefois « dans les pays de civilisation chrétienne, la morale était alignée sur le droit positif » et que désormais « les croyances religieuses sont [...] réduites à l'état d'opinions [...], sur lesquelles l'ordre étatique doit s'abstenir de porter un jugement de vérité » (F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, op. cit., pp. 174-176).

⁵²⁶ T. S. PETERSEN, « What is Legal Moralism », *SATS Northern European Journal of Philosophy*, 2011, pp. 80-81.

⁵²⁷ R. DWORKIN, « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *The Yale Law Journal*, 1965-1966, p. 986 et s.

⁵²⁸ T. S. PETERSEN, « What is Legal Moralism », op. cit., p. 81.

de l'individu d'adopter les comportements qu'il estime adéquat dans la sphère d'intimité qui lui est réservée par l'article 8 de la Convention.

La Cour a considéré dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 que le maintien en Irlande du Nord de l'incrimination des relations homosexuelles masculines entre adultes consentants participait de « l'idée que le gouvernement du Royaume-Uni se faisait de la force, dans la région, de l'hostilité au projet et notamment de la vigueur de l'opinion que pareille réforme y affaiblirait beaucoup les structures morales de la société » en sorte que « le but général de la législation incriminée [demeurait] la protection de la morale, au sens de normes morales reçues en Irlande du Nord » (§ 46). Elle y a également affirmé que « le climat moral de l'Irlande du Nord en matière sexuelle, tel que le révèle par exemple l'hostilité à la réforme législative envisagée, figure parmi les données dont les autorités nationales [étaient] en droit de tenir compte en usant de leur pouvoir d'appréciation » (§ 57) (voy. *infra* n° 574).

Dans un arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* du 19 février 1997, à propos d'actes sadomasochistes, la Cour a confirmé la légitimité du but de protection de la morale même si elle a *in fine* considéré que, dès lors que la répression des actes litigieux se justifiait au titre de la protection de la santé, il n'était pas nécessaire de rechercher si elle pouvait également se justifier par la protection de la morale (§ 51). Dans un arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 relatif au même type d'actes, la Cour a affirmé sans évoquer la morale que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des "raisons particulièrement graves" pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité » (§§ 83-84) (voy. *infra* n° 582 et s.).

Mais, récemment, dans un arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012 relatif à des condamnations pénales infligées à un homme qui avait eu des relations sexuelles consensuelles avec sa sœur, la Cour a pu considérer, à l'unanimité que cette condamnation poursuivait le but légitime de protéger la morale et les droits d'autrui et que dès lors que l'affaire concernait les exigences de la morale, « les autorités nationales bénéficient d'une large marge d'appréciation pour déterminer l'attitude à adopter face aux relations incestueuses entre des adultes consentants, même si cette décision concerne un aspect intime de la vie privée de l'individu » (§ 61) (voy. *infra* n° 586).

ii) La vie humaine

223. La protection de la morale peut également être opposée par l'Etat aux velléités de l'individu de poser ses propres choix dans le domaine éminemment intime de la reproduction humaine. Un poids considérable a ainsi été accordé, dans l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, à la circonstance que l'interdiction de l'avortement dans l'Etat défendeur était « [basée] sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie, celles-là même qui s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors du référendum de 1983 et dont nul n'a démontré qu'elles auraient notablement évolué depuis lors » (§ 226). De même est-il tenu compte, dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, des « préoccupations d'ordre général exprimées par le Gouvernement, à savoir que le don de gamètes impliquant des tiers dans un processus médical hautement technique est controversé et soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche » (§ 113). On le voit, de même que l'Etat peut s'immiscer dans l'intimité sexuelle des individus au titre des perceptions morales prédominant dans sa société, il lui est loisible de restreindre, au nom de valeurs morales, les choix procréatifs des individus⁵²⁹. A cet égard, la Cour a clairement affirmé,

⁵²⁹ Par ailleurs, dans ses arrêts *Maurice c. France* et *Draon c. France* du 6 octobre 2005, relatifs à la limitation par la loi française des indemnisations susceptibles d'être obtenues en cas d'erreurs de diagnostic conduisant à la naissance

dans l'affaire *Vo c. France*, le caractère inopportun d'une morale unique qu'elle chercherait à imposer⁵³⁰.

224. La pertinence de la clause de protection de la morale à propos des choix individuels de vie et de mort est moins évidente. Dans l'affaire *Hristozov et autres c. Bulgarie*, la Cour a rappelé – en renvoyant à *S.H. et autres* – la discrétion à consentir *a priori* aux Etats face à « des questions morales ou éthiques délicates » (§ 118) et affirmé que la revendication des requérants d'accéder à un traitement médical encore expérimental susceptible de leur sauver la vie « [touchait] à des problèmes complexes d'éthique et d'évaluation des risques » dans le contexte « de développements médicaux et scientifiques rapides » (§ 122). Il peut être relevé cependant que dans l'opinion dissidente à l'arrêt de chambre *Gross c. Suisse* du 14 mai 2013, les juges minoritaires ont fait valoir à propos des conditions d'accès au suicide assisté qu'une marge de manœuvre large aurait dû être reconnue à l'Etat en raison des problèmes moraux ou éthiques sensibles soulevés par l'affaire (§ 7). Un arrêt de grande chambre du 30 septembre 2014 a néanmoins conclu à l'irrecevabilité de la requête au titre d'un abus du droit de requérir, en sorte que le débat de principe, tel qu'il s'était noué devant la formation de chambre, n'a pas pu être poursuivi (voy. *infra* n° 907)⁵³¹.

D. La coexistence de morales différentes

225. L'Etat est également l'arbitre des morales concurrentes qui se déploient inévitablement dans une société pluraliste et démocratique. Il apparaît alors que le rapport de l'Etat à la morale est loin d'être univoque : si l'Etat est amené parfois à protéger certaines convictions morales (i), il est aussi parfois appelé à imposer faire primer d'autres exigences sur lesdites convictions (ii), sa responsabilité première étant, dans tous les cas, de garantir les conditions d'un débat équitable et public sur les questions qui interpellent la conscience collective (iii).

i) La protection de la morale

226. Dans deux affaires de 1994 et 1996, la Cour a été amenée à arbitrer entre la liberté d'expression et les sentiments et convictions les plus profonds des catholiques. Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* qui concernait l'interdiction faite à la diffusion d'un film tournant en dérision les figures de la religion catholique⁵³², la Cour a affirmé que « comme pour la "morale", il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société » (§ 50). Elle a attaché une importance significative

d'enfants handicapés, la Cour a accepté l'invocation par l'Etat défendeur de trois motifs d'intérêt général « l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé » en soulignant qu'il n'y avait « pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une "cause d'utilité publique" » (*Maurice*, § 85 et *Draon*, § 77).

⁵³⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, 82.

⁵³¹ Dans l'affaire *Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, la Cour a au demeurant considéré à propos du refus des autorités étatiques d'autoriser à la famille d'un défunt le transfert d'une urne funéraire, qu'il s'agissait d'évaluer « si les autorités et les juridictions internes pouvaient légitimement considérer que le refus de transférer l'urne était "nécessaire, dans une société démocratique" pour la défense de l'ordre, la protection de la morale et/ou des droits d'autrui » et que cette appréciation impliquait « la mise en balance de l'intérêt d'un particulier au transfert d'une dépouille ou de cendres et celui de la société au respect du caractère sacré de la tombe » (§ 25).

⁵³² Ce film réalisé par Werner SCHROETER montrait une pièce de théâtre intitulée *Le concile d'amour* écrite par Oskar PANIZZA (« Le film dépeint le dieu des religions juive, chrétienne et islamique comme un vieil homme, apparemment sénile, qui se prosterne devant le diable, échange avec lui un baiser profond et l'appelle son ami [...]. D'autres scènes montrent la Vierge Marie permettant qu'on lui lise une histoire obscène et la manifestation d'une certaine tension érotique entre elle et le diable. Jésus-Christ adulte est campé comme un débile mental profond et une scène l'exhibe tentant lascivement de caresser les seins de sa mère et d'y poser des baisers, ce qu'à l'évidence elle tolère [...] » (§ 22)).

au fait que « la religion catholique romaine [était] celle de l'immense majorité des Tyroliens » et a souligné que « les autorités autrichiennes [avaient] agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante » (§ 56). Dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni* relative au le refus des autorités internes d'attribuer un visa d'exploitation à un film mettant en scène une lecture érotique des visions de Sainte Thérèse d'Avila, la Cour a considéré que « comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" » (§ 58). Selon elle, le refus de visa opposé au requérant tendait à « protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière "qui est de nature à choquer (dans le sens de susceptible de, et non de conçue pour choquer) quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes » (§ 48).

Dans son opinion concordante à ce second arrêt, le juge PETTITI a souligné que « dans le difficile équilibre à assurer en ces domaines où les sensibilités religieuses et philosophiques sont confrontées à la liberté d'expression, il importe que l'inspiration et l'interprétation de la Convention européenne soient basées à la fois sur le pluralisme et sur le sens des valeurs ».

ii) *La confrontation avec la morale*

227. Dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 15 janvier 2013, la Cour a considéré acceptable l'écartement d'une fonctionnaire justifié par la circonstance qu'elle ne voulait pas participer à la conclusion d'unions homosexuelles en raison de ses convictions religieuses.

Les juges européens avaient certes considéré que « les conséquences pour la requérante étaient lourdes : vu la force de ses convictions religieuses, cette dernière a estimé qu'elle n'avait pas d'autre choix que de s'exposer à une procédure disciplinaire, plutôt que d'être chargée d'inscrire les unions civiles, et elle a finalement été licenciée » étant entendu par ailleurs que « l'intéressée ne saurait passer pour avoir expressément renoncé, à la date de signature de son contrat de travail, à son droit de manifester sa conviction religieuse en refusant de prendre part à la formation d'unions civiles, l'obligation en cause n'ayant été créée par son employeur qu'ultérieurement ». Ils n'en n'ont pas moins estimé que la Convention n'avait pas été violée dès lors que « la politique de l'autorité locale visait à reconnaître les droits d'autrui, eux aussi protégés par la Convention » et que « la Cour laisse en principe aux autorités nationales une marge d'appréciation étendue lorsqu'il s'agit de ménager un équilibre entre des droits concurrents tirés de la Convention » (§ 106).

Suivant les juges VUČINIĆ et DE GAETANO, « au lieu de pratiquer la tolérance et la "dignité pour tous" qu'il prêche, l'arrondissement d'Islington s'en est tenu à une ligne doctrinaire, la voie vers un "politiquement correct" obsessif ». On voit en tout cas toute la difficulté de l'exercice de conciliation qui s'impose à l'Etat : protéger la liberté de conscience des uns et la liberté de la vie privée et familiale des autres. S'il semble que la liberté d'expression de chacun doit toujours être respectée, il semble que l'affaire *Eweida et autres* pouvait inviter la Cour à réaliser un équilibre plus subtil entre les droits des uns et des autres.

iii) *L'importance du débat équitable et public sur les questions complexes*

228. Dans un arrêt *Alekseyev c. Russie* du 21 octobre 2010, la Cour a condamné la Russie, sur pied de l'article 11 de la Convention, au titre de l'interdiction de manifestations organisées par des militants de la cause homosexuelle.

Selon la Cour, « le fait de reconnaître aux personnes homosexuelles des droits matériels est fondamentalement différent du fait de leur reconnaître la liberté de militer pour ces droits. Il n'existe aucune ambiguïté quant au fait que les autres Etats membres reconnaissent le droit de chacun de revendiquer ouvertement son homosexualité ou son appartenance à toute autre minorité sexuelle et à défendre ses droits et les libertés, notamment en exerçant sa liberté de réunion pacifique » (§ 84). De même, « la société ne peut se positionner sur des questions aussi complexes que celle soulevée en l'espèce que par un débat équitable et public. Un tel débat, appuyé sur la recherche universitaire, serait bénéfique pour la cohésion sociale, car il permettrait l'expression de tous les points de vue, y compris celui des premiers intéressés. Il permettrait également de dissiper certains malentendus courants, tels que celui qui concerne la question de savoir si l'hétérosexualité et l'homosexualité peuvent découler de l'éducation ou de l'incitation et si l'on peut choisir volontairement d'être ou de ne pas être homosexuel » (§ 86).

§ 2. La tradition

229. Au contraire de la morale, les traditions ne figurent pas comme telles dans la liste des motifs susceptibles de justifier une restriction aux droits garantis. Il n'empêche que dans de nombreux arrêts, la Cour a admis que la référence aux traditions prévalant dans une société pouvait être en mesure de légitimer une ingérence dans les droits conventionnels.

Si l'invocation de la tradition ne peut assurément pas justifier un traitement inhumain et dégradant (A), elle peut être pertinemment avancée par les autorités sur le terrain de l'article 9 (B) et des articles 8, 12 et 14 de la Convention (C).

A. Le *leading case* : *Tyrer c. Royaume-Uni*

230. L'un des premiers arrêts européens à avoir confronté les exigences de la Convention et les spécificités traditionnelles alléguées d'une société concernait l'article 3 qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. La Cour a jugé dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978 relatif à la perpétuation des peines judiciaires corporelles qu'il « [n'existait] pas de nécessités locales influant sur l'application de l'article 3 » et que « l'île de Man ne [possédait] pas seulement des traditions politiques, sociales et culturelles établies de longue date et hautement développées » mais « [constituait] une société moderne ». « Historiquement, géographiquement et culturellement, elle [avait] toujours figuré dans la famille des nations européennes et on [devait] la considérer comme un titulaire à part entière du "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le préambule de la Convention » (§ 38). Les traditions nationales ne sont donc pas en mesure de justifier une atteinte à la règle absolue contenue dans l'article 3. Elles apparaissent par contre potentiellement efficaces dans le contexte d'autres dispositions, notamment – mais pas seulement – dans celui des articles 9 et 8.

B. Le domaine de prédilection : tradition et liberté de religion (*Leyla Sahin c. Turquie* et *Lautsi c. Italie*)

231. La tradition joue par ailleurs un rôle non négligeable dans le contentieux strasbourgeois des symboles religieux qu'il s'agisse d'ailleurs pour l'Etat de refuser la présence de tels symboles ou bien tout au contraire d'imposer celle-ci.

Dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* rendu par la grande chambre le 10 novembre 2005 la Cour a affirmé – à propos du port du foulard islamique à l'Université – que « la réglementation en la matière peut varier [...] d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public » et que « le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré » (§109)⁵³³. De même, la grande chambre a-t-elle affirmé dans l'arrêt *Lautsi c. Italie* du 18 mars 2011 – relatif à la présence de crucifix dans les classes italiennes – que « la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur ». A cet égard, « la Cour se doit [...] de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique » étant entendu toutefois que « l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un Etat contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles » (§ 68). Dans son opinion concordante, le juge BONELLO a souligné qu'« une cour européenne ne doit pas être invitée à ruiner des siècles de tradition européenne. Aucun tribunal, et certainement pas cette Cour, ne doit voler aux Italiens une partie de leur personnalité culturelle » (§ 1.2.). Selon lui, « maintenir un symbole là où il a toujours été n'est pas un acte d'intolérance des croyants ou des traditionalistes culturels. Le déloger serait un acte d'intolérance des agnostiques et des laïcs » (§ 2.10).

C. Tradition et vie familiale : *Marckx c. Belgique*

232. Nous avons vu que la Convention ne protège pas la famille en tant que tel, mais la vie familiale des individus (voy. *supra* n° 80). Néanmoins, dans une décision *Röösli c. Allemagne* du 15 mai 1996, la Commission a considéré que « le but de protéger la famille » était un « objectif qui se [rapprochait] de la protection du droit au respect de la vie familiale ». Dans tous les cas, la Cour considère expressément que le droit au respect de la vie privée et familiale peut faire l'objet de restrictions au titre de la protection de la famille traditionnelle.

Certains n'ont à cet égard cessé d'évoquer une « crise » de la famille qui aurait engendré une restructuration des politiques familiales dont la mise en œuvre a révélé une contradiction puissante entre ceux qui insistent sur l'individu et ceux qui insistent sur le groupe familial, surtout en matière d'impôt sur le revenu, en matière de prestations de sécurité sociale et d'assistance sociale⁵³⁴. D'autres « saluent » cette évolution et exposent que « le droit ne peut plus imposer un modèle préférentiel unique de structure familiale : l'équilibre entre le rôle de la loi et celui de la liberté individuelle s'est profondément modifié » en sorte qu'« aujourd'hui, chacun construit sa famille en fonction de ses choix de vie personnelle et le droit a une fonction de régulation tout à fait différente : il devient plus “subsidaire” en ce sens qu'il intervient essentiellement pour pondérer les intérêts en présence lorsque leur équilibre est menacé, pondération qui se fait en fonction de principes généraux tels que l'égalité et la non-discrimination ou l'intérêt de l'enfant »⁵³⁵.

Le déploiement des droits tirés par les individus de la Convention met en tout cas clairement sous pression les modèles familiaux traditionnels qui prévalent ou qui prévalaient dans les Etats membres du Conseil de l'Europe⁵³⁶. Comme il est souligné par Marie-Thérèse MEULDERS-

⁵³³ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, § 63.

⁵³⁴ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993, p. 182.

⁵³⁵ N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », note sous Mons, 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 4.

⁵³⁶ Suivant Dominique TERRÉ « le droit de la famille et des personnes a connu, en droit interne, dès la décennie 1960, des modifications très importantes amplifiées par le développement du droit européen des droits de l'homme ; il est

KLEIN, « la famille a certainement été l'un des lieux où pesèrent les discriminations les plus flagrantes » et l'« esprit des droits de l'homme » a profondément bouleversé ces conceptions inégalitaires⁵³⁷. Mais au-delà, pointe Michel LEVINET, « le mouvement de déploiement des droits individuels tend à induire une rupture radicale avec les traditions fondatrices de la société européenne »⁵³⁸. Ainsi, confirme Béatrice BELDA, alors que « l'institution familiale, même en dehors d'une relation maritale, est un pilier essentiel de la société », la jurisprudence de la Cour rend compte d'une « une relativisation des valeurs attachées à l'institution familiale et à celle du mariage »⁵³⁹.

i) *L'affirmation initiale de la légitimité de la tradition comme motif de restriction aux droits : Marckx c. Belgique [GC]*

233. La Cour a rapidement affirmé la légitimité de la volonté des Etats de protéger la famille traditionnelle et n'est jamais – formellement – revenue sur cette affirmation. L'arrêt de principe en la matière est certainement l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 dans lequel la Cour a exposé qu'« il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle » (§ 40) (voy. *infra* n° 831). Notons cependant que si depuis il est inlassablement répété par la Cour que la protection de la famille traditionnelle est un but « légitime », le terme « méritoire » n'a quant à lui été employé qu'à cette unique occasion. Toujours est-il qu'avec constance la Cour admet la volonté étatique de préserver les structures familiales. En 1987, dans l'arrêt *F. c. Suisse*, il a ainsi été expressément souligné que le mariage est « étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale » (§ 33) (voy. *infra* n° 1063). En 1997, la grande chambre a affirmé, dans l'arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, en matière de filiation qu'« il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant » (§ 47) (voy. *infra* n° 1097).

Dans l'arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, la grande chambre a également affirmé qu'en matière de prise en charge des enfants par les autorités publiques il y avait lieu de tenir compte des « traditions relatives au rôle de la famille et à l'intervention de l'Etat dans les affaires familiales » (§ 154)⁵⁴⁰. Il semble donc que, dans un premier temps au moins, la Cour ait conclu de manière relativement univoque à la légitimité de l'invocation par l'Etat de sa volonté de préserver ses traditions culturelles et historiques relatives à la famille.

ii) *L'atténuation subséquente de la légitimité de la tradition comme motif de restrictions aux droits*

234. Progressivement toutefois, l'argument tiré de la protection de la famille traditionnelle a vu sa légitimité émuée, à tout le moins dans deux domaines stratégiques étant les différences de traitement fondées sur le sexe et celles fondées sur l'orientation sexuelle.

Ainsi, en premier lieu, la Cour a condamné sans équivoque le renvoi à la tradition pour justifier des différences de traitement *fondée sur le sexe*. Dans son arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, elle a souligné que la progression vers l'égalité des sexes et l'importance attachée au principe de non-discrimination empêchaient désormais les Etats d'imposer aux femmes une tradition qui trouve ses origines dans le rôle primordial de l'homme et le rôle secondaire de la femme dans la famille. Dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars

désormais influencé par deux idéologies fondamentales : l'égalité entre l'homme et la femme et celle entre tous les enfants » (D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, op. cit., p. 98).

⁵³⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », op. cit., pp. 1194-1195.

⁵³⁸ M. LEVINET, « Couple et vie familiale op. cit., pp. 156-157.

⁵³⁹ B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », op. cit., p. 261.

⁵⁴⁰ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Kutzner c. Allemagne du 26 février, § 66.

2012, la grande chambre a réaffirmé sans ambiguïté que « les Etats ne peuvent imposer des traditions qui trouvent leur origine dans l'idée que l'homme joue un rôle primordial et la femme un rôle secondaire dans la famille » (§ 127).

En second lieu, la Cour a clairement atténué l'invocabilité de la tradition au soutien des différences de traitement *fondées sur l'orientation sexuelle*. Dans un arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, elle a ainsi affirmé que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » en sorte que « non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure [les couples de même sexe] » (§ 41). Dans un arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, la grande chambre a expressément renvoyé aux principes posés dans *Karner* pour inviter l'Etat défendeur à prouver « que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant » impliquait l'exclusion de ces couples (§§ 138-141).

Il n'est cependant pas possible de conclure que le juge européen considère désormais nécessairement illégitimes les argumentaires étatiques fondés sur l'objectif de protéger la famille traditionnelle. Pareille conclusion serait en effet assurément contredite par la prise en considération expresse, en 2010, dans le cadre de l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, de la circonstance que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (§ 62). Elle se trouverait également mise à mal par l'affirmation, la même année, dans le contexte de l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie*, de ce que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46). Sans préjuger du poids qui peut ou ne peut pas leur être reconnu dans la balance des intérêts, force est donc de constater que les motifs tirés du respect des structures familiales traditionnelles n'ont pas perdu à ce jour toute pertinence en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'en reste pas moins que cette justification apparaît à tout le moins sectoriellement « neutralisée » ou « dévalorisée » et que son avenir dans l'économie de la jurisprudence strasbourgeoise peut parfois sembler compromis.

De nombreux juges européens ont fait valoir, dans des opinions séparées, que la Cour éliminait trop promptement les considérations liées aux traditions prévalant dans l'ordre juridique des Etats parties. Dès 1994, le juge espagnol Jose Maria MORENILLA a par exemple affirmé, dans son opinion séparée dans l'affaire *Kroon c. Pays-Bas*, que le dilemme de la Cour – qui doit réaliser sa mission de contrôle sans se substituer indûment aux parlements nationaux – « est encore plus grand dans les matières, comme le mariage, le divorce, la filiation ou l'adoption, car elles mettent en jeu les conceptions religieuses, idéologiques ou traditionnelles existantes de la famille dans chaque communauté ». Trente ans plus tard, le juge POPOVIC a affirmé, dans son opinion dissidente annexée à l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, que « le problème dans cette affaire [...] [portait] sur la tradition de chaque pays » et que dès lors « la pratique mise en cause ne [devait] pas être soumise à harmonisation au niveau européen ». Aujourd'hui comme hier, la légitimité de l'invocation par l'Etat de sa volonté de protéger la famille traditionnelle divise donc les juges européens.

D. La coexistence de traditions différentes

235. La mobilité des personnes, dans un monde globalisé, pose la question des traditions également sous un autre angle. Ainsi, non seulement il existe en Europe des conceptions très

différentes de la famille, mais au surplus les ordres juridiques européens sont confrontés, à la faveur des flux migratoires, à des droits étrangers ancrés dans des conceptions et traditions plus éloignées encore⁵⁴¹. A cet égard, le Professeur Titia LOENEN expose que « le pluralisme juridique que nous connaissons jusqu'à présent en Europe occidentale est assez faible et devrait être renforcé, sans dépasser les limites fixées par les standards des droits de l'homme ». A ses yeux, il faudrait « créer une plus grande variété d'« options de mariage et de divorce » que celles qui sont aujourd'hui disponibles et cela pour tout le monde » et s'assurer de bien connaître et comprendre les spécificités d'une culture avant de l'évaluer par égard aux exigences des droits de l'homme⁵⁴².

Dans ce contexte, les rapports de l'Etat à la tradition sont polymorphes : dans certains cas, il manifeste du respect pour les traditions (i) et dans d'autres situations il impose une solution contraire à certaines traditions (ii) ou refuse à tout le moins de conférer du poids à celles-ci (iii).

i) *Le respect des traditions*

236. Dans certaines situations, la Cour a expressément manifesté un grand respect pour des institutions juridiques traditionnelles inconnues en Europe occidentale. Ainsi l'arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012 jugeant acceptable le refus opposé à la demande d'adoption immédiate d'une enfant recueillie au titre de la *kafala* manifeste-t-il le « respect du juge européen, non seulement des choix opérés par les États membres, mais aussi de manière indirecte, par les États tiers à la Convention, précisément l'Algérie dont le droit interdit l'adoption »⁵⁴³. Ainsi, selon la Cour, « l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante » (§ 51)⁵⁴⁴.

ii) *La confrontation avec les traditions*

237. Dans une affaire *Serife Yigit c. Turquie* la Cour a considéré acceptable l'impossibilité pour une femme qui s'était mariée religieusement mais pas civilement de bénéficier d'une pension de réversion. Dans son arrêt du 2 novembre 2010, la grande chambre a fait valoir qu'« en adoptant en 1926 le code civil, qui institue le mariage civil monogamique obligatoire à célébrer préalablement à toute union religieuse, la Turquie entendait mettre un terme à une tradition du mariage qui place la femme dans une situation nettement désavantageuse, voire dans une situation de dépendance et d'infériorité, par rapport à l'homme ». Ainsi, « le mariage célébré selon le code civil [avait] pour but de protéger la femme, en fixant par exemple un âge minimum pour le mariage et en accordant à la femme certains droits et obligations » (§ 81).

Pour le juge russe Anatoly KOVLER ce type de considérations peut faire craindre une dérive eurocentriste. Ainsi, selon lui, « il aurait été plus sage de s'abstenir de toute appréciation de la complexité des normes du mariage islamique, plutôt que d'en donner une image réductrice et par excellence subjective » ou « de donner une interprétation plus nuancée du “but légitime” du code civil turc de 1926, au lieu de fustiger “une tradition du mariage qui place la femme dans une situation nettement désavantageuse, voire dans une situation de dépendance et d'infériorité, par rapport à l'homme” »⁵⁴⁵. Des questions similaires ont pu se poser dans les affaires relatives

⁵⁴¹ T. LOENEN, « Family Law Issues in a Multicultural Setting », *op. cit.*, p. 428.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 443.

⁵⁴³ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 260.

⁵⁴⁴ Traduction libre.

⁵⁴⁵ Dans l'affaire *Refah Partisi c. Turquie*, le juge KOVLER avait déjà pu regretter que la grande chambre « ait manqué l'occasion de porter une appréciation plus approfondie sur la notion de système multijuridique, qui est liée à celle du

au port du foulard islamique (*Leyla Sahin c. Turquie*) et du niqab (*S.A.S. c. France*) (voy. à cet égard *infra* n° 649 et s.).

iii) *La prise en considération de la tradition*

238. Dans l'arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, la Cour a considéré que la mesure d'éloignement prise à l'encontre des requérantes était contraire à l'article 8 de la Convention. Elle a cependant fondé sa décision sur le droit au respect de la vie privée et non sur le droit au respect de la vie familiale, dès lors que « les intéressées ne pouvaient invoquer l'existence d'une "vie familiale" à propos des parents âgés de la première puisqu'il s'agissait d'adultes qui ne faisaient pas partie du noyau familial et dont il n'a pas été démontré qu'ils étaient à la charge de la famille des requérantes » (§ 97).

Dans son opinion concordante, le juge KOVLER a expressément regretté cette approche fondée sur la seule vie privée à l'exclusion de la vie familiale qui prenait insuffisamment en compte, à ses yeux, les traditions prévalant dans certaines sociétés européennes. En effet, selon lui, « la tradition de la famille "élargie", si forte dans les pays d'Europe de l'Est et d'Europe du Sud, est consacrée par les lois fondamentales de ces Etats » et dans les sociétés considérées « la tradition voulant que l'on assiste ses parents âgés [...] est consacrée comme un impératif moral érigé en norme constitutionnelle ». Selon lui, « c'est essentiellement guidées par des motivations de ce type que les requérantes [avaient] en vain demandé aux autorités lettonnes de ne pas les éloigner de leurs ascendants âgés et malades [et] il est évident que la "vie familiale" n'était pas concevable pour elles si elles étaient privées de la possibilité de soigner ces derniers. Quoi de plus naturel et de plus humain ? ». Des questions similaires ont pu se poser au sujet de la prise en considération des traditions spécifiques prévalant au sein de la communauté Rom et impliquant notamment un mode de vie itinérant (*Buckley c. Royaume-Uni* et *Chapman c. Royaume-Uni*) (voy. *infra* n° 657).

Sous-section 3. Les conflits de droits

239. Absents dans la première jurisprudence de la Cour, les conflits de droits fondamentaux sont désormais omniprésents dans celle-ci. Pareille « invasion » du contentieux européen des droits de l'homme par la figure de l'affrontement des droits s'explique, suivant Sébastien VAN DROOGHENBROECK, par différents facteurs au premier rang desquels figurent l'élargissement du champ d'application des dispositions de la Convention (tout particulièrement de l'article 8) et l'approfondissement concomitant des obligations mises à charge des Etats (avec l'entrée en scène des obligations positives horizontales)⁵⁴⁶. Ces conflits « sont sources d'un formidable inconfort pour les autorités étatiques, sommées d'atteindre, sous la menace d'un recours devant le juge international ou national susceptible d'être exercé par les deux parties, un point d'équilibre problématique entre les droits de l'une et les droits de l'autre »⁵⁴⁷. Ils peuvent intervenir soit entre deux ou plusieurs individus (§ 1) soit dans le chef d'une seule et même personne (§ 2).

pluralisme juridique et qui a droit de cité dans la théorie et la pratique juridiques anciennes et contemporaines [...]. Non seulement l'anthropologie juridique mais aussi le droit constitutionnel contemporain admettent à certaines conditions le pluralisme des statuts personnels pour les minorités de toutes sortes [...]. Certes, ce pluralisme, touchant essentiellement à la vie familiale et privée de l'individu, trouve ses limites dans les exigences de l'intérêt général. Mais il est bien sûr plus difficile de parvenir en pratique à un compromis entre les intérêts des communautés concernées et la société civile tout entière que de rejeter d'emblée l'idée même de ce compromis ».

⁵⁴⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux », p. 307.

⁵⁴⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 379.

§ 1. Les conflits entre les droits de différents individus

240. Le conflit peut évidemment surgir entre deux individus tirant de la Convention des droits opposés. Dans l'affaire *Chassagnou c. France*, la Cour a exposé, dans le contexte de l'article 11 de la Convention, que « c'est précisément [la] constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique" » et que « la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire » (§ 113)⁵⁴⁸. Les conflits surgissant entre plusieurs individus peuvent mettre en cause un seul droit conventionnel (A) ou bien plusieurs d'entre eux (B).

A. Les conflits « interpersonnels » impliquant uniquement l'article 8

241. Lieu privilégié du déploiement et de l'approfondissement des droits, l'article 8 de la Convention constitue certainement un terrain particulièrement fertile pour les conflits de droits interpersonnels⁵⁴⁹. Il a pu être observé, en ce sens, par l'ancienne vice-présidente Françoise TULKENS, que « dans le domaine du droit de la famille, peut-être plus que dans les autres domaines, la multiplication des droits a conduit à la multiplication des situations de conflits entre droits et libertés garantis »⁵⁵⁰.

Schématiquement, on peut mettre en évidence trois types de conflits susceptibles de surgir dans le contexte de la vie privée et familiale. En premier lieu, le conflit peut se produire entre les droits de deux ou plusieurs adultes à propos, par exemple, de la prise en charge d'un enfant, de sa procréation ou de sa filiation juridique (entre parents séparés⁵⁵¹, entre père biologique et père présumé⁵⁵², entre parent et grand-parent⁵⁵³). En second lieu, le conflit peut surgir entre les intérêts opposés d'un adulte et d'un enfant, par exemple dans le cadre de la problématique de l'accès aux origines⁵⁵⁴ ou s'agissant de l'établissement ou de la rupture d'un lien de filiation⁵⁵⁵. Mais l'opposition peut concerner, en troisième lieu, les droits de plusieurs familles protégées au titre de la Convention (par ex. la famille d'accueil et la famille adoptive⁵⁵⁶ ou la famille d'accueil et la famille d'origine⁵⁵⁷).

B. Les conflits « interpersonnels » confrontant les droits tirés de l'article 8 à des droits découlant d'autres dispositions conventionnelles

⁵⁴⁸ Dans le même paragraphe, la Cour précise aussi qu'« il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des "droits et libertés" qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti ».

⁵⁴⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 305.

⁵⁵⁰ F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 626.

⁵⁵¹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007.

⁵⁵² Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012 et Cour eur. dr. h., arrêt *Kautzor c. Allemagne* du 22 mars 2012.

⁵⁵³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 10 novembre 2009 et Cour eur. dr. h., arrêt *Lyubenova c. bulgarie* du 18 octobre 2011.

⁵⁵⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

⁵⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006.

⁵⁵⁶ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Moretti et Benedetti* du 27 avril 2010.

⁵⁵⁷ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Kopf et Liberda c. Autriche* du 17 janvier 2012 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kearns c. France* du 10 janvier 2008 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Glesmann c. Allemagne* du 10 janvier 2008.

242. Le droit au respect de la vie privée et familiale peut entrer en conflits avec les droits tirés par d'autres dispositions conventionnelles.

243. Le cas *le plus courant* est sans doute celui dans lequel le droit au respect de la vie privée d'une personne se trouve en conflit avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. La grande chambre a ainsi affirmé dans son arrêt *Axel Springer c. Allemagne* du 7 février 2012 aux que la Cour pouvait « être amenée à vérifier si les autorités nationales ont ménagé un juste équilibre dans la protection de deux valeurs garanties par la Convention et qui peuvent apparaître en conflit dans certaines affaires : à savoir, d'une part, la liberté d'expression telle que protégée par l'article 10 et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée tel que garanti par les dispositions de l'article 8 » (§ 84) (voy. *infra* n° 621). Elle a souligné, dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* n° 2, daté du même jour, que « dans des affaires [...] qui nécessitent une mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression, [...] l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, ces droits méritent a priori un égal respect [...] » (§ 106) (voy. *infra* n° 614).

244. Mais le droit au respect de la vie privée et familiale se confronte *également parfois* au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion garanti par l'article 9 et à la liberté d'association garantie par l'article 11 de la Convention. L'affaire *Obst c. Allemagne* offre à cet égard un édifiant exemple puisque la question qui se posait dans cette affaire relative au licenciement d'un employé de l'Eglise mormone en raison de son comportement adultère était celle de l'adéquation de « la mise en balance effectuée par les juridictions du travail allemandes [du droit du requérant au respect de sa vie privée] avec le droit de l'Eglise mormone découlant des articles 9 et 11 » (§ 43)⁵⁵⁸ (voy. *infra* n° 672). En outre, le droit au respect de la vie privée peut venir en concours avec la garantie du droit à la vie garantie par l'article 2 de la Convention. Ainsi, tout en prenant acte des hésitations manifestée par la Cour quant à la question du début de la vie, on peut relever que, dans son arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011, la Cour a expressément présenté la problématique de l'avortement comme un conflit de droits en exposant que « la plupart des Etats contractants ont résolu le conflit entre les droits concurrents du fœtus et de la future mère dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à l'avortement » (§ 186) (voy. *infra* n° 949).

§ 2. Les conflits entre les droits d'un même individu : la renonciation aux droits fondamentaux

245. Les conflits de droit « internes »⁵⁵⁹ ou « intrapersonnels »⁵⁶⁰ sont des conflits de droits qui ne concernent qu'un seul et même individu. Ils correspondent aux situations dans lesquelles celui-ci entend, au nom de son droit à l'autonomie personnelle garanti par l'article 8, poser des choix portant atteinte à ses autres droits conventionnels et, partant, renoncer à ou disposer de certains de ses droits fondamentaux⁵⁶¹. Dans pareille hypothèse, l'individu entend se débarrasser de la protection des droits fondamentaux (considérée alors comme une forme de paternalisme d'Etat), pour s'adonner à des activités qui tout en lui procurant un « bien » qui correspond à l'exercice d'un droit fondamental (très souvent le droit à l'autonomie personnelle) induisent aussi, en sens inverse, une atteinte aux droits fondamentaux (comme le droit à la vie ou

⁵⁵⁸ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014.

⁵⁵⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 307.

⁵⁶⁰ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux ...*, *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 278.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 278.

l'interdiction des traitements inhumains et dégradants)⁵⁶². Ainsi, le droit au respect de la vie privée « ne cesse de prétendre jouer le rôle de “méta-droit” à l'autonomie en général » et on peut penser qu'il « servira de plus en plus, à l'avenir, de justification aux renonciations, tel un droit général à la renonciation aux autres droits »⁵⁶³. Dans le prétoire strasbourgeois, de tels conflits « internes » ou « intrapersonnels » impliquent une « confrontation du droit limité et de l'obligation étatique de protéger un autre des droits fondamentaux du requérant »⁵⁶⁴. Cette confrontation ne manque assurément pas d'intérêt car « l'arbitrage réalisé est révélateur du droit considéré comme prédominant dans la situation particulière »⁵⁶⁵.

246. L'idée qu'il serait possible de renoncer à ses droits fondamentaux ou d'en disposer paraît, à première vue, contredire le principe suivant lequel les droits fondamentaux sont inaliénables⁵⁶⁶. Toutefois, l'idée d'une non-renonçabilité ou d'une indisponibilité absolue des droits fondamentaux a rapidement été remise en question en raison du soupçon qui point chaque fois que les autorités étatiques prétendent désigner « ce qui est considéré comme meilleur pour la personne, à l'encontre même de son autonomie personnelle »⁵⁶⁷. La Cour européenne elle-même a d'ailleurs pu affirmer expressément la possibilité pour les individus de renoncer aux droits qui leurs sont garantis par la Convention⁵⁶⁸. Ainsi a-t-elle pu, par exemple, affirmer, à propos de l'article 6, que « ni la lettre ni l'esprit [cette disposition] n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable de manière expresse ou tacite, mais que pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important »⁵⁶⁹.

247. On ne peut cependant envisager la disposition ou la renonciation aux droits garantis qu'avec une extrême circonspection. En effet, pareille option ouverte à l'individu ressortit, au moins dans une certaine mesure, à la logique du marché qui, flattant la liberté des individus, peut « sous la bannière trompeuse de l'autonomie » contribuer « à aggraver leur aliénation »⁵⁷⁰. En d'autres termes, si la possibilité de renoncer aux droits ou de disposer des droits élargit à première vue la liberté de l'individu, elle peut se constituer en menace lorsqu'elle procède d'une forme de « réification » du droit fondamental transformé en valeur négociable soumise au mécanisme de l'offre et de la demande⁵⁷¹. Il y a là, manifestement, un excès des théories déployées par des penseurs tels que Jeremy BENTHAM ou John Stuart MILL suivant lesquelles il existe des actes « self-regarding » soit des « actes qui n'intéressent que leur auteur » et « l'intervention de l'Etat ne trouve à se justifier que dans la mesure où, au contraire, [des] actes entrent en conflit avec la liberté d'autrui »⁵⁷².

248. Ainsi de nombreux auteurs affirment-ils, à juste titre, selon nous, dans le sillage des théories jusnaturalistes et de l'idéalisme kantien, que « les droits et libertés fondamentaux ne constituent pas seulement des droits subjectifs mais expriment également un ensemble de principes objectifs, un ordre objectif de valeurs »⁵⁷³. De cette nature hybride – entre *droit*

⁵⁶² F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-40.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁶⁴ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux ...*, *op. cit.*, p. 278.

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 39.

⁵⁶⁷ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux ...*, *op. cit.*, p. 280.

⁵⁶⁸ Cour eur. dr. h., arrêt Schüth c. Allemagne du 2^e septembre 2010, § 71.

⁵⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Övüs c. Turquie du 13 octobre 2009, § 49.

⁵⁷⁰ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 40-41.

⁵⁷¹ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and state paternalism under the European Convention on Human Rights », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, p. 481.

⁵⁷² O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 847.

⁵⁷³ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 160.

subjectifs et *droit objectif* – découle la nécessité de rechercher constamment un équilibre acceptable entre la liberté de l'individu d'éventuellement renoncer à ses droits fondamentaux, et la protection des valeurs fondamentales qu'incarnent les droits de l'homme. Il conviendra dès lors à tout le moins de s'interroger sur les conditions propres à garantir, si l'on accepte le principe d'une renonciation à un droit déterminé, le caractère libre et éclairé du consentement exprimé⁵⁷⁴. On peut déjà noter à cet égard que dans son arrêt de grande chambre *Refah Partisi c. Turquie* du 13 février 2003, la Cour a affirmé que « l'Etat a l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, et sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention » (§ 119).

A. Les conflits « intrapersonnels » au sein de l'article 8

249. Il est possible pour l'individu de manifester son autonomie personnelle en renonçant à certains droits ressortissant au champ de protection de l'article 8.

250. En premier lieu, le fait pour un individu d'embrasser une carrière de fonctionnaire ou une carrière à coloration religieuse pourra impliquer qu'il accepte des restrictions à ses droits conventionnels tirés de l'article 8. Dans son arrêt *Ozpinar c. Turquie* du 19 octobre 2010 la Cour a rappelé qu'elle avait « déjà considéré comme légitime de soumettre les membres de la fonction publique ou les magistrats, en raison de leur statut, à une obligation de réserve au regard de l'article 10 de la Convention [...] ou de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses, au regard de l'article 9 [...] » et affirmé que « ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 8 de la Convention [et que] les devoirs déontologiques d'un magistrat peuvent empiéter sur sa vie privée, lorsque par son comportement – fût-il privé –, le magistrat porte atteinte à l'image ou à la réputation de l'institution judiciaire » (§ 71). Dans l'arrêt *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, la Cour a affirmé que « le requérant, en signant son contrat de travail, a accepté un devoir de loyauté envers l'Eglise catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée. De telles limitations contractuelles sont autorisées par la Convention si elles sont librement acceptées » (§ 71)⁵⁷⁵.

251. En second lieu, il est possible de renoncer à des parcelles de son droit au respect de la vie privée en acceptant de s'exposer médiatiquement ou en levant la confidentialité normalement attachée à certaines données personnelles. Pareille possibilité apparaît, par exemple, *a contrario*, dans un arrêt *M.S. c. Suède* du 27 août 1997, où il a été affirmé par la Cour qu'« on ne saurait inférer de [l'attitude de la requérante] que, pour ce qui est de son dossier médical auprès du service de gynécologie, elle eût renoncé d'une manière non équivoque au droit au respect de sa vie privée » (§ 31).

⁵⁷⁴ Voy. O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », CRIDHO Working Paper Series, 1/2005, (<http://cridho.uclouvain.be/fr/>) ; O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and state paternalism ... », *op. cit.*, pp. 481-508 ; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 38-49.

⁵⁷⁵ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, § 50 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014, § 87. La Commission avait d'ailleurs déjà pu retenir pareille solution dès la fin des années 80 dans une décision *Rommelfanger c. Allemagne* où elle avait d'ailleurs précisé que les abandonnements consentis sur le terrain de l'article 10 de la Convention ne pouvaient être considérés comme une renonciation au droit conventionnel en tant que tel. Dans l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, la Cour a relevé que « l'intéressée ne saurait passer pour avoir expressément renoncé, à la date de signature de son contrat de travail, à son droit de manifester sa conviction religieuse en refusant de prendre part à la formation d'unions civiles, l'obligation en cause n'ayant été créée par son employeur qu'ultérieurement » (§ 106). Voy. aussi, dans l'opinion en partie dissidente commune aux Juges VUČINIĆ et DE GAETANO et à propos d'un autre requérant, l'affirmation suivant laquelle « la raison qui explique l'absence de violation de l'article 9 à l'égard du quatrième requérant est qu'il avait effectivement abandonné ou renoncé à son droit d'invoquer l'objection de conscience lorsqu'il a volontairement accepté cet emploi ».

B. Les conflits « intrapersonnels » entre droits différents

252. Il se conçoit également qu'un individu abandonne au titre de l'article 8 les droits qu'il tire d'autres dispositions conventionnelles. Cette hypothèse trouve ses expressions les plus frappantes dans l'éventualité d'une renonciation par l'individu au droit à la vie (art. 2) ou à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3). La question se pose ainsi, notamment, en matière de suicide assisté – où la revendication d'un droit de mourir se heurte à la protection conventionnelle du droit à la vie⁵⁷⁶ – ou en matière de sadomasochisme – où la liberté sexuelle entre en conflit avec l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants⁵⁷⁷.

253. Le contentieux strasbourgeois de la fin de vie pose la question de la prévalence de la garantie de l'autonomie personnelle sur la protection de la vie. Dans l'arrêt *Haas c. Suisse* du , la Cour a ainsi considéré que les restrictions apportées à la possibilité de se procurer une substance létale se justifiaient non seulement par égard à la nécessité de la protection « de la santé, la sûreté publique et la prévention des infractions pénales », mais également afin de « protéger notamment toute personne d'une prise de décision précipitée » et de « prévenir des abus, notamment d'éviter qu'un patient incapable de discernement obtienne une dose mortelle » de la substance considérée.

254. Le contentieux du sadomasochisme pose la question d'une éventuelle prévalence de l'autonomie sexuelle sur l'interdiction de la torture laquelle se voit pourtant *a priori* reconnaître un caractère absolu. Dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* rendu par la Cour le 17 février 2005, l'ensemble du raisonnement est fondé sur la volonté individuelle de la victime. Les deux hommes qui officiaient ne s'étaient ainsi pas arrêtés quand avaient été prononcés les mots « stop » et « pitié » dont il avait été convenu qu'ils mettraient un terme à l'opération. La poursuite des pratiques après que la victime ait manifesté ne plus y consentir est ce qui justifie aux yeux de la Cour que la Belgique ne soit pas condamnée au titre des poursuites diligentées à l'encontre des deux hommes. Frédéric KRENC a estimé à propos de cet arrêt que l'exercice du droit au respect de la vie privée « ne peut, comme en l'espèce, conduire à la commission délibérée d'actes portant dangereusement atteinte à l'intégrité physique d'autrui, motivés par le seul plaisir de jouir de sa souffrance et fondés sur la volonté d'humilier, d'avilir, voire de torturer. De tels actes ne peuvent être couverts par le consentement de la victime »⁵⁷⁸. Semblablement, Thierry MACHEFERT constate que le droit à l'autonomie personnelle découvert dans le cadre de l'affaire *Pretty* aboutit « à une seule détermination de l'autonomie qui se trouve être le consentement de la victime » et induit la possibilité douteuse de garantir au titre des droits de l'homme « le droit à une forme objective de torture »⁵⁷⁹.

Sous-section 4. L'article 12

⁵⁷⁶ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Ed. de l'ULB, 2001.

⁵⁷⁷ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, sp. § 45 et arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, sp. § 85.

⁵⁷⁸ On retrouve ici l'idée que l'intensité de la renonciation est l'un des éléments susceptibles de conduire à son inacceptabilité. Cet auteur poursuit en soulignant que « d'aucuns regretteront à cet égard que la motivation de l'arrêt annoté porte, pour l'essentiel, sur la réalité de ce consentement que la Cour européenne juge, quoi qu'en disent les requérants, absent en l'espèce. Aucune référence n'est ainsi faite au principe de dignité de la personne humaine. Or, celui-ci prévaut sur la liberté sexuelle, nul n'étant admis à renoncer à sa dignité » (F. KRENC, « Sadomasochisme, liberté sexuelle et dignité de la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 331).

⁵⁷⁹ T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? ... », *op. cit.*, p. 38.

255. La possibilité de limiter les droits garantis est exprimée dans l'article 12 de la Convention d'une manière fort différente des possibilités de limitations visées au paragraphe 2 des articles 8 à 11. Ainsi la Convention reconnaît-elle le droit de se marier et de fonder une famille « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Cette formulation confère assurément une marge de manœuvre importante aux Etats parties. Cela étant, il ne se prête pas à une lecture strictement littérale dès lors que pareille lecture viderait cette disposition de toute effectivité⁵⁸⁰.

256. La teneur des restrictions possibles au droit de se marier est quelque peu précisée dans l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987 aux termes duquel « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il "obéit aux lois nationales des États contractants", mais "les limitations en résultant ne doivent pas (...) restreindre ou réduire" le droit en cause "d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même" (arrêt *Rees* du 17 octobre 1986, série A no 106, p. 19, § 50). Dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, ces "limitations" apparaissent comme autant de conditions et figurent dans des règles soit de forme, soit de fond. Les premières portent notamment sur la publicité et la célébration du mariage ; les secondes ont trait surtout à la capacité, au consentement et à certains empêchements » (§ 32).

Sous-section 5. La porosité des frontières

257. On peut se demander si, en réalité, toute limitation par l'Etat des libertés individuelles ne peut pas *a priori* se revendiquer de l'ensemble des types de justification que l'on va présenter ici. L'interdiction du suicide assisté, par exemple, ne peut-elle pas se lire comme traduisant à la fois la volonté de protéger la personne contre elle-même ; la volonté de protéger d'autres personnes plus vulnérables ; la volonté de protéger la santé ; et la volonté de protéger la morale ? La détermination par la Cour des motifs pertinemment invoqués par l'Etat situe le débat *soit* dans une approche centrée sur les prérogatives régaliennes incontestées de l'Etat ; *soit* dans une approche centrée sur les valeurs ; *soit* enfin dans une approche centrée sur les droits individuels. Il y aurait là une sorte de « plasticité » du contentieux européen des droits de l'homme.

§ 1. La frontière entre morale et tradition

258. La frontière entre morale et tradition n'est pas nécessairement facile à tracer. Certes, on a pu mettre en évidence à cet égard un certain « clivage sectoriel » au sens où la morale paraît essentiellement associée, dans la jurisprudence de la Cour, aux questions posées par la sexualité et le début et la fin de la vie humaine tandis que la tradition y concerne *a priori* davantage les conceptions majoritaires relatives aux relations familiales. Cependant, il se trouve des hypothèses dans lesquelles des interactions existent entre les exigences supposées de la morale et des traditions. Ainsi, dans l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* la Cour a-t-elle affirmé que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46). De même, dans *Hamalainen c. Finlande*, la Cour a-t-elle exposé que la

⁵⁸⁰ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 550.

revendication du maintien du lien matrimonial par-delà le changement de sexe d'un des époux « soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates ». Dans une zone jurisprudentielle *a priori* dominée par les références à la famille traditionnelle, la Cour opère donc aussi ponctuellement des renvois à l'éthique et à la morale (quoi qu'essentiellement pour accroître la marge d'appréciation de l'Etat). En sens inverse, on peut relever la prise en considération de la question des « dommages aux structures familiales » que peut impliquer l'inceste entre frères et sœurs – dans *Stübing c. Allemagne* – ou des « relations familiales atypiques » que peuvent induire les techniques de procréation assistées – dans *S.H. et autres c. Autriche*. Alors que les champs de la sexualité et de la procréation sont des terrains largement investis par les considérations liées à la morale, la Cour y renvoie donc exceptionnellement à la famille traditionnelle, potentiellement menacée par des dommages infligés à ses structures ou le surgissement de familles atypiques. Ces interactions ne sauraient surprendre dans un contexte où l'invocation de la morale, comme celle de la tradition, ressortissent à une certaine forme de « résistance » à certaines évolutions sociales au titre de valeurs majoritairement partagées au sein de la société.

§ 2. La frontière entre les justifications objectives et les justifications subjectives

259. Une certaine accointance peut aussi se manifester entre certains intérêts étatiques « objectifs » et « subjectifs ». En particulier, la frontière est parfois floue entre protection de la santé et protection de la morale, de même qu'est parfois ténue la différence entre protection de la famille traditionnelle et bien-être socio-économique.

A. La frontière entre protection de la morale et protection de la santé

260. Un examen superficiel de la prise en considération par la Cour de l'invocation de la morale par les Etats défendeurs semble rendre en premier lieu compte de ce que ce motif est depuis l'origine pratiquement toujours étroitement connecté à d'autres motifs prévus au paragraphe 2 de l'article 8 tandis que sa présence dans le contentieux de la vie privée est circonscrite à des champs jurisprudentiels déterminés au sein desquels elle demeure en tout état de cause elliptique.

261. Dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown*, relative à la répression pénale de pratiques sadomasochistes consensuelles, la Cour a relevé que « la Commission et les requérants [souscrivaient] à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle l'ingérence poursuivait un but légitime, à savoir "la protection de la santé ou de la morale", selon les termes du second paragraphe de l'article 8 ». Cependant, dans cette affaire, la Cour a finalement conclu à la légitimité de l'ingérence étatique sous l'angle de la protection de la morale sans rechercher si elle aurait également été justifiée sous l'angle de protection de la morale, étant entendu que « ce constat [ne devait] [...] pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'Etat de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale » (voy. *infra* n° 583)⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Voy. aussi l'opinion concordante du juge RESS (ralliée par le juge KURIS) adjointe à l'arrêt *Odièvre c. France* et suivant laquelle « dans la poursuite de l'intérêt général, l'Etat peut prendre en considération, selon l'article 8 § 2, la protection de la vie après la conception pour des raisons de morale générale, de santé ou de démographie » (§ 3).

B. La frontière entre protection de la famille traditionnelle et bien-être socio-économique

262. L'accointance possible entre la protection de la famille traditionnelle et le bien-être socio-économique du pays paraît particulièrement bien mise en évidence dans l'opinion séparée du juge THÓR BJÖRGVINSSON adjointe à l'arrêt de grande chambre *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008.

Selon lui, « l'institution du mariage est étroitement liée à l'idée de la famille – soit un homme, une femme et leurs enfants – comme étant l'un des fondements de la structure sociale, non seulement au Royaume-Uni mais aussi dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe ». Sur ce fondement repose « tout un ensemble de règles juridiques, de caractère privé ou public, a vu le jour au fil du temps. Ces règles concernent la conclusion du mariage et de droits et obligations réciproques entre époux pour les questions personnelles aussi bien que financières (notamment la succession), et les droits et obligations des époux à l'égard de leurs enfants, le cas échéant, ainsi que dans le domaine fiscal (y compris des droits de succession) ou encore de la sécurité sociale ». Cela étant, observe-t-il, « dans nombre d'Etats membres, petit à petit et à l'initiative surtout du législateur national, l'applicabilité de ces règles ou de règles semblables a été étendue à des formes de relations autres que celles relevant traditionnellement du mariage au sens juridique strict, c'est-à-dire aux partenariats civils (même formés de deux membres du même sexe) ; le législateur a ainsi répondu aux nouvelles réalités sociales et à l'évolution des valeurs morales et sociales ». Ce mouvement d'expansion de l'applicabilité des règles doit être appréhendé, ajoute-t-il encore, avec une certaine prudence. Ainsi, il conviendrait de « garder à l'esprit que chaque pas dans cette direction, aussi positif qu'il puisse paraître du point de vue de l'égalité des droits, peut avoir des conséquences notables et profondes sur la structure sociale de la société, ainsi que des conséquences juridiques, en l'occurrence sur la sécurité sociale et le système fiscal des pays concernés » (voy. *infra* n° 697).

§ 3. La frontière entre les intérêts collectifs et les intérêts individuels

263. Par-delà cette association ponctuelle d'intérêts étatiques objectifs et subjectifs participant d'une manière de « sécularisation » du contentieux strasbourgeois, il peut surtout être fait état d'une grande porosité de la frontière entre intérêts collectifs et individuels. Selon Marie-Bénédicte DEMBOUR, l'opposition entre intérêt individuel et intérêt collectif ne constituerait ainsi qu'une « dichotomie fallacieuse » dès lors que, généralement, derrière l'intérêt d'un individu se lit aussi un intérêt collectif comme derrière un intérêt collectif on trouve souvent l'intérêt d'individus⁵⁸². Dans ce contexte, on peut mettre en évidence, de manière générale, un « redéploiement » du contentieux sur le terrain spécifique des conflits de droits (A) et, exceptionnellement, l'hypothèse inverse de la « reconfiguration » d'un droit individuel en intérêt collectif (B).

A. La « subjectivisation » des intérêts collectifs

⁵⁸² M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights*, *op. cit.*, pp. 95-102. Selon Steven GREER, « the precise character of “collective interests” is controversial in political and legal theory. For some they are merely the summation of individual rights, but others see them as “non-distributable” interests which can only be held in common. Alexy maintains that constitutional principles can contain either rights or collective goals. The Convention, however, distinguishes sharply between rights and collective goods » (S. GREER, « “Balancing” and the European Court of Human Rights ... », *op. cit.*, p. 418).

264. La plupart des intérêts susceptibles de justifier des restrictions aux droits concourent eux-mêmes de manière plus ou moins directe ou indirecte au respect, à la protection ou au développement des droits. Ainsi Marie-Joëlle REDOR-FICHOT souligne que, par exemple, de nombreuses restrictions à la liberté individuelle peuvent être justifiées par égard au droit fondamental à la sécurité de chacun et évoque, à ce propos, un véritable brouillage de « la frontière entre droits des gouvernés et ordre public »⁵⁸³. La plupart des finalités poursuivies par l'autorité publique peuvent donc se lire d'une manière ou d'une autre comme participant – précisément – à la protection ou à la mise en œuvre des droits et libertés individuels.

265. Tel est en premier lieu le cas des intérêts étatiques que nous avons appelés « objectifs ». Ainsi dans un arrêt *Bulgakov c. Ukraine* du 11 septembre 2007, la Cour a procédé à un « glissement » du souci étatique de « la notion de langage officiel » aux « droits subjectifs de ceux qui parlent cette langue ». Selon la Cour, « dans la plupart des cas, il peut être accepté qu'une mesure ayant pour objet de protéger et de promouvoir une langue nationale correspond à la protection des “droits et intérêts des autres”, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention » (§ 43).

266. Le procédé concerne aussi les intérêts étatiques que nous avons appelés « subjectifs ». On se souvient à cet égard que dès l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, la Cour a relevé qu'« il [apparaissait] [...] assez artificiel en l'occurrence d'établir une distinction rigide entre la protection “des droits et libertés d'autrui” et celle “de la morale” ». Ainsi, a continué la Cour, « la seconde peut impliquer la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble [...], mais également englober – le Gouvernement le relève – la défense des intérêts et du bien-être moraux d'une fraction donnée de celle-ci, par exemple les écoliers [...]. Quand il s'agit des intérêts et du bien-être moraux de personnes ou catégories de personnes appelant une protection spéciale pour des raisons telles qu'immaturation, débilité mentale ou état de dépendance, la protection “des droits et libertés d'autrui” se ramène donc à un aspect de celle “de la morale” [...]. Partant, la Cour pendra en compte les deux buts sur cette base » (§ 47).

267. Il apparaît alors que l'explosion des conflits de droits n'est pas seulement imputable à l'extension du champ d'application des droits et à l'approfondissement des obligations étatiques, mais aussi à un souci « rhétorique » dès lors que « pour bien “vendre” les limitations aux droits et libertés – à destination de l'opinion publique ou du juge –, mieux vaut aujourd'hui faire apparaître en toute clarté et sans le détour des valeurs policières ou collectives classiques, que ces limitations aux droits et libertés sont nécessaires, et même indispensables, à la protection d'autres droits et libertés »⁵⁸⁴. Sébastien VAN DROOGHENBROECK évoque, à cet égard, une « entreprise de “traduction-requalification” » ou « un changement de “stratégie marketing” » lié à la circonstance que « les valeurs au nom desquelles, classiquement, on entendait limiter les droits et libertés ne font plus recette »⁵⁸⁵.

268. Il est permis de voir dans cette « concentration » ou la « polarisation » autour de l'objectif de « protection des droits et libertés d'autrui » et dans la « reconfiguration » corrélative du contentieux strasbourgeois des droits de l'homme autour des conflits interindividuels l'indice d'une évolution de la perception des fonctions de l'Etat dans le chef de la Cour.

⁵⁸³ Il s'ensuit à ses yeux qu'« alors que les droits de l'homme visaient à protéger les individus de l'oppression, les droits fondamentaux peuvent être utilisés pour construire un monde à la Orwell » (M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 96).

⁵⁸⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 307.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 307-308.

A cet égard, le « recalibrage » des litiges sur le modèle des conflits de droits paraît alors s'inscrire dans le droit fil de la philosophie libérale de l'anglais John Stuart MILL, incarnée dans le « *harm to others principle* », suivant lequel la liberté individuelle ne peut être légitimement restreinte que par référence à l'interdiction de causer un mal à autrui. Au titre dudit principe, « l'intervention de l'Etat ne trouve à se justifier que dans la mesure où [des] actes entrent en conflit avec la liberté d'autrui »⁵⁸⁶. Ainsi, la liberté s'arrêterait là où commence celle d'autrui et la protection des intérêts d'autrui serait alors la seule limite que l'Etat peut légitimement poser aux droits individuels⁵⁸⁷.

En ce sens, Jean-Louis RENCHON observe que le rôle attribué à l'Etat est de plus en plus appréhendé sur le mode préconisé pour l'activité économique par Adam SMITH : « une neutralité bienveillante qui permet et préserve la liberté (abstraite) de chacun et l'égalité (abstraite) de tous »⁵⁸⁸. De même Nicole GALLUS considère-t-elle que la fonction du droit a profondément évolué et qu'il est appelé à jouer un rôle de nature plus subsidiaire consistant en premier lieu à arbitrer les conflits qui peuvent se nouer entre les intérêts concurrents des individus, à la lumière des principes directeurs d'égalité et de prééminence de l'intérêt de l'enfant⁵⁸⁹.

269. Il n'est certainement pas possible d'affirmer que l'ensemble des causes de justification visées au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention ont vocation à être absorbées par l'unique référence faite à « la protection des droits et libertés d'autrui ». Il n'empêche que le mouvement n'est pas anodin et traduit une remise en cause des objectifs classiquement poursuivies par l'Etat et susceptibles de justifier des restrictions aux droits. Les Etats ont pris acte de cette évolution et tendent à présenter, autant que possible, les objectifs assignés à leurs politiques sous les atours favorables de la protection des droits et libertés des autres.

B. La « collectivisation » des intérêts individuels

270. Cette tendance à la « traduction-requalification » des motifs classiques de restriction des libertés en droits individuels appréhendables par le prisme de la clause de protection des droits et libertés d'autrui n'est pas strictement univoque. Ainsi, à une occasion au moins, la Cour a en quelque sorte « dégradé » un droit individuel en intérêt général.

C'est dans l'affaire *Van der Heijden c. Pays-Bas* que la grande chambre a pris le parti de mettre en œuvre cette surprenante option. Alors qu'était en cause l'obligation de témoigner en matière pénale imposée à une concubine et que l'affaire se présentait *prima facie* comme mettant en cause, d'un côté, le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante et, de l'autre côté, l'intérêt public lié à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, la Cour a estimé que l'affaire mettait en cause « deux intérêts généraux concurrents, à savoir, d'une part, la poursuite des infractions graves et, d'autre part, la protection de la vie familiale contre les ingérences de l'Etat (§ 62). Il est assurément très étonnant que la Cour ait de la sorte qualifié expressément d'« intérêt général » la protection de la vie familiale.

Ce choix posé par la Cour a suscité l'ire de juges dissidents qui dans leur opinion jointe à l'arrêt ne se sont pas privés de le critiquer très vivement. A leur estime, « la Cour fonde [...] son raisonnement sur un point de départ qui [...] paraît erroné dans la mesure où il néglige la structure du droit en jeu, garanti par la Convention. Au regard de l'article 8, elle estime, en effet, que la présente affaire met en cause deux intérêts concurrents, à savoir, d'une part, l'intérêt de la

⁵⁸⁶ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 847.

⁵⁸⁷ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸⁸ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions ... », *op. cit.*, p. 152.

⁵⁸⁹ N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *op. cit.*, p. 4.

protection de la vie familiale contre les ingérences de l'Etat et, d'autre part, l'intérêt de la poursuite des infractions graves, tous deux étant importants au regard du bien commun (paragraphe 62 de l'arrêt). Cette présentation est tout simplement contraire à l'esprit et la lettre de l'article 8 de la Convention. Le respect de la vie familiale n'est pas seulement un intérêt mais un droit garanti par l'article 8 § 1. La prévention des infractions pénales est, quant à elle, un intérêt qui figure parmi les exceptions à la jouissance du droit déterminées par l'article 8 § 2 » (§ 6).

Synthèse de la section 1

271. Nous avons cherché à mettre en exergue, dans le cadre de cette première section, une tripartition des raisons qui peuvent amener l'Etat à imposer légitimement des restrictions aux droits individuels dans le domaine du droit de la personne et de la famille : les motifs objectifs (sécurité, économie, santé, migrations, administration et prééminence du droit) ; les motifs subjectifs (les valeurs : la morale et les traditions) ; les conflits de droits (la limitation des droits des individus par leur confrontation aux droits de tiers ou à leurs propres droits). Alors que la légitimité de principe des motifs objectifs de limitation aux droits s'impose comme un élément de constance dans la jurisprudence de la Cour, il est possible de mettre en exergue d'une part, les turbulences importantes (exclusion, évitement, dévalorisation, réhabilitation) qui affectent l'usage par le juge européen des valeurs subjectives exprimées dans les préférences de la majorité⁵⁹⁰ et, d'autre part, la forte montée en puissance de la figure du conflit entre droits individuels (qui tend à valider le parti pris libéral suivant lequel la protection des droits d'autrui est la seule raison valable pour limiter la liberté individuelle)⁵⁹¹.

272. Quoi qu'il en soit de ces tendances indéniablement observables dans le corpus jurisprudentiel strasbourgeois, force est d'en relativiser aussitôt l'importance au sens où en raison des multiples rapports d'échange et de coopération entre catégories de buts poursuivis par l'Etat, on observe une forme de « plasticité » de cet aspect du contentieux européen des droits de l'homme. Ici aussi, les frontières sont poreuses et on observe des chevauchements à la fois entre motifs objectifs et subjectifs de restriction aux droits (la morale et la santé ou la tradition et le bien-être économique) et entre intérêts collectifs et intérêts privés (essentiellement dans le sens d'une « subjectivisation » des intérêts collectifs). Rappelons qu'aux yeux de certains, distinguer entre les droits individuels et les buts poursuivis par l'Etat relèverait même de la « dichotomie fallacieuse »⁵⁹².

273. L'article 8, que nous avons déjà qualifié, dans le chapitre 1 de « matrice » et de « vortex », contribue à cet égard dans une large mesure à la domination conceptuelle de la figure du conflit de droit. Le droit à l'épanouissement personnel qui contient à la fois l'autonomie personnelle et le développement personnel tend à s'imposer comme un « méta-droit » investissant l'individu d'un pouvoir de disposition (éventuellement limité) à l'égard de ses propres droits⁵⁹³.

⁵⁹⁰ D'une certaine manière, ces hésitations renvoient à l'évocation par François RIGAUX de l'« érosion de l'adhésion collective aux valeurs traditionnelles » et du « transfert du consensus social sur des objectifs de rationalité économique » (F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, op. cit., p. 16).

⁵⁹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », op. cit., pp. 307-308.

⁵⁹² M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights*, op. cit., pp. 95-102).

⁵⁹³ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », op. cit., p. 42.

SECTION 2. LA NATURE DES MESURES ET ABSTENTIONS ÉTATIQUES POTENTIELLEMENT ATTENTATOIRES AUX DROITS GARANTIS

274. Toutes les mesures étatiques ne présentent pas le même potentiel d'atteinte aux droits garantis y compris lorsqu'elles ont vocation à poursuivre un même objectif. Les autorités étatiques ont à leur disposition une palette de méthodes et de moyens qu'il leur revient d'articuler soigneusement aux fins qu'elles entendent poursuivre. Toutes ces « méthodes » ou tous ces « moyens » ne s'appréhendent pas de la même manière en termes de droits de l'homme : il est possible de mettre en évidence tout un spectre de mesures étatiques, entre la contrainte par force et la simple suggestion. En somme, il serait possible de faire la différence entre un paternalisme étatique « fort » qui utiliserait la coercition pour imposer une conception déterminée de la vie bonne et un paternalisme « doux » qui mobiliserait des mécanismes d'encouragement ou de facilitation pour promouvoir ce même idéal⁵⁹⁴.

Ainsi, pour poursuivre les fins qu'il se donne, l'Etat peut-il déployer des moyens très différents. En premier lieu, il lui est loisible d'interdire et/ou d'imposer – bref, d'utiliser la coercition sous toutes ses formes – ce qui constitue la manifestation la plus ferme et directe de son intervention dans la vie sociale (**sous-section 1**). En second lieu, il peut mettre en œuvre des mécanismes plus diffus consistant à subsidier et/ou à reconnaître pour encourager certains comportements et valoriser certaines organisations (**sous-section 2**). Enfin, il appartient à l'Etat de régler les différends entre individus en régulant et de coordonner adéquatement leurs interactions (**sous-section 3**).

Nous examinerons successivement ces trois types d'attitudes étatiques dont le tryptique correspond dans une large mesure aux idéaux-types d'Etats qui ont pu être dégagés par OST et VAN DE KERCHOVE au titre des « métamorphoses de la souveraineté ». L'emploi de la coercition (interdire/imposer) renvoie ainsi à la figure de « l'Etat de puissance publique » ; l'utilisation d'incitants, matériels ou symboliques (subsidier/reconnaître) correspond à l'idée d'« Etat de service public » ; l'arbitrage des actions individuelles renverrait finalement à l'idéal-type de l'Etat comme « entremetteur »⁵⁹⁵.

Sous-section 1. La coercition

275. Le risque d'atteinte aux droits et libertés est le plus élevé quand l'Etat utilise la coercition sous toutes ses formes en se comportant alors comme un « Etat de *puissance* publique »⁵⁹⁶. Selon Françoise TULKENS, « le droit pénal n'a pas qu'une fonction symbolique de proclamation des valeurs ; le droit pénal est aussi le paradigme de l'usage de la contrainte dans

⁵⁹⁴ Le philosophe portugais Roberto MERRIL prend à cet égard l'exemple suivant : « Imaginons une personne sur le point de traverser un pont qui s'écroulera à son passage, dont on ne peut pas savoir si elle connaît le danger auquel elle s'expose. Un paternaliste doux dira qu'il est légitime d'empêcher la personne de traverser le pont afin de l'informer de l'état du pont. Mais si la personne veut malgré tout traverser le pont, afin par exemple de se suicider, le paternaliste doux la laissera traverser, une fois qu'il a la certitude qu'elle est bien informée. En revanche le paternaliste fort dira que, du moins parfois, il serait légitime d'empêcher la personne de traverser le pont même si elle est informée qu'il s'écroulera à son passage, qu'elle en a la volonté, et qu'elle décide librement de le faire » (R. MERRIL, « Comment un Etat libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », *Raisons politiques*, 2011, liv. 4, p. 26).

⁵⁹⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 142 et s.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 142.

une société et de la violence de et par l'Etat ». A ses yeux, « le droit pénal est un mal, il ne faut pas l'oublier, et son usage doit être limité ». Il s'agit d'une « *ultima ratio* »⁵⁹⁷.

Au regard du « pluralisme des morales »⁵⁹⁸, on s'interroge en particulier sur la possibilité pour l'Etat de choisir la voie de la coercition pour imposer des « idéaux moraux » ou empêcher des « choix répugnants »⁵⁹⁹. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné que « la mesure dans laquelle un Etat peut recourir à la contrainte ou au droit pénal pour prémunir des personnes contre les conséquences du style de vie choisi par elle est depuis longtemps débattue, tant en morale qu'en jurisprudence » et qu'à ses yeux « même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle, [...] l'imposition par l'Etat de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8 § 1, et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe » (§ 62).

Sous-section 2. Subsidier et reconnaître

276. L'Etat peut poursuivre les objectifs qu'il s'assigne en allouant des ressources matérielles et symboliques à certains (groupes d') individus. Avec l'avènement de l'Etat social (ou Etat-Providence ou Welfare State), la puissance publique se mue en « service public » et se conçoit comme le garant d'un « progrès social continu » ou le « tuteur » de la société⁶⁰⁰. Le cœur des politiques familiales « post-welfarists » revient à « accroître la liberté des personnes de poursuivre les buts qu'ils choisissent » tout en « [exerçant] le pouvoir de l'Etat subrepticement pour les influencer afin qu'ils choisissent des buts que l'Etat pense être dans leur intérêt ou dans celui de la communauté »⁶⁰¹.

§ 1. Subsidier

277. Les autorités peuvent veiller à encourager par des subsides, les comportements qu'elles estiment contribuer au bien commun. Les Etats sont donc libres de mettre en œuvre les différents mécanismes de perception et de distribution des ressources publiques (soit principalement la fiscalité et la sécurité sociale) d'une manière qui tend à encourager certains comportements plutôt que d'autres.

Dans un arrêt *Korosidou c. Grèce* du 10 février 2011, la Cour a ainsi notamment rappelé que « la promotion du mariage par l'octroi d'avantages limités au conjoint survivant ne peut [...] être considérée comme excédant la marge d'appréciation accordée à l'Etat défendeur » (§ 70). La grande chambre a aussi affirmé, dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, qu'en permettant à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper des enfants, le congé parental et l'allocation y

⁵⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », in *La liberté du consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, Paris, PUF, Coll. Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 2008, p. 20.

⁵⁹⁸ F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, op. cit., p. 177.

⁵⁹⁹ Selon Sandra FREDMAN, « bien que l'Etat puisse légitimement poursuivre des idéaux moraux par des moyens politiques, il ne peut utiliser la coercition pour éviter que les individus fassent des choix répugnants. La seule situation dans laquelle la coercition pourrait être justifiée est celle dans laquelle les choix répugnants causent un mal à autrui et, même dans ce cas, tous les usages de la coercition ne sont pas justifiés » (S. FREDMAN, *Human Rights Transformed*, op. cit., pp. 19-24) (traduction libre).

⁶⁰⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 143.

⁶⁰¹ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, op. cit., p. 21 (traduction libre).

afférente favorisent la vie familiale et ont nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci (§ 130).

En la matière, la pénétration du principe de non discrimination est potentiellement atténuée par l'ampleur des conséquences socio-économiques concernées⁶⁰². Cela étant, lorsque précisément, les enjeux financiers sont d'une ampleur limitée, la Cour peut aller jusqu'à inviter les Etats à prendre en charge le financement de pratiques qui ne font pas l'unanimité au sein de la société, mais participent au plein épanouissement des individus et ressortissent à la reconnaissance de leur dignité⁶⁰³.

§ 2. Reconnaître

278. La reconnaissance dont il est question ici correspond à la mobilisation par le législateur ou par le juge de la fonction « expressive » ou « symbolique » du droit⁶⁰⁴. A cet égard, la « reconnaissance » par l'Etat de certains choix individuels ou bien de certaines relations familiales à une valeur *en soi*, laquelle n'est d'ailleurs pas sans rappeler au niveau interne la reconnaissance par l'Etat d'un culte ou d'une fédération sportive ou d'une association culturelle (via l'attribution d'un quelconque « label ») voire, au niveau international, la reconnaissance par la communauté internationale d'un nouvel Etat en son sein.

La jurisprudence de la Cour a souvent mis en lumière cette fonction « expressive et symbolique » du droit. Dans un arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 relatif l'accès des couples de même sexe au partenariat civil, la grande chambre a affirmé que ce partenariat « [avait] en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait » et « [leur offrait] la seule occasion en droit grec d'officialiser leur relation en la revêtant d'une forme juridique reconnue par l'Etat » (§ 81).

En matière de relations parentales, la Cour a jugé – dans le récent *Mennesson c. France* – que le refus de reconnaître le lien juridique noué en Californie entre des parents d'intention et leurs jumelles nées par gestation pour autrui « [portait] atteinte à leur identité au sein de la société française » (§ 96). On se souvient aussi que dans le retentissant arrêt *Goodwin* relatif à la reconnaissance civile du changement de sexe, la Cour avait pris le parti d'ancrer sa décision de condamner le Royaume-Uni dans la nécessité « de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect » (§ 96).

On ne saurait le dire plus clairement : certains instruments ou certains statuts ont potentiellement une valeur « en soi » qui est « indépendante des effets juridiques, étendus ou restreints » qui leurs sont attachés et qui tient à la « reconnaissance officielle par l'Etat ». En outre, en rapprochant *Mennesson* et *Goodwin*, on comprend qu'aux yeux de la Cour pareille reconnaissance officielle est étroitement liée au concept d'identité et même de dignité.

Sous-section 3. Arbitrer

⁶⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011, §§ 58-59.

⁶⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007, § 59.

⁶⁰⁴ C.R. SUNSTEIN, « On the expressive function of law », *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, p. 2028.

279. Avec la crise de l'Etat-providence, on assiste à une troisième mutation de l'Etat. L'heure n'est plus à la puissance, ni au service, mais bien à « l'entremise »⁶⁰⁵. Ce déplacement vers un « Etat entremetteur » idéal-typique correspond, on l'aperçoit immédiatement, au glissement dont nous avons fait état qui amène le contentieux européen à se recomposer ou à se réagencer d'une manière qui met au premier plan les conflits entre droits individuels. C'est dans le cadre de tels conflits évidemment que l'Etat apparaît le plus directement comme arbitre des interactions des individus et des groupes qui constituent la société.

On peut alors à nouveau se poser la question de savoir jusqu'à quel point les Etats peuvent insuffler dans les rapports interindividuels un ordre de valeur auquel il est majoritairement souscrit au sein de sa société. Quelle est la latitude à laisser à un employeur privé pour imposer certains comportements au sein de son entreprise et sanctionner, le cas échéant, les directives considérées (voy. *Eweida et autres c. Royaume-Uni*) ? Quelle est la latitude à laisser à un testateur qui prétend opérer une répartition inégalitaire de sa succession entre ses héritiers en mobilisant un critère douteux (voy. *Pla et Puncernau c. Andorre*) ?

⁶⁰⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?* op. cit., p. 144.

Synthèse de la section 2

280. Parallèlement aux interrogations relatives aux domaines dans lesquels il est adéquat ou opportun que l'Etat intervienne, se noue un débat relatif à la façon dont les autorités étatiques poursuivent les objectifs qu'elles se donnent. Nous avons à cet égard identifié trois « modes d'intervention » : interdire et sanctionner ; subsidier et reconnaître ; arbitrer et coordonner. Globalement, il apparaît que l'Etat a perdu son statut d'« d'acteur central » recourant à la contrainte et est appelé à jouer plutôt un rôle d'« animateur discret » s'employant à coordonner les interactions privées. Dans le cadre de cette évolution, l'Etat a diversifié les modalités de son intervention dans la vie sociale⁶⁰⁶. L'Etat apprend la « modestie » et la « subsidiarité » alors que se trouve mise en question – par la force des identités singulières et par la mondialisation – sa pertinence comme organisateur principal des sphères politique, économique et symbolique⁶⁰⁷. Cette évolution ou cette mutation de l'Etat comme « acteur en quête de rôle », se traduit notamment dans la prise en considération par la Cour des moyens que les autorités nationales mettent au service des fins qu'elles poursuivent légitimement.

281. A cet égard, certaines modalités d'intervention paraissent entretenir des rapports d'affinité ou d'exclusion avec les objectifs étatiques. Ainsi, le recours à la coercition paraît être naturellement associé à la poursuite par l'Etat de sa mission sécuritaire. En quelque sorte, l'Etat ne pourrait mobiliser (légitimement) la contrainte et la force contre les individus que si et quand ceux-ci se proposent eux-mêmes d'utiliser de tels moyens à l'encontre de leurs semblables. Les mécanismes de subvention et de reconnaissance paraissent quant à eux particulièrement adéquats pour la poursuite de l'objectif de bien-être socio-économique. L'Etat devrait ainsi subventionner et reconnaître les comportements et les instances qui contribuent au bien-être de la société (par exemple, la culture et le sport, les sociétés poursuivant des buts non-lucratifs, le dynamisme entrepreneurial, les cultes ou ... les entités familiales durables et solidaires). Transversalement, l'Etat doit permettre l'arbitrage des différends par des instances notamment judiciaires. La question fondamentale qui se pose toutefois dans les sociétés postmodernes pluralistes est celle de savoir si l'Etat peut valablement mobiliser les moyens de contrainte (interdiction et sanction) ou de promotion (subvention et reconnaissance) pour protéger et encourager les comportements qui correspondent aux valeurs morales et aux traditions qui sont préférées par la majorité de la population.

282. Dans le contexte spécifique de l'application de l'article 8 de la Convention, la question est alors celle de savoir si le droit à l'épanouissement de la personnalité qui comprend à la fois un droit à l'autonomie personnelle et un droit au développement personnel permet à l'individu de déterminer ses propres préférences à un point tel que – quelles que soient celle-ci et sous réserve de ce que leur mise en œuvre ne produise aucun « mal » objectif pour autrui ou la société – les préférences de la majorité des individus formant la société ne pourraient lui être imposées par la contrainte ni même faire l'objet d'un traitement moins favorable en termes de subvention et de reconnaissance par l'Etat.

⁶⁰⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 145.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, pp. 152 et 155.

SECTION 3. LE POIDS DES INTÉRÊTS ÉTATIQUES

283. Suivant Jean DABIN, « entre les divers éléments du bien public [...], il existe une hiérarchie des valeurs : en principe, la paix et la sécurité, avec la juste ordonnance des rapports qu'elles supposent, répondent à une nécessité plus impérieuse que la coordination rationnelle des activités ou que les services publics d'aide ou de suppléance »⁶⁰⁸. Le spectre des intérêts invocables par l'Etat est large et les modalités suivant lesquelles il décide de les poursuivre sont multiples. Ainsi, la reconnaissance de ce que l'intérêt vanté par l'Etat est légitime au sens de la Convention et donc susceptible de justifier certaines actions ou certaines abstentions étatiques n'est qu'une première étape⁶⁰⁹. L'Etat ne jouit alors que d'une légitimité « *a priori* » ou « *prima facie* » qui doit être mesurée aux aspirations individuelles qu'il prétend restreindre. De la même manière que celles-ci, les intérêts étatiques revêtent un poids « abstrait » (**sous-section 1**) qu'il faut encore contextualiser en vue de sa mise en balance (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Le poids « abstrait » de l'intérêt étatique

284. De même que toutes les prérogatives individuelles protégées par la Convention ne revêtent pas une portée identique, les intérêts avancés par l'Etat au titre de soutien des mesures portant atteinte aux droits garantis n'ont pas tous la même signification ni le même poids. D.J. HARRIS *et alii* exposent ainsi que le poids des intérêts présentés par l'Etat défendeur au titre de justification de la limitation litigieuse peut varier est un élément à prendre en considération dans le cadre de la balance de proportionnalité⁶¹⁰. Cette variabilité du poids alloués aux motifs invoqués par l'Etat correspond à la conception, qui avait notamment pu être défendue par Jean DABIN, suivant laquelle il existe entre les différentes fonctions de l'Etat une « hiérarchie des valeurs » et certains champs d'action relèvent des prérogatives exclusives de l'Etat alors que dans d'autres il ne joue qu'un rôle subsidiaire⁶¹¹.

§ 1. La gradation pondérale des intérêts étatiques

285. Y aurait-il des intérêts étatiques à ce point essentiel qu'ils seraient susceptibles de justifier n'importe quelle restriction aux droits garantis ? En effet, si l'on pose la question de droits qui feraient l'objet d'une protection absolue au sens où aucun intérêt ne serait en mesure de les contrebalancer, il faut aussi s'interroger sur l'existence d'intérêts étatiques dont la poursuite pourrait justifier toute restriction aux droits garantis. La Cour a en tout cas pointé régulièrement certains aspects spécifiques de l'organisation du vivre-ensemble pour souligner qu'ils relevaient tout particulièrement des prérogatives de l'Etat.

286. Ponctuellement, la Cour a pu renvoyer à la notion de « noyau dur » de la souveraineté de l'Etat. Ainsi a-t-elle notamment affirmé, dans le contexte d'affaires concernant la protection

⁶⁰⁸ J. DABIN, *L'Etat ou le politique...*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁰⁹ Il est d'ailleurs rare que la Cour décide qu'une attitude reprochée à l'Etat ne poursuit pas un but légitime au sens de l'article 8 de la Convention. Voy. en ce sens: A. MCHARG, « Reconciling Human Rights and the Public Interest ... », *op. cit.*, p. 685 et D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 354 et s.

⁶¹⁰ Ils pointent quatre éléments à prendre en considération à cet égard : le poids de l'intérêt à protéger, l'objectivité de cet intérêt, la justiciabilité de cet intérêt et enfin la signification de l'interférence (D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 354 et s.).

⁶¹¹ J. DABIN, *L'Etat ou le politique...*, *op. cit.*, pp. 77-89.

d'informations secrètes, qu'il « n'appartient pas à la Cour de se substituer aux États parties à la Convention dans la définition de leurs intérêts nationaux, domaine qui relève traditionnellement du noyau dur de la souveraineté étatique »⁶¹². Dans son arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* de 1997, la Cour avait souligné que « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels ». Elle avait au demeurant affirmé dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, que la protection de la famille traditionnelle était un objectif « en soi légitime, voire méritoire » (§ 40). De même, dans *Evans c. Royaume-Uni*, la grande chambre a signalé que l'intervention du droit dans le champ de la procréation assistée était non seulement « légitime » mais également « souhaitable » (§ 84).

287. Conformément au « glissement » déjà évoqué depuis les justifications classiques fondées sur les intérêts supposés de la collectivité vers les intérêts privés concurrents au droit individuel dont la violation est alléguée devant le juge européen, l'Etat n'est peut-être jamais aussi légitime que quand il justifie son intervention par la défense des droits d'autrui (voy. *supra* n° 264 et s.). Pour autant qu'un lien suffisamment ferme puisse être établi entre la restriction incriminée et la nécessité de protéger un tiers ou les tiers, le litige se joue alors sous la forme d'un conflit de droits et, dans la perspective de la pesée des intérêts en cause, chaque droit peut être situé sur l'échelle graduée dont nous avons parlé au chapitre précédent (voy. *supra* n° 151 et s.). Dans le cadre de cette reconfiguration du contentieux européen des droits de l'homme, la défense de l'Etat bénéficie alors d'un poids plus ou moins important en fonction du droit individuel qu'il prétend défendre au moyen d'une restriction apportée aux droits du requérant.

Dans pareil contexte, l'Etat sera assurément en position de force s'il parvient à établir que le choix par lui opéré entre les droits en concours participe de la volonté de protéger l'une des valeurs cardinales de la Convention telles qu'elles sont notamment garanties par l'article 2 et l'article 3 de la Convention.

Prenons à cet égard l'exemple de l'arrêt *Odièvre c. France* dans le cadre duquel la Cour a affirmé, s'agissant du conflit entre le droit de l'enfant né sous x de connaître ses origines et celui de sa mère au respect de sa vie privée, que « l'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français » (§ 45). Opérant une remarquable assimilation ou agglomération d'intérêt général et d'intérêts particuliers, la Cour admet le lien entre la possibilité française d'accoucher sous x et le droit à la vie garanti par l'article 2, l'investissant par là-même d'un poids substantiel – qui se révélera déterminant – en vue de la balance des intérêts à opérer.

De même, dans les arrêts *C.R. c. Royaume-Uni* et *S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 relatifs à la rétroactivité de l'incrimination du viol entre époux peut-on déceler entre les lignes le poids très important alloué au droit garanti par l'article 3 de la Convention lorsque la Cour affirme que « le caractère par essence avilissant du viol est si manifeste qu'on ne saurait tenir le résultat des décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des lords – d'après lesquelles le requérant pouvait être reconnu coupable de tentative de viol quelles que fussent ses relations avec la victime – pour contraires à l'objet et au but de l'article 7 de la Convention, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, des condamnations ou des sanctions arbitraires » (*C.R.*, § 42 et *S.W.*, § 44).

⁶¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie* du 8 janvier 2013, § 110 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, § 137.

De la même manière, lorsque des conflits de droits mettent en cause des droits tirés de l'article 8 de la Convention, les considérations liées aux gradations pondérales internes à l'article 8 seront pertinentes et la mesure étatique litigieuse jouira le cas échéant de la position hiérarchique supérieure du droit individuel qu'il prétend protéger. Le gouvernement interne sera alors *a priori* bien positionné en vue du litige européen s'il peut se prévaloir de la volonté de protéger l'intégrité physique ou morale de la personne – qui correspond au « noyau dur » du droit au respect de la vie privée⁶¹³ – ou s'il est en mesure de raccrocher son intervention ou son abstention au souci de permettre la perpétuation d'une vie familiale existante – le fait d'« être ensemble » constituant le cœur de la vie familiale (comme en matière d'enlèvements d'enfants où le maintien de la vie familiale de l'enfant auprès d'un des parents se paie le plus souvent d'une rupture du lien avec l'autre⁶¹⁴). Il n'en n'ira pas différemment lorsque l'Etat se prévaut pour justifier une restriction apportée à la liberté individuelle de l'objectif de lutter contre les discriminations prohibées par la Convention comme par exemple dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni* soldée par un arrêt du 15 janvier 2013 (§ 106).

§ 2. La nature de la restriction

288. La Cour a affirmé, notamment dans son arrêt de grande chambre *Fernandez Martinez c. Espagne* du 14 juin 2014, qu'il y a lieu, pour appréhender une restriction aux droits et libertés garantis, d'avoir égard non pas seulement à la « finalité » de celle-ci, mais également à sa « nature » (§ 125). A cet égard, les différentes modalités d'intervention de l'Etat ne présentent pas toutes le même potentiel de risque pour les droits conventionnels. Erez ALONI souligne par exemple que l'absence de répression pénale des comportements sexuels paraît plus fondamentale que l'octroi d'avantages matériels ou la reconnaissance procurée par exemple par le mariage. Il se réfère à cet égard à John Stuart MILL pour qui la polygamie ne devait pas être poursuivie sans que le mariage polygame doive pour autant être ouvert⁶¹⁵.

A. La coercition

289. C'est assurément la coercition qui représente la plus grande menace pour les droits garantis par la Convention. La Cour attache donc, dans sa jurisprudence, une attention particulière à l'examen des affaires où l'Etat entend mettre en œuvre de tels moyens, quelles que soient les fins légitimes qu'il prétend poursuivre de la sorte.

On peut pointer à cet égard l'attention portée par la Cour aux affaires qui concernent l'emploi par l'Etat de la violence physique – comme dans *Labita c. Italie* (voy. *infra* n° 545) – et *a fortiori* de la force meurtrière – comme dans *McCann c. Royaume-Uni* ou *Giuliani et Gaggio c. Italie* (voy. *infra* n° 878). La Cour se montre également particulièrement vigilante quand l'Etat prétend recourir à la contrainte par exemple en imposant à un individu un traitement médical auquel il n'a pas consenti – comme dans *Jalloh c. Allemagne* (voy. *infra* n° 556) ou prétend s'immiscer d'autorité dans la vie privée des individus en mettant en œuvre des mesures de surveillance particulières ou générales – comme dans *Klass et autres c. Allemagne* et *Peck c. Royaume-Uni* (voy. *infra* n° 613). Le fait pour les autorités de l'Etat de rompre d'autorité des liens familiaux en extrayant un enfant de son milieu familial pour le confier à l'assistance

⁶¹³ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012, §§ 63-66.

⁶¹⁴ S. SAROLÉA, « Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1206.

⁶¹⁵ E. ALONI, « Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage », *Duke J. Gender L. & Pol'y*, 2010-2011, p. 143.

publique constitue assurément une autre manifestation par l'Etat de son *imperium* qui appelle une surveillance étroite du juge européen des droits de l'homme (voy. *infra* n° 727 et s.).

De la même manière, l'incrimination d'un comportement constitue en soi une ingérence lourde dans les droits garantis y compris lorsque la sanction n'est pas effectivement appliquée – comme, par exemple, dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*⁶¹⁶. En sens inverse, une mesure d'emprisonnement présente toujours une grande gravité, y compris lorsqu'elle ne constitue pas une « peine » au sens technique du terme comme en rend notamment compte l'affaire *Van der Heijden c. Pays-Bas*⁶¹⁷. Dans tous les cas, la gravité de l'ingérence se trouve déjà réduite si l'incrimination considérée se prête à une certaine souplesse au plan de l'application⁶¹⁸.

B. Le refus de subsidier ou de reconnaître

i) *Le refus de subsidier*

290. Par contre, l'obligation pour les Etats de financer/subsidier certains services, certaines activités ou certains comportements ne peut évidemment être que limitée : c'est à l'Etat qu'il appartient en premier lieu de décider de la meilleure manière d'allouer les ressources et la Cour n'entend exercer à cet égard qu'un contrôle limité, cela d'autant plus que d'autres instruments internationaux concernent plus directement ces aspects de perception et de redistribution des ressources, à l'instar de la Charte sociale européenne. En somme, la Cour se montre peu enthousiaste lorsqu'il s'agit de porter un jugement sur les politiques socio-économiques mises en œuvre au niveau national.

C'est donc par exemple à l'Etat qu'il appartient d'évaluer les priorités, les ressources et les besoins sociaux en matière de soins de santé même s'il est en soit souhaitable que chacun puisse accéder au meilleur niveau de soin possible et si les autorités ont l'obligation minimale de procurer à chacun le niveau de soin offert à l'ensemble de la population⁶¹⁹. Il n'en va pas différemment en matière d'emploi ou de logement⁶²⁰.

De la même manière, ce sont les autorités internes qui doivent calibrer l'ampleur des moyens dégageables pour permettre, par exemple, l'intégration des personnes souffrant d'un handicap – comme il apparaît dans *Molka c. Pologne* (voy. *infra* n° 569) – ou bien la possibilité pour une

⁶¹⁶ Ainsi les affaires *Dudgeon*, *Norris* et *Modinos*, qui concernaient toutes la criminalisation des actes sexuels entre hommes adultes consentants ont-elles mis en évidence qu'une telle réglementation, même si elle n'était pas effectivement appliquée « [représentait] une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1 » Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 41 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, § 38 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, § 24. Il est étonnant, dans ce contexte, qu'il n'ait pas été insisté sur la gravité de l'ingérence dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* où un homme avait passé une année en prison pour avoir eu des relations sexuelles consensuelles avec sa sœur, la Cour ayant même précisé que « ce n'est pas le rôle de la Cour d'examiner le degré de culpabilité individuelle ou de déterminer la peine appropriée d'un délinquant, il s'agit d'aspects relevant de la compétence exclusive des juridictions pénales nationales » (§ 62).

⁶¹⁷ Ainsi la grande chambre a-t-elle affirmé, dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* que « toute mesure impliquant la détention d'une personne présente une gravité certaine » (§ 77), le juge français Jean-Paul COSTA soulignant, dans son opinion concordante, que le fait d'être privé de sa liberté « est une chose grave, même cruciale selon l'économie globale de la Convention ».

⁶¹⁸ (Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 76. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, § 58) et Cour eur. dr. h., arrêt *Mallah c. France* du 10 novembre 2011, § 40.

⁶¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov et autres c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 119 ; Cour eur. dr. h., décision *Pentiacova et 48 autres c. Moldavie*, pp. 13-14 (traduction libre).

⁶²⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 99.

minorité nationale de perpétuer un mode de vie traditionnel – comme il ressort de *Chapman c. Royaume-Uni* (voy. *infra* n° 657).

ii) *Le refus de reconnaître*

291. La Cour reconnaît au demeurant à l'Etat une certaine légitimité quant à la détermination des comportements et relations méritant de faire l'objet d'une forme de reconnaissance et sur les modalités de celle-ci.

Dans la décision *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, la Cour avait notamment expressément indiqué que « les requérantes [avaient] fortement insisté sur la valeur historique et sociale que revêt l'institution du mariage et qui [expliquait] l'importance émotionnelle qu'elles [attachaient] à cette institution », mais que « [c'était] précisément cette valeur, telle qu'elle [était alors] reconnue par les lois nationales, qui [mettait] obstacle à la satisfaction de leur demande par les autorités britanniques ». On voit bien la dialectique sous-jacente à la position de la Cour : la valeur sociale du mariage est dans le même temps ce que recherchent les requérantes et ce qui justifie le rejet de leur demande.

On trouve encore une recherche de reconnaissance dans la volonté des requérantes homosexuelles de l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel* d'établir un lien de filiation avec leur enfant non par adoption (comme elles le pouvaient) mais par présomption (ce qui était réservé aux hétérosexuels) (§ 23) ou dans le refus du requérant de l'affaire *Bulgakov c. Ukraine* de ne pas utiliser la procédure de changement qui lui était accessible pour la raison qu'il ne souhaitait pas « changer » de nom mais « restaurer » son nom originel (§§ 52-53). Dans les deux cas, cependant, la Cour a jugé que les requérants devaient se contenter des formules qui leur étaient d'ores et déjà ouvertes par le droit national.

iii) *La coordination des acteurs privés*

292. Lorsqu'il intervient au titre de coordinateur des acteurs privés, la responsabilité internationale de l'Etat est – toute autre chose égale par ailleurs – moins forte que pour une restriction aux droits dont il serait lui-même l'auteur.

Une telle « atténuation » de la force des obligations qui pèsent sur l'Etat est observable y compris à propos des questions les plus graves et notamment en matière d'atteintes à la vie ou d'infliction de traitements inhumains et dégradants. A cet égard, la Cour a affirmé, dans l'arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, que l'obligation de protéger la vie ne peut pas imposer aux autorités « un fardeau insupportable ou excessif » au regard notamment de « l'imprévisibilité du comportement humain » et des « choix à faire en matière d'allocation des ressources » (§ 116).

A un niveau de gravité infiniment moindre, on peut renvoyer à l'opinion séparée du juge Nicolas BRATZA dans l'affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*. Il y expose que « le fait qu'au regard de la Convention toute discrimination entre individus (moyennant par exemple l'établissement de distinctions fondées sur les liens biologiques ou adoptifs entre enfants et parents dans l'exercice des droits successoraux) soit interdite aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers d'opérer une discrimination en faisant de pareilles distinctions dans la transmission de leurs biens » (§ 4).

§ 3. La conception objective de la dignité humaine

293. Nous avons vu que la dignité humaine pouvait conférer un supplément pondéral à une revendication individuelle affirmée face à l'Etat. Dans certains cas, la dignité humaine peut aussi accroître le poids conventionnel de l'intérêt étatique avancé pour justifier une action ou une abstention liberticide⁶²¹. La dignité renvoie ici à l'idée que chaque être humain est dépositaire d'une humanité qui ne s'épuise pas dans sa propre subjectivité.

294. Cette conception « objective » de la dignité qui l'associe aux limites susceptibles d'être apportées à la liberté individuelle correspond à l'approche retenue, par exemple, par la Cour constitutionnelle allemande⁶²². Selon Muriel FABRE-MAGNAN, la dignité si elle ne doit pas être mobilisée de manière abusive, « vaut, plus que toute autre, comme raison d'interdire » et trouverait sa source dans « des vérités indémontrables, c'est-à-dire des croyances fondatrices et qui doivent être admises par tous »⁶²³.

295. La déclinaison objective de la dignité se rencontre, dans la jurisprudence de la Cour, dans les contentieux qui concernent le corps et le début et la fin de la vie humaine. Comme l'a relevé le Professeur Rex GLENSY, le parti peut être pris, dans le cadre d'une conception plus « communautarienne » de la dignité, de considérer qu'elle n'est pas seulement la dignité de l'homme comme personne, mais aussi la dignité de l'homme comme espèce⁶²⁴. Cette conception suivant laquelle la dignité humaine pourrait en quelque sorte transcender l'individualité des titulaires de droits a pu occasionnellement transparaître dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, relatif à une situation d'avortement involontaire, la Cour a affirmé qu'en matière de protection du fœtus on pouvait « trouver comme dénominateur commun aux Etats l'appartenance à l'espèce humaine » au sens où « c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, [...] qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant [faire de l'embryon] une "personne" qui aurait un "droit à la vie" au sens de l'article 2 » (§ 84). De la même manière, dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* relatif à l'interdiction de certaines techniques de procréation assistée, la Cour a exposé que « le don de gamètes impliquant des tiers dans un processus médical hautement technique est controversé et soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche et pour lesquelles il faut faire entrer en ligne de compte la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi conçus et la prévention des inconvénients ou des abus possibles » (§ 113)⁶²⁵. Discrète dans la jurisprudence de la Cour, la notion de dignité est un motif plus récurrent dans les opinions séparées adjointes aux arrêts.

⁶²¹ Voy par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 113. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 280. Pour Christopher MCCRUDDEN, l'usage de la notion de dignité comme justification des restrictions aux droits individuels va croissant. Il note qu'utilisée de la sorte, la notion de dignité est similaire à une « public order or public morals exception, allowing the State to place limits on what particular rights would otherwise require ». Sous cet angle, la dignité peut justifier des restrictions par exemples en matière de pornographie, de prostitution ou encore de discours racistes. Cette perception de la dignité comme justification de restrictions aux droits n'est pas universelle et n'a par exemple pas cours à la Cour Suprême des Etats-Unis (C. MCCRUDDEN, « Human Dignity ... », *op. cit.*, pp. 53-54).

⁶²² L. JEANNIN, « Le principe de dignité en droit allemand. L'interprétation et le renforcement de la valeur axiologique des droits fondamentaux », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et justice, Paris, PUF, 2005, p. 158 et s.

⁶²³ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007, p. 2.

⁶²⁴ C'est dans le contexte de pareille perception que la Cour constitutionnelle allemande a considéré légitime l'interdiction faite aux femmes de se produire dans des spectacles de peep-shows. C'est au départ d'une analyse identique que le Conseil d'Etat français a considéré acceptable l'interdiction du lancer de nains (R. D. GLENSY, « The Right to Dignity », *op. cit.*, 2011, pp. 96-102).

⁶²⁵ Voy. aussi l'opinion séparée, dépourvue d'ambiguïté, du juge DE GAETANO : « La dignité humaine – dont découle la notion de valeur inhérente de la vie humaine – est au cœur même de l'ensemble de la Convention. Elle peut bien

296. La conception objective de la dignité humaine donne également lieu à des usages militants au sein de la Cour. Le juge PETTITI avait affirmé, en marge de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, à propos du sadomasochisme, que « la protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel ». De même, le juge DE GAETANO a notamment affirmé, dans son opinion séparée à l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, en matière de procréation assistée que « le droit de procréer ne peut être considéré comme un droit absolu et l'emporter sur "la dignité de la vie humaine" » (§ 2). Il se trouve donc au sein de la Cour européenne des juges souscrivant à la conception objective de la dignité humaine et cherchant à y accrocher certains intérêts collectifs afin que ceux-ci puissent se trouver investis dans la pesée des intérêts d'un poids augmenté.

297. Dans ce contexte, les gouvernements défendeurs cherchent évidemment régulièrement à faire bénéficier leur attitude de l'aura attachée à la dignité humaine. Ainsi le gouvernement allemand a-t-il pu invoquer, dans l'affaire *Koch c. Allemagne*, « de profondes raisons historiques, qui auraient conduit à une notion juridique de la dignité humaine particulièrement forte » (§ 57). Le gouvernement français a quant à lui par exemple fait valoir, dans l'affaire *Draon c. France*, que « le législateur serait intervenu pour donner une solution cohérente à un débat national mettant en cause des questions éthiques prééminentes liées notamment à la dignité de la personne » (§ 62).

298. Il est vrai que la dignité humaine, sous cet angle objectif, présente, par ses domaines d'opérations et sa vocation à limiter l'autonomie individuelle, des similitudes avec la clause de protection de la morale. Elle suscite donc chez certains la crainte que l'invocation de telles « vérités indémonstrables » et « croyances admises par tous » opère, en quelque sorte, une recomposition des impératifs moraux sous la bannière, plus fédératrice, de la référence à la dignité de l'homme. Ainsi Peggy DUCOULOMBIER relève-t-elle que « la protection d'une dignité humaine comprise comme différente de et supérieure à ce que la personne estime être sa propre dignité [...] tend à se rapprocher d'une certaine conception de la morale et de la décence et donc à l'instauration, non de l'ordre public, mais de l'ordre moral »⁶²⁶. De même, Paul MARTENS voit-il dans la dignité humaine une « norme suspecte » dont la mobilisation au titre d'élément appartenant à un ordre objectif de valeurs dissimule en réalité la résurgence inquiétante de la volonté d'imposer un ordre moral composé de valeurs subjectives⁶²⁷. En synthèse, la conception

sûr relever plus directement et immédiatement de certaines dispositions de la Convention que d'autres articles de celle-ci. L'article 8 est l'une de ces dispositions. Pour répondre à la question, posée aux paragraphes 85 et suivants de l'arrêt, de savoir si l'affaire devait être examinée sous l'angle d'une "atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale (...) ou en un défaut d'exécution d'une obligation positive qui pèserait sur [l'Etat] à cet égard", il aurait d'abord fallu déterminer les limites inhérentes à l'article 8. S'il n'est pas douteux que la décision d'un couple de concevoir un enfant relève de sa vie privée et familiale (et, dans le contexte de l'article 12, du droit du couple de fonder une famille), ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à *n'importe quel prix*. A mes yeux, le "désir" d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine » 3. Dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, cité au paragraphe 81 du présent arrêt, la Cour a effectivement jugé que la procréation détachée de l'acte conjugal relevait du champ d'application de l'article 8. J'estime que, par cette décision, la Cour n'a pas fait progresser la cause de la dignité humaine mais s'est bornée à accompagner les progrès de la science médicale. L'acte personnel d'un homme et d'une femme que constitue la procréation humaine y a été réduite à une technique médicale ou de laboratoire » (§§ 2-3).

⁶²⁶ Selon elle, semblable « ordre moral » est contestable dès lors qu'il « tient pour quantité négligeable le consentement de la personne participant à une activité considérée comme contraire à la dignité humaine » et est dès lors « contraire à l'ordre public d'un Etat libéral » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux...*, op. cit., p. 280).

⁶²⁷ Paul MARTENS considère que la référence à la dignité humaine permet aux juges de « faire passer leur sentiment subjectif d'indignation dans la notion juridique objective de dignité ». Pour cet auteur, « cette évolution jurisprudentielle marque un nouveau rapport du juge au droit. Le juge puise dans le mystère d'une notion métaphysique et éthique pour y trouver l'instrument de son jugement. Il ne se réfère plus à la loi, ni même à la Constitution puisque le principe sur lequel il se fonde est pré-jurique ou supraconstitutionnel. Il est branché

objective de la dignité impliquerait un risque de « dérive juridique qui obligerait chacun à se respecter soi-même » et « une interprétation dogmatique de notre nature » alors lors que « l'homme qui agit librement impose le respect de sa dignité d'être libre et que le recours à l'ordre public doit être sévèrement encadré »⁶²⁸.

Sous-section 2. La contextualisation de la justification étatique

§ 1. La prise en considération des spécificités de l'Etat : situation économique et/ou politique et identité constitutionnelle

A. La situation économique et/ou politique

299. Cet aspect est évidemment lié à la problématique très difficile du « double standard » : prendre en considération le manque de ressources reviendrait à accepter que des Etats moins prospères puissent ne garantir qu'un niveau inférieur de protection des droits conventionnels. Ce fonctionnement à deux niveaux ou à deux vitesses, la Cour a expressément pris le parti de le refuser⁶²⁹. L'on se souvient que dans l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour avait signalé que « le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances » (§ 26). S'ils sont disposés à prendre ainsi en considération les arguments liés aux finances publiques, les juges européens n'en refusent pas moins l'instauration d'un système dit de « double standard » au terme duquel les exigences européennes varieraient d'Etat en Etat en fonction des ressources dont ils disposent. Il s'ensuit qu'il y a en tout cas lieu pour chaque Etat d'atteindre dans le champ des obligations positives des exigences minimales correspondant à chaque droit conventionnel, sans préjudice de la possibilité pour lui de dépasser ce seuil obligatoire et de développer les droits « bénévolement » en tenant compte de l'obligation de standstill⁶³⁰.

300. En outre, une situation de crise politique peut également impliquer un desserrement de la contrainte européenne, par exemple s'agissant des droits électoraux. La Cour a ainsi décidé, dans un arrêt de grande chambre *Yumak and Sadak c. Turquie* du 8 juillet 2008 qu'un seuil électoral très élevé pouvait se justifier dès lors notamment que « les élections de novembre 2002 [s'étaient] déroulées dans un climat de crise à causes multiples (crises économiques et politiques, tremblements de terre » (§ 141)⁶³¹. De même, une situation temporaire de troubles

directement sur Kant, sur l'impératif catégorique, sans même que celui-ci ait subi "l'usage" législatif ». Dans la conception objective de la dignité, ce n'est pas l'individu qui est titulaire du droit, mais la « communauté humiliée » voire l'« humanité toute entière » et l'on pourrait dès lors y voir, suivant certains auteurs, « l'amorce d'une nouvelle conception holiste et l'apparition d'un bien commun au nom duquel les libertés individuelles peuvent être obscurcies ». Il relève le développement d'une « nouvelle théocratie judiciaire » et redoute un « réarmement moral » défavorable aux libertés. « Cette nouvelle théocratie judiciaire est peut-être plus redoutable que celle des époques théologiques : encore le pouvoir des juristes était limité quand il était soumis au magistère dogmatique de l'autorité spirituelle », mais dans le même temps, « les temps que l'on dit postmodernes n'ont d'autres armes pour tenter d'endiguer les nouvelles nuisances que de puiser dans le tréfonds des valeurs survivantes » (P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 566-576).

⁶²⁸ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, op. cit., pp. 112-113.

⁶²⁹ CEDH, « Seminar on Impact of ECHR in Eastern Europe Strasbourg President's Opening Remarks », 18 February 2013 (<http://www.echr.coe.int>).

⁶³⁰ H. RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 391.

⁶³¹ D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint ... », op. cit., p. 389-390.

sociaux ou bien la confrontation à un type spécifique de criminalité sont en mesure de procurer à l'Etat des ressources argumentatives supplémentaires liées à la spécificité de sa situation⁶³².

301. Les obligations négatives induisent un devoir d'abstention dont le coût est *a priori* limité puisqu'il appartient précisément à l'Etat de ne pas intervenir. Cependant, dans le contexte spécifique de la privation de liberté de certains individus par l'Etat, le respect d'obligations négatives très fortes, au premier rang desquelles les obligations découlant de l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants, induit la mise en œuvre de moyens financiers considérables. La Cour ne paraît, à cet égard, pas encline à attribuer aux circonstances de crises alléguées par les Etats parties à la Convention un impact décisif⁶³³. Ainsi, dans un arrêt *Aliev c. Ukraine* du 29 avril 2003, la Cour a expressément relevé les difficultés socio-économiques auxquelles était confronté l'Etat défendeur (§151)⁶³⁴. Dans un arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie*, la Cour relève la référence faite par l'Etat défendeur au manque de ressources disponibles (§ 209)⁶³⁵. Le caractère négatif des obligations étatiques en cause est de nature à minorer le poids de l'argument économique dans la perspective de la mise en œuvre du test de proportionnalité.

B. L'attachement spécifique à certaines valeurs

302. Est-il envisageable que l'application de la Convention soit différenciée en fonction d'éléments qui contribueraient à l'« ADN » constitutionnel de l'Etat considéré ? La question a pu se poser notamment à propos de la liberté religieuse en Turquie ou bien du poids de la vie du fœtus en Irlande. Ainsi, dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie* relative au port du foulard islamique, la situation spécifique de la Turquie a joué un rôle dans le constat de non-violation de la Convention atteint par la Cour (expliquer). De même, dans l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande*, la spécificité constitutionnelle de l'Irlande qui prévoit expressément le droit à la vie de l'enfant à naître a-t-elle eu une incidence sur l'issue de l'affaire (expliquer).

§ 2. La cohérence de l'action de l'Etat

⁶³² Cour eur. dr. h., arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, §§ 48-49 (conflit social) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Messina c. Italie* n° 2 du 28 septembre 2000, § 67 (singularité de la lutte contre la mafia).

⁶³³ Cet aspect est évidemment lié à la problématique très difficile du « double standard » : prendre en considération le manque de ressources reviendrait à accepter que des Etats moins prospères puissent ne garantir qu'un niveau inférieur de protection des droits conventionnels. Ce fonctionnement à deux niveaux ou à deux vitesses, la Cour a expressément pris le parti de le refuser (CEDH, « Seminar on Impact of ECHR ... », *op. cit.*).

⁶³⁴ Suivant le § 151 : « The Court has also borne in mind, when considering the material conditions in which the applicant was detained and the activities offered to him, that Ukraine encountered serious socio/economic problems in the course of its systemic transition and that prior to the summer of 1998 the prison authorities were both struggling under difficult economic conditions and occupied with the implementation of new national legislation and related regulations. However, the Court observes that lack of resources cannot in principle justify prison conditions which are so poor as to reach the threshold of treatment contrary to Article 3 of the Convention. Moreover, the economic problems faced by Ukraine cannot in any event explain or excuse the particular conditions of detention which it has found in paragraph 148 to be unacceptable in the present case ».

⁶³⁵ Suivant le § 210 : « The Court cannot overlook the fact that the applicant was exposed to all the above-mentioned conditions for a considerable period of approximately seven years. Nor can it ignore the findings of the CPT, which, after visiting the home, concluded that the living conditions there at the relevant time could be said to amount to inhuman and degrading treatment. Despite having been aware of those findings, during the period from 2002 to 2009 the Government did not act on their undertaking to close down the institution (see paragraph 82 above). The Court considers that the lack of financial resources cited by the Government is not a relevant argument to justify keeping the applicant in the living conditions described (see *Poltoratskiy*, cited above, § 148) ».

303. Le poids de l'intérêt avancé par l'Etat comme justification de son attitude ingérente ou passive peut également être fonction de la cohérence avec laquelle l'objectif vanté est effectivement poursuivi par les autorités nationales.

304. Cette exigence s'est notamment déployée en marge de la première jurisprudence relative à la liberté d'expression garantie par l'article 10. Ainsi, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, seule un maigre pourcentage des copies du livre litigieux avaient été saisis chez le requérant tandis qu'une quantité très importante d'ouvrages circulait encore librement tandis que le livre était distribué sans entrave dans certaines régions du Royaume-Uni. La majorité a considéré que ces éléments n'étaient pas de nature à faire obstacle à un constat de non-violation de l'article 10 de la Convention, mais pour le juge MOSLER, toutefois, ils révélaient un manque de cohérence dans le chef des autorités nationales qui empêchait de décerner un brevet de conventionnalité à l'Etat défendeur⁶³⁶. De même, dans l'affaire *Müller c. Suisse*, les toiles litigieuses avaient été saisies et une amende avait été infligée, mais les toiles n'avaient pas été détruites et avaient même été restituées au peintre quelques années plus tard. A nouveau la majorité a considéré que ces circonstances n'empêchaient pas de considérer que la mesure prise par les autorités étatiques ne violait pas la Convention, mais ici encore un juge dissident a considéré qu'ils mettaient en exergue l'incohérence de l'attitude de l'Etat défendeur et devaient normalement conduire à un verdict de violation⁶³⁷. La question n'est pas sans pertinence et il est vrai qu'*a priori* la légitimité de l'intervention de l'Etat pour censurer un certain type de message est entamée lorsque l'Etat tolère la circulation de celui-ci dans d'autres lieux ou bien à un autre moment au titre de la relativité, dans l'espace et dans le temps, de la morale.

305. En droit de la personne et de la famille, la nécessité pour l'Etat d'adopter une attitude cohérente et corrélativement de ne pas tromper les légitimes attentes des individus a notamment été soulignée par la Cour s'agissant de l'accès à une profession comme manifestation de la vie privée « sociale ». Ainsi, dans l'affaire *Bigaeva c. Grèce* où les autorités grecques qui refusaient à la requérante son inscription au barreau arguaient de ce que c'était par erreur qu'elles avaient initialement admis la requérante au stage préparant à l'exercice de la profession d'avocat, la Cour a affirmé que, même à accepter cette explication, il y avait eu atteinte au droit au respect de la vie privée de la requérante, au regard en particulier du manque de cohérence des autorités (§ 35).

⁶³⁶ Ainsi, « la plus grande partie de la première édition du livre a circulé sans entraves. Seule la distribution de moins de 10 % du tirage a été empêchée par les mesures adoptées par les autorités compétentes et confirmées par les Inner London Quarter Sessions. Le reste, soit environ 90 %, a atteint le public, y compris probablement, dans une large mesure, les adolescents que l'on voulait protéger (cf. la plaidoirie de M. THORNBERRY à l'audience du 7 juin 1976). Les mesures visant le requérant ont donc été si peu couronnées de succès qu'on doit les considérer comme inefficaces par rapport au but poursuivi. La jeunesse n'a pratiquement pas été protégée contre l'influence du livre que les autorités, agissant dans leur marge légitime d'appréciation, avaient qualifié comme de nature à la "dépraver et corrompre" ».

Par contre, relève plus loin le juge, « la diversité des comportements adoptés dans différentes régions du Royaume-Uni (paragraphe 19 de l'arrêt) inspire des doutes sur la nécessité des mesures prises à Londres. Assurément, la Convention n'oblige pas les États contractants à légiférer de manière uniforme pour l'ensemble du territoire relevant de leur juridiction. Elle ne les en astreint pas moins à faire en sorte que le niveau de protection garanti par elle soit maintenu sur toute l'étendue de ce territoire. En l'occurrence, on s'explique mal qu'une mesure n'ayant point passé pour nécessaire en dehors de l'Angleterre et du pays de Galles ait été jugée telle à Londres ».

⁶³⁷ Ainsi, selon le juge SPIELMANN, « pour arriver à la conclusion que les décisions prises n'étaient nullement nécessaires dans une société démocratique, je me permets d'invoquer les deux arguments suivants : 1. Tout en condamnant pénalement les requérants, les autorités helvétiques n'ont pas prononcé la destruction des toiles litigieuses, et ceci malgré une disposition formelle de leur code pénal. 2. Tout en ayant ordonné la confiscation des toiles litigieuses, les autorités concernées ont consenti, en 1988, à restituer les objets dont il s'agit. En d'autres termes, peut-on sérieusement soutenir que ce qui était "nécessaire" en 1982 ne l'est plus en 1988, ou, ce qui n'est sûrement plus "nécessaire" en 1988, l'a été en 1982 ? Je n'arrive pas à comprendre un tel raisonnement ».

306. La question de la cohérence de l'action de l'Etat s'est notamment posée dans le contexte de la protection de la vie prénatale. Ainsi, dans l'affaire *Costa et Pavan c. Italie*, un couple de porteurs sains de la mucoviscidose se plaignait-il de ne pas pouvoir mettre en œuvre une fécondation *in vitro* et un diagnostic préimplantatoire afin de ne pas procréer un enfant qui serait atteint de la maladie. Le gouvernement justifiait cette interdiction par la volonté de protéger les embryons et les femmes alors même que la loi italienne permettait l'avortement d'un fœtus malade. Dans ce contexte, selon la Cour, « le système législatif italien en la matière [manquait] de cohérence. D'une part, il [interdisait] l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il [autorisait] ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie » (§ 64) Pour un auteur, la question est alors de savoir si un Etat dont la législation n'aurait permis ni le diagnostic préimplantatoire ni l'avortement aurait pu passer avec succès le test de conventionalité. Dans ce cas, il y aurait une sorte de « prime conventionnelle à la réduction des droits » (N. HERVIEU, « Incertitudes européennes sur "le droit à un enfant sain" via un diagnostic génétique préimplantatoire », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 29 août 2012). Cette affaire *Costa et Pavan* met en effet en exergue le risque que l'exigence de cohérence ait un effet éventuellement préjudiciable sur la protection des droits ? Ne peut-on imaginer que par crainte d'une violation les Etats poussent plus loin un certain systématisme sanctionnateur (pour ce qui concerne les obligations négatives) ou au contraire s'abstienne d'ouvertures progressistes (par crainte d'une systématisation forcée sous l'angle des obligations négatives) ?).

307. La Cour a également envisagé la question de la cohérence à propos des statuts personnels et familiaux.

Ainsi, s'agissant, *en premier lieu*, du statut personnel, la Cour a expressément affirmé, dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 relatif à la reconnaissance civile du changement de sexe, que « pour l'appréciation à effectuer sous l'angle de l'article 8 de la Convention, il y a lieu d'attacher de l'importance à la cohérence des pratiques administratives et juridiques dans l'ordre interne » (§ 78). Il s'ensuit, aux yeux du juge européen, que « lorsqu'un Etat autorise le traitement et l'intervention chirurgicale permettant de soulager la situation d'une personne transsexuelle, finance tout ou partie des opérations et va jusqu'à consentir à l'insémination artificielle d'une femme qui vit avec un transsexuel [...], il paraît illogique qu'il refuse de reconnaître les implications juridiques du résultat auquel le traitement conduit » (§ 78).

S'agissant, *en second lieu*, des statuts familiaux, la Cour a affirmé dans son arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2005, relatif à la prohibition du mariage entre un beau-père et sa belle-fille, que « l'incohérence entre le but légitime prétendument poursuivi et l'exception faite dans certains cas met en doute la rationalité et la logique de la mesure » (§ 40). En l'espèce, la circonstance que l'interdiction considérée n'était pas absolue et que des mariages entre beau-père et belle-fille intervenaient bel et bien dans certains cas, a lourdement pesé dans l'appréciation de la proportionnalité de l'empêchement opposé aux requérants. Il n'en est pas allé différemment dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, relative à la reconnaissance d'une adoption réalisée à l'étranger, la Cour ayant pris en considération la circonstance qu'avant les faits litigieux des adoptions en tout point semblables à l'adoption litigieuse avaient été reconnues au Luxembourg tandis qu'une juridiction luxembourgeoise s'était encore récemment prononcé en faveur d'une reconnaissance de plein droit (§ 157).

Synthèse de la section 3

308. La détermination du poids de l'intérêt qu'a l'Etat à apporter des restrictions aux droits individuels n'est pas moins complexe que celle du poids de revendications individuelles. En effet, ici aussi, en présence d'un intérêt étatique pertinent, il faudra tenir compte à la fois de facteurs abstraits et de facteurs contextuels.

309. En premier lieu, *trois facteurs abstraits* concourent à l'évaluation de la légitimité de l'Etat à agir d'une manière qui restreint les droits des individus.

D'abord, il est possible de mettre en évidence certains signes de ce que la Cour reconnaît à l'Etat une légitimité particulière pour agir dans certains domaines et a pu à cet égard renvoyer au « noyau dur de la souveraineté étatique », à des rôles qui sont « incontestablement dévolus » à l'Etat ou à des questions sur lesquelles il est « méritoire » ou « souhaitable » que les autorités étatiques interviennent. Surtout, dans le contexte de l'« horizontalisation » du contentieux européen des droits de l'homme, l'Etat n'aura jamais de légitimité plus grande que lorsqu'il parvient à démontrer que la restriction qu'il se propose d'apporter aux droits d'un individu tend à garantir, précédemment, les droits d'autrui.

Ensuite, la légitimité de l'attitude de l'Etat tient dans une large mesure à la nature des mesures qu'il se propose de mettre en œuvre pour atteindre les objectifs qu'il se donne. Extrêmement réticente à l'égard de la contrainte sous toutes ses formes qui doit faire figure d'*ultima ratio*, la Cour est, toute autre chose égale par ailleurs, plus encline à tolérer le défaut de mettre les ressources publiques au service de la pleine réalisation des droits.

Enfin, l'Etat jouira d'un indéniable surcroît de légitimité lorsqu'il pourra établir un lien entre la mesure restrictive des droits et libertés et la garantie de la dignité humaine.

310. En second lieu, la légitimité dont pourra se prévaloir l'Etat est tributaire d'*éléments beaucoup plus contextuels* qui dépendent directement de la situation particulière du pays et de l'attitude des autorités. Ainsi, la Cour est-elle disposée à entendre que l'Etat se trouve temporairement dans une situation économique ou politique qui justifie un certain réagencement des priorités ou bien qu'un Etat est constitutivement attaché – plus qu'un autre – à certaines valeurs spécifiques qui participent de son identité propre. Surtout, la Cour accorde dans sa jurisprudence une attention particulière à la cohérence de l'action de l'Etat. On ne compte plus les manifestations jurisprudentielles de cette exigence qui implique la vérification par la Cour de la rationalité des choix mis en œuvre par le législateur ou des décisions individuelles prises par l'exécutif ou le judiciaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

311. La Cour participe bel et bien à une manière de « reconfiguration » du rôle de l'Etat en évaluant la légitimité de ses objectifs et l'adéquation de ses méthodes. Elle y est tout naturellement invitée par l'effort d'interprétation que suppose – notamment – l'application de l'article 8 de la Convention. Le chapitre qui se clôture ici a mis en évidence cependant que la Cour accomplit cet exercice de « redéfinition » des finalités et des modalités de l'action publique sans avoir elle-même véritablement d'idée claire du rôle qu'est appelé à jouer l'Etat aujourd'hui par exemple dans le domaine du droit de la personne et de la famille.

312. Ce chapitre témoigne des mouvements qui affectent la prise en considération par le juge européen des droits de l'homme des intérêts que l'Etat peut légitimement opposer aux revendications individuelles. D'un côté, il faut constater une tendance lourde à l'utilisation de la rhétorique du conflit de droits plutôt que celle des intérêts collectifs « classiques ». A ce propos, il est apparu en particuliers, qu'était à l'œuvre un processus de « subjectivisation » des buts légitimes de protection de la morale et de protection de la famille traditionnelle et que cette évolution impliquait un « recalibrage » du contentieux de droit de la personne et de la famille. D'un autre côté, nous avons montré que la poursuite par l'Etat d'objectifs considérés légitimes peut avoir lieu de diverses manières (coercition, subvention/reconnaissance et entremise) qui ne sont pas équivalentes en termes d'impact sur les droits fondamentaux de l'individu.

Il faut souligner à cet égard la grande perméabilité des frontières entre objectifs étatiques et entre mode d'interventions de l'Etat. Cette perméabilité produit ici également un effet de flou qui porte sur la nature même de l'Etat.

313. Dans un contexte où une certaine incertitude affecte la légitimité des intérêts que poursuit l'Etat et leur articulation avec certaines modalités d'interventions, il est évident que, plus que jamais, l'Etat est un « acteur en quête de rôle » au sens où l'entendent OST et van de KERCHOVE. Dans ce contexte, l'évaluation de la légitimité d'une action ou d'une abstention étatique restreignant les droits et libertés garantis par la Convention est une opération éminemment complexe. La détermination du poids que revêtira un intérêt étatique dans la perspective de sa mise en balance avec un droit individuel dépendra *in fine* d'une pluralité de facteurs, non seulement *structurels*, liés à une hiérarchie ou à une gradation des buts poursuivis par l'Etat et à la méthode mise en œuvre pour les atteindre, mais également *conjuncturels*, puisque dans certains cas la situation particulière d'un Etat (sa situation politico-économique ou son identité constitutionnelle) ou bien la cohérence de son action peuvent avoir une incidence non négligeable.

CHAPITRE 3

LES QUATRE PARAMÈTRES DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ

INTRODUCTION – DÉFINITION DE LA NORME ET APPLICATION DE LA NORME

314. Les requêtes individuelles adressées au greffe de la Cour de Strasbourg dénoncent la méconnaissance des dispositions de la Convention par des actions ou abstentions des autorités étatiques. Schématiquement, les actions et omissions étatiques dont l'examen est réclamé peuvent intervenir soit au plan de la *définition de la norme* (le plus souvent par le législateur) soit au plan de l'*application de la norme* (le plus souvent par le juge ou l'administration).

Ainsi, la solution interne peut-elle en premier lieu s'incarner dans une *règle* légale ne laissant aucune marge de manœuvre quelconque à celui qui est chargé de l'appliquer. L'équilibrage des intérêts à arbitrer se réalise *abstraitemment* dans la norme elle-même telle qu'elle a été édictée par le législateur national⁶³⁸. L'équilibre interne soumis au contrôle européen peut, en second lieu, résulter de la mise en œuvre par une instance judiciaire ou administrative interne d'un *principe* juridique largement ouvert. L'équilibrage des intérêts en concours se réalise alors *in concreto* dans le cas d'espèce tel qu'il est tranché par l'agent compétent⁶³⁹. Entre ces deux hypothèses paradigmatiques, se recensent toutes les figures intermédiaires de normes « relativement dirigistes » allouant à son interprète une « certaine latitude » et qui donneront lieu à une *solution interne hybride* participant tant de la configuration *abstraite* de la règle que de son application à une *espèce concrète*. La grande chambre a pu affirmer à cet égard qu'« aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit [...] il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider des points douteux et s'adapter à des changements de situation »⁶⁴⁰.

315. Il revient alors à la Cour de décider si la situation dénoncée par le requérant est compatible ou non avec les garanties procurées par la Convention en mobilisant deux opérateurs principaux : les principes de *proportionnalité* (**section 1**) et de *subsidiarité* (**section 2**).

Ainsi, la Cour doit-elle évaluer la « mise en balance » interne des droits individuels et des intérêts concurrents, sans perdre de vue la « répartition des compétences » entre les autorités internes et le juge national. Il s'agit donc de « pondérer » les droits et intérêts en présence et de « doser » l'intensité du contrôle européen sur les choix internes. Or, il n'existe aucune « métrique » toute faite pour une telle opération de « pesée », ni aucune « clé de répartition » toute faite pour semblable opération de « dosage ». Il s'ensuit que l'office du juge européen est d'emblée frappé du sceau de l'indétermination, à défaut pour lui d'être équipé d'« outils » permettant de « peser » les enjeux substantiels en présence et de « doser » la contrainte internationale exercée sur le niveau interne de manière proprement *objective*. Nous tiendrons dans le présent chapitre que cette indétermination – et la *subjectivité* qui en est le corollaire – correspond à une double

⁶³⁸ P.J. SCHLAG, « Rules and Standards », *UCLA L. Rev.*, 1985, p. 379.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 379.

⁶⁴⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Korbely c. Hongrie du 19 septembre 2008, § 71.

tension entre individualisme et communautarisme (en ce qui concerne la proportionnalité) et entre pluralisme et universalisme (en ce qui concerne le principe de subsidiarité). Nous affirmerons aussi que cette part de subjectivité qui caractérise l'office du juge européen des droits de l'homme peut et doit être domestiquée afin de désamorcer les reproches jumeaux d'arbitraire et d'illégitimité qui sont régulièrement formés à son encontre⁶⁴¹.

316. Dans la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité subsidiaire, la Cour hésite entre plusieurs modèles de justice. La Cour peut, *en premier lieu*, s'attacher à l'examen de la solution étatique soit au regard de la situation particulière et concrète du requérant (examen *in concreto*) soit par référence à des considérations générales et abstraites (examen *in abstracto*) (**section 3**). La Cour peut, *en second lieu*, axer prioritairement son contrôle sur la substance de la solution retenue par les autorités nationales ou bien sur les modalités suivant laquelle celle-ci a été adoptée (**section 4**). A cet égard s'observe une double inclination de la Cour à préférer un contrôle resserré sur la particularité des espèces (au détriment de la dimension « constitutionnelle » de son office) et à focaliser son attention sur les aspects procéduraux (au détriment de la dimension « substantielle » de sa mission). Cependant, ici comme ailleurs, il s'agit-là d'une simple « tendance » qui n'est ni exclusive ni univoque.

⁶⁴¹ Comme le souligne Edouard DUBOUT, « le piège de l'interprétation téléologique est [d'inciter le juge] à projeter dans la norme sa propre vision du droit ». Il relève à cet égard que l'interprétation téléologique des juges de Strasbourg est liée à la conscience individuelle de chaque juge et à la conscience collective dans laquelle ils s'inscrivent. Il souligne encore que « l'opinion morale des juges, elle-même construites par toutes ces variables, devient déterminante » (E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 400 et s).

SECTION 1. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

317. Le principe de proportionnalité n'apparaît pas expressément dans le texte de la Convention et n'a d'ailleurs pas été évoqué dans le cadre de ses travaux préparatoires. Il a fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission dès le début des années 60 sans que les soutènements de pareille option ne soient jamais véritablement exposés⁶⁴².

C'est la condition de nécessité dans une société démocratique, prévue au § 2 des articles 8 à 11, qui constitue le point d'ancrage de la proportionnalité dans la Convention⁶⁴³. Ainsi, la notion de proportion serait sous jacente tant à l'idée de « nécessité » qu'à celle de « démocratie »⁶⁴⁴. Les *leading cases* sont l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 pour l'article 8, l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 pour l'article 9, l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 pour l'article 10 et l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981 pour l'article 11⁶⁴⁵. La proportionnalité ne voit cependant pas son champ d'action limité aux articles renvoyant au critère de nécessité dans une société démocratique. Dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* daté du 23 septembre 1982, la Cour a expressément affirmé que la recherche de proportionnalité était inhérente à l'ensemble de la Convention (§ 69)⁶⁴⁶.

Omniprésente, la recherche d'un « juste équilibre » entre des intérêts en conflit constituerait la « règle d'or » ou le « fleuron » du droit de la Convention européenne⁶⁴⁷. Si le test de proportionnalité peut s'incarner dans diverses vérifications relativement « techniques » ou « instrumentales » du caractère approprié, efficace et nécessaire de la mesure litigieuse (**sous-section 1**), il n'empêche que, le plus souvent, pareilles vérifications constituent de simples « indices » à mettre en œuvre dans le cadre d'un exercice plus ample de « balance » des droits et intérêts en conflit : le test de proportionnalité au sens strict (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Appropriation, efficacité et nécessité

318. Encore faut-il bien préciser que le test de proportionnalité n'intervient que pour autant que l'ingérence, l'abstention ou la différenciation étatique contestée puisse être associée à un *but légitime*. Dans les hypothèses – rares – où tel n'est pas le cas, le contrôle européen peut être d'emblée clôturé. Ainsi, dans l'affaire *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, la Cour a considéré « qu'il [n'avait] pas été démontré que le retrait en termes absolus et par effet de la loi des droits parentaux du premier requérant répondait à une exigence primordiale touchant aux intérêts des enfants et partant, qu'il poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la santé, de la morale, ou de l'éducation des mineurs » et en a tiré le constat immédiat d'une violation de l'article 8 (§ 49)⁶⁴⁸. Si par contre une telle confrontation d'un droit *prima facie* à un but *a priori* légitime a bien lieu, le test de proportionnalité peut être conduit⁶⁴⁹.

⁶⁴² J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance* ..., *op. cit.*, pp. 193-195.

⁶⁴³ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité* ..., *op. cit.*, pp. 79-83.

⁶⁴⁴ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance* ..., *op. cit.*, pp. 196.

⁶⁴⁵ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité* ..., *op. cit.*, pp. 79-83.

⁶⁴⁶ Voy. aussi : S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité* ..., *op. cit.*, pp. 77-78, n° 83.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, pp. 148-165.

⁶⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Sabou et Pircalab c. Roumanie* du 28 septembre 2004, § 49. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Campagnano c. Italie* du 23 mars 2006, § 59 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009, §§ 38-39.

⁶⁴⁹ S. VAN DROOGHENBOECK, *La proportionnalité* ..., *op. cit.*, p. 167 et s. ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux* ..., *op. cit.*, p. 372.

Il convient alors en premier lieu de déterminer si la mesure prise par l'Etat pour atteindre ce but légitime était appropriée (susceptible de contribuer effectivement à sa réalisation) et efficace (susceptible de participer efficacement à son accomplissement) (§ 1). La question se pose aussi de savoir si la mesure litigieuse était la seule façon (ou la façon la moins liberticide) d'atteindre le but considéré ou en d'autres termes si cette mesure était nécessaire – au sens strict – de ce terme pour réaliser l'objectif légitime de l'Etat (§ 2).

§ 1. L'appropriation et l'efficacité de la mesure

319. Si la mesure litigieuse paraît sans rapport avec la justification avancée la Cour constatera l'inadéquation des moyens à la fin vantée. La question est, en d'autres termes, de savoir si la mesure en cause est véritablement en mesure de contribuer à la réalisation du but avancé par l'Etat pour la justifier.

Dans certains cas, le juge européen se préoccupe de l'appropriation d'une mesure. Ainsi la dans l'affaire *Fabris c. France*, le gouvernement plaidait-il que les dispositions transitoires assortissant les nouvelles dispositions législatives introduisant l'égalité successorale entre tous les enfants avaient été aménagées pour « garantir la paix des familles en sécurisant les droits acquis des bénéficiaires de successions déjà partagées » (§ 65). Selon la grande chambre cependant il était douteux que « la négation des droits héréditaires de l'un ou de plusieurs de ses membres puisse contribuer à renforcer la paix au sein d'une famille » (§ 66).

Dans d'autres cas, c'est l'efficacité de la mesure qui est examinée par le juge européen. Dans l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni*, le gouvernement défendeur exposait que les buts poursuivis par la prohibition du mariage entre ex-beaux-parents (lorsque les ex-conjoints sont encore en vie) étaient « la protection de l'intégrité de la famille » contre la « rivalité sexuelle entre parents et enfants » et la « protection des enfants » par la prévention des bouleversements des relations entre adultes autour d'eux (§ 27). La Cour a considéré que, si ces buts étaient légitimes, l'interdiction litigieuse était inefficace puisqu'elle n'était pas en mesure de faire obstacle, dans les faits, à ce que les relations considérées puissent se nouer comme ce fût d'ailleurs le cas en l'espèce (§ 38) (pour l'examen de cette affaire voy. *infra* n° 1047).

Dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt *Handyside*, le juge MOSLER a cependant exposé que « le seul fait qu'une mesure se révèle inefficace parce qu'elle n'atteint pas son but ne permet pas de la considérer comme non appropriée et, par conséquent, comme non “nécessaire”. Le défaut de succès ne peut priver après coup de sa base légale une mesure qui pouvait réussir dans des circonstances plus favorables, si dans des conditions normales elle avait des chances d'être efficace ».

§ 2. La nécessité de la mesure

320. Dans de nombreux litiges, la Cour examine au demeurant la nécessité de la mesure restrictive des libertés mise en œuvre par l'Etat. Il s'agit alors de s'interroger sur l'existence de mesures alternatives propres à atteindre le même résultat, mais moins restrictive des droits individuels protégés⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 6.

La Cour a précisé, dès son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* que :

[...] Si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'"indispensable" (comp., aux articles 2 par. 2 et 6 par. 1 (art. 2-2, art. 6-1), les mots "absolument nécessaire" et "strictement nécessaire" et, à l'article 15 par. 1 (art. 15-1), le membre de phrase "dans la stricte mesure où la situation l'exige"), il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal" (comp. l'article 4 par. 3 (art. 4-3)), "utile" (comp. le premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1)), "raisonnable" (comp. les articles 5 par. 3 et 6 par. 1 (art. 5-3, art. 6-1)) ou "opportun". Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de "nécessité".

En clair, pour qu'une mesure étatique puisse être considérée compatible avec le prescrit conventionnel, il ne suffit pas qu'elle soit « utile », mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit « indispensable » : l'exigence de nécessité s'intercale « quelque part » entre les deux.

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a pu préciser, notamment dans son arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009, que :

94. [...] pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue [...].

Jugé par exemple dans l'affaire *Inze c. Autriche* que l'exclusion des enfants naturels n'était pas nécessaire à la préservation des exploitations agricoles (§ 44) ou encore dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni* que l'impossibilité absolue d'accéder aux informations contenues dans les fichiers de l'assistance publique n'était pas nécessaire au fonctionnement de celle-ci (§ 49)⁶⁵¹. Jugé par contre, dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, que l'arbitrage des droits respectifs d'une femme et d'un homme de procréer et de ne pas procréer dans un contexte où des embryons constitués à partir de leurs gamètes avaient été cryoconservés impliquait – nécessairement – le sacrifice d'un droit au profit de l'autre (voy. *infra* n° 937). Dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*, relative à la mise en scène érotique des visions de Thérèse d'Avila, la question de la nécessité est celle qui a divisé les juges : le but de protection de la morale pouvait-il être atteint par un simple avertissement sur la vidéo litigieuse ou bien était-il nécessaire d'en interdire la diffusion comme l'avaient fait les autorités britanniques (voy. *supra* n° 226)⁶⁵²?

321. Se pose alors la question savoir si la découverte du caractère non-nécessaire de la mesure entreprise suffit pour conclure à la violation de la Convention ou bien s'il ne constitue qu'un élément d'une appréciation plus large⁶⁵³. Dans l'arrêt de grande chambre *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, la Cour a ainsi expressément affirmé la possibilité de poursuivre les objectifs étatiques en cause suivant d'autres modalités « peut-être plus équilibrées », mais sans que cette considération emporte d'emblée un constat de violation de la Convention, ni même joue un rôle prépondérant (voy. *infra* n° 928 et s.). De même, la Cour a affirmé notamment dans l'arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013 que l'objectif de protéger la famille traditionnelle était « assez abstrait » au sens où une « grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » (§ 139) sans en déduire que toute restriction inspirée par ce motif violerait la Convention (voy. *infra* n° 1098). Il semble donc qu'une mesure qui n'est pas nécessaire au sens strict (puisqu'il existait d'autres options), peut éventuellement rencontrer les exigences de la Convention : une ingérence qui n'est pas nécessaire au sens strict n'équivaut donc pas *ipso facto* à une violation de la Convention.

⁶⁵¹ A ce propos, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., pp. 201-202.

⁶⁵² S. GREER, « "Balancing" and the European Court », op. cit., p. 423.

⁶⁵³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 207 et s. et pp. 216-219.

Sous-section 2. Le test de proportionnalité au sens strict

322. Alors que le contrôle de l'appropriation et de l'efficacité de la mesure (celle-ci contribue-t-elle au but recherché ?) et celui de sa nécessité (n'existait-il pas de mesure moins attentatoires aux libertés susceptible de le réaliser ?) revêtent une portée « technique » ou « instrumentale », le contrôle de la proportionnalité au sens strict de la restriction critiquée par le requérant apparaît beaucoup plus indéterminé et complexe. Il revient, en un sens, à se demander si, « tout mis dans tout », les « bénéfiques » tirés de la restriction valent la « peine » que représente l'atteinte aux droits garantis.

§ 1. Le principe : la « pesée » des intérêts

323. Le test de proportionnalité *stricto sensu* pose la question de l'équilibre entre les intérêts en conflit. Il consiste à vérifier si les autorités étatiques ont opté pour le « meilleur compromis possible » entre les intérêts considérés⁶⁵⁴.

Ainsi, lorsqu'un requérant argue de la méconnaissance par l'Etat de ses obligations négatives ou positives découlant de l'article 8, il faut dans les deux cas avoir égard « au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents »⁶⁵⁵. Le juge européen doit alors par exemple déterminer si oui ou non une restriction apportée à la capacité juridique est proportionnée à l'objectif de protéger la personne concernée (obligations négatives) ou vérifier que des efforts adéquats ont été mis en œuvre pour mettre un terme à une situation de violences conjugales, compte tenu des ressources disponibles (obligations positives).

De même, dans le contexte de l'application de l'article 14, une différenciation est discriminatoire « si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁶⁵⁶. Il s'agira alors, par exemple, pour le juge européen de décider si l'exclusion des concubins du bénéfice de tel avantage fiscal ou social est suffisamment justifiée par la singularité du statut matrimonial (non-discrimination).

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'examiner la conformité à la Convention d'une décision judiciaire ou administrative ou bien des conséquences d'une règle de nature législative, aucune de ces questions n'est aisée à résoudre : aucune évidence hiérarchique ne se dégage de la simple énonciation de la question, à plus forte raison dans le contexte de « nos sociétés pluralistes au sein desquelles coexistent “plusieurs mondes de justification” dont il n'est pas certain a priori qu'ils soient commensurables »⁶⁵⁷.

§ 2. Le problème : l'absence de métrique

324. Un exercice de « pesée » ou de « mesure » suppose en effet normalement une métrique commune permettant d'attribuer à chacun des termes en présence une valeur immédiatement comparable. Or, il semble bien que comparer les droits individuels aux intérêts étatiques ou individuels concurrents revienne la plupart du temps à comparer « des pommes et des oranges »

⁶⁵⁴ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p. 6.

⁶⁵⁵ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt Clemenso et autres c. Italie du 21 octobre 2008, § 42.

⁶⁵⁶ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, § 98.

⁶⁵⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., pp. 432-433.

ou « le poids d'une pierre et la longueur d'une ligne »⁶⁵⁸ en raison de « l'incommensurabilité » des objets juridiques qui garnissent les plateaux de la balance⁶⁵⁹.

L'incommensurabilité est évidente dans les conflits dits « classiques » qui opposent un droit individuel et un intérêt collectif. Ainsi, s'il est éventuellement possible d'établir des « hiérarchies » parmi les droits et au sein de ceux-ci et s'il est aussi envisageable d'opérer des « gradations » parmi les intérêts étatiques, ces considérations ne paraissent pas en mesure de contribuer immédiatement à la résolution du problème lorsqu'il s'agit, précisément, de confronter les intérêts individuels aux objectifs poursuivis par l'Etat. Les intérêts considérés sont pourvus d'un poids conventionnel important mais leur importance relative ne permet pas de les départager quand ils sont en concurrence. Prenons par exemple la question du sadomasochisme : il apparaît, d'un côté, que la liberté sexuelle constitue l'un des aspects les plus intimes de la vie privée et, de l'autre, que la protection de la santé et/ou de la morale sont des objectifs étatiques potentiellement investis d'un poids considérable aux yeux du juge européen (voy. *infra* n° 582 et s.).

Mais l'incommensurabilité préside aussi à la confrontation de plusieurs intérêts individuels concurrents dans le cadre des « conflits de droits », à raison de l'insuffisance des indices hiérarchiques offerts par le juge européen. Ainsi, comme il est souligné par Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « il faut bien constater que les “indices de hiérarchie” [...] susceptibles d'être récoltés dans le texte de la Convention et les prises de position de sa principale interprète, sont de toute façon largement insuffisants pour ordonner l'ensemble du catalogue conventionnel autour d'une hiérarchie stricte et univoque, qui serait elle-même en mesure de fournir une réponse immédiate aux multiples conflits susceptibles de surgir au sein de ce catalogue. Il en va d'autant plus ainsi à propos des conflits “intra-droit” »⁶⁶⁰.

Cette difficulté posée par l'incommensurabilité des intérêts à arbitrer est telle que certains considèrent – à la suite de Jürgen HABERMAS – que les décisions judiciaires basées sur la balance des intérêts sont inévitablement arbitraires⁶⁶¹ et dès lors que le processus qui y conduit est « assystématique et inthéorisable »⁶⁶² ou s'apparenterait au « bon sens populaire »⁶⁶³ ou à un « processus mystique d'intuition »⁶⁶⁴. Moins pessimistes, d'autres estiment au contraire – à l'instar de Robert ALEXI – que si aucune hiérarchisation *a priori* des droits et intérêts n'est possible, en sorte que le poids de ceux-ci est nécessairement relatif, une hiérarchisation contextualisée peut intervenir d'une manière rationnelle⁶⁶⁵. Dans ce contexte, il échet de s'interroger sur les techniques qui peuvent être mises en œuvre pour éviter l'arbitraire et promouvoir la rationalité du test de proportionnalité.

⁶⁵⁸ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux ...*, *op. cit.*, p. 376. Ces images évocatrices ont été originellement utilisées par le juge Antonin Scalia dans son opinion concordante jointe à l'arrêt rendu en 1988 par la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Bendix Autolite Corp. v. Midwestco Enter* (voy. M. BOROWSKI, « On apples and oranges : Comment on Niels Petersen », *German Law Journal*, 2013, pp. 1410-1411).

⁶⁵⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 236.

⁶⁶⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, pp. 310-311.

⁶⁶¹ Les intérêts en compétition seraient seulement pesés en fonction « de standards et de hiérarchies coutumières » (« *customary standards and hierarchies* ») (J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1996, p. 259).

⁶⁶² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 168.

⁶⁶³ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 1997, p. 51 (cité par S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 168).

⁶⁶⁴ S. TRECHSEL, « La durée raisonnable de la détention préventive (art. 5 par. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *Revue des droits de l'homme*, 1971, p. 144 (cité par S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 168).

⁶⁶⁵ R. ALEXI, « On balancing and subsumption. A structural comparison », *Ratio Juris*, 2003, sp. p. 439.

§ 3. La « préférence de principe » pour les droits individuels

A. Le principe : l’Affaire linguistique belge

325. Le juge européen peut en premier lieu s’appuyer lorsqu’il s’engage dans le test de proportionnalité sur la « préférence abstraite » ou la « priorité » qui devrait être reconnue aux droits sur les intérêts étatiques. Un tel principe de « faveur » pour les droits correspondrait à la nature même de la Convention qui est un instrument de protection des droits de l’homme et constituerait en quelque sorte un « horizon régulateur » ancré dans la philosophie morale qui caractérise le projet conventionnel⁶⁶⁶. Dans l’*Affaire linguistique belge*, la Cour a considéré que « la Convention implique [...] un juste équilibre entre la sauvegarde de l’intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l’homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers » (§ 300)⁶⁶⁷. Si on prend à nouveau l’exemple du sadomasochisme, le principe conduit à donner *a priori* la préférence à la liberté sexuelle sur les intérêts avancés par l’Etat.

326. Si la Cour a pu à différentes reprises affirmer que les restrictions aux droits devaient s’interpréter de manière étroite, elle a pris à certaines occasions le parti inverse de traiter sur un pied de stricte égalité les uns et les autres en déniaient apparemment toute priorité quelconque aux premiers sur les seconds⁶⁶⁸. La prévalence de principe des droits individuels sur les intérêts collectifs n’est donc pas parfaitement constante dans la jurisprudence de Strasbourg. Par-delà l’inconstance relative de sa mobilisation par le juge européen, le principe « *priority to rights* » s’expose inévitablement à deux critiques qui grèvent considérablement son éventuelle aptitude à faciliter l’opération de pesée des droits et intérêts. En premier lieu, la « préférence » pour les droits traduirait la prévalence, dans le prétoire européen des droits de l’homme, d’une conception excessivement individualiste. En second lieu, la « priorité » reconnue aux droits individuels paraît dépourvue d’utilité dans le contexte des conflits de droits, dont il a été démontré qu’ils avaient vocation à représenter un part toujours plus importante du contentieux.

B. L’insuffisance du principe : individualisme vs communautarisme (OST et VAN DE KERCHOVE)

⁶⁶⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 313. La règle de priorité se comprendrait aussi comme une « préférence abstraite » qui influe sur la résolution du conflit sans toutefois déterminer celle-ci entièrement (C.-A. MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in *De la Constitution. Etudes en l’honneur de J.-A. Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, p. 57 et s.). En d’autres termes encore, les droits seraient des « normes hautement prioritaires » (« *high priority norms* ») qui « sans être absolues sont suffisamment fortes pour l’emporter le plus souvent lorsqu’elles sont en compétition avec d’autres considérations » (J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, *op. cit.*, p. 9 (traduction libre)).

⁶⁶⁷ Voy. à ce propos : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁶⁶⁸ S. GREER, « “Balancing” and the European Court ... », *op. cit.*, p. 416. Cette ambivalence de l’attitude de la Cour à l’égard du *priority principle* trouve à s’exprimer, par exemple, dans l’arrêt *Van Der Heijden c. Pays-Bas* où la Cour a affirmé comparer « deux intérêts concurrents, à savoir, d’une part, l’intérêt de la protection de la vie familiale contre les ingérences de l’Etat et, d’autre part, l’intérêt de la poursuite des infractions graves, tous deux étant importants au regard du bien commun ». Les juges dissidents ont vigoureusement dénoncé cette annulation de la règle de priorité. Selon, cette manière de faire « est tout simplement contraire à l’esprit et la lettre de l’article 8 de la Convention » dès lors que « le respect de la vie familiale n’est pas seulement un intérêt mais un droit garanti par l’article 8 § 1 » tandis que « la prévention des infractions pénales est, quant à elle, un intérêt qui figure parmi les exceptions à la jouissance du droit déterminées par l’article 8 § 2 ». Selon eux, « alors que le droit doit être interprété de manière large, les exceptions doivent être interprétées de manière étroite. Il est donc inexact, en l’espèce, de soutenir qu’il s’agit de deux intérêts concurrents qui doivent être mis en balance » (§ 6).

327. Le principe de priorité est parfois critiqué en doctrine au titre de sa forte coloration individualiste et corrélativement de la dévalorisation qu'il opère des objectifs collectifs concourant avec les droits de l'individu.

Suivant Jean-Louis RENCHON, « la Cour est aujourd'hui comme aimantée par le pôle des droits et intérêts individuels, au sens où elle fait de plus en plus souvent prévaloir les valeurs de la liberté et de l'égalité sur la valeur de solidarité et elle penche dès lors pour la suprématie des finalités privées sur l'intérêt général ou le bien commun ». Or, poursuit-il, l'on ne pourrait construire une société « où chaque être humain apprend à vivre avec autrui et à tenir compte des intérêts de tous » si la liberté de poursuivre ses finalités individuelles prévaut toujours sur toute autre considération⁶⁶⁹. Cette réticence à l'égard du principe de priorité correspond à la critique formulée par le philosophe Marcel GAUCHET à l'encontre des droits de l'homme. Selon lui, l'excès d'individualisme qui les caractérise se comprend comme l'ultime étape de la sortie du religieux. Alors qu'au XIXe siècle, après la révolution française, les hommes « [avaient produit] un univers inédit par rapport à l'univers naturel existant » et « [s'étaient inventé] eux-mêmes collectivement dans le temps », le XXe siècle a vu émerger « une puissante vague d'individualisme » qui a bousculé les « encadrements collectifs patiemment constitués depuis un siècle ». Au terme de cette évolution, il faudrait constater « la disqualification muette et la liquidation de l'ensemble des facteurs structurants qui continuaient de figurer une transcendance des collectifs par rapport aux individus »⁶⁷⁰.

328. Pourtant, les droits de l'homme n'impliquent pas, par essence, l'abolition de toute inscription dans la collectivité sur l'autel du pluralisme libéral. Comme il est exposé par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « les droits de l'homme sont devenus l'étalon principal de l'action publique et la norme organisatrice de la conscience collective » en manière telle que « c'est encore dans leur langage – comme cela arrive à toute représentation promue au rôle ambigu d'idéologie sociale dominante – que s'exprime le jeu des représentations non individualistes inspirées par une conception plus communautaire du social »⁶⁷¹. Mireille DELMAS-MARTY propose une conception proche et affirme qu'il y a deux conceptions des droits de l'homme : l'une d'essence « libérale et individualiste » et l'autre davantage fondée sur

⁶⁶⁹ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions ... », *op. cit.*, pp. 164-165. Il y aurait là un « fossé » s'élargissant constamment entre les défenseurs d'une conception extrêmement libérale suivant laquelle « tout interdit, toute limitation ou privation dans ce domaine étaient devenus, au mieux, le signe d'une résistance mentale au progrès ou, au pire, d'une perception fascisante des relations humaines » et les défenseurs d'une approche totalement inverse aux yeux desquels l'humanité « ne se construit que par un travail de civilisation et d'éducation et que ce travail implique un assemblage complexe de droits et obligations, de permissions et d'interdictions, d'autodétermination et de contraintes, de liberté personnelle et de solidarité obligée » (J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1320).

⁶⁷⁰ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *op. cit.*, pp. 260-265. Pour GAUCHET, « le droit, sous l'aspect des droits de l'homme, s'érige en vérité exclusive de la démocratie, en refoulant la considération du politique et du social-historique, en s'installant à leur place, en se donnant pour eux ». A ses yeux, l'avènement de l'idéologie individualiste induit une certaine régression intellectuelle puisqu'elle rend « la culture indifférente et la réflexion inutile », mais surtout, elle emporte un « ethnocentrisme égalitaire » qui conduit à la barbarie. L'individu est « le foyer exclusif de référence » et le droit ne fait « qu'apporter sa sanction explicite à ce qu'autorise le politique et à ce que crédibilise la société ». GAUCHET explique encore que les droits de l'homme « disent fortement pourquoi et sur la base de quoi nous sommes ensemble ; ils ne fournissent pas, en revanche, de quoi penser et maîtriser le façonnement effectif de l'être ensemble. En pratique, ils poussent dans le sens d'une transformation procédurale-identitaire de la relation de représentation entre pouvoir et société, érigeant la prise en compte et la reconnaissance des singularités, quelles qu'elles soient, en enjeu central de la vie publique » (M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *op. cit.*, pp. 271-286).

⁶⁷¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 517. A propos de la Constitution belge, Marc VERDUSSEN note, quant à lui, que les droits fondamentaux « traduisent un consensus éthique propre aux sociétés politiques libérales, soucieuses de l'épanouissement de la personne humaine, bien que [...] cette lecture libérale dominante ne soit pas exclusive de visions moins individualistes des droits fondamentaux » (M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, *op. cit.*, p. 10).

l'idée d'une « conscience collective » et d'un « lien humain »⁶⁷². En somme, les droits de l'homme « ne constituent pas seulement des droits subjectifs mais expriment également un ensemble de principes objectifs, un ordre objectif de valeurs »⁶⁷³ et ils exigeraient à la fois la protection de « l'homme dans son individualité » et la protection de « l'homme dans son universalité »⁶⁷⁴. Dans un tel contexte, Béatrice PASTRE-BELDA souligne que la jurisprudence de la Cour prête le flanc aux critiques quand elle est « mise au service de la seule satisfaction des choix individuels, occultant par la même certaines valeurs fondamentales exprimant l'intérêt commun et transcendant les droits de l'homme »⁶⁷⁵.

329. Une « préférence » ou une « priorité » structurelle donnée aux droits paraît conforme au projet conventionnel, mais son rôle ne peut excéder celui d'une « première indication » ou d'une « manière d'appréhender » le litige strasbourgeois. En effet, dès l'origine, des intérêts collectifs ont été identifiés comme susceptibles de restreindre les droits garantis. Le rapport des droits individuels aux intérêts étatiques est donc appelé à se jouer sur un mode beaucoup plus dynamique que la simple prévalence systématique des premiers sur les seconds. Dans ce contexte, il appartient à la Cour de rechercher perpétuellement le point d'équilibre entre les dimensions individuelle et collective. Quels que soient les efforts déployés, toutefois, la Cour paraît condamnée, dès lors qu'elle se trouve « au centre des conflits », à « décevoir la confiance presque aveugle que beaucoup ont voulu leur accorder »⁶⁷⁶. Face aux insuffisances de l'individualisme libéral, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE recherchent les « linéaments d'un communautarisme moderne »⁶⁷⁷.

330. Quoiqu'il en soit de cette objection idéologique, il faut bien constater que l'utilité du principe de priorité ne saurait en tout état de cause être qu'extrêmement limitée. Nous avons en effet déjà eu l'occasion d'exposer qu'au mouvement d'extension et d'approfondissement de la garantie des droits s'articulait un mouvement de reconfiguration des intérêts que l'Etat est susceptible d'y opposer valablement. A la faveur de ce double mouvement, le conflit de droits s'est progressivement imposé comme une figure incontournable du contentieux européen des droits de l'homme, voire comme le mode ordinaire de configuration des litiges dans le procès strasbourgeois. Or, l'intérêt d'un principe de « priorité aux droits » paraît bien limité lorsque précisément ce sont deux droits fondamentaux qui trouvent à s'opposer ... Le principe de priorité des droits individuels sur les intérêts collectifs perd ainsi tout intérêt lorsqu'est en cause non pas un « conflit classique » confrontant un droit individuel à un intérêt collectif mais un conflit entre droits individuels. Dans ce cas, en effet, les objets juridiques qui garnissent les plateaux de la balance sont de même nature et aucun des deux ne peut prétendre à une préférence qui le placerait dans une position avantageuse. A défaut pour le principe de priorité d'offrir un quelconque secours dans le champ de plus en plus vaste des conflits entre droits fondamentaux, il convient alors de se mettre en quête d'un nouvel « horizon régulateur »⁶⁷⁸.

⁶⁷² La première conception est « inscrite dans les déclarations américaine et française du XVIII^e siècle (d'esprit libéral et individualiste), exprime à travers les droits de l'homme une éthique de la volonté et du consentement, donnant l'image d'individus dressés dans leur liberté, les uns face aux autres ». La seconde conception « qui se rattache à l'idée d'une conscience collective, fonde le lien humain sur la dignité, ou plutôt sur l'égale dignité ». Elle est « plus intrusive » et « institue une normativité, non seulement de la relation aux autres, mais de la relation à soi, conduisant à défendre "l'humanité de l'homme" au besoin contre lui-même, avec les dérives que cela peut entraîner » (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, *op. cit.*, pp. 131-132).

⁶⁷³ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, pp. 159-160.

⁶⁷⁴ M.-E. BAUDOUIN, « Consonances et dissonances dans le discours européen des droits de l'homme. Violationnistes et étatistes : la définition du rôle du juge européen », in *Les droits de l'homme ont-ils institutionnalisés le monde ?* (dir. S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 81.

⁶⁷⁵ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 255.

⁶⁷⁶ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 526 et s.

⁶⁷⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 315 ; S. GREER, « "Balancing" and the European Court ... », *op. cit.*, p. 418.

§ 4. La « prédétermination » de la balance des intérêts : le poids du droit considéré

331. Au-delà de cette inclination « naturelle » de la Cour à préférer par principe les droits aux intérêts collectifs, la balance des intérêts se trouve évidemment en partie prédéterminée par le poids revêtu par la prérogative individuelle considérée. La Cour a à cet égard progressivement mis en évidence une palette de « tests » depuis l'exigence « maximale » de « raisons particulièrement graves » ou de « circonstances exceptionnelles » jusqu'à l'exigence « minimale » que l'attitude de l'Etat ne soit pas « manifestement déraisonnable » ou ne révèle pas de « défaut important ».

A. Les droits « absolus » et le principe de la balance « pratiquement fermée »

332. Des situations de « forte prédétermination » se présentent notamment mais pas uniquement en raison des rapports de proximité ou de confrontation qui peuvent exister entre la garantie de la vie privée et familiale et les droits « absolus » garantis par les articles 2 et 3 de la Convention. En effet, si l'existence même de quelconques absolus conventionnels est parfois mise en doute, quatre droits conventionnels sont unanimement considérés comme « les moins susceptibles » de faire l'objet de restrictions : le droit à la vie (art. 2) ; l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3) ; l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4) et la non rétroactivité de la loi pénale (art. 7) (voy. *supra* n° 148 et s.)⁶⁷⁹. Il n'est dès lors pas étonnant que les hypothèses de « balance pratiquement fermée » se rencontrent, principalement, lorsque ces droits qui sont des candidats sérieux à l'absoluité sont en cause. Dans cette configuration, l'un des intérêts garnissant les plateaux de la balance est investi d'un poids tel qu'il est « pratiquement sûr » de l'emporter. Les droits « absolus » se caractériseraient aussi par leur caractère « non renonçable » au sens où en raison de leur importance l'individu ne pourrait en disposer librement.

B. Les droits « relatifs » et le principe de la balance « largement ouverte »

333. Dans le contexte de la mise en œuvre du droit au respect de la vie privée et familiale, le litige strasbourgeois est *a priori* faiblement prédéterminé. Une logique de type « utilitariste » prévaut en effet dans les contentieux relatifs qui correspondent aux droits garantis par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention. Ces articles, dont la structure même reflète la possibilité d'apporter des restrictions aux droits sont ceux qui mettent le plus en évidence la circonstance que si la Convention a été rédigée dans un contexte où il s'agissait essentiellement de protéger l'individu contre l'Etat, les intérêts collectifs ont d'emblée été pris en considération (voy. *supra* n° 148 et s.)⁶⁸⁰. Il n'est alors guère surprenant que la balance des intérêts s'y mette en œuvre de manière *a priori* largement ouverte, les intérêts étatiques ayant *a priori* « toutes leurs chances » face aux droits fondamentaux invoqués par les requérants.

C. La nature des obligations étatiques

⁶⁷⁹ E. DECAUX, « La question de la typologie des droits ... », *op. cit.*, p. 312 ; D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-194 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 382.

⁶⁸⁰ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, p. 69.

i) *Les obligations négatives*

334. Les valeurs protégées par les articles 2 et 3 de la Convention sont en mesure de prévaloir « quasiment toujours » sur les intérêts qui prétendraient les concurrencer⁶⁸¹. Mais, même à propos des droits « absolus », et même en matière d'obligations négatives, toute prétention à l'absoluité doit immédiatement être nuancée. Dans l'arrêt *McCann c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995 la Cour a exposé que les autorités étatiques ne pouvaient porter atteinte à la vie des individus que lorsque pareille atteinte est « absolument nécessaire » pour atteindre un des objectifs visés au paragraphe 2 de cette disposition (§ 149). De même est-il affirmé dans *R.R. c. Pologne*, à propos de l'article 3 que « l'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime » (§ 148).

335. Les restrictions aux prérogatives qui ressortissent au noyau dur de la vie privée appellent de la même manière *a priori* des justifications particulièrement fortes. A cet égard, la Cour emploie une multitude d'expressions dont on ne sait si elles sont équivalentes ou d'intensité différente. Ainsi, dans un arrêt *X. et Y. c. Croatie* du 3 novembre 2011, il est affirmé que « priver quelqu'un de sa capacité est une mesure très sérieuse qui devrait être réservée à des circonstances exceptionnelles » (§ 91)⁶⁸². De même est-il affirmé, dans l'arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* qu'une ingérence qui concerne « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée » ne peut se justifier que par « des raisons particulièrement graves » (§ 89). Les restrictions aux prérogatives qui ressortissent au noyau dur de la vie familiale appellent ainsi *a priori* des justifications particulièrement fortes. Relevons encore, dans l'arrêt *Zambotto Perrin c. France* du 26 septembre 2013, l'insistance sur l'exigence que « des mesures aboutissant à briser les liens entre un enfant et sa famille ne soient appliquées que dans des circonstances exceptionnelles » (§ 92).

ii) *Les obligations positives*

336. La garantie procurée par les articles 2 et 3 ne saurait en tout état de cause être tenue pour absolue lorsqu'est en cause une obligation positive de protéger l'individu contre les tiers. Ainsi est-il affirmé, dans *Osman*, à propos de l'article 2 de la Convention, que « vu la nature du droit protégé par cet article, essentiel pour l'économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question » (§ 116). De même, la Cour a-t-elle pu affirmer, dans *O'Keeffe*, à propos de l'article 3 que « les mesures requises doivent au moins permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance » (§ 144). Ainsi, « par-delà les rappels incantatoires en sens contraire, les droits “absolus”, parce que “indérogeables” sont adjugés avec une dose, clandestine mais néanmoins bien réelle, de relativité »⁶⁸³.

⁶⁸¹ Ainsi, dans l'affaire *Odièvre c. France*, relative à l'accouchement sous x, la Cour a-t-elle pu affirmer que « le droit au respect de la vie [était une] valeur supérieure garantie par la Convention » (§ 45) tandis que la juge GREVE a souligné, dans son opinion concordante, que « la Cour reconnaît que le droit à la vie l'emporte sur tout autre [dès lors que] tous les autres droits consistent à conférer une certaine qualité à la vie ». Dans l'affaire *Z. et autres c. Royaume-Uni*, relative à des violences et abus infligés à des enfants, la Cour a rappelé que « l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques [et] prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants » (§ 73).

⁶⁸² Traduction libre.

⁶⁸³ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 315.

337. Lorsqu'est concerné le noyau dur de la vie privée ou familiale, les obligations positives horizontales de l'Etat sont également élevées. Dans *K.U. c. Finlande*, la Cour a affirmé qu'une obligation positive doit être interprétée d'une manière qui ne place pas « une charge impossible ou disproportionnée » aux autorités ou au législateur (§ 48). Dans *Söderman c. Suède*, la Cour a considéré que « le critère du défaut important, aussi défendable soit-il dans le contexte d'une enquête, n'a pas de rôle significatif à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'Etat défendeur était ou non doté d'un cadre juridique adéquat [...] car la question qui se pose à la Cour est de savoir si dans les circonstances le droit offrait à la requérante un niveau acceptable de protection »⁶⁸⁴.

D. L'exigence de non-discrimination

338. Certaines différences de traitement, au premier rang desquelles celles fondées sur la naissance, sur le sexe et l'orientation sexuelle paraissent en mesure de prétendre à une protection absolue (ou à tout le moins « quasi-absolue ») (voy. *supra* n° 162)⁶⁸⁵. L'usage combiné de référence à une véritable absoluité et à des « motifs impérieux » ou à des « raisons particulièrement solides et convaincantes » peut surprendre : les différences de traitement sont-elles véritablement inacceptables ou simplement très difficilement justifiables ?

339. L'interdiction des différences de traitement fondées sur la naissance – telle qu'elle a pu être affirmée dès l'arrêt *Marckx c. Belgique* de 1979 – représente certainement une zone de « non-négociabilité » en droit de la Convention européenne. Dans l'arrêt *Fabris c. France*, la Cour a fait valoir que l'interdiction des discriminations fondée sur le caractère « naturel » du lien de parenté appartenait à « l'ordre public européen » (§ 57), dans le contexte européen où le principe d'égalité avait fait « disparaître les notions même d'enfant légitime et naturel » (§ 58). Il s'ensuivait que « seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage » (§ 59). En réalité, on voit mal quelles pourraient être aujourd'hui ces « raisons très fortes » capables de justifier le traitement différencié des enfants naturels ou adultérins.

340. Les différences de traitement fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle font quant à elles – nous semble-t-il – l'objet d'une interdiction « seulement » quasi-absolue. Ainsi, d'un côté, la Cour a expressément considéré – dans *Konstantin Markin c. Russie* – que « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une [différence de traitement fondée sur le sexe] » (§ 127) et que « l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important » (§ 150). Dans l'affaire *X. et autres c. Autriche*, la Cour a rappelé que « [les différences fondées sur l'orientation sexuelle] doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des “raisons particulièrement solides et convaincantes” » et que « les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention ».

⁶⁸⁴ L. LAVRYSEN, « No “significant flaws” in the regulatory framework: *E.S. v. Sweden* and the lowering of standards in the positive obligations case-law of the European Court of Human Rights », *Human Rights and International Legal Discourse*, 2013, p. 155 et s.

⁶⁸⁵ Il a pu être avancé que l'article 14 de la Convention recèlerait lui aussi un droit intangible dès lors que, si la qualification de discrimination est retenue, aucune justification quelconque ne peut être acceptée de l'Etat (D. SHELTON, « Mettre en balance les droits ... », *op. cit.*, pp. 153-194. Selon Marc BOSSUYT, le constat d'une différence de traitement fondée sur l'un des critères visés par l'article 14 – « *the most problematic ones* » – donne lieu tout au plus à une suspicion générant une présomption réfragable de discrimination et induisant l'allocation au gouvernement de la charge de la preuve (M. BOSSUYT, « Article 14 », *op. cit.*, p. 478).

»⁶⁸⁶. L'inflexibilité affichée par la Cour en matière de distinction fondée sur la naissance cède ici le pas à une attitude plus ambiguë et, en pratique, la Cour admet certaines différenciations fondées sur le sexe (*Andrle*) ou fondées sur l'orientation sexuelle (*Gas et Dubois*) en suspendant la validation conventionnelle de celle-ci à leur caractère temporaire et transitoire ou en feignant de ne pas apercevoir la différenciation indirecte nichée dans un critère *a priori* neutre (voy. *infra* n° 848 et 1103).

§ 5. Une méthodologie approximative : absolutisme et utilitarisme

341. Dans les multiples configurations possibles du test de proportionnalité (obligations positives ou négatives, exigences de non-discrimination), les droits absolus sont donc largement contaminés par la relativité, tandis que les droits relatifs accèdent parfois à des formes plus ou moins authentiques ou ambiguës d'absoluité. La complexité de la pondération des intérêts déjoue donc dans une très large mesure toute velléité du juge européen des droits de l'homme de se référer à une quelconque « prédétermination objective » du test de proportionnalité. Au surplus, même lorsque la Cour identifie clairement un « test » à appliquer – tel que celui des « circonstances exceptionnelles » – elle ne se sent à l'évidence pas tenue de manière absolue par celui-ci comme il résulte par exemple de l'affaire *Amanalachioai* (voy. *infra* n° 815).

A. Le grief de subjectivisme/d'arbitraire

342. Rarement totalement ouverte et jamais absolument fermée la balance strasbourgeoise des droits et intérêts est donc un lieu de « relative indétermination » qui est un terrain propice pour le déploiement de la subjectivité voire de l'arbitraire. A défaut de « lignes de conduite » dans la confrontation des « objets juridiques » qui doivent être pesés, la Cour de Strasbourg est constamment accusée de « naviguer à vue » et de manier la balance des intérêts au seul gré des conceptions subjectives ou des humeurs des juges qui la composent. La méthodologie jurisprudentielle de la Cour (ou l'absence d'une telle méthodologie) confirmerait ainsi les craintes de Jurgen HABERMAS plutôt qu'elle ne justifierait la confiance de Robert ALEXANDER.

A cet égard, Marie-Bénédicte DEMBOUR expose que « la Cour a parfois considéré que la Convention avait été ou n'avait pas été violée par référence à des circonstances factuelles listées mais malheureusement pas comparée de manière systématique » et que « la Cour ne se réfère pas nécessairement aux mêmes facteurs dans des cas apparemment similaires » étant entendu que « quand elle le fait elle n'attribue pas toujours à un facteur donné le poids qui semblait lui avoir été donné dans des affaires antérieures »⁶⁸⁷. En outre, les motivations des arrêts européens se trouveraient parfois, selon Caroline PICHERAL, réduites à des « affirmations abruptes » ou à

⁶⁸⁶ Dans un arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, la Cour a même affirmé qu'une distinction fondée sur l'orientation sexuelle – comme celle qui avait été mise en œuvre en l'espèce par les autorités internes – était une « distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention » (§ 36). Dans l'arrêt *E.B. c. France*, il était affirmé que « si les raisons avancées pour une [...] distinction se rapportaient uniquement à des considérations sur l'orientation sexuelle de la requérante, la différence de traitement constituerait une discrimination au regard de la Convention » (§ 93). Voy. aussi par ex. : Cour eur. dr. h. arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, § 90 ; Cour eur. dr. h. arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003, § 45 ; Cour eur. dr. h. arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, § 37 ; Cour eur. dr. h. arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, §§ 96-97 ; Cour eur. dr. h. arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, § 59 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013, § 77.

⁶⁸⁷ En somme, « de manière évidente et regrettable, la Cour ne ressent pas le besoin d'expliquer la manière dont elle réalise l'exercice de balance – son calcul. En lieu et place, elle liste des circonstances factuelles et conclut ensuite sans autre explication » (M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, op. cit., p. 89 (traduction libre) ; M.-B. DEMBOUR, « Etrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 959-982).

des « arguments d'autorité », le manque de rigueur ou de systématique ne parvenant pas « à donner pour objective la signification retenue »⁶⁸⁸. La jurisprudence relative à l'article 14 de la Convention n'échappe pas aux critiques, un auteur ayant notamment pu dénoncer l'absence de fondation doctrinale ou théorique solide pour la conduite du test de non-discrimination⁶⁸⁹.

Une telle indétermination de la balance des intérêts est non seulement contraire à l'impératif de sécurité juridique⁶⁹⁰, mais elle est aussi dommageable pour l'ensemble des destinataires individuels et étatiques de la jurisprudence de la Cour⁶⁹¹. Le principe de prévalence des droits sur les intérêts collectifs est à la fois insatisfaisant et insuffisant et les indices hiérarchisants disséminés dans le *corpus* jurisprudentiel ne suffisent pas à canaliser l'interprétation. Le poids de des droits apparaît fluctuant tandis que certains intérêts figurant au § 2 de l'article 8 apparaissent de manière elliptique, indirecte ou ambiguë. Il convient alors de prendre à bras le corps la question de la déstructuration de la balance, ce qui ne peut se faire qu'en prenant préalablement conscience de ce que la tension entre les pôles constitués par le test « entièrement ouvert » et la pesée « complètement fermée » est consubstantielle à l'office du juge européen des droits de l'homme.

B. L'explication : absolutisme et utilitarisme

343. Au plan théorique, cette tension entre contrôle fermé et contrôle ouvert correspond à l'opposition entre l'approche « utilitariste » des droits de l'homme et l'approche « absolutiste » de ceux-ci. Dans la conception « absolutiste », inspirée par l'idéalisme d'Emmanuel KANT, tout n'est pas toujours négociable, en sorte que certaines options sont toujours mauvaises quelles que soient l'« utilité » qui en découlerait par ailleurs. Pour un absolutiste, il est des intérêts qui sont indiscutables et non négociables et méritent une protection absolue en manière telle que la technique de la pondération des intérêts devrait s'effacer face à eux puisqu'ils l'emportent en toutes circonstances, quels que soient les intérêts qu'on prétendrait y mesurer. Au contraire, dans l'approche « utilitariste », héritée du philosophe libéral Jeremy BENTHAM, on postule que tout est toujours arbitral, en manière telle que la légitimité d'une option doit, dans tous les cas, s'apprécier au regard du rapport entre le « bien » et le « mal » qu'elle génère et être jugée à l'aune de l'« utilité » globale qu'elle produit⁶⁹². Autrement dit, pour un utilitariste, rien n'est donné *a priori*, tout est politique et sujet à discussion, en sorte qu'aucun intérêt ne serait en mesure de prétendre l'emporter toujours et de se soustraire à la pesée des intérêts⁶⁹³.

Les quelques exemples que nous avons donné rendent compte de tendances « utilitaristes » et « absolutistes » dans la jurisprudence de la Cour, mais les deux philosophies ne s'y rencontrent

⁶⁸⁸ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 147.

⁶⁸⁹ Cela qu'il s'agisse de la question des discriminations indirectes, de celle du tertium comparationis ou encore des critères susceptibles de donner lieu à un examen sous l'angle de l'exigence de non-discrimination (J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 4-5).

⁶⁹⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et droit de la famille* (dir. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ), LGDJ, 1996, p. 179.

⁶⁹¹ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication : Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, pp. 115-156 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 615 et s.

⁶⁹² S. CHOUDHRY et J. HERRING, *European human rights and family law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 103-105. On pourrait ainsi en quelque sorte attribuer des valeurs précises aux états de bonheur et de malheur et introduire ces valeurs dans un calcul susceptible de déterminer pour un problème donné la solution propre à maximiser « le bonheur du plus grand nombre » (M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, p. 69).

⁶⁹³ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

pas à l'état pur : on observe plutôt une fluctuation relativement déstructuée entre ouverture et fermeture, entre indétermination et détermination.

344. Selon Marie-Bénédicte DEMBOUR, semblable oscillation peut également se lire comme l'expression d'un « rapport de complémentarité ». Ainsi, l'absolutisme constituerait une limite à l'utilitarisme : on pourrait, en ce sens, être utilitariste jusqu'au moment où une prohibition absolue est méconnue, cette conjonction des approches permettant au surplus de rencontrer les limites que présente chacune d'entre elles : l'utilitarisme ne peut « jeter un nouveau regard sur le monde chaque jour ou chaque minute » et l'absolutisme est tenu « de réagir aux faits qui bousculent ses principes »⁶⁹⁴. Il y aurait donc non pas une rupture entre le modèle absolutiste et le modèle relativiste, mais plutôt une gradation ou une progression.

Dans ce contexte, la résolution du problème de l'incommensurabilité des droits et intérêts peut passer par une structuration du contentieux qui impliquerait surtout un plus grand systématisme. Il s'agirait que, pour un contentieux particulier, on puisse, dans une certaine mesure, savoir *a priori* quels seront les éléments à examiner et connaître *a priori* le poids que revêtira chacun de ces éléments dans la balance des intérêts. Entre la balance « pratiquement fermée » au titre de l'intervention d'un intérêt « absolu » et la balance « largement ouverte » dont le résultat serait totalement aléatoire, il serait possible de structurer, autour de certains mécanismes ou principes, le fonctionnement de la pesée des intérêts.

§ 6. La volonté de structurer la balance des intérêts

345. Le modèle du « *structured balancing* » proposé par Stefan SOTTIAUX et Gerhard VAN DER SCHYFF revient précisément à développer un cadre pour la mise en œuvre du test de proportionnalité. Un tel cadre devrait fixer : les facteurs à prendre en compte ; le poids attaché aux droits et intérêts concernés ; qui supporte la charge de quelle preuve et quelle est la rigueur du contrôle⁶⁹⁵. Ainsi comprise, la « pesée structurée » des intérêts existe déjà dans la jurisprudence de la Cour et s'y manifeste essentiellement sous deux formes. *En premier lieu*, la Cour a élaboré, dans certains domaines particuliers de sa jurisprudence, de véritables « grilles d'analyse » lui permettant de reproduire de cas en cas une même méthodologie d'adjudication. *En second lieu*, la Cour a fait émerger, transversalement, un certain nombre de « concepts interprétatifs » permettant d'appréhender un cas sous un certain angle ou sous une certaine lumière.

A. La structuration formelle de la balance : les « grilles d'analyse »

346. Dans certains contentieux spécifiques, la Cour a progressivement élaboré un véritable « schéma de résolution » qu'elle reconduit d'espèce en espèce. Le procédé, outre qu'il « cadre » la réflexion judiciaire, assure une grande « comparabilité » des espèces et participe en ce sens à la transparence de la jurisprudence⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 78-84.

⁶⁹⁵ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, pp. 136-137.

⁶⁹⁶ On peut pointer le contentieux de la liberté d'expression et d'association des partis politiques liberticides. Ainsi, dans l'arrêt *Refah Partisi c. Turquie* la grande chambre a souligné qu'une mesure drastique comme la dissolution d'un parti politique ne peut être prise que dans les cas les plus graves, même si l'Etat ne doit pas attendre que le parti considéré soit en mesure d'effectivement commencer à conduire sa politique pour intervenir. Dans ce contexte, pour savoir s'il y a un besoin social urgent, il y a lieu de poser trois questions : (1) le risque pour la démocratie est-il suffisamment imminent ? (2) les actes et discours des dirigeants et membres sont-ils imputables à tout le parti ? (3) les actes et discours considérés rendent-ils compte d'un modèle de société incompatible avec le concept de société

Cette volonté de structuration « sectorielle » du consensus européen s'est notamment déployée, en matière de vie privée, dans les affaires relatives aux conflits entre droit au respect de l'image ou de la réputation et liberté d'expression. Ainsi, dans les affaires *Caroline Von Hannover c. Allemagne* (n°2) (droit à l'image) et *Axel Springer c. Allemagne* (droit à la réputation), la grande chambre a expressément listé des « critères pertinents pour la mise en balance » au crible desquels elle passe les circonstances particulières du litige. Dans le premier, la Cour a affirmé que « si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes » (§ 107) (voy. *infra* n° 614 et 621).

Elle s'est aussi imposée, en matière de vie familiale, dans la jurisprudence relative à la confrontation du droit au maintien des liens familiaux à l'intérêt public qu'il y a à éloigner les étrangers auteurs d'infractions graves. Ainsi, la Cour a-t-elle exposé, dans son arrêt *Boutif c. Suisse* du 2 août 2001, qu'elle n'avait « connu que d'un nombre restreint d'affaires dans lesquelles le principal obstacle à l'expulsion résidait dans les difficultés pour les époux de demeurer ensemble » et était « donc appelée à définir des principes directeurs pour examiner si la mesure était nécessaire dans une société démocratique » (§ 48) (voy. *infra* n° 679).

B. La structuration substantielle de la balance : les « concepts interprétatifs »

347. Par-delà cette structuration très poussée, mais somme toute relativement ponctuelle, de la balance, la Cour a surtout mis en évidence au fil du temps des « concepts interprétatifs » dont la récurrence participe aussi quoique sur un mode plus « diffus » au cadrage de la pesée des intérêts. Nous recenserons uniquement ici ceux dont l'impact pour notre matière est le plus prégnant. Certains de ces concepts – la dignité, l'autonomie et la vulnérabilité – présentent déjà une épaisseur indéniable dans l'économie de la jurisprudence strasbourgeoise. La prétention d'autres concepts – tels que la responsabilité ou l'identité – à contribuer à la structuration du flux jurisprudentiel relève davantage de la simple potentialité voire de la suggestion doctrinale. La mise en évidence de concepts interprétatifs s'inscrit dans le sillage du constat posé par Ronald DWORKIN, suivant lequel il est impossible d'accéder à une quelconque forme de « vérité morale », mais qu'il est possible de s'astreindre à « bien penser » les problèmes moraux⁶⁹⁷ en recourant à des « concepts interprétatifs » et en les articulant les uns aux autres⁶⁹⁸. CÉLINE HUSSON-ROCHCONGAR évoque aussi, de manière assez semblable, des « référentiels de valeurs » à « recombinaison en permanence »⁶⁹⁹.

i) La dignité humaine : un « idéal régulateur » ?

348. La notion de dignité, dont la conceptualisation philosophique doit beaucoup à l'italien Jean PIC DE LA MIRANDOLE (1463-1494), est absente des grandes déclarations des droits américaine et française de 1797 et 1789, mais apparaît dans la Charte des Nations-Unies de 1945⁷⁰⁰ et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁷⁰¹. Nous avons déjà vu

démocratique (relevé par : S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, p. 115).

⁶⁹⁷ R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁶⁹⁹ Selon cet auteur, dans un contexte de déformalisation du droit et de subjectivisation des valeurs, le recours juridictionnel aux valeurs induit un risque d'arbitraire. Mais le référentiel des valeurs définies comme « une forme condensée d'une certaine vision du monde » permet par contre aussi « la recombinaison permanente de ses éléments structurants ». Il s'ensuit, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, que le recours aux valeurs à la fois implique un risque de dérive subjective et peut contribuer au développement de la cohérence du droit international des droits de l'homme (C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, *op. cit.*, p. 491 et s.).

⁷⁰⁰ K. NERI, « La notion de dignité humaine ... », *op. cit.*, p. 58.

qu'en droit de la Convention européenne, elle pouvait opérer éventuellement comme « source » à laquelle puiser de nouveaux droits ou comme « droit » en soi et en tout cas comme un élément susceptible de conférer un « surcroît pondéral » au droit auquel elle est associée (c'est la conception *subjective* de la dignité humaine) (voy. *supra* n° 163). Nous avons vu également, cependant, que la dignité humaine pourrait également « [valoir], plus que toute autre, comme raison d'interdire »⁷⁰². On peut dès lors assurément s'interroger sur les « potentialités structurantes » d'une telle notion « mercenaire », concourant tantôt à la revendication de droits individuels, tantôt à la justification des restrictions imposées aux libertés par l'Etat⁷⁰³, et suspecte, dès lors, à tout le moins, d'ambiguïté⁷⁰⁴.

349. Malgré cette ambiguïté – ou en raison de celle-ci – la dignité est largement considérée comme un instrument potentiellement utile dans le « cadrage » des conflits de droits et intérêts. Le caractère foncièrement ambigu de la dignité n'est en d'autres termes pas nécessairement un obstacle à sa désignation comme valeur essentielle de la Convention européenne : il n'est que le reflet de sa nature profondément dialectique, de sa localisation à l'intersection de deux conceptions différentes et complémentaires de la personne humaine. Ainsi, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE font-il valoir que la modernité n'a pas rejeté toute espèce de bien constitutif au sens où « une certaine conception de la dignité de la personne humaine n'a cessé de l'inspirer, comme une auto-transcendance ou un idéal régulateur »⁷⁰⁵. De même, selon Mireille DELMAS-MARTY, « la dignité, par son ambiguïté même, permet de relier les deux conceptions : la dignité est l'essence des droits de l'homme quand elle concerne l'être humain pris comme individu et le défend, par exemple, contre la torture [...] ; mais elle caractérise aussi l'humanité, au confluent de deux processus, de différenciation et d'intégration »⁷⁰⁶. Sur le plan

⁷⁰¹ Reprises dans les deux pactes onusiens de 1966 et dans la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, la dignité apparaît encore dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée en 2000. La Convention internationale relative aux droits des enfants exige en son article 37 que « tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge ». La notion est portée au frontispice de la Loi fondamentale allemande de 1949 (*Grundgesetz*). En France, un Comité consultatif pour une révision de la Constitution a proposé, en 2003, de l'introduire dans la Constitution. Mais dès 1994, le Conseil constitutionnel à « constitutionnalisé » le principe de dignité humaine. Suivant l'article 10 de la Constitution espagnole, « la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale ». Suivant l'article 47 de la Constitution polonaise « toute personne a droit à la protection juridique de sa vie privée et familiale, de sa dignité et de sa réputation, et qu'elle a le droit de décider de sa vie personnelle » (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, *op. cit.*, pp. 238-239).

⁷⁰² M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *op. cit.*, p. 2.

⁷⁰³ D. MEMMI, « La dignité : une protestation 'somatisée' contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et justice, Paris, PUF, 2005, pp. 297-298. Les conceptions différentes de la dignité offrent d'ailleurs un critère de classement des traditions constitutionnelles. Aux Etats-Unis ou au Canada, les juridictions suprêmes pratiquent une dignité ancrée dans l'individu, alors que par exemple, le droit constitutionnel allemand défend une conception plus collective de la dignité (C. MCCRUDDEN, « Human Dignity ... », *op. cit.*, pp. 50-51) ;

⁷⁰⁴ Paul MARTENS évoque à cet égard la décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine qui condamne la répression pénale de la sodomie. Selon lui, « c'est certainement en se fondant sur le respect de la dignité humaine qu'on avait fait entrer jadis la dignité dans le Code pénal ; c'est en son nom qu'on l'en fait sortir ». Cet exemple illustre que la dignité humaine est une notion extrêmement ouverte qui permet de justifier tantôt la consécration d'un droit subjectif tantôt une limitation imposée aux droits individuels, éventuellement à propos d'une seule et même question (P. MARTENS, « Encore la dignité humaine ... », *op. cit.*, p. 566). Aux Etats-Unis également il existe « a dense but very confused picture of the role and meaning of human dignity within the ambit of legal rights ». Suivant R.D. GLENSY, il convient donc de donner quelque consistance théorique à cette notion et d'en définir les contours, dès lors que son invocation jurisprudentielle et doctrinale se développe, à peine qu'elle reste « a hollow rhetorical device » (R.D. GLENSY, « The Right to Dignity », *op. cit.*, pp. 65-67). Voy. aussi : K. NERI, « La notion de dignité humaine... », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁰⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 513-525.

⁷⁰⁶ Ainsi, explique-t-elle, « de l'homme à l'humanité, il n'y aurait pas seulement extension mais mutation, car on quitterait la philosophie des droits de l'homme – défendre l'individu contre le risque de pratiques arbitraires du pouvoir – pour une philosophie de l'humanité – reconnaître l'appartenance de tous à une même communauté,

théorique, cette réconciliation de deux conceptions contraires et complémentaires des droits de l'homme sous l'égide de la « méta-norme » que constituerait la dignité humaine est évidemment extrêmement séduisante. Il reste alors à voir si, concrètement, le concept de dignité est en mesure de procurer quelque soutien au juge européen chargé d'arbitrer des valeurs *a priori* incommensurables.

De prestigieux auteurs croient en tout cas fermement à la capacité de la notion à soutenir le raisonnement judiciaire dans le contexte de la mise en œuvre des instruments de protection des droits de l'homme. Ainsi François OST n'hésite-t-il pas à affirmer que la référence à la dignité pourrait précisément procurer « les moyens de départager les prérogatives en conflit » dans un cas particulier. Le critère de la dignité humaine permettrait, par exemple, selon lui, de trancher un conflit entre le droit d'accès aux médicaments et le droit de propriété sur les brevets pharmaceutiques⁷⁰⁷. Dans le même sens, le professeur d'Oxford Christopher MCCRUDDEN affirme que le concept de dignité humaine procurerait un « langage » au moyen duquel appréhender certaines difficultés spécifiques que rencontrent les juges des droits de l'homme au premier rang desquelles « les conflits de valeurs et l'incommensurabilité ». Dans le *Aviation Security Act Case*, explique-t-il, la possibilité pour l'armée d'abattre un avion civil détourné pour servir d'arme contre la population a été censurée par la Cour constitutionnelle allemande au titre de la dignité humaine⁷⁰⁸.

350. On comprend alors que l'utilité de la dignité humaine ne réside pas tant dans la mise en évidence d'un « contenu substantiel universel » de cette notion que dans l'adoption d'une « démarche procédurale ou formelle » fondée sur l'acceptation du « langage » ou de la « métrique » de la dignité. C'est en ce sens qu'il est permis d'invoquer, suivant l'heureuse expression du Professeur OST, un « idéal régulateur ». On ne s'étonnera pas alors de ce que l'usage juridictionnel de la notion de dignité humaine ne constitue pas une solution « toute faite » au problème d'incommensurabilité. Bien plutôt, il contribue à en rationaliser la gestion en instaurant les conditions d'un dialogue situé sur le même plan. L'affaire *Evans c. Royaume-Uni* procure à cet égard un édifiant exemple : alors que la majorité associe la dignité au droit de ne pas procréer, la minorité l'associe expressément au droit de procréer. La dignité n'offre pas de solution immédiate, mais elle insère le débat dans un référentiel commun. C'est déjà beaucoup. En synthèse, il y a lieu de reconnaître à la dignité humaine la portée d'un « meta-droit » constituant l'« essence de la Convention » et dont l'ambiguïté reflèterait une dynamique dialectique conjuguant deux compréhensions opposées et complémentaires de l'individu. En réalité, la notion serait même éventuellement dépourvue de contenu matériel objectivable, mais constituerait plutôt un « langage », une manière de bien poser les conflits de valeurs et d'y procurer la meilleure réponse possible. Les trois rapports dialectiques que nous étudions dans les pages qui suivent peuvent selon nous se comprendre comme des déclinaisons particulières de la notion dignité qui revêt consécutivement une portée proprement matricielle.

interhumaine et pas seulement interétatique, et protéger celle-ci, au besoin contre l'autonomie revendiquée par les individus » en manière telle que « alors que l'universalisme des droits de l'homme se heurte [...] à la diversité des cultures nationales, l'universalisme de l'humanité affronterait la multiplicité des aspirations individuelles » (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, *op. cit.*, pp. 250-251).

⁷⁰⁷ F. OST, « Stand up for your rights ! », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 68.

⁷⁰⁸ L'auteur prend l'exemple d'une affaire d'occupation illégale d'une terre par des squatters tranchée par la Cour constitutionnelle sud-africaine pour montrer que la dignité peut procurer une métrique commune. La Cour a considéré que le droit des propriétaires comme celui des occupants relevaient de la propriété et étaient sous-tendu par la dignité. La dignité n'est donc pas affectée ici à un des plateaux de la balance, mais identifiée des deux côtés. Elle constitue la métrique commune pour l'adjudication. Elle rend en d'autres termes, les intérêts commensurables. La Cour a en l'espèce tranchée en faveur des occupants illégaux (C. MCCRUDDEN, « Human Dignity ... », *op. cit.*, p. 67). Voy. aussi P.G. CAROZZA, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights : A Reply », *European Journal of International Law*, 2008, pp. 935-936.

ii) L'autonomie et la vulnérabilité : des « outils judiciaires » ?⁷⁰⁹

351. La dialectique de la dignité humaine se manifeste, en premier lieu, dans le droit de la Convention sous les traits de la diade formée par les notions d'autonomie et de vulnérabilité dont l'articulation est l'un des enjeux centraux de la philosophie de Paul RICOEUR⁷¹⁰. Les rapports entre les deux concepts sont complexes et concernent le cœur-même de la garantie conventionnelle de la *vie privée*, comme il est d'ailleurs bien apparu dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* qui confrontait précisément ces deux caractéristiques fondamentale de la personne humaine que sont son autonomie et sa vulnérabilité.

α – L'autonomie

352. Nous avons vu qu'ensuite de son invocation première dans l'affaire *Pretty*, la notion d'autonomie personnelle avait connu un destin florissant dans la jurisprudence strasbourgeoise. Elle « irradie » ainsi l'ensemble de la Convention, même si elle subit la concurrence de notions voisines telles que le « développement personnel » et l'« épanouissement personnel »⁷¹¹.

D'emblée, dans cet arrêt essentiel, il avait été affirmé que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (§ 61). Subséquemment, on l'a vu, le terrain d'opération de l'autonomie personnelle s'est toutefois étendu bien au-delà des limites de cette disposition (voy. *supra* n° 70 et 71). Dès 1999, Olivier DE SCHUTTER a affirmé qu'« on [pouvait] tenter d'aller chercher dans le concept d'*autonomie* cette fondation normative qui fait encore défaut aux droits subjectifs reconnus au titre de la vie privée »⁷¹². En 2008, la juge Françoise TULKENS a affirmé que le principe pouvait être étendu au-delà de la situation en cause dans l'affaire *Pretty*. Selon elle, l'autonomie individuelle, qui « se réfère à la liberté de l'individu, laquelle a des fondements philosophiques solides », est à même de « servir de guide lorsque l'individu est soumis à des contraintes que l'Etat cherche souvent à justifier en se référant au bien-être de l'individu concerné » et peut aussi « se révéler fructueuse dans le cadre de la recherche de principes directeurs qui pourraient constituer des outils pour permettre de construire des réponses adéquates dans les situations de conflits de droits »⁷¹³. L'autonomie personnelle apparaît donc, non seulement, « fonder normativement », le foisonnement qui caractérise le déploiement de la vie privée, mais également intervenir comme « guide » ou « principe directeur » tant dans les conflits classiques que dans les conflits de droits⁷¹⁴.

Il n'empêche qu'investir d'un poids décisif la référence à l'autonomie personnelle ne peut se concevoir sans interrogation en profondeur sur les conditions de l'autonomie. Si l'autonomie est « la possibilité pour l'individu de définir librement les règles qui vont orienter ses choix dans l'existence »⁷¹⁵, il ne faut pas perdre de vue, pour autant, que, suivant Joseph RAZ, « les

⁷⁰⁹ BELDA B., « Pluralisme et relativisme des valeurs », *op. cit.*, p. 263 et s.

⁷¹⁰ P. RICOEUR, « Autonomie et vulnérabilité », (<http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>).

⁷¹¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 16 ; J.-P. MARGUÉNAUD, in *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, pp. 511-512.

⁷¹² D'une part, elle ne se ramène pas à la garantie d'une série de droits subjectifs, mais la transcende, car la seule circonstance que les droits subjectifs de l'individu soient respectés ne suffit pas à garantir, en fait, que les choix qu'il effectue ne sont pas posés sous la contrainte des normes sociales ou de la nécessité de tenir compte des activités d'autres individus. D'autre part, l'autonomie n'est pas identifiable à l'auto-réalisation de soi (« self-realization », car l'on peut choisir, de façon autonome, de ne pas retenir son propre épanouissement comme but unique ou principal de l'existence (O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 859).

⁷¹³ F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale ... », *op. cit.*, pp. 630-631.

⁷¹⁴ Voy. aussi : D. ROMAN, « Autodétermination personnelle ... », *op. cit.*, p. 253.

⁷¹⁵ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 859.

conditions de l'autonomie sont complexes et sont constituées de trois composants distincts : les capacités mentales, une large palette de possibilités et l'indépendance »⁷¹⁶. Avant de reconnaître, éventuellement, la prévalence à donner à l'autonomie individuelle, il convient donc normalement de s'assurer que le sujet est effectivement en position d'effectuer des choix autonomes. Or le départ n'est pas nécessairement aisé à faire, comme il apparaît notamment dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* relatif à des relations sexuelles incestueuses entre frère et sœur et où la Cour affirme que les relations considérées sont « consensuelles » (§ 7) mais relève aussi la situation de « dépendance » qui caractérisait la sœur du requérant (§ 64). Les rapports sexuels considérés étaient-ils authentiquement « consensuels » dès lors que l'« indépendance » – qui est une *condition de l'autonomie* – faisait manifestement défaut ? Il apparaît, à nouveau, que l'autonomie n'est pas susceptible d'être appréhendée en termes absolus : entre l'absence d'autonomie et la pleine autonomie, s'épanouit un « entre-deux de l'autonomie » dans lequel s'inscrit, par exemple, le raisonnement tenu par la Cour dans l'affaire *Stübing*.

β – La vulnérabilité

353. L'affaire *Pretty*, n'a pas seulement mis en évidence le concept d'autonomie personnelle, il a également mis au centre de son dispositif la question de la vulnérabilité. Si la propagation de la notion dans le corpus jurisprudentiel peut sembler *prima facie* moins spectaculaire que celle d'autonomie, il n'en reste pas moins qu'elle y semble promise à un bel avenir.

La mobilisation par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de vulnérabilité fait l'objet d'une recherche actuellement conduite par Alexandra TIMMER qui y voit un « outil judiciaire » (« *judicial tool* ») connecté à la dignité humaine et susceptible d'être utilisé par le juge européen des droits de l'homme. A ses yeux, l'émergence de la vulnérabilité comme concept interprétatif constituerait ainsi une réponse à la domination de la figure archétypale de l'individu libéral qui prévaut dans le discours juridique tant aux Etats-Unis qu'en Europe⁷¹⁷. Concrètement, lorsque la Cour conclut à la vulnérabilité d'un requérant, elle devrait attacher une grande importance à cette circonstance au sens où la vulnérabilité serait en mesure de « primer » (« *trump* ») les autres considérations. Il y aurait alors lieu, minimalement, de vérifier que l'Etat a « pris en compte » la vulnérabilité pour prendre la mesure l'ampleur de ses obligations – négatives et positives – découlant de la Convention⁷¹⁸.

Il est intéressant de relever que la vulnérabilité est susceptible de s'attacher à d'autres intérêts que ceux du requérant, comme il est d'ailleurs clairement apparu dans l'affaire *Pretty*, où la Cour a pris en considération la vulnérabilité de la catégorie constituée par les personnes souffrant d'une maladie en phase terminale. Ainsi, selon le juge européen, si « l'état [de ces personnes] [varie] d'un cas à l'autre », il n'en reste pas moins que « beaucoup [d'entre elles] sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la ratio legis de la disposition en cause » (§ 74).

γ – La mise en tension des deux concepts

354. Autonomie et vulnérabilité constituent ainsi les « deux faces d'une même pièce » et l'émergence de ces concepts – tous deux fermement liés à la dignité humaine – traduit la prise en considération par le juge européen de l'ambivalence humaine. Aucun des deux concepts n'est d'ailleurs parfaitement univoque au sens où il contribuerait nécessairement toujours soit au développement des droits soit à la restriction des libertés (voy. ce que nous avons exposé, à cet égard, à propos des arrêts *Stübing c. Allemagne* et *Pretty c. Royaume-Uni*). Précisément, ils

⁷¹⁶ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 372 (traduction libre).

⁷¹⁷ A. TIMMER, « A Quiet Revolution ... », *op. cit.*, p. 3.

⁷¹⁸ *Ibid.*, pp. 12 et 14-17.

revêtent un caractère transversal transcendant le clivage fragile entre droits individuels et intérêts collectifs pour offrir des « outils » au juge chargé d'opérer des pesées complexes dans le domaine des droits de l'homme.

Cette circonstance qu'autonomie et vulnérabilité ne peuvent se penser que dans les termes d'un rapport dialectique, l'une constituant la limite de l'autre et vice-versa, se trouve particulièrement mise en exergue dans le domaine spécifique des conflits de droits « intrapersonnels » ou de la « renonciation aux droits ». Dans ce type de conflits, nous l'avons vu, un individu prétend renoncer à la garantie de ses droits fondamentaux au titre de sa liberté (voy. *supra* n° 245 et s.). Ce choix ne concerne *a priori* que lui : il n'a *a priori* aucun impact (direct) ni sur l'intérêt collectif, ni sur les intérêts d'autres individus. Dans la pensée libérale de John Stuart MILL ou de Jeremy BENTHAM, de tels choix « *self regarding* » au sens où ils « n'intéressent que leur auteur » ne peuvent être contrariés par l'Etat qui ne peut intervenir que quand « des actes entrent en conflit avec la liberté d'autrui »⁷¹⁹. Pourtant, « l'individualisme libéral n'est pas sans danger pour “les pauvres, les plus faibles, les enfants qui ne sont pas concurrentiels” »⁷²⁰ et la dépendance, si elle caractérise l'enfance et le grand-âge, frappe aussi dans une large mesure les femmes et même les hommes qui constituent pourtant normalement l'archétype de l'individu autosuffisant⁷²¹. L'approche libérale semble alors d'une certaine manière reposer sur *une conception idéaliste de l'individu* refusant d'en prendre en considération la fragilité et la dépendance⁷²².

La mise en tension des deux concepts réintégrerait alors potentiellement la liberté humaine dans un processus réflexif fondé sur une conception « réaliste » de l'individu n'évacuant pas sa vulnérabilité. Tel a précisément été – à notre estime – le parti pris par la Cour dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* qui n'a éludé ni l'autonomie ni la vulnérabilité, mais a au contraire pris le parti d'en confronter les exigences respectives dans une discussion rationnelle articulée sur des concepts interprétatifs solides et clairement identifiés⁷²³.

iii) La liberté et la responsabilité ou la solidarité

α – La domination conceptuelle de la liberté

355. La question de la dignité humaine s'aperçoit, en second lieu, dans la jurisprudence strasbourgeoise, sous les traits du couple composé par les notions liberté et de responsabilité ou de solidarité⁷²⁴. Il convient toutefois de préciser qu'au contraire de la dialectique autonomie / vulnérabilité, la tension entre liberté et responsabilité ou solidarité ne se manifeste à ce jour que discrètement dans les arrêts de la Cour.

⁷¹⁹ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 847.

⁷²⁰ J. FIERENS, « Les évolutions du droit de la famille en Europe au cours du dernier demi-siècle. Le couple ou méditation sur le même et le différent », p. 9.

⁷²¹ M.-A. GLENDON, « Changes in the Relative Importance of Family Support, Market Work and Social Welfare in Providing Economic Security », in *Famille, Etat et sécurité économique d'existence* (dir. M.-T. MEULDERS-KLEIN et J. EEKELAAR), vol. 1, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 4.

⁷²² A. TIMMER, « A Quiet Revolution ... », *op. cit.*, p. 3.

⁷²³ A propos de l'affaire du « lancer de nain », OST et VAN DROOGHENBROECK considèrent que la doctrine qui s'est cristallisée en deux positions symétriques antagoniques aurait dû apercevoir la dimension proprement dialectique de la dignité et considérer que le « noyau dur » du droit garanti par l'article 3 n'avait pas été atteint (F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47).

⁷²⁴ Ainsi, selon François OST « avant le droit, avant la responsabilité, il y a la dignité » qui se comprendrait comme la condition de possibilité à la fois du droit et de la responsabilité. Il critique le dédain largement affiché par la communauté des juristes à l'égard d'un concept qu'il désigne comme le « méta-principe où viennent se rejoindre et se féconder mutuellement les droits et les responsabilités » (F. OST, « Stand up for your rights ! », *op. cit.*, p. 70).

Certes, l'article 10 de la Convention vise expressément les « devoirs » et les « responsabilités » qui accompagnent l'exercice de la liberté d'expression. La Cour a pu exposer, dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* 7 décembre 1976, que « quiconque exerce sa liberté d'expression assume “des devoirs et des responsabilités” dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé. En recherchant, comme en l'espèce, si des “restrictions” ou “sanctions” tendaient à la “protection de la morale” qui les rendait “nécessaires” dans une “société démocratique”, la Cour ne saurait faire abstraction des “devoirs” et “responsabilités” de l'intéressé » (§ 49).

Hors le champ de cette disposition, les manifestations concrètes de la tension entre droits et devoirs (ou entre liberté et responsabilité/solidarité) sont plus ténues. Dans l'arrêt rendu par la chambre dans l'affaire *Konstantin Markin c. Russie*, les juges européens ont affirmé qu'« il résulte de la jurisprudence [...] que les Etats qui désirent imposer des restrictions aux droits garantis aux militaires par les articles 5, 9, 10 et 11, jouissent d'une large marge d'appréciation au vu des conditions spéciales inhérentes à la vie militaire et aux “devoirs” et “responsabilités” spécifiques qui incombent aux membres des forces armées » (§ 52).

Il n'est ni possible ni nécessaire d'évoquer ici la place occupée par le principe de la liberté individuelle au fondement des droits de l'homme. Le préambule de la Convention lui-même rappelle ainsi que les Etats européens sont « animés d'un même esprit » et possèdent « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ». Il est par contre possible et intéressant de relever l'émergence d'une conscience des écueils de l'invocation excessive de la liberté et de l'enjeu de la construction un monde fondé aussi sur « une éthique de la responsabilité et de la solidarité »⁷²⁵.

Ainsi, la figure de l'individu libre domine-t-elle le discours des droits de l'homme au détriment du nécessaire contrepoint constitué par la figure de l'individu engageant sa responsabilité et inséré dans des rapports de solidarité⁷²⁶. En ce sens, « l'erreur de l'atomisme libéral serait d'avoir considéré qu'un principe fondamental de la théorie politique est l'attribution de certains droits aux individus, mais d'avoir nié avec constance qu'un principe d'appartenance ou d'obligation puisse avoir le même rang »⁷²⁷. Dans ce contexte, François OST affirme que la responsabilité est le moyen de dépasser l'écueil de l'individu recroquevillé sur une *privacy* ou une vie privée (comme la propriété privée) ou l'autre n'a pas sa place⁷²⁸. A cet égard, la juge Françoise TULKENS a d'ores et déjà pu affirmer qu'on pouvait observer, dans la jurisprudence de la Cour, « des tendances à dépasser le modèle individualiste ainsi que, dans certaines hypothèses, la prise en considération des devoirs et obligations »⁷²⁹. En somme, pas plus que l'autonomie ne peut se comprendre hors de son rapport à la vulnérabilité, la liberté ne pourrait se concevoir sans référence à l'appartenance et à l'engagement.

⁷²⁵ P. LEUPRECHT, « La liberté qui opprime et la loi qui affranchit », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 171.

⁷²⁶ Selon Kate COOK, « l'impact historique de “liberté, égalité, fraternité” n'est pas discuté, mais d'un point de vue juridique la position est moins claire ». Ainsi, alors que, dans la réflexion relative aux droits de l'homme, la liberté fait (au même titre que l'égalité), l'objet d'une attention constante, la solidarité ne bénéficie quant à elle d'aucune approche systématique (K. COOK, « Solidarity as a Basis for Human Rights. Part One: Legal Principle or Mere aspiration? », *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 506) (traduction libre).

⁷²⁷ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, op. cit., p. 121.

⁷²⁸ F. OST, « Stand up for your rights ! », op. cit., p. 70). Selon ce même auteur, « il n'y a pas de protection des droits de l'homme qui tienne sans exercice collectif des responsabilités » et il convient « de dégager une responsabilité à bien des égards plus ample que le simple ménagement des droits en présence » (F. OST, « Stand up for your rights ! », op. cit., p. 68).

⁷²⁹ F. TULKENS, « Pour une approche dialectique des droits et des responsabilités. Conclusions », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 530-531.

356. Liberté et responsabilité ou solidarité constitueraient donc elles aussi « deux faces d’une même pièce », deux concepts – issus du concept « matriciel » de dignité – engagés dans une relation dialectique qui rendrait justice à la complexité de la condition humaine. Ces notions peuvent alors – à l’instar de l’autonomie et de la vulnérabilité – prétendre au titre de « concepts interprétatifs » ou de « *judicial tools* » et contribuer à la structuration du raisonnement du juge des droits de l’homme.

Dans le contexte spécifique des conflits de droits « intrapersonnels », la dialectique liberté / responsabilité permet de considérer que les droits de l’homme ne sont pas seulement des droits subjectifs, mais composent aussi un « ordre objectif de valeurs »⁷³⁰. François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK exposent ainsi que si « dans une perspective totalement individualiste rien ne semble pouvoir s’opposer à ce que l’individu dispose librement de ses droits subjectifs ; dans une perspective plus instituante les droits considérés appartiennent non seulement à l’individu mais aussi à une structure axiologique qui le transcende »⁷³¹. De même Françoise TULKENS s’interroge-t-elle : les droits de l’homme « sont-ils des prérogatives individuelles à l’entière disposition de leurs titulaires qui peuvent y renoncer sans limite ou sont-ils des valeurs objectives qui dépassent la personne de leur bénéficiaire immédiat, auquel cas la renonciation doit être soumise à limitation ? »⁷³². En un sens, l’inclination libérale à considérer que rien ne devrait pouvoir empêcher une personne de poser un acte « *self regarding* » pourrait correspondre à une *conception minimaliste du lien social* évacuant la possibilité d’une « structure axiologique transcendante »⁷³³ ou d’une « responsabilité [des individus] à l’égard de leurs propres droits »⁷³⁴.

Si l’émergence d’un principe de responsabilité peut à la rigueur transparaître dans les limites apportées à la disponibilité des droits, force est de constater aucune place ne lui est faite dans les autres secteurs de la jurisprudence de la Cour. Pourtant, il apparaît que, dans deux secteurs aux moins, un tel principe pourrait participer à la clarification des enjeux et à l’enrichissement du raisonnement.

En premier lieu, la dialectique de la liberté et de la responsabilité pourrait jouer un rôle dans le contexte des conflits de droits « interpersonnels ». Ainsi, selon Katri LÖHMUS l’individualisme libéral « ne tient pas compte de l’importance de la mutualité, de la dépendance des uns aux autres et des valeurs de confiance et de “care” dans les relations interpersonnelles »⁷³⁵. Elle trouve une illustration de l’insuffisante prise en considération de l’importance de la confiance et du « care » dans l’arrêt *Evans c. Royaume-Uni* rendu par la Cour le 10 avril 2007. Dans cette affaire concernant le sort à faire à des embryons congelés et où s’opposaient le souhait d’un homme d’interrompre le projet procréatif et celui d’une femme de faire procéder à l’implantation, la Cour a *in fine* validé la solution retenue par les autorités nationales faisant primer l’intérêt de l’homme à retirer son consentement sur celui de la femme à poursuivre le processus (voy. *infra* n° 937). Selon LÖHMUS, l’arrêt de la Cour légitime une solution qui marque une préférence absolue pour la liberté individuelle et exclut la prise en considération de l’engagement mutuel qu’avaient initialement pris les procréateurs, à plus forte raison dans un contexte où, pour Madame Evans, l’implantation de ces embryons constituait la dernière chance

⁷³⁰ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l’homme », *op. cit.*, p. 40.

⁷³¹ *Idem.*

⁷³² F. TULKENS, « Pour une approche dialectique ... », *op. cit.*, p. 534.

⁷³³ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l’homme », *op. cit.*, p. 40.

⁷³⁴ F. TULKENS, « Pour une approche dialectique... », *op. cit.*, p. 534.

⁷³⁵ K. LÖHMUS, « Autonomy and Care: Rethinking the Right to Autonomy under the European Court of Human Rights Jurisprudence », Background paper, February 4th, 2011 (<https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/7798>).

d'avoir un enfant génétiquement apparenté⁷³⁶. De manière particulièrement cruelle, relève-t-elle encore, le droit donne raison à celui qui a constamment gardé le contrôle et tort à celle qui s'était rendu dépendante et agit comme une sorte d'« incitation sociale à la tromperie » (« *social incentive to deceit* ») ce qui « influence sans aucun doute le bien-être d'une société »⁷³⁷. Ici aussi, une référence au concept de responsabilité était, semble-t-il, en mesure de permettre une appréhension de l'affaire moins tributaire d'une conception unilatéralement axée sur le principe de liberté.

En second lieu, la notion de responsabilité pourrait jouer un rôle dans l'appréhension par la Cour des relations familiales qui se nouent entre adultes (horizontalement) et entre adultes et enfants (verticalement). Le professeur anglais John EEKELAAR propose à cet égard une distinction entre « *historical responsibility* » et « *prospective responsibility* ». Il illustre cette distinction par deux exemples : d'un côté, le maintien d'un certain lien de solidarité entre ex-époux après divorce peut correspondre à l'idée de responsabilité « historique »⁷³⁸ ; de l'autre côté, la désignation d'adultes comme ayant une relation spéciale avec un enfant – qu'il l'ait choisit ou pas – peut correspondre à l'idée de responsabilité « prospective »⁷³⁹. Ce double concept de responsabilité paraît riche de potentialités pour le juge européen auquel se présentent avec une intensité perpétuellement accrue les difficultés liées à la multiplication des formes de vie familiales. L'idée de responsabilité « historique » et « prospective » constitue alors assurément une porte d'entrée dans la réflexion relative au respect, aux avantages et/ou aux statuts qu'il y a lieu de procurer aux différents liens familiaux qui sont susceptibles de se nouer de manière contemporaine ou successive entre adultes et entre adultes et enfants.

Ce type de questionnement affleure dans l'arrêt *Burden c. Royaume-Uni* où la Cour a refusé de comparer en termes de droits successoraux deux sœurs qui avaient vécu ensemble toute leur vie à des époux. A cet égard, la Cour a considéré que « plutôt que la durée ou le caractère solidaire de la relation, l'élément déterminant est l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel » (§ 65). Assurément, la notion de « responsabilité historique » aurait pu jouer un rôle en l'espèce et conduire à conférer plus de poids à l'existence partagée des deux requérantes. On peut par ailleurs apercevoir le concept de responsabilité dans la prise en considération, exceptionnelle, de la relation potentielle qui peut se développer entre un enfant né en dehors du mariage et le père biologique comme dans l'affaire *Anayo c. Allemagne* qui se justifie essentiellement par « l'intérêt manifesté » par le parent biologique à l'égard des enfants avant et après la naissance. Cet intérêt persistant présente certainement à nos yeux une proximité avec le concept de « responsabilité prospective » développé par EEKELAAR. On le voit, la notion de responsabilité permet aussi de construire une « réflexion structurée » relative aux liens familiaux et aux obligations qu'ils font ou devraient faire naître dans le chef des Etats⁷⁴⁰.

iv) L'égalité et l'identité

α – La domination conceptuelle de l'égalité

⁷³⁶ L'invocation de l'intérêt public qu'il y a à protéger le principe de la « primauté du consentement » sert en fait surtout « l'individu, son autonomie et son indépendance ». Pour LOHMUS, il y a là une « reconceptualisation » du concept d'ordre public à l'aune des paramètres sociaux modernes (K. LOHMUS, « *Autonomy and Care ...* », *op. cit.*).

⁷³⁷ K. LOHMUS, « *Autonomy and Care ...* », *op. cit.*

⁷³⁸ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, *op. cit.*, pp. 105-111.

⁷³⁹ *Ibid.*, pp. 111-117 (traduction libre).

⁷⁴⁰ Dans *Acmanne*, qui portait sur l'obligation de se soumettre au test de sensibilité cutanée à la tuberculine, la Commission avait fait sienne l'analyse de la Cour d'appel de Liège suivant laquelle « la solidarité humaine obligeait l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables, lorsque sa vie n'est pas en péril » (Comm. eur. dr. h., déc. *Acmanne c. Belgique* du 10 décembre 1984).

357. Comme les autres « concepts interprétatifs » que nous avons évoqués ici, l'égalité est une application de la dignité et correspond davantage à un principe instrumental qu'à un contenu substantiel identifiable. Ainsi, Claire L'HEUREUX-DUBÉ, juge à la Cour suprême du Canada, considère-t-elle, d'une part, que l'égalité à poursuivre est l'« égalité dans la dignité humaine et la pleine appartenance à la société, [l']égalité dans l'estime de soi ainsi que [l']égalité dans la considération et le respect » et, d'autre part, que l'égalité ne voudrait rien dire en soi et n'aurait « pas de sens universellement reconnu, inhérent ou intrinsèque » en sorte qu'il faudrait la considérer comme « une langue semblable à toutes les autres »⁷⁴¹.

On ne se lancera pas non plus ici dans une analyse approfondie du principe d'égalité et de sa prégnance en droit international des droits de l'homme. Comme le souligne le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'égalité de droit entre tous les membres de la famille humaine apparaît comme un corollaire de la reconnaissance de la dignité de l'homme. Il nous suffira de mettre en évidence la persistance de l'idée suivant laquelle l'invocation « unilatérale » ou « absolue » de l'égalité peut induire un certain nombre d'excès qu'il importe de prévenir moyennant le recours à une notion – celle d'identité – susceptible d'entrer avec elle en relation dialectique.

Ainsi, Jean-Pierre MARGUÉNAUD a-t-il pu souligner que « le droit à la non-discrimination, qui a vocation à secourir tous ceux qui souffrent d'une différence ne peut que contribuer à [l'amplification de la subjectivisation du droit] » et qu'une telle subjectivisation du droit « est un inquiétant facteur de déliquescence de la société »⁷⁴². D'autres auteurs ont pu affirmer que la mobilisation non cadrée de l'exigence d'égalité portait en elle le risque d'un effacement des différences et, corrélativement, d'une « indifférenciation » et d'une « interchangeabilité »⁷⁴³ soit de la « confusion du même et du différent »⁷⁴⁴. Éviter ce risque implique de se souvenir de ce qu'« un individu forme sa propre identité en reconnaissant les autres et en étant reconnu par eux » (Georg HEGEL) et que le contexte social doit aussi inclure les réseaux de relations humaines et les institutions qui sont essentiels à l'existence humaine (Joseph RAZ)⁷⁴⁵. L'identité humaine est donc une affaire relationnelle qui repose sur des mécanismes de reconnaissance et sur des institutions et ne peut reposer uniquement sur l'affirmation d'un principe d'égalité dont l'invocation « unilatérale » ou « absolue » participe, à nouveau, d'une conception idéaliste de l'individu (qui trouverait en lui-même l'intégralité des éléments nécessaires à sa construction) et d'une conception minimaliste du lien social (niant la nécessité des réseaux de relations et les institutions). Au risque assumé de verser dans l'excès de systématisme, nous relèverons ici aussi que l'égalité paraît appeler un contrepoint résidant dans la tolérance de certaines différenciations ou de certaines zones de non-interchangeabilité, bref dans l'admission de la pertinence de l'identité.

β – La mise en tension des deux concepts

358. Comme le souligne Alain SUPLOT, « dans ses formulations les plus modernes et les plus laïcisées, le principe d'égalité demeure parcouru par cette tension entre les deux faces de l'identité individuelle : nous sommes tous semblables, et donc tous identiques ; et nous sommes aussi tous différents, car tous uniques »⁷⁴⁶. Pour cet auteur, la logique économique présume à

⁷⁴¹ C. L'HEUREUX-DUBÉ « Droit de la famille à l'aube du 20e siècle ... », *op. cit.*, pp. 6-7.

⁷⁴² J.-P. MARGUÉNAUD, « Conclusions », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE et H. SURREL), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 459.

⁷⁴³ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Egalité et non-discrimination ... », *op. cit.*, pp. 1201-1202.

⁷⁴⁴ J. FIERENS, « Les évolutions du droit de la famille », *op. cit.*, p. 10 ; M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, pp. 156-157.

⁷⁴⁵ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁴⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus ...*, *op. cit.*, p. 50. Selon le même auteur, c'est l'idée que « la lutte de tous contre tous est le moteur de l'histoire » qui « conduit à voir dans la société non plus un tout, mais un tas, une juxtaposition

tort que chacun est assuré de son identité : l'Etat participait précisément à la garantie de l'identité des individus et « dès lors que cette identité n'est plus garantie par l'Etat, les hommes s'efforcent de la fonder sur autre chose »⁷⁴⁷.

La tension entre égalité et identité se manifeste à nos yeux notamment dans l'appréhension par la Cour de la question des sexes. Nous ne retiendrons ici que cet exemple qui nous semble toutefois particulièrement significatif. D'un côté, la Cour a affirmé, notamment dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement » et qu'« en particulier, des références aux traditions, présumées d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe » (§ 127). De l'autre côté, il est évident qu'aux yeux de la Cour, il persiste entre hommes et femmes une différence objective ou naturelle qui implique que certains rapports fortement inégalitaires comme il résulte – en matière d'avortement – de la décision *Boso c. Italie* et de la jurisprudence antérieure et – en matière de filiation – de la lecture combinée, par exemple, des arrêts *Odièvre* et *Kalacheva*. Des positions « différentialistes » plus explicites sont d'ailleurs régulièrement prises à titre individuel dans les opinions séparées adjointes par les juges aux arrêts de la Cour. Ainsi, le juge PETTITI a-t-il fait valoir, en marge de l'affaire *Petrovic*, qu'« on ne peut nier qu'à la source d'un tel octroi il y a la prise en considération du rapport biologique et psychique particulier qui existe entre la mère et l'enfant surtout dans la période qui suit l'accouchement ». De même, des juges dissidents ont-ils exposé, dans le cadre de l'affaire *Evans*, qu'« une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise des méthodes de fécondation artificielle » (§ 15). Il faut donc ici aussi s'accomoder de la complexité : si les hommes et les femmes sont égaux, ils n'en sont pas moins, y compris aux yeux du juge européen, différents. La réalisation du « principe d'égalité » dans le respect du « principe d'identité » est précisément le défi à relever.

§ 7. Le moyen terme : l'« optimisation » des droits et intérêts en présence

359. Même en respectant de telles « grilles d'analyse » et en maniant semblables « concepts interprétatifs », le juge européen peut craindre de se « tromper » sur l'ordre de préséance ou de priorité des intérêts. Ces craintes peuvent être atténuées par la mise en œuvre d'un principe général d'« optimisation » des droits et intérêts en conflit. En clair, à défaut de pouvoir être « sûr » d'une quelconque hiérarchie des valeurs, la Cour peut chercher à éviter d'être invitée à rendre des « jugements de Salomon » en invitant perpétuellement les Etats à chercher à pousser le plus loin possible la conciliation entre les intérêts en cause, plutôt que de régler le conflit par l'affirmation abrupte de la prévalence d'un intérêt sur l'autre.

L'exigence d'optimisation implique *a priori* de privilégier systématiquement la recherche d'un « compromis » entre les intérêts en concours. Cette solution est celle qui est expressément préconisée pour la résolution des conflits de droits par Sébastien VAN DROOGHENBROECK qui évoque à cet égard la recherche d'une « concordance pratique » entre les droits conflictuels⁷⁴⁸.

d'individus mus par la recherche de leur intérêt particulier ». Or, pour que des individus forment ensemble un *tout*, il faut une référence partagée à « un même principe d'organisation » ou à « une loi commune ». Dans la société en *tas* toutefois, « l'individu est saisi comme une particule élémentaire, comme être autoréférentiel qui n'aurait plus besoin d'être institué pour avoir et garder raison » (A. SUPLOT, *Homo juridicus*., *op. cit.*, pp. 72-77).

⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 235-236.

⁷⁴⁸ La « concordance pratique » constituerait, selon cet auteur, un « horizon régulateur » du conflit de droit consistant dans la mise en œuvre de concessions réciproques entre les droits en conflit. Cet horizon ne se substitue cependant pas à la règle de proportionnalité qui conserve toute son utilité. Cela est particulièrement vrai lorsqu'on prend acte de

La perception de James W. NICKEL suivant laquelle « il n’y a pas de formule simple pour résoudre [les conflits entre droits] » et « il faut lorsque c’est possible éviter des conflits entre les noyaux durs des droits et quand ce n’est pas possible rechercher des compromis » ne paraît guère éloignée⁷⁴⁹. A la faveur du « flou » qui caractérise les frontières entre les droits et les autres intérêts et d’une recomposition au moins partielle du contentieux des droits de l’homme dans les termes plus contemporains de l’arbitrage des intérêts individuels, il nous semble que rien ne s’oppose à l’affirmation d’un tel principe de « concordance pratique » pour l’ensemble du contentieux.

C’est un tel principe d’optimisation qui se manifeste par exemple lorsque grande chambre affirme, dans l’arrêt *Stanev c. Bulgarie*, du 17 janvier 2012, à propos de la protection des adultes vulnérables que « toute mesure de protection devrait refléter autant que possible les souhaits des personnes capables d’exprimer leur volonté » (§ 153) dans un contexte caractérisé par « l’importance croissante qu’accordent aujourd’hui les instruments internationaux de protection des personnes atteintes de troubles mentaux à l’octroi d’une autonomie juridique optimale à ces personnes » (§ 244). Dans *Messina c. Italie* (n° 2), les autorités internes avaient réduit (et pas supprimé) temporairement (et pas définitivement) (§ 72) les visites de l’épouse et des filles du requérant. Dans *Giszczak c. Pologne* es objectifs invoqués par le gouvernement défendeur et lié à la sécurité publique pouvaient être rencontrés autrement qu’en empêchant le défendeur de rendre visite à sa fille, puis d’assister dans des vêtements ordinaires plutôt qu’en uniforme de prisonnier aux funérailles de celle-ci, et notamment en prévoyant une escorte (§§ 29-31 et 38-41).

Dans un certain nombre d’affaires, des juges dissidents ont considéré que la Cour avait validé l’attitude de l’Etat, alors même que des solutions permettant une forme de « coexistence pacifique » étaient disponibles. Ainsi le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a-t-il exposé, dans son opinion dissidente adjointe à l’arrêt *Association Rhino et autres c. Suisse* du 11 octobre 2011 relatif à la dissolution d’une association de « squatteurs » que, selon lui, en l’occurrence, « la bonne voie aurait consisté à déclarer nulle la seule clause statutaire concrète qui constituait l’expression d’un exercice illégitime du droit d’association et une atteinte aux droits des propriétaires des immeubles occupés » car « cette solution aurait permis l’optimisation des droits en conflit »⁷⁵⁰. Dans leur opinion séparée à l’arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15

l’existence de conflit de droits non-susceptibles de donner lieu à des concessions réciproques et dans le contexte desquels préserver un droit revient à détruire l’autre et vice-versa (S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux », p. 322). Il pointe l’arrêt *Mikulic c. Croatie* comme illustration de la mise en œuvre de la concordance pratique. Au § 64 de l’arrêt, la Cour recherche les meilleurs modes de conciliation des intérêts respectifs du père recherché et de l’enfant qui souhaite établir sa filiation. Dans certains cas cependant la conciliation des droits est impossible et il convient de faire prévaloir l’un sur l’autre. A cet égard, l’arrêt *Evans c. Royaume-Uni* dans le cadre duquel la Cour a été amenée à trancher entre les droits respectifs de ne pas procréer et de procréer d’un homme et d’une femme dont les gamètes avaient été utilisées pour produire des embryon fait figure de dramatique exemple. Dans une affaire ultérieure, confrontant ..., la Cour a expressément renvoyé à l’arrêt *Evans*. Ce renvoi ne paraît pas adéquat, dès lors que, dans *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, nulle nécessité de sacrifier un droit à l’autre. Il semble que la piste de la concordance pratique était largement ouverte (S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 318). Voy. aussi l’opinion séparée dans l’affaire *Fretté c. France* : « le refus est absolu et il a été prononcé sans autre explication que le choix de vie du requérant, envisagé de manière générale et in abstracto, qui devient en lui-même une présomption irréfragable de contre-indication à tout projet adoptif, quel qu’il soit. Une telle position empêche, radicalement, de prendre concrètement en compte les intérêts en présence et de trouver entre eux la voie d’une concordance pratique ». Voy. enfin l’opinion séparée dans l’affaire *Pfeifer c. Autriche* : « bien souvent, nous devons nous pencher sur des rapports juridiques bipolaires (voire multipolaires) que l’on ne peut évaluer que par “concordance pratique” » [...]. Ainsi, premièrement, il appartient et incombe tout d’abord au législateur national d’établir un juste équilibre entre les valeurs protégées par la loi et les intérêts en jeu, et il revient ensuite aux tribunaux nationaux de veiller à ce que cet équilibre soit dans chaque cas respecté et mis en œuvre. Bien entendu, le législateur et les tribunaux doivent agir à la lumière et dans l’esprit de la Convention ».

⁷⁴⁹ J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 66-67 (traduction libre).

⁷⁵⁰ Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE cite à cet égard P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux ...*, *op. cit.*, pp. 566 et 567.

janvier 2013 relatif au licenciement d'une fonctionnaire refusant au titre de ses convictions religieuses de célébrer des unions homosexuelles, les juges VUCINIC et DE GAETANO ont fait valoir qu'« il incombait à l'autorité locale de la traiter différemment des officiers d'état civil n'ayant aucune objection de conscience à la célébration des unions homosexuelles – ce qui aurait manifestement pu se réaliser sans porter préjudice à l'ensemble des services offerts par l'arrondissement, notamment ceux accomplis par les officiers d'état civil, comme le montre ce qu'ont fait d'autres autorités locales ». C'est en quelque sorte un échec de faire primer un intérêt sur l'autre ou, en d'autres termes, de « subsumer » l'un à l'autre alors qu'il est envisageable d'aménager entre eux les termes d'une relative harmonie.

§ 8. Le dialogue des juges : le dialogue intrajuridictionnel

360. L'incertitude inhérente à la balance des intérêts et la subjectivité qui en découle inévitablement trouve aussi une atténuation dans la dimension « dialogique » de l'élaboration des décisions strasbourgeoises. Comme le souligne Steven GREER, quand il n'y a pas de réponse objectivement « juste » (« *correct* »), des juges également compétents peuvent raisonnablement être en désaccord⁷⁵¹. Dans ce contexte, le « dialogue intrajuridictionnel » soit les discussions qui ont lieu au sein de la Cour entre les juges européens, constitue une autre manière d'atténuer quelque peu la subjectivité inhérente à la pesée d'objets juridiques incommensurables

En premier lieu, la collégialité de la prise de décision à la Cour européenne des droits de l'homme qui est *a priori* d'autant plus forte que l'affaire est importante (dix-sept juges siégeant dans les affaires de grande chambre) rend compte de ce que la subjectivité supposée du juge européen est en réalité une *inter*-subjectivité. La décision finalement adoptée est celle qui aura paru la plus adéquate à une majorité de juges européens à l'issue d'une discussion sur le poids relatif des intérêts en présence. A cet égard, plus la désignation des juges européens est perçue comme légitime, plus la solution qui constitue le fruit de leur délibération est considérée comme *a priori* digne de confiance et d'intérêt.

En second lieu, la possibilité pour les juges d'émettre des opinions séparées dans lesquelles ils expriment leur opinion personnelle sur l'affaire tranchée permet de prendre toute la mesure de la complexité et de l'âpreté des débats qui peuvent exister au sein des formations de jugement. Les opinions séparées mettent en exergue la circonstance que la solution retenue résulte de la confrontation de perceptions différentes et atténuent, en ce sens, le cas échéant la violence d'un constat de violation de la Convention. Surtout, la transparence sur la répartition des votes rend opportunément compte de l'évolution des « tendances » au sein du Palais des droits de l'homme, au sens où une décision unanime indique assurément l'existence d'un important consensus intrajuridictionnel, tandis que l'émission de nombreuses opinions dissidentes peut augurer un revirement dans la jurisprudence de la Cour.

Ainsi l'existence et la transparence d'un débat intrajuridictionnel à la Cour de Strasbourg sont-elles en mesure de contribuer – sur un mode *dialogique* – à la compréhension des turbulences qui affectent parfois la jurisprudence de la Cour.

⁷⁵¹ S. GREER, « “Balancing” and the European Court ... », *op. cit.*, p. 422.

Synthèse de la section 1

361. Nonobstant la métaphore *a priori* rassurante de la balance, la pesée strasbourgeoise des droits et intérêts en concours est une pesée sans métrique à laquelle la préférence de principe pour les droits inscrite dans l'ADN de la Cour n'apporte pas grand-chose. Certes, la Cour s'emploie, dans l'édification de sa jurisprudence à la « prédétermination » de la balance au moyen d'indices liés notamment au poids abstrait reconnu aux droits conventionnels et à la nature des obligations étatiques en cause (éventuellement amplifié par le biais des exigences de non-discrimination et de qualité procédurale). Il n'empêche que les hiérarchies considérées sont précaires (les droits absolus sont souvent relatifs tandis que des droits relatifs accèdent ponctuellement à l'absoluité), à plus forte raison dans un contexte où des facteurs aussi évanescents que l'attitude individuelle du requérant peuvent entrer en ligne de compte.

362. Dans ce contexte caractérisé par une forte « indétermination » et où le juge européen ne s'astreint pas à une grande rigueur ou à une grande systématisme dans l'élaboration de ses arrêts, un grief d'arbitraire est fréquemment formulé à l'égard de la Cour de Strasbourg qui déciderait, à la manière d'un « tyran », suivant son bon plaisir. Or, pareille indétermination est consubstantielle à l'office du juge européen des droits de l'homme, l'absolu et le relatif entretenant en la matière des rapports de complémentarité plutôt que de confrontation, dans le cadre d'une perpétuelle tension entre l'idéal de la stabilité des valeurs inspirée du jusnaturalisme kantien et l'ouverture à la nouveauté caractéristique de l'utilitarisme benthamien. Dans semblable contexte d'oscillation permanente, on comprend que le juge de Strasbourg engage irrémédiablement sa subjectivité, ce qui ne signifie pas encore que ses décisions sont des décisions arbitraires.

363. Tel est assurément l'enjeu de la structuration du test de proportionnalité qui se joue sur un plan formel et sur un plan substantiel. Au plan formel, la Cour est invitée à cultiver la pratique des « grilles d'analyse » et plus généralement toutes les formules de rigueur et de systématisme formel qui peuvent conduire à une plus grande lisibilité et à une plus grande comparabilité des arrêts strasbourgeois. Au plan substantiel, elle devrait pousser plus avant l'articulation de sa prise de décision autour de « concepts interprétatifs » qui sont déjà présents mais font l'objet d'un usage parfois diffus, elliptique, superflu ou ambigu ce qui réduit d'autant leur utilité.

SECTION 2. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

364. Désormais inclus dans le droit conventionnel textuel, le principe de subsidiarité est un principe ancien⁷⁵² qui a pris précocement ancrage dans la jurisprudence strasbourgeoise. Ainsi, dans l'arrêt *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, la Cour a affirmé qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention » (§ 10) tandis que dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, elle a souligné que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » (§ 48). Comme on le sait, les récentes conférences intergouvernementales sur l'avenir de la Cour ont remis au premier plan le principe de subsidiarité⁷⁵³ qui se trouvera intégré au préambule de la Convention lorsque tous les Etats membres auront ratifié le Protocole n° 15⁷⁵⁴. Dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, la grande chambre a pu réaffirmer avec force que « le mécanisme de contrôle institué par la Convention a un rôle fondamentalement subsidiaire » et que « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des droits de l'homme » (§ 55)⁷⁵⁵.

La subsidiarité peut se définir comme la nécessité d'atteindre un « équilibre vertical »⁷⁵⁶ entre les Etats parties à la Convention et l'organe de protection de celle-ci⁷⁵⁷ ou encore comme la nécessité d'arbitrer les « parts respectives » des Etats et de la Cour en matière de protection des droits de l'homme. L'idée fondamentale est, selon David SZYMCAK, qu'il faut faire ensemble que ce qui est mieux fait ensemble en manière telle que la subsidiarité comporte un volet « passif » (correspondant à l'idée de non-ingérence) un volet actif (renvoyant à l'idée de suppléance)⁷⁵⁸. Au-delà de manifestations tangibles et relativement maîtrisées du principe, telles que la règle d'épuisement des voies de recours internes et celle du choix des moyens de l'exécution des arrêts (**sous-section 1**), force est de constater qu'une grande insécurité

⁷⁵² Dès 1949 la Loi fondamentale allemande fait référence à la subsidiarité pour son organisation fédérale : lorsque cela s'impose, la Fédération prend le relais des Lander. Le principe n'est pas ignoré dans les Etats unitaires et s'épanouit également en droit de l'Union européenne : dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive, l'Union n'intervient que si un meilleur résultat peut être atteint par le vecteur européen. La subsidiarité fédérale est une question plutôt de concurrence pour une série spécifique de compétences (voy. D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses Etats », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, pp. 19-22).

⁷⁵³ En 2012, l'affaire *Abu Qatada* a mis en exergue d'une manière particulièrement claire les questionnements qui traversent certains cercles relativement à la légitimité de la Cour européenne. La surséance à l'extradition de cet homme, liée à la saisine de la grande chambre de la Cour a donné lieu à des réactions très vives au Royaume-Uni. Les Etats prennent parfois le parti de renvoyer aux déclarations consécutives à ces conférences. Voy. : Cou eur. dr. h., arrêt *Lillo-Stenberg and Sæther c. Norvège* du 16 janvier 2014, § 18.

⁷⁵⁴ A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ». Voy. aussi, F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, p. 239 et s.

⁷⁵⁵ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, § 117 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Draon c. France* du 6 octobre 2005, § 108 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, § 97.

⁷⁵⁶ La notion de proportionnalité n'est donc pas absente de l'idée de subsidiarité puisqu'il s'agit bien de rechercher « une juste mesure » entre les interventions concurrentes des instances nationales et de l'organe international (J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance* ..., op. cit., p. 226).

⁷⁵⁷ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », op. cit., p. 115.

⁷⁵⁸ D. SZYMCAK, « Rapport introductif », op. cit., pp. 19-21.

méthodologique préside à la mise en œuvre de la marge nationale d'appréciation (sous-section 2).

Sous-section 1. L'épuisement des voies de recours internes et le choix des moyens de l'exécution des arrêts

§ 1. L'épuisement des voies de recours internes

365. Suivant le premier paragraphe de l'article 35 de la Convention, « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ». Il s'ensuit que le requérant à Strasbourg doit avoir présenté la substance de ses griefs aux autorités nationales dans le cadre des recours utiles dont il disposait à cet égard. La doctrine relève à la fois un « assouplissement » de l'exigence et l'aménagement de véritables « exceptions » à celle-ci⁷⁵⁹.

§ 2. L'exécution des arrêts de la Cour

366. La décision de la Cour est « déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »⁷⁶⁰. De plus en plus souvent, cependant, le juge européen s'autorise à dicter des mesures précises à l'État défendeur en prescrivant celles-ci directement dans le dispositif. Ainsi, la Cour a-t-elle progressivement affirmé que « pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour peut chercher à indiquer le type de mesures, individuelles et/ou générales, qui pourraient être prises pour mettre un terme à la situation constatée »⁷⁶¹. Un exemple significatif est procuré par l'arrêt *L. c. Lituanie* où la Cour impose à la Lituanie d'adopter, dans un délai déterminé, une législation permettant la mise en œuvre d'un processus de réaffectation sexuelle⁷⁶². Dans l'arrêt *Stanev c. Bulgarie*, la Cour a affirmé que « pour effacer les conséquences de la violation des droits du requérant, les autorités devraient vérifier si celui-ci souhaite rester dans le foyer en question. Aucun élément du présent arrêt ne doit en effet être vu comme un obstacle au maintien du placement du requérant dans le foyer de Pastra ou dans un autre foyer pour personnes atteintes de troubles mentaux s'il s'avère établi que celui-ci est consentant à un tel placement. En revanche, dans le cas où le requérant s'y opposerait, il incomberait aux autorités de réexaminer sa situation, sans tarder, à la lumière des conclusions du présent arrêt » (§ 257). Aux yeux de certains commentateurs, il y a là une manifestation évidente d'un certain « activisme judiciaire »⁷⁶³.

⁷⁵⁹ F. SUDRE, « L'épuisement des voies de recours internes », in *G.A.C.E.D.H., op. cit.*, pp. 808-818.

⁷⁶⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 58.

⁷⁶¹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, § 255.

⁷⁶² La juge FURA-SANDSTRÖM avait d'ailleurs émis une opinion dissidente à cet arrêt dans laquelle elle faisait valoir que l'imposition de mesures générales à un État était indiquée dans les cas de violations systémiques de la Convention, mais pas comme en l'espèce en présence d'un grief individuel. À son estime, il y avait lieu en l'occurrence d'octroyer à la requérante une satisfaction équitable et d'indiquer seulement comme mesure secondaire l'adoption de la législation considérée.

⁷⁶³ D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint ... », *op. cit.*, p. 389-390.

Sous-section 2. La marge d'appréciation étatique

§ 1. Le principe : une « charnière » entre les autorités nationales et la Cour européenne⁷⁶⁴

367. Une des expressions les plus significatives du principe de subsidiarité réside à n'en pas douter dans l'allocation aux Etats d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la Convention⁷⁶⁵ désormais « sanctuarisée » dans le texte de la Convention⁷⁶⁶. Elle permet à la Cour de définir l'intensité du contrôle qu'elle opérera des actions ou abstentions étatiques dénoncées par les requérants⁷⁶⁷. Le renvoi à la marge d'appréciation contribue à « fluidifier » les conflits de légitimité entre décideurs nationaux et juge international, étant entendu toutefois qu'un recours trop systématique à ce procédé expose la juridiction internationale aux critiques « des gouvernés qui attendent une défense plus effective de leurs droits »⁷⁶⁸. L'Etat bénéficie donc d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des obligations qui découlent de la Convention. C'est en ce sens que la marge d'appréciation joue d'une certaine manière le rôle d'une « charnière » entre les autorités nationales et la Cour européenne⁷⁶⁹.

Lorsqu'un requérant se plaint de la méconnaissance de son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8, définir l'ampleur de la marge d'appréciation revient à déterminer dans quelle mesure la balance entre la revendication considérée et les intérêts concurrents est susceptible d'être mieux effectuée au niveau interne qu'au niveau international. Dans ce contexte, il appartient, par exemple, au juge européen de décider dans quelle mesure il est possible et légitime de contrôler la décision de placement d'un enfant prise par les juridictions internes (obligations négatives) ou encore la mesure dans laquelle il lui revient d'indiquer les mesures positives permettant la reconnaissance juridique des familles *de facto* (obligations positives). La marge d'appréciation étatique peut donc affecter tout autant le test de proportionnalité relatif à la nécessité d'une ingérence qu'affecter l'appréciation de l'adéquation des mesures prises par l'Etat pour remplir ses obligations positives.

⁷⁶⁴ L'instrument est né dans le contexte de l'article 15 qui prévoit le régime des dérogations à la Convention « en cas de guerre » ou « d'autre danger public menaçant la survie de la nation » et plus spécifiquement dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un « danger public » au sens de cette disposition. La marge d'appréciation a ensuite été consacrée implicitement dans l'affaire *linguistique belge* puis explicitement dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*. Le processus sera complété avec les arrêts *Handyside* de 1976 et *Irlande c. Royaume-Uni* de 1978 (P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 21, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1998, pp 63 et s. Voy. aussi D. SPIELMANN, « Allowing The Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation : Waiver or Subsidiarity of European Review », CELS Working Paper Series, February 2012 (<http://www.cels.law.cam.ac.uk/>), p. 2.

⁷⁶⁵ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 280-281.

⁷⁶⁶ Le protocole 15 fait un lien entre subsidiarité et marge d'appréciation et opère, selon Frédéric SUDRE, une « transmutation » de la marge qui est une régression du contrôle. La marge de pratique prétorienne devient une règle conventionnelle et d'instrument à la disposition de la Cour, elle devient une prérogative des Etats. Ce n'est pas la même chose. Elle ne joue plus a posteriori, mais a priori, la Cour n'a plus la main (F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », *op. cit.*, p251 et s.).

⁷⁶⁷ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 89 ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*, p. 227 et s.

⁷⁶⁸ M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 86 et s.

⁷⁶⁹ I. DE LA RASILLA DEL MORAL, « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation doctrine », *German Law Journal*, 2012, pp. 613-614.

La marge de manœuvre étatique opère également dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 14 qui prohibe les différences de traitement arbitraires⁷⁷⁰. Il pourra s'agir alors, par exemple, d'évaluer l'opportunité d'une intervention du juge international dans le débat sur la pertinence d'une différence faite entre les hommes et les femmes en termes de transmission du nom de famille aux enfants (non-discrimination)⁷⁷¹.

Dans tous les cas de figure, l'allocation à l'Etat d'une marge nationale d'appréciation soit pour la définition – par le législateur – des termes d'une règle générale et abstraite, soit pour l'arbitrage – par l'exécutif ou le judiciaire – d'un cas particulier, pose la question de la juste répartition des compétences entre les niveaux interne et européen est une question particulièrement complexe.

§ 2. Le problème : l'absence de critère de répartition

368. Allouer une marge d'appréciation large ou étroite à l'Etat revient donc à « faire le départ » entre ce qui est susceptible d'être mieux géré par chaque Etat et ce qui doit au contraire être décidé par le juge international⁷⁷². Il faut ici aussi mettre d'emblée en évidence une difficulté fondamentale : de la même manière qu'il n'existe aucune unité de mesure permettant de comparer les droits et intérêts en conflit, il n'existe pas non plus un critère unanimement admis permettant de « faire le tri » entre ce qui serait opportunément tranché au niveau étatique et ce qui devrait plutôt être jugé au niveau européen. En réalité, il y a deux raisons essentielles de considérer qu'une question serait plus opportunément tranchée au niveau étatique : d'une part, les autorités internes sont plus proches de leur société (lorsqu'il s'agit de définir la teneur de normes générales et abstraites) ou des faits contingents de chaque espèce (lorsqu'il s'agit de trancher un cas particulier) ; d'autre part, les autorités internes sont plus légitimes que le juge européen au titre du respect qui serait du, sinon à la souveraineté des Etats, à tout le moins au pluralisme des cultures nationales.

369. En premier lieu, l'allocation d'une marge de manœuvre pourrait tenir au « meilleur positionnement » de l'Etat par rapport au juge européen pour arbitrer certains conflits d'intérêts (c'est la dimension « technique » de la marge⁷⁷³). Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, par exemple, la Cour a considéré que « les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis [des exigences de la morale] comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre » (§ 48). Dans l'arrêt *Gnahoré c. France*, la Cour a affirmé qu'« il ne lui [revenait] pas de substituer son appréciation à celle des autorités nationales compétentes quant aux mesures qui auraient dû être prises ; lesdites autorités sont en effet en principe mieux placées pour procéder à une telle

⁷⁷⁰ F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, pp. 3-23 ; J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz, coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153-166 ; F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle ... », *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷¹ Dans l'arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, la Cour a rappelé que « les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique » (§ 61).

⁷⁷² I. DE LA RASILLA DEL MORAL, « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin ... », *op. cit.*, p. 611.

⁷⁷³ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 501. Cette dimension technique de la marge d'appréciation transparaît dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* où la Cour a considéré que « les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis [des exigences de la morale] comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre » (§ 48).

évaluation, en particulier parce qu'elles sont en contact direct avec le contexte de l'affaire et les parties impliquées »⁷⁷⁴.

370. En second lieu, l'octroi d'une marge de discrétion nationale peut correspondre à la volonté de l'instance internationale de « respecter la souveraineté » des Etats parties en leur permettant de résoudre comme ils l'entendent certains arbitrages complexes (c'est la dimension « idéologique » de la marge)⁷⁷⁵. Ainsi, « tout en tendant à une harmonisation de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la Convention, la Cour n'a pas pour tâche de dicter l'uniformité » et est au contraire « obligée de respecter, dans une certaine mesure, la variété culturelle et idéologique se traduisant dans les différents systèmes juridiques qui caractérisent l'Europe »⁷⁷⁶. Dans ce contexte, la marge d'appréciation « permet à la Cour de mettre en balance la souveraineté des Etats contractants et leurs obligations conventionnelles »⁷⁷⁷ et participe en ce sens au respect des « identités constitutionnelles » des pays membres du Conseil de l'Europe⁷⁷⁸. Les traditions nationales dont la richesse et la variété devraient être préservées concernent tout autant les structurations étatiques, les systèmes juridiques et les pratiques administratives que les mœurs, les héritages historiques et les perceptions éthiques et morales⁷⁷⁹.

371. Les arrêts de la Cour amènent à conclure à la prévalence – au moins théorique – du fondement technique sur le fondement normativo-idéologique dès lors que la Cour multiplie les mentions de la « meilleure position » des autorités nationales et s'abstient par contre de faire mention à la nécessité de préserver la diversité des cultures nationales ou la souveraineté des Etats⁷⁸⁰. En pratique toutefois, il est permis de relever que l'affirmation péremptoire d'un meilleur positionnement des autorités étatiques paraît parfois susceptible de s'identifier à l'admission du pluralisme des cultures et à la valorisation de la souveraineté du législateur national. Tel semble en particulier être le cas dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* où, sous couvert d'une référence « technique » au « meilleur placement » des autorités nationales, la Cour a clairement manifesté une prise en considération « idéologique » des principes du pluralisme et de la souveraineté⁷⁸¹. L'ambiguïté du fondement de la marge d'appréciation rend difficile l'identification des critères qui devraient présider à la détermination de son ampleur. La jurisprudence européenne a cependant progressivement désignés des facteurs susceptibles de

⁷⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, § 63. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, § 104.

⁷⁷⁵ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 490 et s. La dimension normativo-idéologique de la marge de manœuvre consentie aux Etats se donne à voir notamment dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* dans le cadre de laquelle la Cour a affirmé qu'« une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion » (§ 58). Voy. aussi, à ce propos : F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *R.I.E.J.*, 2004, p. 111.

⁷⁷⁶ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle ... », op. cit., p. 31. Dans le même sens, James W. NICKEL estime qu'une place importante doit être laissée pour les choix politiques démocratiquement posés au niveau national. Selon lui, « it's appropriate for a country's citizens and legislators to have the power to shape laws, institutions and practices to fit popular desires, the country's culture and traditions, and physical and economic circumstances » et « globalization is already producing excessive uniformity around the world [so] human rights should not contribute to such uniformity except in a few important areas where only one way is the acceptable way » (J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, op. cit., p. 37).

⁷⁷⁷ R. BERNAHRDT, « The Convention and Domestic Law », in *The European System for the Protection of Human Rights* (éd. R. ST JOHN McDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 123 cité par S. CHOUDHRY et J. HERRING, *European human rights and family law*, op. cit., pp. 10-11 (traduction libre).

⁷⁷⁸ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », op. cit., p. 136.

⁷⁷⁹ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », op. cit., p. 262.

⁷⁸⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 500.

⁷⁸¹ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, op. cit., p. 161.

contribuer à l'élargissement ou au resserrement de la marge de manœuvre reconnue aux autorités internes⁷⁸².

§ 3. La préférence de principe pour le niveau étatique

A. Le principe : *Handyside c. Royaume-Uni* et *Animal Defenders c. Royaume-Uni*

372. Comme il est exposé par Frédéric SUDRE, « la subsidiarité matérielle ne trouve pas de traduction directe dans le texte de la Convention mais bénéficie d'une expression jurisprudentielle avec la notion toute prétorienne de "marge nationale d'appréciation" qui marque *a priori* le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire »⁷⁸³.

Dans *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour a affirmé que « la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Ainsi « les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours interne » et « il [appartient] aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique [...] le concept de "nécessité" » (§ 48). En somme, « la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier [...] les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation » (§ 50) : elle n'a pas vocation à s'instituer en « juridiction de quatrième instance »⁷⁸⁴.

Dans *Animal Defenders c. Royaume-Uni* du 22 avril 2013 qu'« il existe au sein de l'Europe une multitude de différences historiques, culturelles et politiques qu'il incombe à chaque Etat d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie » et qu'« étant en prise directe et permanente avec les forces vives de leur pays, avec leur société et avec les besoins de celle-ci, les autorités nationales, tant législatives que judiciaires, sont en principe les mieux placées pour apprécier les difficultés particulières qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique dans leur Etat [...] ». Il s'ensuit qu'il faut « reconnaître à l'Etat une certaine latitude pour procéder à pareille appréciation, complexe et tributaire des données propres à chaque pays » (§ 111). Il est en effet possible de mettre en question – à l'instar de Jean-Louis RENCHON – le caractère raisonnable et démocratique d'une situation dans laquelle sept juges européens (dix-sept dans les affaires de grande chambre) s'attribuent la compétence de trancher des questions fondamentales telles que par exemple celle des limites à poser (ou non) à la liberté sexuelle des individus en « balayant » les choix opérés à cet égard au sein des Etats⁷⁸⁵ comme le ferait un « législateur européen » qu'elle n'a pas – non plus – vocation à être⁷⁸⁶.

⁷⁸² D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 11 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 711-735.

⁷⁸³ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique (édition générale)*, 2013, p. 1917.

⁷⁸⁴ E. MYJER, « The succes story of the European Court : the times they are a-changing », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 269 (traduction libre).

⁷⁸⁵ J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1320.

⁷⁸⁶ M.-E. BAUDOIN, « Consonances et dissonances ... », *op. cit.*, p. 74.

B. L'insuffisance du principe : pluralisme vs universalisme⁷⁸⁷

373. Le principe de déférence pour les solutions élaborées par le législateur ou le juge national n'existe toutefois que dans et par son concours avec le principe d'effectivité des droits garantis par la Convention. Ainsi que la Cour l'a affirmé dans son arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014, « s'il appartient aux autorités nationales de juger les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention » (§ 125).

Il n'empêche que, dans le sillage de différentes grandes conférences sur l'avenir de la Cour, la priorité à donner aux Etats s'est trouvée réaffirmée avec force. Cette insistance renouvelée participe d'une approche « particulariste », « relativiste » ou « pluraliste », fondée sur l'idée que les « les systèmes moraux sont ancrés dans la culture en sorte que des cultures différentes produisent des systèmes moraux différents »⁷⁸⁸ et que les exigences des droits de l'homme se prêtent à des lectures diverses correspondant à des cultures dans le cadre desquelles « les montages institutionnels des rapports sociaux passent par une formalisation, voire par une “grammaire” totalement différentes »⁷⁸⁹.

374. La culture, aussi respectable soit-elle, peut cependant parfois aussi être oppressante et la circonstance qu'une pratique est ancrée dans une culture et jugée depuis une autre ne peut exclure systématiquement toute évaluation ou tout jugement. Il conviendrait de « fixer des limites à ne pas franchir, au nom de valeurs communes qui pourraient conduire vers des réponses à vocation universelle »⁷⁹⁰. Ainsi, dans une perspective plus empreinte d'« universalisme » il est possible de mettre en évidence un dénominateur commun de ces droits dont la promotion et/ou l'imposition de l'extérieur serait légitime même si elle implique de porter un jugement de valeur sur ce qu'a produit une culture particulière⁷⁹¹. En somme, « par sa nature même, la Convention énonce [...] des règles communes à plusieurs Etats. Elle a pour but de créer un ordre public européen dans le domaine des droits fondamentaux [et] perdrait donc une bonne partie de son sens, de son utilité et de son efficacité si son interprétation et son application dépendaient dans une trop large mesure des particularismes nationaux »⁷⁹².

375. La mise en œuvre de la Convention par la Cour suppose donc de prendre en considération les singularités de chaque Etat sans pour autant que ce paramètre « surdétermine » l'appréhension des litiges. Il convient alors de trouver un « juste équilibre » entre deux conceptions des droits de l'homme, l'une teintée de « particularisme », l'autre empreinte d'« universalisme ». La difficulté, pour le juge européen des droits de l'homme réside donc précisément dans la gestion de cette tension entre cette acceptation du pluralisme et le « principe d'unité que constitue la société démocratique »⁷⁹³.

⁷⁸⁷ Cette question s'est présentée dès la prime énonciation des droits de l'homme au XVIII^e siècle. Ainsi, selon l'historienne américaine Lynn HUNT, il a d'emblée existé deux versions du langage des droits de l'homme : une version « pluraliste » (« *rights specific to a people or national tradition* ») et une version « universaliste » (« *rights of man in general* ») (L. HUNT, *Inventing Human Rights...*, op. cit., p. 116). Le jusnaturalisme, qui postule l'existence d'une nature humaine qui est la source des droits de l'homme, est évidemment, par là-même, connecté à l'universalisme. En sens inverse, le positivisme, au titre de la faveur qu'il manifeste pour la souveraineté nationale, est a priori davantage lié au relativisme (J.J. SHESTACK, « *The Philosophic Foundations ...* », op. cit., p. 207).

⁷⁸⁸ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, op. cit., p. 158.

⁷⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, op. cit., pp. 210-213.

⁷⁹⁰ A cet égard, il lui paraît que l'interdiction du clonage reproductif et l'interdiction de la peine de mort pourraient constituer des candidats sérieux à l'universalité (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, op. cit., p. 232 et s.).

⁷⁹¹ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, op. cit., p. 158.

⁷⁹² E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 11.

⁷⁹³ Marie-Bénédicte DEMBOUR considère ainsi que la confrontation particularisme / universalisme est inhérente aux droits de l'homme et que la Cour européenne dans ce contexte était « obligée d'inventer quelque chose comme la marge d'appréciation ». La question pertinente est « how to seek unity while accomodating diversity ? ». Selon elle :

376. Une « préférence » ou une « priorité » structurelle reconnue aux Etats parties paraît pleinement compatible à la nature du projet conventionnel, mais à nouveau il ne peut s'agir que d'un « point de départ » ou d'une « manière d'entreprendre » le contrôle européen. Par essence, le mécanisme institué par la Convention répond à la volonté de « mettre en commun » le patrimoine constitué par les droits humains. Dès lors, le rapport des particularismes des traditions et cultures à la vocation universaliste des droits se joue d'une façon infiniment plus dynamique que la prévalence automatique des premiers sur les seconds.

La recherche des « clés » de l'articulation du pluralisme et de l'universalisme dans un « pluralisme ordonné » est précisément l'objet auquel Mireille DELMAS-MARTY a consacré une large partie de son œuvre. Selon elle, les droits de l'homme pourraient être perçus comme « un processus qui entraîne l'internationalisation des droits sans supprimer la diversité des cultures, ouvrant la voie à un universalisme pluriel »⁷⁹⁴ conformément à « l'idée qu'une signification commune peut se chercher à partir de pratiques pluralistes qui harmonisent en les conciliant, les diverses cultures des sociétés humaines »⁷⁹⁵. Dans le même ordre d'idée, Florian HOFFMANN et Julie RINGELHEIM soulignent que le discours des droits de l'homme est un « fait global » qui n'a pas de sens par lui-même et constitue un « signifiant vide » voué à être « constamment, mais toujours provisoirement, empli de signifiés locaux ». Si la culture est fluide et si les droits de l'homme sont un kaléidoscope hybridant le local et le global, alors, estiment les auteurs, on aperçoit la possibilité d'un dépassement de l'ancienne dichotomie⁷⁹⁶.

377. C'est par le prisme de cette tension entre respect du pluralisme et aspiration à l'universalisme qu'il y a lieu d'appréhender la mise en œuvre du principe de subsidiarité et du mécanisme de la marge nationale d'appréciation. De la même manière que la Cour entend imposer aux Etats le respect du pluralisme des conceptions et des aspirations qui coexistent en leur sein, elle doit rechercher la juste mesure de son intervention entre commune garantie des droits de l'homme et respect de la diversité des traditions nationales⁷⁹⁷. En d'autres termes, « à l'uniformisation des régimes juridiques nationaux *via* la définition d'un droit commun par la Cour, bien que facteur d'intégration des États et de rapprochement de ceux-ci, doit au contraire être préféré le simple rapprochement des législations, *via* une harmonisation, une coordination, tendant seulement à supprimer les divergences entre les législations étatiques non conciliables avec une protection effective des droits de l'homme »⁷⁹⁸.

« universalism and particularism are thus best conceived as encompassing each other ». Dès lors que les droits de l'homme tendent à l'universalité, ils doivent s'accommoder du particulier, sans cela ils apparaîtront « rigides, inadéquats, injustes ». Il s'agit d'une tension toujours présente. Il y a lieu pour elle, « to combine a constant and in [...] healthy scepticism towards universality with a rejection of relativity and indifference ». Pour elle, le danger du relativisme est l'indifférence et le danger de l'universalisme est l'arrogance (M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, p. 179).

⁷⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, *op. cit.*, p. 198.

⁷⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, « Les droits de l'homme. Processus d'humanisation réciproque », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, pp. 210-211.

⁷⁹⁶ Selon ces auteurs, « les droits de l'homme se présentent non plus comme le reflet figé des traits supposés essentiels de l'être humain, mais comme un processus auto-reproductif, au cours duquel ils sont constamment interprétés et réinterprétés, contestés et transformés par une myriade d'acteurs évoluant dans des contextes multiples ». De même, la perception de la culture a largement évolué et elle n'est plus perçue comme un tout homogène, harmonieux, consensuel et stable. Elle est davantage appréhendée comme « historiquement produite, globalement connectée, internationalement contestée, et marquée par l'ambiguïté des frontières des identités et des pratiques » (F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM., « Par-delà l'universalisme et le relativisme ... », *op. cit.*, pp. 4-5).

⁷⁹⁷ La Convention protège notamment au titre des articles 9, 10 et 11 le pluralisme dans la société. Liberté de pensée, liberté d'expression et liberté d'association concourent à la garantie du pluralisme comme caractéristique de la démocratie (F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.*, p. 266-270).

⁷⁹⁸ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 264.

§ 4. La « prédétermination » de la marge d'appréciation : la légitimité a priori de l'Etat

378. Le critère de la nature des intérêts en jeu rend compte de la proximité conceptuelle des principes de proportionnalité et de subsidiarité. La prise en considération de la nature des intérêts en jeu dépasse et enrichit cependant l'approche décrite dans la section précédente en y insufflant une référence aux conceptions relatives à la légitimité de principe de l'intervention de l'Etat dans certains secteurs déterminés. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, « la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit » (§ 52). La Cour prend d'ailleurs parfois le parti d'indiquer que certaines questions appellent une marge d'appréciation « plus large » que d'autres indiquant ainsi une manière de « gradation » dans la latitude à consentir aux Etats⁷⁹⁹. Ainsi, le juge européen a-t-il par exemple pu affirmer – dans les arrêts *Ahrens* et *Kautzor* – que les Etats devaient jouir d'une marge d'appréciation plus large pour la détermination du statut légal d'un enfant que pour la question du droit à des contacts ou à des informations⁸⁰⁰.

A. La concession d'une large marge de manœuvre

379. L'allocation d'une large marge de manœuvre peut d'abord se justifier au titre de la délicatesse ou de la complexité de la matière concernée ou de la question posée.

- i) *Les mesures d'ordre général en matière criminelle, économique et sociale, de santé publique ou d'immigration*

380. La Cour de Strasbourg a pu à différentes reprises signaler que certaines politiques ressortissaient prioritairement aux autorités nationales surtout lorsqu'elles impliquent des mesures générales ou l'allocation de ressources publiques. La Cour a rappelé dans l'arrêt *Reigado Ramos c. Portugal* du 22 novembre 2005, que « les Etats disposent d'une large marge d'appréciation quant à leurs choix législatifs, surtout s'agissant de leur politique criminelle » (§ 56). Dans l'arrêt de grande chambre *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008 elle a souligné que « [la] marge est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale » (§ 60)⁸⁰¹, tandis que, suivant les termes de la décision *Wiater c. Pologne* du 15 mai 2012, l'allocation des deniers publics en matière de santé est une question extrêmement débattue dans de nombreux Etats européens et c'est aux autorités étatiques de décider de l'allocation de leurs ressources limitées (§ 39).

Dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, elle a souligné que « le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des

⁷⁹⁹ Jan KRATOCHVIL propose une métaphore sportive et considère que « the margin works here like a bar in a high jump competition ». Ainsi « a narrow margin means that the bar is relatively high ; a wide margin means an easy jump », le problème étant que « we do not know the exact height of the bar » (J. KRATOCHVIL, « The inflation of the margin of appreciation by the European Court of human rights », *Netherlands Quarterly Of Human Rights*, 2011, p. 330).

⁸⁰⁰ Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, § 70 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kautzor c. Allemagne* du 22 mars 2012, § 72.

⁸⁰¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 12 avril 2006, §§ 51-52 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Runkee et White c. Royaume-Uni* du 10 mai 2007, § 36 ; Cour eur. dr. h., décision *Zubczewski c. Suède* du 12 janvier 2010, p. 22 ; Cour eur. dr. h., arrêt *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, § 54 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011, §§ 50-51.

engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol » (§ 67).

ii) *Les questions morales ou éthiques délicates*

381. Le juge européen des droits de l'homme réaffirme par ailleurs régulièrement que les questions morales et éthiques complexes justifient *a priori* l'allocation à l'Etat d'une marge d'appréciation confortable⁸⁰². L'allocation d'une large marge d'appréciation au titre de la dimension morale ou éthique est extrêmement répandu lorsqu'est en cause la disposition du corps et, à plus forte raison, dans les affaires qui concernent le début et la fin de la vie⁸⁰³. La référence à la morale pour justifier une large latitude étatique se multiplie toutefois aussi dans le domaine des relations familiales qu'il s'agisse par exemple de la question du cercle des bénéficiaires de la dispense de témoigner en matière pénale ou bien même des questions de mariage ou de filiation⁸⁰⁴.

iii) *Les conflits de droits*

382. Enfin, les conflits de droits impliquent également un élargissement de la marge de manœuvre concédée à l'Etat⁸⁰⁵. Ainsi, la Cour a-t-elle notamment affirmé, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 que « la marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention » (§ 77). Si la formule est assurément suprenante puisqu'elle paraît viser aussi bien les « conflits classiques » (entre des intérêts privés et publics concurrents) que les conflits de droits (entre différents droits protégés par la Convention), son interprétation « contextualisée » permet de considérer que la Cour souhaite élargir la marge d'appréciation étatique lorsque des droits sont en concours. D'une part, en effet, l'affirmation n'a aucune portée quelconque si elle vise autant les conflits classiques que les conflits de droits. D'autre part, cette formule a été élaborée et réitérée dans des affaires qui mettaient effectivement en cause des conflits de droits⁸⁰⁶.

383. Sébastien VAN DROOGHENBROECK met en toutefois en question la légitimité d'une telle extension de la marge dès lors que la difficulté du conflit de droits serait essentiellement une question de droit (puisque'il faut se poser la question d'une préférence à accorder à un des deux droits considérés) et que pour résoudre cette question de droit le juge européen serait le mieux

⁸⁰² S. CHOUDHRY et J. HERRING, *European human rights and family law*, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁸⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède* du 17 janvier 2006, § 25 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 77 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, § 78 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *A, B et C c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 232 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Stubing c. Allemagne* du 12 avril 2012, § 60.

⁸⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, § 46 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, § 60 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 67.

⁸⁰⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999. Suivant le § 113 : « En l'espèce, le seul but invoqué par le Gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la « protection des droits et libertés d'autrui ». Si ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique ». La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un « besoin social impérieux » susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention [...] ».

⁸⁰⁶ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014, § 125 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Von Hannover c. Allemagne* n° 2 du 7 février 2012, § 82.

placé⁸⁰⁷. Cette réserve est parfaitement fondée si on se place au plan de la définition de la norme où le juge européen ne paraît en tout cas moins bien placé que les autorités internes pour déterminer les modalités de la conciliation de deux droits considérés in abstracto. Elle est d'autant plus justifiée dans le contexte de l'extension progressive de l'emprise de la figure du conflit de droit sur le contentieux européen des droits de l'homme : étendre systématiquement la marge d'appréciation reviendrait à diminuer considérablement le niveau général de garantie des droits. Encore faut-il relever que lorsque le conflit de droits se joue au plan de l'application de la norme, l'argument du meilleur placement des autorités internes paraît acceptable : elle nous semble précisément être l'explication de la latitude consentie aux juridictions internes quand elles sont confrontées aux problématiques de l'incapacité juridique (qui implique un conflit de droits intrapersonnel dans le chef de la personne à protéger) et de la prise en charge des enfants (qui implique un arbitrage entre différents intérêts dont celui, prééminent, de l'enfant).

iv) *Les décisions individuelles complexes*

384. Les Etats se voient reconnaître une large marge d'appréciation pour un certain nombre de décisions considérées comme particulièrement complexes. Dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, la Cour affirme qu'« il y a lieu de reconnaître aux autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire quand elles se prononcent sur l'internement d'un individu comme "aliéné", car il leur incombe au premier chef d'apprécier les preuves produites devant elles dans un cas donné; la tâche de la Cour consiste à contrôler leurs décisions sous l'angle de la Convention » (§ 40).

Dans l'arrêt *Chtoukatourov c. Russie* la Cour a notamment affirmé que « pour une question aussi complexe que celle consistant à déterminer les capacités mentales d'un individu, jouir d'une large marge d'appréciation. En effet, les autorités nationales bénéficient de rapports directs avec les intéressés et sont donc particulièrement bien placées pour trancher ces questions » (§ 87)⁸⁰⁸. De même, suivant l'arrêt *K.T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, la Cour a reconnu que « les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant » (§ 155)⁸⁰⁹. Dans de telles hypothèses, cependant, la complexité des questions sous examen impliquera dans le chef de l'autorité étatique compétente l'obligation d'entourer la prise de décision d'un maximum de précautions⁸¹⁰.

B. L'allocation d'une marge de manœuvre « étroite »

i) *Les aspects particulièrement importants de l'existence ou de l'identité*

385. D'une part, là où l'identification d'un intérêt fondamental pour l'Etat (l'économie, la criminalité, la santé, l'immigration) implique *a priori* l'allocation d'une large marge de manœuvre, la mise en cause d'un « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu » ou bien « [des] aspects les plus intimes de la vie privée » induit *a*

⁸⁰⁷ Sur cette question il renvoie aussi à l'opinion dissidente de la juge TULKENS dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*. De son point de vue, si l'on élargit automatiquement la marge de manœuvre de l'Etat face à un conflit de droits, alors le dynamisme de la Cour la conduit finalement à un relâchement de son contrôle en sorte que « ce que l'on aurait gagné en surface, on l'aurait perdu en profondeur » (S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, p. 341).

⁸⁰⁸ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, § 141.

⁸⁰⁹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *M.D. et autres c. Malte* du 17 juillet 2012, § 71 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni* du 13 mars 2012, § 137.

⁸¹⁰ Voy. par ex. Cour eur. dr. h., arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, § 62.

priori une réduction importante de la marge d'appréciation allouée à l'Etat⁸¹¹. Ainsi, suivant, par exemple, les termes de l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas*, « [la] marge est d'autant plus étroite que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime qui lui sont reconnus » (§ 59). De même, dans l'arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni*, le juge européen a-t-il affirmé qu'en présence d'actes qui « revêtaient [...] un caractère véritablement "privé" » il y avait lieu pour la Cour de « retenir la même marge d'appréciation étroite qu'elle avait jugée applicable dans d'autres affaires portant sur des aspects intimes de la vie privée » (§§ 37-38). On constate ainsi, en général, que la marge de manœuvre de l'Etat est plus large quand sont en cause des droits « relatifs »⁸¹² que quand l'affaire concerne des droits « absolus »⁸¹³ et, au sein de l'article 8, que la marge d'appréciation est plus large quand la question porte sur des prérogatives « périphériques » que lorsque le « noyau dur » de la vie privée et familiale est concerné.

ii) Les « restrictions supplémentaires »

386. D'autre part, dans les situations où la Cour alloue aux autorités nationales le bénéfice d'une large marge d'appréciation pour prendre des décisions individuelles complexes, le juge de Strasbourg resserre toutefois son contrôle sur les restrictions supplémentaires apportées à l'exercice des droits conventionnels. En effet, si les autorités internes qui sont au contact direct des faits et des personnes sont le mieux en mesure de décider *sur le principe* de la nécessité d'une mesure, la Cour retrouve la plénitude de ses potentialités de contrôle s'agissant *des modalités* de ladite mesure. Ainsi la Cour a-t-elle précisé en matière de protection de l'enfance, notamment dans son arrêt de grande chambre *K. et T. c. Finlande*, qu'il y avait lieu par-delà la latitude à consentir aux Etats pour l'appréciation de la nécessité de prendre en charge l'enfant d'« exercer un contrôle plus rigoureux [...] sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités aux droits et aux visites des parents » (§ 155).

C. La nature de l'ingérence

i) Les obligations positives

387. Ensuite, les obligations positives, dont on a déjà souligné qu'elles ne pouvaient être que de moyens, appellent l'allocation d'une large marge d'appréciation. Ainsi, la Cour relève-t-elle, à propos des obligations positives découlant de l'article 8, que « la notion de "respect" manque [...] de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause » et que « ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants ». En conséquence, « il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention »⁸¹⁴. En somme, quand l'Etat est appelé à mettre en œuvre des mesures positives

⁸¹¹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 52 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 77 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 90 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 71 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012, § 59.

⁸¹² Ainsi, elle trouve particulièrement à s'appliquer dans le champ des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention qui sont les dispositions de la Convention qui comportent une clause de restriction aux droits garantis (« *accommodation clauses* ») (G. LETSAS, « The Truth in Autonomous Concepts », *op. cit.*, p. 296).

⁸¹³ Suivant Pierre LAMBERT, « si des lois nationales peuvent dans une certaine mesure perpétuer légitimement les diversités culturelles entre les Etats parties à la Convention ou assurer sa sécurité et son intérêt économique comme elle le prévoit expressément, elles n'ont aucun rôle à jouer lorsqu'il s'agit de la substance même des droits de l'homme. Dans ce domaine, les particularismes nationaux ne trouvent aucune justification » (P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 89).

⁸¹⁴ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, § 67.

tendant à assurer l'effectivité des droits, il bénéficie *a priori* d'une plus grande l'attitude pour déterminer la nature et l'ampleur des moyens à mobiliser.

ii) Les obligations négatives

388. Au contraire, les obligations négatives induisent un contrôle européen plus poussé⁸¹⁵. En effet, *a priori*, il est plus facile d'imposer aux Etats un devoir d'abstention (qui n'implique pour lui *a priori* aucun « coût ») que d'exiger d'eux des mesures positives de protection ou de promotion qui, au contraire, supposent un « coût » à faire supporter par la collectivité qu'il s'agisse d'élaborer un cadre juridique ou de procurer des moyens matériels. A cet égard, la Cour a expressément affirmé, par exemple dans l'affaire *Women on Waves et autres c. Portugal* que « s'il est vrai que, dans les deux hypothèses – obligations positives et négatives – l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation [...], la Cour estime que cette marge d'appréciation est plus étroite s'agissant des obligations négatives découlant de la Convention » (§ 40). Toute autre chose égale par ailleurs, l'Etat jouirait donc d'une marge de manœuvre plus étroite quand il lui est « seulement » demandé de ne rien faire⁸¹⁶.

D. L'exigence de non-discrimination

389. Enfin, certaines différences de traitement paraissent induire également un resserrement considérable de la marge de manœuvre concédée à l'Etat. Ainsi, les différences fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle, outre qu'elles doivent reposer sur des motifs très sérieux (sur le plan de la proportionnalité) ne donnent lieu qu'à une marge d'appréciation particulièrement réduite (voire à aucune marge d'appréciation du tout). L'arrêt de grande chambre *X. et autres c. Autriche* est à cet égard particulièrement clair :

99. L'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14. La Cour a maintes fois déclaré que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des « raisons particulièrement solides et convaincantes » (voir, par exemple, E.B. c. France, précité, § 91 ; Kozak, précité, § 92 ; Karner, précité, §§ 37 et 42 ; L. et V. c. Autriche, précité, § 45, et Smith et Grady, précité, § 90).

S'agissant de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des Etats est étroite (Kozak, précité, § 92, et Karner, précité, § 41). Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention (E.B. c. France, précité, §§ 93 et 96, et Salgueiro da Silva Mouta, précité, § 36).

L'interaction entre « pondération » des intérêts en présence et « rigueur » du contrôle européen apparaît ici de manière évidente. Encore relèvera-t-on, comme on l'a fait sur le terrain de la proportionnalité, que l'extrême rigueur du contrôle des différences fondées sur l'orientation sexuelles (qualifiées ici purement et simplement d'« inacceptables ») est atténuée, en pratique, par des mécanismes de coopération avec des facteurs de différenciation moins « suspects » (voy. *supra* n° 340).

§ 5. Une méthodologie approximative : self-restraint et activisme

⁸¹⁵ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*, p. 5.

⁸¹⁶ Le juge DE GAETANO ne semble pas dire autre chose lorsqu'il expose dans son opinion séparée à l'affaire *Hristozov c. Bulgarie* que « les requérants ne demandaient pas à l'Etat de payer pour leur traitement [...] » et « lui demandaient simplement de rester "hors de leur chemin" et de leur permettre d'accéder à un produit expérimental qui leur serait procuré gratuitement » (*traduction libre*). Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a également affirmé dans son opinion séparée jointe à l'affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* que « la Cour estime que cette marge est plus étroite en cas d'obligations négatives ».

390. Si la jurisprudence de la Cour offre de la sorte une profusion d'« indicateurs » tendant à justifier l'allocation à l'Etat, tantôt d'une marge étroite, tantôt d'une marge large, il faut bien constater que ces différents critères sont appelés à se combiner dans les espèces soumises au juge européen où – bien souvent – ils joueront en sens contraires. Ainsi, est-il possible, dans de nombreux cas, d'observer une forme de « neutralisation » mutuelle des indicateurs ou critères censés présider à la détermination de l'amplitude de la marge nationale d'appréciation. Ainsi, dans son arrêt *Andrle c. République tchèque*, la Cour signale-t-elle par exemple que la marge devrait être étroite car il est question d'une différence de traitement fondée sur le sexe mais qu'en même temps cette même marge devrait être large s'agissant de politique des pensions. Au surplus, elle ne paraît tirer aucune conséquence de ce constat ni mettre en œuvre aucun test spécifique (§§ 49-50). Il apparaît en somme, non seulement que la détermination de l'ampleur de la marge d'appréciation dépend *in fine* « d'un jeu complexe entre une multiplicité de facteurs dont l'influence varie d'un cas à l'autre »⁸¹⁷, mais également que l'impact précis de l'allocation d'une marge d'appréciation « étroite » ou « large » ou bien d'une « certaine marge » est difficile à mesurer.

A. Le grief de subjectivisme/d'arbitraire

391. Cette double incertitude qui frappe le mécanisme de la marge d'appréciation suscite inmanquablement un certain nombre de critiques adressées à la juridiction strasbourgeoise.

Ainsi, d'une part, l'allocation de la marge d'appréciation est le lieu d'une grande indétermination au sens où elle n'apparaît pas être le résultat d'une réflexion approfondie⁸¹⁸. Elle semble n'être qu'un « récipient vide » (« *empty vessel* ») dont l'usage déstructuré contribue à l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne⁸¹⁹ voire une « manière pseudo-technique d'évoquer le pouvoir discrétionnaire que les organes de Strasbourg ont estimé reconnu aux Etats par la Convention dans certains cas »⁸²⁰. En somme, la très grande variabilité de la marge nationale d'appréciation « réserve en pratique au juge européen une liberté qui pourrait confiner à l'arbitraire si elle n'était pas contenue dans des limites particulièrement strictes » mais « les conditions qui président à l'application d'une telle marge apparaissent, au fil du temps souvent floues et mal définies ». Il en découle « un inconfortable sentiment de malaise tenant à l'installation d'une insécurité juridique ce qui culmine à l'absurde dans la matière des droits de l'homme »⁸²¹.

D'autre part, le lien entre la marge d'appréciation allouée et la rigueur du contrôle n'est pas non plus particulièrement caractérisé par sa constance au sens où il est difficile de mesurer l'impact de la marge sur la pesée et l'arbitrage des intérêts en conflit. Dans certains cas, l'invocation de la marge d'appréciation étatique semble purement « cosmétique » : elle ne paraît pas jouer le rôle de « présomption réfragable » ou de « marge d'erreur » qui est *a priori* le sien. Pareil usage de la marge qui relève du « *leitmotiv* » ou du « tic d'écriture »⁸²² a pour effet de « diluer » la

⁸¹⁷ F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme ... », *op. cit.*, pp. 116.

⁸¹⁸ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle ... », *op. cit.*, p. 35.

⁸¹⁹ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, p. 136.

⁸²⁰ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme, n° 17, éd. du Conseil de l'Europe, 2000, p. 35.

⁸²¹ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 64 ; voy. aussi : J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 59-63 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 531-535, n° 742-743.

⁸²² Pierre LAMBERT relève différents arrêts – comme *Golder c. Royaume-Uni* ou *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* – où il est fait surabondamment référence à la marge d'appréciation (P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 89).

doctrine au détriment du rôle essentiel qu'elle est parfois amenée à jouer⁸²³. Dans d'autres cas, la marge de manœuvre paraît au contraire « surdéterminer » le litige strasbourgeois : elle s'y « substitue » purement et simplement et s'apparente à une « présomption irréfragable » ou à un « blanc-seing » faisant échapper l'option étatique litigieuse à toute forme quelconque de contrôle européen⁸²⁴. Il faut donc non seulement des critères clairs qui déterminent quand il faut utiliser la doctrine de la marge d'appréciation, mais également des tests précis à mettre en œuvre si elle est effectivement mobilisée⁸²⁵.

Tantôt critiquée⁸²⁶, tantôt présentée comme un outil réaliste susceptible de faire accepter l'intervention de la Cour aux Etats membres⁸²⁷, la marge d'appréciation est en tout cas – telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui – un facteur d'insécurité juridique⁸²⁸ et le substrat d'un autre grief d'arbitraire formulé à l'égard du juge européen qui se trouve accusé de manipuler les déterminants de la marge et les conséquences à tirer de son allocation au service d'une idée subjective préconçue sur la latitude à consentir à l'Etat.

B. L'explication : « *judicial self-restraint* » et « *judicial activism* »

392. Au plan théorique, la tension entre large marge et marge étroite correspond à l'opposition entre le « *judicial self-restraint* » et « *judicial activism* ». La question de savoir si – à un moment donné – la démarche de la Cour est plutôt teintée d'« activisme » ou de « retenue » donne lieu à des débats passionnés qui opposent systématiquement les partisans d'un plus grand dynamisme juridictionnel et les défenseurs des prérogatives étatiques.

En réalité, il apparaît que la Cour peut au fil du temps se montrer plus ou moins attirée par l'un des deux pôles de la dialectique. En 2009, le juge Dragoljub POPOVIC estimait que « l'activisme juridictionnel » prévalait en pratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la « retenue judiciaire »⁸²⁹. En 2013, Béatrice PASTRE-BELDA souligne, en sens inverse, une « redécouverte prétorienne du principe de subsidiarité »⁸³⁰. Il est vrai – explique

⁸²³ J. KRATOCHVIL recense les critiques de cette doctrine par la littérature et également par des juges de la Cour. Il relève que la doctrine de la marge d'appréciation bien que massivement mobilisée par la Cour reste « *veiled in a cloud of mystery* » et pointe ensuite cinq situations dans lesquelles l'invocation de la marge d'appréciation est inutile : (1) il n'y a pas de rapport entre la mention marge d'appréciation et les raisons sur bases desquelles l'affaire est tranchée ; (2) la Cour fait état d'une marge d'appréciation éventuellement large au bénéfice de l'Etat puis conduit indépendamment sa propre analyse de l'enjeu considéré ; (3) la Cour fait référence à « une certaine marge d'appréciation » sans préciser son ampleur ; (4) l'ampleur de la marge d'appréciation n'est pas précisée et la doctrine n'est invoquée que dans la conclusions ; (5) dans deux affaires similaires, la Cour utilise pour l'une la doctrine de la marge d'appréciation et pour l'autre pas (J. KRATOCHVIL, « The inflation of the margin ... », *op. cit.*, p. 336 et s.).

⁸²⁴ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 89).

⁸²⁵ J. KRATOCHVIL, « The inflation of the margin ... », *op. cit.*, pp. 345 et s.

⁸²⁶ W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Cologne, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 201 ; R. ST-JOHN MACDONALD, « The margin of appreciation in the jurisprudence of the european court of human rights », in *The european system for the protection of human rights*, Martinus Nijhof, Dordrecht, 1993, p. 83 ; P. VAN DIJK et G. VAN HOOFF, *op. cit.*, 1990, p. 604.

⁸²⁷ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; H. C. YUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, Martinus Nijhof, Dordrecht, 1990 ; A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 567.

⁸²⁸ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 29-30.

⁸²⁹ D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint ... », *op. cit.*, p. 362.

⁸³⁰ Tout en soulignant les aspects positifs d'une telle retenue, qui doit être conjuguée à une prise en charge par les autorités internes de leur mission de protection des droits, elle signale qu'il ne faudrait pas que la Cour verse dans l'excès inverse (B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 264).

l'ancien juge Egbert MYJER – qu'autour de 2012, la Cour a essuyé de vives critiques, liée notamment à la crainte que la Cour interfère avec les politiques nationales en matière d'immigration dans un contexte où se conjuguent menace terroriste et la crise économique⁸³¹.

Le juge européen trouverait alors une part de sa légitimité dans la capacité à maintenir un équilibre entre « le respect des diversités nationales » et « la promotion du commun respect des droits de l'homme »⁸³². Un juge européen a ainsi pu affirmer que l'interprétation « évolutive et créative » de la Convention mettait la Cour face à un épineux dilemme : il lui revient, d'un côté, d'« éviter le risque d'excéder le rôle judiciaire d'interprétation qui lui a été conféré en mettant à mal des décisions politiques prises par des corps représentatifs élus, qui, dans les sociétés démocratiques, assument la responsabilité principale pour ce qui est de la réalisation des changements législatifs importants » ; il lui appartient, de l'autre côté, de ne pas abdiquer « sa propre responsabilité, consistant à contrôler de manière indépendante l'action des gouvernements »⁸³³.

§ 6. La volonté de rationaliser l'articulation des choix étatiques et du contrôle européen

393. Il conviendrait alors que le juge européen puisse rationaliser sa pratique de la marge d'appréciation. En premier lieu, il faudrait que la Cour puisse autant que faire se peut optimiser la formalisation de la fixation de la marge et des conséquences qui en découlent (A). En second lieu, il y aurait lieu que la Cour fasse un usage plus maîtrisé de la technique du consensus européen qui donne lieu à ce stade à des dissensions parfois très fortes au sein même de la Cour (B).

A. La structuration formelle de la marge de manoeuvre : les « présomptions » et « marges d'erreur »

394. D'une part, il conviendrait que dans toute la mesure du possible la Cour pointe systématiquement dans ses arrêts l'ensemble des facteurs pertinents qu'elle prend en considération et l'importance qu'elle confère à chacun d'entre eux pour fixer la marge et qu'elle aboutisse à l'affirmation claire de l'ampleur de celle-ci. A cet égard, la méthode – mobilisée par exemple dans l'affaire *Hamalainen c. Finlande* – qui consiste à viser dans la partie de l'arrêt relative aux principes généraux applicables un certain nombre de critères potentiellement pertinents, pour n'en retenir ensuite que certains dans la partie de l'arrêt faisant application desdits principes n'est pas satisfaisante. Il y aurait lieu que la Cour puisse à tout le moins expliquer le choix qu'elle fait de donner priorité à l'un des facteurs pertinents (§§ 67, 68 et 75).

395. D'autre part, il y aurait lieu que la Cour expose le plus clairement possible quelles sont les conséquences, pour son appréciation, de l'allocation d'une marge étatique d'appréciation large ou étroite. L'allocation à l'Etat d'une marge d'appréciation revient à lui reconnaître le bénéfice d'une « présomption réfragable » de conformité à la Convention dont l'intensité est variable ou bien même à lui consentir l'octroi d'une « marge d'erreur » dans la recherche du meilleur équilibre possible entre les intérêts en concours⁸³⁴. Si la marge d'appréciation est large, l'Etat ne sera a priori condamné que si la mesure dénoncée est manifestement déraisonnable (« manifestly unreasonable test » ou « contrôle de rationalité »). On peut ici pointer, au titre

⁸³¹ E. MYJER, « The succes story of the European Court ... », *op. cit.*, pp. 268-271.

⁸³² C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 117.

⁸³³ Cour eur. dr. h., arrêt Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, opinion dissidente du juge MORENILLA.

⁸³⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, pp. 501.

d'exemple, l'arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011 dans lequel la Cour, ayant alloué à l'Etat une large marge de manœuvre, se borne ensuite à vérifier que la solution retenue par les autorités n'est pas manifestement déraisonnable (§ 60). Si la marge d'appréciation est étroite, le contrôle de la Cour sera très rigoureux (« very weighty reasons test » ou « raisons très fortes »)⁸³⁵. L'arrêt *X. et autres c. Autriche* peut faire office d'illustration puisque la Cour ayant alloué à l'Autriche une marge seulement étroite (§ 140) a expressément fait supporter par l'Etat la « charge de la preuve » (§ 141) portant sur l'existence de « raisons particulièrement solides et convaincantes » (§ 151). Quand la marge de manœuvre étatique n'est ni large ni étroite, on applique un « niveau normal de surveillance » (« normal level of scrutiny ») en sorte que la Cour réaliserait sa propre analyse de proportionnalité⁸³⁶.

B. Au plan substantiel : le recours à l'interprétation consensuelle

i) *Le consensus : principale clé du pluralisme ordonné ?*

396. Selon Mireille DELMAS-MARTY, la mobilisation du consensus européen serait, ni plus ni moins que « la principale clé » du « pluralisme ordonné »⁸³⁷. *A priori*, l'opération de ce critère est simple : une solution européenne commune peut être imposée lorsqu'elle est retenue par un nombre critique d'Etats parties ; à défaut de semblable consensus, il y a lieu de faire prévaloir la solution choisie par l'Etat. En termes d'obligations négatives : si une restriction aux droits dénoncée est commune à tous les Etats parties à la Convention, la Cour considérera la marge d'appréciation étatique importante ; en sens inverse, si une restriction est maintenue dans un seul des Etats membres, alors le contrôle de la Cour sera très rigoureux. En termes d'obligations positives : si une prérogative est allouée de manière très disparate et aléatoire parmi les Etats membres, alors la marge de manœuvre des Etats parties est importante ; si cette même prérogative est largement garantie par les Etats membres, la marge d'appréciation étatique est étroite. En synthèse, lorsqu'un consensus existe, la Cour peut constater que l'Etat défendeur occupe une position isolée⁸³⁸ ou en tout cas réduire sensiblement la marge d'appréciation⁸³⁹, tandis que l'absence de consensus ou l'incertitude du consensus accroît la marge d'appréciation et peut le cas échéant justifier le *statu quo*⁸⁴⁰. Dans semblable contexte, il convient encore de relever une certaine variabilité « spatio-temporelle » de l'approche consensuelle mise en œuvre par le juge européen. Ainsi la Cour prend-elle parfois le parti d'étendre ou de restreindre la « zone géographique » dans laquelle sont recherchés les indices d'une approche commune de même qu'elle s'arroge parfois la possibilité d'« anticiper » un consensus encore inexistant ou au contraire de « différer » l'impact d'un consensus déjà avéré.

ii) *Le consensus « resserré » et le consensus « global »*

α – Le consensus « global » : *Demir et Baykara c. Turquie*

397. Si l'interprétation évolutive ou constructive de la Convention par la Cour se nourrit, au premier chef, des consensus qui se font jour au sein des quarante-sept Etats parties, on observe cependant, depuis une dizaine d'années, une propension du juge européen des droits de

⁸³⁵ J. KRATOCHVIL, « The inflation of the margin ... », *op. cit.*, pp. 324-357.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 354.

⁸³⁷ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 64.

⁸³⁸ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt F. c. Suisse du 18 décembre 1987, § 33 ; Cour eur. dr. h., arrêt Ünal Tekeli c. Turquie du 16 novembre 2004, § 61.

⁸³⁹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde. ch.), arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark du 11 janvier 2006, § 70.

⁸⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, §§ 42-43.

⁸⁴¹ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus ... » *op. cit.*, p. 64.

l'homme à rechercher les indices du développement d'une « vision commune » aussi dans des sources externes au système de la Convention. Cette possibilité a été affirmée avec force dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008 aux termes duquel « lorsqu'elle examine le but et l'objet des dispositions de la Convention, [la Cour] prend également en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause » dès lors que « les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des Etats européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention » (§ 76). Dans ce contexte, il est permis d'évoquer une certaine « internationalisation de l'interprétation de la Convention » ou le recours à une interprétation « à la lumière d'autres instruments internationaux »⁸⁴².

La Cour prend en considération non seulement des instruments géographiquement et structurellement proches, mais également des normes d'origines plus lointaines. Au sein du premier cercle, prévalent évidemment les normes émanant des autres institutions du Conseil de l'Europe, mais on y trouve aussi le droit de l'Union européenne et le droit de l'Organisation des Nations-Unies⁸⁴³. Dans ce premier ensemble, la collaboration avec les sources externes à la Convention répond aussi à un élémentaire souci de sécurité juridique, cela d'autant plus que coexistent désormais, dans la « petite Europe » deux « catalogues » de droits de l'homme⁸⁴⁴. Au-delà de cet ensemble de norme présentant un rapport d'étroite proximité avec le droit de la Convention européenne, la Cour n'hésite pas à s'inspirer de normes plus lointaines ressortissant par exemple à d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Ainsi le juge européen prend-t-il parfois en considération le droit, textuel ou jurisprudentiel, élaboré dans le cadre du mécanisme interaméricain de protection des droits de l'homme⁸⁴⁵ ou les décisions de Cours constitutionnelles d'Etats non parties à la Convention⁸⁴⁶⁸⁴⁷. Le dialogue entre la Convention et les normes relevant de ce second ensemble (qui comprend le premier) traduit ce que l'ancien vice-président Christos ROZAKIS a appelé « une véritable globalisation des fonctions de la Cour ». Quoi qu'il en soit le juge européen des droits de l'homme ne dit pas le

⁸⁴² F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, pp. 600-601. Voy. aussi : P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, pp. 667-676 et F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? : Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526.

⁸⁴³ Parmi l'éventail des normes considérées, certaines entretiennent des rapports de collaboration éprouvés et fructueux avec la Convention. Tel est par exemple le cas de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine (voy. par ex. : *Vo c. France*, § 84 ; *Glass c. Royaume-Uni*, § 75 ; *S.H. et autres c. Autriche*, § 107), de la Charte européenne des droits fondamentaux (notamment, mais pas seulement, à propos de l'accès au mariage) (voy. par ex. : *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 100 ; *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 61 ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, § 135) ou de la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant (voy. par ex. : *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, § 120 ; *Harroudj c. France*, § 42).

⁸⁴⁴ O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 781-811.

⁸⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, § 189.

⁸⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 66.

⁸⁴⁷ Les emprunts considérés interviennent toutefois à ce stade rarement au sein même du raisonnement juridictionnel. Plus régulièrement, la référence à ces sources plus lointaines est opérée dans la rubrique « droit international et comparé pertinent » (*Bevacqua et S. c. Bulgarie*, § 53), tandis qu'elles sont d'ores et déjà souvent invoquées par les requérants, les parties intervenantes et les auteurs d'opinions séparées (voy. par ex. l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *De Souza Ribeiro c. France*). Ces emprunts sont réciproques – quoique cette réciprocité soit à géométrie variable – comme en rendent compte l'arrêt *Artavia Murillo c. Costa Rica* de la Cour interaméricaine qui se réfère expressément à différents arrêts strasbourgeois récents en matière de procréation assistée (notamment *S.H. et autres c. Autriche* et *Costa et Pavan c. Italie*, voir §§ 3.2.3) ou l'arrêt *Lawrence v. Texas* de la Cour suprême des Etats-Unis qui prend en considération les développements de la jurisprudence de la Cour s'agissant de la répression des comportements homosexuels (voir p. 576).

droit depuis une « tour d'ivoire »⁸⁴⁸. Traditionnellement à l'écoute des évolutions à l'œuvre dans l'ordre juridique institué par la Convention, il est également de plus en plus attentif à la production normative des multiples instances qui participent avec lui à un droit « en réseau » en construction permanente.

Assurément, cette technique enrichit l'approche consensuelle traditionnelle et permet à la Cour de « faire émerger » des consensus légitimateurs de la source intarissable que constitue le droit international et européen, mais, corrélativement, la mobilisation d'un « réseau » aussi dense dans le cadre de la définition du consensus induit certainement un risque non négligeable de « forcer le “sens européen” au détriment du respect des particularismes nationaux »⁸⁴⁹. Ce risque est d'autant moins négligeable que la Cour s'arroge expressément une grande liberté méthodologique dans la prise en considération des sources externes. Ainsi, le juge strasbourgeois détermine-t-il lui-même – comme il est exposé dans l'arrêt *Tanase c. Moldova* du 27 avril 2010 – les instruments dignes d'attention et le poids qu'il convient de leur accorder⁸⁵⁰. Il arrive aussi que les sources externes consultées ne renforcent pas la position que souhaite adopter la Cour, mais pointent une autre direction, participant d'une lecture différente des équilibres à aménager. On observe alors la mise en œuvre de stratégies de disqualification⁸⁵¹ ou de distorsion⁸⁵² des normes considérées, le cas échéant accompagnées de l'affirmation de la préséance du droit de la Convention. S'ensuit une certaine variabilité de la prise en considération des sources externes,

⁸⁴⁸ C. ROZAKIS, « The Interaction Between the European Court of Human Rights and the Other Courts », World Conference on Constitutional Justice, Cape Town, 22-24 January 2009 (<http://www.venice.coe.int/>).

⁸⁴⁹ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus ... », *op. cit.*, p. 64. Pour un exemple de cette tendance, l'on peut se référer à l'arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012 dans le cadre duquel la Cour affirme qu'elle « se doit de noter l'importance croissante qu'accordent aujourd'hui les instruments internationaux de protection des personnes atteintes de troubles mentaux à l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes. Elle se réfère à cet égard à la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations unies du 13 décembre 2006 ainsi qu'à la recommandation no R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, qui préconisent la mise en place de garanties procédurales adéquates afin de protéger au mieux les personnes privées de capacité juridique, de leur offrir une révision périodique de leur statut et des voies de recours appropriées » (§ 244).

⁸⁵⁰ Suivant le § 175 : « C'est à la Cour qu'il appartient de décider des instruments et rapports internationaux qu'elle juge dignes d'attention ainsi que du poids qu'elle entend leur accorder. S'il existe une norme commune et que l'Etat défendeur ne s'y est pas conformé, ce peut être un élément important que la Cour a à considérer lorsqu'elle interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques ».

⁸⁵¹ Dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, la Cour a considéré insuffisante la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une décision de retour rendue à l'encontre de l'un de ses parents, alors même que cette décision avait été prise conformément aux règles prévues par la Convention de La Haye relative à l'enlèvement international d'enfants. A de nombreuses reprises, les juges européens ont affirmé qu'ils souscrivaient « entièrement à la philosophie sous-jacente » à cet instrument (*Carlson c. Suisse*, § 74 ; *Maumousseau et Washington c. France*, § 69). Cependant, ils ont considéré en l'espèce qu'« il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique » (§ 138). Ici aussi, la Cour a, pour le surplus, pris argument de la préséance de la Convention en invoquant sa qualité d'« instrument de l'ordre public européen » (§ 133). Cette appréhension distanciée de la Convention de La Haye, qui a été reconduite dans la jurisprudence ultérieure de la Cour, revient à neutraliser la présomption de protection équivalente auparavant attachée à la Convention de La Haye, comme l'a relevé la minorité dans l'affaire *B. c. Belgique*, en invoquant la jurisprudence *Bosphorus*.

⁸⁵² Dans l'arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, la Cour a considéré l'impossibilité pour les concubins de même sexe de mettre en œuvre l'adoption de l'enfant de l'un par l'autre contraire à l'article 14 de la Convention. Or, le gouvernement défendeur faisait notamment valoir que la Convention européenne de 2008 relative à l'adoption d'enfants laissait quant à elle aux Etats le choix d'ouvrir ou de ne pas ouvrir l'adoption aux couples de même sexe. La Cour a dès lors pris le parti, d'une part, d'invoquer le faible taux de ratification de l'instrument pour conclure, à titre principal, à sa non pertinence (disqualification) et, d'autre part, de proposer une interprétation assez audacieuse des dispositions de cette convention pour affirmer, à titre subsidiaire, sa conformité à l'approche strasbourgeoise (distorsion) (§ 150). En outre, la Cour a conclu, sur ce point, que, dans tous les cas, « les Etats demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention » (§ 150). Semblable procédé est de nature à nourrir le soupçon d'une prise en considération à géométrie variable des sources externes. En particulier, l'approche ici retenue par la Cour de l'impact de la non-ratification sur la pertinence de telles sources est contraire à celle dégagée, dès 1979, dans l'affaire *Marckx c. Belgique* (§ 41).

entre pleine collaboration et affrontement, qui peut susciter des critiques ou des interrogations, mais ne peut occulter la prise en charge actuelle par la Cour de la dimension globale de son office.

β – Le consensus « resserré » : *Stanev c. Bulgarie et X. et autres c. Autriche*

398. Dans certains cas, l'assiette géographique du consensus n'est pas étendue mais paraît au contraire restreinte par le juge européen des droits de l'homme.

Tel est en premier lieu le cas lorsque la Cour prétend purement et simplement asseoir son appréciation du consensus européen sur une étude de droit comparé portant sur un nombre limité d'Etat. Ainsi dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie*, la Cour a-t-elle par exemple relevé que « dix-huit des vingt législations nationales étudiées prévoient l'accès direct aux tribunaux pour toute personne partiellement incapable souhaitant obtenir la révision de son statut » et que « dans dix-sept Etats, cet accès est ouvert même aux personnes déclarées totalement incapables » pour en déduire que « cela [indiquait] qu'il [existait] [...] au niveau européen une tendance à accorder aux individus privés de leur capacité juridique un accès direct à un tribunal en vue de la mainlevée de cette mesure » (§ 243) (voy. *infra* n° 527). Tel est en second lieu le cas quand la Cour circonscrit très étroitement la question posée en sorte que l'Etat défendeur ne peut être pertinemment comparé à propos de celle-ci qu'avec un petit nombre d'Etats ayant pris des orientations comparables aux siennes. L'affaire *X. et autres c. Autriche* procure à cet égard un édifiant exemple. Saisie de la question de l'adoption coparentale par les couples de même sexe, la Cour a circonscrit le champ de son examen de droit comparé aux dix Etats parties qui – à l'instar de l'Autriche – interdisaient ce type d'adoption tout en l'autorisant pour les couples hétérosexuels non mariés (§ 150). Avec les juges dissidents, on peut légitimement s'interroger : « fallait-il se limiter aux seuls Etats dont l'ordre juridique se prêtait à une comparaison quasi-automatique avec celui de l'Etat défendeur ou bien fallait-il aussi prendre en compte les législations qui s'inscrivaient dans le contexte plus large de l'affaire ? » (voy. *infra* n° 1098)⁸⁵³.

399. Kanstantin DZEHTSIAROU et Vasily LUKASHEVICH ont récemment consacré une étude à l'approche comparatiste telle qu'elle est pratiquée par la Cour européenne. Ils y révèlent que des études de droit comparé sont « commandées » par le juge rapporteur dans « presque toutes » les affaires de grande chambre et dans « certaines » affaires tranchées en formation de chambre. Selon eux, de telles études contribuent à accroître la légitimité du juge européen, pour autant que certains « pièges » classiques inhérents à l'exercice comparatistes soient évités. En outre, ils posent la question de savoir qui doit conduire l'analyse de droit comparé : la Cour ou bien des tiers⁸⁵⁴.

iii) *Le consensus « anticipé » et le consensus « oblitéré »*

α – Le consensus « anticipé » : *Goodwin c. Royaume-Uni*

400. La Cour n'attend pas nécessairement que le consensus s'apparente à une véritable unanimité des Etats membres conjuguée à une parfaite uniformité des solutions mises en œuvre pour déduire de l'existence d'un « mouvement » ou d'une « tendance » une réduction importante de la marge de manœuvre étatique⁸⁵⁵. Parfois même, une telle restriction à la latitude étatique procède de la prise en considération de consensus européens seulement « émergents »

⁸⁵³ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOS, § 13.

⁸⁵⁴ K. DZEHTSIAROU et V. LUKASHEVICH, « Informed decision making : the comparative endeavours of the Strasbourg Court », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 273.

⁸⁵⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 533.

ou « non consolidés » (en mobilisant alors souvent, pour renforcer sa position, des références à des sources externes à l'ordre juridique conventionnel : voy. *supra* n° 397).

Tel a notamment été le cas dans le célèbre arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 où la Cour a expressément pris en considération la circonstance que « le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage "mater semper certa est" [...] » (§ 41). La Cour a adopté une approche favorable aux requérantes en trouvant dans une simple « évolution » ou un simple « mouvement » le motif d'une restriction de la latitude étatique, sans exiger qu'un consensus avéré se soit d'ores et déjà stabilisé⁸⁵⁶. Une telle approche a également prévalu dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 où la Cour a attaché « moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés » (§ 85). C'est – à nouveau – une simple « tendance générale » des États membres « vers » l'acceptation sociale et la reconnaissance juridique des transsexuels qui a été prise en considération par la Cour pour réduire substantiellement la marge de manœuvre étatique.

Il apparaît donc que, dans certains cas, la Cour choisit d'« amplifier » l'impact d'un consensus en formation au détriment de la marge d'appréciation de l'État. Parfois, l'existence du consensus serait même affirmée de manière purement péremptoire par la Cour. Tel serait le cas – suivant Hélène SURREL – dans les affaires *Tyrer c. Royaume-Uni* ou dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* où la Cour se contente d'affirmer respectivement que « la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe paraissent [...] ignorer [les châtiments judiciaires corporels] » et que « dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale »⁸⁵⁷.

Il s'ensuit que dans cette première perspective, la Cour est coupable ou à tout le moins accusée d'« activisme » lorsqu'elle s'émancipe de la référence aux options prises par les États parties pour énoncer « sa » ou « la » vérité des droits de l'homme. Ainsi, selon Frédéric SUDRE, quand la Cour se livre – comme dans *Goodwin c. Royaume-Uni* – à une interprétation évolutive de la Convention sans pouvoir se réclamer d'un consensus européen dans la direction choisie, elle « ignorerait » le pluralisme⁸⁵⁸.

β – Le consensus « oblitéré » : *Schalk et Kopf c. Autriche et S.H. et autres c. Autriche*

401. Face à un consensus « inabouti », la Cour ne fait pas toujours ce choix d'anticiper sa consolidation et de réduire en conséquence la marge de manœuvre étatique. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, par exemple, la Cour a expressément affirmé qu'un consensus européen « se faisait jour » et même que l'évolution en question « s'était produite avec rapidité » mais n'a pas souhaité restreindre pour autant la marge de manœuvre des États. Ainsi, suivant le juge européen, « force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée » étant entendu

⁸⁵⁶ Voy. sur l'impact du consensus européen sur la marge nationale d'appréciation dans l'affaire *Marckx* : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, op. cit., p. 533.

⁸⁵⁷ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 60.

⁸⁵⁸ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », op. cit., pp. 283-285.

toutefois que « les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité » (§ 105). Dans ce contexte, la Cour décide que « le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives » (§ 105).

C'est bien une démarche inverse de celle adoptée dans *Marckx* et *Goodwin* qu'on peut ici observer : nonobstant l'« émergence rapide » d'un consensus européen, la Cour entend, dans le domaine considéré, ménager la marge de manœuvre des Etats⁸⁵⁹. Parfois même, la Cour affirme de manière purement péremptoire qu'il n'existe pas de consensus sur la question examinée. Tel serait particulièrement le cas – expose Hélène SURREL – en matière de morale, comme il apparaît notamment dans les affaires *Handyside* ou *Müller* (elle vise l'affirmation effectivement maintes fois répétée de ce qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la “morale” »)⁸⁶⁰.

402. Dans les affaires où un long délai s'écoule entre la décision interne définitive et la décision strasbourgeoise, la Cour peut désactiver le consensus qui se fait jour en prenant comme référence le consensus existant « à l'époque pertinente » soit au moment de la décision interne définitive. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé dans son arrêt de grande chambre *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011 qu'elle n'était « pas appelée à rechercher si l'interdiction du don de gamètes litigieuse serait aujourd'hui justifiée au regard de la Convention », mais qu'elle devait « déterminer si cette mesure était justifiée à l'époque où la Cour constitutionnelle autrichienne l'a examinée » même si rien ne l'empêchait de « prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors » (§ 84).

La Cour s'est alors livrée à un examen de droit comparé portant, à la fois, sur le consensus existant « à l'époque » et sur celui existant « à l'heure actuelle » (§ 95-96). *In fine*, la Cour a néanmoins affirmé que le constat de non-violation de la Convention auquel elle avait abouti correspondait à « la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente » (§ 115) ce qui laisse clairement entendre qu'elle s'était uniquement référée au consensus (ou plutôt à l'absence de consensus) qui prévalait 1999⁸⁶¹. Une telle approche temporelle conduit indéniablement la Cour à ancrer sa motivation et sa conclusion dans un passé révolu. Elle est certainement rassurante pour les Etats défendeurs (peu enthousiastes à l'idée de voir leurs options d'hier évaluées à l'aune des standards d'aujourd'hui⁸⁶²), mais elle est

⁸⁵⁹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 81 (« En conclusion, dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation ») et Cour eur. dr. h. (gde ch.) arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, § 44 (« Dès lors que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une large marge d'appréciation »).

⁸⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, § 48. Voy. : H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus ... », *op. cit.*, p. 61 et s.

⁸⁶¹ En tout état de cause, la Cour a « désactivé » le consensus émergent au moment de sa propre décision en mettant en œuvre une approche semblable à celle de l'arrêt *Schalk et Kopf* suivant laquelle un consensus qui était seulement en cours de constitution n'était pas en mesure de réduire significativement la marge de manœuvre de l'Autriche. Ainsi, suivant le § 96 : « La Cour constate que les Etats contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation in vitro, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen. Toutefois, le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat ».

⁸⁶² Voy. à cet égard l'opinion dissidente des juges VAJIC et MALINVERNI adjointe à l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010. Ils considèrent qu'il y a lieu d'avoir égard à la circonstance qu'à l'époque des faits très peu de pays

frustrante pour tous les autres destinataires de la jurisprudence européenne (pour lesquels un tel arrêt « ne dit rien » des exigences qui sont celles de la Convention au moment où il est rendu). La doctrine a déjà pu pointer les fluctuations dans l'appréhension temporelle des affaires et affirmer que « le juge européen doit se voir imposer, dans le positionnement temporel à l'aide duquel il “cadre” le litige, une dette de cohérence : à peine de s'exposer à un soupçon de partialité, un tel positionnement ne saurait varier d'une affaire à l'autre sans justification »⁸⁶³.

iv) *Les solutions non consensuelles « tolérées » ou « imposées »*

α – La « tolérance » d'une solution contraire à celle plébiscitée par la majorité des Etats parties : F. c. Suisse

403. Dans certains cas, la Cour s'abstient expressément d'intervenir alors que l'attitude de l'Etat défendeur s'écarte manifestement de celle de la majorité des Etats parties. Ainsi, dans l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, la Cour a expressément souligné à propos de l'interdiction temporaire de remariage que « le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention surtout dans un domaine – le mariage – aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale » (§ 33) (voy. *infra* n° 1063). De même, dans l'affaire *A., B. et C. c. Irlande* la Cour a expressément considéré s'agissant de l'interdiction de l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être que « le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'Etat » au regard notamment « des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie [...] et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître » (§§ 236-241) (voy. *infra* n° 945).

La Cour a encore pu réaffirmer le principe suivant lequel la situation isolée d'un pays n'implique pas *ipso facto* la contrariété de la solution qu'il a retenue avec le droit conventionnel dans l'arrêt de grande chambre rendu le 7 novembre 2013 dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce* (§ 92). On connaît aussi la tolérance manifestée par la Cour à l'égard de l'accouchement sous x dans l'affaire *Odièvre c. France* malgré la position « quasi-isolée » de la France (§ 47).

β – L'« imposition » d'une solution contraire à celle plébiscitée par la majorité des Etats parties : B. et L. c. Royaume-Uni

404. Dans certains cas, la Cour se permet au contraire d'intervenir malgré l'existence d'un consensus européen autour de la restriction litigieuse. Ainsi, dans l'arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2005, la Cour a-t-elle relevé qu'un grand nombre d'Etats parties prévoyaient comme le Royaume-Uni l'interdiction du mariage entre beau-père ou belle-mère et gendre ou bru (§ 36) mais n'en n'a pas moins décidé que l'empêchement considéré impliquait en l'espèce une violation de l'article 12 de la Convention (§ 41).

membres proposaient des statuts ouverts aux couples de même sexe ou traitaient ces couples sur un pied d'égalité sur le terrain de la sécurité sociale. Dans ce contexte, les autorités autrichiennes disposaient effectivement d'une large marge de manœuvre dans laquelle les dispositions et décisions litigieuses trouvaient à s'inscrire. Voy. aussi l'opinion dissidente exprimée par les juges Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano et Wojtyczek en marge de l'arrêt *O'Keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014 qui réproouve « l'application rétroactive de la compréhension actuelle des obligations positives de l'Etat à une situation qui avait cours il y a une quarantaine d'années. Il y a quelque chose de kafkaïen à reprocher aux autorités irlandaises de n'avoir pas respecté à cette époque des exigences et des normes qui ont été peu à peu développées par la jurisprudence de la Cour seulement dans les décennies ultérieures » (§ 9).

⁸⁶³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 263.

Frédéric SUDRE évoque à cet égard un « viol du pluralisme » dès lors que le juge européen met en œuvre une interprétation constructive non pas simplement malgré l'absence d'un consensus européen, mais bien malgré la présence d'un consensus européen en sens inverse, ce qui donne l'impression que le juge européen des droits de l'homme veut « construire l'ordre juridique européen sur une relation d'autorité, ou de contrainte »⁸⁶⁴. De la même manière, Jean-Pierre MARGUÉNAUD a critiqué cet arrêt dès lors que le juge strasbourgeois y avait « condamné un Etat qui avait mis en œuvre une limitation à la liberté matrimoniale soutenue par un indiscutable consensus européen »⁸⁶⁵. Il faut cependant nuancer ces critiques, dès lors que la solution retenue par la Cour en l'espèce nous paraît tenir, pour une bonne part, à la circonstance que l'Etat défendeur prévoyait expressément un système de dispense à l'empêchement considéré et que des personnes dans la situation des requérants avaient d'ores et déjà été autorisées à se marier. Dans ces conditions, le constat de violation de l'article 12 dressé par la Cour tient, en grande partie, à l'incohérence de la position du Royaume-Uni plutôt qu'à la disqualification de l'empêchement considéré en lui-même (§ 40) (voy. *infra* n° 1047)⁸⁶⁶.

v) *Bilan provisoire : démocratie vs justice*

α – La Cour comme instance d'entérinement

405. Il peut se concevoir que la Cour choisisse de fonder principalement son œuvre normative sur le contenu des droits internes. Le juge de Strasbourg agirait alors comme une « instance d'entérinement » prenant ponctuellement acte de ce que, à un moment donné, un nombre critique d'Etat européen a adopté une solution déterminée qu'il y a alors lieu d'imposer à l'ensemble des pays signataires de la Convention. Il y aurait lieu au contraire qu'il fasse preuve de « réserve » ou de « retenue » lorsqu'une solution substantielle donnée ne peut se prévaloir d'une tendance européenne suffisamment significative ou d'un consensus suffisamment stabilisé. Une telle insistance sur le consensus apparaît évidemment « respectueuse du pluralisme puisqu'elle ne saurait conduire, en principe, à imposer une solution qui irait à l'encontre de la diversité des solutions nationales »⁸⁶⁷. Elle reproduit, en un certain sens, à l'échelon européen, la dynamique démocratique-majoritaire qui prévaut au sein des Etats. Cette première conception a toujours eu des défenseurs à Strasbourg : différents juges ont constamment plaidé pour davantage de « *judicial self restraint* »⁸⁶⁸.

Les avantages de l'option pour une telle formule « tout-consensuel » sont indéniables pour autant cependant que les études de droit comparé sur lesquels elles s'appuient présentent la solidité requise⁸⁶⁹. D'un côté, au titre de sa dimension « mathématique » ou « arithmétique » elle présente une certaine objectivité et répond dès lors au soupçon que les « raisonnements moraux » du juge européen seraient pétris de sa propre subjectivité. De l'autre côté, au titre de sa dimension « démocratique-majoritariste », elle rendrait justice à l'origine conventionnelle de la

⁸⁶⁴ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.*, pp. 284-285.

⁸⁶⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale », *op. cit.*, p. 22.

⁸⁶⁶ Comp. Cour eur. dr. h., arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007.

⁸⁶⁷ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.*, pp. 280-281. Voy. aussi : LEVINET M., « Propos introductifs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1-9 et H. SURREL, « Pluralisme et consensus », *op. cit.*, pp. 61-86.

⁸⁶⁸ M.-E. BAUDOUIN, « Consonances et dissonances ... », *op. cit.*, p. 74. Le consensus jouerait un rôle quasi contractuel au sens où de même que les principes de justice de RAWLS sont dégagés par des individus égaux et rationnels, l'ordre public européen résulterait des accords atteints par les Etats européens. RAWLS, lui-même avait proposé une version de sa *théorie de la justice* s'appliquant aux relations entre Etats (Voy. à cet égard : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 509). Dans cette optique, suivant les termes de DWORKIN – qui décrit les théories rawlsiennes –, « the principles [...] are chosen not because they are true but because they are common » R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁶⁹ K. DZEHTSIAROU et V. LUKASHEVICH, « Informed decision making ... », *op. cit.*, pp. 272-298.

juridiction de la Cour et correspondrait, plus généralement, au consensualisme caractéristique du droit international⁸⁷⁰.

β – La Cour comme instance de réflexion

406. Selon George LETSAS, le consensus des Etats ne peut cependant constituer la « clé de voute » de l'édifice européen des droits de l'homme⁸⁷¹. Il peut se concevoir que le juge européen entende fonder sa jurisprudence sur la recherche de la « vérité morale ». La Cour s'envisagerait alors comme une manière « d'instance de réflexion » susceptible d'imposer ponctuellement *motu proprio* une solution qui lui paraît « juste » quand bien même cette solution n'aurait pas (encore) été largement plébiscitée par les Etats parties. La justification d'une telle attitude résiderait notamment dans l'idée suivant laquelle le droit des droits de l'homme « existe en tant que tel » et « est mû par une logique propre » en sorte qu'il est « susceptible, le cas échéant, de s'affranchir de la volonté des Etats, quand bien même c'est d'elle que dépendrait son existence originelle »⁸⁷². La Cour ne peut donc pas « se contenter de compter » les pays membres qui ont adopté ou non telle ou telle solution pour en inférer la position à adopter⁸⁷³ puisque le but de la Convention n'est pas « la régression au niveau d'un dénominateur commun » qui se dégagerait des options particularistes prises par les Etats parties⁸⁷⁴. Une telle insistance sur la « vérité morale » ou « le juste » reproduit, d'une certaine manière, à l'échelon européen, la protection constitutionnelle des libertés mise en œuvre au plan interne. Les juges « activistes » ne se considèrent pas comme les gardiens d'un texte figé, mais bien comme les serviteurs de la protection des droits de l'homme, conçue comme une « méta-règle »⁸⁷⁵.

Cette approche « réflexive » donnant la priorité à une recherche par le juge européen de la « vérité morale » ou du « juste » présente certainement elle aussi de significatifs attraits. D'un côté, au titre de sa dimension « logico-réflexive » elle prend en considération la circonstance qu'une solution ancrée dans la/les culture(s) n'est pas nécessairement une bonne solution (dès lors que la culture peut être parfois « despotique » ou « oppressante ») et met en exergue les dangers de la « neutralité morale » (qui revient à dire, « s'il n'y a pas de position commune, alors tout convient »)⁸⁷⁶. D'un autre côté, au titre de sa dimension « contre-majoritaire », cette approche plus active de la fonction de juger strasbourgeoise correspond dans une certaine mesure à l'essence des droits de l'homme qui ont vocation à protéger l'individu contre le risque qu'incarne parfois la majorité, les instruments internationaux de droits de l'homme ayant eu précisément pour objet de faire apparaître l'individu comme nouveau sujet de droit capable de se confronter à l'Etat dans un cénacle approprié⁸⁷⁷.

⁸⁷⁰ G. LETSAS, « The Truth in Autonom Concepts », *op. cit.*, pp. 302-305.

⁸⁷¹ *Ibid.*, pp. 287-289.

⁸⁷² M.-E. BAUDOUIN, « Consonances et dissonances ... », *op. cit.*, pp. 65-92.

⁸⁷³ P. THIELBÖRGER, « Judicial passivism at the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, pp. 341-347. Pas plus qu'elle n'a vocation lorsqu'elle s'inspire de solutions étrangères à mettre au jour une « pensée majoritaire » sur laquelle s'aligner (A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 62).

⁸⁷⁴ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 89.

⁸⁷⁵ F. OST, « Les directives d'interprétation ... », *op. cit.*, pp. 266.

⁸⁷⁶ Selon Marie-Bénédicte DEMBOUR, « in any concrete manifestation of the debate between universalism and relativism, what some regards as an expression of the good side of relativism (inaction when no action is required) is regarded by others as an expression of its bad side (inaction when action is required) ». Elle cite aussi RENTELN qui synthétise l'idée du relativisme en expliquant que « the relativist is not prevented from expressing a critique, but is bound only to acknowledge its possible ethnocentrism » (M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 164-166).

⁸⁷⁷ G. LETSAS, « The Truth in Autonom Concepts », *op. cit.*, pp. 287-289.

Une mise en œuvre raisonnée de l'approche « logico-réflexive » de la Convention répondrait ainsi, par exemple, aux réflexions critiques, formulées par Marie-Bénédicte DEMBOUR à propos de la jurisprudence relative la responsabilité pénale des mineurs, suivant lesquelles il n'est pas acceptable que la Cour considère qu'à défaut d'âge commun en Europe pour la responsabilité pénale, toutes les options sont bonnes dès lors qu'on verse là précisément dans la « neutralité morale » qui conduit à « l'inaction quand une action est nécessaire »⁸⁷⁸. Ainsi, selon le professeur Pierre THIELBÖRGER, la Cour se montre trop pusillanime lorsque par référence à la marge d'appréciation étatique elle accepte – comme dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* – des options étatiques manifestement disproportionnées (voy. *infra* n° 586)⁸⁷⁹.

γ – Deux « pôles interprétatifs »

407. En réalité, le consensus européen (pôle démocratie) et les vérités morales (pôle justice) constituent les deux « pôles interprétatifs » de la jurisprudence de la Cour⁸⁸⁰. Il existe donc une tension dans la jurisprudence de la Cour entre la démocratie et la justice ou entre le consensus et la substance, ou bien encore entre la production d'un droit jurisprudentiel appuyé sur les orientations prises par une majorité d'Etats parties et l'édiction de solutions définies par référence à « une vérité morale » dite par les juges européens eux-mêmes. C'est donc avec pertinence que la Cour recherche des consensus, mais il faut bien relever que dans un grand nombre d'affaires, la Cour s'est écarté de la référence au consensus pour privilégier « la vérité morale des droits garantis »⁸⁸¹. Certes, les vérités morales varient dans le temps et dans l'espace, ce qui accentue le sentiment d'insécurité juridique. Toutefois, les Etats n'ont pas pris l'engagement de protéger uniquement ce qu'au fil du temps ils considèrent majoritairement être les droits de l'homme⁸⁸².

408. La tension entre les deux approches ne se comprend pas comme une opposition blanc/noir et donne plutôt lieu à un « continuum » constitué d'une multitude d'approches intermédiaires⁸⁸³. La perspective de la Cour européenne est donc non-univoque et oscille entre ces deux approches. Le temps du droit de la Convention est alors rythmé par la constitution progressive de consensus européens aiguillonnée par le dynamisme de la Cour⁸⁸⁴. Ainsi, elle ne se permet généralement une interprétation évolutive que si elle constate préalablement l'existence d'un consensus européen, mais cette manière de procéder n'est pas une contrainte qu'elle s'impose de manière catégorique⁸⁸⁵. De même, la Cour respecte a priori les choix de

⁸⁷⁸ Il y a une bonne citation de RENTELN qui synthétise bien ce qu'est le relativisme : « the relativist is not prevented from expressing a critique, but is bound only to acknowledge its possible ethnocentrism ». Une autre phrase de synthèse, de Marie-Bénédicte DEMBOUR elle-même : « in any concrete manifestation of the debate between universalism and relativism, what some regards as an expression of the good side of relativism (inaction when no action is required) is regarded by others as an expression of its bad side (inaction when action is required) » (M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights. Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006, pp. 164-166).

⁸⁷⁹ P. THIELBÖRGER, « Judicial passivism ... », *op. cit.*, pp. 341-347.

⁸⁸⁰ G. LETSAS, « The Truth in Autonom Concepts », *op. cit.*, pp. 287-289.

⁸⁸¹ Pour LETSAS, la lecture de la Convention par la Cour est en premier lieu une lecture morale que vient simplement parfois soutenir le constat d'un consensus. Ainsi, dans l'arrêt *Tyrer*, la Cour affirme que ce qui est dégradant l'est indépendamment de ce que l'opinion publique ou la communauté estime être dégradant. Dans *Marckx*, le consensus change et prend en considération deux conventions du Conseil de l'Europe. De même, dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour se base certes sur l'évolution des perceptions, mais les qualifie expressément de « meilleures » ce qui traduit une prise de position substantielle (G. LETSAS, « The Truth in Autonom Concepts », *op. cit.*, pp. 297-301).

⁸⁸² G. LETSAS, « The Truth in Autonom Concepts », *op. cit.*, pp. 302-305.

⁸⁸³ *Ibid.*, pp. 292-293.

⁸⁸⁴ A propos de la Cour suprême des Etats-Unis, Alexandre BICKEL a pu signaler que le *judicial review* était « une force contre-majoritaire », mais que si la Cour peut contrarier le sentiment de la majorité elle ne doit le faire que lorsqu'il est probable que l'opinion ainsi imposée emporte bientôt l'adhésion de celle-ci (A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, cité par M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, pp. 35 et 37).

⁸⁸⁵ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions ... », *op. cit.*, p. 156.

l'Etat dans certains domaines relevant normalement du champ privilégié de sa compétence, sans pour autant s'interdire catégoriquement tout « dynamisme » dans les domaines concernés. Il convient en somme pour la Cour de mettre en œuvre un « bon relativisme » et de refuser au contraire la « neutralité morale »⁸⁸⁶.

δ – Le « masque d'un pouvoir discrétionnaire » ?

409. Le mécanisme du consensus européen ne peut en tout cas pas à stade prétendre à une quelconque « pureté instrumentale » dès lors que l'existence d'un consensus ou d'un dissensus ne produit pas nécessairement les mêmes effets d'affaire en affaire⁸⁸⁷. Le critère du consensus se prête, en effet, à des manipulations spatio-temporelles qui en accentuent ou en affaiblissent l'impact, tandis que dans certains cas, la logique consensuelle paraît purement et simplement « désactivée » (voire même « éludée »⁸⁸⁸). Une telle « malléabilité » ou une telle « plasticité » du consensus européen ont amené certains auteurs à considérer qu'il n'était en réalité que l'outil de la détermination arbitraire par la Cour de l'intensité de son contrôle⁸⁸⁹. De même, certains juges européens ont pu expressément regretter « le caractère relatif de l'approche de la Cour quant à l'existence du consensus » et soulever « la question de l'éventuelle opportunité de le démêler (« disentangle ») de la marge d'appréciation, dans certains types d'affaires »⁸⁹⁰. Pour les plus amers, le critère de l'existence ou de l'absence d'une communauté de vue entre Etats parties mis en œuvre par le juge européen des droits de l'homme ne serait *in fine* que « le masque de son pouvoir discrétionnaire » et le moyen de réduire ou d'étendre – à sa guise – la marge d'appréciation laissée aux Etats⁸⁹¹.

§ 7. Le moyen terme : les compromis spatio-temporels

410. Pour gérer la tension entre retenue et activisme, la Cour expérimente diverses modalités de compromis qui mettent en jeu autant la diversité dans l'espace des solutions nationales (A) que la dimension temporelle de la relation de la Cour avec les ordres juridiques nationaux (B).

A. Les compromis dans l'espace

411. Comme l'a souligné Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, l'Europe occidentale est à la fois unitaire et pluraliste : unitaire parce qu'elle partage un héritage ancré dans les traditions gréco-romaines, puis dans la pensée chrétienne et enfin dans le rationalisme séculier ; pluraliste car elle inclut une grande diversité de populations, de cultures et de philosophies différentes⁸⁹².

Dans ce contexte, la Cour a parfois pris le parti de juger une position nationale acceptable en pointant notamment que la prérogative refusée était disponible dans un pays voisin. Tel a notamment été le cas dans les affaires *A., B. et C. c. Irlande* et *S.H. et autres c. Autriche*, où la Cour a pris en considération – respectivement à propos de l'avortement pour motifs de santé et

⁸⁸⁶ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 164-166.

⁸⁸⁷ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 139.

⁸⁸⁸ Hélène SURREL évoque à cet égard une « occultation implicite » du consensus qu'elle décèle dans *Burghartz c. Suisse* ou bien *E.B. c. France* (H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus... », *op. cit.*, p. 66).

⁸⁸⁹ S. GREER, *La marge d'appréciation...*, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁹⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, opinion dissidente commune des juges Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančič et Laffranque, § 5.

⁸⁹¹ F. SUDRE, « Rapport introductif : la “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 29-30.

⁸⁹² M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme ... », *op. cit.*, p. 164.

de la fécondation *in vitro* avec donneurs – la circonstance qu’il était (ou avait été) loisible aux requérants de se déplacer en dehors du pays dont ils étaient résidents pour bénéficier à l’étranger du traitement qui leur était refusé au plan interne. On peut s’interroger sur l’opportunité que la possibilité de bénéficier, hors les frontières de l’Etat, d’une autre solution, traduisant un autre équilibre entre valeurs concurrentes, soit un élément pris en compte dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Dans le chef de la Cour, ce procédé paraît susceptible de nourrir une inclination au relativisme : peu importe qu’elle ne censure pas le choix de l’Etat, puisque l’option considérée est dans tous les cas disponibles. On observe une sorte de « collectivisation » de la garantie des droits. Dans le chef de l’Etat, cette technique paraît ouvrir la voie à la sous-traitance de la garantie des droits : le fait de ne pas offrir une possibilité, mais de ne pas interdire non plus qu’il y soit recouru à l’étranger constitue *en soi* une manière de réaliser un équilibre entre les intérêts en conflit. De manière générale, on ne saurait négliger les risques induits par le développement du « *forum shopping* » en matière de droits fondamentaux. Comme le soulignait François RIGAUX, « sans doute la pluralité des Etats ouvre-t-elle un espace de liberté [mais] l’exercice effectif de cette liberté subit cependant de considérables limitations non seulement pour des raisons de fait mais surtout par les obstacles qu’oppose le droit en vigueur dans les Etats les plus opulents et les plus attrayants »⁸⁹³.

B. Les compromis dans le temps

412. De la même manière qu’ils sont à la fois universels et relatifs, les droits de l’homme sont en même temps intangibles et évolutifs⁸⁹⁴. Ainsi peut-on relever, à l’instar de Mireille DELMAS-MARTY, qu’« à la variabilité dans l’espace s’ajoute la variabilité dans le temps »⁸⁹⁵. Les exigences des droits de l’homme évoluent au fil du temps, à mesure que se redéfinissent les équilibres qui président à leur formulation, comme il a suffisamment été démontré par l’histoire de leur apparition et de leur développement⁸⁹⁶. Dans le cadre du système européen, cette évolutivité des implications du respect des droits de l’homme se traduit dans le constat que ce qui est conventionnellement acceptable un jour, ne l’est pas nécessairement le lendemain, à charge pour la Cour de gérer l’écoulement du temps jurisprudentiel.

i) Les avertissements et les revirements

413. Lorsque les consensus se constituent – à l’échelle européenne ou internationale – et/ou que se fait progressivement jour au sein de la Cour une volonté d’élargir le champ d’application des droits ou d’en accentuer la portée, il est loisible au juge européen de ne pas opter d’emblée pour un constat de violation de la Convention (par lequel il ferait œuvre d’« activisme ») mais de formuler une invitation ou une exhortation à la vigilance et à la réflexion sur les équilibres internes provisoirement validés (en sorte qu’il ne reste pas totalement « passif »). Ce mécanisme permet d’assouplir quelque peu la confrontation des ordres juridiques internes aux exigences de la Convention telles qu’elles sont interprétées par la Cour, dès lors que sans condamner l’Etat, le juge européen pointe toutefois la direction de l’évolution probable du droit de la Convention et suggère à l’Etat qu’il pourrait être bien inspiré d’en tenir compte ...

414. De tels avertissements adressés aux autorités internes qui échappent à une condamnation interviennent parfois au sein même de la motivation des arrêts strasbourgeois.

⁸⁹³ F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi d’autres ?*, op. cit., pp. 174-176.

⁸⁹⁴ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, op. cit., p. 91.

⁸⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, op. cit., p. 201.

⁸⁹⁶ Il suffit à cet égard de se rappeler, par exemple, comment pour, les grands penseurs des Lumières, l’esclavage ou la torture ne se sont pas imposés immédiatement comme inacceptables au regard des droits humains qui étaient alors sur le point d’être proclamés. (L. HUNT, *Inventing Human Rights...*, op. cit., p. 98 et s).

Pareille « mise en garde » avait précédé le revirement de jurisprudence opéré par la Cour à propos de la reconnaissance civile du changement de sexe dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002. Ainsi, dans les affaires *Rees c. Royaume-Uni* et *Cossey c. Royaume-Uni*, la Cour avait en quelque sorte « prévenu » les Etats de ce qu'une évolution était non seulement possible, mais aussi probable, en soulignant que « la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles » et que « la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société »⁸⁹⁷. Dans l'arrêt de grande chambre *S.H. et autres c. Autriche*, la Cour a semblablement affirmé, après avoir conclu à l'absence de violation de la Convention que « bien qu'elle ait conclu à la non violation de l'article 8 en l'espèce, elle [observait] que le domaine en cause, qui [paraissait] se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, [appelait] un examen permanent de la part des Etats ». Ce faisant, elle s'est d'ailleurs expressément référée à l'arrêt *Goodwin* dans lequel – comme il vient d'être dit – la Cour s'est livrée à un renversement de sa position antérieure (§ 118).

415. Parfois, c'est dans les opinions séparées que l'on peut trouver semblables exhortations, le juge français Jean-Paul COSTA en ayant fait, en quelque sorte, sa spécialité. Ainsi, dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, le juge français a-t-il exposé, dans son opinion séparée, que « la cohérence de la politique jurisprudentielle [commandait] une démarche [...] réservée [...], même si l'économie de l'article 365 du code civil ne [...] [paraissait] guère convaincante » avant d'inviter le législateur français à « ne pas se contenter de la non-violation à laquelle [il avait été] conclu » et « à décider [...] de revoir la question ». De même a-t-il exprimé, dans son opinion concordante à l'arrêt de grande chambre *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, la conviction qu'une privation de liberté était peu adéquate comme mesure accompagnant l'obligation de témoigner pour inviter ensuite les pays ayant une approche semblable à celle des Pays-Bas, à y « réfléchir "à froid" » et à « songer à des moyens d'incitation ou même de contrainte adaptés »⁸⁹⁸. Le simple partage des voix au sein de la juridiction strasbourgeoise donne par ailleurs déjà aux destinataires de la Convention des indications sur la fermeté du consensus au sein de la juridiction et sur les évolutions possibles de celui-ci. Les opinions minoritaires un jour sont souvent appelées à devenir majoritaires le lendemain.

ii) Les revirements de jurisprudence

416. Les inflexions de la ligne jurisprudentielle strasbourgeoise induisent nécessairement une certaine insécurité juridique qu'il convient de tenter de cadrer. Il faudrait, selon les termes de Dominique TERRÉ, « arriver à une sorte de théorie du précédent qui, sans empêcher toute évolution jurisprudentielle, obligerait le juge à s'en expliquer »⁸⁹⁹. Si, dans certains cas, des juges européens ont pu se plaindre de ce qu'il n'était pas clairement précisé si la Cour entendait maintenir sa jurisprudence antérieure ou s'en écarter⁹⁰⁰, Frédéric SUDRE constate quant à lui une évolution favorable étant l'explication par la Cour des revirements de

⁸⁹⁷ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, § 47 ; Cour eur. dr. h. (pl), arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, § 41.

⁸⁹⁸ Opinion concordante du juge COSTA, à laquelle se rallient les juges Hajiyev et Malinverni, § 10.

⁸⁹⁹ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, op. cit., p. 97.

⁹⁰⁰ L'opinion dissidente politique jurisprudentielle de "l'espèce particulière" jointe par les juges Garlicki et Steiner à l'arrêt *Rozanski c. Pologne* procure à ce propos un intéressant exemple : « It is with regret that we cannot accept the majority's position in this case. The majority adopted a position finding that a violation of the applicant's rights had resulted from the legislative framework in which no "paternity procedures" had been directly available to him. However, in *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999 VI, and later in *Yousef v. the Netherlands*, no. 33711/96, ECHR 2002 VIII, the Court took a different approach and found that some limitations on paternity claims might be compatible with the Convention. It is not clear to us whether the judgment in the present case is meant to overrule *Nylund* and *Yousef* (and, if so, on what grounds) or whether it can be distinguished from those two cases (and, if so, on what basis) ».

jurisprudence auxquels elle procède⁹⁰¹. Dans l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, la Cour a souhaité expressément rappeler que, sans être tenue par la règle du *stare decisis* dans le cadre de sa jurisprudence, « elle [avait] toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles » (§ 35)⁹⁰².

iii) *L'application dans le temps des arrêts de la Cour*

417. Tout constat de violation de la Convention pose la question du *tempo* à prendre en compte par l'Etat pour la mise en conformité de son droit. Si les arrêts de la Cour sont *a priori* dépourvus d'effet rétroactif, les autorités internes doivent faire diligence pour appliquer la solution nouvellement dégagée à toutes les situations constituées après la date de prononcé de l'arrêt.

Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, la Cour a affirmé que « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue: leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi » (§ 58). Dans l'arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, la Cour a été amenée à condamner à nouveau la Belgique pour les mêmes motifs que dans l'affaire *Marckx* et a souligné que « la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979 » (§ 26)⁹⁰³.

Parfois, la Cour veille à prévoir elle-même un délai que l'Etat devra respecter pour la mise en œuvre de l'arrêt rendu. Tel est par exemple le cas dans l'arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007 dont le dispositif indique que « l'Etat défendeur doit, dans les trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, adopter la loi d'application requise » (point 5). L'Etat ne peut d'ailleurs pas prévoir, dans une loi exécutant un arrêt strasbourgeois, des dispositions transitoires qui auront pour effet de perpétuer indûment la violation de la Convention mise en exergue par ledit arrêt. Ainsi, la France, déjà condamnée au titre de l'inégalité successorale des enfants adultérins par l'arrêt *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000 l'a-t-elle à nouveau été dans un arrêt de grande chambre *Fabris c. France* rendu le 7 février 2013 en raison des dispositions transitoires de la loi adoptée par le législateur français mettant fin à la discrimination censurée. Selon la Cour, il était « contestable qu'en 2007, des années après les arrêts *Marckx* et *Mazurek* précités, le juge national ait pu moduler différemment la protection de la sécurité juridique selon qu'elle était opposée à un enfant légitime ou à un enfant "adultérin" » (§ 72)⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ F. SUDRE, « La réécriture de la Convention ... », *op. cit.*, pp. 600-601.

⁹⁰² Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012, § 80.

⁹⁰³ Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Martens a affirmé qu'« il faut [...] tenir compte, si possible, de la sécurité juridique (comprise comme empêchant le "désordre" juridique) » étant toutefois entendu que « lorsque le maintien d'une injustice fondamentale constitue le prix à payer pour y parvenir, il n'est tolérable que s'il est absolument inévitable » (§ 9).

⁹⁰⁴ Voy. aussi, à propos du droit transitoire, les §§ 74 et 75 de l'arrêt.

§ 8. Le dialogue des juges : le dialogue interjuridictionnel

418. Une autre manière de fluidifier les rapports entre ordres juridique international et ordre juridique interne est le développement du dialogue des juges. Il s'agit d'une possibilité d'atténuer – sur un mode *dialogique* – la subjectivité inhérente à la mise en œuvre du principe de subsidiarité⁹⁰⁵.

419. En premier lieu, un dialogue des juges « vertical » est appelé à se nouer entre les juges (constitutionnels) internes et le juge international des droits de l'homme. En effet, « le juge européen n'a pas vocation à “remplacer son collègue national, dont il n'est pas l'équivalent” »⁹⁰⁶ et « le système de garantie collective tel que conçu n'est pas fondé sur l'idée d'une hiérarchisation des juridictions qui induirait une suprématie de la Cour sur les juges internes en tant que quatrième niveau de juridiction statuant à nouveau en droit et éventuellement en fait sur la légalité des mesures nationales »⁹⁰⁷. Au contraire, le mécanisme européen de protection des droits de l'homme repose sur « l'idée d'une collaboration entre les juges nationaux et européens en matière de droits de l'homme, elle-même fondée sur l'“emboîtement” des ordres juridiques nationaux et européen »⁹⁰⁸. Reste cependant à déterminer les modalités de pareille « collaboration » et de semblable « emboîtement » dans le cadre d'un système de protection qui ne repose – à ce stade – sur aucun « ordre juridique d'intégration » ni sur aucun « mécanisme de renvoi préjudiciel »⁹⁰⁹.

Le dialogue des juges trouve à ce stade surtout à s'incarner dans la prise en considération par le juge européen de la réflexion menée par le juge interne et, tout particulièrement, par le juge constitutionnel interne qui est, d'une certaine façon, son interlocuteur privilégié. L'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* constitue l'un des exemples les plus significatifs d'un tel dialogue : un véritable débat s'est engagé entre la Cour suprême britannique et la Cour européenne en matière de preuve pénale (la Cour suprême discutant l'arrêt rendu par une formation de chambre ; la Cour européenne répondant à cette analyse dans son arrêt de grande chambre subséquent). A cet égard, les juges SAJO et KARAKAS ont relevé, en marge de l'arrêt du 15 décembre 2011, que l'attitude de la haute juridiction britannique « [reflétait] une véritable préoccupation à l'égard de [la jurisprudence de la Cour] où les juges nationaux [avaient] cru relever des divergences » et dès lors « [appelait] un examen soigneux permettant un dialogue de bonne foi ».

C'est d'ailleurs surtout dans les opinions séparées qu'il est fait expressément mention du « dialogue des juges ». Des juges dissidents s'y sont ainsi référés pour regretter qu'une place plus importante n'ait pas été faite dans l'arrêt de la Cour aux considérations émises par la Cour constitutionnelle⁹¹⁰ et des juges concordants ont fait au contraire état de ce qu'un tel dialogue

⁹⁰⁵ Brenda HALE pointe les éléments qui selon le président BRATZA sont de nature à permettre une plus grande harmonie entre les juridictions nationales et Strasbourg. Ils sont au nombre de quatre : (1) la prise en considération des effets des arrêts pour les autres Etats que le défendeur ; (2) la retenue juridictionnelle face à un conflit entre droits conventionnels ; (3) le respect de la sécurité juridique ; (4) le développement du dialogue des juges (B. HALE, « *Argentoratum Locutum* : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 65-78 et N. BRATZA, « The Relationship between the UK Courts and Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2011, pp. 505-512).

⁹⁰⁶ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 263 citant J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in *L'Europe de la subsidiarité*. (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 45

⁹⁰⁷ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 262.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 262.

⁹⁰⁹ C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 115.

⁹¹⁰ On trouve une manifestation de ce type de dialogue dans l'opinion dissidente des juges GARLICKI et STEINER jointe à l'arrêt *Rozanski c. Pologne* du 18 mai 2006 : « We would rather attach more weight to the fact that, already three

avait opportunément présidé à la formation de l'opinion de la majorité⁹¹¹. En marge de l'arrêt *Martinie c. France*, le juge COSTA a affirmé que « mieux vaut accepter certaines particularités judiciaires nationales et se consacrer à l'harmonisation des garanties que les Etats doivent assurer aux droits et libertés matériels : l'indispensable dialogue des juges en sera, pensons-nous, grandement facilité, dans l'intérêt de tous, cours nationales et Cour européenne, et au profit d'une justice vraiment "bonne" » (§ 8).

Le dialogue des juges est appelé à être institutionnalisé dès lors que le Protocole n° 16 à la Convention mettra en œuvre prochainement un véritable mécanisme de renvoi préjudiciel qui substituera « un rapport de dialogue à un rapport contentieux ». Il dotera le juge interne d'un mécanisme de contrôle préventif ce qui ouvre de nouvelles pistes pour la réalisation de l'équilibre entre effectivité et subsidiarité⁹¹². Suivant le préambule du texte, « l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité ». Son article 1^{er} dispose, en son premier alinéa, que « les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». L'entrée en vigueur de ce protocole additionnel est conditionnée par sa ratification par 10 Etats contractants.

Dans la configuration actuelle comme dans celle qui résultera de l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, il est clair que « la Cour européenne ne peut faire preuve de retenue si les États, en amont et en aval des arrêts européens, ne respectent pas les conditions inhérentes à leur engagement »⁹¹³. Il appartient, en d'autres termes, aux juges internes de « s'emparer » de la Convention afin de participer pleinement au « dialogue » avec la Cour, lequel est un des leviers d'un rapport de subsidiarité mis en œuvre plus sagement et plus harmonieusement. Dans son arrêt *Fabris c. France*, la grande chambre a notamment affirmé que « les tribunaux doivent examiner avec rigueur les moyens ayant trait aux "droits et libertés" garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité » (§ 72). De même la Cour a-t-elle affirmé, dans un arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012, qu'« il est fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que les systèmes nationaux eux-mêmes permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité » (§ 69) et que « ce principe est d'autant plus pertinent que le grief concerne une question pour laquelle les Etats jouissent d'une importante marge d'appréciation » (§ 70).

420. En second lieu, un dialogue « horizontal » se noue entre le juge de Strasbourg et d'autres juges internationaux des droits de l'homme ou des Cours constitutionnelles et suprêmes d'Etats non parties à la Convention, dans le cadre du mouvement – déjà relevé (voy. *supra* n° 397) – de « globalisation » de l'office du juge européen des droits de l'homme. Pour Julie

years ago, the Polish Constitutional Court declared that legislation unconstitutional (see paragraphs 47-52 of our judgment). That finding should be conclusive also for our assessments, and we are glad that the Strasbourg Court decided to follow it. We can only observe that it would be very much in line with the idea of the dialogue between judges if the reasoning of the Polish Constitutional Court were cited also in the "Law" part of our judgment » (§ 2).

⁹¹¹ Ainsi le juge JEBENS évoque-t-il le « dialogue des juges » dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Nunez c. Norvège* du 28 juin 2011 : « This approach constitutes an important step forward and should be welcomed by a Human Rights Court of the 21st century. However, it is important to note that by applying such an approach, which emphasises the priority to be given to the interests of the child, one inevitably reduces the States' margin of appreciation in such cases. Still, in the present case, there has in my view been a constructive dialogue between judges and I have been inspired by the General Comments by the UN Child Committee, to which the Supreme Court's minority has referred and relied on to a large extent ».

⁹¹² F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », *op. cit.*, p. 239 et s.

⁹¹³ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme ... », p. 264.

ALLARD et Antoine GARAPON, ces échanges contribuent – dans une perspective dworkinienne – à l'émergence d'une « communauté de principes » bâtie sur un certain nombre de « principes de justice » partagés, par exemple, au sein de la « civilisation occidentale »⁹¹⁴ ou des « sociétés modernes »⁹¹⁵. Ces « principes de justice » – au rang desquels figurerait par exemple l'autonomie personnelle – sont des principes « régulateurs et non substantiels » au sens où ils ne relèvent pas d'un « système de droit naturel placé au-dessus des droits positifs » mais « un moyen de résoudre des cas particuliers de la manière la plus satisfaisante possible »⁹¹⁶.

La Cour a pu, à plusieurs reprises, faire expressément référence à la jurisprudence d'autres juridictions. Tel a notamment été le cas dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* (§ 66) où la Cour s'est référée à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ou dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* où elle a pointé la solution retenue par la Cour suprême israélienne (§ 80). Ces emprunts sont d'ailleurs réciproques – quoique cette réciprocité soit à géométrie variable – comme en rendent compte l'arrêt *Artavia Murillo c. Costa Rica* de la Cour interaméricaine qui se réfère expressément à différents arrêts strasbourgeois récents en matière de procréation assistée⁹¹⁷ ou l'arrêt *Lawrence v. Texas* de la Cour suprême des Etats-Unis qui prend en considération le développement de la jurisprudence de la Cour s'agissant de la répression des comportements homosexuels.

Pour Julie ALLARD et Antoine GARAPON, le renvoi aux décisions d'autres juridictions et l'évaluation permanente des systèmes juridiques entre eux impliquent une « transformation de la raison judiciaire »⁹¹⁸. Ainsi, au titre de multiples interactions avec leurs homologues du monde entier, les juges accéderaient à une forme de « mentalité élargie »⁹¹⁹. Ici non plus, il ne s'agira jamais de découvrir « par comptage » une forme de « pensée majoritaire » à laquelle il faudrait/suffirait de souscrire, mais bien de chercher à (se) convaincre par le dialogue rationnel en s'adressant à une forme d'« auditoire universel »⁹²⁰. Compris de la sorte, le dialogue des juges correspondrait à la métaphore de l'écriture d'un roman à plusieurs développée par Ronald DWORKIN (voy. *supra* n° 42). On pourrait voir émerger, dans ce contexte, la figure du

⁹¹⁴ Un renvoi à la « civilisation occidentale » est par exemple opéré par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Lawrence v. Texas* afin de justifier la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne s'agissant de la répression pénale de l'homosexualité : « In the United States, criticism of Bowers has been substantial and continuing, disapproving of its reasoning in all respects, not just as to its historical assumptions. And, to the extent Bowers relied on values shared with a wider civilization, the case's reasoning and holding have been rejected by the European Court of Human Rights, and that other nations have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent. Stare decisis is not an inexorable command ».

⁹¹⁵ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 41 (« Les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des États contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants "naturels" et "légitimes" sur le point considéré. En réalité, l'existence de ces deux traités dénote en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes ») ; Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, § 47 (« les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner la satisfaction aux forces du marché ») ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, § 226 (« il est courant, dans les sociétés modernes, que surviennent des situations dans lesquelles le public peut être appelé à supporter des restrictions à la liberté de circulation ou à la liberté des personnes dans l'intérêt du bien commun »).

⁹¹⁶ A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., pp. 66-67.

⁹¹⁷ Notamment *S.H. et autres c. Autriche* et *Costa et Pavan c. Italie*, voy. §§ 3.2.3.

⁹¹⁸ A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., p. 57.

⁹¹⁹ Au sens de « capacité à se mettre à la place des autres » telle que la concevait Hannah ARENDT et telle qu'elle est préconisée également par Joseph RAZ (A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., p. 60). Voy. aussi : H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Folio, 1972, p. 309 et J. RAZ, « On the Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries », in *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, CUP, 1998.

⁹²⁰ Au sens, cette fois, de Chaïm PERELMAN (A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., p. 63 citant C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958).

« jugement global » qui – à l’instar de l’arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* – serait « une sorte de jugement de second degré, qui articule de manière originale diverses décisions à travers le monde »⁹²¹.

⁹²¹ A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., pp. 64-65.

Synthèse de la section 2

421. Pas plus qu'il ne dispose d'une unité de mesure lui permettant d'opérer de manière parfaitement objective la pesée des intérêts à arbitrer, le juge européen ne peut compter sur une quelconque clé propre à lui permettre de déterminer avec certitude la frontière entre ce qu'il convient de trancher au niveau européen et ce qui gagnerait à être décidé au plan national. Par-delà l'affirmation évidente (aujourd'hui vigoureusement réaffirmée) qu'il appartient en premier lieu aux législateurs, à l'administration et au juges internes d'opérer les équilibres requis entre les droits de l'individu et les intérêts concurrents, les éléments qui contribuent à la « prédétermination » de la marge d'appréciation paraissent bien instables, à plus forte raison dans un contexte où des éléments aussi volatiles que la cohérence de l'action de l'Etat sont éventuellement pris en considération.

422. A l'instar de celle qui affecte la pesée des intérêts, la fondamentale « indétermination » de la marge d'appréciation étatique alimente les griefs d'arbitraire régulièrement formulés à l'encontre du juge européen des droits de l'homme qui déciderait au gré de sa fantaisie de la latitude à reconnaître à l'Etat entrepris. Si ce reproche est compréhensible, il ne doit pas faire l'impasse sur la circonstance que pareille indétermination trouve son origine dans la nature même du mécanisme de contrôle instauré par la Convention, voué précisément à atteindre un équilibre satisfaisant entre l'activisme et la retenue. C'est cette tension permanente entre la nécessité de garantir l'effectivité des droits conventionnels et celle de respecter le pluralisme des sociétés nationales⁹²² qui explique qu'ici aussi le juge de Strasbourg engage inévitablement sa subjectivité dans la mise en œuvre de l'opérateur de subsidiarité.

423. L'enjeu de la structuration de la détermination de l'ampleur de la marge d'appréciation est précisément de « domestiquer » cette inévitable part de subjectivité, pareille structuration supposant une discipline à la fois formelle et substantielle. Au plan formel, il y a lieu que la Cour soit attentive à viser précisément, dans chaque affaire, les critères pertinents – et uniquement ceux-là – pour la fixation de la marge d'appréciation dans l'espèce considérée et à exprimer avec clarté – par exemple en recourant à un système de « tests » – l'impact de cette marge sur le contrôle qu'elle met en œuvre. Au plan substantiel, il convient de faire en sorte que le critère du consensus soit utilisé d'une manière qui réalise ses potentialités objectivantes plutôt que d'une façon qui accroît le sentiment d'arbitraire⁹²³.

⁹²² C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », *op. cit.*, p. 117.

⁹²³ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.*, p. 281.

SECTION 3. L'ABSTRAIT ET LE CONCRET⁹²⁴

424. L'article 34 de la Convention investit la Cour de la compétence de statuer sur les recours individuels dénonçant la violation d'un droit garanti par un Etat contractant. C'est la mise en œuvre de ce droit de *recours individuel* qui a permis à la Cour de constituer l'immense patrimoine jurisprudentiel qui est le sien et justifie la notoriété qu'elle a acquise. Il n'en reste pas moins que le système de protection institué par le Traité de Rome comporte également un mécanisme de *recours interétatique* (art. 33) et un mécanisme d'*avis consultatif* (art. 47 et s.) tous deux restés largement lettre morte. En outre, l'article 32 de la Convention dispose que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles » (§ 1) et qu'« en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide » (§ 2).

Très rapidement, la Cour a affirmé que « [ses] arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »⁹²⁵. Dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, la grande chambre a confirmé que « si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des Etats parties à la Convention » (§ 89)⁹²⁶.

Il apparaît donc clairement que la Cour est – d'emblée – investie d'une *double mission* consistant à trancher des litiges individuels et à éclairer dans le même temps la portée générale des engagements souscrits par l'ensemble des Etats⁹²⁷. En doctrine, on évoque relativement à ce « dualisme fonctionnel » les dimensions individuelle et constitutionnelle de la justice rendue par la Cour européenne⁹²⁸ ou bien encore les finalités de court terme et de long terme de celle-ci⁹²⁹. Le rapport du particulier au général est ainsi appelé à se rejouer constamment, dans chaque espèce, à l'image d'un « droit mondialisé » qui « ne se réalise que dans les cas particuliers dont il part toujours »⁹³⁰. La tension entre ces deux dimensions du contrôle de conventionnalité s'exprime de diverses manières. En premier, lieu elle sous-tend l'attribution à un requérant de la « qualité de victime » et la mise en œuvre de la nouvelle condition du « préjudice important » (**sous-section 1**). En second lieu, elle instille, au cœur même des arrêts, une oscillation entre

⁹²⁴ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen du droit européen des personnes et de la famille », in *Etudes en l'honneur de J.-C. Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, p. 106 et s.

⁹²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, § 154. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, § 86.

⁹²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, § 26 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Capital Bank AD c. Bulgarie* du 24 novembre 2005, §§ 78-79 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, § 197. On peut aussi pointer une décision *Pentiacova et 48 autres c. Moldova* du 30 avril 2003 dans laquelle il est expressément affirmé que « la Cour ne doit pas non plus perdre de vue que, si elle va appliquer la Convention aux circonstances concrètes de l'affaire particulière dont elle se trouve saisie conformément à l'article 34, la décision rendue dans une affaire donnée n'en constituera pas moins, ne serait-ce que dans une certaine mesure, un précédent qui vaudra pour tous les Etats contractants ». Voy. aussi : Cour eur. dr. h., décision *Sentges c. Pays-Bas* du 8 juillet 2003.

⁹²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme », in *L'accélération du temps juridique* (dir. P. GÉRARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, FUSL, 2000, p. 343 et s.

⁹²⁸ S. GREER, « What's wrong with the European Convention on Human Rights ? », *Human Rights Quarterly*, 2008, p. 685.

⁹²⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge ... », *op. cit.*, p. 343 et s.

⁹³⁰ A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 63.

contrôle concret et contrôle abstrait qui induit parfois un « brouillage » des enseignements susceptibles d’être tirés de ceux-ci (**sous-section 2**).

Sous-section 1. La qualité de victime et le préjudice important

425. Cette « dualité fonctionnelle » de la Cour européenne trouve en premier lieu à s’exprimer, dans les règles relatives à la recevabilité des requêtes.

§ 1. La qualité de victime (art. 34)

426. Dans le contexte du mécanisme de recours individuel prévu par l’article 34 de la Convention, la Cour n’accepte de mettre en œuvre un contrôle de conventionnalité que pour autant que le requérant puisse se prévaloir de la qualité de « victime » au sens de cette disposition. Ainsi, cette disposition « n’institue pas au profit des particuliers une sorte d’*actio popularis* pour l’interprétation de la Convention ; il ne les autorise pas à se plaindre *in abstracto* d’une loi par cela seul qu’elle leur semble enfreindre la Convention »⁹³¹. La Cour se montre cependant souple dans la vérification de cette qualité et accepte notamment de prendre en considération les requêtes introduites par des personnes qui ne sont que « potentiellement » ou « indirectement » victimes d’une violation de leurs droits conventionnels⁹³².

La question se pose parfois de la légitimité de certains requérants qui prétendent dénoncer devant la Cour la violation des droits d’autres personnes (qui sont le cas échéant décédées ou incapables) (voy. par ex. *infra* n° 904).

De même, la Cour doit parfois décider si des personnes morales sont en mesure de requérir valablement dans une affaire. Ainsi, dans l’affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*, la grande chambre a par exemple refusé de reconnaître la qualité de victime à une association sans but lucratif soutenant les personnes homosexuelle. En effet, le grief portait sur l’impossibilité pour les personnes physiques de même sexe de conclure un « pacte de vie commune », en sorte que, selon la Cour, « une personne morale [ne pouvait] en l’espèce se voir attribuer la qualité de “victime” directe ou indirecte au sens de l’article 34 de la Convention » (§ 48)⁹³³. En somme, alors que l’exigence, dans son principe, correspond plutôt à une justice centrée sur le cas individuel, les exceptions qui se sont progressivement développées correspondent davantage à la fonction constitutionnelle de la Cour de Strasbourg. Ce même type d’équilibre entre les deux fonctions de la Cour peut certainement s’observer aussi dans la conception et les premières mises en œuvre jurisprudentielles de l’exigence du « préjudice important ».

Les deux difficultés se sont combinées dans une récente affaire *Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* soldée par un arrêt de grande chambre daté du 17 juillet 2014. La question centrale posée par cette affaire était celle de la possibilité pour une association, le « Centre de ressources juridiques », d’agir au nom d’un jeune rom handicapé mental atteint du SIDA et décédé à l’hôpital. L’organisation requérante estimait que le décès était intervenu dans des circonstances engageant la responsabilité de l’Etat roumain au titre de l’article 2. Or, le « Centre de ressources juridiques » n’avait en réalité jamais eu aucun contact

⁹³¹ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, § 24.

⁹³² J.-P. MARGUÉNAUD, « La qualité de victime », in *G.A.C.E.D.H., op. cit.*, pp. 798-808.

⁹³³ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., déc. *Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France c. France* du 6 novembre 2001.

quelconque avec le jeune homme en sorte que la recevabilité de la requête pouvait passer *a priori* pour éminemment douteuse. Les juges de Strasbourg ont cependant pris le parti de considérer recevable la requête en ancrant sa décision dans le caractère exceptionnel des faits de la cause et en s'économisant corrélativement la difficile tâche de théoriser ou d'expliquer le raisonnement juridique capable de justifier l'option prise⁹³⁴.

§ 2. Le préjudice important (art. 35)

427. Le protocole 14 a introduit dans l'article 35 de la Convention une nouvelle condition de recevabilité. Aux termes de cette nouvelle disposition, « la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle [...] lorsqu'elle estime [...] que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n' pas été dûment examinée par un tribunal interne » (art. 35, 3, b). Comme il a pu être souligné par Florence BENOÎT-ROHMER, cette condition de recevabilité fait partie de « la panoplie des outils mis à la disposition de la Cour pour lui permettre de rejeter les affaires qui ne font que révéler une violation mineure des droits de l'homme et de se concentrer sur les affaires qui, selon elle, justifient réellement un examen au fond »⁹³⁵. La Cour a notamment pu se pencher sur cette exigence nouvelle dans l'affaire *Cusan et Fazzo c. Italie* où le gouvernement prétendait que la transmission obligatoire aux enfants du nom du père ne constituait pas un préjudice important au sens de l'article 35. Dans son arrêt du 7 janvier 2014, la Cour a jugé que si l'affaire ne comportait pas d'enjeu financier, « l'importance subjective de la question [paraissait] évidente pour les requérants » dès lors qu'ils « [avaient] en effet introduit un recours contre la décision refusant d'attribuer à Maddalena le nom de famille de sa mère et [avaient] poursuivi la procédure jusqu'au bout » (§ 37). En outre, l'examen présentait aussi un intérêt « au nom du respect des droits de l'homme » dans la mesure où l'affaire « [soulevait] notamment la question de l'impossibilité, pour un couple marié, d'attribuer à ses enfants, à leur naissance, le nom de famille de la mère » et où « il [s'agissait] de la première affaire de ce type que la Cour [était] appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie » en sorte qu'« une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales » (§ 39).

Sous-section 2. La nature concrète ou abstraite du contrôle

428. Qu'elle ait à contrôler la validité conventionnelle d'une norme générale et abstraite (*norm definition*) ou bien d'une mesure d'application particulière (*norm application*) (voy. *supra* n° 314 et s.), la Cour peut donner à son examen une coloration plutôt concrète ou plutôt abstraite. En d'autres termes, elle peut s'attacher à l'examen de la solution étatique soit au

⁹³⁴ La Cour a, dans un premier temps, exposé le contexte de l'affaire : (1) une personne extrêmement vulnérable ; (2) aucun proche connu ni aucune personne compétente pour représenter ses intérêts et (3) l'entrée en scène du CRJ dès après la mort de Valentin Câmpeanu dans une pluralité de procédures au niveau national et dans le cadre desquelles sa légitimité n'avait jamais été mise en question (§§ 108-111). Dans un second temps, en renvoyant expressément à ce contexte qu'elle venait de décrire, la grande chambre a affirmé être « convaincue qu'en égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce et à la gravité des allégations formulées, le CRJ doit se voir reconnaître la faculté d'agir en qualité de représentant de M. Câmpeanu, même s'il n'a pas reçu procuration pour agir au nom du jeune homme et si celui-ci est décédé avant l'introduction de la requête fondée sur la Convention ». Selon la Cour, « conclure autrement reviendrait à empêcher que ces graves allégations de violation de la Convention puissent être examinées au niveau international, avec le risque que l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention » (§ 112). Voy. sur ce point l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque.

⁹³⁵ F. BENOÎT-ROHMER, « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du protocole 14 sur la condition de "préjudice important" », *Rev. trim. dr.*, 2011, p. 24.

regard de la situation particulière et concrète du requérant (examen *in concreto*), soit par référence à des considérations générales et abstraites (examen *in abstracto*)⁹³⁶. Le choix de l'une ou l'autre approche n'est pas sans conséquence : d'un côté, une approche très concrète réduira la portée de l'arrêt rendu par la Cour qui sera par hypothèse très ancré dans les spécificités du litige (il s'agit en quelque sorte d'une approche « minimaliste ») ; de l'autre, une approche très abstraite donnera lieu à une décision de plus grande portée car moins dépendante des circonstances particulières de la cause (l'approche est alors plus « pédagogique »). Le système européen de protection des droits de l'homme est *a priori* fondé sur l'idée qu'il appartient, en premier lieu, au juge européen de trancher le litige particulier qui lui est soumis et qu'il lui revient, en second lieu, de chercher à éclairer la portée des termes de la Convention.

§ 1. Le principe du contrôle *in concreto* : le minimalisme judiciaire

429. La Cour européenne adopte en règle une démarche *in concreto* en évaluant l'attitude des autorités étatiques au regard de l'ensemble des circonstances particulières de la cause. On peut ainsi évoquer une « une politique jurisprudentielle de “l'espèce particulière” » ou « une fonction de juger exclusivement “problem-oriented” »⁹³⁷ attestée – notamment – par la place très importante faite à l'exposé des faits dans les arrêts strasbourgeois⁹³⁸. Ce parti pris ou cette option correspond à une propension du juge européen au « minimalisme judiciaire »⁹³⁹ qui se comprend comme une inclination à ne juger que ce qui est nécessaire à la résolution du cas soumis.

430. Le principe du contrôle *in concreto* semble « aller de soi » dans les affaires où le requérant dénonce une mesure individuelle prise en application d'une règle qui n'est pas susceptible de porter en soi atteinte aux dispositions de la Convention. En effet, l'arbitrage des intérêts concurrents se réalise alors nécessairement et exclusivement dans le cas d'espèce contingent soumis à l'agent étatique compétent. Une telle approche prévaut, par exemple, dans le contentieux de la prise en charge étatique des enfants dont le milieu familial n'est pas adéquat. La Cour a ainsi affirmé, dans l'arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998 qu'« en la matière il est impossible de formuler des règles juridiques d'une précision absolue » en sorte qu'il est acceptable que « le libellé de ces dispositions [soit] assez général [et] laisse aux autorités nationales un large pouvoir d'appréciation, en particulier pour la détermination des mesures nécessaires pour protéger l'enfant » (§ 53). De la même manière, il a été affirmé, dans l'arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002 qu'« étant donné que l'on peut envisager des circonstances dans lesquelles un nourrisson peut être adopté de façon compatible avec l'article 8 de la Convention, on ne saurait considérer que la législation porte en elle-même atteinte à cette disposition » (§ 122). Dans de tels cas, dès lors que la règle appliquée est une règle « neutre » ou une règle dont la « légitimité » n'est pas contestable ou contestée, le juge européen des droits de l'homme ne peut, par hypothèse, qu'examiner « si les mesures prises en l'espèce sont conformes aux garanties de l'article 8 de la Convention »⁹⁴⁰.

⁹³⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Animal Defenders c. Royaume-Uni*, § 109 (« plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen »).

⁹³⁷ Voy. S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 611.

⁹³⁸ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », op. cit., p. 107.

⁹³⁹ Pareille option a été théorisée par le professeur américain Cass SUNSTEIN et revient à juger « un cas à la fois » (« *one case at a time* ») et « en surface plutôt qu'en profondeur » (« *shallow rather than deep* ») ou bien encore « étroitement plutôt que largement » (« *narrow rather than wide* ») (M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, op. cit., pp. 41-42).

⁹⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, § 122.

431. Le contrôle *in concreto* peut au contraire paraître « contre-intuitif » quand les violations alléguées par le requérant ont leur source immédiate dans la loi. Pourtant, la Cour entend – ou, à tout le moins, prétend – également privilégier une approche *in concreto* lorsque la violation prétendue de la Convention résulte de la règle interne elle-même et non de son application individualisée au requérant. La jurisprudence de l'article 8 procure à cet égard d'édifiants exemples relatifs aux règles présidant à l'établissement de la filiation juridique maternelle et paternelle. La Cour a ainsi expressément affirmé, dans son arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, que « la Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention » (§ 58)⁹⁴¹. De même a-t-il été précisé, dans l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, que « la Cour ne s'estime pas appelée dans la présente affaire à se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité avec l'article 8 de la Convention des choix faits par le législateur bulgare en la matière [et à] se substituer au législateur national en déterminant, par exemple, si oui ou non, voire dans quelles conditions, la personne prétendant être le père biologique d'un enfant peut être autorisée à contester la présomption de paternité légitime du mari de la mère » mais doit « chercher à établir si un juste équilibre a été ménagé en l'espèce entre les intérêts concurrents de la société tout entière et des personnes concernées » (§ 48). Dans de tels cas, la Cour n'appréhende en quelque sorte la règle que sous l'angle étroit de sa mise en œuvre dans le cas d'espèce. Elle reconnaît toutefois expressément que ses décisions ont fatalement « des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans [les] textes et non dans des mesures individuelles d'exécution »⁹⁴².

§ 2. L'exception du contrôle *in abstracto* : la pédagogie jurisprudentielle

432. La Cour prend parfois le parti de s'abstraire ou de se distancier des circonstances particulières d'une cause pour mettre en œuvre une réflexion plus structurelle sur la problématique examinée. Pareil examen plus « abstrait » ou plus « distant » la conduit à émettre des considérations plus générale qui, d'une certaine manière, « en disent plus long » sur les exigences de la Convention. Ainsi, à rebours du courant minimaliste, la Cour adopte-t-elle alors une approche plus « pédagogique » qui éclaire davantage sur la teneur des exigences de la Convention.

433. Les affaires dans le cadre desquelles les requérants n'ont fait l'objet d'aucune mesure individuelle d'application de la règle dénoncée constituent le terrain de prédilection de telles analyses abstraites. Dans ces cas-là, c'est donc bien l'existence-même de la règle litigieuse qui est examinée par la Cour dont l'analyse est alors par hypothèse abstraite ou désincarnée. Une telle approche, purement abstraite, a pu être mise dans l'affaire *Norris c. Irlande* au sujet de la répression pénale des actes homosexuels, dès lors que le requérant n'avait subi directement aucune interférence dans son droit au respect de la vie privée. Suivant la Cour « par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente » et « dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule

⁹⁴¹ Voy. cependant l'opinion dissidente du juge Fitzmaurice : « En substance, l'arrêt de la Cour constitue une dénonciation d'une partie du droit belge en tant que tel et *in abstracto*, parce que celui-ci ne reconnaît pas à l'enfant naturel la qualité juridique d'enfant de sa mère dès la naissance et du seul fait de celle-ci, sans que la mère ou le tuteur ait besoin de démarches pour établir ce lien de droit. Bien que, de manière générale, il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'incriminer les lois des États membres pour la seule raison qu'elles se concilient mal avec la Convention ou peuvent aboutir à des violations de celle-ci (normalement, c'est donc à une mesure particulière adoptée en vertu ou à cause de la loi, et aboutissant à une violation, qu'on doit s'en prendre et non à la loi elle-même), je reconnais que quand la loi en soi produit la violation (s'il y en a une) par son action directe, *ex opere operato*, elle peut être attaquée même en l'absence de négligence ou d'acte de l'autorité, ou de mesure fondée sur la loi. En ce cas c'est la loi qui, par sa simple existence, constitue la négligence ou l'acte en question » (§ 28).

⁹⁴² Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 38.

existence, sur la vie privée de celui-ci » (§ 38). Une minorité de juges a d'ailleurs refusé au requérant la qualité de victime dès lors que la Cour n'est pas appelée à « se prononcer sur la compatibilité de législations nationales avec la Convention indépendamment de l'application effective de ces législations aux requérants, qui n'en seraient que de très potentielles et éventuelles victimes »⁹⁴³.

434. Il est moins évident que la Cour puisse situer son analyse sur le terrain abstrait dans des hypothèses où la règle qui sert de base à la mesure individuelle dénoncée par le requérant n'est pas susceptible – au regard de sa neutralité ou de son acceptation généralisée – de receler, en elle-même, une méconnaissance de la Convention. Il n'empêche, la Cour prendra parfois le parti, y compris dans ce type de configuration, de prendre de la hauteur par rapport à la singularité de l'affaire pour en mettre en évidence les potentielles conséquences sur un plan général. Tel nous semble notamment être le cas, lorsque saisie – dans l'affaire *Opuz c. Turquie* – d'un recours relatif à des faits de violence conjugale laissés impunis, la Cour constate – que « malgré les réformes entreprises par le Gouvernement ces dernières années, l'indifférence dont la justice fait généralement preuve et l'impunité dont jouissent les agresseurs – illustrées par la présente affaire – reflètent un manque de détermination des autorités à prendre des mesures appropriées pour remédier à la violence domestique » (§ 200). Tel paraît aussi être le cas, lorsque la Cour, examinant – dans l'affaire *E.B. c. France* – le refus d'un agrément préalable à l'adoption, choisit de ne pas s'arrêter à l'existence d'un motif légitime pour ce refus (la faible implication du partenaire conjugal dans le projet adoptif), pour stigmatiser l'inacceptabilité d'un autre motif (l'orientation homosexuelle de la candidate adoptante). A cet égard, la juge MULARONI avait pu, dans son opinion dissidente, exposer qu'elle « [n'approuvait] pas la théorie de la “contamination”, développée par la majorité » dès lors que « si une décision est fondée sur plusieurs motifs, il suffit qu'un seul de ces motifs soit valable pour que l'on accepte la validité de ladite décision ».

§ 3. Une méthodologie approximative

435. Ainsi, la circonstance que l'affaire trouve son origine dans les termes mêmes de la loi ou bien dans une mesure individualisée mise en œuvre par un agent étatique, ne prédétermine pas nécessairement l'approche plus ou moins générale ou abstraite qui sera retenue par la Cour. Encore faut-il préciser que, dans la plupart des cas, les griefs des requérantes portent sur des solutions internes hybrides participant tant de la configuration abstraite de la règle que de son application à une espèce concrète. A cet égard, la grande chambre a pu affirmer dans *Animal Defenders c. Royaume-Uni*, que « plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen » (§ 109)⁹⁴⁴.

436. Si dans un tel contexte, les allers-retours entre le particulier et le général sont évidemment inévitables et excusables, à tout le moins faut-il cependant que l'analyse opérée corresponde au programme annoncé. La confusion est ainsi portée à son paroxysme quand la Cour affirme expressément adopter une démarche *in concreto* (normalement centrée sur la singularité de la situation du requérant et/ou la spécificité de la situation de l'Etat défendeur), mais adopte au contraire une approche fondée sur les valeurs *abstraites* qui se trouvent être en

⁹⁴³ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt Norris c. Irlande du 26 octobre 1988, opinion dissidente de M. VALTICOS, approuvée par MM. GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, WALSH, BERNHARDT et CARRILLO SALCEDO.

⁹⁴⁴ A cet égard, la juge Françoise TULKENS a pu exposer, dans son opinion séparée adjointe à cet arrêt, que « dans l'exercice de son contrôle, la Cour doit se borner autant que possible à étudier le cas concret dont elle se trouve saisie » mais que « pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, les choix législatifs à l'origine de la mesure peuvent être utiles à examiner » (§ 6).

concours : une distorsion apparaît nécessairement entre « l'étroitesse » prétendue de la question à trancher et la « généralité » manifeste des arguments avancés⁹⁴⁵. Ainsi, Jean HAUSER relève par exemple que, dans l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a « prétendu » statuer *in concreto* alors qu'elle aurait tout autant pu « poser la question clairement » et se demander si le sexe devait devenir un élément disponible de l'état de la personne⁹⁴⁶. De même un auteur relève-t-il que, dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, la Cour a « oscillé inconfortablement » entre un examen concret et un examen abstrait dès lors que l'arrêt paraît attacher de l'importance à des détails factuels (comme la question « très individualisée » de savoir si la jeune femme avait été adéquatement informée de l'interdiction de porter le foulard), alors qu'il opère en réalité « une évaluation générale d'une politique nationale cruciale d'un Etat membre »⁹⁴⁷. Un constat similaire pourrait certainement être dressé à propos de l'arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013⁹⁴⁸ ou bien, quoique dans une moindre mesure, au sujet de l'arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012⁹⁴⁹ : dans les deux cas, la Cour quoiqu'elle affirme conduire une analyse strictement casuistique s'adonne en réalité essentiellement à l'évaluation d'une politique nationale à l'égard d'une question donnée.

437. Pareille variabilité dans les dosages de concret et d'abstrait qui sont opérés par la Cour dans sa jurisprudence est de nature – à nouveau – à nourrir un reproche de subjectivité ou d'arbitraire suivant lequel la Cour actionnerait ce levier-là aussi au gré de sa volonté suivant qu'il lui plait ou non de prononcer un arrêt dotée d'une portée très restreinte ou au contraire un *leading case*. L'inquiétude sera à cet égard d'autant plus vive dans les pays dont le droit est fortement structuré que dans les pays dont le droit est d'ores et déjà d'essence jurisprudentielle⁹⁵⁰. Ainsi, selon Jean-Louis RENCHON, « saisie de recours individuels, qui tendent à faire apprécier la conformité au respect des droits fondamentaux de la régulation d'une situation particulière et concrète, la Cour n'est chargée de se prononcer qu'à l'égard de cette

⁹⁴⁵ L'on peut trouver un exemple de pareille tentative de limitation dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* relatif à la possibilité pour un enfant confié à l'assistance publique d'accéder au contenu des dossiers constitués durant son placement. Ayant conclu à la violation de la Convention, la Cour a précisé que « la Cour n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si des droits généraux d'accès à des données et renseignements personnels peuvent se déduire du paragraphe 1 de l'article 8 ». L'on connaît cependant la portée matricielle qui a été donnée à cet arrêt et les nombreuses mobilisations ultérieures des principes qui y furent énoncés, bien au-delà du champ restreint de la problématique de la prise en charge des enfants par l'autorité publique. Sébastien VAN DROOGHENBROECK voit dans le procédé mis en œuvre dans *Gaskin* une « dénegation d'effet précédentiel » au sens où le juge européen y limite délibérément la portée de ses propres positions (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 585, n° 812).

⁹⁴⁶ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », op. cit., p. 109.

⁹⁴⁷ F. RONKES AGERBEEK, « Leyla Sahin v. Turkey: ECHR Grand Chamber Judgment », *Comparative Law Blog*, 11 novembre 2005, (<http://comparativelawblog.blogspot.be>).

⁹⁴⁸ En effet, la Cour précise expressément que « bien que la présente affaire puisse être considérée dans le cadre de la problématique plus large des droits parentaux des couples homosexuels, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général » car « il s'agit pour elle de statuer sur un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale » (§ 134). Cependant, la motivation de l'arrêt repose sur des arguments dépassant largement ce cadre étriqué. Cela n'a d'ailleurs pas échappé à la minorité qui a Pour autant, les juges minoritaires dans cet arrêt ont précisément estimé que « la Cour aurait dû examiner la question en partant de cette situation précise et non en se livrant à une analyse abstraite de la disposition juridique applicable et appliquée par les juridictions internes, à savoir l'article 182 § 2 du code civil autrichien » (§ 4) (voy. *infra* n° 1098). Voy. sur ce point : G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1031-1032.

⁹⁴⁹ En effet, la Cour y affirme que « in cases arising from individual applications it is not the Court's task to examine domestic legislation in the abstract. Rather, it must examine the manner in which the relevant legislation was applied to the applicant in the particular circumstances of the individual case » (§ 62). Cependant, la teneur des arguments qui sont développés dans la motivation de l'arrêt dépasse le cadre de la situation du requérant et concernent la question de la répression de l'inceste en général, même s'il est vrai que certains aspects de l'arrêt paraissent rendre la solution finalement retenue tributaire de certains aspects spécifiques à l'affaire (voy. *infra* n° 586).

⁹⁵⁰ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », op. cit. p. 165

situation, et elle ne juge dès lors qu'« au cas par cas » étant entendu toutefois que « c'est à partir et en fonction de ces faits nécessairement contingents que la Cour est alors amenée à exprimer des considérations générales et abstraites »⁹⁵¹. Similairement, Pierre MURAT souligne que le droit de la Convention européenne « se construit jurisprudentiellement et empiriquement, au hasard des espèces » alors même que « le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits étatiques relève plutôt de l'évaluation des systèmes juridiques, d'une sorte de police générales des lois »⁹⁵². Si un tel mécanisme de contrôle paraît « plutôt stimulant »⁹⁵³, il n'empêche qu'il peut susciter légitimement la crainte d'une « prévalence du fait sur le droit »⁹⁵⁴ et corrélativement d'un « déficit de construction et d'abstraction »⁹⁵⁵.

Sous-section 3. Une tension dialectique entre l'abstrait et le concret

§ 1. Justice individuelle et justice constitutionnelle

131. La tension qui parcourt la jurisprudence de la Cour n'est qu'une expression particulière d'une des plus périlleuses questions offertes par la théorie du droit : faut-il préférer des normes souples permettant que chaque situation puisse donner lieu à une solution *ad hoc* ou bien des normes rigides impliquant l'imposition à de nombreuses situations d'une solution générique ? Les auteurs anglo-saxons appellent les premières « *standards* » et les secondes « *rules* ». Les *rules* correspondent à une approche « *categorical* » au sens où le décideur est tenu de décider d'une certaine manière en présence de faits pertinents prédéterminés. Les *standards* permettent une approche « *balancing* » dans le cadre de laquelle le décideur est libre de statuer en ayant égard à tous les éléments relevant. L'opposition entre ces deux méthodes n'est pas une dichotomie absolue et il existe plutôt un « continuum » constitué de différents niveaux de discrétion laissée au décideur. A l'un des bouts du spectre on a la « *bright line rule* » et à l'autre le « *wholly open-ended standard* »⁹⁵⁶.

En un sens, les *rules* sont aux *standards* ce que le prêt-à-porter est au sur-mesure : elles offrent certainement des avantages (la certitude, l'uniformité, la stabilité et la sécurité), mais présentent aussi d'importants inconvénients (l'intransigeance, la rigidité et la fermeture). A l'inverse, Les *standards* présentent l'indéniable attrait de permettre *a priori* la flexibilité, l'individualisation, l'ouverture et le dynamisme, mais au prix inévitable de certains sacrifices (la manipulabilité, l'indétermination et l'aventurisme)⁹⁵⁷.

Saisie de cas *a priori* toujours très particuliers mais gardienne de règles extrêmement générales, la Cour de Strasbourg est condamnée à un déchirement perpétuel entre casuistique et abstraction⁹⁵⁸. Elle est en d'autres termes constamment appelée à décider si elle se définit comme une juridiction « « pacificatrice » de litiges particuliers qui, déférant aux préceptes de « minimalisme judiciaire » se borne à trancher « une affaire à la fois », de manière casuistique et sans s'encombrer de débats théoriques *hic et nunc* inutiles, voire même dangereux » ou si, au

⁹⁵¹ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions ... », *op. cit.*, p. 163.

⁹⁵² P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 165.

⁹⁵³ *Idem*.

⁹⁵⁴ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions... », *op. cit.*, p. 163.

⁹⁵⁵ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », *op. cit.*, p. 107.

⁹⁵⁶ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, p. 155.

⁹⁵⁷ P.J. SCHLAG, « Rules and Standards », *op. cit.*, p. 379.

⁹⁵⁸ Ainsi, « entre le principe général dont [le juge européen] a la garde et le cas, toujours très particulier, les médiations lui font défaut : c'est un écart énorme qu'il lui faut combler sans l'appui des normes intermédiaires » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 432-433).

contraire, elle doit être une juridiction « “pédagogue”, en prenant prétexte des litiges ponctuels qui lui sont soumis pour adresser aux juges de première ligne de la Convention européenne des droits de l’homme – les autorités étatiques – des directives générales et clarificatrices »⁹⁵⁹. Il n’y a là, d’une certaine manière, qu’une transposition, à l’échelon européen, d’un classique « débat de méthodologie juridique et de sources du droit [lié à] la concurrence de deux modes de production du droit fort différents, un mode qui part de l’énoncé d’une règle abstraite préalable qui canalise les raisonnements et les fige partiellement – celui des pays de tradition civiliste – et un mode qui part du fait et s’appuie constamment sur la dialectique des idées largement ouverte »⁹⁶⁰. Cependant, ce choix méthodologique à poser par la Cour entre ses vocations « pacificatrice » et « pédagogique » ne peut – pas plus que les autres dilemmes que nous avons abordés jusqu’ici – se résoudre au profit d’une option univoque pour l’un des termes de la proposition : la résolution des litiges et l’affirmation de principes participent l’un et l’autre de l’essence du juge européen des droits de l’homme.

A. La justice individuelle

438. Juger « un cas à la fois » et souscrire aux postulats du « minimalisme judiciaire » permet au juge européen de rendre une décision qui est taillée « sur mesure » pour l’affaire dont elle est saisie. La décision est alors profondément ancrée dans les singularités de l’espèce et elle voit corrélativement sa portée limitée par ces mêmes singularités. En outre, « la recherche d’une solution optimale pour le cas discuté se paie d’un abandon possible de la règle générale et d’une certaine insécurité juridique »⁹⁶¹. En somme, la politique de l’espèce, qui permet de prendre la décision « la plus ajustée » au cas individuel implique une forme de démission de « toute ambition pédagogique de systématisation et d’éclaircissement du droit conventionnel »⁹⁶². Privilégier le « sur-mesure » amène ainsi la Cour à renoncer dans une certaine mesure à la clarté et à la prévisibilité de sa jurisprudence. De même, il ne peut être écarté que l’individualisation qui caractérise les *standards* fasse le lit de l’arbitraire⁹⁶³.

Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a pu exposer, en marge de l’affaire *Fabris c. France*, que « les arrêts doivent reposer sur une approche fondée sur des principes et non sur une approche casuistique des questions de droit en jeu afin d’apporter la clarté, la précision et la prévisibilité nécessaires aux autorités nationales pour saisir pleinement les répercussions des choix de la Cour [...]. De toute évidence, plus la jurisprudence s’attache aux circonstances propres à l’affaire, moins elle a de valeur interprétative, plus elle présente de risques d’incohérence et moins elle offre d’orientations aux Etats parties en général et à l’Etat défendeur en particulier. Une véritable *jurisdictio* ne peut être obtenue que lorsqu’une juridiction fait l’effort de s’élever au-dessus des facteurs propres à l’affaire en question et de formuler des normes générales »⁹⁶⁴.

L’affaire *Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* a donné l’opportunité au même juge de brocarder une nouvelle fois, d’une manière particulièrement claire et élaborée, le déficit de construction qu’il est permis de reprocher à la Cour de

⁹⁵⁹ F. TULKENS, « Les réformes à droit constant », *Actualité et Droit International*, novembre 2002, (www.ridi.org/adi).

⁹⁶⁰ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 167.

⁹⁶¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 438-439.

⁹⁶² Ainsi, la Cour européenne négligerait-elle, souvent, sa vocation pédagogique qui nécessiterait une approche « conséquentialiste » caractérisée par le souci de « l’impact de ses décisions », au profit d’une approche plus foncièrement casuistique caractérisée quant à elle par le « minimalisme décisionnel » soit le choix de « dire le droit dans la mesure strictement nécessaire pour trancher le litige » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, p. 611).

⁹⁶³ P.J. SCHLAG, « Rules and Standards », *op. cit.*, p. 379.

⁹⁶⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Fabris c. France* du 7 février 2013, opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque.

Strasbourg. Dans son opinion concordante adjointe à l'arrêt de la grande chambre, il critique « le raisonnement au cas par cas de la Cour » et propose « un autre raisonnement, fondé sur les principes ». Selon lui, au lieu de juger petit en connectant expressément la décision de recevabilité au caractère exceptionnel de la situation, la Cour aurait dû expressément pointer deux critères susceptibles de justifier dans ce cas-ci comme dans tout autre cas similaire l'ouverture du prétoire strasbourgeois : d'une part, l'extrême vulnérabilité de la victime directe ; d'autre part, l'absence de tout proche ou de tout représentant quelconque. Le reste, soit la référence aux faits contingents de la cause ou à l'absence de mise en question de la légitimité de l'association requérante au plan interne, ne sont d'aucune utilité et sèment le trouble sur la portée à donner à l'arrêt⁹⁶⁵.

B. La justice constitutionnelle

439. Les *rules* produisent parfois des solutions injustes dès lors que leur nature quasi-statistique implique que l'on accepte l'occurrence de dommages collatéraux⁹⁶⁶. Le choix de prendre de la hauteur par rapport aux faits de la cause insuffle de la clarté, de la précision et de la prévisibilité dans la jurisprudence de la Cour, mais aux prix d'une moindre souplesse ou d'une plus grande rigidité dans l'appréhension des cas d'espèce⁹⁶⁷. Ainsi, les énonciations de principes ou de règles abstraites canalisent la pesée à opérer dans des affaires ultérieures présentant des enjeux similaires et on pourrait craindre que l'attachement à ces positionnements abstrait préjudicie à la possibilité pour le juge européen d'appréhender ultérieurement, de manière adéquate, des hypothèses qui n'avaient pas été aperçues au moment de leur édicition. En ce sens, l'approche *in abstracto* induit le risque de « [forcer] le futur dans les catégories du passé »⁹⁶⁸. En somme, le choix de la pédagogie et de la sécurité peut impliquer un certain nombre de « dommages collatéraux » lorsqu'ils sont transposés d'une affaire à une autre, la seconde se distinguant par hypothèse – au moins sur certains points – de la première.

Telle est précisément la crainte formulée par le juge LOPEZ-GUERRA dans son opinion concordante adjointe à l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande*. Il a ainsi relevé que « l'arrêt analyse [...] *in abstracto* les règles posées par le droit irlandais et la façon dont elles cherchent à ménager un équilibre entre des intérêts opposés » alors que « la question que soulevaient les requérantes et que la Cour avait à trancher portait sur des atteintes spécifiques à leurs droits, et non sur la compatibilité générale avec l'article 8 de la Convention des dispositions du droit irlandais en matière d'avortement ». A ses yeux, la conclusion de l'arrêt « devrait être comprise comme se rapportant exclusivement aux requérantes en question et comme découlant des circonstances particulières de leurs causes » car « on ne peut en effet exclure que, dans d'autres affaires impliquant de graves risques pour la santé ou le bien-être de la femme souhaitant interrompre sa grossesse, l'interdiction de l'avortement décidée par l'Etat puisse être considérée comme disproportionnée et comme ne correspondant pas à la marge d'appréciation des autorités nationales »⁹⁶⁹.

§ 2. L'enjeu du « jugement pédagogiquement idéal »

⁹⁶⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* du 17 juillet 2014, opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque.

⁹⁶⁶ P.J. SCHLAG, « Rules and Standards », *op. cit.*, p. 379.

⁹⁶⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 438-439.

⁹⁶⁸ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, p. 155. (traduction libre).

⁹⁶⁹ Opinion concordante du juge LÓPEZ GUERRA, à laquelle se rallie le juge CASADEVALL.

440. La pleine prise en charge par la Cour de ses deux missions devrait se traduire, suivant Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dans la recherche par les juges de Strasbourg de l'arrêt « pédagogiquement idéal » réalisant une synthèse du concret et de l'abstrait au sens où « voué directement à trancher un litige particulier, il se donne cependant pour objectif d'éviter la répétition future d'un semblable litige, et ce, en énonçant et en précisant les règles générales et abstraites qui, à l'avenir détermineront les droits des personnes se trouvant dans une situation comparable à celle des parties »⁹⁷⁰. Steven GREER considère pour sa part qu'il n'est pas réaliste pour la Cour de prétendre réaliser de front ces deux objectifs et préconise – radicalement – l'abandon par la Cour de sa mission de justice individuelle et un recentrage sur la mission de justice constitutionnelle fondée sur le principe du « *pick and choose* » prévalant à la Cour suprême des Etats-Unis. Il y aurait alors lieu que le juge européen « choisisse parmi les affaires qui lui sont soumises des affaires qui concernent les aspects les plus problématiques de la garantie des droits de l'homme en Europe et rendent à leur égard des décisions dotées d'une forte autorité et d'un impact important »⁹⁷¹.

§ 3. La diffusion « vers le bas » du modèle de la justice individuelle

131. Quoi qu'il en soit, le modèle de justice mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme reste à ce stade un modèle foncièrement casuistique au sein duquel l'énonciation d'une règle de longue portée fait figure d'exception. Or, la Cour, pour les mêmes raisons qui lui font préférer ce modèle de la justice individuelle tend à imposer ce modèle aussi au sein des Etats parties en faisant de la possibilité que puisse avoir lieu au plan interne une pesée au cas par cas un déterminant essentiel, sinon exclusif de la proportionnalité de la mesure.

L'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Nada c. Suisse* en constitue une remarquable illustration :

⁹⁷⁰ La confection d'un tel arrêt doit amener la Cour à opérer une triple distanciation : (1) par rapport à la volonté des parties ; (2) par rapport au souci d'économie de procédure et (3) par rapport « au particularisme des circonstances du litige » (S. VAN DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge ... », *op. cit.*, p. 343 et s). Une telle décision, réalisant un passage du particulier au général, semble faire écho à la notion kantienne d'exemplarité : « un jugement exemplaire tente de faire ressortir le général dans le particulier » au sens où « nos jugements les plus singuliers sont [...] susceptibles de servir à d'autres, non pas comme des modèles universels à reproduire, mais comme des exemples particuliers dont on peut s'inspirer » (A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 63).

⁹⁷¹ Pour cet auteur, aucun élément significatif ne plaide en faveur du modèle individuel, même si les modèles différents comme le test d'admissibilité discrétionnaire de la Cour suprême des Etats-Unis sont régulièrement critiqués au titre de l'importance du droit de recours individuel. Pour lui, il y a trois raisons pour lesquelles cette approche n'est pas défendable. Premièrement, l'objet essentiel de la Convention lors de sa rédaction n'était pas de bénéficier à des requérants individuels. Deuxièmement, la perspective d'une justice individuelle rendue par la Cour n'est pas réaliste au regard de l'évolution du système. Selon GREER, seuls 5 pourcent des recours sont considérés recevables et le rejet des 95 autres peut s'apparenter à de l'arbitraire. Troisièmement, une victoire à Strasbourg signifierait peu pour le requérant individuel dès lors que le montant des indemnités est faible et les autres conséquences peu nombreuses. Il s'ensuit pour cet auteur que « it is vital, therefore, that the cases the Court does select for adjudication represent the most serious Convention compliance problems in Europe and that they are settled with maximum authority and impact ; in other words they deliver constitutional justice. But this is not the basis upon which applications are currently chosen. For this to be so, a more honest admission would be required that some worthy applicants must be turned away empty handed ; not because they were mistaken in thinking that their Convention rights had been breached, but because the Court did not consider the alleged violation sufficiently serious in view of other, more pressing, demands upon its time stemming from more substantial systemic compliance problem » (S. GREER, « What's wrong ... », *op. cit.*, p. 697-698). Il existerait par ailleurs déjà différents signes tout à fait tangibles de la « constitutionnalisation » de la Cour européenne des droits de l'homme : (1) le regroupement de requêtes similaires ; (2) la politique de priorisation ; (3) le critère de recevabilité lié au sérieux de la violation alléguée et (4) la procédure de l'arrêt pilote (S. GREER et L. WILDHABER, « Revisiting the Debate about "constitutionalizing" the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 655-687).

185. Afin de répondre à la question de savoir si les mesures prises à l'encontre du requérant étaient proportionnées au but légitime qu'elles étaient censées viser et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour les justifier apparaissent « pertinents et suffisants », la Cour doit examiner si les autorités suisses ont suffisamment tenu compte de la nature particulière de son cas et si elles ont pris, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les mesures qui s'imposaient pour adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant.

Ainsi la Cour formule-t-elle régulièrement l'exigence que puisse avoir lieu, au plan interne, une pesée concrète des intérêts en présence ou à tout le moins qu'une telle pesée ne soit pas totalement exclue. Cela revient *in fine* à condamner l'Etat lorsque son droit prévoit des solutions automatiques ou lorsque ses autorités mettent en œuvre des mesures stéréotypées, bref quand le droit interne apparaît trop « mécanique ». Le juge européen exprime ainsi fréquemment sa faveur pour les normes ouvertes et flexibles permettant la prise en considération de l'ensemble des éléments pertinents (A), même s'il reconnaît que dans certains cas les autorités nationales peuvent légitimement opter pour une règle générale et abstraite, ne connaissant pas d'exception (B). Cette faveur strasbourgeoise pour les *standards* induit une partition du contentieux européen entre les domaines dans lesquels le débat porte sur la *définition des normes* et les domaines dans lesquels la discussion concerne l'*application des normes*.

A. La préférence pour la pesée *in concreto*

441. Dans de nombreux arrêts strasbourgeois, le cœur du constat de violation dressé à l'encontre de l'Etat défendeur participe ainsi de l'absence de pesée concrète opérée au niveau national en raison du caractère absolu des dispositions applicables à la situation sous examen.

Pareille défiance à l'égard des règles absolues concerne d'ailleurs tout autant les présomptions substantielles irréfragables que les délais procéduraux inflexibles⁹⁷²⁹⁷³. Ainsi la Cour a-t-elle pu censurer, par exemple, dans l'affaire *Campagnano c. Italie*, les restrictions apportées à la capacité juridique comme « conséquence automatique de la mise en faillite » (§ 63) et, dans l'affaire *Phinikaridou c. Chypre*, la détermination de la filiation juridique par « une présomption irréfragable revêtant la forme d'un délai de prescription sans prise en compte des faits matériels et de la réalité sociale » (§ 63).

Parfois, la Cour ne réclame pas la possibilité d'une évaluation *in concreto* dans tous les cas, mais simplement la possibilité qu'il puisse être fait exception, si les circonstances le justifient, à la règle litigieuse⁹⁷⁴. Jugé ainsi – dans *Velcea et Mazare c. Roumanie* – que violait les règles de la Convention l'application « mécanique » des règles de la dévolution successorale dans une situation dramatique et hautement improbable où un époux ayant tué son épouse était décédé

⁹⁷² Cour eur. dr. h., arrêt *Grönmark c. Finlande* du 6 juillet 2010, § 55.

⁹⁷³ Ce sont parfois seulement des juges dissidents qui regrettent le caractère absolu des règles internes, comme dans l'affaire *Hristozov et autres c. Bulgarie* où un juge minoritaire regrette la nature absolue de l'interdiction d'utiliser des médicaments non testés laquelle interdit, selon lui, de prendre en considération « la situation spéciale et vulnérable » des requérants (Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov et autres c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, opinion dissidente du juge De Gaetano à laquelle se rallie le juge Vučinić, § 9).

⁹⁷⁴ Dans l'affaire *Emonet c. Suisse*, la Cour a encore affirmé que si « elle [reconnaissait] que la logique de cette conception de l'adoption est valable pour les personnes mineures et constitue, d'ailleurs, la solution retenue par la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe pour ce type d'adoption » elle n'était cependant « pas d'avis que le même raisonnement puisse s'appliquer tel quel aux circonstances particulières de la présente affaire, qui concerne une personne adulte, mais handicapée, à l'adoption de laquelle tous les intéressés ont donné leur consentement libre et éclairé » (§ 80). Dans *Velcea et Mazare*, les circonstances exceptionnelles de la cause induisaient que l'on s'écarte de l'« application mécanique » des dispositions du Code civil (§ 133). Dans *Topčić-Rosenberg c. Croatie* le bénéfice d'un congé de maternité avait été refusé à la requérante dès lors que le congé n'était alloué aux mères biologiques que jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge d'un an et que les mères adoptives devaient être traitées à l'identique. La Cour a considéré que les autorités nationales avaient interprété de manière « excessivement formelle et inflexible » la législation applicable (§ 46).

avant l'établissement de sa culpabilité en sorte qu'il n'avait pas été déchu de ses droits successoraux et que la succession avait finalement été attribuée au frère du meurtrier...

Enfin, la Cour paraît, dans certaines circonstances, refuser l'opération de simples présomptions réfragables refusant en sorte toute forme de prédétermination abstraite de la solution. Ainsi, dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, elle a affirmé qu'« il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique » dans la mesure où « l'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend [...] de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle [en sorte qu'il] doit s'apprécier au cas par cas » (§ 318)⁹⁷⁵.

En sens inverse, la souplesse d'une règle explique parfois dans une large mesure le constat de non violation de la Convention atteint par la Cour. Ainsi la Cour souligne-t-elle, par exemple, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, juste avant de conclure à l'absence de violation de la Convention, que le droit interne prévoit « un régime d'application et d'appréciation par la justice qui permet de prendre en compte dans chaque cas concret tant l'intérêt public à entamer des poursuites que les exigences justes et adéquates de la rétribution et de la dissuasion » (§ 76).

B. L'acceptation des « bright line rules »

442. Dans certains cas toutefois, la Cour accepte la mobilisation au plan interne d'une norme stricte et dépourvue d'exceptions en raison notamment de la contribution de telles règles à la sécurité juridique et à la protection contre l'arbitraire. En effet, la préférence pour la pesée concrète des intérêts en conflits implique inexorablement une « confiance exorbitante » faite au juge ou à l'administration qui n'est pas exempte de risque⁹⁷⁶. Ainsi, dans différents arrêts importants, la Cour a accepté la mobilisation par un Etat d'un « pré-jugé » permettant aux autorités nationales de faire l'économie d'une analyse *in concreto*. Selon la Cour, « le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8 »⁹⁷⁷ et les « règles absolues visent d'abord, de toute évidence, à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les incohérences »⁹⁷⁸. De même, le juge européen admet-il que ces règles claires permettent aux autorités nationales de s'épargner l'examen d'une multitude de cas particuliers⁹⁷⁹ ou de se dispenser de difficultés de classification des situations⁹⁸⁰. Dans l'arrêt *Animal Defenders c. Royaume-Uni* du 22 avril 2013, la grande chambre a synthétisé sa jurisprudence en relevant que :

La Cour déjà jugé qu'une mesure générale était un moyen plus pratique pour parvenir à l'objectif légitime visé qu'une disposition permettant un examen au cas par cas, pareil système étant de nature à engendrer un risque non négligeable d'incertitude (*Evans*, précité, § 89), de litiges, de frais et de retards (*James et autres*,

⁹⁷⁵ Il semble exister une certaine faveur pour l'appréhension *in concreto* de l'intérêt de chaque enfant comme si l'on ne pouvait accepter qu'une règle générale et abstraite globalement tournée vers l'intérêt de l'enfant puisse dans des applications singulières donner lieu à des solutions défavorables à un enfant particulier. L'objectif de sécurité juridique est en quelque sorte sacrifié à la certitude de la prise en considération de l'intérêt spécifique de chaque enfant. Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, la Cour a reproché aux autorités nationales d'avoir « refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière » (§ 133) (voy. *infra* n° 1106).

⁹⁷⁶ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », *op. cit.*, pp. 111 et 114.

⁹⁷⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 89.

⁹⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal* du 21 décembre 2012, § 33.

⁹⁷⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* daté du 3 avril 2012, § 69.

⁹⁸⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012, § 63.

§ 68, et *Runkee*, § 39, précités) ou de discrimination et d'arbitraire (*Murphy*, §§ 76-77, et *Evans*, § 89, précités) » (§ 108).

La Cour de Strasbourg a néanmoins réaffirmé dans un arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal* daté du 21 décembre 2010 que « des situations assimilables à une présomption irréfragable doivent demeurer exceptionnelles »⁹⁸¹.

C. L'option entre pesée *in concreto* et « bright line rule » : le cas de l'intérêt (*in concreto* ou *in abstracto*) de l'enfant

443. Le degré d'inacceptabilité des « dommages collatéraux » induits par une règle claire dépourvue d'exception est le plus élevé dans les affaires qui concernent les enfants. Ainsi l'exigence de prééminence ou de prévalence de l'intérêt de l'enfant semble impliquer que – dans une affaire donnée – l'intérêt de l'enfant concerné (son intérêt *in concreto*) ne puisse être méconnu par l'application d'une règle absolue reposant sur une certaine conception de l'intérêt (*in abstracto*) des enfants en général (et cela quelle que soit le soin apporté à la confection de la règle – substantielle ou procédurale – concernée). L'idée serait en somme qu'il n'est jamais acceptable que l'intérêt d'un enfant particulier soit sacrifié sur l'autel de bénéfices procurés dans la majorité des cas : la méconnaissance de l'intérêt *in concreto* d'un seul enfant n'est pas un « dommage collatéral » acceptable quand bien même la règle litigieuse – génératrice de clarté et de sécurité juridique – apparaîtrait totalement opportune dans l'immense majorité des cas.

Il existe donc dans la jurisprudence de la Cour une indéniable faveur pour la pesée *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Cette tendance apparaît de manière particulièrement claire dans la jurisprudence précitée relative aux enlèvements internationaux d'enfants⁹⁸² mais elle pointe aussi plus timidement par exemple dans certains arrêts récents relatifs aux conflits entre parents et grands-parents à propos de la garde. Ainsi, dans son arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 26 mai 2009, la Cour a affirmé que :

90. La Cour estime que, dans la présente affaire, les motifs retenus par les juridictions nationales pour refuser le retour de D. auprès de son père, ne correspondent pas aux circonstances « tout à fait exceptionnelles » qui pourraient justifier une rupture du lien familial. Elle consent toutefois au fait qu'en raison du passage du temps et de l'intégration de D. dans la famille des grands-parents, les juridictions nationales ont pu refuser « pour le moment », comme elles le notent d'ailleurs elles-mêmes, le retour de l'enfant.

Le mouvement n'est cependant pas totalement univoque et la Cour valide parfois des options étatiques empreintes d'une conception *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant. L'on peut notamment pointer à cet égard l'arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, dans lequel la Cour a considéré acceptable l'impossibilité pour le père biologique de contester la paternité présumée du mari de la mère. Ainsi, suivant la Cour :

74. It can be deduced from the Anayo judgment that Article 8 of the Convention can be interpreted as imposing on the member States an obligation to examine whether it is in the child's best interests to allow the biological father to establish a relationship with his child, for example by granting contact rights. Accordingly, the biological father must not be completely excluded from his child's life unless there are relevant reasons relating to the child's best interests to do so. However, this does not necessarily imply a duty under the Convention to allow the biological father to challenge the legal father's status.

Les enjeux de l'articulation de l'intérêt concret et de l'intérêt abstrait de l'enfant ont été finement mis en évidence par le juge SCHMITT, dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt

⁹⁸¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal* du 21 décembre 2012, § 33.

⁹⁸² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010.

Zaunegger c. Allemagne du 3 décembre 2009. La Cour ayant en l'espèce censuré l'impossibilité pour un père non marié d'obtenir d'un juge le partage de l'autorité parentale contre l'avis de la mère, le juge a affirmé – en citant l'arrêt *Evans* – n'être « pas convaincu que le fait d'offrir au père d'un enfant naturel la possibilité de se voir attribuer l'autorité parentale contre la volonté de la mère par la voie d'une décision de justice soit la seule solution juridique compatible avec la Convention » et que « d'ailleurs, il ressort plutôt de certaines décisions de la Cour que le législateur peut instituer en amont un dispositif de pesée des intérêts sans prévoir la mise en balance des intérêts concurrents dans chaque cas individuel [...] solution qui présente de surcroît l'avantage de déboucher sur des dispositions claires et certaines pour les personnes concernées » (voy. *infra* n° 937)⁹⁸³.

⁹⁸³ Selon Jean HAUSER, la Cour s'est par exemple refusée, dans l'affaire *Fretté c. France* à mettre en œuvre l'approche in concreto qui prévalait pourtant d'ores et déjà dans le contentieux parental au titre notamment de la jurisprudence *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », *op. cit.*, p. 113).

Synthèse de la section 3

444. Aux difficultés inhérentes aux principes de proportionnalité et de subsidiarité s'ajoute donc la difficulté supplémentaire pour la Cour de combiner les deux aspects du contrôle qu'elle est appelée à opérer : son versant individuel et son versant constitutionnel. La Cour est à la fois appelée à trancher des cas individuels et à éclairer la portée des exigences de la Convention. A cet égard, il est parfois difficile d'anticiper l'appréhension étroite ou large d'une affaire par la Cour. De même, il est parfois difficile de déterminer les enseignements précis que l'on peut tirer d'un arrêt strasbourgeois. En plus de la variation du poids attribué aux intérêts en conflit et des fluctuations de la latitude consentie aux Etats pour réaliser l'arbitrage, la Cour doit donc impérativement surveiller ce troisième paramètre du litige strasbourgeois.

445. Il est possible dans ce contexte de lui faire à nouveau le reproche de définir le taux d'abstraction ou de concrétude de ses arrêts en fonction de l'« envie » qu'elle a ou pas de rendre une décision de longue portée. Si ce reproche est parfois fondé, surtout lorsque la Cour entretient une certaine ambiguïté sur la portée « courte » ou « longue » de l'arrêt, il ne faut pas perdre de vue que la tension entre justice individuelle et justice constitutionnelle est l'une des difficultés les plus aigües qui se présentent à un juge chargé de mettre en œuvre une déclaration de droits. En effet, les deux modèles présentent des risques non négligeables : d'un côté, la « politique de l'espèce » expose au risque d'obscurité ou d'incohérence de la jurisprudence ; de l'autre, l'affirmation de principes clairs préjuge en quelque sorte de l'avenir en « forçant le futur dans les catégories du passé »⁹⁸⁴.

Il serait donc déplacé de critiquer péremptoirement l'oscillation relevée, même si on peut en tout cas souhaiter que la Cour, à tout le moins, ne s'emploie pas, comme elle le fait parfois, à « brouiller les pistes » en déniait artificiellement la portée de principe d'arrêts qui contiennent pourtant des affirmations hautement généralisables. La Cour doit rechercher le juste dosage de casuistique et d'abstraction afin que ses arrêts réalisent autant que possible l'enjeu du « jugement pédagogiquement idéal ». La réalisation de cet enjeu implique le souci de trancher les cas individuels en veillant, dans toute la mesure du possible, à souligner les motifs décisifs de manière à éviter la reproduction de litiges identiques en éclairant la portée des exigences conventionnelles relatives à la question sous examen.

446. Quoi qu'il en soit, la Cour manifeste à ce stade une préférence marquée pour le modèle de la résolution au cas par cas et promeut ce même modèle auprès des autorités nationales par le biais de sa jurisprudence. Semblable opération de promotion de la justice individuelle n'est pas sans affecter le mode même de production du droit dans les Etats contractants, à plus forte raison dans les pays dotés d'une tradition de droit civil, réticents à intégrer la méthodologie de l'agrégation des cas et *a priori* convaincus des vertus d'un droit structuré fondé sur des principes et des catégories claires, garantissant contre l'arbitraire et contribuant à la sécurité juridique.

⁹⁸⁴ S. SOTTIAUX et G. VAN DER SCHYFF, « Methods of International Human Rights Adjudication ... », *op. cit.*, p. 155 (traduction libre).

SECTION 4. LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE

447. La Convention européenne contient d'emblée différentes dispositions expressément procédurales au premier rang desquelles les articles 6 et 13 de la Convention. En outre, assez rapidement, la Cour a considéré que les dispositions *a priori* purement substantielles comportaient également un « volet procédural ». La multiplicité des outils mis à la disposition du juge européen pour mettre en œuvre la dimension procédurale des droits de l'homme donne lieu à une certaine confusion entre les rôles respectifs des dispositions expressément procédurales et des aspects procéduraux des dispositions substantielles (**sous-section 1**) (voy. aussi *supra* n° 120 et s.).

La garantie des droits de l'homme procurée par la Convention européenne est donc d'emblée conçue comme une protection à la fois procédurale et substantielle, avec une interaction de plus en plus grande entre les deux volets. En particulier, le déploiement d'obligations procédurales au sein même des dispositions substantielles crée une manière de « concurrence » entre volets procédural et substantiel (**sous-section 2**). Il est alors permis d'évoquer un mouvement de « procéduralisation » du contrôle strasbourgeois qui trouve ses origines dans la jurisprudence de l'article 8 et en particulier dans l'arrêt *Klass c. Allemagne* de 1976 mais prend de l'ampleur dans les années 90 notamment avec les arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*⁹⁸⁵ et *Buckley c. Royaume-Uni*⁹⁸⁶. Semblable évolution pose inévitablement la question de savoir si la Cour adhère plutôt à une conception formelle ou à une conception substantielle de la justice (sous-section 3).

Sous-section 1. Procès équitable, recours effectif et volet procédural des garanties substantielles

§ 1. Le droit à un procès équitable (art. 6) et le droit à un recours effectif (art. 13)

448. Aux termes de l'article 6, § 1 de la Convention, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». Ce droit suppose la possibilité pour l'individu d'agir en justice et de voir sa cause entendue⁹⁸⁷. Dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, la Cour a affirmé qu'« on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès » (§ 35) en sorte que « le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 » (§ 36).

449. L'article 13 prévoit que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». L'article 13 jouerait dans le droit de la Convention un « double rôle dynamique » : d'une part, il soutiendrait les autres droits garantis ; d'autre part, il stimulerait la protection nationale de ceux-ci⁹⁸⁸. Dans l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, la Cour

⁹⁸⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, § 87.

⁹⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, § 76.

⁹⁸⁷ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Le droit d'accès à un tribunal », in *G.A.C.E.D.H., op. cit.*, p. 295.

⁹⁸⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à un recours effectif », in *G.A.C.E.D.H., op. cit.*, p. 447.

a reconnu une portée autonome à l'article 13 qui donc peut trouver à s'appliquer y compris en l'absence de violation d'une disposition substantielle⁹⁸⁹.

450. *A priori*, l'article 13 se distingue de l'article 6 au sens où le recours effectif qu'il exige ne doit pas nécessairement être susceptible d'être mis en œuvre devant un « tribunal » et surtout dans la mesure où il concerne la violation d'un droit garanti par la Convention et non pas « l'existence ou l'étendue de droits de caractère civil »⁹⁹⁰. Dans l'affaire *Kudla c. Pologne*, la Cour a affirmé expressément « la dissimilitude du grief de la méconnaissance du délai raisonnable du procès et de celui de la violation du droit à un recours effectif »⁹⁹¹. Il n'empêche que les rapports entretenus par les articles 6 et 13 de la Convention sont complexes au regard de la proximité des garanties qu'ils offrent aux individus.

§ 2. Le volet procédural des garanties substantielles

451. Dans l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*⁹⁹² du 25 septembre 1996, la Cour a expressément affirmé l'existence, dans toutes les dispositions substantielles, d'un volet procédural. Ainsi, « chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire ». De même, « selon la jurisprudence constante de la Cour, même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'article 8 » (§ 76). Comme nous l'avons vu, « chacune des dispositions conventionnelles consacrant un droit substantiel est susceptible de sécréter des garanties d'ordre procédural »⁹⁹³ et « l'obligation procédurale secondaire participe [...] – en amont et en aval – à l'amélioration de la protection de l'obligation substantielle primaire »⁹⁹⁴.

Sous-section 2. La nature substantielle ou procédurale du contrôle

452. Que la Cour ait à contrôler la validité conventionnelle d'une norme générale et abstraite (*norm definition*) ou bien d'une mesure d'application particulière (*norm application*), le contrôle de conventionnalité peut revêtir une portée plus ou moins substantielle ou procédurale. En d'autres termes, elle peut s'intéresser prioritairement soit au contenu matériel de la solution retenue (telle ou telle interdiction ou catégorisation, l'internement d'un adulte ou l'attribution de la garde d'un enfant) (§ 1), soit au processus qui a conduit à cette décision (caractère soigneux et approfondi de la réflexion et prise en considération de tous les points de vie pertinents) (§ 2).

§ 1. Le contrôle substantiel

⁹⁸⁹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, §§ 64-65. Voy. à ce sujet : J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 105.

⁹⁹⁰ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, § 33.

⁹⁹¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à un recours effectif », in *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, p. 448.

⁹⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, § 76.

⁹⁹³ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis ... », *op. cit.*, p. 17.

⁹⁹⁴ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 401.

453. Le contrôle de conformité des solutions étatiques aux garanties prévues par l'article 8 est *a priori* un contrôle de nature substantiel sur lequel se greffe un ensemble de garanties procédurales.

Dans l'arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987 relatif à la décision des autorités de placer un enfant en ue de son adoption, la Cour a exposé que « sans doute l'article 8 ne renferme-t-il aucune condition explicite de procédure, mais cela n'est pas déterminant » et qu'« à l'évidence, le processus décisionnel de l'autorité locale ne saurait manquer d'influer sur le fond de la décision ». En conséquence, « la Cour peut y avoir égard pour dire s'il a joué d'une manière qui, au total, était équitable et respectait comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 » (§ 62).

Dans l'arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003 relatif à la réglementation des vols de nuit, la Cour a fait valoir que « dans une affaire comme celle-ci, qui a trait à des décisions de l'Etat ayant une incidence sur des questions d'environnement, l'examen auquel elle peut se livrer comporte deux aspects. Premièrement, elle peut apprécier le contenu matériel de la décision du gouvernement, en vue de s'assurer qu'elle est compatible avec l'article 8. Deuxièmement, elle peut se pencher sur le processus décisionnel, afin de vérifier si les intérêts de l'individu ont été dûment pris en compte » (§ 99).

Ces deux arrêts qui concernent respectivement une décision individuelle et une mesure générale rendent assurément compte d'un ordre de priorité théorique entre la forme et le fond. La vérification du respect par l'Etat du droit au respect de la vie privée et familiale est, en premier lieu, un contrôle portant sur la matérialité de la solution retenue par l'Etat. Ce n'est qu'en second lieu que la Cour a exposé d'abord pour des décisions individuelles comme celles relatives à la prise en charge ou à la garde d'un enfant puis pour des règles générales et abstraites que le processus décisionnel pouvait avoir une influence – éventuellement décisive – sur l'issue du procès strasbourgeois.

§ 2. Le contrôle procédural

454. Le mouvement de procéduralisation du contrôle de conventionnalité correspond à une certaine tendance du juge de Strasbourg à déplacer parfois son contrôle du terrain substantiel sur le terrain procédural⁹⁹⁵ et à « se désintéresser du contenu même des actes étatiques pour ne se concentrer que sur leur mode d'adoption »⁹⁹⁶. Ainsi, les difficultés mises en évidence relativement à la mise en œuvre des principes de proportionnalité et de subsidiarité amènent parfois la Cour à douter (sur le plan de la proportionnalité) de la décidabilité d'un conflit d'intérêts ou (sur le plan de la subsidiarité) de la légitimité de son intervention et à renoncer consécutivement à imposer aux Etats une solution substantielle spécifique. Une telle renonciation ne correspond cependant pas nécessairement à l'abandon de toute velléité de contrôle dès lors qu'on observe une tendance de la Cour à reporter alors son attention sur les conditions d'énonciation de la solution interne, la Cour compensant en quelque sorte son désengagement sur le terrain substantiel par la vérification de ce que tout a été mis en œuvre, dans une affaire donnée, pour définir le meilleur équilibre possible entre les intérêts conflictuels.

455. La procéduralisation du contrôle de conventionnalité se manifeste en premier lieu au plan de la définition des normes. Ainsi la Cour se montre-t-elle sensible à la qualité des processus présidant à la formation et à la révision des normes. A cet égard, il ne suffit pas

⁹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 399.

⁹⁹⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 310.

d'élaborer la loi soigneusement, il faut aussi accepter de remettre en cause les orientations prises.

La Cour exige d'une part, « en amont », un processus législatif de qualité prenant en considération les droits de l'homme et la pluralité des points de vue.

Dans différentes affaires, la grande chambre s'est attachée à souligner que telle loi avait « été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques »⁹⁹⁷ ou à valoriser « la circonspection avec lesquels [tel] législateur [...] [avait] cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière »⁹⁹⁸. En sens inverse, un travail législatif de faible qualité ou bien l'absence de débat démocratique (lorsque par exemple la règle litigieuse émane du pouvoir exécutif) incitera la Cour à opérer un contrôle en profondeur de la règle substantielle qui en a découlé⁹⁹⁹.

Comme il a pu être relevé par Edouard DUBOUT, la procéduralisation du contrôle européen intervient dès la conception des normes générales et abstraites par le pouvoir législatif. La référence du législateur interne au droit de la Convention et aux arbitrages qu'il exige justifierait ainsi le desserrement du surplus du contrôle européen. La Cour s'intéresse à la qualité du processus législatif et exige qu'il manifeste une « conscience européenne » ou en d'autres termes « que le législateur réfléchisse en termes de droit européen des droits de l'homme »¹⁰⁰⁰.

La Cour exige, d'autre part, « en aval », la possibilité d'une remise en cause, au niveau national, des options prises par le législateur.

D'un côté, la Cour prendra acte avec satisfaction de la rigueur de l'examen par une Cour constitutionnelle interne de la proportionnalité d'un arbitrage réalisé par le législateur. On peut pointer, à titre d'exemple, l'arrêt *Stübing c. Allemagne* daté du 12 avril 2012, qui comporte une référence appuyée à la méticulosité de la pesée des intérêts réalisée par la Cour constitutionnelle allemande : le soin apporté par les autorités internes à l'analyse de proportionnalité de l'incrimination de l'inceste entre frères et sœurs induit dans le chef de la Cour une attitude plus distanciée (§ 66). Ainsi la Cour met-elle en exergue « the careful consideration with which the Federal Constitutional Court approached the instant case, which is demonstrated by the thoroughness of the examination of the legal arguments put forward by the applicant and further highlighted by the fact that a detailed dissenting opinion was attached to the text of the decision » (§ 66).

D'un autre côté, le refus des juridictions internes de procéder à l'évaluation d'une *rule* émanant du législateur peut à lui seul constituer une violation de la Convention. Tel semble être l'enseignement de l'arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012 dans lequel le refus des juridictions allemandes de s'interroger sur la légitimité de l'interdiction du suicide assisté a induit *per se* une violation de la Convention (§ 71). Ainsi, « eu égard au principe de subsidiarité, la Cour estime qu'il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant. Elle a conclu [...] que les autorités nationales avaient l'obligation de se livrer à cet examen. En conséquence, elle décide de se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention dans le cadre du présent grief » (§ 71). L'élaboration soignée des législations internes ne suffit donc pas, il convient aussi que les règles édictées puissent être perpétuellement soumises au niveau interne au crible des exigences européennes.

⁹⁹⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 86.

⁹⁹⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, §§ 104 et 114.

⁹⁹⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, § 83 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* n° 2 du 6 octobre 2005, § 79.

¹⁰⁰⁰ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, p. 287 et s.

L'importance de cette obligation pesant sur les Etats est suffisamment soulignée par l'affirmation expresse par les juges européens que « l'article 8 de la Convention [peut] impliquer un droit à un contrôle juridictionnel même dans une affaire où le droit matériel en question restait à établir »¹⁰⁰¹. Elle paraît exercer sur les Etats parties le même type de pression que les exhortations à la vigilance qui leur sont régulièrement adressées dans le cadre de certains contentieux sensibles (voy. *supra* n° 413 et s.)¹⁰⁰².

456. La procéduralisation du contrôle de conventionnalité se manifeste en second lieu au plan de l'application des normes. Ainsi, lorsque la norme litigieuse présente à tout le moins un certain degré d'ouverture et se prête à une application personnalisée par une autorité étatique (judiciaire ou administrative) ou non étatique (par exemple les acteurs du corps médical), la Cour est amenée à examiner, sous l'angle procédural, la qualité du cadre prévu par le droit interne de même que le jeu de celui-ci dans les situations particulières qui sont soumises à son contrôle.

La Cour exige en premier lieu, « en amont », que l'application des normes générales et abstraites puisse s'appuyer sur un cadre procédural performant.

En premier lieu, un tel cadre procédural ne doit pas empêcher un individu victime d'une violation grave de ses droits fondamentaux de déclencher des poursuites pénales à l'encontre de l'auteur de celle-ci. Tel était cependant le cas dans l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas* soldée par un arrêt du 26 mars 1985 : un obstacle de caractère procédural que le législateur néerlandais n'avait apparemment pas prévu empêchait une jeune femme handicapée mentale de faire ouvrir – directement ou à l'intermédiation de son représentant légal – des poursuites pénales contre le fils de la directrice du foyer où elle résidait et qui l'avait forcée à avoir avec lui des relations sexuelles (§§ 27-30). Ces obligations apparaissent également très fortes dans les situations où l'individu est confronté aux autorités médicales¹⁰⁰³. Ainsi, dans l'arrêt *Tysiac c. Pologne*, l'Etat défendeur a été condamné au motif qu'on ne pouvait considérer qu'« en créant des recours juridiques permettant d'établir la responsabilité des médecins, l'Etat polonais a satisfait à l'obligation positive qui lui incombait de protéger le droit de la requérante au respect de la vie privée dans le cadre d'un désaccord portant sur le point de savoir si elle avait le droit de bénéficier d'un avortement thérapeutique » (§ 128).

L'existence d'un cadre procédural adéquat ne suffit pas, il faut encore, « en aval », qu'il en soit fait un usage conforme à la Convention dans les procédures particulières qui sont soumises au contrôle de la Cour. Une quantité véritablement impressionnante de violations de la Convention résulte ainsi de la méconnaissance des droits individuels processuels ne trouvant pas sa source dans le cadre procédural lui-même mais bien dans les errements entachant sa mise en œuvre concrète dans une espèce particulière. Il suffit à cet égard de se référer aux très volumineux contentieux de la capacité juridique¹⁰⁰⁴, de la garde¹⁰⁰⁵ et de l'autorité parentale ou de la prise en charge d'un enfant par les autorités publiques¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Schneider c. Allemagne*, du 15 septembre 2011, § 100.

¹⁰⁰² Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, § 118 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Gas et Dubois c. France*, opinion concordante du juge Costa à laquelle se rallie le juge Spielmann ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, opinion concordante du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Hajiyev et Malinverni.

¹⁰⁰³ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Storck c. Allemagne*, du 16 juin 2005, § 150.

¹⁰⁰⁴ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *X et Y c. Croatie* du 3 novembre 2011 ou Cour eur. dr. h., arrêt *Shtukatur ov c. Russie* du 27 mars 2008, sp. §§ 69-73.

¹⁰⁰⁵ Voy. parmi beaucoup d'autres : Cour eur. dr. h., arrêt *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie* du 6 avril 2010.

¹⁰⁰⁶ Voy. parmi beaucoup d'autres : Cour eur. dr. h., arrêt *Vautier c. France* du 26 novembre 2009.

§ 3. Une méthodologie approximative

457. A nouveau, l'articulation du contrôle substantiel et procédural n'apparaît pas caractérisée en premier lieu par son systématisme ou sa cohérence.

En 1988 déjà, Wolfgang STRASSER soulignait que la question la plus importante relativement aux rapports entre garanties substantielles et procédurales pourrait être « la question de savoir si elles ne sont pas liées par un but et un objectif commun qui doit être reflété dans la manière de procéder quand des problèmes procéduraux et substantiels sont soulevés simultanément » et que, à l'époque, les deux aspects étaient « examinés un par un sur le même pied » tandis qu'« aucune règle claire et logique [n'avait] été établie quant à l'ordre dans lequel il faut procéder »¹⁰⁰⁷.

Aujourd'hui on constate que, parfois, les considérations procédurales sont absentes, tandis qu'à d'autres moments elles occupent au contraire tout l'espace. Surgit alors à nouveau le spectre de l'arbitraire : la Cour oscillerait entre les approches « matérielle » et « formelle » en fonction d'une préconception subjective du résultat à atteindre. Ainsi les considérations procédurales sont-elles totalement absentes de l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* où il est simplement indiqué que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer » (§ 46). Au contraire, dans l'arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012 la Cour a considéré qu'« il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant » et qu'en l'espèce « les autorités nationales avaient l'obligation de se livrer à cet examen » en manière telle qu'elle a décidé de « se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention dans le cadre du présent grief » (§ 71)¹⁰⁰⁸.

Entre ces deux extrêmes, dans les affaires où la qualité ou les défauts de la procédure interne sont « pris en compte », il est difficile de déterminer quel est l'impact précis du constat que les autorités nationales ont mis en œuvre (ou pas) une procédure satisfaisante pour aboutir à la solution litigieuse¹⁰⁰⁹. Quel a, par exemple, pu être le poids, dans *Leyla Sahin c. Turquie* du constat par la grande chambre de ce que « tout au long de ce processus décisionnel, les autorités universitaires ont cherché à adapter leur attitude à l'évolution du contexte pour ne pas fermer leurs portes aux étudiantes voilées, en continuant à dialoguer avec celles-ci tout en veillant au maintien de l'ordre public et, en particulier, des exigences imposées par la formation dont il s'agit » (§ 120)¹⁰¹⁰ ?

Sous-section 3. Une tension dialectique entre la substance et la procédure

§ 1. Justice substantielle et justice procédurale

¹⁰⁰⁷ W. STRASSER, « The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights », in *Protecting Human Rights : The European Dimension, Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Kohl, Heymann, 1988, p. 602.

¹⁰⁰⁸ Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, du 21 juin 2012.

¹⁰⁰⁹ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*, p. 456.

¹⁰¹⁰ Voy. sur ce point : E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 422.

458. Le mouvement de procéduralisation n'est pas l'apanage du droit de la Convention européenne : la procéduralisation du contrôle européen participe ainsi d'une tendance, plus large, à une focalisation de l'attention sur « la légitimité procédurale » qui tend à transférer la légitimité de la forme et de la procédure à la substance et au contenu¹⁰¹¹. Il y aurait là un « déplacement du paradigme de la justice » caractérisé par un passage d'une conception substantielle de la justice à une conception procédurale de celle-ci au terme duquel l'important ne serait plus tant le « fond » que la « manière »¹⁰¹². En reportant son attention de la substance vers la procédure, la Cour souscrirait à une vision procédurale de la justice et accréditerait l'idée que l'essentiel réside dans « le mode d'élaboration du droit » plutôt que dans « la conformité à des valeurs »¹⁰¹³. Ainsi, expose encore Dominique TERRÉ, privilégier une approche procédurale reviendrait à prendre acte de « l'absence de toute certitude sur les valeurs ou les essences » et de chercher alors à « dégager des normes qui tireront leur autorité des procédures et des accords à travers lesquels elles ont émergé »¹⁰¹⁴.

Le mouvement trouve notamment ses racines philosophiques dans la pensée de Max WEBER qui avait prédit que « la modernité verrait le développement croissant du droit formel au détriment du droit matériel (ou substantiel) »¹⁰¹⁵. La procéduralisation du droit paraît aussi s'inscrire dans le sillage des perspectives de HABERMAS et de RAWLS. Ainsi, la procéduralisation du droit ne semble-t-elle pas très éloignée dans sa dynamique du concept d'« éthique communicationnelle » dégagé par Jürgen HABERMAS et suivant lequel face à l'indécidable, il faut discuter¹⁰¹⁶. De même le mouvement de procéduralisation ne paraît-il pas étranger à la perspective développée par John RAWLS dans le cadre de laquelle « le juste est à construire ; il n'est pas connu à l'avance » et doit résulter d'une délibération tenue dans la situation idéale ou fictionnelle découlant de la mise en œuvre d'un « voile d'ignorance » (voy. *supra* n° 31)¹⁰¹⁷.

Le mouvement de procéduralisation du droit n'est toutefois pas sans présenter certains risques tant il est vrai que la mise en œuvre d'une justice purement procédurale est susceptible – elle aussi – de conduire à la tolérance de l'intolérable. Ainsi, en prenant l'exemple de la censure des partis politiques liberticides, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, affirment que, dans certains cas au moins, la démocratie procédurale ne suffit plus et la mise en œuvre de principes démocratiques substantiels est nécessaire. Si la justice procédurale est fondée sur l'idée d'un « dialogue » entre les intérêts concurrents, il n'est pas acceptable qu'elle soit instrumentalisée avec fruit par ceux qui entendent précisément abolir la « discussion »¹⁰¹⁸. Cette conception n'est pas nécessairement opposée à celle de Max WEBER, chez qui la légitimité procédurale serait de nature seulement « indicielle » au sens où « la légalité de la procédure d'une décision constitue un indice, un simple marqueur, de la légitimité du fond-même de la décision prise au terme de cette procédure »¹⁰¹⁹.

Sans plus surprendre le lecteur, nous concluons, ici aussi, que le rapport de la procédure au fond ne peut se comprendre comme une opposition frontale. Il faut donc s'interroger sur les modalités suivant lesquelles peut s'opérer la « compénétration » des approches formelles et substantielles. Suivant Jonas CHRISTOFFERSEN, cette question cruciale du rapport entre la procédure et la substance n'a pas, à ce stade, été suffisamment explorée par la doctrine¹⁰²⁰.

¹⁰¹¹ G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 635-648.

¹⁰¹² E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 268.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 270.

¹⁰¹⁴ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰¹⁵ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰¹⁶ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 270.

¹⁰¹⁷ A. RENAUD, « Habermas ou Rawls ? », *op. cit.*, p. 132.

¹⁰¹⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 524-525.

¹⁰¹⁹ G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », *op. cit.*, pp. 636-637.

¹⁰²⁰ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*, p. 454.

A. La justice procédurale

459. L'approche procédurale confère au contrôle de conventionnalité opéré par la Cour un supplément « d'objectivité et de crédibilité » qui est particulièrement bienvenu face à certaines « questions particulièrement délicates que son “éloignement” la rend sans doute peu apte à résoudre ». Face à de telles questions, le mouvement de procéduralisation est susceptible « de donner sens au renvoi à la marge d'appréciation en l'assortissant d'une condition préliminaire : avant de s'en remettre sur le fond aux appréciations des Etats, encore faudra-t-il vérifier que ceux-ci ont, sur le plan méthodologique et formel, multiplié les chances d'aboutir à la “bonne décision”, en se mettant à l'écoute, de manière adéquate et impartiale, de l'ensemble des intérêts pertinents »¹⁰²¹¹⁰²². La question est alors précisément celle de savoir si, dans de tels cas, le contrôle procédural doit être carrément préféré ou simplement ajouté au contrôle substantiel de conventionnalité.

Selon Luzius WILDHABER, l'insuffisance des garanties procédurales peut conduire à un constat de violation d'un droit tant dans son versant procédural que dans son versant substantiel. Par contre, la mise en place de garanties procédurales adéquates ne permet pas d'exclure *ipso facto* un constat de violation, mais induit simplement la conduite de l'examen substantiel « à la bonne distance » ou « suivant la bonne perspective »¹⁰²³. Ainsi, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a-t-elle par exemple relevé que « le gouvernement du Royaume-Uni a sans nul doute agi avec soin et de bonne foi; de surcroît, il n'a pas ménagé ses efforts pour arriver à un jugement équilibré sur différentes thèses avant de conclure qu'il lui fallait abandonner la réforme du droit en vigueur tant elle suscitait une large opposition en Irlande du Nord » avant de préciser aussitôt qu'« à soi seul cela ne saurait prouver la nécessité de l'atteinte à la vie privée de M. Dudgeon découlant des mesures dont il se plaint » (§ 59).

B. La justice substantielle

460. Si l'approche procédurale offre d'indéniables avantages, il ne faut donc pas y voir une panacée : la procéduralisation du contrôle exercé par la Cour de Strasbourg ne doit pas conduire à sa « désubstantialisation »¹⁰²⁴. L'adhésion univoque du juge européen des droits de l'homme à une conception procédurale de la justice induirait au moins deux conséquences dommageables. D'une part, la procéduralisation du contrôle conduit la Cour à renoncer à énoncer les principes substantiels appelés à constituer l'« ordre public européen » et implique corrélativement le risque d'une « pensée européenne qui se limiterait aux procédures sans finalités communes »¹⁰²⁵. D'autre part, l'approche procédurale peut amener la Cour à accepter, sur le fond, des solutions opposées et induit en conséquence le risque d'un certain « éclatement » de la jurisprudence européenne¹⁰²⁶. En somme, la procéduralisation expose la jurisprudence de la Cour européenne aux mêmes écueils que la faveur pour l'approche casuistique des affaires : un déficit de pédagogie et de cohérence. Le contrôle procédural n'a donc décidément pas vocation à permettre à la Cour de se soustraire au contrôle substantiel des options étatiques.

¹⁰²¹ F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 634.

¹⁰²² C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 107-123.

¹⁰²³ L. WILDHABER, « A Constitutional Future for the European Court of Human Rights ? », *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 162.

¹⁰²⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 344 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 265 et s.

¹⁰²⁵ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret », *op. cit.*, p. 114.

¹⁰²⁶ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, pp. 292-293.

Ainsi, suivant Françoise TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « le contrôle procédural doit rester le complément – le cas échéant dirimant – du contrôle substantiel, et non en devenir le *substitut*, tant il est vrai que, même précédée d'un processus décisionnel équitable et soigneux, une limitation des droits et libertés peut néanmoins heurter de front les valeurs conventionnelles dont la Cour est l'ultime gardienne »¹⁰²⁷.

§ 2. L'enjeu d'un « contrôle intégré de la procédure et du fond » (Jonas Christoffersen)

461. La Cour européenne est donc ici aussi appelée à faire œuvre synthétique en réconciliant dans un même mouvement les exigences substantielles et procédurales dans une sorte de « contrôle intégré de la procédure et du fond »¹⁰²⁸.

La juge Françoise TULKENS a pu à cet égard exposer – en marge de l'affaire *Animal Defender* – que « la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire réalisé au niveau national revêt aussi de l'importance, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente » (§ 6). Il y va donc d'un système de « vases communicants » dans le cadre duquel l'adéquation de la procédure interne diminue d'autant le contrôle substantiel opéré par le juge de Strasbourg¹⁰²⁹. Ainsi, en présence de procédures satisfaisantes, la marge de manœuvre étatique doit être considérée large (sorte de présomption de conventionnalité). A l'inverse, en présence d'insuffisances procédurales, il y aurait lieu de réduire la latitude reconnue à l'Etat (examen particulièrement scrupuleux)¹⁰³⁰.

Dans l'arrêt *Salontaji-Drobnjak* du 13 octobre 2009, la Cour a d'ailleurs expressément affirmé que « l'étendue de la marge d'appréciation étatique dépend [...] de la qualité du processus décisionnel. Si la procédure a été sérieusement déficiente d'une façon ou d'une autre, les conclusions des autorités nationales seront plus exposées aux critiques » (§ 143)¹⁰³¹.

§ 3. La diffusion « vers le bas » du modèle de la justice procédurale

462. Corrélativement à la diffusion « vers le bas » du modèle du contrôle *in concreto* s'observe une diffusion « vers le bas » d'une conception procédurale de la justice. En effet, le développement, sur le plan de la proportionnalité, d'une faveur pour les normes ouvertes permettant la définition pour chaque cas particulier d'une solution « sur mesure » implique inéluctablement, sur le terrain de la subsidiarité, une tendance du juge européen à n'exercer de contrôle que sur la qualité du cadre procédural et des procédures effectivement suivies plutôt

¹⁰²⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis ... », *op. cit.*, p. 20. Voy. aussi : E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 268 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations ... », *op. cit.*, p. 403 ; F. SUDRE, « La théorie des obligations positives », in F. G.A.C.E.D.H., *op. cit.*, p. 26 ; C. WARBRICK, « Coherence and the European Court of Human Rights : the Adjudicative Background to the Soering case », *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 1085. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Labita c. Italie du 6 avril 2000, opinion en partie dissidente commune à M. PASTOR RIDRUEJO, M. BONELLO, M. MAKARCZYK, Mme TULKENS, Mme STRÁŽNICKÁ, M. BUTKEVYCH, M. CASADEVALL et M. ZUPANČIČ.

¹⁰²⁸ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*

¹⁰²⁹ : E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 275.

¹⁰³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, p. 333 et s.

¹⁰³¹ Traduction libre. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt B. c. Roumanie (n° 2) du 19 février 2013, § 89 et Cour eur. dr. h., arrêt Chtoukatourov c. Russie du 27 mars 2008, § 89.

que sur la qualité substantielle d'une décision par hypothèse éminemment contingente et dont les facteurs déterminant sont très éloignés du juge européen des droits de l'homme.

Ainsi apparaît-il que dans les contentieux où la Cour a expressément banni tout « préjugé » ou toute règle « automatique » au titre des dommages collatéraux inévitablement induits par leur mise en œuvre, elle laisse une très large marge d'appréciation aux Etats pour ce qui concerne la substance-même de la décision « sur mesure » atteinte et concentre son contrôle sur la mise en œuvre d'un réseau complexe d'exigences procédurales. Au niveau de la *définition des normes*, le juge européen est parfois ou souvent « presque aussi bien placé » que le législateur interne pour évaluer la qualité substantielle des normes adoptées. Au niveau de *l'application des normes*, au contraire, la Cour peut très difficilement prétendre être en mesure d'évaluer la qualité substantielle des décisions « individualisées » prise par l'autorité interne.

Synthèse de la section 4

463. Déjà confrontée aux affres des hésitations entre justice individuelle et constitutionnelle, le juge européen des droits de l'homme doit en outre perpétuellement gérer la tension entre les conceptions substantielle et formelle de la justice. Avec la forte montée en puissance des obligations de nature procédurale, la tentation point de faire de la vérification de la qualité des processus internes d'élaboration des normes – par le législatif, l'exécutif et le judiciaire – l'objet principal du contrôle de conventionnalité. Dans ce contexte, il est parfois difficile de savoir à l'avance si la Cour va appréhender une affaire sous un angle préférentiellement (ou bien) exclusivement substantiel ou procédural. De même, il n'est pas toujours évident de démêler, au sein des considérations qui ont présidé à un constat de violation ou de non-violation d'une disposition substantielle les rôles respectivement par chacun des deux aspects.

464. A nouveau, le flou qui préside au dosage entre examen de la substance des options prises par les autorités internes et des modalités qui ont présidé à leur adoption peut créer dans le chef des récepteurs et analystes de la jurisprudence de la Cour un sentiment d'insatisfaction. L'idée fait son chemin que la Cour déciderait, suivant son bon plaisir, de la coloration plus ou moins substantielle ou procédurale de son approche d'un cas, notamment au regard de l'embarras que lui causerait l'examen substantiel d'une question polémique. Or, il ne faut pas minorer les vertus de l'approche procédurale (notamment sa capacité à investir – en tout premier lieu – le juge national du contrôle du respect de la Convention), nonobstant ses risques évidents liés à la circonstance qu'à soi seule la qualité d'une procédure ne garantit pas la qualité de la décision.

Dans ce contexte, il convient de réaffirmer la priorité du contrôle substantiel sur le contrôle procédural : si la qualité du processus d'élaboration de la norme interne – générale ou particulière – peut contribuer à un relâchement du contrôle substantiel du contenu de cette norme, il ne peut en aucune manière se substituer, purement et simplement, à pareil contrôle.

465. Quoi qu'il en soit, le modèle de la justice procédurale est dans l'air du temps peut-être notamment parce qu'il est un corollaire évident du modèle de la justice individuelle. Dans une perspective où le champ de ce qui peut faire l'objet d'une décision individualisée prenant en considération les spécificités de chaque cas concret est appelé à s'élargir constamment, la méthode du droit se transforme et tend à garantir, en tout premier lieu, l'accès au juge (ou à une autre instance) et des garanties de qualité procédurale.

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

466. Au terme de l'examen de ces quatre paramètres du contrôle strasbourgeois, la conclusion s'impose que la Convention ne se prête en aucune manière à une « application mécanique » dès lors que sa mise en œuvre implique nécessairement l'expression d'une « vision du monde » qui correspond à « la conception que le juge se fait de son office d'une part [...] et des droits de l'homme d'autre part »¹⁰³². Ainsi, le juge européen est constamment renvoyé à la l'inexorable nécessité de prendre des options engageant sa subjectivité. Il doit consacrer toute son énergie à faire en sorte que cette inéluctable subjectivité ne soit ni ne puisse être perçue comme de l'arbitraire.

En somme, le caractère exorbitant du pouvoir conféré au juge européen met à sa une obligation de motivation et de cohérence aggravée, à laquelle il ne peut se soustraire. Maniant ces quatre paramètres de contrôle, le juge européen se trouve dans la position du joueur comme métaphore de l'interprète chez François OST et Michel VAN DE KERCHOVE. Ainsi, expliquent-ils, « à la fois produit du hasard, de la structure et de la volonté du joueur, le jeu est un espace de créativité qui traduit l'action des joueurs sur la rigidité des conventions ; inversement, comme champ régulé, il reflète l'infléchissement des volontés sous l'action des normes collectives, pour une part non maîtrisables »¹⁰³³. De même, la production du droit jurisprudentiel de la CEDH participe-t-il du hasard (qui porte les requêtes jusqu'à son prétoire), de la structure (comme discipline que doit selon nous s'imposer le juge strasbourgeois) et de la volonté du joueur (comme sa subjectivité ainsi domestiquée). A la lumière de la métaphore du jeu, le juge européen des droits de l'homme est donc « à la fois libre et contraint »¹⁰³⁴ et l'interprétation de la Convention devrait se concevoir comme un « mouvement dans un cadre »¹⁰³⁵.

467. Ce sont assurément les opérateurs de proportionnalité et de subsidiarité qui constituent le cœur du contrôle de conventionnalité. C'est dans leur conjonction que se joue le double rapport de l'individu au collectif et du local au global. La Cour doit certainement consacrer son énergie à la « structuration » des ces deux opérateurs tout en explorant éventuellement certaines pistes tendant à l'« optimisation » des intérêts en concours ou à la « négociation » avec les autorités internes. Nous avons vu que la difficulté de mettre en œuvre ces deux principes tenaient aux tensions dialectiques qui leur sont consubstantielles d'une part entre l'individualisme et le communautarisme (au plan de la proportionnalité) et d'autre part entre le particularisme et l'universalisme (au plan de la subsidiarité). Seuls la rigueur formelle et le recours aux « concepts interprétatifs » et au « consensus européen » sont en mesure de l'aider à gérer l'oscillation permanente entre absolu et relatif, entre activisme et self-restraint. Plus la démarche de la Cour est méthodique et logique, plus elle peut se permettre d'exercer à plein la mission qui lui a été confiée.

Nous avons aussi montré que le dialogue pouvait occuper une place de choix dans l'arbitrage des valeurs individualistes et communautaristes (proportionnalité) et dans la recherche du « pluralisme ordonné » (subsidiarité). Ainsi, « l'action de la Cour s'inscrit dans un processus complexe de discussions, de questionnements, de contestations auquel participent une multitude d'acteurs aux niveaux national et international : requérants et gouvernements, certes, mais aussi les juges nationaux, les institutions politiques, les mouvements de la société civile, et au-delà, d'autres juridictions ou organisations internationales ». Dans ce contexte, « le travail d'interprétation et d'argumentation auquel se livrent les juges de Strasbourg se nourrit des

¹⁰³² M.-E. BAUDOUIN, « Consonances et dissonances ... », *op. cit.*, pp. 65-92.

¹⁰³³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 526-527.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 443-444.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 412.

idées, des arguments, des analyses qui s'échangent, s'affrontent et interagissent dans ces multiples scénarios. Les arrêts de la Cour eux-mêmes viennent à leur tour alimenter et renouveler ces débats. C'est à travers ce réseau d'échanges et de dialogues critiques que le sens des droits de l'homme se construit et se transforme en permanence »¹⁰³⁶.

468. Les pages qui précèdent ont par ailleurs mis en évidence les hésitations de la Cour entre différents modèles de justice. D'un côté en effet, la Cour hésite entre une approche casuistique et une approche abstraite des cas qui lui sont soumis ; de l'autre, elle oscille entre une conception plutôt formelle ou plutôt substantielle de la justice. Sur le plan des *modèles de justice* se donne donc à voir – également – une double tension dialectique entre le général et le particulier, d'une part, et la fond et la forme, d'autre part. D'un côté, il faut prendre en compte « le rôle symbolique et général du droit » aussi bien que « [sa] fonction de règlement des contentieux particuliers » (dialectique abstrait / concret)¹⁰³⁷. D'un autre côté, la démocratie est « à la fois une procédure et un projet » et repose dès lors tant sur « un ensemble d'institutions et de mécanismes » que sur « des idéaux substantiels déterminés » (dialectique substance / procédure)¹⁰³⁸.

Comme nous l'avons vu, les difficultés induites par la mise en œuvre des opérateurs de proportionnalité et de subsidiarité amènent le juge européen à privilégier un modèle de justice casuistique et procédural qui tend à s'imposer non seulement dans le cadre de sa propre fonction de juger, mais aussi et peut-être surtout comme référence pour les Etats parties à la Convention. D'un côté, la Cour tend à resserrer son contrôle sur les faits et le contexte particuliers de chaque cause, un peu comme si, face à l'incommensurabilité des enjeux et des valeurs et à l'incertitude sur leur universalité, elle préférerait ne pas prendre de position définitive ou durable. De l'autre côté, la CEDH tend à focaliser son attention sur les conditions procédurales de l'élaboration des solutions. Face au doute relatif à sa propre légitimité, le juge européen des droits de l'homme prend le parti de déplacer son contrôle sur le terrain des formes plutôt que du fond cédant en quelque sorte du terrain sur le plan substantiel en échange de l'imposition d'un ordre public de procédure

469. A nos yeux, à peine pour la Cour de démissionner purement et simplement de l'office qui est le sien, la rationalisation de la mise en œuvre des principes de proportionnalité et de subsidiarité doit être préférée aux « fuites en avant » que peuvent représenter le recours systématique au « minimalisme judiciaire » et la « procéduralisation du contrôle ». La première option paraît en mesure de renforcer la cohérence et la légitimité de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour, alors que la seconde la condamne à l'éclatement et à la dispersion. En effet, la conjonction des approches « minimaliste » et « procédurale » peut conduire à l'acceptation de solutions substantielles très diverses, ce qui ne paraît pas conforme à l'objectif de perpétuation et de renouvellement du patrimoine commun de valeurs qui est au cœur du projet conventionnel.

470. Le « plébiscite » par la Cour d'un modèle de justice « casuistico-procédural » envoie d'ailleurs aux Etats un message assez clair. Ils sont progressivement poussés à préférer eux-mêmes les « règles ouvertes » permettant une prise en considération des spécificités de chaque situation particulière aux règles générales et abstraites « automatiques » ou « absolues » dont la mise en œuvre est nécessairement « mécanique », en assortissant pareille faveur de garanties procédurales de nature à contrer le risque d'arbitraire induit par la méthode du cas par cas. On peut simplement se demander, si le droit positif interne n'a pas besoin lui aussi de règles substantielles de longue portée pour remplir les fonctions qui lui sont dévolues...

¹⁰³⁶ F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM., « Par-delà l'universalisme et le relativisme ... », *op. cit.*, pp. 23-24 ; F. OST, « Stand up for your rights ! », *op. cit.*, p. 71 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 443).

¹⁰³⁷ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 43.

¹⁰³⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?* *op. cit.*, pp. 526-527.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DE LA CONVENTION ET L'ENJEU D'UN DYNAMISME STRUCTURÉ

INTRODUCTION

471. La première partie de cette étude a consisté dans un large détour ayant vocation à mettre en place un modèle de l'adjudication strasbourgeoise qu'il nous convient à présent de rapporter à l'analyse de notre objet précis, le droit de la personne et de la famille. Or, pareil retour ou report sur le droit de la personne et de la famille ne peut s'envisager qu'en aillant d'emblée à l'esprit les singularités et les tensions qui l'animent et font en sorte que, pas plus que le droit des droits de l'homme, l'objet auquel ils s'appliquent ne présentent le caractère d'une réalité parfaitement balisée et unidimensionnelle. Bien au contraire, le droit de la personne et de la famille se présente lui aussi bien davantage comme un organisme multifonctionnel en mutation perpétuelle que comme un système mécanique dont les finalités et le fonctionnement seraient d'emblée parfaitement identifiables.

LA SINGULARITÉ DU DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE

472. La singularité du droit de la personne et de la famille réside, au plan fonctionnel, dans sa localisation à la charnière du public et du privé, soit dans son rôle de « corps intermédiaire » (1) et, au plan légistique, dans la perpétuelle recherche, corrélative, de « systématisme » et de « sécurité » (2).

1/ En premier lieu, *sur le plan fonctionnel*, la famille est le « corps intermédiaire » par excellence le point de rencontre entre l'individu et la collectivité, le lieu de socialisation, etc ... dans une modernité où d'autres lieux classiques d'appartenance ont d'ores et déjà été radicalement remis en question (pensons par exemple à l'appartenance syndicale ou bien à l'obédience religieuse). Ainsi, comme le souligne Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « le paradoxe de la vie privée est [...] de toucher à la fois aux domaines les plus intimes de la vie individuelle et aux fondements anthropologiques de toute société humaine »¹⁰³⁹. De même, comme remarque Bernard EDELMAN, « les décisions les plus connues sont sans doute celles

¹⁰³⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 309.

rendues sur le fondement de l'article 8 de la Convention, parce qu'elles remettent en cause certains des principes les plus profonds de notre organisation sociale »¹⁰⁴⁰.

2/ En second lieu, *sur le plan légistique*, cette prétention à intégrer dans la vie sociale implique un recours plus marqué que dans les autres branches du droit à des catégories dont les contours sont fortement soulignés. Ainsi, « face à ces remous, le droit de la famille est peut-être plus vulnérable que tout autre, car il a besoin de cohérence et de stabilité pour être autre chose qu'une collection de cas particuliers et pouvoir assumer sa fonction symbolique »¹⁰⁴¹. Pour le dire autrement, les limites sont traditionnellement plus présentes en droit de la famille « puisque les catégories y ont été plus rigoureuses que dans d'autres domaines »¹⁰⁴².

LES TROIS DIMENSIONS DU DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE

473. Le droit de la personne et de la famille est assurément un champ très vaste qui couvre des questions très différentes qu'il est difficile d'inscrire dans un schéma d'ensemble systématique. Il nous paraît néanmoins possible d'identifier trois domaines du droit de la personne et de la famille¹⁰⁴³ :

1/ Le **premier chapitre** porte sur l'intégrité et l'épanouissement de la personne et des relations familiales. Tel est bien l'un des principaux enjeux du droit de la personne et de la famille : organiser la vie des individus au sein de la société en attribuant à la famille un certain nombre de missions.

La première section concerne l'intégrité et l'épanouissement de la *personne*. Toute personne a droit, d'une part, à la capacité juridique et à la garantie de son intégrité physique et morale et, d'autre part, celui de poursuivre son épanouissement en posant des choix relatifs à son corps et aux aspects non corporels de sa personnalité. Le domaine de l'intégrité et de l'épanouissement de la personne couvre alors un vaste champ qui concerne les statuts d'incapacité prévus par l'Etat pour protéger les individus les plus fragiles au sein de la société, la protection des personnes contre les violences, abus et indiscretions (sous l'angle de l'intégrité) et la liberté d'entretenir des relations sexuelles avec qui l'on souhaite et suivant les modalités que l'on souhaite ou le choix de se vêtir ou de se conduire de telle ou telle manière qui reflète (ou non) une appartenance ethnique ou religieuse (sous l'angle de l'épanouissement).

La seconde section concerne le respect et la promotion des *relations familiales*. L'individu n'est toutefois pas une monade et s'insère dans des réseaux de relations familiales conjugales et parentales suivant des modalités autrefois balisées par un « modèle » familial mais désormais potentiellement très diversifiées en raison précisément de la radicale mise en cause de la légitimité d'un tel « modèle ». L'individu réclame alors non pas seulement la garantie du droit de ne pas être arbitrairement séparé de ceux avec lesquels il a noué de telles relations, mais également la possibilité de bénéficier au même titre que les autres des mécanismes de solidarité prévus par l'Etat (au sein des familles et au profit des familles), quel que soit l'écart entre ses liens familiaux et ceux noués par la majorité des membres de la société (section 2).

¹⁰⁴⁰ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, p. 1946.

¹⁰⁴¹ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 208.

¹⁰⁴² J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 443.

¹⁰⁴³ Notre hypothèse est qu'une tripartition du contentieux considéré est en mesure de permettre à tout le moins de sérier les questions et de débusquer les incohérences et inconstances. Cette tripartition implique l'identification de *trois dimensions* de cette branche du droit (matérielle, existentielle, institutionnelle).

Les fonctions remplies par le droit dans ce premier domaine sont essentiellement des fonctions pragmatiques et opératoires : il s'agit au premier chef d'organiser concrètement et factuellement la vie des individus au sein de la société, même si chacun des choix organisationnels posés comporte ou – à tout le moins – peut comporter aussi une dimension symbolique plus ou moins affirmée.

2/ Le **deuxième chapitre** est consacré au début et de la fin de l'existence humaine. Dans certains cas, en effet, les enjeux de droit de la personne et de la famille sont investis d'une *intensité* décuplée par la circonstance qu'ils impliquent une ou des questions de vie ou de mort. Les questions liées à l'intégrité et l'épanouissement des personnes et des familles comportent alors une *dimension* nouvelle dès lors qu'elles mettent en cause la *valeur de la vie humaine*. Des problématiques telles que l'accès à la médecine expérimentale, au suicide assisté, à la procréation assistée ou à l'avortement ont ainsi toutes en commun de concerner les conditions dans lesquelles une société appréhende le début et la fin de l'existence humaine. Elles revêtent, en d'autres termes encore, une portée *bioéthique* qui en fait la singularité et justifie que, dans le cadre de cette étude, elles soient traitées séparément.

A cet égard, Diane ROMAN marque la différence entre le fait de poser des choix « de vie » et celui de poser des choix qui portent véritablement « sur la vie »¹⁰⁴⁴.

Lorsque le droit intervient dans ces domaines, les règles générales ou les règlements particuliers qu'il produit ont nécessairement une portée symbolique (voire métaphysique) très marquée : chaque loi générale et abstraite, chaque décision individuelle dit, d'une manière ou d'une autre, quelque chose de la valeur de la vie humaine. Or la valeur de la vie humaine est une affaire complexe comme le démontrera un détour introductif par la philosophie de Ronald DWORKIN. On retrouve d'ailleurs cette conception « composite » ou « plurielle » de la vie humaine dans les travaux du philosophe français Jean-Philippe PIERRON qui distingue à son propos une dimension de « zoé » qui est sa « dimension organique, objective et factuelle » et une dimension de « bios » qui est sa « dimension métaphysique surplombante »¹⁰⁴⁵. Encore faut-il bien préciser que pour certains, la dimension symbolique de la vie humaine n'est pas nécessairement une chose qui se partage. Ainsi Gilles GÉNICOT affirme-t-il que « la vie ne [s']entend] pas seulement en termes biologiques et [n']a que la valeur que l'individu lui confère »¹⁰⁴⁶.

3/ Le **troisième chapitre** concerne l'institution de la personne et des relations familiales. Dans certains cas, en effet, les enjeux de droit de la personne et de la famille se *déplacent* sur le terrain spécifique de l'inscription ou de l'officialisation des caractéristiques personnelles et des relations interindividuelles. Les questions liées à l'intégrité et l'épanouissement des personnes et des familles comportent alors une *dimension* nouvelle dès lors qu'elles mettent en cause les *significations* que la société donne au statut personnel et familial. Des questions comme celle de la reconnaissance civile du changement de sexe, de la détermination du ou des noms de famille, des conditions d'accès au mariage ou de rupture des liens de filiations ont en commun de concerner la manière dont une société entend donner sens à l'identité personnelle et aux relations interindividuelles. Elles comportent en d'autres termes une portée proprement *institutionnelle* qui justifie elle aussi un traitement séparé.

¹⁰⁴⁴ D. ROMAN, « Autodétermination personnelle ... », *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁴⁵ J.-P. PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme ? », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 80.

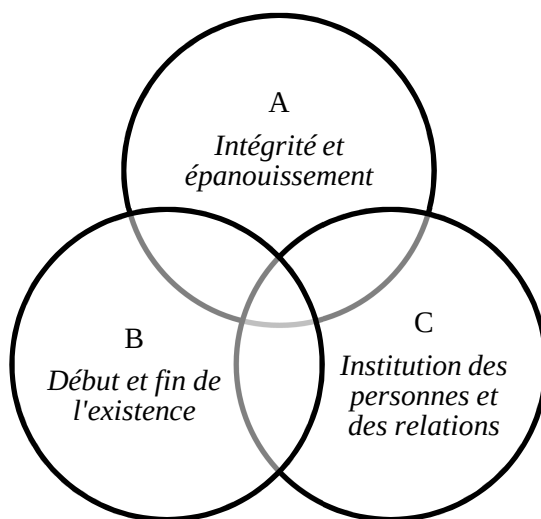
¹⁰⁴⁶ G. GÉNICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 92.

Ainsi Pierre MURAT affirme-t-il par exemple qu'« une institution comme la filiation est source d'une plus grande richesse que la seule fonction pragmatique qu'elle assure pour prendre des décisions ou résoudre les conflits relatifs à l'éducation ou aux solidarités familiales ». En effet, « dans sa dimension symbolique, la filiation insère dans la chaîne des générations et par là opère la socialisation de l'enfant en lui attribuant une place dans un monde préexistant »¹⁰⁴⁷.

Lorsque le droit intervient dans ces domaines, les règles générales ou les règlements particuliers qu'il produit ont nécessairement une portée symbolique (peut-être anthropologique ou psychanalytique) très marquée : les règles que se donne une société à cet égard disent quelque chose sur la valeur des institutions. Or, la valeur des institutions n'est pas une chose simple comme en rendra compte un détour furtif par les travaux de Claude LEVI-STRAUSS. On retrouve d'ailleurs une telle conception « ambivalente » ou « plurivoque » de la famille chez Jean-Philippe PIERRON qui envisage d'un côté la « familialité » qui est « une reprise des données de la nature dans l'univers symbolique des structures d'alliance et de parenté » et les « familles » telles qu'elles sont « historiquement et géographiquement décrites par les sciences humaines »¹⁰⁴⁸. Encore faut-il bien préciser que pour certains, la dimension symbolique des institutions familiales n'est pas nécessairement une chose qui se partage. Pour Yves-Henri LELEU, le droit ne peut ni ne doit structurer les psychismes, protéger l'ordre symbolique ou garantir des invariants anthropologiques, mais doit au contraire « exercer sa fonction normative en mode opératoire et réactif »¹⁰⁴⁹.

DÉGRADÉS ET INTERSECTIONS

474. Nous ne prétendons évidemment pas que ces trois domaines seraient parfaitement imperméables les uns aux autres. Nous prenons le parti de considérer que leur dissociation a du sens, mais en reconnaissant d'emblée qu'ils entretiennent de multiples rapports dont il faut avoir d'emblée conscience. Voici la représentation schématique que l'on peut proposer de la tripartition que nous nous donnons comme point de départ :



¹⁰⁴⁷ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, pp. 416-417.

¹⁰⁴⁸ J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 198.

¹⁰⁴⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 25-26.

1/ Il est possible, en premier lieu, de relever *des effets de « dégradé »* au sens où certaines questions relevant du domaine de l'intégrité et de l'épanouissement peuvent progressivement pénétrer le champ du début et de la fin de l'existence ou celui de l'institution de la personne et des relations familiales. En droit de la personne, la volonté de l'individu de maîtriser son corps et de l'engager dans diverses activités plus ou moins dangereuses change progressivement de nature quand les choix qu'il prétend faire induisent un risque pour la vie. En droit de la famille, la volonté du couple homosexuel de voir respectée, protégée et reconnue prend une tournure institutionnelle quand elle s'incarne dans la revendication d'un véritable statut conjugal, voire dans la demande d'accéder au mariage en tant que tel.

2/ Il est possible, en second lieu, de pointer des questions qui se situent d'emblée à l'« *intersection* » *des trois secteurs ou zones* que nous avons choisi de prendre en considération dans le cadre de cette recherche. Ici aussi, les frontières seront poreuses et certaines problématiques vibreront précisément entre deux « territoires » contentieux. Ainsi, par exemple, la question de l'accouchement sous x se posera-t-elle à l'intersection des zones A et B, tandis que la question des partenariats enregistrés se déploiera-t-elle à l'intersection des zones A et C. L'infatigable intérêt doctrinal pour la question de la gestation pour autrui pourrait bien quant à lui s'expliquer partiellement par la circonstance que cette question concerne aussi bien des questions liées à l'intégrité du corps (A), qu'au commencement de l'existence (B) et au rattachement institutionnel des enfants aux adultes (C).

CHAPITRE 1^{ER}

L'INTÉGRITÉ ET L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE ET DES RELATIONS FAMILIALES

INTRODUCTION

475. Le premier chapitre de cette seconde partie porte sur la manière dont la personne et les relations familiales qu'elle noue sont à la fois protégées dans leur intégrité (contre les blessures, les indiscretions, les séparations) et dans leur épanouissement (par le respect des choix individuels et familiaux et l'allocation de ressources juridiques et/ou matérielles tendant à leur réalisation). Sous l'angle de l'intégrité et de l'épanouissement de la personne, nous examinerons successivement le droit à la capacité juridique, la protection de l'individu contre les atteintes à son intégrité physique et la garantie de son autonomie personnelle et la protection de la personne contre les atteintes à son intégrité morale de même que son droit au développement de sa personnalité (**section 1**). Sous l'angle des relations familiales nous examinerons comment la Cour protège les relations familiales nouées par l'individu de même que la manière dont elle contribue au déploiement de l'exigence d'égalité entre les différents types de famille du point de vue de l'allocation par l'Etat d'avantages (notamment) socio-économiques (**section 2**).

Le droit remplit alors une *fonction* principalement *opératoire et/ou pragmatique* puisque les questions posées ici correspondent ici aux aspects « concrets et vécus »¹⁰⁵⁰ de la vie personnelle et familiale. A la différence des contentieux de la vie et de la mort (voy. *infra* chapitre 2) et de celui de l'institution de la personne et des relations familiales (voy. *infra* chapitre 3), les règles de droit qui sont mises en œuvre dans cette première dimension « concrète et vécue » du droit de la personne et de la famille sont appréhendées principalement comme des « techniques », des « instruments » ou des « moyens »¹⁰⁵¹. Elles ont en d'autres termes essentiellement vocation à organiser la matérialité de la vie des personnes au sein de la société et au sein de leur famille et sont *a priori* moins pétries de symbole que ne le sont les questions de vie et de mort ou les institutions cardinales du droit de la personne et de la famille.

¹⁰⁵⁰ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », *op. cit.*, p. 111-113.

¹⁰⁵¹ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, pp. 441-453.

SECTION 1. L'INTÉGRITÉ ET L'ÉPANOUISSEMENT DE LA PERSONNE

476. Au titre du droit à la vie privée garanti par l'article 8, la Cour a consacré dans le chef des individus un nombre considérable de droits depuis le droit à la capacité juridique jusqu'à celui de poursuivre librement son épanouissement personnel et son développement personnel. Si le champ de la protection ainsi offerte apparaît pratiquement illimité et si les obligations étatiques qui en découlent sont complexes et diversifiées, seul l'examen de la jurisprudence rend compte de la portée véritable des prérogatives qui peuvent effectivement en découler pour l'individu.

477. La capacité apparaît comme l'indispensable soutien de l'ensemble des droits conventionnels. En effet, en l'absence de capacité juridique, la plupart ou l'intégralité des droits individuels n'ont pas de substance, à défaut pour l'individu de pouvoir les exercer. Il y a donc une logique à traiter de la capacité en tout premier lieu, tant il est vrai qu'elle constitue l'indispensable *medium* par lequel se mettent en œuvre les droits. Forte de la garantie du droit à la capacité juridique, la personne peut exiger le respect de son intégrité physique et morale et prendre des décisions relatives à son corps et aux éléments non corporels qui expriment son individualité (**sous-section 1**).

478. L'intégrité physique et l'autonomie personnelle concernent la dimension « corporelle » de l'intégrité et de l'épanouissement. A cet égard, le contentieux strasbourgeois rend compte d'une évolution de la perception du corps qui devient dans un même mouvement plus précieux et plus disponible (**sous-section 2**).

479. Le droit à l'intégrité morale et le développement personnel concernent l'ensemble des émanations « non corporelles » de la personnalité. Ici encore, il faut bien relever que la jurisprudence européenne traduit une mutation de l'intimité au sens où il existe désormais des façons très différentes de concevoir la pudeur ou la discrétion (**sous-section 3**).

480. Malgré la persistante confusion conceptuelle que nous avons évoquée dans la première partie, notamment entre autonomie personnelle et développement personnel, la Cour paraît distinguer assez systématiquement : d'un côté, le droit à l'intégrité, celui de ne pas être troublé dans sa vie personnelle et d'être éventuellement appuyé dans la lutte contre les injustices qui résultent de l'opération de la nature (*Bayrakci*) ou de la société (*Odièvre*) ; de l'autre côté, le droit de poursuivre son épanouissement selon la voie particulière que l'on a choisi sans en être constamment empêché par l'Etat ou par les tiers et en étant aidé dans la même mesure que les autres quoique nos choix se détournent éventuellement de ceux plébiscités par le plus grand nombre. Ainsi, l'individu prétendra-t-il parfois manifester son autonomie en adoptant des comportements – sur le plan sexuel ou en matière de tenue vestimentaire – qui s'écarteront de ceux plébiscités par la majorité. Dans l'économie de la Convention, l'intégrité est première et apparaît en quelque sorte comme la condition *sine qua non* de l'épanouissement¹⁰⁵²¹⁰⁵³.

¹⁰⁵² Ainsi, « la sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables » (Cour eur. dr. h., arrêt *Caroline Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, § 50).

¹⁰⁵³ tandis que « cette notion inclut également le droit à l'identité [...] et le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement de la personnalité [...] ou sous l'aspect de l'autonomie individuelle, notion qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...] » (Cour eur. dr. h., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, § 39).

Sous-section 1. La capacité juridique

481. La personnalité et la capacité juridique constituent l'indispensable support des droits garantis par la Convention : elles sont indispensables à la pleine reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit.

482. La reconnaissance de *la personnalité juridique* est un préalable indispensable à la pleine jouissance et à la pleine garantie des droits individuels. Dans un arrêt *Kuric et autres c. Slovénie* du 26 juin 2012, la Cour a considéré que l'« effacement » des requérants, qui avant la déclaration d'indépendance de la Slovénie résidaient légalement sur le territoire slovène depuis plusieurs années, avait « eu pour eux un certain nombre de conséquences néfastes telles que la destruction de leurs papiers d'identité, la perte de possibilités d'emploi, la perte de leur assurance maladie, l'impossibilité de renouveler leurs papiers d'identité et leurs permis de conduire, et des difficultés pour faire valoir leurs droits à pension » et que « le vide juridique laissé par les lois sur l'indépendance [...] [avait] privé les requérants du statut juridique qui leur avait donné auparavant accès à tout un éventail de droits » (§ 356). Aux yeux du juge VUČINIĆ, il fallait y insister davantage encore. Il ne s'agissait pas d'une « violation ordinaire » de la Convention, mais bien d'« violations à grande échelle du droit de chacun à l'existence juridique, c'est-à-dire du droit de chacun à la personnalité juridique » soit un « droit absolument fondamental est directement prévu par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Selon lui, le droit à la personnalité juridique est une « condition préalable essentielle à la jouissance non seulement des droits et libertés fondamentaux, mais également d'un large éventail de droits matériels et procéduraux » et « la Cour avait là une excellente occasion de dire que ce droit est inhérent à l'article 8 de la Convention. Malheureusement, la majorité ne [l'avait] pas saisie et [n'avait] précisé ni expressément ni explicitement ce qui entre déjà implicitement et tacitement dans le domaine de l'article 8 de la Convention. Elle aurait pu obtenir ce résultat en ajoutant une phrase simple et courte dans ce sens à la fin du paragraphe 356 ».

483. Les restrictions apportées à *la capacité juridique* ont des conséquences sur l'ensemble des éléments qui composent la vie privée et familiale. La Cour n'a à ce stade jamais affirmé solennellement l'importance fondamentale de la capacité juridique¹⁰⁵⁴. Son caractère absolument essentiel à par contre pu être exprimé avec force par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe aux yeux duquel « la problématique de la capacité juridique va au-delà de la question de la prise de décision, elle touche à l'essence même de l'être humain. Nos choix de vie font partie de notre identité ». Ainsi, « plusieurs droits de l'homme ont été créés pour protéger les personnes contre des ingérences abusives dans ces choix – c'est notamment le cas de la liberté de religion, de pensée et de conscience, du droit de se marier et de fonder une famille ou encore du droit au respect de la vie privée et familiale. En l'absence de capacité juridique, nombre de ces droits, si ce n'est tous, sont vidés de leur substance »¹⁰⁵⁵. La capacité juridique est donc l'indispensable support de tous les droits garantis par la Convention et il y aurait sûrement lieu que la jurisprudence strasbourgeoise puisse affirmer son appartenance au « noyau dur » de la vie privée.

¹⁰⁵⁴ Si la Cour semble rester relativement timide dans l'affirmation du caractère fondamental de la capacité juridique, il faut relever qu'un arrêt *Bensaïd c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, avait affirmé qu'« il faut voir dans la santé mentale aussi une partie essentielle de la vie privée relevant de l'intégrité morale ». La Cour avait ajouté que, dans un contexte où « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur » il apparaît que « la sauvegarde de la stabilité mentale est [...] un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée » (§ 47).

¹⁰⁵⁵ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, Strasbourg, 20 février 2012 (<https://wcd.coe.int>).

484. L'aptitude à l'exercice des droits se développe progressivement chez l'enfant et décroît parfois chez les personnes âgées. Malheureusement, certaines personnes ne deviennent jamais pleinement autonome, tandis que d'autres voient leur capacité à décider pour elles-mêmes dramatiquement réduite ensuite d'un accident ou d'une maladie. Dans pareil contexte, l'Etat à en premier lieu l'obligation de respecter les personnes vulnérables, de les protéger contre les tiers et, le cas échéant, contre elles-mêmes (§ 1). Cette obligation de respecter et de protéger va toutefois immédiatement de pair avec la reconnaissance et la promotion dans le chef des individus de la plus grande autonomie possible (§ 2).

§ 1. Le respect et la protection des personnes vulnérables

485. Si l'Etat a évidemment l'obligation négative de ne pas abuser lui-même – par l'action de ses organes – des personnes vulnérables, il a surtout celle de prendre – dans certains cas – des mesures positives pour protéger ces personnes contre elles-mêmes ou bien contre les tiers. Ces obligations concernent, d'un côté, les enfants mineurs, incapables parce que leur autonomie est « en construction » (A), et, d'un autre côté, les adultes rendus vulnérables par l'absence du développement des facultés rendant possible cette autonomie ou par la disparition plus ou moins rapide ou graduelle de celles-ci (B)¹⁰⁵⁶.

A. La protection des mineurs

486. La Cour impose aux Etats parties à la Convention de traiter les enfants d'une manière qui tienne pleinement compte de leur âge, de leur maturité et de leurs capacités sur le plan intellectuel et émotionnel.

i) L'application adaptée des règles de droit interne

487. Le respect par l'Etat de la vulnérabilité qui caractérise les enfants s'exprime tant en droit civil qu'en droit pénal dans l'exigence que les règles juridiques soient conçues et appliquées d'une manière adaptées.

α – En matière civile : Stagno c. Belgique

488. En matière civile, le respect de la vulnérabilité implique notamment le refus que des enfants puissent être préjudiciés par l'écoulement de délais de prescription que par hypothèse ils ne sont pas en mesure de connaître et d'interrompre. Dans l'affaire *Stagno c. Belgique*¹⁰⁵⁷, qui a donné lieu à un arrêt du 7 juillet 2009, la Cour a ainsi été amenée à connaître de la situation de trois jeunes femmes dont le père était décédé alors qu'elles étaient enfant. Elles avaient bénéficié d'une assurance décès et une somme d'argent conséquente avait été versée par la

¹⁰⁵⁶ La Cour adapte elle-même les exigences de l'examen de recevabilité des requêtes à la situation de vulnérabilité dans laquelle peut se trouver le requérant. Ainsi a-t-elle affirmé à plusieurs reprises – et notamment dans son arrêt *A.M.M. c. Roumanie* du 14 février 2012 – que « lors de l'examen de l'épuisement des voies de recours internes par des mineurs et par des personnes atteintes de handicap mental, [...] il convient de prendre en compte la vulnérabilité de ces personnes, notamment leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente » (§ 79). Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt V.D. c. Roumanie du 16 février 2010, § 87.

¹⁰⁵⁷ A propos de cette décision : B. DUBUISSON, « La prescription des actions dérivant du contrat d'assurance devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 2010, pp. 687-690 ; E. DE KEZEL, « EHRM velt principearrest over verjaringstermijn », *Juristenkrant*, 2009, liv. 199, p. 3 ; G. JOCQUE, « EVRM beschermt minderjarigen tegen verjaring (inzake verzekeringen) », *Bull. ass.*, 2010, liv. 1, pp. 36-38 ; E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, « Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme et la suspension de la prescription », *J.L.M.B.*, 2010, pp. 690-695.

société Fortis à leur mère en sa qualité d'administratrice légale. Subséquemment, la mère des requérantes avait cependant perçu les fonds sans l'autorisation judiciaire prescrite et les avait dilapidés. Après leur majorité les requérantes avaient saisi les juridictions belges d'une action contre leur mère et la société Fortis pour obtenir leur condamnation solidaire au paiement d'une somme de 550 000 FB correspondant à une partie de l'assurance-vie. Subséquemment, les trois jeunes femmes avaient renoncé à l'action contre leur mère ayant atteint avec elle un arrangement financier. Demeurait par contre l'action contre Fortis qui avait été jugée irrecevable par les juridictions belges à raison de la prescription triennale des actions découlant des contrats d'assurance. Les requérantes avaient plaidé vainement que ce délai devait être suspendu pendant leur minorité.

Dans son arrêt du 7 juillet 2009, la Cour a relevé que le délai de prescription de trois ans considéré avait été appliqué à l'action introduite par des majeurs sur base d'un fait survenu quand ils étaient mineurs, alors même qu'en vertu de la loi ils n'étaient pas capable d'introduire l'action durant leur minorité et que leur représentant légal dont les intérêts étaient opposés aux leurs ne l'avait pas fait en leur nom (§ 33). Suivant la Cour, la circonstance que les trois requérantes avaient introduit une demande contre leur mère puis l'avaient retirée, alors même qu'elles auraient pu en théorie lui réclamer une réparation intégrale de leur dommage, n'avait pas d'incidence sur leur droit d'introduire une autre demande contre la société Fortis (§ 32). En se fondant notamment sur ses arrêts *Shofman c. Russie* et *Phinikaridou c. Chypre*, elle a considéré que l'application rigide du délai triennal et limitation au droit d'accès à un tribunal qui s'en était ensuivie n'étaient pas proportionnée au but visant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice (§ 34). L'article 6 de la Convention avait donc été violé¹⁰⁵⁸.

β – En matière pénale : T. c. Royaume-Uni

489. En se référant notamment aux Règles de Beijing adoptées en 1985 par l'Assemblée générale des Nations-Unies¹⁰⁵⁹, la Cour considère que l'imputation d'une *responsabilité pénale* à un enfant même très jeune n'emporte pas nécessairement violation de la Convention. Cependant, le mineur qui est suspecté d'avoir commis une infraction pénale ne peut être traité de la même manière qu'un suspect majeur, quelle que soit la gravité de l'infraction en cause.

490. Dans les affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni* qui ont donné lieu à deux arrêt de grande chambre du 16 décembre 1999, les requérants avaient, en février 1993 alors qu'ils étaient âgés de 10 ans, fait l'école buissonnière et enlevé un enfant de deux ans dans un centre commercial avant de le battre à mort et de l'abandonner sur une voie ferrée (§ 7). Ils avaient été jugés par la *Crown Court* de Preston en novembre de la même année.

A Strasbourg, T. prétendait que les modalités de son procès n'avaient pas respecté les exigences du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention. La question en l'espèce était précisément celle de savoir « s'il faut renoncer, s'agissant des mineurs, aux modalités passant généralement pour protéger les droits des adultes traduits en jugement, telles que la publicité des débats, afin de favoriser la compréhension et la participation des intéressés » (§ 83).

A cet égard la Cour a affirmé que si « on ne saurait affirmer que le procès d'un enfant sous le coup d'une accusation pénale, même s'il n'est âgé que de onze ans, constitue en soi une

¹⁰⁵⁸ Voy. l'opinion dissidente du juge SAJÓ qui considère que : « Les requérantes disposaient bien d'un recours et pouvaient accéder à un tribunal puisqu'elles avaient la possibilité de poursuivre leur représentante légale. Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'elles se sont vu refuser l'accès à un tribunal » (pp. 13-14).

¹⁰⁵⁹ Selon ces règles non contraignantes, il convient notamment que « dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale » celui-ci ne soit pas « fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle ».

violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 » il n'en était pas moins « essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci » (§ 84) en sorte que « s'agissant d'un jeune enfant accusé d'une infraction grave qui a un retentissement considérable auprès des médias et du public, la Cour estime qu'il faudrait conduire le procès de manière à réduire autant que possible l'intimidation et l'inhibition de l'intéressé » (§ 85).

Certes, « les procès publics servent l'intérêt général à ce que l'administration de la justice soit transparente » mais « si l'âge et d'autres particularités de l'enfant ainsi que les circonstances du procès pénal le permettent, une procédure aménagée prévoyant une sélection de l'assistance et un compte rendu judiciaire pourrait répondre à cet intérêt général » (§ 86). En l'espèce, il était très peu probable que le requérant « se fût senti assez à l'aise, dans une salle où l'ambiance était tendue et où il était exposé aux regards scrutateurs de l'assistance, pour conférer avec ses conseils durant le procès, voire qu'il fût capable de coopérer avec eux hors du prétoire et de leur fournir des informations pour sa défense, vu son immaturité et le fait qu'il était bouleversé » (§ 88) en sorte que le requérant n'avait pas pu participer réellement à la procédure pénale diligentée à son encontre et avait dès lors été privé d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention.

491. Dans l'arrêt *S.C. c. Royaume-Uni* du 15 juin 2004, la Cour a dû examiner, à la lumière de ces principes, la conformité à la Convention des modalités du procès pénal d'un enfant de onze ans dont les capacités intellectuelles étaient limitées. Avec un autre enfant plus âgé, il avait tenté de prendre le sac d'une dame âgée qui était tombée par terre et s'était fracturé le bras. La Cour a affirmé que « lorsqu'il est décidé de régler la situation d'un enfant tel que le requérant – qui risque de ne pas pouvoir participer réellement à la procédure en raison de son jeune âge et de capacités intellectuelles limitées – par le biais d'une procédure pénale plutôt que d'opter pour une autre solution visant avant tout à déterminer quels sont ses intérêts supérieurs et ceux de la communauté, il est essentiel que l'enfant soit jugé par une juridiction spécialisée capable de se montrer pleinement attentive aux handicaps dont il souffre, d'en tenir compte et d'adapter la procédure en conséquence » (§ 35). Or en l'espèce, malgré les aménagements de la procédure, rendue la plus informelle possible (cfr § 30) et les efforts d'un assistant social qui accompagnait le requérant (cfr § 33), ce dernier avait « mal compris le rôle des jurés dans la procédure ou la nécessité de leur faire bonne impression » ne paraissait même « pas avoir saisi qu'il encourait une peine privative de liberté » (§ 33). Il y avait donc eu violation de l'article 6 de la Convention¹⁰⁶⁰.

ii) *L'existence de mécanismes de représentation appropriés*

α – En matière civile : *A.M.M. c. Roumanie*

492. Dans un arrêt *A.M.M. c. Roumanie* daté du 14 février 2012, la Cour a également pu sanctionner l'inaccomplissement par l'autorité de tutelle roumaine de son obligation de comparaître en justice dans le cadre d'une action en recherche de paternité mise en œuvre par sa mère. Ainsi, « d'après la législation nationale, l'autorité tutélaire était investie pour veiller à ce que les intérêts des mineurs et des incapables soient préservés y compris dans les procédures judiciaires les concernant ». Cependant, « en dépit des dispositions légales renfermant des garanties pour la protection procédurale des intérêts de l'enfant lors d'une action en recherche de paternité [...] les tribunaux n'en tirèrent aucune conséquence » (§ 56).

¹⁰⁶⁰ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Panovits c. Chypre* du 11 December 2008 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Adamkiewicz c. Pologne* du 2 mars 2010 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Martin c. Estonie* du 30 mai 2013.

493. En sens inverse, lorsqu'un mineur se trouve être lui-même victime d'une infraction, il importe que les dispositions de droit interne permette la poursuite du méfait considéré en prévoyant le cas échéant les mécanismes de représentation requis à cette fin. L'infraction ne peut demeurer impunie au seul motif qu'un vide juridique laisse le mineur sans moyen de voir son intégrité protégée. Dans l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas*, Y., une jeune fille handicapée mentale, avait été à l'âge de 16 ans sexuellement abusée par le gendre de la directrice du foyer dans lequel elle vivait. Son père, X., avait souhaité le lendemain porter plainte au nom de sa fille. Le commissaire l'avait autorisé à signer la demande dès lors que sa fille apparaissait incapable de le faire à raison de son état mental. Le parquet avait cependant décidé de ne pas poursuivre B., l'auteur de l'infraction, à condition qu'il ne répète pas l'infraction dans un délai de deux ans (§§ 9 à 11). En 1979, la Cour d'appel d'Arnhem avait débouté définitivement le requérant de la procédure qu'il avait mise en œuvre contre la décision du parquet aux motifs que « la réclamation du père [...] ne remplaçait pas celle que la jeune fille, âgée de plus de seize ans, aurait dû déposer bien que la police l'eût estimée incapable de le faire ». A cet égard, « il existait en la matière une lacune de la loi, personne n'ayant en l'occurrence qualité pour porter plainte, mais on ne pouvait la combler par une interprétation extensive au détriment de B » (§ 12). Ainsi, pour l'infraction considérée, visée à l'article 248ter du Code pénal néerlandais¹⁰⁶¹, seule la demande de la victime pouvait déclencher les poursuites, tandis que ce même code prévoyait que « le représentant légal peut porter plainte au nom de la victime si elle a moins de seize ans ou se trouve placée sous curatelle (curatelle) » étant entendu que cette institution n'existait que pour des personnes majeures (âgées de 21 ans ou plus) (§ 16). La Cour ayant affirmé que pour le type de méfaits considérés la protection du droit civil était insuffisante en sorte que celle du droit pénal était requise, elle a relevé que les dispositions du Code pénal n'avaient pas assuré à Y. une protection concrète et effective en sorte que l'article 8 avait été violé (§ 30).

B. La protection des majeurs

494. Il semble qu'il n'y ait à ce stade que très peu de jurisprudence de la Cour relative aux obligations positives qui s'imposerait aux Etats parties relativement à la protection – en termes de capacité juridique – des personnes vulnérables¹⁰⁶². Quoi qu'il en soit, l'absence de mesures propres à protéger le bien-être et à assister la prise de décision des adultes vulnérables peut constituer une violation du droit au respect de la vie privée¹⁰⁶³. Il revient en d'autres termes aux autorités nationales de prendre la mesure des difficultés rencontrées par un individu à mettre en œuvre ses propres décisions et d'y pallier par des mécanismes appropriés.

495. Les autorités étatiques doivent se montrer attentive aux personnes et veiller à mettre en œuvre à leur égard, lorsque cela apparaît nécessaire, les mécanismes de protection des personnes vulnérables prévus par le droit national. A cet égard, il convient de « prendre en compte la vulnérabilité de certaines personnes, notamment leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court »¹⁰⁶⁴. En d'autres termes, « dans le cas des personnes vulnérables, dont font partie les personnes handicapées, les autorités doivent

¹⁰⁶¹ « Encourt une peine d'emprisonnement de quatre ans au plus quiconque, “par des dons ou promesses (...), par abus d'une influence découlant de rapports de fait, ou par séduction, incite intentionnellement un mineur, de conduite irréprochable, à commettre avec lui” ou “subir de sa part” des actes “immoraux” » (§ 16).

¹⁰⁶² P. BARTLETT, O. LEWIS et O. THOROLD, *Mental disability and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 153.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, pp. 154-155.

¹⁰⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt A.M.M. c. Roumanie du 14 février 2012, § 89.

faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue en raison de leur capacité ou de leur volonté de se plaindre qui se trouvent souvent affaiblie »¹⁰⁶⁵.

i) *L'application adaptée des règles du droit interne*

496. La Cour a pu dénoncer, dans l'arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, l'application stricte des règles de prescription applicables en matière de responsabilité délictuelle dans un contexte où une femme internée contre sa volonté réclamait des dommages et intérêts au titre de cet internement. A cet égard, la Cour invite expressément les autorités étatiques à la souplesse et offre comme point de comparaison sa propre attitude. Ainsi, il conviendrait « d'apprécier l'attitude des tribunaux internes à l'aune des principes élaborés dans la jurisprudence de la Convention s'agissant du calcul du délai de six mois énoncé à l'article 35 § 1 de la Convention ». Ainsi, « la règle des six mois doit être appliquée sans formalisme excessif et en tenant compte des circonstances propres à l'affaire »¹⁰⁶⁶ et « il peut en particulier y avoir des circonstances spéciales – par exemple, lorsque l'état mental du requérant le rend incapable de formuler ses griefs dans le délai prescrit – susceptibles d'interrompre ou de suspendre le cours du délai de prescription » (§ 95)¹⁰⁶⁷. Jugé, dans cette même affaire, que la demande de dommages et intérêts au titre de l'internement ne pouvait être écartée au seul titre d'un prétendu contrat passé entre la requérante et l'institution entreprise dans un contexte où « à supposer que la requérante ait été capable de donner son consentement, il n'existe pas le moindre fait concret susceptible d'étayer l'hypothèse selon laquelle l'intéressée avait consenti à rester et être traitée dans la clinique, concluant ainsi un contrat tacite, alors qu'elle s'était clairement opposée à son séjour à la clinique et avait tenté de s'en enfuir à plusieurs reprises » (§ 97).

ii) *L'existence de mécanismes de représentation appropriés*

497. Les mesures de protection requises revêtent évidemment une importance toute particulière quand est précisément envisagé l'internement de la personne dans une institution psychiatrique au titre de la pathologie psychique dont elle est atteinte. A cet égard, dans l'affaire *B. c. Roumanie n° 2*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention dès lors qu'« en dépit du fait que la loi sur la protection des personnes atteintes d'un handicap prévoyait l'obligation de mettre en place à leur profit une protection juridique sous forme de tutelle ou de curatelle [...] aucune mesure de protection de ce type n'a été prise à l'égard de la requérante » alors même que « l'état de santé de la requérante, qui était admise depuis 1996 au bénéfice d'une aide sociale, comme personne handicapée inapte pour exercer un travail, était connu des autorités bien avant le début des internements » (§ 96). Cette attitude des autorités avait rendu « illusoire les garanties mises en place par la loi sur la santé mentale, notamment le droit de l'intéressé d'être assisté lorsqu'il exprime son consentement [...]. Il en est de même s'agissant de l'obligation de notification de la mesure d'internement au représentant légal [...] ainsi que de l'obligation d'information du représentant légal au sujet des circonstances justifiant la prise de la mesure d'internement » (§ 97).

α – En matière civile : *B. c. Roumanie n° 2*

498. Jugé aussi dans l'arrêt *B. c. Roumanie n° 2* du 19 février 2013 dans la mesure où les autorités internes avaient procédé au placement des enfants de la requérante sans veiller à sa participation au processus décisionnel et alors qu'elle était notoirement atteinte d'une pathologie psychique sévère. Ainsi, elle était « considérée comme une personne invalide depuis 1996 et

¹⁰⁶⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (n° 2) du 19 février 2013, § 86.

¹⁰⁶⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Toth c. Autriche* du 12 décembre 1991, § 82.

¹⁰⁶⁷ Voy. aussi : Comm. eur. dr. h., déc. *K. c. Irlande* du 17 mai 1984 ; Comm. eur. dr. h., déc. *H. c. Royaume-Uni et Irlande* du 7 mars 1985.

ayant subi de très nombreux internements psychiatriques » mais « aucune mesure de protection spéciale, notamment par la désignation d'un avocat commis d'office lors des procédures de placement ou par la nomination d'un curateur, n'a été prise à son égard » (§ 116) en sorte qu'elle n'avait « pas été en mesure de participer effectivement à la procédure concernant le placement de ses enfants, ni d'y voir ses intérêts représentés » (§ 117)¹⁰⁶⁸.

β – En matière pénale : B. c. Roumanie

499. L'affaire *B. c. Roumanie* concernait l'ineffectivité d'une enquête conduite suite à des allégations de viol formulées par une femme souffrant de schizophrénie paranoïde et qui avait été « internée à de nombreuses reprises (§§ 8-14). La requérante s'était plainte aux autorités de police le 25 août 2006 d'un viol dont elle avait été victime la veille et dont l'auteur était un agriculteur nommé D. (§ 15). Elle avait été emmenée aux urgences où elle avait refusé de se prêter à un prélèvement. En raison de ce refus, la police avait demandé son internement au service psychiatrique de l'hôpital de Bacău (§ 17). D. avait été entendu et avait affirmé qu'il avait bien cherché à avoir un rapport sexuel avec la requérante le soir en question, mais qu'il n'était pas parvenu à ses fins « parce qu'il était en état d'ébriété et que les cris de la requérante auraient pu être entendus » (§ 19). Dans son rapport au parquet, le policier qui avait établi le PV préconisait un non-lieu (§ 21) et le parquet avait rendu une telle décision de non-lieu le 25 août 2006 à défaut d'indices indiquant qu'un viol avait été commis (§§ 23-26). La requérante avait contesté cette décision qui avait néanmoins été confirmée par les autorités (§§ 28-29).

Malgré l'existence d'un recours potentiellement effectif non mis en œuvre par la requérante, la Cour a rejeté, dans son arrêt du 10 janvier 2012, l'exception formulée par le gouvernement roumain sur le fondement de l'article 35 de la Convention. En effet, alors que la pathologie psychique de la requérante était connue des autorités « aucune mesure de protection spéciale, notamment par la nomination d'un curateur » n'avait été mise en œuvre à l'égard de la requérante (§ 42). En outre, l'intervention d'une avocate au profit de la requérante en mars 2008 (soit près de deux années après les faits) invoquée par le gouvernement n'était pas établie par le pouvoir non signé produit par lui (§ 45).

Ayant considéré opportun d'examiner l'affaire sous l'angle du volet procédural de l'article 3, la Cour a conclu à la violation de cette disposition. En effet, si une enquête avait été immédiatement ouverte, il apparaissait que la requérante n'avait jamais été entendue par la police ou le parquet dans le cadre de sa plainte tandis que le non-lieu rendait compte de ce que l'état psychique de la requérante avait considérablement affaibli aux yeux des autorités la crédibilité de son récit au détriment de la recherche de preuves matérielle (§§ 55-56). La Cour, qui avait pu rappeler que « dans le cas des personnes vulnérables, dont font partie les personnes handicapées, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue en raison de leur capacité ou de leur volonté de se plaindre qui se trouvent souvent affaiblie » (§ 50), a considéré que « compte tenu de la pathologie psychiatrique dont souffrait la requérante et qui rendait nécessaire une diligence spéciale de la part du

¹⁰⁶⁸ De même la Cour a-t-elle pu conclure à la violation de la Convention dans un arrêt *A.M.M. c. Roumanie* du 14 février 2012 dès lors que les juridictions Roumaine n'avaient pas pris la mesure de la vulnérabilité d'une mère agissant en recherche de paternité au nom de son enfant ni corrélativement veillé à pallier ses insuffisances. En l'espèce, « à une date non précisée, la mère du requérant a été admise au bénéfice de l'assistance sociale, comme étant atteinte d'un handicap sévère » et « sans pouvoir établir si à l'époque des faits, elle était ou non en mesure de pleinement défendre les intérêts de son enfant » (§ 59). Dans ce contexte, « compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant [...], il revenait aux autorités d'agir en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant dont la paternité est recherchée pour parer aux défaillances de la mère [...] et afin d'éviter que celui-ci se retrouve sans protection » (§ 58).

procureur, ainsi qu'une protection sociale adéquate, la Cour considère que l'enquête menée sur ses accusations de viol n'a pas répondu aux exigences de l'article 3 la Convention » (§ 58)¹⁰⁶⁹.

§ 2. L'autonomie des personnes vulnérables¹⁰⁷⁰

500. L'obligation étatique de mettre en œuvre des mesures de protections idoines à l'égard des mineurs (A) et des adultes vulnérables (B) doit s'accompagner d'un perpétuel souci de permettre le développement ou le maintien d'une autonomie maximale de l'individu. On prend alors la mesure de la délicatesse des arbitrages auxquels sont invitées les autorités nationales.

A. Le déploiement de l'autonomie du mineur

501. Selon la Cour, « pour s'occuper d'un enfant et l'éduquer, ses parents ou l'un d'eux doivent d'ordinaire, par la force des choses, décider où il résidera et imposer, ou autoriser des tiers à imposer, diverses restrictions à sa liberté » en sorte que « la Convention, en particulier son article 8, reconnaît et protège la vie familiale ainsi comprise, et notamment le droit des parents à user de leur autorité sur leurs enfants, compte tenu de leurs responsabilités corrélatives »¹⁰⁷¹. Il n'en reste pas moins que la Cour a pu ponctuellement mettre en évidence le développement progressif de l'autonomie de l'enfant, notamment dans le contexte des décisions relatives à la garde ou en matière de placement dans une institution.

502. Ainsi, *en premier lieu*, l'enfant peut-il être progressivement considéré apte à participer de manière déterminante au processus décisionnel relatif aux modalités de sa garde. La Cour a notamment affirmé, en ce sens, dans un arrêt *Plaza c. Pologne* du 25 janvier 2011, que « pour un très jeune enfant il est essentiel que les tribunaux procèdent à une évaluation objective, au regard de tous les éléments disponibles, de l'opportunité d'encourager et de maintenir des contacts ou non » mais qu'« à mesure que les enfants murissent et deviennent, avec le passage du temps, capables de formuler leurs propres opinions sur leurs contacts avec leurs parents, les tribunaux devraient conférer un poids adéquat également à leurs perceptions et à leurs sentiments de même qu'à leur droit au respect de la vie privée » (§ 71)¹⁰⁷².

503. *De même*, l'autonomie de l'enfant doit-elle être protégée de la « tyrannie familiale » lorsque le placement dans une institution psychiatrique répond moins à une nécessité proprement médicale qu'il ne fait suite à des difficultés familiales¹⁰⁷³. Dans un arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention dans un contexte où un enfant de huit ans avait été hospitalisé dans un service de psychiatrie infantile avec le consentement de sa mère dans un contexte de conflit familial aigu. La Cour a relevé qu'était en cause une restriction à la liberté du requérant consécutive à l'exercice des droits parentaux de la mère relevant potentiellement de l'article 5 de la Convention (§ 64)¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *M.S. c. Croatie* du 25 avril 2013 (interruption de la procédure pénale).

¹⁰⁷⁰ I. BRANDON, « Les droits fondamentaux des patients psychiatriques et le Conseil de l'Europe », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979 et Cour eur. D.H., arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, *J.J.P.*, 2002, pp. 276-289.

¹⁰⁷¹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, § 61.

¹⁰⁷² Traduction libre.

¹⁰⁷³ I. SOUMY, « L'effet horizontal de l'article 5, § 1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005 », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 248-251. Voy. aussi, à propos de l'émergence des droits de l'enfant au sein de la famille : L. HUNT, *Inventing Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰⁷⁴ Sur l'importance des droits parentaux dans la jurisprudence de la Cour, voy. aussi le § 61 : « Il échet de noter d'emblée que dans les États contractants, la vie familiale englobe un large éventail de droits et obligations parentaux en matière de garde des enfants mineurs. Pour s'occuper d'un enfant et l'éduquer, ses parents ou l'un d'eux doivent

Selon la Cour, « le titulaire de l'autorité parentale ne saurait jouir de droits illimités et [...] il incombe à l'État de ménager des garanties contre les abus, mais il ne s'ensuit pas que le litige tombe sous le coup de l'article 5 » dès lors en particulier que le requérant « se trouvait encore à un âge où il est normal qu'un parent se prononce, au besoin, contre le gré de son enfant » tandis que « rien ne prouve que la mère ait agi de mauvaise foi. Elle a pris sa décision en suivant les conseils de médecins compétents. Un enfant comme le requérant doit pouvoir être hospitalisé à la demande du titulaire de l'autorité parentale, hypothèse manifestement non couverte par le paragraphe 1 de l'article 5 » (§ 72).

B. Le maintien au profit du majeur vulnérable d'une « autonomie juridique optimale »

504. Les organes de la Convention ont rapidement affirmé qu'une mesure de restriction de la capacité juridique pouvait constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Ainsi, dans une affaire *X. c. Allemagne* tranchée par une décision d'irrecevabilité rendue le 5 mai 1981, la Commission a-t-elle souligné que « le fait de placer quelqu'un sous tutelle, même temporaire, et donc, notamment, de donner au tuteur pouvoir de décider de questions personnelles comme, en l'espèce, autoriser un traitement médical et veiller à l'administration des finances de l'intéressé, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée »¹⁰⁷⁵. La Cour a confirmé cette approche¹⁰⁷⁶ et l'a agréementée, dans son arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, d'un renvoi aux notions d'autonomie personnelle et de développement de la personnalité (§§ 71 et 83)¹⁰⁷⁷. En l'occurrence, la décision de restreindre la capacité juridique du requérante avait « privé le requérant de sa capacité d'agir de manière indépendante dans presque tous les domaines, l'empêchant de vendre ou d'acheter des biens lui-même, de travailler, de voyager, de choisir son lieu de résidence, d'adhérer à une association ou encore de se marier » et constituait consécutivement une ingérence dans sa vie privée (§ 83). Finalement, la grande chambre a fait état, dans son arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012¹⁰⁷⁸ de « l'importance croissante qu'accordent aujourd'hui les instruments internationaux de protection des personnes atteintes de troubles mentaux à l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes » (§ 244). Il est regrettable à cet égard que cette affirmation ait été

d'ordinaire, par la force des choses, décider où il résidera et imposer, ou autoriser des tiers à imposer, diverses restrictions à sa liberté. Il lui faut par exemple, à l'école ou dans un autre établissement d'enseignement ou de loisirs, se plier à certaines règles qui limitent sa liberté, de mouvement ou autre. De même, il peut lui arriver de devoir être hospitalisé en vue d'un traitement médical. La Convention, en particulier son article 8, reconnaît et protège la vie familiale ainsi comprise, et notamment le droit des parents à user de leur autorité sur leurs enfants, compte tenu de leurs responsabilités corrélatives. En vérité, l'exercice des droits parentaux représente un élément fondamental de la vie familiale (arrêt *R. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, série A no 121-C, p. 117, par. 64) ».

¹⁰⁷⁵ Ce positionnement a notamment pu être confirmé dans une décision d'irrecevabilité *A.G. c. Suisse*, rendue par la Commission le 9 avril 1997, suivant laquelle « la décision de placer une personne sous tutelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée ».

¹⁰⁷⁶ Ainsi, dans l'arrêt *Matter c. Slovaquie* du 5 juillet 1999, elle a souligné que « le requérant a été entièrement privé de sa capacité juridique depuis 1983 » et qu'« il n'y a pas de doute qu'il s'agit d'une ingérence sérieuse dans ses droits garantis par l'article 8 » (§ 68) (traduction libre), tandis que, dans l'arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 1999, elle a affirmé que « les restrictions apportées à la capacité juridique du requérant constituaient indubitablement une ingérence dans son droit au respect de la vie privée » (§ 144) (traduction libre). En 2004 et 2006, à propos de certaines incapacités civiles respectivement imposées aux anciens agents du K.G.B. et aux faillis, la Cour a observé qu'elles préjudiciaient à la possibilité de nouer des liens ou de développer des relations avec le monde extérieur et portaient dès lors atteinte à la vie privée garantie par l'article 8 (Cour eur. dr. h., arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, § 48 et Cour eur. dr. h., arrêt *Campagnano et autres c. Italie* du 23 mars 2006, § 54).

¹⁰⁷⁷ La Cour a renvoyé à cet égard à : Comm. eur. dr. h., rapport Brüggemann et Scheuten c. Allemagne du 12 juillet 1977, § 55.

¹⁰⁷⁸ Une chambre de la cinquième section avait pris le parti de se dessaisir le 14 septembre 2010.

énoncée sous le visa de l'article 6 de la Convention et non sous celui de l'article 8¹⁰⁷⁹. Il n'empêche que la Cour a affirmé, dans un arrêt *X. et Y. c. Croatie* du 3 novembre 2011, que « priver quelqu'un de sa capacité est une mesure très sérieuse qui devrait être réservée à des circonstances exceptionnelles »¹⁰⁸⁰.

Dans un tel contexte marqué par une extrême contingence, la Cour formule à l'égard des Etats quatre exigences fondamentales : l'absence d'automatisme (i) ; l'individualisation de la mesure (ii) ; la qualité du processus décisionnel (iii) ; la révocabilité de la mesure (iv).

i) *Les motifs de la mesure de restriction : un risque pour la personne elle-même ou pour autrui*

505. La mise en œuvre d'une mesure de protection doit être justifiée dans son principe par un motif ressortissant à la nécessité de protéger la personne elle-même ou les tiers. Ainsi, la Cour accepte que l'on envisage de prendre une telle mesure quand il existe un risque pour la personne ou les biens de l'individu à protéger¹⁰⁸¹. Les restrictions à la capacité juridique ne peuvent être instrumentalisées à l'encontre de manière de vivre qui sont simplement en dissonance avec les préférences de la majorité. Tout automatisme étant à proscrire en l'espèce, une restriction à la capacité ne peut résulter que d'une décision individuelle reposant sur des éléments factuels précis. La Cour exige que les restrictions à la capacité juridique ne soient pas automatiques (α) et reposent sur des éléments factuels précis (β). Par-delà ces deux exigences fondamentales, une large marge de manœuvre est octroyée aux autorités internes (γ).

α – Le refus des mesures automatiques : *Sabou et Pircalab c. Roumanie* et *Campagnano c. Italie*

506. Deux arrêts rendent compte de ce qu'une privation de la capacité juridique ou de certains aspects de celle-ci implique une décision individuelle justifiée par des motifs différents d'un « blâme moral » ou d'« une sanction à caractère moral ». Ainsi, dans l'arrêt *Sabou et Pircalab c. Roumanie* du 28 septembre 2004, la Cour a considéré que la privation des droits parentaux induite par la condamnation pénale du requérant constituait une violation de l'article 8 de la Convention. En l'occurrence, « l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné était totalement étrangère aux questions liées à l'autorité parentale » et « à aucun moment, il n'a été allégué un manque de soins ou des mauvais traitements de sa part envers ses enfants ». L'interdiction d'exercer les droits parentaux était une peine accessoire appliquée de manière automatique et absolue à toute personne exécutant une peine de prison. Elle ne donnait lieu à aucun contrôle juridictionnel et à aucune prise en compte de l'infraction commise ou de l'intérêt de l'enfant. Il s'agissait en conséquence uniquement d'un « blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné » et non pas d'« une mesure de protection de l'enfant » (§ 48). Dans ce contexte, il ne pouvait être considéré que la mesure litigieuse poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la santé, de la morale, ou de l'éducation des mineurs (§ 49). Jugé

¹⁰⁷⁹ Très souvent dans la jurisprudence de la Cour, la question de la capacité juridique se pose concomitamment à celle de la privation de liberté, notamment dans le volumineux contentieux de l'internement psychiatrique. Les articles 3 et 5 de la Convention peuvent alors entrer en jeu et la Cour prend régulièrement le parti de conduire son contrôle uniquement sous l'angle de l'un ou/et l'autre de ces articles. Tel a été le cas notamment dans l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie* et plusieurs juges se sont écartés à cet égard de l'option prise par la majorité estimant que l'affaire appelait un examen séparé sous l'angle de l'article 8, les juges SPIELMANN, TULKENS et LAFFRANQUE évoquant le « syndrome d'institutionnalisation » c'est-à-dire la « disparition des capacités sociales et des particularités de l'individu », tandis que la juge KALADJEVA affirme que « le manque de respect pour l'autonomie personnelle du requérant, qui était reconnue, a emporté violation du droit de celui-ci au respect de sa vie privée et de sa dignité garanti par l'article 8 et n'était pas conforme aux normes contemporaines permettant d'assurer que les souhaits et préférences que l'intéressé était capable d'exprimer fussent dûment pris en compte ».

¹⁰⁸⁰ Traduction libre.

¹⁰⁸¹ Comm. eur. dr. h., déc. X. c. Allemagne du 5 mai 1981.

également dans l'arrêt *Campagnano c. Italie* du 23 mars 2006¹⁰⁸² que violait les dispositions de la Convention l'interdiction faite au failli d'exercer une activité professionnelle ou commerciale avant sa réhabilitation qui ne pouvait être demandée que cinq ans après la clôture de la faillite. La Cour a souligné, en particulier, que « les incapacités en question ne sont pas le résultat d'une décision judiciaire, mais une conséquence automatique de la mise en faillite » et qu'« il ne s'agit pas de protéger les créanciers de la faillite, mais plutôt de réparer le préjudice causé par la faillite au bien public » (§ 63). Dans ce contexte, la Cour a considéré qu'« en raison du caractère automatique de l'inscription du nom du failli dans le registre et de l'absence d'évaluation et de contrôle juridictionnels quant à l'application des incapacités en découlant, ainsi que du délai d'obtention de la réhabilitation » l'ingérence considérée violait l'article 8 de la Convention (§ 66). Ici aussi, cependant, la Cour avait d'emblée exprimé, avant de conduire son examen de proportionnalité, des doutes importantes quant à la légitimité du but poursuivi par le législateur italien dès lors que les incapacités considérées avaient « la nature d'une sanction à caractère moral » (§ 59).

β – L'exigence d'éléments factuels précis : X. et Y. c. Croatie et M.S. c. Croatie

507. La Cour exige que la mise en œuvre d'une procédure de protection de la personne soit justifiée par des éléments factuels précis rendant compte d'un risque pour la personne elle-même ou pour autrui et a pu conclure à la violation de la Convention dans des affaires où une procédure avait été mise en œuvre à l'initiative des services sociaux en l'absence de tout élément indiquant l'existence d'un tel risque. Cette exigence se trouve justifiée par les conséquences généralement déjà lourdes qu'implique l'intentement de la procédure pour la vie privée de la personne dont la protection est envisagée.

508. Dans l'affaire *X et Y c. Croatie* qui a donné lieu à un arrêt du 3 novembre 2011, la Cour a affirmé que la simple mise en œuvre de la procédure constituait déjà une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Ainsi, la simple introduction de la procédure a en effet déjà des conséquences importantes comme l'intervention d'un tuteur *ad hoc* ou la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique (§ 102). Dès lors, la Cour a affirmé que, pour mettre en œuvre une procédure de retrait de la capacité juridique, les services sociaux doivent s'appuyer sur des éléments factuels précis rendant compte d'un risque pour la personne elle-même ou bien pour autrui (§§ 106-107). Or en l'espèce, le Centre d'aide sociale avait mis en œuvre la procédure sans appuyer l'affirmation de l'existence d'un tel risque sur des éléments factuels spécifiques (§ 108). La Cour a en outre relevé qu'en l'espèce la requérante avait des antécédents psychiatriques, mais avait été traitée (§ 112) et que le rapport psychiatrique émis dans le cadre de la procédure avait été établi par un médecin qui avait seulement eu un contact téléphonique avec la requérante (§ 113). Celle-ci avait par ailleurs été entendue et avait fait valoir qu'elle assumait sans problème sa prise en charge quotidienne, tandis qu'aucun élément ne rendait compte d'un dommage quelconque qu'elle se serait causé à elle-même ou qu'elle aurait causé aux autres (§ 115). Dans ce contexte, la Cour a considéré que les autorités croate n'avaient pas respecté le prescrit légal et que la procédure diligentée à l'égard de la deuxième requérante ne poursuivait pas un but légitime et n'était pas nécessaire dans une société démocratique (§§ 116-117) en sorte que l'article 8 de la Convention avait été violé¹⁰⁸³.

509. L'affaire *M.S. c. Croatie* soldée le 25 avril 2013 trouve son origine dans un conflit de voisinage entre la requérante et sa sœur et l'exploitant d'un restaurant occupant le rez du même immeuble, les premières se plaignant des nuisances causées par l'établissement du second (§§ 4-12). En mai 2003, une altercation avait dégénéré et la requérante avait mis en œuvre une « *private prosecution* » contre le restaurateur pour coups et blessures (§ 13). En août 2006, le

¹⁰⁸² Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *De Carolis et Lolli c. Italie* du 5 mars 2013.

¹⁰⁸³ Voy. aussi l'opinion concordante du juge LORENZEN à laquelle se rallie le juge STEINER.

restaurateur avait quant à lui mis en œuvre semblable procédure contre la requérante et sa sœur pour diffamation (§ 33). Dans le cadre de la procédure diligentée contre la requérante et sa sœur, une expertise psychiatrique avait été ordonnée en décembre 2007. Aux termes des résultats de celle-ci, délivrés en mars 2008, les deux femmes étaient atteintes d'un « désordre psychotique persistant » (« *persistent psychotic disorder* ») (§§ 36-38). Subséquemment, les services sociaux avaient été mis au courant et avaient mis en œuvre une procédure tendant à priver les deux femmes de leur capacité juridique (§ 43) et l'ensemble des procédures pénales avaient été interrompues (§§ 28 et 39). La procédure était toujours pendante au moment où la Cour de Strasbourg a statué (§ 46). La Cour a considéré, comme dans *X. et Y.* que la simple mise en œuvre de la procédure constituait une ingérence dans la vie privée de la requérante. Ayant rappelé les principes dégagés dans cette affaire, la Cour a souligné qu'en l'espèce, le « *social welfare center* » s'était fondé uniquement sur le rapport psychiatrique élaboré dans le cadre de la procédure pénale diligentée contre elle par une psychiatre qui n'avait jamais eu de contact avec elle (§ 103). Sur cette base, la Cour a conclu à la violation de la Convention.

γ – Une large marge d'appréciation étatique

510. Suivant la Cour, les autorités internes « doivent en règle générale, pour une question aussi complexe que celle consistant à déterminer les capacités mentales d'un individu, jouir d'une large marge d'appréciation » dès lors qu'elles « bénéficient de rapports directs avec les intéressés et sont donc particulièrement bien placées pour trancher ces questions »¹⁰⁸⁴. Cette latitude consentie aux Etats était déjà observable dans la jurisprudence de l'ancienne Commission¹⁰⁸⁵.

Il n'empêche que tous les motifs ne trouvent pas grâce aux yeux de la Cour qui conclut à la violation par l'Etat de ses obligations conventionnelles lorsque la mesure incapacitante se comprend comme « une solution de facilité » mise en œuvre alors que d'autres options existent. Ainsi la Cour a-t-elle jugé, dans l'arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, que si les systèmes judiciaires devaient pouvoir se protéger contre les excès de certains justiciables (« *vexatious litigants* »), les autorités internes devaient mettre en place un mécanisme capable de lutter contre ce problème « sans nécessairement avoir recours à une mesure de restriction à la

¹⁰⁸⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, § 87 ; Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (n° 2) du 19 février 2013, § 88.

¹⁰⁸⁵ Dans l'affaire *X. c. R.F.A.*, déclarée irrecevable le 5 mai 1981, le requérant, marié et père de famille, avait été mis durant deux années sous « conseil légal ». Le parquet avait subséquemment sollicité son interdiction. Le juge interne avait placé le requérant sous tutelle provisoire et ordonné une expertise médicale de même que sa comparution personnelle. Le tribunal avait finalement décidé de rejeter la demande en interdiction en sorte que la tutelle provisoire avait automatiquement pris fin. Le requérant dénonçait, au titre de l'article 8, tant l'obligation de se soumettre à l'expertise et de comparaître personnellement que sa mise sous statut de tutelle provisoire. La Commission a considéré qu'il s'agissait dans les deux cas d'une ingérence dans les droits garantis au requérant par l'article 8 de la Convention. Cependant, d'un côté, l'expertise était « un élément indispensable de la procédure d'interdiction ouverte par suite des craintes sur les aptitudes mentales du requérant à gérer ses affaires » et, de l'autre, la mise sous tutelle provisoire était nécessaire dès lors qu'« au vu des éléments de preuves apportés devant les juridictions compétentes, [le requérant] souffrait d'une maladie qui l'empêchait d'apprécier pleinement l'état de sa santé et de ses affaires en général ». Dans une décision *A.G. c. Suisse* rendue le 9 avril 1997, la Commission avait validé la mise sous tutelle du requérant. Celle-ci avait fait suite à une demande adressée au juge de paix de Colombier par son épouse et de ses trois enfants qui faisaient valoir qu'il avait dilapidé ses biens et proférés des menaces de mort à l'encontre de membres de sa famille. Un expert psychiatre avait été mandaté par le juge et formulé un diagnostic de « psychose maniaco-dépressive ». Le requérant avait ultérieurement participé à l'audience accompagné de son avocat. Dans sa décision du 30 mars 1993, le juge avait prononcé l'interdiction. Cette décision avait été validée en appel puis par le Tribunal fédéral. Selon la Commission « la situation personnelle et familiale du requérant d'une part, de même que la nécessité de la tutelle et sa justification d'autre part, ont été examinées avec soin par trois juridictions successivement » et « la mesure a été décidée sur la base notamment d'une expertise psychiatrique, au demeurant non contestée par le requérant, selon laquelle ce dernier, bien que souffrant d'une maladie psychique de nature à l'empêcher d'apprécier sainement la portée de ses actes, en réfutait l'idée, ce qui rendait difficile toute collaboration pour le traitement ». Il s'ensuivait que l'article 8 de la Convention n'avait pas été violé.

capacité » (§ 144)¹⁰⁸⁶. De même a-t-elle considéré, dans l'arrêt *X et Y c. Croatie* du 3 novembre 2011, qu'il y a d'autres moyens pour s'assurer que les personnes âgées et malades soient adéquatement prises en charge que de les départir de leur capacité juridique. En effet, « priver quelqu'un de sa capacité est une mesure très sérieuse qui devrait être réservée à des circonstances exceptionnelles » (§ 91)¹⁰⁸⁷.

ii) Les modalités de la mesure de protection

511. Dans le cadre de la réflexion internationale relative aux insuffisances des systèmes de protection de la personne vulnérable, la question de l'individualisation de la protection est assurément prééminente. En effet, dès lors que « de nombreuses personnes sont peuvent prendre certaines décisions mais pas toutes » et où l'autonomie de la personne doit être « optimale », l'exigence de proportionnalité implique nécessairement la mise en œuvre de solutions « sur-mesure » (« *taylor-made* »)¹⁰⁸⁸. La Cour a parfaitement intégré cette approche et condamne systématiquement les mesures dont la portée est *absolue* (i) et examine rigoureusement la nécessité des modalités de l'incapacité de la personne au regard de sa situation individuelle (ii, iii et iv). Ainsi, la latitude consentie – par la force des choses – aux Etats sur le terrain des motifs de la mesure de protection se paie par « un contrôle plus rigoureux sur les restrictions particulièrement graves prononcées dans le domaine de la vie privée »¹⁰⁸⁹.

α – Le refus des mesures absolues : Chtoukatourov c. Russie

512. Dans son arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, la Cour a également insisté sur le fait que l'existence d'un trouble mental même sérieux ne peut être la seule raison justifiant une incapacité complète : le trouble mental doit être d'une nature ou d'un degré suffisant pour justifier une mesure d'incapacité (§ 94). La Cour a dès lors estimé qu'en l'espèce le juge national n'avait pas analysé de manière suffisamment détaillée la situation spécifique du requérant. Elle a relevé au demeurant que la législation russe distinguait la capacité complète et l'incapacité complète, mais ne prévoyait rien pour les « cas limites » et ne permettait dès lors pas au juge de prendre une décision « sur mesure » en manière telle qu'en l'espèce les droits du requérant avaient été limités au-delà de la mesure nécessaire (§ 95)¹⁰⁹⁰. Cette exigence a été réitérée dans l'arrêt *Lashin c. Russie* du 22 janvier 2013 où la Cour a affirmé que si d'un côté le requérant souffrait d'un trouble mental sérieux et persistant, il n'en restait pas moins qu'il n'y avait jamais eu de comportement violent, autodestructeur ou gravement incohérent (§ 91). Dans ce contexte, quoi qu'une mesure de protection ait certainement été justifiée, il fallait constater à nouveau que le Code civil russe ne prévoyait pas de « forme intermédiaire de limitation de la capacité » pour les personnes malades mentales (alors qu'il en existait pour les alcooliques et les toxicomanes). En l'espèce, la mesure d'incapacité totale prise à l'égard du requérant et qui induisait « une perte d'autonomie totale dans presque tous les aspects de la vie » ne satisfaisait pas à l'exigence de proportionnalité (§ 92)¹⁰⁹¹. La Cour a d'ailleurs pu expressément indiquer l'opportunité de prévoir un rapport médical qui évalue le degré d'incapacité pour déterminer ce que la personne protégée est en mesure de décider elle-même ou non. Ainsi, dans l'arrêt *Sýkora c. République tchèque* du 22 novembre 2012, la Cour expose que toute déchéance ou limitation de la capacité juridique doit être basée sur des preuves fiables et concluantes. Un rapport médical devrait expliquer quel type d'actions le requérant n'est pas capable de comprendre ou

¹⁰⁸⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Ümit Bilgiç c. Turquie du 3 Septembre 2013.

¹⁰⁸⁷ Traduction libre.

¹⁰⁸⁸ P. BARTLETT, O. LEWIS et O. THOROLD, *Mental disability ...*, op. cit., p. 157.

¹⁰⁸⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Chtoukatourov c. Russie du 27 mars 2008, §§ 87-88 ; Cour eur. dr. h., arrêt B. c. Roumanie (n° 2) du 19 février 2013, § 88.

¹⁰⁹⁰ A cet égard, la Cour s'est référée aux principes formulés dans la Recommandation n° R(99)4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁹¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Salontaji-Drobnjak c. Serbie du 13 octobre 2009, § 144.

de contrôler et quelles sont les conséquences de sa maladie pour sa vie sociale, sa santé, ses intérêts financiers, etc. Le degré de l'incapacité du requérant devrait être évalué de manière suffisamment précise par les rapports médicaux (§ 103).

β – Les restrictions au droit au respect de la vie familiale

513. Dans le contexte d'une individualisation de la mesure d'incapacité, il échet de s'interroger sur les limitations qui peuvent être apportées aux prérogatives qui ressortissent à l'exercice du droit au respect de la vie familiale. Dans plusieurs affaires, les requérants ont fait grief, sur le fondement de l'article 8 (ou bien de l'article 6), aux autorités étatiques des restrictions à leur droit au respect de la vie familiale induites par la mesure de protection prise à leur égard.

Au plan des relations entre adultes, il échet de s'interroger sur l'impact tolérable d'une mesure d'incapacité sur la possibilité de se marier ou de divorcer. Ainsi dans l'affaire *Lashin c. Russie*, le requérant se plaignait-il, sur le fondement de l'article 12, de l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé, en raison de la mesure d'incapacité qui le frappait, de se marier avec sa fiancée. Malheureusement la Cour a considéré dans son arrêt du 22 janvier 2013 qu'il n'était pas nécessaire de conduire en outre une analyse sous l'angle de l'article 12 de la Convention dès lors qu'elle avait déjà stigmatisé sous l'angle de l'article 8 l'absence de souplesse du droit russe des incapacités (§ 124). Dans l'affaire *Berkova c. Slovaquie*, la requérante dénonçait la longueur de la procédure en divorce qu'elle avait mise en œuvre alors qu'elle était sous le coup d'une mesure d'incapacité. Ainsi, la procédure avait-elle été suspendue à différentes reprises en raison d'abord de la procédure tendant à la mise sous statut de protection (§ 43 et s.) et ensuite de la procédure tendant à la restauration de la capacité (§ 50 et s.). La mesure de protection avait été prise en avril 1993 (§ 5) et la procédure en divorce, engagée en mars 1994 (§ 40) n'avait pu aboutir qu'en juin 2000 (§ 56). Concluant à la violation de l'article 6, la Cour a souligné dans son arrêt du 24 mars 2009 que « dans les affaires relatives à l'état civil, ce qui est en jeu pour le requérant est une considération pertinente et une diligence particulière est requise au regard des conséquences potentielles notamment sur la jouissance du droit au respect de la vie familiale » (§ 157)¹⁰⁹².

Mais la mesure de protection peut certainement aussi dramatiquement interférer avec les relations familiales verticales, entre adultes et enfants. Dans l'arrêt *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011, le requérant avait été privé de sa capacité juridique sur la base d'un rapport établi par un psychiatre qui attestait qu'il souffrait d'« organic personality disorder » et d'« antisocial personality disorder » ensuite de sa consommation de drogue (§ 5). Le *Social Welfare Centre* avait désigné sa mère d'abord (en 2003), son père ensuite (en 2006) et, enfin, un de ses propres employés, J.L., (en 2006 également) comme tuteurs (§§ 6-7). En 2007, il avait déclaré être le père d'un enfant mis au monde par K.S. Celle-ci l'avait désigné comme le père à la naissance et avait consenti à sa déclaration (§ 8). Cependant, après que le centre d'aide sociale avait exposé à l'officier de l'état civil de Rijeka que le requérant avait été privé de capacité juridique, celui-ci avait saisi le *County Office of State Administration* et sollicité avec succès l'annulation de son enregistrement comme père de l'enfant (§ 10). A Strasbourg, il se plaignait spécifiquement, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de ce qu'il n'avait pas été en mesure d'être désigné comme le père de son enfant biologique (§ 14). La seule possibilité pour le requérant de voir établie sa paternité résidait dans la mise en œuvre par le *Opatija Social Welfare Centre* d'une procédure dans laquelle le requérant aurait eu la qualité de défendeur alors que précisément il avait toujours souhaité être désigné comme le père de l'enfant. En outre, le requérant n'avait

¹⁰⁹² Dans la même affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 en raison de la longueur de deux autres procédures relatives respectivement à la séparation des biens des époux et à au versement d'une pension alimentaire (§ 157).

aucun moyen de forcer le centre à introduire semblable procédure. Dans ce contexte, pour la Cour, les autorités nationales n'avaient pas ménagé un équilibre adéquat entre « l'intérêt public d'empêcher les personnes privées de leur capacité légale de faire des déclarations qui leurs sont préjudiciables ou sont préjudiciables aux autres » et « l'intérêt du requérant de voir sa paternité légalement reconnue » (§ 42)¹⁰⁹³. Dans un arrêt *X. c. Croatie* du 17 juillet 2008, la requérante avait été privée de sa capacité à agir en 2001 ensuite d'une procédure initiée par les services sociaux en 1999. Dans l'intervalle, elle avait donné naissance à un enfant. Cet enfant avait été placé dès 2000 puis déclaré adoptable en 2003. En droit croate, le parent sans capacité à agir n'était pas une partie à la procédure d'adoption et ne devait pas consentir à l'adoption. Sous l'angle du volet procédural de l'article 8, la Cour a notamment constaté, d'une part, que la relation entre la requérante et son enfant n'avait jamais été évaluée durant le cours des procédures qui avaient conduit à la privation de sa capacité à agir alors que l'une des conséquences *ex lege* de la décision considérée résidait dans l'exclusion complète de la procédure d'adoption (§ 51) et, d'autre part, que les droits parentaux de la requérante n'avaient jamais fait l'objet d'une décision séparée de celle sur sa capacité à agir et qu'après avoir été complètement privée de sa capacité à agir elle avait continué dans une certaine mesure à exercer ces droits puisque son droit d'accès avait été préservé jusqu'à l'adoption (§ 52). Dans ce contexte, la Cour a conclu à la violation de la Convention en soulignant qu'il est difficile d'accepter que toute personne qui n'a plus la capacité d'agir soit automatiquement exclue de la procédure d'adoption qui concerne son enfant et qu'il était insuffisant en l'espèce que la requérante ait été avisée qu'une procédure d'adoption avait été mise en œuvre. Selon la Cour, elle aurait du avoir l'opportunité de s'exprimer et de donner son avis en manière telle que sa participation dans le processus de décision a été insuffisante (§§ 53 et 54)¹⁰⁹⁴.

514. Dans l'arrêt *B. c. Roumanie n° 2* du 19 février 2013 : internement psychiatrique d'une mère et placement en centre d'accueil de ses deux enfants mineurs. Deux violations de l'article 8 (internements de la requérante et placement des enfants). Soulignant qu'il y avait en Roumanie plusieurs précédents d'internement abusif de personnes atteintes de troubles psychiques, en dépit d'une évolution législative récente, la Cour a dit que l'absence de protection spéciale (désignation d'un avocat commis d'office ou nomination d'un curateur), avait privé la requérante d'un droit à participer au processus décisionnel concernant le placement de ses enfants en structure d'accueil.

γ – Les restrictions au droit au respect de la propriété : X. et Y. c. Croatie

515. La mesure d'incapacité a par ailleurs souvent un impact sur le droit de disposer de ses biens. Il peut alors se concevoir qu'entre en ligne de compte le droit au respect de la propriété garanti par l'article 1 du Premier protocole additionnel à la Convention. Ainsi, dans l'affaire *X. et Y. c. Croatie*, les requérantes dénonçaient la circonstance que la pension de la première requérante était directement versée à la *Caritas Home* et qu'elle ne pouvait pas disposer de son patrimoine. Malheureusement, la Cour, dans son arrêt du 3 novembre 2011 a considéré que dès lors qu'une violation de l'article 6 de la Convention avait d'ores et déjà été pointée, il n'était pas nécessaire d'examiner cette question séparément.

iii) *Le processus décisionnel*

516. L'essentiel des décisions rendues par la Cour de Strasbourg en matière de capacité concerne le processus décisionnel plutôt que les aspects matériels qui viennent d'être

¹⁰⁹³ Traduction libre.

¹⁰⁹⁴ Des griefs étaient également articulés sur pied des articles 6, § 1^{er}, et 13 de la Convention. La Cour n'a cependant pas estimé nécessaire de les examiner, au regard de ses conclusions sur le terrain de l'article 8.

évoqués¹⁰⁹⁵. Il est vrai qu'en la matière, la stabilité des principes et la complexité des situations de faits confèrent aux autorités internes un avantage considérable sur le juge international. Celui-ci est alors amené à faire largement confiance au décideur interne tout en faisant peser sur lui de lourdes exigences formelles qui concernent essentiellement la participation de la personne à protéger au processus décisionnel (i) et l'administration de la preuve (ii).

La Cour a pu souvent rappeler, dans le contentieux des restrictions à la capacité juridique que « si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter comme il se doit les intérêts protégés par cette disposition. Ainsi, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dépend de la qualité du processus décisionnel : si la procédure a été gravement déficiente pour une raison ou pour une autre, les conclusions des autorités internes sont plus sujettes à caution »¹⁰⁹⁶. La Cour envisage souvent le processus décisionnel sous l'angle de l'article 6.

α – La participation « à double titre » de la personne à protéger : *Chtoukatourov c. Russie*

517. La personne à protéger a le droit d'être informée de la procédure mise en œuvre à son endroit¹⁰⁹⁷ et d'y participer personnellement. La Cour a solennellement affirmé dans son arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008 en transposant à la question des restrictions à la capacité juridique le principe dégagé dans l'affaire *Winterwerp* (qui concernait une hospitalisation forcée) suivant lequel « les aliénés doivent avoir la possibilité d'être entendus soit en personne soit, si nécessaire, en étant représentés d'une manière ou d'une autre ». Les juges européens ont précisé à cet égard que si « dans l'affaire *Winterwerp*, la liberté du requérant était en jeu » il y avait lieu de relever qu'en l'espèce « l'issue de la procédure était au moins aussi importante pour le requérant, car elle emportait des conséquences pour son autonomie personnelle dans pratiquement tous les aspects de sa vie, y compris pour les restrictions qui pouvaient être apportées à sa liberté » (§ 71). C'est d'ailleurs à un double titre que la personne à protéger doit participer à la procédure. Ainsi, sa participation est nécessaire « non seulement pour lui permettre de défendre sa cause, mais aussi pour permettre à la juge de se former sa propre opinion sur ses capacités mentales »¹⁰⁹⁸. La Cour a conclu en l'espèce que la décision du juge russe de trancher sur la base de pièces, sans avoir vu ou entendu le requérant, était déraisonnable et violait l'article 6 de la Convention (§ 73) de même qu'elle contribuait à une violation de l'article 8 de celle-ci (§ 96). Dans l'arrêt *X et Y c. Croatie* du 3 novembre 2011, la Cour a observé que la requérante n'avait effectivement pas été avisée de la mise en œuvre de la procédure, et n'avait ni été convoquée à l'audience, ni rencontrée par le juge (§ 81). La Cour s'est alors fondée notamment sur son arrêt *Chtoukatourov* pour rappeler le principe suivant lequel les juges qui sont amenées à prendre une décision impliquant des conséquences sur la vie privée des personnes aussi importantes que le retrait de la capacité juridiques doivent en principe avoir un contact personnel avec les personnes considérées (§ 84).

L'absence de comparution personnelle de la personne à protéger ne peut être justifiée par les seules conjectures du juge interne relativement à l'inutilité de celle-ci¹⁰⁹⁹ et les autorités doivent déployer des efforts suffisants pour l'aviser de la tenue de l'audience¹¹⁰⁰. En cas de représentation de la personne à protéger, il est nécessaire que le représentant ait rencontré la

¹⁰⁹⁵ P. BARTLETT, O. LEWIS et O. THOROLD, *Mental disability ...*, op. cit., p. 159.

¹⁰⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt B. c. Roumanie (n° 2) du 19 février 2013, § 89 et *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, § 89.

¹⁰⁹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Sýkora c. République tchèque* du 22 novembre 2012, §§ 109-110.

¹⁰⁹⁸ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Kovalev c. Russie* du 10 mai 2007.

¹⁰⁹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, § 127.

¹¹⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Sýkora c. République tchèque* du 22 novembre 2012, § 107.

personne et le cas échéant reçus ses instructions¹¹⁰¹. Enfin, il est nécessaire que la décision prise à propos de la capacité soit dûment communiquée à la personne concernée.

β – L'administration de la preuve : contact et rapport psychiatrique

518. Le juge interne qui décide d'ordonner une mesure d'incapacité doit donc veiller à avoir un contact personnel avec la personne protégée. Il doit aussi veiller à être éclairé sur les difficultés rencontrées par celle-ci par le biais d'un rapport psychiatrique établi par un professionnel et suffisamment récente, faisant suite lui aussi à un contact direct. Dans l'affaire *A.G. c. Suisse*, soldée par une décision de la Commission du 9 avril 1997, le requérant avait été placé sous tutelle à la demande de son épouse et de ses enfants. Une expertise médicale avait établi qu'il souffrait d'une « psychose maniaco-dépressive ». Pour le juge suisse, la maladie du requérant « l'empêchait de gérer convenablement ses affaires » tandis qu'il « menaçait la sécurité des siens ». La Cour a validé ce positionnement interne en faisant valoir essentiellement les qualités de la procédure qui avait conduit à la décision considérée. Ainsi, « la situation personnelle et familiale du requérant d'une part, de même que la nécessité de la tutelle et sa justification d'autre part, ont été examinées avec soin par trois juridictions successivement » tandis que « la mesure a été décidée sur la base notamment d'une expertise psychiatrique, au demeurant non contestée par le requérant, selon laquelle ce dernier, bien que souffrant d'une maladie psychique de nature à l'empêcher d'apprécier sainement la portée de ses actes, en réfutait l'idée, ce qui rendait toute collaboration difficile pour le traitement ». Au contraire, dans l'arrêt *Sýkora c. République tchèque* du 22 novembre 2012, la Cour s'est émue de ce que le rapport médical qui avait donné lieu à la mesure litigieuse faisait suite à un examen médical antérieur de six années à l'édition de celle-ci (§ 111)¹¹⁰². De la même manière, dans l'arrêt *M.S. c. Croatie* du 25 avril 2013, elle a stigmatisé la circonstance la procédure engagée en vue de priver la requérante de sa capacité juridique, avait été introduite uniquement sur la base du rapport d'une psychiatre qui n'avait jamais rencontré l'intéressée (§ 106).

Le rapport psychiatrique, même s'il présente les caractères d'actualité et de qualité réclamés par la jurisprudence de la Cour, se cumule à l'exigence d'un contact direct entre le magistrat et la personne concernée à laquelle elle ne saurait en aucun cas se substituer. Ainsi, dans l'arrêt *X. et Y. c. Croatie* du 3 novembre 2011, la Cour a souligné qu'elle était consciente de la valeur des rapports médicaux, mais que pour autant c'était *in fine* la responsabilité du juge de décider, au regard de l'ensemble des faits pertinents et des circonstances personnelles de la personne à protéger, de retirer à une personne sa capacité juridique après avoir envisagé d'autres solutions moins radicales (§ 85). La Cour a relevé qu'en l'espèce, les juridictions internes avaient retiré sa capacité juridique à la requérante sur base des conclusions des experts médicaux suivant lesquelles à raison de sa maladie mentale, elle était incapable de prendre soin d'elle et de gérer ses droits et ses intérêts (§ 90).

iv) *L'exigence de révocabilité de la mesure de protection : Stanev c. Roumanie*

519. L'incapacité n'a pas nécessairement vocation à la perpétuité¹¹⁰³ en sorte que la personne protégée doit pouvoir solliciter, dans des conditions conventionnellement acceptables, la mainlevée de la mesure de protection. Si le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et peut

¹¹⁰¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, § 127 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Sýkora c. République tchèque* du 22 novembre 2012, § 108.

¹¹⁰² Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, § 156.

¹¹⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Lashin c. Russie* du 22 janvier 2013, § 97.

dès lors connaître certaines limitations¹¹⁰⁴, pareilles limitations ne peuvent « restreindre ou réduire » ce droit au point de porter atteinte à sa substance¹¹⁰⁵. Dans l'arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie*, la Cour a affirmé que « des limitations aux droits procéduraux d'une personne, même frappée d'une incapacité seulement partielle, peuvent être justifiées pour sa propre protection et pour la protection des intérêts d'autrui, ainsi que pour le bon fonctionnement de la justice. Cependant, l'exercice de ces droits a une importance qui varie en fonction de l'objet de l'action que l'intéressé souhaiterait porter en justice ». A cet égard, il fallait souligner que « le droit de demander à un tribunal de réviser une déclaration d'incapacité s'avère l'un des plus importants pour l'individu concerné car, une fois engagée, une telle procédure est déterminante pour l'exercice de l'ensemble des droits et libertés affectés par la déclaration d'incapacité, y compris pour ce qui est des limites qui peuvent être apportées à la liberté ». Il s'ensuivait que « ce droit constitue l'un des droits procéduraux essentiels pour la protection des personnes déclarées partiellement incapables » et que « ces personnes doivent en principe bénéficier dans ce domaine d'un accès direct à la justice » (§ 241).

520. Si les Etats choisissent de ne pas mettre en œuvre un réexamen automatique périodique de la situation de l'incapable¹¹⁰⁶, ils doivent faire en sorte que celui-ci puisse effectivement solliciter la mainlevée. La Cour se montre critique à l'égard des options prises dans ce contexte pour éviter la sollicitation intempestive des instances nationales, qu'il s'agisse d'une « interdiction temporaire » de solliciter la mainlevée ou d'un « filtrage » par l'intervention d'une quelconque autorité.

Ainsi, dans l'affaire *Berkova c. Slovaquie* soldée le 24 mars 2009, la Cour a considéré l'article 8 de la Convention violée dès lors que les juridictions internes avaient, en refusant de lever l'incapacité de la requérante, décidé, comme le permettait l'article 186 du Code civil, qu'elle ne pourrait pas solliciter la mainlevée au cours des trois années suivantes. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a tenu compte notamment de la circonstance que des voix s'étaient élevées en Slovaquie pour dénoncer la longueur de l'impossibilité de solliciter la mainlevée et du fait qu'en 2004 le texte applicable avait été amendé et le délai considéré réduit à un an (§§ 172-175). Dans l'arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, la Cour a considéré qu'il y avait eu atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal pour trois raisons : (1) alors que depuis quatre ans le requérant et son tuteur avaient sollicité la mainlevée de la mesure, aucune juridiction ne s'était encore prononcé sur le fond ; (2) durant cette période, à part une réévaluation apparemment assez superficielle de la situation du requérant, il n'y avait eu aucun réexamen psychiatrique complet ; (3) en l'absence de procédure de réexamen judiciaire périodique, un tel réexamen dépendait pratiquement de l'appréciation discrétionnaire des services sociaux¹¹⁰⁷ (§ 134).

521. La Cour a par la suite cristallisé – en s'appuyant sur un consensus européen¹¹⁰⁸ et international¹¹⁰⁹ – l'exigence que les personnes privées de capacité juridique puisse bénéficier

¹¹⁰⁴ Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, § 38 (accès à un tribunal d'un détenu souhaitant attaquer un gardien en diffamation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Airey c. Royaume-Uni* du 9 octobre 1979, §§ 27-28 (accès à un tribunal d'une femme souhaitant obtenir une séparation judiciaire de son mari).

¹¹⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Salontaji-Drobnjak c. Serbie* du 13 octobre 2009, §§ 132-133 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 57.

¹¹⁰⁶ Un tel réexamen périodique est préconisé par différents instruments (Principles concerning the legal protection of incapable adults of 1999 et Article 12 (4) of the CPRD).

¹¹⁰⁷ La Cour a renvoyé, sur ce point à : Cour eur. dr. h., arrêt *X. c. Royaume-Uni* du 5 novembre 1981, §§ 53-54.

¹¹⁰⁸ Voy. le § 243 : « La Cour observe par ailleurs que dix-huit des vingt législations nationales étudiées prévoient l'accès direct aux tribunaux pour toute personne partiellement incapable souhaitant obtenir la révision de son statut. Dans dix-sept Etats, cet accès est ouvert même aux personnes déclarées totalement incapables (paragraphe 88-90 ci-dessus). Cela indique qu'il existe aujourd'hui au niveau européen une tendance à accorder aux individus privés de leur capacité juridique un accès direct à un tribunal en vue de la mainlevée de cette mesure.

d'un accès direct au juge, en raison de l'enjeu représenté pour eux par la mainlevée de la mesure de protection. La Cour a même été jusqu'à suggérer différentes pistes de conciliation de ce droit d'accès direct avec les impératifs liés au fonctionnement efficace de la justice. Ainsi, dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie*, la Cour a examiné sous l'angle de l'article 6 le grief du requérant suivant lequel il ne lui était pas possible de demander le rétablissement de sa capacité juridique. La Cour a relevé que le gouvernement n'avait produit « aucune décision de justice démontrant que des personnes mises sous curatelle ont pu accéder de manière autonome à un tribunal pour demander la mainlevée de la mesure » (§ 238). Certes, les autorités nationales pouvaient prévoir certaines restrictions pour éviter l'engorgement des tribunaux par des demandes. Il n'en restait pas moins que « des moyens moins restrictifs qu'une privation automatique de l'accès direct peuvent être appliqués pour résoudre un tel problème ». La Cour suggère à cet égard la limitation de la périodicité des demandes ou la mise en place d'un système d'examen préalable de leur recevabilité (§ 242). Dans ce contexte, il y a lieu, suivant la grande chambre, de garantir par principe à toute personne partiellement incapable comme le requérant d'avoir un accès direct à un tribunal pour demander le rétablissement de sa capacité (§ 245). La Cour a d'ailleurs encore pu censurer le système russe dans un arrêt *Lashin c. Russie* du 22 janvier 2013 où la Cour ayant rappelé les exigences dégagées dans *Stanev* la Cour a relevé qu'en l'espèce le droit interne ne procurait ni réexamen périodique ni accès direct en manière telle que le requérant était totalement dépendant de son tuteur. En l'occurrence, celui-ci s'opposait à la sollicitation de la mainlevée en sorte que le requérant n'avait aucune recours légal pour mettre en cause le maintien du statut de protection (§ 97).

Dans l'arrêt *Stanev*, il est remarquable que plusieurs juges européens s'émeuvent de l'absence d'examen de l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Ils estiment en particulier qu'un tel examen aurait permis à la grande chambre de « une question qui aurait également mérité un examen séparé concerne l'étendue d'une évaluation régulière de la situation du requérant. Celui-ci a exposé que le droit interne ne prévoyait pas une telle évaluation d'office concernant la nécessité de maintenir une mesure restrictive à la capacité juridique. Il aurait pu être utile de se prononcer sur la question de savoir s'il existait à la charge des Etats une obligation positive au regard de l'article 8 de mettre en place un tel contrôle, surtout dans des situations où les intéressés ne sont pas en mesure de comprendre les conséquences d'une évaluation régulière et ne peuvent initier eux-mêmes une procédure dans ce sens »¹¹¹⁰.

v) *La problématique spécifique de la détention des aliénés*

522. L'internement d'une personne dans un hôpital psychiatrique constitue évidemment une ingérence extrême dans la vie privée de l'individu. La Cour se montre dès lors particulièrement attentive à l'examen de la proportionnalité de cette mesure radicale. L'Etat ne peut se désintéresser de la problématique de l'internement psychiatrique et arguer devant le juge international de la délégation opérée en la matière au corps médical¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Voy. le § 244 : « De plus, la Cour se doit de noter l'importance croissante qu'accordent aujourd'hui les instruments internationaux de protection des personnes atteintes de troubles mentaux à l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes. Elle se réfère à cet égard à la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations unies du 13 décembre 2006 ainsi qu'à la recommandation no R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, qui préconisent la mise en place de garanties procédurales adéquates afin de protéger au mieux les personnes privées de capacité juridique, de leur offrir une révision périodique de leur statut et des voies de recours appropriées (paragraphe 72-73 ci-dessus) ».

¹¹¹⁰ Opinion partiellement dissidente commune des juges TULKENS, SPIELMANN et LAFFRANQUE.

¹¹¹¹ La grande chambre a clairement affirmé dans l'arrêt *Stanev c. Bulgarie* que « l'Etat est [...] tenu de prendre des mesures offrant une protection effective aux personnes vulnérables, notamment des mesures raisonnables destinées à empêcher une privation de liberté dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance » (§ 120). L'affaire *Storck c. Allemagne* met en exergue la responsabilité qu'à l'Etat de contrôler la privation de liberté des aliénés. Dans cette affaire, qui a donné lieu à un arrêt du 16 juin 2005, une jeune fille avait ainsi été internée de longues années à la demande de son père. Sous l'angle de l'article 5, § 1 de la Convention, la Cour a relevé que, de manière générale, un

523. Accentué, le contrôle européen est ici le plus souvent opéré par le prisme spécifique des garanties offertes par l'article 5 de la Convention. L'article 5 constitue dès lors ici une forme de *lex specialis* de l'article 8 et y est à ce titre souvent préféré. Suivant cette disposition :

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond.

[...]

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Le simple fait qu'une personne soit alcoolique ou porteuse d'une maladie contagieuse ne justifie pas qu'elle soit privée de sa liberté¹¹¹². L'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* rendu le 24 octobre 1979 constitue en la matière l'incontournable leading case. En l'espèce, le requérant, Frits Winterwerp, avait été interné dans un hôpital psychiatrique sur ordre du maire de sa commune et au titre d'une mesure d'urgence. Son internement – dans ce même hôpital – avait été par la suite prolongé, sur l'autorisation du juge de paix compétent. La Cour a pu y poser d'emblée – comme nous le verrons – l'ensemble des principes qui forment, encore aujourd'hui, la « colonne vertébrale » de son examen sous l'angle des §§ 1 et 4 de l'article 5.

524. Il n'empêche que l'examen sous l'angle de l'article 8 peut offrir une plus-value au titre de la spécificité des questions qu'il induit. Dans son récent arrêt *B. c. Roumanie* du 10 janvier 2012 la Cour envisage l'affaire par le prisme de l'article 8, mais précise expressément que « dans la plupart des affaires concernant des “aliénés” dont la Cour a été saisie précédemment, la procédure interne portant sur l'internement des intéressés a été examinée sous l'angle de l'article 5 de la Convention » (§ 90). Dans la même affaire, elle précise que « les autorités nationales, notamment les juridictions, se doivent d'interpréter les dispositions du droit interne applicables en matière d'internement psychiatrique et, plus généralement, d'intégrité de la personne dans l'esprit du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 » (§ 87). Dans leur opinion partiellement dissidente à l'arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie*, les juges TULKENS, SPIELMANN ET LAFFRANQUE ont regretté que la Cour, ayant conclu à la violation des articles 3, 5, 6 et 13 de la Convention, n'ait pas souhaité procéder à un examen séparé sous

Etat membre ne peut se décharger de ses responsabilités à l'égard des personnes qui ont besoin d'un traitement psychiatrique en déléguant ses obligations en la matière au secteur privé (§ 103). Or, en l'espèce, alors que le droit allemand prévoyait qu'un internement devait être ordonné par un juge si la personne concernée n'y avait pas consenti, l'Etat n'avait exercé aucun contrôle de la régularité de l'internement de la requérante (§§ 104 et 106). Elle a enfin relevé que des sanctions a posteriori existaient tant au plan civil qu'au plan pénal, mais qu'elles ne pouvaient être conçues – eu égard à l'importance du droit à la liberté – comme ayant protégé effectivement le droit tiré par la requérante de l'article 5, § 1er, de la Convention dont la Cour a dès lors constaté la violation (§ 108).

¹¹¹² Ainsi, la Cour a-t-elle conclu à la violation de la Convention dans l'arrêt *Witold Litwa c. Pologne* du 4 avril 2000 dès lors qu'« il semble que les autorités n'aient pas envisagé les diverses autres mesures [...] qui sont applicables aux personnes en état d'ébriété et dont l'internement dans une unité de dégrisement est la plus radicale » (§ 79). Une violation de la Convention a semblablement été décelée dans l'arrêt *Enhorn c. Suède* du 25 janvier 2005 dès lors que « le placement du requérant en isolement ne constituait pas la mesure de dernier recours pouvant empêcher l'intéressé de propager le VIH » et que « d'autres mesures, moins sévères, n'avaient pas été envisagées auparavant et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public ». Au surplus, « les autorités n'ont pas ménagé un juste équilibre entre la nécessité de lutter contre la propagation du VIH et le droit du requérant à la liberté » (§ 56). Dans son opinion concordante, le juge COSTA a souligné qu'« interner systématiquement les personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, ce serait en faire des parias ; ce serait une régression inacceptable des droits de l'homme, qui postulent la liberté et la responsabilité de l'être humain » (§ 11). Dans la sienne, le juge CABRAL BARRETO a regretté l'approche proportionnaliste caractérisant la fin du § 56 de l'arrêt. Selon lui « un contrôle de la proportionnalité d'une mesure de privation de liberté qui ferait appel à une marge d'appréciation que l'Etat se verrait reconnaître en la matière, ne serait aucunement conforme à une jurisprudence qui, depuis l'affaire Lawless, a tenu à souligner l'importance des garanties de l'article 5 même dans un contexte où le recours à l'article 17 de la Convention pourrait s'imposer par ailleurs ».

l'angle de l'article 8¹¹¹³. La juge KALAYDJIEVA a considéré de la même manière – en rattachant la question de la capacité à la notion d'autonomie personnelle – qu'il aurait été adéquat de procéder à un examen sous l'angle de l'article 8¹¹¹⁴.

525. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre d'un examen à l'aune de l'article 5 implique en premier lieu l'existence d'une « privation de liberté » au sens de cette disposition. A cet égard, la Cour a pu affirmer que « dans le domaine du placement des personnes atteintes de troubles mentaux, la notion de privation de liberté ne comporte pas seulement un aspect objectif, à savoir l'internement d'une personne dans un espace restreint pendant un laps de temps non négligeable¹¹¹⁵. Une personne ne peut passer pour avoir été privée de sa liberté que si – et cela constitue un aspect subjectif – elle n'a pas valablement consenti à son internement »¹¹¹⁶. La

¹¹¹³ A cet égard, expliquent-ils : « Nous voudrions rappeler que le requérant a allégué que le régime restrictif de la curatelle, y compris son placement dans le foyer de Pastra et les conditions matérielles de vie qui y régnaient, constituait une ingérence injustifiée dans son droit au respect de sa vie privée et de son domicile (paragraphe 249 de l'arrêt). Il a soutenu que le droit bulgare ne lui offrait aucun recours adéquat et accessible à cet égard. En outre, il a précisé que le régime de la curatelle n'était pas adapté à son cas, mais qu'il s'agissait des limitations automatiquement imposées à toute personne dont l'incapacité était déclarée par le juge. Il a encore ajouté que le fait d'être obligé de vivre dans le foyer de Pastra équivalait pour lui à une interdiction de participer à la vie en société et de nouer des liens avec des personnes de son choix. Les autorités n'auraient pas cherché à trouver d'autres solutions thérapeutiques dans la communauté ni à prendre des mesures moins restrictives pour sa liberté individuelle, si bien qu'il serait atteint du "syndrome" de l'institutionnalisation, c'est-à-dire la disparition des capacités sociales et des particularités de l'individu (paragraphe 250 de l'arrêt). A notre avis, ce sont là des vraies questions qui auraient mérité un examen séparé. Certes, une grande partie des allégations soumises sur le terrain de l'article 8 sont similaires à celles présentées sous l'angle des articles 3, 5 et 6. Elles ne sont pour autant pas identiques et les réponses données dans l'arrêt au regard de ces dispositions ne sont pas de nature à absorber totalement les griefs présentés au titre des articles 8 et 13 ».

¹¹¹⁴ Aïnis, explique-t-elle : « D'après la jurisprudence de la Cour, la capacité juridique d'un individu est déterminante pour l'exercice de l'ensemble des droits et libertés, en particulier en ce qui concerne les restrictions pouvant être mises à la liberté de la personne (*Chtoukatourov c. Russie*, no 44009/05, § 71, CEDH 2008, *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, no 36500/05, §§ 140 et suiv., 13 octobre 2009, et, récemment, *X et Y c. Croatie*, no 5193/09, §§ 102-104, 3 novembre 2011). Nul doute que les restrictions à la capacité juridique constituent une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée, qui emporte violation de l'article 8 de la Convention, à moins qu'on établisse que l'ingérence était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes et était « nécessaire » pour le ou les atteindre. [...] Aucune justification n'a été fournie quant au fait que M. Stanev a été privé de la capacité d'agir selon ses préférences, contrairement aux décisions des tribunaux et à la loi, et au fait qu'il n'a pas bénéficié de l'assistance voulue de son curateur désigné d'office, mais qu'il était totalement tributaire du bon vouloir ou de la négligence de celui-ci pour la défense de ses intérêts supérieurs. A cet égard, le manque de respect pour l'autonomie personnelle du requérant, qui était reconnue, a emporté violation du droit de celui-ci au respect de sa vie privée et de sa dignité garanti par l'article 8 et n'était pas conforme aux normes contemporaines permettant d'assurer que les souhaits et préférences que l'intéressé était capable d'exprimer fussent dûment pris en compte. [...] A cet égard, la décision de la majorité de ne pas examiner séparément les griefs du requérant sur le terrain de l'article 8 s'analyse en un manquement à soumettre à un contrôle séparé l'absence de garanties pour l'exercice de ces droits face à un conflit d'intérêts potentiel, voire évident, contrôle qui revêt une importance capitale pour la protection requise des individus vulnérables contre un abus éventuel et qui est tout aussi important pour les griefs du requérant sur le terrain de l'article 8 que pour ceux au regard de l'article 6 ».

¹¹¹⁵ La Cour adopte une approche sophistiquée de la dimension objective de la privation de liberté. Ainsi, elle a rapidement affirmé, notamment dans son arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, que « pour savoir si l'on se trouve devant une privation de liberté, il faut partir de la situation concrète de l'intéressé et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée » (§ 41). Dans l'arrêt *H.L. c. Royaume-Uni* du 5 octobre 2004, la Cour a rappelé qu'« il n'est pas décisif de savoir si le service était fermé à clé ou susceptible de l'être » et que « dans l'affaire *Ashingdane*, le requérant a été considéré comme "détenu" aux fins de l'article 5 § 1 e) même pendant la période où il se trouvait dans un service ouvert avec la possibilité de se rendre régulièrement sans escorte dans les parties de l'hôpital non sécurisées et de sortir sans escorte de l'hôpital » (§ 92).

¹¹¹⁶ L'appréciation de l'élément subjectif est quant à elle par essence extrêmement complexe à mettre en œuvre. Dans l'arrêt *H.L. c. Royaume-Uni* du 5 octobre 2004, la Cour a affirmé – par référence à sa jurisprudence sur le vagabondage – que « le droit à la liberté occupe une place trop importante dans une société démocratique pour qu'une personne perde le bénéfice de la protection de la Convention du seul fait qu'elle a accepté d'être mise en détention [...], en particulier lorsque nul ne conteste que cette personne est juridiquement incapable de consentir ou de s'opposer à la mesure proposée » (§ 90). Dans *Stanev c. Bulgarie*, la Cour a souligné qu'« il existe des situations dans lesquelles la volonté d'une personne dont les capacités mentales sont altérées peut être valablement remplacée

Cour a pu par exemple conclure à l'existence d'une privation de liberté dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012 qui concernait un homme né en 1956 dont la schizophrénie avait été diagnostiquée en 1975 (§ 9). Aucun membre de la famille du requérant ne prenait part à sa curatelle qui avait été confiée à un fonctionnaire lequel avait pris la décision de placement sans prendre contact avec le requérant qu'elle n'avait d'ailleurs jamais rencontré (§ 122). La mesure avait été ensuite exécutée par les services sociaux auxquels le requérant n'avait pas davantage été présenté dans un établissement géré par l'Etat (§ 122). La Cour a dans ce contexte considéré que tant la dimension objective de la privation de liberté que sa dimension subjective étaient présentes en l'espèce. En effet, « même si le requérant [avait] pu effectuer certains déplacements, [...] l'intéressé se trouvait sous un contrôle constant et n'était pas libre de quitter le foyer sans autorisation à tout moment lorsqu'il le souhaitait » (§§ 124-129). D'autre part, en contravention avec la législation interne, « l'intéressé [n'avait] pas été invité à exprimer son avis au sujet du placement et n'a jamais explicitement donné son accord à ce propos » (§ 130).

α – Les motifs justifiant l'internement psychiatrique

526. La Cour a dégagé les principes applicables dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979. En premier lieu, dans un contexte où le sens du terme aliéné « ne cesse d'évoluer [...] notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients », l'article 5, § 1, n'autorise évidemment pas « à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écarte des normes prédominant dans une société donnée » (§ 37).

En outre, selon la Cour, la régularité de la détention « suppose d'abord la conformité au droit interne mais aussi, l'article 18 le confirme, au but des restrictions autorisées par l'article 5 par. 1 e) ; elle doit marquer tant l'adoption que l'exécution de la mesure privative de liberté ». Au surplus, « pour priver l'intéressé de sa liberté on doit, sauf dans cas d'urgence, avoir établi son "aliénation" de manière probante. La nature même de ce qu'il faut démontrer devant l'autorité nationale compétente – un trouble mental réel – appelle une expertise médicale objective. En outre, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement. Qui plus est, ce dernier ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble » (§ 39).

En l'espèce, quoique la détention avait eu lieu « selon les voies légales » (§§ 44-50), les preuves médicales démontraient que le requérant avait des réactions schizo-phréniques et paranoïaques. Il n'avait pas conscience de son état et avait plusieurs fois commis des actes assez graves sans en mesurer les conséquences. Au surplus, les autorités avaient essayé de différentes manières de travailler à sa réintégration graduelle dans la société (paragraphe 24, 27, 29 et 30 ci-dessus) (§ 41). Dans ce contexte, l'article 5, § 1, de la Convention n'avait pas été violé (§ 52).

527. Ces principes ont pu être réaffirmé et approfondi par l'arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012. La Cour a affirmé que « la détention d'une personne souffrant de troubles mentaux peut s'imposer non seulement lorsqu'elle a besoin, pour guérir ou pour voir son état s'améliorer, d'une thérapie, de médicaments ou de tout autre traitement clinique, mais également lorsqu'il s'avère nécessaire de la surveiller pour l'empêcher, par exemple, de se faire

par celle d'un tiers agissant dans le cadre d'une mesure de protection et qu'il est parfois difficile de connaître la véritable volonté ou les préférences d'une telle personne » (§ 130). Jugé aussi dans l'arrêt *H.M. c. Suisse* du 26 février 2002 que le placement d'une femme âgée dans un foyer médicalisé en raison de l'état de grave abandon dans lequel elle se trouvait et après qu'elle et son fils aient refusé de coopérer à une assistance à domicile (§ 44) ne constituait pas une privation de liberté dès lors qu'« elle bénéficiait [au foyer] d'une totale liberté de mouvement » (§ 45) et que « lors d'une audience elle avait affirmé qu'elle n'avait aucune raison d'être mécontente du foyer » (§ 46) où elle avait d'ailleurs consenti à rester après son arrivée (§ 47). La Cour a au contraire conclu à l'existence d'une privation de liberté dans un arrêt *Storck c. Allemagne* dès lors que « la requérante avait d'abord consenti à son séjour en clinique, mais [avait] tenté de s'enfuir par la suite » (§§ 74-76).

du mal ou de faire du mal à autrui » (§ 146). En outre, « dans certaines circonstances le bien-être d'une personne atteinte de troubles mentaux peut constituer un facteur additionnel à prendre en compte, en plus des éléments médicaux, lors de l'évaluation de la nécessité de placer cette personne dans une institution » mais « le besoin objectif d'un logement et d'une assistance sociale ne doit pas conduire automatiquement à l'imposition de mesures privatives de liberté » et que « toute mesure de protection devrait refléter autant que possible les souhaits des personnes capables d'exprimer leur volonté » (§ 153).

En premier lieu, la privation de liberté du requérant n'était pas conforme au droit national : suivant les règles de la curatelle, il y avait lieu que le contrat passé avec le foyer social soit signé à la fois par la curatrice et Monsieur Stanev. Tel n'avait pas été le cas en sorte que dans tous les cas, l'article 5, § 1, de la Convention avait été violé pour ce motif (§ 151)¹¹¹⁷.

En second lieu, le placement de Monsieur Stanev ne paraissait pas justifié par l'ampleur des troubles dont il était affecté. En effet, « concernant le besoin de justifier le placement par l'ampleur des troubles, elle relève que l'expertise médicale de 2000 n'avait aucunement pour but d'analyser la question de savoir si l'état de santé du requérant nécessitait son placement dans un foyer pour personnes atteintes de troubles mentaux, mais seulement la question de sa protection juridique. [...] En l'espèce il n'est pas établi que le requérant était dangereux pour lui-même ou pour les autres, en raison notamment de sa pathologie psychiatrique ; la simple affirmation de certains témoins selon laquelle il devenait agressif lorsqu'il buvait (paragraphe 10 ci-dessus) ne saurait suffire à cet égard. Les autorités ne rapportent pas non plus d'actes de violence de la part du requérant pendant son séjour au foyer de Pastra » (§ 157).

β – Les modalités de l'internement psychiatrique

528. Déjà dans *Winterwerp c. Pays-Bas*, le requérant affirmait que l'article 5, § 1, de la Convention impliquait un droit à un traitement adéquat et se plaignait de la rareté et de la brièveté des rencontres avec le psychiatre et de ce que le traitement médicamenteux qu'il recevait consistait essentiellement dans des tranquillisants.

La Cour avait cependant écarté ce grief et affirmé que « le droit d'un patient à un traitement adapté à son état ne saurait se déduire en tant que tel de l'article 5 par. 1 e) » (§ 51).

529. Dans l'arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, le requérant avait été convaincu de conduite dangereuse et de détention illégale d'arme. Après qu'une schizophrénie paranoïde ait été diagnostiquée, il avait été enfermé dans un hôpital psychiatrique à sécurité renforcée (§§ 10-12). Lorsque sa santé mentale s'était améliorée, il n'avait pas immédiatement été possible, en raison en particulier de troubles sociaux, de lui trouver une place dans un établissement hospitalier ouvert et il était demeuré dans l'hôpital « spécial » de Broadmoor (§§ 13-14)¹¹¹⁸. Pour le requérant sa détention en avait perdu son caractère régulier au sens de l'article 5, § 1, de la Convention.

¹¹¹⁷ Dans l'affaire, *Chtoukatourov c. Russie*, qui a donné lieu à un arrêt du 27 mars 2008, le requérant souffrait depuis 2002 d'un trouble mental. Il avait été hospitalisé à plusieurs reprises pour un traitement psychiatrique et avait obtenu le statut de personne handicapée. La Cour a constaté que le requérant avait, en l'espèce, été interné et maintenu à l'hôpital à la demande de sa mère, dix mois après sa mise sous statut d'incapacité dans des conditions qui violaient les articles 6 et 8 de la Convention, sur la base de son statut d'incapable et de son passé psychiatrique, sans examen médical par des spécialistes (§ 115). Elle en a conclu que la détention du requérant n'avait pas rencontré la première des exigences minimales en la matière et n'était dès lors pas « légale » au sens de l'article 5, § 1er de la Convention (§ 116).

¹¹¹⁸ Sur la différence entre les hôpitaux psychiatriques « ordinaires » et l'établissement de Broadmoor, voy. le § 24 de l'arrêt.

A cet égard, la Cour a jugé¹¹¹⁹ qu'il faut un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la détention. En principe, la "détention" d'une personne comme malade mental ne sera "régulière" au regard de l'alinéa e) du paragraphe 1 que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié à ce habilité. Sous réserve de ce qui précède, le traitement ou régime adéquats ne relèvent pourtant pas, en principe, de l'article 5 par. 1 e) (§ 44).

En l'espèce, « bien que les conditions fussent plus libérales à Oakwood et, eu égard à l'amélioration de l'état mental de l'intéressé, plus propices à sa complète guérison, le lieu et les modalités de l'internement n'ont pas cessé de correspondre à "la détention régulière d'un aliéné" » en sorte que la Convention n'avait pas été violée¹¹²⁰.

γ – Le processus décisionnel

530. Dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, l'internement initial du requérant (du 17 mai au 24 juin 1968) avait eu lieu sur base d'une décision administrative du maire d'Amersfoort. Les internements subséquents avaient fait suite à des décisions judiciaires (§ 54).

La Cour a affirmé que si « les instances judiciaires relevant de l'article 5 par. 4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 par. 1 prescrit pour les litiges civils ou pénaux », il n'en était pas moins requis que « l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation, sans quoi il ne jouira pas des "garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté" ». A cet égard, la Cour a encore relevé que « les maladies mentales peuvent amener à restreindre ou modifier ce droit dans ses conditions d'exercice, mais elles ne sauraient justifier une atteinte à son essence même. En vérité, des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte » (§ 60).

La Cour a relevé qu'« en l'occurrence, le requérant ne fut jamais associé, en personne ou par le truchement d'un représentant, aux procédures qui conduisirent aux diverses autorisations d'internement décernées contre lui: on ne le renseigna pas sur leur déroulement ni sur leur résultat; les tribunaux ne l'entendirent pas et il n'eut pas l'occasion de plaider sa cause », et a considéré que les exigences de l'article 5, § 4, n'avaient pas été rencontrées (§ 61).

531. Dans l'arrêt *Hutchison Reid c. Royaume-Uni* du 20 février 2003, le requérant avait été condamné (en 1967) pour homicide volontaire et le tribunal avait décidé, sur la foi du témoignage de deux psychiatres, qu'il souffrait de déficience mentale et devait être interné (§ 10). En 1980, les médecins avaient cessé de le considérer déficient mentale, mais son internement avait perduré au titre d'un diagnostic « de personnalité antisociale et de psychopathie » (§ 12). En 1985, il avait été transféré dans un hôpital ouvert et en 1986 il avait commis une nouvelle infraction et avait été mis en prison (§ 14). Après sa peine, il avait été renvoyé par le ministre à l'hôpital public (§ 15).

La Cour a affirmé qu'« il incombe aux autorités de prouver qu'un individu remplit les conditions pour être interné de force, et non le contraire » (§ 71) tandis que « l'article 5 § 4

¹¹¹⁹ Voy. cependant sur ce point l'opinion dissidente du juge PETTITI.

¹¹²⁰ La Cour a réaffirmé les principes énoncés dans *Ashingdane* à l'occasion de l'arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012. Elle a ajouté que « l'interdiction des mauvais traitements faite par l'article 3 s'applique de la même manière à toutes les formes de privation de liberté, et notamment sans aucune différence fondée sur le but de la mesure incriminée ; en effet, peu importe qu'il s'agisse d'une détention ordonnée dans le cadre d'une procédure pénale ou d'un internement visant à protéger la vie ou la santé de l'intéressé » (§ 206). En l'espèce, la Cour a considéré que l'article 3 avait bien été violé, au regard des conditions de vie du requérant (voy. §§ 209-211).

consacre le droit des personnes arrêtées ou détenues à obtenir à bref délai, une fois engagée une procédure en libération, une décision judiciaire sur la régularité de leur détention et leur remise en liberté » (§ 75).

En l'espèce, la Cour a estimé que « l'obligation faite au requérant de supporter la charge de la preuve dans le cadre de son recours visant à faire établir que son maintien en détention ne remplissait pas les conditions de légalité était incompatible avec l'article 5 § 4 de la Convention » (§ 74). La demande de libération du requérant avait été formulée en avril 1994 et la décision de première instance datait du 19 juillet de la même année tandis que la décision définitive de la Chambre des Lords avait été rendue le 3 décembre 1998. Selon la Cour, il n'existait « aucun motif exceptionnel propre à justifier le retard pour statuer sur la demande de libération du requérant » et il y avait eu à cet égard violation de l'article 5 § 4 (§ 81)¹¹²¹.

δ – La révocabilité de l'internement psychiatrique

532. Dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas*, le requérant avait – à partir de février 1969 – adressé des demandes d'élargissement au directeur de l'hôpital où il était interné. La première de ces demandes avait été soumise au tribunal d'arrondissement (qui avait rejeté la demande après audition à l'asile), mais il n'en avait pas été de même des demandes ultérieures rejetées par le procureur qui estimait qu'elles étaient vouées à l'échec (§ 30).

La Cour a affirmé que « les motifs justifiant à l'origine pareil internement [...] peuvent cesser d'exister » et « on méconnaîtrait le but et l'objet de l'article 5 [...] si l'on interprétait le paragraphe 4, lu dans son contexte, comme exemptant en l'occurrence la détention de tout contrôle ultérieur de légalité pour peu qu'un tribunal ait pris la décision initiale ». En somme, « par nature, la privation de liberté dont il s'agit paraît appeler la possibilité de semblable contrôle, à exercer à des intervalles raisonnables » (§ 55).

En l'occurrence, « [le procureur] [s'était prononcé] chaque fois après audition du requérant et ses décisions [pouvaient] bien avoir été justifiées sur la base des éléments qu'il possédait, mais on ne saurait les qualifier de décisions prises par un "tribunal" au sens de l'article 5 par. 4 » (§ 64) en sorte que la Convention avait été violée (§ 67).

533. Dans l'affaire *Lashin c. Russie*, le requérant souffrait de schizophrénie et avait été diagnostiqué en 1987. Il avait arrêté de travailler en 1995 et écrivait des lettres insensées à des agents publics et introduisait de nombreuses plaintes auprès de l'administration de même qu'il introduisait de nombreuses procédures judiciaires. A un moment, il avait commencé à recevoir des étrangers chez lui et à leur donner de l'argent et des vêtements (pour des raisons prétendument religieuses). Enfin, en 1998, il avait tenté d'étrangler son épouse avec qui il se disputait beaucoup, notamment en raison de sa situation (§ 7). Entre 1989 et 2000, il avait été interné neuf fois dans un hôpital psychiatrique (§ 8). En juin 2000, il avait été privé de sa capacité juridique (§ 10) et son père avait été désigné comme tuteur (§ 11). En décembre 2002, la tutelle sur le requérant avait été transférée à l'hôpital en question (§ 31) et le requérant avait été interné sur base « volontaire » puisque tel était le choix de son tuteur (§ 32). Le père et la fiancée du requérant ayant constamment demandé sa sortie (§§ 37-38). Le requérant était finalement sorti de l'hôpital en décembre 2003 (§ 42).

¹¹²¹ Dans l'arrêt de grande chambre *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, la Cour a rappelé le régime induit par l'article 5, § 4, de la Convention en matière d'aliénation mentale. Dans ce contexte, « le manquement à solliciter l'avis de l'intéressé peut donner lieu à des situations d'abus et entraver l'exercice des droits des personnes vulnérables » et « toute mesure prise sans consultation préalable de la personne concernée exige en principe un examen rigoureux » (§ 153).

La Cour a rappelé qu'elle avait affirmé – dans *Winterwerp* – le principe suivant lequel « [l'internement] ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble » et qu'elle avait déjà jugé – dans *D.D. c. Lituanie* – que l'impossibilité pour un patient d'un hôpital psychiatrique de demander d'en sortir autrement que par le biais de son tuteur, en l'absence d'examen judiciaire périodique de l'internement violait l'article 5, § 4.

En l'occurrence, le droit interne prévoyait un contrôle semestriel pour les internements « forcés » alors que celui du requérant était considéré « volontaire ». Dans ce contexte, tant que l'hôpital restait tuteur, le réexamen automatique était exclu tandis que le requérant lui-même privé de sa capacité juridique ne pouvait pas non plus demander sa sortie (§ 131). Il s'ensuivait que l'article 5, § 4, de la Convention avait été violé.

534. Dans l'arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, la grande chambre a conclu à la violation de l'article 5, § 4, après avoir observé que « la législation nationale ne [prévoyait] pas de contrôle judiciaire périodique et automatique du placement d'une personne dans un foyer pour personnes atteintes de troubles mentaux » (§ 172) et que « les recours invoqués par le Gouvernement soit étaient inaccessibles au requérant, soit ne revêtaient pas un caractère judiciaire » tandis qu'« aucun de ces moyens ne permet d'analyser directement la légalité du placement du requérant dans le foyer de Pastra au regard du droit interne et de la Convention » (§ 177). La Cour a dès lors pu conclure à la violation de la Convention dans des affaires où le contrôle judiciaire à intervalles réguliers prévu par la loi pertinente n'a pas eu lieu¹¹²² ou à défaut d'évaluation régulière automatique, le requérant n'avait pu obtenir le réexamen de sa situation¹¹²³. La Cour a conclu à la violation de la Convention en raison de l'impossibilité du requérant d'obtenir le réexamen de la mesure de protection dont il faisait l'objet. Au paragraphe 158 de cet arrêt la Cour avait déjà stigmatisé « des défaillances dans la vérification de la persistance des troubles justifiant l'internement. En effet, bien que le requérant ait été suivi par un psychiatre (paragraphe 31 ci-dessus), ce suivi n'avait pas pour objectif d'évaluer, à des intervalles réguliers, si le maintien au foyer de Pastra continuait à être nécessaire au regard de l'article 5 § 1 e) » (§ 158)¹¹²⁴.

¹¹²² Cour eur. dr. h., arrêt *Shopov c. Bulgarie* du 2 septembre 2010.

¹¹²³ Dans l'arrêt *Chtoukatourov c. Russie*, une violation de l'article 5, § 4, de la Convention a également été relevée par la Cour. Elle a rappelé qu'une personne internée pour une durée longue ou indéterminée doit pouvoir – en l'absence de révision automatique et périodique de sa situation – à intervalles raisonnables mettre en question la légalité de son maintien en détention (§ 121). En l'occurrence, elle a relevé que la capacité mentale avait été appréciée une seule fois et de manière sommaire dix mois avant son internement (§ 125). Le requérant ne bénéficiait ni d'un réexamen périodique ni – à raison de son incapacité – de la possibilité d'initier une telle réévaluation (§ 123). Selon la Cour, l'ensemble de ces circonstances constituait une violation de l'article 5, § 4, de la Convention. La Cour a encore estimé que l'article 34 de la Convention avait été violé dans la mesure où la décision rendue par la Cour sur pied de l'article 39 de son Règlement et enjoignant la Russie à permettre au requérant d'entrer en contact avec son avocat n'avait pas été respecté ; les griefs articulés par le requérant sur pied des articles 3, 13 et 14 de la Convention n'ont pas été examinés par la Cour, à raison, notamment, des conclusions atteintes sur le terrain des articles 5, 6 et 8 de la Convention.

¹¹²⁴ La Cour a par contre jugé régulière la détention d'un aliéné dans l'arrêt *Hutchison Reid c. Royaume-Uni* du 20 février 2003, dans la mesure où « les éléments médicaux [indiquaient] tous que [le requérant] souffrait d'un trouble mental de type psychopathique qui se manifestait par un comportement anormalement agressif » et où « il existait un risque élevé que l'intéressé, s'il était libéré, commît de nouvelles infractions, probablement à caractère sexuel, on peut considérer que la décision de le maintenir en détention était légitime » (§ 53).

Synthèse de la sous-section 1

535. Il nous paraît opportun de revenir, pour clôturer cette section, sur l'affirmation par le Commissaire aux droits de l'homme de ce que la capacité juridique participe de « l'essence-même » de l'être humain¹¹²⁵ et de formuler à nouveau le regret que son appartenance au « noyau dur » de l'article 8 n'ait pas encore été fermement affirmée par la Cour, dans un contexte où un nombre croissant d'instruments internationaux tendent à y insister particulièrement¹¹²⁶. De la même manière que la sauvegarde de la stabilité mentale est un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée (*Bensaïd*), la capacité juridique est déterminante pour l'exercice de l'ensemble de ses droits et libertés.

Le contentieux strasbourgeois de la capacité juridique dont nous venons de passer en revue un échantillon substantiel est une première concrétisation de la dialectique de l'autonomie et de la vulnérabilité mise en exergue dans la première partie de cette étude (voy. *supra* n° 351 et s.). Le respect de l'une et l'autre de ces valeurs, seul, est en mesure de rendre justice à la dignité de la personne humaine.

Le respect et la protection des personnes vulnérables

536. Certes, la première mission de l'Etat consiste à respecter et à protéger les personnes incapables. Un enfant ou un adulte affecté d'un trouble mental ne peut être traité par les autorités de l'Etat, par exemple le pouvoir judiciaire, comme le serait un adulte capable. Les autorités internes méconnaissent notamment la vulnérabilité de la personne lorsqu'elles s'abstiennent de lui prêter l'attention requise en lui désignant des représentants compétents et diligents et en s'assurant qu'elle puisse faire valoir ses droits.

1/ En premier lieu, les autorités doivent prendre acte de la fragilité intrinsèque des enfants et veiller à ce que les règles du droit civil (par exemple des prescriptions) (*Stagno*) ou de droit pénal (notamment les modalités du procès) (*T. et V.*) prennent spécifiquement en compte cette vulnérabilité. Dans tous les cas, il convient que des mécanismes de représentations adaptés soient mis en place pour porter la voix du mineur dans ses rapports avec les autorités étatiques (*A.M.M. et X. et Y.*).

2/ De la même manière, tant la justice civile que la justice pénale doivent « prendre en compte » et « s'adapter » à la situation spécifique de la personne adulte vulnérable. Peu importe, au pénal, qu'elle soit en position de victime ou d'accusée. L'importance des enjeux implique nécessairement des obligations positives dans le chef de l'Etat qui se concrétisent à tout le moins dans une obligation de vigilance des autorités (notamment par le biais des services sociaux) et dans l'existence et le fonctionnement de mécanismes de représentation appropriés (*B. c. Roumanie n° 1 et 2*).

La promotion de l'autonomie de la personne vulnérable

537. Dans le même temps, les Etats parties doivent veiller à perpétuellement promouvoir l'autonomie de la personne.

¹¹²⁵ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *A qui appartient-il de décider ?*, *op. cit.*

¹¹²⁶ Voy. not. la Recommandation no R (99) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables et la Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

1/ Si les enfants sont présumés vulnérables dans le système de la Convention, il n'empêche qu'à mesure que s'accroît leur aptitude à l'autonomie, leur voix doit pouvoir être entendue. Il s'ensuit que les Etats ont l'obligation de prendre en compte l'accession progressive du mineur à l'autonomie ce qui implique notamment la prise en considération de son opinion dans les affaires qui le concernent (*Plaza*) étant bien entendu que celle-ci doit être pondérée, précisément, par égard au degré d'autonomie manifesté (*C. c. Finlande* et *B.B. et F.B. c. Allemagne*).

2/ Il s'ensuit aussi que les restrictions à la capacité des adultes doivent être strictement proportionnées à la fragilité manifestée par la personne à protéger. A cet égard, la Cour exclut les restrictions « automatiques » et « absolues » : il faut que des motifs pertinents soient invoqués (distincts du simple écart entre le comportement de l'intéressé et les normes sociales en vigueur comme il résulte de l'arrêt *Winterwerp*) et que les modalités de la restriction soient expressément adaptées aux difficultés rencontrées (voy. par ex. *Chtoukatourov* ou *Lashin*). Au surplus, la Cour a tissé un canevas resserré d'obligations procédurales impliquant la participation de la personne au processus et, au plan de la preuve, la double exigence d'un contact direct avec le magistrat et d'un rapport psychiatrique présentant l'actualité et la qualité requise. Enfin, « le droit de demander à un tribunal de réviser une déclaration d'incapacité s'avère l'un des plus importants pour l'individu » (*Stanev*).

Sous-section 2. L'intégrité physique et l'autonomie personnelle

538. L'individu a droit au titre de la Convention au respect de son intégrité physique et de son autonomie personnelle. La Cour a affirmé très tôt que « la "vie privée", qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »¹¹²⁷. L'ambiguïté de la mission de l'Etat, mise en exergue à propos de la capacité juridique s'observer évidemment ici aussi : à mesure que se renforcent les obligations de l'Etat sur le terrain de la protection des individus, s'accroissent aussi les obligations de l'Etat résultant du méta-droit à l'autonomie...

539. En matière d'*intégrité physique*, l'intervention prétorienne de la Cour s'inscrit dans un cadre normatif qui dépasse largement les dispositions de la Convention. Ainsi, diverses sources de droit international hard et soft concourent-elles au développement d'un haut niveau de garantie du droit de l'individu à ne pas subir de violences. Plus fondamentalement, s'observe une extension ou une mutation de la garantie conventionnelle du droit au respect de l'intégrité physique qui conduit progressivement la Cour à formuler – quoique timidement – des exigences sur le terrain de l'environnement (Guerra, § 45), de la santé (Hristozov, § 114) ou de l'intégration des handicapés (Bayracki, § 21 et Molka, p. 16). Les questions qui se posent ici ne sont pas essentiellement des questions de légitimité, le « mal » à éviter ou le « bien » à rechercher étant d'emblée clairement identifiés. La question est alors celle des efforts à déployer et des moyens à utiliser par l'Etat pour minimiser les atteintes à l'intégrité physique ou maximiser le bien-être des individus (§ 1).

540. Les questions d'*autonomie personnelle* sont d'un autre ordre et renvoient directement à la question de la disponibilité du corps. De telles questions secouent les préconceptions relatives à ce qu'est une vie bonne, à ce qui est souhaitable ou pas et amènent la majorité à s'interroger sur le titre dont elle dispose pour privilégier au nom de ses propres préférences telle ou telle attitude. Ainsi, lorsqu'au terme d'une évolution socio-historique, des comportements autrefois décriés font l'objet d'une normalisation, de nouvelles prétentions à la disposition de soi surviennent aussitôt qui reposent sous un angle à la fois toujours identique et toujours nouveau la question des limites à la disposition de soi (§ 2).

541. Or, dans un certain nombre de « *hard cases* », l'individu réclame précisément la possibilité de faire ou de subir ce que l'Etat à – initialement – le devoir d'empêcher. On ne peut ainsi comprendre la difficulté des débats relatifs à la disposition du corps, que si l'on a préalablement pris la mesure de la nécessité de protéger les corps. Dans le contexte de ces « cas limites », dont le sulfureux arrêt *K.A. et A.D.* constitue un édifiant exemple, le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants se trouve expressément mis en question : dès lors que la matérialité des actes posés franchit assurément le seuil d'applicabilité de l'article 3, admettre le droit de consentir au nom de son autonomie à de tels traitements reviendrait à considérer renonçable le droit garanti. Prudente, la Cour a choisi de réserver sa réponse... ... On peut imaginer une multitude d'autres questions appelées à se poser dans le cénacle strasbourgeois des droits de l'homme, les perspectives ouvertes par le développement du courant « transhumaniste » (doté d'un symbole spécifique : « h+ ») ne sont à cet égard qu'un exemple des difficultés susceptibles d'apparaître...¹¹²⁸

¹¹²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt X. et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, § 22.

¹¹²⁸ M.J. McNAMEE et S.D. EDWARDS, « Transhumanism, medical technology and slippery slopes », *Journal of Medical Ethics*, 2006, pp. 513-518.

§ 1. L'intégrité physique

542. Expressément inclus dans le droit au respect de la vie privée, le droit au respect de l'intégrité physique est le lieu d'un mouvement en surface et en profondeur. D'un côté, la notion d'intégrité couvre un champ de plus en plus large dont l'ultime horizon est aujourd'hui constitué par l'« état complet de bien-être physique, mental et social »¹¹²⁹ ; de l'autre, la garantie conventionnelle de l'intégrité physique s'est approfondie et les autorités étatiques ont l'obligation non seulement de la respecter, mais également de la protéger et de la promouvoir. Il s'ensuit que l'intensité de la protection conférée est éminemment variable, depuis la ferme garantie contre les violences et abus jusqu'à la garantie évanescence du bien-être individuel.

En *premier lieu*, l'article 8 protège – en étroite collaboration avec l'article 3 de la Convention – l'individu contre *les violences et les abus*, qu'ils émanent de l'autorité publique (*Labita*) ou soient le fait d'individus. A cet égard, le juge européen se montre particulièrement attentif à la protection des droits de ceux qui sont le plus vulnérables : les détenus et les étrangers dans leurs relations avec l'autorité publique ; les femmes et les enfants dans les autres contextes, notamment dans la sphère familiale, dont le respect ne peut justifier un quelconque relâchement du contrôle européen (A).

En *deuxième lieu*, l'article 8 garantit l'individu contre *les atteintes de moindre gravité ou présentant un caractère plus diffus* à l'intégrité physique. Les individus peuvent subir des ingérences proportionnées dans leurs droits tirés de l'article 8 au titre de l'intérêt général ou bien d'intérêts privés concurrents. A ce niveau intermédiaire, la « négociabilité » est forte et la Cour oblige les Etats à faire preuve de créativité dans la résolution des conflits entre intérêts concurrents (B).

En *troisième lieu*, la Cour paraît encline à accepter de mettre progressivement à charge de l'Etat une obligation de garantie du *bien-être* de l'individu se traduisant dans la lutte contre les maladies et l'intégration des personnes affectées d'un handicap. La Cour fait assurément encore preuve d'une grande réserve en la matière, dès lors notamment que ces questions mettent en jeu dans une certaine mesure la protection sociale de l'individu qui n'est pas initialement la vocation de la Convention (C).

Enfin, *l'intégrité de la dépouille mortelle* est expressément connectée par la Cour à l'article 8 de la Convention. Ici aussi, des atteintes légères sont susceptibles d'être imposées au nom d'intérêts publics ou privés concurrents (D).

A. Les violences physiques et les abus sexuels

543. L'analyse de la jurisprudence en matière de violence et d'abus met en évidence la double obligation étatique de respecter l'intégrité physique des personnes et de les protéger contre les atteintes émanant de tiers ou bien d'elles mêmes. Au regard du poids conventionnel attaché à l'intégrité physique des individus, la Cour met en œuvre un contrôle de proportionnalité particulièrement sévère qui atteint son niveau le plus élevé en matière de violences commises par des agents de l'Etat (i). Les exigences strasbourgeoises se trouvent quelque peu atténuées lorsque les violences émanent de tiers (ii) étant entendu cependant que l'invocation du caractère familial des violences et abus ne peut en aucun cas contribuer à

¹¹²⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, opinion dissidente des juges COSTA, RESS, TÜRMEK, ZUPANČIČ et STEINER, § 11.

justifier la passivité des autorités (iii). L'attention de la Cour est encore accentuée, d'une part, quand les violences et abus concernent des individus présentant un facteur de vulnérabilité (les détenus et les étrangers, les femmes¹¹³⁰, les enfants¹¹³¹ et les personnes affectées d'un trouble mental) et, d'autre part, quand les atteintes considérées (ou la tolérance à leur égard) revêtent un caractère institutionnel ou systématique.

i) *Les violences étatiques : Tyrer c. Royaume-Uni et Labita c. Italie [GC]*

544. Dans son arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* rendu le 25 avril 1978, la Cour a considéré que le maintien, sur l'île de Man, de la pratique des châtiments judiciaires corporels constituait une violation de l'article 3 de la Convention. A l'occasion de cet arrêt, la Cour a affirmé que « pour qu'une peine soit "dégradante" et enfreigne l'article 3, l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné à l'alinéa précédent. Cette appréciation est nécessairement relative: elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution » (§ 30). Selon la Cour, « les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'État et infligées par sa police » en sorte que « quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne » (§ 33). L'arrêt *Tyrer* est au demeurant célèbre pour avoir expressément écarté la pertinence de la référence à d'éventuelles « nécessités locales » lorsqu'est en cause la garantie procurée par l'article 3 (§ 38). Au-delà de cette question des châtiments corporels, la Cour se montre attentive aux conditions de détention, notamment des prisonniers et des demandeurs d'asile, qui peuvent constituer une atteinte aux garanties procurées par la Convention.

α – Les violences à l'égard des prisonniers

545. Suivant l'arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, « lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 » (§ 120)¹¹³². En l'espèce, le requérant, soupçonné d'appartenir à un groupe maffieux et détenu à la prison de haute sécurité de Pianosa (située sur une île localisée à mi-distance de l'Italie et de la Corse) prétendait avoir été violenté et humilié par les gardiens (§§ 117-118). Selon la Cour toutefois, les éléments dont elle disposait n'étaient pas suffisants pour conclure que le seuil requis pour la mise en œuvre de l'article 3 était atteint, même en tenant compte de la difficulté pour un individu d'obtenir la preuve de mauvais traitements lui infligés par ses gardiens en prison (§§ 125-129). Par contre, l'absence d'enquête approfondie et effective au sujet des allégations défendable du requérant avait constitué une violation de l'article 3 de la Convention (§ 136).

β – Les violences à l'égard des étrangers

¹¹³⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, § 80 et s. La Cour renvoie notamment à la Recommandation Rec(2002)5 du 30 avril 2002 sur la protection des femmes contre la violence.

¹¹³¹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *O'Keeffe c.* du 28 janvier 2014, §§ 91-92. La Cour renvoie notamment à la Recommandation no R(79)17 du Comité des Ministres sur la protection des enfants contre les mauvais traitements.

¹¹³² Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Tekin c. Turquie* du 9 juin 1998, §§ 52-53 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Assenov et autres* du 28 octobre 1998, § 94 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Dikme c. Turquie* du 11 juillet 2000, § 94.

546. A plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt de grande chambre *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, la Cour a considéré que les conditions de détention déplorables imposées aux demandeurs d'asile pouvaient constituer, dans le chef de l'Etat, une violation de l'article 3 de la Convention. En prenant appui sur les constatations réalisées par diverses organisations internationales et organisations non gouvernementales (§ 229), la Cour a relevé que les conditions effroyables (promiscuité, insalubrité, restrictions à l'accès aux toilettes, impossibilité de se laver, impossibilité de se promener à l'air libre) que devaient subir les demandeurs d'asile dans le centre adjacent à l'aéroport international d'Athènes avaient constitué une violation de l'article 3 (§ 230). Ainsi, selon la Cour, « pris ensemble, le sentiment d'arbitraire, celui d'infériorité et d'angoisse qui y sont souvent associés ainsi que celui d'une profonde atteinte à la dignité que provoquent indubitablement ces conditions de détention [s'analysaient] en un traitement dégradant contraire à [cette disposition] » tandis que « la détresse du requérant [avait] été accentuée par la vulnérabilité inhérente à sa qualité de demandeur d'asile » (§ 233)¹¹³³.

ii) *Les violences et abus sexuels émanant de tiers*

547. Suivant la Cour, les autorités doivent « prendre des mesures propres à empêcher que [les] personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers ». Cependant, il faut avoir égard dans ce contexte spécifique, à « l'imprévisibilité du comportement humain ainsi qu'aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources ». En conséquence, « tout risque de mauvais traitement n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation » mais « les mesures requises doivent au moins permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance »¹¹³⁴.

α – Les violences et abus à l'égard des enfants : *O'Keeffe c. Irlande* [GC]

548. En premier lieu, l'Etat peut être tenu responsable au titre des articles 3 et 8 de la Convention en raison d'atteintes au corps infligées par des organismes auxquels il délègue certaines missions¹¹³⁵. La Cour a à cet égard pu condamner l'attitude des autorités nationales à raison, par exemple, des châtiments corporels mis en œuvre dans une école privée¹¹³⁶ ou d'abus sexuels intervenus dans une école nationale¹¹³⁷. Dans l'arrêt de grande chambre *O'keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014, la Cour a souligné que la prévention d'actes graves passe nécessairement par la mise en place d'une législation pénale efficace adossée à un dispositif propre à en assurer le respect » (§ 148). En outre, « la nature des abus sexuels sur mineurs, surtout lorsque l'auteur de ces abus est en position d'autorité par rapport à l'enfant, fait que l'existence de mécanismes utiles de détection et de signalement représente une condition fondamentale pour la mise en œuvre effective des lois pénales applicables » (§ 148).

549. La responsabilité de l'Etat peut, en second lieu, être mise en cause à défaut de mesures adéquates tendant à prévenir ou à sanctionner une atteinte à l'intégrité physique des personnes

¹¹³³ Dans le même arrêt, la Cour a dit, par seize voix contre une, qu'il y avait eu violation par la Belgique de l'article 3 de la Convention dès lors qu'en renvoyant le requérant en Grèce, les autorités belges avaient exposé le requérant à des risques résultant des défaillances de la procédure d'asile dans cet Etat.

¹¹³⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *O'keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014, § 144.

¹¹³⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *O'keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014, § 150. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, § 27 et Cour eur. dr. h., arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, § 102.

¹¹³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, § 27.

¹¹³⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *O'keeffe c. Irlande* du 28 janvier 2014.

commise par un tiers. Jugé, par exemple, que violaient la Convention l'absence de mesures pénales adéquates propres à sanctionner le viol d'une jeune fille handicapée mentale par le gendre de la directrice du foyer dans lequel elle vivait¹¹³⁸. La Cour également jugé contraires à la Convention les lacunes de l'enquête conduite par les autorités à propos de faits de viols répétés perpétrés par un inconnu sur un garçon âgé de 7 ans¹¹³⁹ ou d'un fait de viol commis sur une jeune fille de 14 ans par un homme vivant dans le même quartier que sa grand-mère¹¹⁴⁰.

β – Les violences et abus à l'égard des femmes : M.C. c. Bulgarie

550. Aux termes de l'arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, « si le choix des moyens d'assurer le respect de l'article 8 dans le domaine de la protection contre les actes d'individus relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat, une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces » (§ 150). En l'espèce, la requérante avait été violée par deux hommes. Les médecins avaient constaté la rupture de son hymen, mais il n'avait pas été possible d'établir qu'elle avait résisté ou appelé à l'aide et conséquemment les auteurs du viol ne furent pas poursuivis. La Cour a relevé la tendance universelle consistant à considérer que le défaut de consentement est le critère essentiel pour déterminer qu'il y a eu viol ou abus sexuel. Bien souvent, les victimes d'abus sexuels, en particulier les jeunes filles, ne résistent pas, pour des raisons psychologiques (soit parce qu'elles se soumettent passivement soit parce qu'elles se dissocient du viol) ou par peur de subir d'autres violences. Soulignant que les Etats ont l'obligation de poursuivre les auteurs d'actes sexuels imposés même en l'absence de résistance physique de la victime, la Cour a jugé défectueux tant l'enquête sur l'affaire que le droit bulgare.

iii) Les violences et abus intrafamiliaux

551. La sphère privée et familiale, si elle est *a priori* un lieu d'affection et de solidarité¹¹⁴¹, peut parfois devenir elle-même le théâtre de violences et d'abus. La jurisprudence strasbourgeoise spécifiquement dédiée à la protection des enfants et des femmes dans la sphère privée mobilise abondamment la notion de vulnérabilité qui engage l'Etat à une vigilance accentuée. Les enfants et les femmes ne sont pas les seuls bénéficiaires de semblables obligations étatiques aggravées : l'obligation de protection se trouve également accrue à l'égard des personnes affectées d'un trouble mental¹¹⁴². A cet égard, la Cour affirme que les pouvoirs publics ne peuvent estimer inutile d'intervenir dans ce qu'ils considèrent comme une « affaire privée » sans violer leurs obligations positives¹¹⁴³. En outre, elle s'attaque de manière plus systémique aux pratiques et réglementations traduisant une politique de tolérance à l'égard des violences « privées » en mobilisant l'exigence de non-discrimination contenue dans l'article 14 de la Convention.

α – Les violences et abus à l'égard des enfants : Z. et autres c. Royaume-Uni [GC]

552. Suivant l'arrêt de grande chambre *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, les Etats doivent « prendre des mesures permettant « une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance » (§ 73). La

¹¹³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985 (violation de l'article 8).

¹¹³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt C.A.S. et C.S. c. Roumanie du 20 mars 2012 (violation des articles 3 et 8).

¹¹⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt I.G. c. République de Moldova du 15 mai 2012 (violation de l'article 3).

¹¹⁴¹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Söderman c. Suède du 12 novembre 2013, § 86.

¹¹⁴² Voy. Cour eur. dr. h., arrêt M.B. c. Roumanie du 3 novembre 2011, § 57.

¹¹⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt Bevacqua et S. c. Bulgarie du 12 juin 2008, § 83 ; Cour eur. dr. h., arrêt Opuz c. Turquie du 9 juin 2009, § 144 ; Cour eur. dr. h., arrêt Mudric c. République de Moldova du 16 juillet 2013, § 43.

Cour a par exemple conclu à la violation de l'article 3 dans une affaire où un enfant s'était vu administrer à différentes reprises de très violents coups de bâton par son beau-père et où les juridictions internes avaient acquitté le beau-père au titre du caractère prétendument raisonnable du châtimement¹¹⁴⁴. De même, la grande chambre a conclu à la violation de cette disposition dans une affaire où quatre enfants avaient été victimes de négligences et d'abus affectifs épouvantables sans que les services de protection de la jeunesse n'interviennent de manière adéquate¹¹⁴⁵. La Cour a par contre conclu à l'absence de violation de la Convention dans une affaire *M.P. et autres c. Bulgarie* du 15 novembre 2011, dès lors qu'elle ne s'estimait pas en l'espèce en position de considérer que les autorités nationales avaient fait montre d'une quelconque négligence au regard de leurs obligations découlant des articles 3 et 8 de la Convention¹¹⁴⁶.

β – Les violences et abus à l'égard des femmes : *Bevacqua c. Bulgarie*

553. Dans ses arrêts *C.R. c. Royaume-Uni* et *S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, la Cour avait déjà légitimé la méconnaissance en matière de viol entre époux de la règle de non-rétroactivité de la loi pénale prévue à l'article 7 de la Convention dès lors que « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines » (respectivement § 42 et § 44).

554. Il a néanmoins fallu attendre un arrêt *Bevacqua c. Bulgarie* du 12 juin 2008, pour que la Cour ait l'occasion de transposer expressément aux violences domestiques dirigées contre des femmes l'exigence que les Etats puissent procurer aux femmes des mécanismes de prévention et de répression face à ce type spécifique de violences. En l'espèce, la requérante estimait que l'incapacité des autorités à la préserver des comportements violents adoptés par son ex-mari constituait également une violation de l'article 8 de la Convention. A cet égard, la Cour a relevé que les plaintes de la requérante relativement à ces violences concernaient son intégrité physique et son bien-être et qu'au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce la question de l'adéquation de la réaction des autorités pouvait être appréhendée par le prisme de l'article 8 de la Convention (§ 79). Les autorités bulgares ont relevé que leur relative inaction trouvait à s'expliquer par la circonstance que les violences considérées constituaient une « affaire privée ». Selon la Cour, il ne lui revient pas de se substituer aux autorités nationales

¹¹⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *A c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998.

¹¹⁴⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001. Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni* 10 octobre 2002 et Cour eur. dr. h., arrêt *E. et autres c. Royaume-Uni* du 26 novembre 2002.

¹¹⁴⁶ Les requérants étaient le père et la grand-mère maternelle d'un enfant et alléguaient que les autorités bulgares n'avaient pas fait montre de la diligence requises face aux abus sexuels dont cet enfant avait été victime. L'enfant était hébergé par sa mère conformément à une décision judiciaire et l'auteur des abus supposé était le nouveau compagnon de celle-ci. La cour a relevé que les autorités nationales avaient mis en œuvre des procédures pénales immédiatement et sollicité l'intervention de spécialistes (§ 111). Les juridictions internes avaient subséquemment entendu de nombreuses personnes et avaient jaugé la crédibilité de leurs propos, sans toutefois pouvoir parvenir à établir suffisamment la réalité des abus (§ 112). En particulier, les blessures de l'enfant pouvaient suivant certains experts correspondre à des abus perpétrés sur lui, mais pouvaient tout autant selon d'autres experts correspondre à une affection médicale. En outre, le témoignage de l'enfant, très jeune, qui expliquait avoir subi des attouchements, devait être appréhendé avec circonspection dès lors que certains experts le considéraient crédible et d'autres pas (§112). Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré n'être pas en position de considérer que les autorités nationales auraient fait montre d'une quelconque négligence au regard de leurs obligations découlant des articles 3 et 8 de la Convention (§ 114). La Cour a à cet égard particulièrement souligné l'implication des services sociaux dans le suivi de l'enfant et les rapports de ses mêmes services suivant lesquels l'environnement familial de l'enfant était adéquat (§ 114). En outre, au regard de la complexité de l'affaire et des conclusions finalement atteintes, ni la longueur de la procédure (§ 117), ni le refus des autorités de soustraire l'enfant au foyer maternel (§§ 115-116) ne constituait une violation de la Convention (§ 118).

pour opérer le choix des moyens propres à protéger les droits garantis par la Convention (§ 82). Cependant, elle a relevé que le droit bulgare ne comportait pas de dispositions administratives ou de police spécifiques pour de telles violences domestiques, tandis que les dispositions de portée générale ne permettaient pas à la police de prendre des mesures véritablement effectives (§ 83). La Cour a dès lors estimé que les autorités nationales n'avaient pas rempli leur obligation positive de procurer à la requérante l'assistance dont elle avait besoin.

Cette décision a le mérite de constituer l'une des premières décisions de la Cour directement relative à la problématique des violences conjugales¹¹⁴⁷. La Cour a ultérieurement par exemple considéré que la Convention était violée dans des affaires où les autorités alléguaient qu'elles n'avaient pas le pouvoir d'interdire au mari l'accès à son domicile et que la requérante pourrait mettre fin au bail à l'issue de la procédure de divorce¹¹⁴⁸ ou dans des cas où les autorités internes bien qu'ayant édicté une mesure de protection au profit de la victime n'avaient pas assuré la mise en œuvre de celle-ci laissant un ex-mari violent et souffrant d'un désordre psychique maltraiter durant plus d'une année une femme âgée¹¹⁴⁹. En outre, dans un arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, la Cour a conclu non seulement à la violation de l'article 3 de la Convention au regard du manquement des autorités turques à leur obligation positive de protéger la requérante contre son ex-mari, mais également à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe contraire aux articles 3 et 14 combinés dès lors que l'affaire révélait un contexte de passivité généralisée des juridictions turques à l'égard de la violence conjugale qui créait un climat propice à cette violence¹¹⁵⁰.

B. Les atteintes « légères » et/ou « diffuses » à l'intégrité physique

555. L'article 8 protège aussi l'individu contre les atteintes plus « légères » ou « diffuses » à son intégrité physique.

i) *Fouilles et contention : Jalloh c. Allemagne [GC]*

556. Au départ de cet arrêt fondateur, la Cour a développé une jurisprudence relative notamment aux méthodes de fouille employées par les agents de l'Etat. Ainsi, dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 dès lors que les autorités avaient forcé le requérant à vomir en lui administrant un émétique « non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives » et que « la façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir » (§ 129)¹¹⁵¹.

557. La Cour s'est aussi prononcée plusieurs fois dans des affaires concernant les mesures de contention. La Cour a aussi examiné, dans l'arrêt *Raninen c. Finlande* de 1997, la conformité à aux articles 3 et 8 de l'usage de menottes (§§ 63-64). Pour le requérant, « l'unique but des menottes avait été de l'avilir, de l'humilier et de l'effrayer, de façon à le décourager d'être

¹¹⁴⁷ Voy. à ce propos : P. LAMBERT, « La violence conjugale et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, pp. 47-53.

¹¹⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *E.S. et autres c. Slovaquie* du 15 septembre 2009.

¹¹⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Mudric c. République de Moldova* du 16 juillet 2013. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. République de Moldova* du 16 juillet 2013.

¹¹⁵⁰ Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *A. c. Croatie* du 14 octobre 2010, sp. §§ 95-97.

¹¹⁵¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Valasinas c. Lituanie* du 24 juillet 2001 ; Cour eur. dr. h., arrêt *van der Ven c. Pays-Bas* du 4 février 2003 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Poltoratski c. Ukraine* du 29 avril 2003 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Wainwright c. Royaume-Uni* du 26 septembre 2006 et Cour eur. dr. h., arrêt *Frerot c. France* du 12 juin 2007.

objecteur à un service militaire ou un service de remplacement » (§ 52). Selon la Cour cependant, l'article 3 n'avait pas été violé, dès lors notamment que « rien ne [donnait] à penser qu'un lien de causalité existe entre le traitement reproché et son “problème psychosocial indéterminé” » et qu'il n'était « pas non plus démontré que le port des menottes visait à l'avilir ou à l'humilier » (§ 58). Pour ces mêmes raisons, l'article 8 n'avait pas non plus été méconnu (§ 64). Dans la décision d'irrecevabilité *Schneiter c. Suisse* du 31 mars 2005, la Cour a, par contre, considéré que le grief formulé sous le visa de l'article 8 était non fondé car la médication forcée du requérant avait une base légale et visait un but légitime dès lors que, soigné dans un hôpital psychiatrique pour divers troubles maniaco-délirants et une polytoxicomanie, il avait frappé une infirmière au visage.

Dans la décision *Conka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique* du 13 mars 2001, la Cour avait par ailleurs considéré manifestement mal fondé, sous l'angle de l'article 3 comme de l'article 8, le grief tiré de la circonstance que, dans le cadre d'une mesure d'éloignement à l'encontre d'étrangers, ceux-ci s'étaient vu apposer sur la main, de force et en public, le numéro du siège qu'ils occuperaient dans l'avion et qui figurait également sur leur bagage (§§ 3 et 4).

ii) *Vaccination et prélèvements : Acmanne c. Belgique et Mikulic c. Croatie*

558. La Commission a pu considérer, dans sa décision *X c. Autriche* du 13 décembre 1979, qu'une intervention médicale forcée, même mineure, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée.

Dès 1984 et la décision *Acmanne c. Belgique*, la Commission avait relevé qu'« une intervention médicale faite contre le gré de l'intéressé, même si elle est d'importance minime, doit être considérée comme un atteinte au droit au respect de la vie privée ». Dans cette affaire, qui portait sur l'obligation de se soumettre au test de sensibilité cutanée à la tuberculine, la Cour avait fait sienne l'analyse de la Cour d'appel de Liège suivant laquelle « la solidarité humaine obligeait l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables, lorsque sa vie n'est pas en péril ». Dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, il est affirmé que « la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN » et que « les Etats parties à la Convention ont retenu des solutions différentes face au problème qui se pose lorsqu'un père présumé refuse d'obtempérer à la décision d'un tribunal lui enjoignant de subir les tests voulus pour établir les faits » (§ 64).

iii) *Les nuisances : Hatton c. Royaume-Uni [GC]*

559. La Cour a pu notamment être amenée à arbitrer le conflit entre le droit individuel à la santé et les impératifs économiques dans des affaires concernant divers types de nuisances.

560. Ce pan du contentieux européen des droits de l'homme a été inauguré avec l'arrêt *Powel et Rayner* du 21 février 1990 relatif aux nuisances sonores causées par les aéroports. La Cour y avait admis l'applicabilité de l'article 8 au titre de l'interférence avec la vie privée mais avait par contre admis le choix de l'Etat de faire primer les intérêts économiques. En 1994, cependant, dans *Lopez-Ostra c. Espagne*¹¹⁵², la Cour a considéré l'article 8 violé au titre des nuisances causées au requérant par une station d'épuration nonobstant l'intérêt public qu'il y avait pour la ville de Lorca à disposer d'une telle station. Il a donc été clair d'emblée dans la jurisprudence de Strasbourg que des atteintes à l'environnement pouvaient nuire à la vie privée et familiale, même sans menace grave pour la santé (§ 51). L'arrêt *Guerra c. Italie*¹¹⁵³ de 1998

¹¹⁵² Cour eur. dr. h., arrêt López Ostra c. Espagne du 9 décembre 1994.

¹¹⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt Guerra et autres c. Italie du 19 février 1998.

surprend ensuite pour deux raisons : d'un côté, il inclut dans l'article 8 une obligation d'information sur les risques (en l'occurrence générés par l'exploitation d'une usine chimique) ; de l'autre, il prend appui uniquement sur le droit au respect de la vie privée, abandonnant la référence au droit au respect du domicile à laquelle il était habituellement combiné¹¹⁵⁴.

561. Dans son arrêt de grande chambre *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, la Cour a souligné que « la Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8 » (§ 96). En l'espèce, cependant, la grande chambre, désavouant la solution retenue par la chambre, a considéré que « si l'Etat est tenu de prendre dûment en considération les intérêts particuliers dont il a l'obligation d'assurer le respect en vertu de l'article 8, il y a lieu, en principe, de lui laisser le choix des moyens à employer pour remplir cette obligation » (§ 123) et qu'en l'espèce, « les autorités [n'avaient] pas dépassé leur marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des personnes touchées par la réglementation litigieuse à voir respecter leur vie privée et leur domicile, et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble » (§ 129). Cette décision, prise par 12 voix contre 5, a été critiquée par une partie de la doctrine qui y a vu un « recul » de la jurisprudence environnementale de la Cour¹¹⁵⁵. Les juges COSTA, RESS, TÜRMEK, ZUPANČIĆ et STEINER ont quant à eux affirmé, dans leur opinion dissidente que « ‘la santé en tant qu'état de complet bien-être physique, mental et social’ est, dans les circonstances particulières de la présente affaire, une condition indispensable à une véritable vie privée, intimité, etc., et qu'elle ne saurait en être dissociée artificiellement » (§ 11).

562. La jurisprudence ultérieure (*Kyrtatos c. Grèce* ou *Taskin et autres c. Turquie*, par exemple) confirme la volonté de la Cour de ne pas consacrer un véritable droit à un environnement sain et d'allouer aux Etats, même en cas de lien suffisamment étroit avec la vie privée, une confortable marge d'appréciation. Dans *Moreno Gomez c. Espagne*, cependant, la Cour a condamné l'Etat espagnol au titre de l'autorisation de l'ouverture, dans un quartier de Valence, de boîtes de nuit, bars, pubs et autres discothèques rendant impossible le repos du voisinage. Cependant, cette condamnation se trouvait largement motivée, en l'espèce, par la circonstance que les autorités avaient toléré et contribué à la méconnaissance des réglementations qu'elles avaient elles-mêmes édictées¹¹⁵⁶.

563. Dans un arrêt *Di Sarno et autres c. Italie* du 10 janvier 2012, la Cour a pour la première fois été confrontée, à l'occasion de la « crise des déchets » en Campanie, à une nuisance qui ne participait des activités tout à fait localisées comme un aéroport, une usine, une station d'épuration ou un *night-club*, mais « une politique de gestion d'un service à grande échelle », en l'occurrence la collecte des déchets¹¹⁵⁷. La Cour a rappelé que « des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale » (§ 104). Elle a aussi rappelé les obligations positives de protection qui incombent aux Etats et notamment l'obligation procédurale d'informer le public d'un éventuel danger (§§ 106-107). En l'espèce, « la Cour ne saurait conclure que la vie et la santé des requérants ont été menacées. Cela étant, l'article 8 peut être invoqué même en l'absence de la preuve d'un grave danger pour la santé des intéressés » (§ 108). En l'occurrence, elle a estimé que l'incapacité des autorités italiennes à assurer la collecte des déchets durant une période prolongée constituait une violation substantielle de

¹¹⁵⁴ M. MERINO, « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales ... de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 60-61.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 61-62.

¹¹⁵⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Moreno-Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004.

¹¹⁵⁷ F. HAUMONT, « La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme (Cour eur. dr. h., arrêt *di Sarno* e.a. c. Italie, 10 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 975-976.

l'article 8, tandis par contre que lesdites autorités avaient respecté leurs obligations procédurales d'information.

C. Le handicap et la maladie

564. S'il appartient indéniablement à l'Etat de constamment rechercher des équilibres entre le droit à l'intégrité physique et les finalités collectives ou privées qui peuvent y justifier des atteintes légères ou diffuses, il est beaucoup moins évident qu'il appartienne à ceux-ci, au titre de leurs obligations conventionnelles de mettre en œuvre de véritables politiques de protection sociale tendant à lutter contre les maladies ou à pallier aux handicaps des individus. Ainsi, progressivement, l'investissement par la Cour de Strasbourg du terrain de la protection sociale, qui est *a priori* étranger à sa vocation initiale et qui ressortit *a priori* à d'autres instruments internationaux, au rang desquels, l'on trouve, par exemple, la Charte sociale européenne dont les articles 11 et 15 visent respectivement la protection de la santé et le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté.

Si le droit à la protection contre la maladie ressortit semble-t-il essentiellement à l'article 2, l'intégration des personnes handicapées est progressivement accueillie dans le champ d'application de l'article 8. Par-delà les énonciations de principe, toutefois, la Cour laisse aux Etats une grande discrétion quant à la détermination de l'ampleur des moyens à mettre en œuvre, tant il est vrai que ceux-ci sont mieux à même d'évaluer « les priorités, l'utilisation des ressources et les besoins sociaux » (*Hristozov*, § 119). En somme, dans le contexte de l'affectation de fonds publics limités « les autorités internes « savent quels sont les crédits disponibles pour ménager pareil accès » et « sont mieux placées qu'un tribunal international pour procéder à cette appréciation » (*Molka*). Comme dans l'affaire *Airey*, on se confronte ici aux limites à poser à l'empiètement de la Convention sur des terrains sociaux qui *a priori* relèvent d'autres textes et d'autres mécanismes de protection. Depuis longtemps déjà, la doctrine plaide pour une implication plus grande du juge de Strasbourg sur le terrain social, notamment en matière de santé et d'intégration des handicapés à la vie sociale, et qui pourrait aller jusqu'à la formalisation d'un droit à la couverture des besoins matériels élémentaires¹¹⁵⁸. Selon Frédéric SUDRE, l'engagement de la Cour sur le terrain des droits sociaux trouverait un ancrage privilégié dans la théorie des obligations positives dont l'essence-même est d'induire à la charge des Etats la mise en œuvre de mesures¹¹⁵⁹.

i) La maladie

565. La Cour a affirmé dans son arrêt *Hristozov c. Bulgarie* que les questions de santé publique relèvent en principe de la marge de manœuvre de l'Etat, qui sont *a priori* les mieux placées pour déterminer les priorités, l'utilisation des ressources et les besoins sociaux (§ 119). Dans l'arrêt *Berktaş c. Turquie* du 1^{er} mars 2001, la Cour a évoqué « l'obligation positive que la première phrase de l'article 2 § 1 impose à l'Etat [de] protéger la vie de l'individu contre les tiers ou contre le risque de maladie » (§ 154) et, dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, elle a affirmé que la responsabilité internationale des autorités nationales était en cause quand celles-ci « [mettent] la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population » (§ 219).

ii) Le handicap

¹¹⁵⁸ Voy. par ex. : F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence-fiction" », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 759-761.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 759-761.

566. En outre, se développe progressivement dans la jurisprudence de la Cour la perception suivant laquelle, il y a lieu pour l'Etat de venir en aide aux personnes atteintes d'un handicap. Nonobstant d'incontestables signaux jurisprudentiels accréditant l'inclination de la Cour à mettre le pied sur ce terrain, celle-ci n'a pas à ce jour atteint en la matière de constat de violation de l'article 8. La jurisprudence de la Cour est « encore hésitante » et apparaît « loin d'épuiser l'ensemble des virtualités que recèle l'article 8 »¹¹⁶⁰.

567. A cet égard, la Cour a en premier lieu considéré – dans l'affaire *Botta c. Italie* – que l'article 8 était inapplicable à l'impossibilité d'accéder à une plage privée¹¹⁶¹ dès lors que le droit réclamé « [concernait] des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable » (§ 35). Pourtant estime un auteur, de la protection contre les nuisances – affirmée dans *Powell et Rayner* ou *Lopez Ostra* – à l'accès des personnes handicapées aux activités récréatives courantes, il n'y avait qu'un pas, que la Cour aurait pu franchir... En particulier, insiste Béatrice MAURER, l'exigence d'effectivité aurait pu conduire le juge de Strasbourg à considérer que la demande, en l'espèce ne concernait pas la revendication de nouvelles obligations positives à mettre à charge des Etats, mais bien plutôt l'« exercice effectif des droits reconnus », en particulier « la garantie de la participation à la vie sociale »¹¹⁶². S'il n'est pas possible de vaincre la pauvreté en interprétant largement la Convention, il n'en reste pas moins que la vulnérabilité spécifique des personnes handicapées aurait pu être prise en considération dès lors que la maladie et le handicap atteignent l'homme dans sa dignité. Certes, conclut cet auteur, « il y a toujours un risque à trop singulariser les requêtes », mais, cela étant, « le danger d'une extension tous azimuts du champ d'application de la Convention eut alors été encadré » comme il avait pu l'être par exemple dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* qui concernait un malade du SIDA¹¹⁶³.

568. Un pas est certainement franchi, en 1999 et 2000, avec les affaires *Marzari c. Italie*¹¹⁶⁴ et *La Parola c. Italie*¹¹⁶⁵, relatives aux aides à procurer aux personnes handicapées, notamment afin qu'elles puissent bénéficier d'un logement adapté, la Cour admettant expressément l'existence à cet égard d'obligations positives à charge des Etats, même si elle les a estimé assumées par l'Etat dans les espèces considérées¹¹⁶⁶. En 2002, la décision *Zehnalova et Zehnal c. République tchèque* relative à l'accès aux bâtiments publics confirme cette approche tout en la corsetant de manière assez ferme. La Cour y a fait état de sa perplexité quant aux limites du droit au respect de la vie privée et à la concurrence entre la Convention et la Charte sociale européenne. Ainsi, « la question est de savoir où sont les limites de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention et où est la frontière qui sépare les droits garantis par la Convention d'une part et les droits sociaux garantis par la Charte sociale européenne d'autre part. La Cour admet que l'évolution continue de la société européenne exige de la part des gouvernements nationaux des efforts et des engagements de plus en plus importants pour remédier aux défaillances diverses et que, dès lors, l'Etat intervient de plus en plus souvent dans la vie privée des individus. Toutefois, ce champ d'intervention de l'Etat et la notion progressive de vie privée ne correspondent pas toujours au contenu plus limité des obligations positives de ce dernier », étant entendu néanmoins que les Etats peuvent être tenus de prendre des mesures positives lorsque

¹¹⁶⁰ D. ROMAN, « La protection sociale », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 266.

¹¹⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998.

¹¹⁶² B. MAURER, « De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 611 et 615.

¹¹⁶³ *Ibid.*, pp. 617-618.

¹¹⁶⁴ Cour eur. dr. h., déc. *Marzari c. Italie* du 4 mai 1999.

¹¹⁶⁵ Cour eur. dr. h., déc. *La Parola c. Italie* du 20 novembre 2000.

¹¹⁶⁶ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux ... », *Ibid.*, pp. 765-766.

l'absence de celles-ci feraient obstacle au droit de « mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel » et « d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains »¹¹⁶⁷.

569. Deux décisions plus récentes paraissent raffermir les liens entre la garantie du respect de la vie privée et les efforts à déployer pour permettre l'intégration des personnes handicapées.

Dans une décision *Molka c. Pologne* du 11 avril 2006, la Cour a affirmé que « dans un certain nombre d'affaires elle a estimé que l'article 8 entraînait en ligne de compte s'agissant de griefs relatifs au financement public destiné à favoriser la mobilité et la qualité de vie de requérants handicapés » et que « plus généralement, [elle] observe que la jouissance effective, par les personnes handicapées, de nombreux droits garantis par la Convention peut exiger l'adoption de différentes mesures positives par les autorités compétentes de l'Etat » au regard notamment de différents textes émanant du Conseil de l'Europe. Dans ces conditions, la Cour n'a pas exclu que la question de l'accès des personnes handicapées aux bureaux de vote puisse entrer dans le champ de la protection procurée par l'article 8. Cependant, « la marge d'appréciation est d'autant plus ample que l'enjeu concerne le fait d'offrir aux personnes handicapées un accès adéquat aux bureaux de vote, question qui doit nécessairement être appréciée dans le contexte de l'affectation de fonds publics limités » puisque « dès lors qu'elles savent quels sont les crédits disponibles pour ménager pareil accès, les autorités nationales sont mieux placées qu'un tribunal international pour procéder à cette appréciation ». La requête a donc été jugée irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

Enfin, dans une décision du 5 février 2013 rendue dans l'affaire *Bayrakci c. Turquie*, la Cour a pour la première fois inclus l'autonomie des personnes handicapées dans le cadre de l'article 8 de la Convention. Ainsi a-t-elle considéré que « l'absence de toilettes adaptées au handicap du requérant sur son lieu de travail peut avoir des conséquences réelles et sérieuses sur sa vie quotidienne. Par ailleurs, la Cour estime que l'on ne saurait exclure que le manquement de l'administration à installer des toilettes adaptées aux besoins du requérant, qui souhaite mener une vie active normale, a pu faire naître en lui des sentiments d'humiliation et de détresse susceptibles d'influer sur son autonomie personnelle, et donc sur la qualité de sa vie privée » (§ 26). En conséquence, il n'est pas exclu qu'« il existe un lien direct et immédiat entre les mesures exigées par le requérant et sa vie privée et conclut par conséquent que l'article 8 de la Convention peut trouver à s'appliquer dans les circonstances de l'espèce » (§ 27). La Cour a cependant dû rejeter la requête au titre du défaut d'épuisement des voies de recours internes. Les décisions *Molka* et *Bayrakci* rendent compte de ce que la Cour n'entend plus maintenir en dehors du champ des dispositions de la Convention la question des soutiens à apporter aux personnes handicapées. En ce sens, en dépassant l'obstacle initialement constitué par l'irrecevabilité *ratione materiae*, la Cour répond – dans un contexte caractérisé par une certaine convergence d'instruments internationaux et nationaux – aux sollicitations doctrinales qui avaient pu être formulées à la suite de la décision *Zehnalova et Zehnal*¹¹⁶⁸.

D. L'intégrité de la dépouille mortelle

570. Après le décès de la personne, les proches du défunt peuvent exiger de l'Etat et opposer aux tiers le respect de l'intégrité de sa dépouille mortelle. Certes, la Cour a jugé, dans la

¹¹⁶⁷ Selon la Cour, « la Convention ne saurait s'appliquer en règle générale et chaque fois que la vie quotidienne de la requérante est en cause, mais seulement dans les cas exceptionnels où un manque d'accès aux établissements publics et ouverts au public empêcherait la requérante de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur soient mis en cause ».

¹¹⁶⁸ D. ROMAN, « La protection sociale », *op. cit.*, pp. 269-270.

décision d'irrecevabilité *Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark* du 15 mai 2006 que les proches ne pouvaient agir devant la Cour au titre des droits du défunt dès lors que ce serait pousser trop loin le raisonnement élaboré dans la jurisprudence relative à la protection de l'intégrité physique¹¹⁶⁹. Toutefois, elle permet aux proches de la personne décédée de faire valoir dans le prétoire strasbourgeois leur propre droit conventionnel au respect de la vie privée qui recouvre notamment le droit de donner au défunt une sépulture. Ce droit est toutefois susceptible de connaître des restrictions légitimes au titre de nécessités de droit civil ou de droit pénal.

A plusieurs reprises, la Cour a pu condamner la circonstance que dans le contexte de morts suspectes, les autorités n'avaient pas fait montre de la diligence requise pour remettre le corps dans un délai acceptable à la famille du défunt. La Cour a notamment conclu à la violation de l'article 8 dans *Pannullo et Forte c. France* dès lors que si les besoins de l'enquête relative à d'éventuelles négligences médicales avaient justifié la rétention du corps de l'enfant des requérants le temps nécessaire à l'autopsie, celui-ci aurait pu être remis à ses parents dès après l'autopsie ce qui n'avait pas été le cas en raison de l'inertie des autorités (§§ 38-40)¹¹⁷⁰.

Le droit au respect de la vie privée n'implique pas que la dépouille mortelle ne puisse jamais être exhumée aux fins de prélèvements nécessaires, par exemple, afin d'établir un lien de filiation biologique. Ainsi dans l'affaire *Jäggi c. Suisse*, la Cour a notamment mis en balance « d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt [et] le droit au respect des morts » et jugé que le premier l'emportait sur les seconds dès lors notamment qu'« un prélèvement d'ADN, constitue [...] une ingérence relativement peu intrusive » et que dans tous les cas « la dépouille du défunt [devait être] exhumée à l'expiration de la concession [...] en 2016 » (§§ 39-44).

Les modalités du transport et de l'inhumation relèvent aussi de la vie privée protégée par l'article 8, y compris lorsqu'il s'agit du corps d'un enfant mort-né¹¹⁷¹. La Cour aurait en outre sans doute conclu à la violation de la Convention, n'était son incompétence *ratione temporis*, dans l'affaire *Kikots et Kikota c. Lettonie* dans le cadre de laquelle les requérants dénonçaient des prélèvements effectués, à leur insu, sur le corps de leur fille décédée dans un accident de la route au profit d'une entreprise privée qui, par la suite, avait vendu les tissus à une société spécialisée en matière de greffes.

¹¹⁶⁹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, § 42.

¹¹⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Pannullo et Forte c. France* du 30 octobre 2001. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Girard c. France* du 30 juin 2011 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Sabanchiyeva et autres c. Russie* du 6 juin 2013 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kushtova et autres c. Russie* du 16 janvier 2014 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Abdulayeva c. Russie* du 16 janvier 2014 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Zalov et Khakulova* du 16 janvier 2014 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Arkhestov et autres c. Russie* du 16 janvier 2014.

¹¹⁷¹ Ainsi, dans une affaire *Hadri-Vionnet c. Suisse*, la Cour s'est penchée sur les questions liées à l'inhumation et à la sépulture d'un enfant mort-né. La mère de l'enfant était une demandeuse d'asile qui avait été placée dans un centre d'accueil. En 1997, elle avait donné naissance à un enfant mort-né dont le père était un ressortissant suisse. La mère avait été transférée du centre à l'hôpital. Quand on leur avait demandé s'ils souhaitaient voir le corps, le père et la mère avaient refusé et un enterrement avait été organisé sans cérémonie et hors la présence de la requérante. L'enfant avait été enterré dans une fosse commune après avoir été transporté dans une camionnette de livraison. La Cour, dans son arrêt du 14 février 2008, a tout d'abord estimé, en se référant à sa jurisprudence précitée, que l'article 8 de la Convention était applicable à la question de savoir si la requérante était en droit d'assister à l'enterrement de son enfant et de voir sa dépouille transportée dans un véhicule approprié (§ 50). En l'espèce tant le déplacement de la dépouille de l'enfant que son inhumation dans une fosse commune violaient les dispositions légales internes pertinentes (§§ 59-60). Les deux ingérences ne reposaient sur aucune base légale et il y avait partant eu une violation de l'article 8 (§§ 61 et 62). Voy. dans le même sens : Cour eur. dr. h., arrêt *Maric c. Croatie* du 12 juin 2014.

§ 2. L'autonomie personnelle

571. La revendication par l'individu du droit au respect des choix qu'il entend poser relativement à son propre corps pose la question classique de la *disponibilité du corps*. Comme l'explique Jean-Louis RENCHON, l'individu réclame la possibilité de « choisir [lui]-même ses pratiques ou ses orientations sexuelles », de « [consentir] [...] à tout acte qui porterait ou serait susceptible de porter atteinte à son intégrité physique » et d'« exercer une emprise sur son corps ou de changer la morphologie de son corps »¹¹⁷². Dans ce contexte, la principale question est inévitablement celle de la légitimité d'un certain « paternalisme » de l'Etat et des *raisons* et des *modalités* d'un tel paternalisme. Il échet alors de s'interroger sur la manière dont le respect de l'autonomie personnelle peut être concilié par l'Etat avec les obligations de protection qui pèsent sur lui et, au-delà, avec les valeurs collectives qu'il entendrait faire prévaloir lorsque le corps est en jeu. La reconnaissance de la capacité juridique et donc de l'aptitude à poser ses propres choix implique-t-elle que l'Etat ne peut plus exercer aucun contrôle supplémentaire sur les choix posés par lui et qui ne mettent en péril que sa propre intégrité physique ?

Le premier domaine à examiner est celui de la sexualité dans lequel – parfois – la limite entre pratiques consensuelles et contraintes est difficile à tracer ce qui implique nécessairement une hésitation de l'Etat entre protection des personnes vulnérables et garantie de l'autonomie (A).

En deuxième lieu, l'autonomie se manifeste parfois dans le refus de l'individu de subir un traitement médical qui a pourtant vocation à protéger sa santé. A nouveau, il y va d'un tiraillement de l'Etat entre deux types d'obligations prescrivant des attitudes opposées. Il y aura lieu, le plus souvent, de procéder à un arbitrage *in concreto* des intérêts en concours, en tenant compte – le cas échéant – de la vulnérabilité de la personne (B).

En troisième lieu, l'individu revendique la possibilité de modifier son corps, semblable revendication s'étant jusqu'à présent essentiellement exprimée dans les requêtes présentées à la Cour par des personnes souhaitant subir une opération de réassignation sexuelle. A cet égard, la Cour doit fréquemment arbitrer des débats qui concernent, non pas seulement la demande de réglementation, mais également – de plus en plus – la question de la prise en charge du traitement (C).

Enfin, l'individu réclame la possibilité de disposer de son corps après son décès notamment en choisissant entre inhumation et crémation ou bien en choisissant l'endroit où reposeront sa dépouille ou ses cendres (D).

Transversalement, les questions liées à l'autonomie corporelle font entrer en scène la question de l'impact de la morale sur le droit, mais dans une configuration où celle-ci est perpétuellement associée à – voire confondue avec – l'objectif de protéger les droits et libertés. On peut raisonnablement penser que la Cour sera à l'avenir saisie d'autres questions délicates liées à la chirurgie esthétiques, aux piercings ou au don d'organes¹¹⁷³.

A. La sexualité (et la violence) consentie(s)

¹¹⁷² J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 297-301.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 301.

572. La liberté de la vie sexuelle a été rapidement considérée par la Cour comme un aspect essentiel de la vie privée¹¹⁷⁴. Dès l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, la Cour a ainsi affirmé qu'elle constitue « un des aspects les plus intimes de la vie privée » (§ 52). Dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, elle a souligné que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle » (§ 83)¹¹⁷⁵. Les restrictions à la liberté sexuelle des individus ne peuvent dès lors être justifiées que par « des raisons particulièrement graves »¹¹⁷⁶. Rares sont, dans un tel contexte, les circonstances dans lesquelles l'Etat peut légitimement restreindre le droit de « déterminer en toute liberté les modalités des pratiques sexuelles auxquelles ils choisissent de se livrer »¹¹⁷⁷.

La principale question qui se pose est alors celle de savoir s'il est loisible à l'Etat d'interdire certaines pratiques sexuelles considérées « mauvaises » ou « immorales » ou bien si au contraire il lui revient d'adopter une attitude totalement neutre par rapport aux choix sexuels des individus¹¹⁷⁸. En d'autres termes, il s'agit de décider si certaines pratiques peuvent être objectivement identifiées comme constituant intrinsèquement un « mal » ou bien si, au contraire, un comportement sexuel ne peut être réprimé que s'il est vécu subjectivement par un des partenaires comme une atteinte à son intégrité sexuelle. Après s'être saisie vigoureusement de la question de la répression pénale de l'homosexualité (i), la Cour n'a plus eu qu'assez ponctuellement l'occasion d'appréhender les comportements sexuels marginaux qu'il s'agisse du sadomasochisme (ii) ou de l'inceste (iii). Au final, l'incertitude subsiste quant à la dimension objective ou subjective du contrôle étatique du sexe consensuel, sans que la maigre jurisprudence relative à la prostitution puisse procurer d'autres balises moins friables (iv).

i) La répression de l'homosexualité

573. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'homosexualité met en lumière la manière dont un comportement initialement considéré comme légitimement censurable a progressivement accédé au statut d'option égale – en termes de valeur – au choix opéré par la majorité en faveur de l'hétérosexualité. Pareille évolution correspond au basculement opéré dans les sociétés européennes depuis une conception suivant laquelle « la vie impliquant une conduite homosexuelle est mauvaise y compris pour quelqu'un de suffisamment infortuné pour avoir de manière innée ou quasi-innée une inclination homosexuelle »¹¹⁷⁹ à une conception opposée suivant laquelle « le sexe homosexuel est moralement neutre » au sens où

¹¹⁷⁴ J.-M. LARRALDE, « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 290.

¹¹⁷⁵ Pour certains, comme Jean-Marie LARRALDE, la liberté sexuelle est opportunément connectée à l'autonomie personnelle ou à l'autodétermination définie comme « la qualification de la relation que chacun entretient avec son propre corps » (J.-M. LARRALDE, « Libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, pp. 263-265). Pour Jean-Pierre MARGUÉNAUD, au contraire, la liberté sexuelle n'est pas connectée à cette notion. Pour cet auteur, « l'autonomie personnelle convient parfaitement lorsqu'il s'agit de choix strictement personnels engageant exclusivement l'individu replié sur lui-même, mais elle est en porte-à-faux dès que le choix implique une relation avec autrui pour pouvoir se concrétiser. C'est pourquoi, en matière sexuelle, elle ne peut guère convenir qu'à la question de l'onanisme » (J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2009, p. 20).

¹¹⁷⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 52.

¹¹⁷⁷ J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie ... », *op. cit.*, pp. 299.

¹¹⁷⁸ Ronald DWORKIN explique que « de nombreuses personnes pensent [...] que les choix que des partenaires adultes font à propos de la mécanique sexuelle ne soulève pas de questions morales : elles pensent que tout jugement qui condamne certains choix sexuel est faux » (R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, *op. cit.*, pp. 33-34).

¹¹⁷⁹ J. FINNIS, « Law, Morality and Sexual Orientation », *Notre Dame Law Review*, 1994, p. 1049 cité par J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life ...*, *op. cit.*, p. 86 (traduction libre).

« il n’y a rien d’intrinsèquement immoral ou mal à ce que deux personnes du même sexe entretiennent des relations sexuelles »¹¹⁸⁰.

α – La répression pénale des actes homosexuels : *Dudgeon c. Royaume-Uni*

574. Ainsi, dans l’affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, le requérant, Jeffrey Dudgeon, dénonçait l’existence, en Irlande du Nord, de lois érigeant en infraction certains actes homosexuels entre adultes consentants (§ 13). En raison de la spécificité du statut constitutionnel de l’Irlande du Nord, les normes considérées n’y avaient pas été amendées, alors qu’en Angleterre, au Pays de Galle et en Ecosse, les actes homosexuels consensuels entre adultes âgés de plus de 21 ans n’étaient plus incriminés (§§ 17-18). Les propositions tendant à un alignement de l’Irlande du Nord avaient donné lieu à des réactions très contrastées, mais majoritairement défavorables (§ 25). Dans ce contexte, le Ministre pour l’Irlande du Nord avait abandonné le projet de réforme (§ 26). Les législations litigieuses faisaient toutefois l’objet d’une application retenue dès lors qu’aux dires du gouvernement défendeur aucune poursuite n’avait été mise en œuvre entre 1972 et 1980 dans des cas qui n’auraient pas été considérés délictueux en Angleterre, au Pays de Galle et en Ecosse (§ 30). Le requérant, qui militait pour une réforme, avait été longuement interrogé sur sa vie sexuelle après qu’il ait été découvert chez lui – dans le cadre d’une affaire de stupéfiants – un journal intime relatant des activités homosexuelles. Le *Director of Public Prosecutions* n’avait cependant pas mis en œuvre de poursuites (§§ 32-33).

Dans son arrêt du 22 octobre 1981, la Cour, a considéré – comme la Commission avant elle – que le maintien en vigueur des législations litigieuses constituait une ingérence dans le respect du droit au respect de la vie privée du requérant (§§ 40-41). Elle a relevé que « les lois de 1861 et 1885 [avaient] été introduites pour imposer la conception alors dominante de la morale sexuelle » (§ 46) et qu’en l’occurrence, il paraissait « assez artificiel » de distinguer de manière rigide la protection de la morale et celle des droits et libertés d’autrui également invoquée par le gouvernement défendeur (§ 47). Pour le juge de Strasbourg, « sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d’autres formes de comportement sexuel, peut se justifier » (§ 49). Il restait à voir si elle était nécessaire dans une société démocratique, étant entendu que pareille société se définit notamment par la tolérance et l’esprit d’ouverture (§ 53) et qu’une ingérence qui concerne « l’un des aspects les plus intimes de la vie privée » ne peut se justifier que par « des raisons particulièrement graves » (§ 52).

Les juges européens ont signalé que la circonstance que d’autres parties du Royaume-Uni et d’autres Etats parties à la Convention avaient retenu une position différente n’induisait pas que la solution retenue en Irlande du Nord était inacceptable. En effet, « dans un État où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d’impératifs divers, tant moraux que sociaux » (§ 56). Dans ce contexte, « le climat moral de l’Irlande du Nord en matière sexuelle, tel que le révèle par exemple l’hostilité à la réforme législative envisagée, figure parmi les données dont les autorités nationales sont en droit de tenir compte en usant de leur pouvoir d’appréciation. Il y a, la Cour l’admet, une vigoureuse opposition ; elle procède de la conviction authentique et sincère, partagée par nombre d’esprits réfléchis de la province, qu’amender de législation y affaiblirait beaucoup les structures morales de la société (paragraphe 25 ci-dessus). Elle reflète [...] une certaine idée tant des exigences de la morale en Irlande du Nord que des mesures jugées nécessaires, dans la population, pour préserver les valeurs morales reçues. Opinion fondée ou non, et qui s’écarte peut-être des conceptions dominant ailleurs, mais son existence dans de larges milieux de la société nord-

¹¹⁸⁰ C.R. FELDBLUM, « The Right To Define one’s Own Concept of Existence : What Lawrence Can Mean for Intersex and Transgender People », *Geo. J. Gender & L.*, 2006, p. 117 (traduction libre).

irlandaise est assurément pertinente sous l'angle de l'article 8 par. 2 » (§ 57). La Cour a considéré que le gouvernement du Royaume-Uni, avait, au regard de ces différentes circonstances, agi avec soin et de bonne foi. Cela étant, le fait que l'Etat défendeur n'avait pas ménagé sa peine pour trouver une solution équilibrée ne pouvait démontrer à lui seul que l'ingérence litigieuse était nécessaire dans une société démocratique (§ 59).

Selon les juges européens, dans un contexte où l'homosexualité était mieux comprise et admise, y compris en Irlande du Nord (§ 60), la restriction dénoncée par Jeffrey Dudgeon était, en raison de son ampleur et de son caractère absolu, disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. Ainsi, « on ne saurait [...] parler d'un "besoin social impérieux" d'ériger de tels actes en infractions, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité. Du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaçant tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants » (§ 60).

La Cour n'a conclu à la violation de l'article 8 que par quinze voix contre quatre. Deux juges dissidents ont expressément exposé qu'à leurs yeux l'Etat devait être autorisé à défendre dans sa législation les valeurs morales dominant dans sa société. D'un côté, le juge chypriote Mehmed ZEKIA, a affirmé que la Cour avait sous-pondéré « la nécessité de conserver en vigueur une loi qui protège les valeurs morales tenues en haute estime par la majorité » et que « la légalisation des actes homosexuels commis en privé par des adultes risquerait fort de provoquer de nombreux remous dans le pays considéré ». De l'autre, le juge WALSH a affirmé que « la loi aide à influencer sur les attitudes morales et si le gouvernement défendeur estime que le changement recherché de la législation aurait un effet néfaste sur les attitudes morales, il est à mon sens en droit de maintenir la législation actuelle ». C'est donc essentiellement dans cette affaire la question du poids autonome de la morale qui a fait l'objet de dissensions au sein de la Cour.

L'arrêt *Dudgeon* pose des principes solides pour l'examen de la jurisprudence ultérieure de la Cour. La sexualité est un aspect intime de la vie privée. Toute restriction y apportée doit reposer sur des raisons particulièrement graves. Les perceptions morales dominantes sont à cet égard pertinentes, même si elles varient dans l'espace et qu'elles soient fondées ou pas, mais elles apparaissent fragiles si elles ne sont pas liées à un risque de nuire à des personnes vulnérables ou à des répercussions sur la collectivité. Le recours à une interdiction absolue agrémentée de sanctions pénales peut être disproportionné, quand bien même l'Etat agit soigneusement et de bonne foi et même en l'absence de poursuites.

575. Dans les arrêts *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988 et *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, qui concernaient eux-aussi la répression pénale de l'homosexualité, la Cour a reconduit l'approche adoptée dans *Dudgeon*. Dans *Norris*, le requérant était dans une situation proche de celle de Monsieur Dudgeon et dénonçait les mêmes législations. Il n'avait cependant jamais fait l'objet – à la différence de Jeffrey Dudgeon – d'aucune mesure quelconque d'application de celles-ci. La Cour a considéré qu'il n'en avait pas moins subi une ingérence dans son droit au respect de la vie privée. De manière intéressante, le gouvernement prétendait qu'en matière de morale l'exigence d'un besoin social impérieux et celle d'un rapport de proportionnalité entre les mesures prises et le but légitime auraient dû être désactivées (§ 43). Pour la Cour cependant, rien ne commandait d'écarter cette approche qui avait été retenue dans *Dudgeon* (§§ 44-45) et, comme dans cette dernière affaire, les motifs invoqués à l'appui des législations litigieuses

étaient insuffisants pour justifier la criminalisation générale des relations sexuelles entre hommes adultes et consentants (§§ 46-47)¹¹⁸¹. Dans *Modinos*, le requérant était, comme Monsieur Norris, un militant de la cause homosexuelle qui n'avait fait personnellement l'objet d'aucune mesure d'application des articles 171 à 173 du Code pénal chypriote qui incriminaient notamment les rapports sexuels entre hommes adultes consentants (§ 8). Ayant confirmé que le requérant pouvait se plaindre d'une ingérence dans ses droits conventionnels malgré l'absence de mesure d'application (§§ 23-24), la Cour a très succinctement conclu à la violation de la Convention par simple référence à ses arrêts *Dudgeon* et *Norris* (§ 25).

β – L'interdiction des homosexuels dans l'armée : *Smith et Grady c. Royaume-Uni* et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*

576. Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour a condamné l'écartement de militaires homosexuels des forces armées britanniques.

Dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, une femme et un homme appartenant à la *Royal Air Force*, avaient vu leur homosexualité dénoncée aux autorités militaires. L'un et l'autre avaient fait l'objet d'une enquête et d'interrogatoires. Madame Smith et Monsieur Grady avaient avoué leur homosexualité et avaient été invités à exposer des détails relatifs à leur vie sexuelle avant d'être finalement tous deux révoqués (§§ 11-28). Ils avaient mis en œuvre une procédure de contrôle juridictionnel dont ils avaient été déboutés (§§ 29-41) et une procédure devant les juridictions du travail dont ils s'étaient désistés (§§ 42-43). Au Royaume-Uni, l'homosexualité entre adulte consentants n'était plus une infraction depuis 1967, mais une loi de 1994 (le *Criminal Justice and Public Order Act*) précisait que cela n'empêchait pas qu'un acte homosexuel constitue un motif de révocation de l'armée (§ 44). A la suite de la procédure qui avait eu lieu devant les juridictions internes, un groupe d'évaluation de la politique de l'armée en matière d'homosexualité avait été mis en place (§ 51 et s.). Aux termes des conclusions de ce groupe de travail l'intrusion dans la vie privée se justifiait en l'occurrence au regard des « risques pour la puissance de combat » (§ 62). Une commission parlementaire restreinte avait réexaminé la question en 1996 et confirmé que « la présence d'homosexuels déclarés nuitrait gravement au moral des troupes et, en définitive, à l'efficacité opérationnelle ».

Dans son arrêt du 27 septembre 1999, la Cour a relevé que les enquêtes et interrogatoires de même que les révocations subséquentes avaient constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérants. Elle a relevé, à cet égard, que « le Gouvernement [ne soutenait] pas que les requérants, en entrant dans l'armée, [avaient] renoncé aux droits garantis par l'article 8 de la Convention » (§ 71). Prévue par la loi, cette ingérence poursuivait l'objectif d'assurer « l'efficacité opérationnelle des forces armées » apparenté à la protection de la sécurité nationale et à la défense de l'ordre (§ 74)¹¹⁸². Il restait à voir si elle était nécessaire dans une société démocratique, étant entendu que pareille société se définit par « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » (§ 87) et qu'une ingérence qui concerne « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée » ne peut se justifier que par « des raisons particulièrement graves » (§ 88). Selon la Cour, chaque Etat est compétent pour organiser la discipline militaire et jouit d'une certaine marge d'appréciation, mais le droit à la vie privée s'applique aux militaires de même qu'aux autres personnes et les restrictions y apportées doivent être liées à des risques dont l'existence est attestée par des exemples concrets (§ 89).

¹¹⁸¹ Cette décision n'a toutefois été prise que par huit voix contre six, dès lors que plusieurs juges ont considéré que Monsieur Norris ne pouvait prétendre à la qualité de victime à défaut d'une quelconque mesure d'application des législations par lui dénoncée.

¹¹⁸² Voy. pour une mobilisation de ce même argument Cour eur. dr. h., arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, §§ 113 et 144.

En l'occurrence, l'ingérence était particulièrement grave au regard du caractère intrusif des investigations auxquelles il avait été procédé, des conséquences pour les intéressés et du caractère général et absolu de la mesure (§§ 90-93). Or, « les problèmes perçus [...] comme menaçant la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles » (§ 96) et, aux yeux de la Cour, « ces attitudes, même si elles [reflétaient] sincèrement les sentiments de ceux qui les [avaient] exprimées, [allaient] d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels » (§ 97). Selon la Cour, « dans la mesure où ces attitudes négatives [correspondaient] aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, [elle ne pouvait] les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne [l'aurait fait] pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes » (§ 97). La Cour était cependant prête à admettre que « certaines difficultés » pouvaient découler du changement de la politique considérée, de la même manière qu'avaient initialement causé des difficultés « la présence de femmes et de minorités raciales » (§ 101). Selon elle, cependant, ce type de problème pouvait être réglé pour les homosexuels, par l'introduction d'un code de conduite strict et de portée générale, comme il l'avait été pour les femmes et les minorités raciales (§ 102). Elle n'a pas davantage accueilli l'argument lié au mode de logement collectif propre à l'armée et a souligné que les Etats interdisant de manière générale les homosexuels dans l'armée étaient désormais largement minoritaires (§§ 103-104). Il s'ensuivait que l'ingérence litigieuse ne se trouvait justifiée par aucune raison particulièrement grave et que l'article 8 de la Convention avait été violé¹¹⁸³. Rendu le même jour, l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, qui concerne la Royal Navy plutôt que la Royal Air Force, est pratiquement identique à l'arrêt *Smith et Grady*¹¹⁸⁴.

Les Etats ne peuvent donc pas plus exclure les homosexuels de la fonction publique qu'ils ne peuvent ériger leur choix d'orientation sexuelle en infraction pénale. Si la structure du raisonnement de la Cour (importance et absoluité de l'ingérence, exigence d'un risque démontré) est globalement identique, il convient de mettre en évidence que le regard porté par la Cour sur l'hostilité à l'égard des homosexuels a semble-t-il profondément changé : alors que dans *Dudgeon*, les options morales irlandaises étaient présentées sous un jour relativement favorable, dans *Smith et Grady*, les attitudes négatives adoptées par la majorité hétérosexuelle à l'encontre de la minorité sexuelle sont clairement stigmatisées et en tout cas exclues comme justification éventuelle de restrictions aux droits. Seules sont prises en considération les difficultés liées au « changement de politique », mais la Cour invite l'Etat à les régler par une mesure intermédiaire telle que l'édiction d'un code de conduite.

γ – La répression pénale des actes homosexuels en groupe ou impliquant un adolescent : A.D.T. c. Royaume-Uni, L. et V. c. Autriche et Santos Couto c. Portugal

¹¹⁸³ Voy. cependant la position du juge LOUCAIDES qui expose dans son opinion dissidente que la marge d'appréciation doit être élargie lorsqu'est en cause la sécurité nationale. Selon lui, le logement en commun d'hétérosexuel et d'homosexuel était bel et bien de nature à poser des problèmes et la politique du ministère de la défense était justifiée. La Cour n'a pas souhaité envisager l'affaire sous l'angle distinct des articles 14 et 8 combinés (§ 116). Elle a par ailleurs rejeté un grief formulé sous l'angle de l'article 3, considérant que le niveau de gravité requis par cette disposition n'avait pas été atteint en l'espèce (§ 123) et refusé d'examiner l'affaire aussi sous l'angle de l'article 10 même si le silence auquel avait été contraint les requérants pouvait constituer une ingérence dans la liberté d'expression (§ 128). Elle a au demeurant considéré que la procédure de contrôle juridictionnel offerte par le droit anglais et dans le cadre de laquelle avait été mis en œuvre un contrôle de rationalité de la politique litigieuse ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 13 de la Convention (§ 138).

¹¹⁸⁴ Le juge LOUCAIDES y a d'ailleurs exposé la même opinion dissidente.

577. La Cour a alors été saisie de la question de savoir si certaines pratiques sexuelles – telles que le sexe en groupe, le sexe entre un adulte et un adolescent consentant ou des relations sexuelles rémunérées – pouvaient donner lieu à une répression plus ferme lorsqu’elles revêtaient un caractère homosexuel.

578. Dans l’affaire *A.D.T. c. Royaume-Uni* soldée par un arrêt du 31 juillet 2000, la Cour a ainsi été amenée à statuer sur la condamnation par les juridictions nationales d’un homme qui s’était livré à son domicile à des actes sexuels impliquant jusqu’à quatre autres hommes adultes. Lors d’une perquisition à son domicile, l’on avait découvert des enregistrements vidéos rendant compte de l’accomplissement de ces actes (§§ 9 et 10). Or, si le droit interne ne condamnait plus, depuis 1967, les rapports homosexuels entre hommes adultes, privés et consentis, la loi sur les infractions sexuelles prévoyait qu’un tel rapport ne pouvait plus être considéré privé si plus de deux personnes y participaient ou y assistaient (§ 17)¹¹⁸⁵.

Ayant considéré que, malgré l’enregistrement des actes considérés, et dès lors que ceux-ci n’étaient pas appelés à être diffusés, l’existence même des dispositions litigieuses de même que les poursuites entreprises à l’encontre du requérant avaient constitué une ingérence dans son droit au respect de la vie privée (§ 26), la Cour a souligné que la seule différence avec les affaires *Norris* et *Modinos* résidait dans la circonstance qu’étaient en cause des actes homosexuels entre plusieurs hommes (§ 34), et considéré qu’eu égard à l’étroitesse de la marge d’appréciation à reconnaître aux Etats les motifs invoqués par le gouvernement ne permettaient pas de justifier le maintien de la législation en question et l’application qui en avait été faite aux requérant :

37. La Cour admet le point de vue du Gouvernement selon lequel, à un certain stade, des actes sexuels peuvent être accomplis de manière telle que l'intervention de l'Etat est justifiable, soit parce qu'elle ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, soit pour la protection, par exemple de la santé ou de la morale. Toutefois, aucun de ces éléments ne ressort des faits de la présente affaire. Le requérant participait à des actes sexuels avec un nombre restreint d'amis dans des circonstances telles qu'il était très peu probable que d'autres personnes auraient connaissance de cet épisode. Il est vrai que les actes en question ont été enregistrés sur une cassette vidéo, mais la Cour relève que le requérant a été poursuivi en raison des actes eux-mêmes, non de l'enregistrement ou d'un quelconque risque que celui-ci soit répandu dans le public. Ces actes revêtaient donc un caractère véritablement « privé », et la Cour doit retenir la même marge d'appréciation étroite qu'elle avait jugée applicable dans d'autres affaires portant sur des aspects intimes de la vie privée (comme par exemple dans l'arrêt *Dudgeon*, p. 21, § 52).

38. Etant donné l’étroitesse de la marge d’appréciation dont disposaient les autorités nationales en l’espèce, l'absence de toute considération de santé publique et le caractère purement privé du comportement litigieux, la Cour estime que les motifs invoqués pour le maintien en vigueur de la législation qui érige en infraction les actes homosexuels commis en privé entre hommes, et a fortiori les raisons avancées à l’appui des poursuites et de la condamnation qui ont eu lieu en l’espèce, ne suffisent à justifier ni la législation ni les poursuites.

579. Dans l’arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003, la Cour a considéré que la condamnation pénale des deux requérants – qui avaient eu des rapports homosexuels avec des adolescents¹¹⁸⁶ – avait constitué une violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention. L’article 209 du Code pénal incriminait ainsi les relations sexuelles entre un homme de plus de 19 ans et un adolescent de 14 à 18 ans. Par contre les relations hétérosexuelles ou lesbiennes entre adulte et adolescent n’étaient pas punissables (§§ 18-19). En 2002, le texte avait été abrogé au profit d’un article 207b s’appliquant indifféremment aux rapports hétérosexuels et

¹¹⁸⁵ Par contre de tels rapports entre plusieurs femmes et les rapports hétérosexuels de groupe n’étaient pas pénalement répréhensibles (§§ 18-19).

¹¹⁸⁶ Le premier requérant avait eu, en Autriche et à l’étranger, des rapports homosexuels avec de nombreux adolescents âgés de quatorze à dix-huit ans (§ 10). Le second requérant s’était livré à des fellations avec un adolescent âgé de 15 ans (§ 15).

homosexuels et punissant l'utilisation par un adulte de l'immatunité ou des difficultés d'un adolescent de moins de 16 ans (§ 21)¹¹⁸⁷.

La Cour a fait le choix exprès d'appréhender l'affaire en premier lieu sous l'angle de l'exigence de non-discrimination (§ 35). Ayant rappelé que l'affaire concernait « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée des requérants » (§ 36) et que « les différences fondées sur l'orientation sexuelle [devaient] être justifiées par des raisons particulièrement graves » (§ 45), la Cour a relevé que la protection du développement sexuel des adolescents était un objectif légitime (§ 46). A la question décisive de savoir s'il se justifiait de maintenir un âge différent pour le consentement à des relations homosexuelles masculines, la Cour a répondu – en renvoyant à *Smith et Grady* – qu'elle ne pouvait considérer « les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle » comme « une justification suffisante en soi à la différence de traitement en cause, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes » (§ 52).

580. Ces positionnements ont été confirmés dans l'affaire *Santos Couto c. Portugal* soldée par un arrêt du 21 septembre 2010. Le requérant avait été poursuivi pour avoir recouru aux services d'un groupe de mineurs de sexe masculin se livrant à la prostitution (§ 6). En février 2006, il avait été condamné par le tribunal criminel de Lisbonne sur base de l'article 175 du Code pénal portugais qui prévoyait l'infraction d'activités homosexuelles avec des adolescents (§ 8). En appel, le requérant avait fait valoir que cette disposition était discriminatoire, dès lors qu'elle n'exigeait pas, comme l'article 174 du même code qui punissait les activités hétérosexuelles avec des adolescents, l'existence d'un abus de l'inexpérience de l'adolescent (§ 9). La Cour d'appel avait statué de manière particulièrement ambiguë. Ainsi, d'un côté, elle avait souligné que « l'on [portait] un jugement plus sévère à l'égard des relations homosexuelles, surtout lorsqu'il s'agit de mineurs dont la liberté de détermination sexuelle est toujours en formation [et que] l'on ne [pouvait] par conséquent censurer le législateur d'avoir voulu ajouter une condition supplémentaire à celles prévues par l'article 174 » dès lors qu'il « [s'était] borné à traiter de manière différente des situations qui [étaient] elles aussi différentes » (§ 10). Elle avait, de l'autre côté, considéré qu'en tout état de cause « si, comme en l'espèce, [l'auteur abusait] de l'inexpérience du mineur, la question de l'inconstitutionnalité de l'article 175 – confronté avec l'article 174 – ne se [posait] pas, l'auteur étant puni aux mêmes conditions que celles de l'article 174 » (§ 11). Le 25 juin 2007, le Tribunal constitutionnel portugais avait confirmé que, dès lors qu'il avait été considéré par les juridictions inférieures que le requérant avait abusé de l'inexpérience des mineurs, « l'aspect de l'article 175 considéré comme inconstitutionnel par le requérant [n'avait] [...] pas été le *ratio decidendi* des décisions attaquées » et il n'y avait consécutivement pas lieu de l'examiner (§ 14).

Privilégiant à nouveau l'approche fondée sur les articles 8 et 14 combinés, la Cour a relevé qu'était bien en cause « un des aspects les plus intimes de la vie privée du requérant » (§ 32). Elle a également pointé que le tribunal constitutionnel avait, dès 2005, considéré inconstitutionnelle la différence entre les régimes respectifs des articles 174 et 175 du Code civil. Le code pénal avait alors été modifié et prévoyait désormais une infraction unique d'activité sexuelle avec des adolescents (§ 39). Cette évolution inspirée de sa propre jurisprudence devait être approuvée, mais il lui appartenait de prendre position non pas sur la législation portugaise *in abstracto*, mais bien sur l'application concrète qui en avait été faite au requérant (§ 40). A cet égard, les juges de Strasbourg ont relevé que « prenant ainsi en considération l'élément "abus de l'inexpérience", les juridictions internes [avaient], comme le Tribunal constitutionnel [l'avait] relevé, condamné le requérant en faisant appel aux mêmes conditions d'incrimination que celles prévues à l'article 174 du code pénal, même si,

¹¹⁸⁷ Cette modification législative faisait suite au constat par la Cour constitutionnelle autrichienne de l'inconstitutionnalité de l'article 209 du Code pénal (§ 28).

formellement, l'intéressé [avait] été condamné pour l'infraction prévue à l'article 175 de ce même code » tandis que les considérations émises par la Cour d'appel « certes regrettables et malheureuses [n'avaient] eu aucune incidence sur les conditions d'incrimination du requérant »¹¹⁸⁸. Dans ce contexte, les dispositions de la Convention n'avaient pas été violées.

581. Ensuite de ces trois arrêts, il faut donc prendre acte de ce que la moralité hétérosexuelle ne constitue plus, en droit de la Convention, un motif susceptible de justifier une ingérence lourde comme la répression pénale ou une différenciation, sur ce même plan pénal, par rapport aux infractions sexuelles commises dans un contexte hétérosexuel¹¹⁸⁹.

ii) *La répression du sadomasochisme : Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni et K.A. et A.D. c. Belgique*

582. Selon John EEKELAAR « la reconnaissance d'une sphère privilégiée est une valeur quelle que soit la valeur des activités (non dangereuses) qui ont lieu à l'intérieur de celle-ci » mais « respecter la sphère privilégiée n'implique pas nécessairement de reconnaître la liberté de s'engager dans des activités dangereuses consensuelles »¹¹⁹⁰. La question des pratiques sadomasochistes se distingue donc – par cet aspect de dangerosité – de la question de l'homosexualité. La Cour a rendu deux arrêts en la matière dans le cadre desquels elle a conclu à l'acceptabilité des poursuites et condamnations mises en œuvre à l'égard des requérants¹¹⁹¹. Si ces deux arrêts font bénéficier les actes considérés de la protection très forte attachée à la liberté de la sexualité, ils rendent compte d'une plus grande légitimité de principe de l'intervention de l'Etat tout en laissant persister un « flou » considérable quant aux raisons invocables au soutien d'une ingérence. Il est en tout cas clair que les actes sadomasochistes présentant un certain degré d'intensité font tout au plus l'objet d'une « tolérance circonspecte ».

583. Dans la première affaire, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*¹¹⁹², où les requérants et quarante-quatre autres hommes avaient été poursuivis, notamment pour coups et blessures, après que la police ait mis la main sur des vidéocassettes les montrant accomplissant des actes homosexuels et sadomasochistes, la Cour a clairement décidé que des pratiques

¹¹⁸⁸ Comp. Cour eur. dr. h., arrêt Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008.

¹¹⁸⁹ Dans un arrêt Alekseyev c. Russie du 21 octobre 2010, la Cour a condamné la Russie au titre de l'interdiction de manifestations organisées par des militants de la cause homosexuelle. Sur le terrain de l'article 11 pris isolément, la Cour a relevé que « toute décision restreignant l'exercice de la liberté de réunion doit reposer sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, parmi d'autres arrêts, Parti populaire démocrate-chrétien, précité, § 70) » alors qu'en l'espèce « les seuls facteurs que les autorités moscovites ont pris en compte étaient l'opposition du public à l'événement et les opinions morales des agents de l'Etat » (§ 85). A cet égard, le maire de Moscou avait exposé qu'il était « nécessaire de confiner toute référence à l'homosexualité à la sphère privée et de soustraire les gays et les lesbiennes aux yeux du public, comme si l'homosexualité était un choix délibéré et asocial » dans un contexte où il n'était pourtant pas établi que « la simple mention de l'homosexualité ou un débat public ouvert sur le statut social des minorités sexuelles nuiraient aux enfants ou aux “adultes vulnérables” » (§§ 85-86)

¹¹⁹⁰ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 85 (traduction libre).

¹¹⁹¹ Voy. M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 72-110 ; F. KRENC, « Sadomasochisme, liberté sexuelle et dignité de la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 331 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2009, n° 49, pp. 19-27 ; J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1329 et s.

¹¹⁹² M. LEVINET, « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », note sous Cour eur. D.H., arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 738-745.

sexuelles sadomasochistes consensuelles¹¹⁹³ mais très violentes¹¹⁹⁴ pouvaient légitimement être réprimée par l'Etat.

Elle a souligné, dans son arrêt 19 février 1997, que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 » et relevé qu'en l'occurrence les pratiques considérées impliquaient de nombreuses personnes et étaient filmées. Cependant, aucune des parties ne contestait l'applicabilité de l'article 8 et la Cour a considéré qu'il ne lui revenait pas d'examiner ce point d'initiative (§ 36)¹¹⁹⁵. La Cour a en tout cas exposé qu'elle estimait que « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels » et « que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien » (§ 43). Il s'ensuivait que le contentieux du sadomasochisme se distinguait des affaires d'homosexualité dont la Cour avait eu auparavant à traiter. Ainsi, « les pratiques sadomasochistes des requérants [avaient] entraîné des lésions ou blessures d'une gravité certaine et non pas seulement légères ou passagères » et « cela [suffisait] à distinguer la cause d'affaires antérieurement examinées par la Cour, qui avaient trait à des actes homosexuels auxquels des adultes consentants s'étaient livrés en privé, et ne présentaient pas une telle caractéristique » (§ 45).

Dès lors, la Cour a considéré que « les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé » et qu'il n'était « pas nécessaire de rechercher si l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit au respect de leur vie privée pouvait également se justifier par la protection de la morale ». Cependant, pareil constat ne devait « pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'Etat de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale » (§§ 50-51)¹¹⁹⁶. Le juge français Louis-Edmond PETTITI a exposé qu'il lui paraissait nécessaire que la Cour exprime dans son arrêt la légitimité de la régulation et de la sanction « de pratiques d'abus sexuels même si ceux-ci n'entraînaient pas de dommages corporels mais des atteintes à la dignité » dès lors notamment que « la protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel ». Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Laskey*, rendu à l'unanimité, rendait compte de la possibilité pour l'Etat de restreindre les expressions très violentes de la liberté sexuelle, même lorsqu'il y était consenti, au titre, en tout cas, de la responsabilité de l'Etat sur le terrain des dommages au corps et, semble-t-il aussi, de la protection de la morale.

¹¹⁹³ Dans l'exposé des faits il est indiqué que « ces activités étaient librement consenties et menées en privé, apparemment sans autre but que la recherche du plaisir sexuel » (§ 8), mais dans son opinion concordante, le juge PETTITI demande « Peut-on considérer qu'il y a consentement libre et éclairé des adolescents participant aux séances sadomasochistes, invités par leurs aînés, moyennant diverses sollicitations y compris pécuniaires? ».

¹¹⁹⁴ Ainsi, « ces actes consistaient essentiellement en mauvais traitements infligés sur les parties génitales (à l'aide de cire chaude, de papier de verre, d'hameçons et d'aiguilles par exemple) et en rituels de flagellation soit à mains nues soit au moyen de divers objets tels que des orties, des ceintures à pointes ou des martinets. Dans certains cas, le marquage au fer rouge ou les lésions infligées provoquèrent des saignements et laissèrent des cicatrices » (§ 8).

¹¹⁹⁵ Dans son opinion concordante à cet arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, le juge Pettiti émet des considérations intéressantes relatives à l'applicabilité de l'article 8 à la situation des requérants. Selon lui, « dans le cas d'espèce il n'y avait pas même applicabilité de cet article (art. 8). On ne peut en effet donner une extension illimitée à la notion de vie privée. Tout ce qui concerne la vie privée ne peut automatiquement entrer dans le champ de protection que veut assurer la Convention. Il ne suffit pas que les comportements considérés aient lieu au domicile privé pour être assurés de toute immunité et impunité. Tout ce qui est à huis clos n'est pas forcément admissible ».

¹¹⁹⁶ Jean-Louis RENCHON a ainsi relevé que la Cour s'était placée sur le terrain de la protection de la santé, en contournant le terrain de la protection de la morale, mais n'avait pour autant pas moins clairement admis que « certaines pratiques sexuelles pouvaient être légitimement encadrées et réprimées au nom de l'intérêt collectif » (J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, pp. 1311-1312).

584. La seconde affaire, *K.A. et A.D. c. Belgique*, a toutefois fait voler ces certitudes en éclats. Elle concernait deux hommes, respectivement magistrat et médecin, qui s'étaient livrés à des pratiques sadomasochistes extrêmes sans s'interrompre lorsque leur victime, à un moment précis, avait cessé d'y consentir.

La Cour a affirmé, dans son arrêt du 17 février 2005, que le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps qui relève du droit à l'autonomie personnelle et rappelé que, dans son arrêt *Pretty*, elle avait admis que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend pouvait également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature dommageable ou dangereuse pour sa personne (§83). Cela étant, la Cour a aussitôt affirmé que les poursuites pénales mises en œuvre à l'égard des requérants avaient pour objectif la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de la santé (§ 81) quoique dans les développements subséquents de l'arrêt, seule la protection des droits et libertés d'autrui, ait été effectivement mobilisée par la Cour (§§ 83-85). Ainsi, « la liberté sexuelle se trouve nécessairement limitée par la volonté de la "victime" des pratiques dont le droit au libre choix des modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti » (§85).

La Cour a constaté que l'engagement des requérants d'arrêter immédiatement les pratiques en cause si leur « victime » n'y consentait plus n'avait pas été respecté et qu'il y avait eu une perte de contrôle et une escalade de violence. Elle a considéré – unanimement – que l'ingérence constituée par les poursuites et la condamnation pénale des deux requérants apparaissait nécessaire dans une société démocratique pour protéger les droits et libertés d'autrui et que, conséquemment, l'article 8 n'avait pas été violé (§§87 et 88).

585. Il est assurément regrettable, d'un point de vue doctrinal, que la Cour n'ait pas veillé à structurer davantage sa jurisprudence en matière de sadomasochisme. On relèvera en premier lieu que la motivation de l'arrêt *K.A. et A.D.* ne comporte aucune référence à l'arrêt *Laskey* qui s'imposait pourtant comme un incontournable précédent au regard de la question posée.

Par-delà ce premier reproche, la jurisprudence de la Cour se prête à deux interprétations très différentes.

On peut, *en premier lieu*, conclure à l'évacuation définitive de toute possibilité pour l'Etat de limiter la liberté sexuelle à d'autres fins que la protection de cette même liberté. Jean-Louis RENCHON constate ainsi que la Cour a balayé « les impératifs sociaux et/ou moraux qui, jusque-là, avaient fait considérer que la recherche du plaisir sexuel ne pouvait subitement légitimer, malgré la permissivité ambiante, des coups et blessures volontairement portés à autrui, à tout le moins lorsqu'ils présentent un certain caractère de gravité »¹¹⁹⁷. De même Michel LEVINET relève-t-il que l'arrêt conduit à penser que la liberté individuelle constitue le rempart ultime contre toutes les atteintes à la dignité de la personne et signale-t-il qu'« un juge qui, devenu "le champion de la protection de la liberté sexuelle, le contempteur de la morale traditionnelle au nom de la vie privée sexuelle", demeure largement en deçà de son office de conservateur des valeurs fondatrices de la Convention »¹¹⁹⁸.

Mais, on peut, *tout autant*, considérer que la Cour ne s'est simplement pas prononcée sur les autres motifs parce que ce n'était pas nécessaire à la résolution du cas qui lui était présenté. Ainsi Jean-Pierre MARGUÉNAUD a-t-il fait valoir que les réactions très vives suscitées par l'arrêt relevaient « des affres de l'interprétation *a contrario* », les contempteurs de l'arrêt considérant que, si la Cour n'avait pas condamné la Belgique *parce que* la victime ne consentait

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 1316.

¹¹⁹⁸ M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, p. 100.

plus, elle aurait en toute logique, *a contrario*, condamné l'Etat si la suppliciée avait accepté de subir les violences considérées¹¹⁹⁹. Tout au plus peut-on alors reprocher à la Cour son insuffisante ambition « pédagogique » et l'inaccomplissement en l'espèce de la dimension « constitutionnelle » de son office, dès lors qu'elle n'a pas cru utile de « dire quelque chose » de l'état des réflexions sur la légitimité de l'Etat à réguler la sexualité. Comme il apparaîtra au point iii), c'est cette seconde interprétation qui, à la lumière des développements jurisprudentiels ultérieurs semble devoir être retenue.

Il faut cependant encore relever la présence discrète dans ces deux affaires sadomasochistes d'interrogations relatives à l'existence et à la qualité du consentement à des actes sexuels très violents. Dans son opinion concordante à l'arrêt *Laskey*, le juge PETTITI se demande ainsi si l'on peut « considérer qu'il y a consentement libre et éclairé des adolescents participant aux séances sadomasochistes, invités par leurs aînés, moyennant diverses sollicitations y compris pécuniaires ». De même, les requérants exposaient-ils, dans l'affaire *K.A. et A.D.* que « le seul fait que l'épouse du premier requérant se faisait rémunérer pour ses prestations comme "esclave" dans un club n'enlèverait pas nécessairement à ses actes et, partant, à ceux du premier requérant, tout lien avec la vie privée » (§ 71). De la même manière que de nombreux autres rapports sociaux, la sexualité confronte parfois une partie « plus forte » et une partie « plus faible » et il paraît pertinent de relever – comme le fait le professeur Jean-Louis RENCHON – qu'« il n'y a pas de raison que le droit s'invite dans de très nombreux rapports sociaux pour protéger une partie faible des risques liés à sa domination par une partie forte et ne puisse absolument rien avoir à dire dans le champ de la vie sexuelle dont on présupposerait en quelque sorte que les comportements y sont toujours nécessairement réellement consentis »¹²⁰⁰.

iii) La répression de l'inceste : *Stübing c. Allemagne*

586. En 2012, le professeur Gérard GONZALEZ exposait qu'« on [voyait] mal où [étaient] les limites de l'autonomie sexuelle une fois écartées les questions du viol et du sadomasochisme mal maîtrisé »¹²⁰¹. La Cour devait cependant offrir, la même année, un nouvel arrêt relatif à la légitimité de la répression pénale des pratiques sexuelles minoritaires, affirmant sans ambiguïté la possibilité d'une censure légitime de certains comportements sexuels consensuels, même non violents.

L'affaire *Stübing c. Allemagne* concernait la répression pénale de l'inceste entre frère et sœur : en l'espèce le requérant avait, à la fin des années 70, été placé en famille d'accueil puis adopté alors qu'il était âgé de trois ans. Il avait repris contact avec sa famille d'origine en 2000 et avait rencontré sa sœur biologique. Leur mère était décédée cette même année et ils s'étaient rapproché jusqu'à avoir plusieurs rapports sexuels et à s'installer ensemble durant plusieurs années (§§ 6-7). Entre 2001 et 2005, ils avaient eu ensemble quatre enfants (§ 8). Récidiviste, le requérant avait été condamné à un an et quatre mois de prison (§ 11). Sa sœur, poursuivie pour les mêmes infractions, n'avait quant à elle pas été condamnée au regard de sa fragilité psychologique (§ 12). Aux termes d'une décision du 26 avril 2008, la Cour constitutionnelle allemande avait rejeté le recours formé par le requérant en considérant que les dispositions pénales litigieuses protégeaient le mariage et la famille (§ 16) et l'autodétermination sexuelle (§ 17). Elles tendaient également à prévenir les risques génétiques liés à la consanguinité (§ 18).

¹¹⁹⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 26.

¹²⁰⁰ J.-L. RENCHON, « La liberté ... », *op. cit.*, p. 1318. Voy. aussi : M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, p. 108.

¹²⁰¹ G. GONZALEZ, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 112-113.

La Cour a considéré que la condamnation pénale dont le requérant avait fait l'objet constituait une ingérence dans son droit au respect de la vie privée (§ 55)¹²⁰². Elle a ensuite estimé que la législation litigieuse avait pour objet légitime de protéger la morale de même que les droits et libertés d'autrui (§ 57). La Cour y a rappelé que la protection de la morale était un objectif légitime au sens de l'article 8 de la Convention. Elle s'est également appuyée sur l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande* rendu un an et demi plus tôt en matière d'avortement pour affirmer que les Etats parties sont *a priori* mieux placés que la Cour pour déterminer le contenu et les exigences de la morale (§§ 57-60). Ayant relevé qu'il n'existait pas de consensus européen sur la nécessité de réprimer pénalement les relations sexuelles entre frères et sœurs consanguins¹²⁰³, les juges européens ont relevé que tous les Etats parties prohibaient le mariage à ce degré de proximité en sorte qu'un consensus existait bel et bien suivant lequel les relations sexuelles considérées « ne sont acceptées ni pas l'ordre juridique ni par la société » (§ 61). Il s'ensuivait que bien que l'ingérence litigieuse concerne un aspect intime de la vie privée, il y avait lieu de reconnaître à l'Etat défendeur une large marge de manœuvre (§ 62).

La Cour a alors insisté sur la circonstance que la relation entre le requérant et sa sœur avait commencé au décès de leur mère alors que la jeune fille était âgée de 16 ans. Il était de sept ans son aîné et elle souffrait de troubles de la personnalité sérieux, liés à une enfance difficile et à des difficultés d'apprentissage, ce qui avait justifié qu'elle ne soit, quant à elle, pas condamnée (§ 64). Dans ce contexte, la Cour, limitant son examen au seul cas du requérant (§ 62) et relevant le soin apporté par la Cour constitutionnelle allemande à l'examen de l'affaire (§ 66), a considéré, à l'unanimité, que la condamnation du requérant correspondait à un besoin social impérieux et n'outrepassait pas la marge de manœuvre étatique.

L'arrêt *Stübing* fait-il toute la clarté sur les limites qui peuvent être légitimement apportées à la liberté de la vie sexuelle ? Non. En particulier, il est permis de s'interroger, à nouveau, sur le rapport entre le but de protection de la morale et le but de protection des droits et libertés d'autrui. Il existe ainsi une forme de symétrie entre les arrêts *K.A. et A.D.* et *Stübing* qui rend compte d'une certaine compénétration des dynamiques « moralisante » et « consensualiste » en matière de sexualité. Ainsi, s'il est sûrement important de relever le « come-back » formel de la morale dans le contentieux de la liberté sexuelle, sa signification ne devrait pas être surestimée. Il faut bien constater en effet qu'en l'espèce un poids considérable a été attribué à la vulnérabilité de la sœur du requérant et à la nécessité corrélative de protéger son propre droit à l'autodétermination sexuelle. Il n'est donc pas sûr que la Cour aurait conclu à la non-violation de la Convention si un doute raisonnablement objectivé n'avait pas existé en l'espèce : il n'est pas certain que le « dégoût » inspiré par l'inceste (le « *yuck factor* ») aurait pu justifier à lui seul l'absence de condamnation de l'Allemagne¹²⁰⁴. Il n'empêche que le retour de la morale dans le contentieux de la sexualité (après « l'éclipse » *K.A. et A.D.*) est d'autant plus significatif, qu'il influence même l'appréhension du consensus européen : n'est-il pas étonnant en effet, que la Cour, constatant l'absence de consensus sur la répression pénale de la sexualité incestueuse, mobilise une communauté de vue sur une autre question, celle du mariage incestueux, pour affirmer que de telles relations « ne sont acceptées ni pas l'ordre juridique ni par la société ». Or, il est important de ne pas confondre les plans, refuser l'accès à l'institution du mariage n'implique pas de poursuivre pénalement les actes sexuels : il s'agit là de questions

¹²⁰² La Cour a souligné qu'il n'était pas exclu que la circonstance que le requérant ait été empêché d'avoir des relations sexuelles avec sa sœur qui est la mère de ses quatre enfants puisse constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale (voy. *infra* n° 670).

¹²⁰³ La Cour relève que 28 Etats sur 47 Etats parties prévoient de telles poursuites.

¹²⁰⁴ Comp. P. THIELBÖRGER, « Judicial passivism ... », *op. cit.*, pp. 341-347. Voy. Aussi : J.R. SPENCER, « Incest and article 8 of the European Convention on Human Rights », *The Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 5-7 ; K. DYER, « The need to re-evaluate incest in the age of assisted reproductive techniques : *Stübing v. Germany* », *Family Law*, 2012, p. 1144 ; D. SOKOL, « What's so wrong with incest ? The case of *Stübing v Germany* », (<http://ukhumanrightsblog.com>).

radicalement différentes que la Cour devrait, de notre point de vue, ne pas emmêler (voy. *supra* n° 274 et s. et 473 et s.).

iv) *La prostitution : Tremblay c. France*

587. La prostitution a fait l'objet d'un arrêt *Tremblay c. France* du 11 septembre 2007. En l'espèce, une prostituée se disait injustement contrainte de poursuivre son activité de prostitution à raison des arriérés de cotisations sociales dont elle se trouvait redevable. A son estime, il s'agissait-là d'une violation de l'article 3 de la Convention¹²⁰⁵.

La Cour a affirmé qu'« il [était] manifeste qu'il n'y [avait] pas de consensus européen quant à la qualification de la prostitution en elle-même au regard de l'article 3 »¹²⁰⁶. Elle a relevé que la prostitution est incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte (§ 25)¹²⁰⁷, étant entendu que « certains [estiment] que la prostitution n'est jamais librement consentie mais toujours, au moins, contrainte par les conditions socioéconomiques » (§ 26). Dans ce contexte, elle a affirmé que « le fait pour une autorité, une administration ou un organisme interne de contraindre, d'une manière ou d'une autre, une personne à se prostituer ou à continuer à se prostituer revient à imposer à celle-ci un « traitement inhumain ou dégradant », au sens de l'article 3 de la Convention » (§ 26). En l'occurrence, la Cour a concédé que « l'obligation [...] faite à la requérante de payer ces dettes récurrentes [avait] rendu malaisée la cessation de l'activité prostitutionnelle dont elle tirait ses seuls revenus et entravé son projet de réinsertion » tout en s'affirmant « sensible aux difficultés – indéniables – de la situation de la requérante ». Cependant, la requérante ne démontrait pas qu'elle était tenue de financer le paiement de ses cotisations par la prostitution tandis que l'URSSAF avait fait montre d'une certaine souplesse en acceptant l'échelonnement des paiements (§ 33). Dès lors, l'article 3 de la Convention n'avait pas été violé¹²⁰⁸.

La référence faite par la Cour à la conception, défendue par certains, suivant laquelle « la prostitution [pourrait n'être] jamais librement consentie mais toujours, au moins, contrainte par les conditions socioéconomiques » (§ 26) est au cœur-même des questionnements induits par le sadomasochisme et l'inceste : serait-il possible de considérer qu'il n'est pas « imaginable » que l'on consente « authentiquement » à ces pratiques qui seraient alors nécessairement « subies » dans un contexte de domination psychologique et/ou économique. Tel est l'enjeu précis du « paternalisme » d'Etat et le point de jonction exact entre la clause de protection des droits et libertés d'autrui et les clauses de protection de la santé et de la morale. Ainsi, le droit de

¹²⁰⁵ La requérante invoquait également l'article 4 de la Convention.

¹²⁰⁶ Elle observe à cet égard qu'à l'instar d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la France a opté pour une approche dite « abolitionniste » de la prostitution : celle-ci est jugée incompatible avec la dignité de la personne humaine ; elle n'est cependant ni interdite – à la différence du proxénétisme, qui est réprimé – ni contrôlée. Ainsi, en particulier, la France figure parmi les vingt-cinq Etats membres qui ont ratifié la Convention des Nations Unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949, dont le préambule stipule notamment que la prostitution est « incompatible [...] avec la dignité et la valeur de la personne humaine ». Dans d'autres Etats membres, le régime juridique de la prostitution s'apparente au « prohibitionnisme » (la prostitution en tant que telle est interdite, et les prostitués – ainsi que leurs clients éventuellement – sont sanctionnés) – ou au « réglementarisme » (l'activité prostitutionnelle – y compris l'exploitation de la prostitution des majeurs – est tolérée et contrôlée).

¹²⁰⁷ La Cour s'appuie à cet égard sur la Recommandation 1325 (1997) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe et la Recommandation no R(2000)11 du Comité des Ministres. Elle vise également le préambule de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005.

¹²⁰⁸ Il s'est néanmoins trouvé un juge européen pour s'écarter de la majorité et considérer que l'attitude des autorités françaises induisait en l'espèce une violation de l'article 3 de la Convention. Ainsi, suivant la juge FURA-SANDSTRÖM, il y a eu violation de l'article 3 en l'espèce. Elle s'est à cet égard déclarée « convaincue par la requérante lorsqu'elle dit qu'elle s'est trouvée, de fait, contrainte à continuer à se prostituer pour pouvoir faire face au paiement de ses dettes récurrentes à l'égard de l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (l'URSSAF) » (§ 1).

disposer de son corps peut « aussi bien imposer à l'Etat de reconnaître le droit de se prostituer que lui imposer de mettre en œuvre efficacement la liberté de ne pas se prostituer »¹²⁰⁹. A propos de la prostitution, Jean-Pierre MARGUÉNAUD affirme qu'il n'est peut-être pas toujours évident « de distinguer la lumière et les ténèbres » et sans prétendre avoir de réponse à la question de savoir si on peut se prostituer librement, il préconise de prendre par exemple aussi en considération la misère sexuelle de certaines personnes (notamment des personnes handicapées). Il fait à cet égard un parallèle avec la gestation pour autrui et affirme qu'il « n'est pas certain que dans ces domaines où, effectivement, la marchandisation du corps humain rôde à tous les coins de rue et sur tous les réseaux informatiques, il n'y ait pas quelquefois place pour l'altruisme »¹²¹⁰.

B. Les traitements médicaux forcés

588. Suivant la Cour, « toute atteinte de caractère médical, même mineure, à l'intégrité corporelle, s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée »¹²¹¹. Il n'en reste pas moins que l'infliction d'un traitement médical forcé peut être justifiée quand l'intéressé est incapable d'autodétermination ou présente à tout le moins un facteur de vulnérabilité particulier, notamment s'il est détenu ou interné. A défaut de tout indice d'incapacité ou de vulnérabilité, le principe de l'autonomie doit semble-t-il primer, par exemple si le refus de traitement correspond aux convictions religieuses de l'intéressé.

589. Dans son arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, relatif à l'alimentation forcée d'un détenu gréviste de la faim, la Cour a affirmé que « s'il appartient aux autorités médicales de décider – sur la base des règles reconnues de leur science – des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de force, pour préserver la santé physique et mentale des malades entièrement incapables d'autodétermination et dont elles ont donc la responsabilité, ceux-ci n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3 (art. 3), dont les exigences ne souffrent aucune dérogation » (§ 82). De même, dans son arrêt *Bogumil c. Portugal* du 7 octobre 2008, la Cour a décidé à propos de l'extraction chirurgicale d'un sachet de cocaïne avalé par le requérant, « qu'elle [avait] découlé d'une nécessité thérapeutique et non de la volonté de recueillir des éléments de preuve. En effet, nul ne [contestait] que le requérant risquait de mourir d'une intoxication. Par ailleurs celui-ci [avait] été maintenu sous observation pendant quarante-huit heures : c'est seulement lorsqu'il [était] apparu que le fait d'attendre l'expulsion du sachet par les voies naturelles constituait un risque pour sa vie que le personnel médical – et non la police – [avait] décidé de pratiquer l'intervention chirurgicale » (§ 77).

590. La Cour a été amenée à prendre position – indirectement – sur le refus de subir des transfusions sanguines dans son arrêt *Témoins de Jehovah de Moscou et autres c. Russie* du 10 juin 2010. Si le litige strasbourgeois concernait en l'espèce la dissolution de l'association formée par les requérants et l'interdiction de leurs activités (sous l'angle des articles 9 et 11 de la Convention), il n'en reste pas moins que la Cour a été amenée à examiner les restrictions médicales qui prévalent au sein de la communauté des Témoins et qui étaient invoquées par les autorités russes pour justifier de la légitimité des mesures contestées. Selon les juges de Strasbourg, qui ont renvoyé au § 65 de l'affaire *Pretty*, l'imposition d'un traitement médical sans le consentement d'un patient adulte mentalement compétent constitue une ingérence dans le droit au respect de l'intégrité physique et une atteinte potentielle à l'article 8. En particulier, « la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique, ou de sélectionner une

¹²⁰⁹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 348.

¹²¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.*, p. 41.

¹²¹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bogumil c. Portugal* du § 84.

forme alternative de traitement est vitale pour le principe d'autodétermination et d'autonomie » et « un patient compétent et adulte est libre de décider, par exemple, de subir ou non une opération chirurgicale ou, de la même manière, de recevoir une transfusion sanguine. Pour que cette liberté soit réelle, les patients avoir le droit de faire des choix qui s'accordent à leurs propres conceptions et valeurs, quand bien même ces choix apparaîtraient irrationnels, peu judicieux ou imprudents aux autres » (§ 136).

C. La réassignation sexuelle

591. La Cour a constamment réaffirmé que le droit à l'identité sexuelle est un aspect « fondamental »¹²¹² ou un des aspects « les plus intimes »¹²¹³ du droit au respect de la vie privée. Mais au surplus l'identité sexuelle est systématiquement associée à la dignité humaine, la Cour ayant expressément affirmé que « la dignité et la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti »¹²¹⁴. On ne s'étonnera pas, dans ce contexte, que toute limitation quelconque à l'autonomie de la personne en la matière soit appréhendée avec la plus grande réticence par le juge européen des droits de l'homme, et cela que la restriction considérée ressortisse directement à une action ou une omission étatique ou bien résulte des arbitrages opérés par les autorités internes entre les intérêts divergents de particuliers.

i) *L'encadrement législatif de la réassignation sexuelle : L. c. Lituanie*

592. L'importance du droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels implique, dans le chef de l'Etat, l'obligation positive (verticale) de mettre en place un cadre réglementaire permettant la mise en œuvre d'un processus de réassignation sexuelle. Dans son arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007, était en cause la circonstance qu'en Lituanie, où la possibilité du changement de sexe et sa prise en considération au plan civil étaient acquises, suite à une modification du Code civil, l'absence de réglementation applicable à l'intervention chirurgicale à proprement parler rendait le procédé inaccessible en pratique. Le requérant était un transsexuel femme-homme ayant déjà subi un traitement hormonal et une ablation des seins et qui souhaitait poursuivre par un processus chirurgical de changement de sexe. Son médecin lui ayant signalé qu'ils franchiraient cette ultime étape quand la législation le permettrait et l'organiserait, le requérant s'était adressé au ministère de la santé mais n'avait jamais obtenu les renseignements sollicités.

La Cour a notamment souligné « l'obligation positive incombant aux Etats de garantir le respect de la vie privée, notamment le respect de la dignité humaine et, à certains égards, de la qualité de la vie » (§ 56)¹²¹⁵. Dans ce contexte, la loi lituanienne permettait aux personnes transsexuelles de changer de sexe et de statut civil, mais comportait cependant un vide juridique en ce qu'elle ne comprenait aucune disposition relative à la chirurgie de changement de sexe complet. Selon la Cour, ce vide législatif avait pour conséquence que la possibilité médicale d'un changement de sexe complet n'était pas raisonnablement accessible en Lituanie. Le requérant se trouvait dès lors bloqué dans une position intermédiaire. Il n'avait pas encore été opéré, mais avait subi une chirurgie partielle. Certains documents d'état civil avaient pu être modifiés, mais, tant qu'il n'avait pas réalisé une chirurgie complète, ses codes personnels ne

¹²¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Van Kuck* c. Allemagne du 12 juin 2003, § 75.

¹²¹³ Cour eur. dr. h., arrêt *Schlumpf* c. Suisse du 8 janvier 2009, § 104.

¹²¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Van Kuck* c. Allemagne du 12 juin 2003, § 69 et Cour eur. dr. h., arrêt *Schlumpf* c. Suisse du 8 janvier 2009, § 101.

¹²¹⁵ La requérante invoquait, outre une violation des articles 3 et 8 de la Convention, une violation de l'article 14 de celle-ci. La Cour, se référant à son arrêt *Van Kück*, n'a cependant pas considéré qu'il y avait sous l'angle de cette disposition une question distincte de celles posées par les deux autres dispositions.

pouvaient être modifiés et, dans certains aspects de sa vie privée, comme la recherche d'un emploi ou la réservation d'un voyage, il demeurerait une femme (§ 57).

La Cour a conclu que le vide législatif considéré plaçait le requérant dans une situation angoissante d'incertitude relativement à sa vie privée et à sa véritable identité. Elle a souligné que si les contraintes budgétaires du service public de la santé pouvaient initialement avoir justifié un certain délai dans la mise en œuvre des droits des transsexuels, quatre années s'étaient écoulées depuis que la législation en question était entrée en vigueur. Au regard du nombre peu élevé de personnes concernées, la charge budgétaire pour l'Etat ne pouvait en tout état de cause être très lourde (§ 59). La Cour a estimé en conséquence qu'une balance équitable n'avait pas été atteinte et qu'il y avait eu une violation de l'article 8 (§ 60)¹²¹⁶.

L'obligation positive de l'Etat de promouvoir la dignité et la qualité de vie implique donc, en matière de transsexualisme, l'existence d'un cadre légal adéquat permettant effectivement la réaffectation sexuelle, les contraintes budgétaires de l'Etat pouvant tout au plus – au regard de l'amplitude limitée du phénomène – différer légèrement la formalisation d'un tel cadre. Dans le dispositif de son arrêt, la Cour a d'ailleurs expressément indiqué que « l'Etat défendeur [devait], dans les trois mois [...] adopter la loi d'application requise »¹²¹⁷.

ii) *Le remboursement de la réaffectation sexuelle : Van Kück c. Allemagne et Schlumpf c. Suisse*

593. La volonté de la Cour de Strasbourg de garantir le droit à l'épanouissement des transsexuels s'exprime aussi dans l'imposition à l'Etat d'importantes obligations positives horizontales dans le cadre de l'arbitrage des rapports entre les individus concernés et les tiers. Ces exigences sont apparues avec clarté dans deux arrêts rendus respectivement en 2003 et 2008 et dans lesquels la Cour a été amenée à statuer sur la validation par les juridictions internes du refus de compagnies d'assurance de prendre en charge des opérations de conversion sexuelle. A cet égard, la circonstance que « la Convention ne garantit aucun droit au remboursement des frais médicaux causés par une opération de conversion sexuelle », n'empêche pas que les conditions dans lesquelles une intervention de l'assurance est refusée peuvent constituer une violation de l'article 8¹²¹⁸.

594. Dans la première affaire, *Van Kück c. Allemagne*, la Cour a été amenée à apprécier la légitimité des décisions rendues par les juridictions allemandes déboutant la requérante de ses demandes tendant à la prise en charge, par sa compagnie d'assurance, du coût de son opération de conversion sexuelle. Chargés d'appliquer les dispositions du contrat d'assurance, les tribunaux internes avaient ainsi considéré que « le rapport d'expertise [...] n'avait pas confirmé la nécessité de mesures de conversion sexuelle » (§ 22) tandis « qu'en tout état de cause la requérante ne pouvait prétendre à remboursement [...] dans la mesure où elle avait elle-même provoqué sa maladie » (§ 23)¹²¹⁹.

¹²¹⁶ La Cour a par contre rejeté le grief articulé par le requérant sur le fondement de l'article 3 de la Convention en considérant qu'il était plus approprié d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8 ; au regard des conclusions atteintes sur le terrain de cet article, elle n'a par ailleurs pas estimé nécessaire d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 12 ou de l'article 14 (combiné avec les articles 3 et 8) également invoqués par le requérant ; voy. également l'opinion partiellement dissidente du juge FURA-SANDSTROM et celle, dissidente, du juge POPOVIC.

¹²¹⁷ Voy. le point 5 du dispositif.

¹²¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, § 77.

¹²¹⁹ Les juges allemands avaient encore relevé que « la requérante était née de sexe masculin et qu'elle n'invoquait aucun facteur chromosomique de nature à justifier l'identité féminine dont elle se réclamait. Elle n'avait pas adopté un comportement féminin dès le début de son existence. Consciente de sa masculinité, elle avait pu refouler le sentiment qu'elle aurait préféré être une fille, que cela aurait été plus adéquat, et elle avait su au départ maîtriser sa vie affective » (§ 24).

Dans son arrêt du 12 juin 2003, la Cour a relevé, sous l'angle de l'article 8, que « la procédure litigieuse s'est déroulée entre 1992 et 1995, à une époque où l'existence du phénomène du transsexualisme était généralement connue » même s'« il [subsistait] des incertitudes quant à la nature et aux causes profondes du transsexualisme et que l'on [s'interrogeait] parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas » (§ 76). Ceci étant précisé, la question centrale n'était pas « celle de la légitimité des opérations de changement de sexe en général » mais « celle de l'application faite par les juridictions allemandes des conditions existantes de prise en charge des frais médicaux » (§ 78). Dans ce contexte, « tant le tribunal régional que la cour d'appel, ignorant la recommandation non équivoque de l'expert, [avaient mis] en doute la nécessité thérapeutique de la conversion sexuelle, sans avoir cherché à obtenir des informations médicales complémentaires à ce sujet » (§ 80) et « la cour d'appel [avait en outre reproché] à la requérante d'avoir délibérément provoqué sa transsexualité » (§ 81) :

81. La cour d'appel reprocha en outre à la requérante d'avoir délibérément provoqué sa transsexualité. Pour apprécier l'identité et l'évolution sexuelles de l'intéressée, elle procéda à une analyse de la manière dont celle-ci se comportait avant son traitement hormonal et, estimant qu'elle avait jusque-là exclusivement vécu une vie d'homme, en conclut que sa véritable orientation sexuelle était masculine. Ce faisant, la cour d'appel, se fondant sur des suppositions générales concernant le comportement de l'homme et de la femme, substitua son propre jugement à celui de la requérante sur des sentiments et expériences très intimes, nonobstant le fait qu'elle ne disposait d'aucune compétence en matière médicale. Elle exigea ainsi de l'intéressée non seulement qu'elle démontrât que l'orientation sexuelle revendiquée par elle était réelle et revêtait un caractère pathologique requérant une hormonothérapie, mais aussi qu'elle justifiât de « l'authenticité » de sa transsexualité, alors que, comme la Cour l'a rappelé au paragraphe 76 ci-dessus, il subsiste des incertitudes quant à la nature et aux causes profondes du transsexualisme¹²²⁰.

La Cour a donc considéré qu'il était disproportionné « d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée » (§ 82) étant entendu qu'« à l'époque pertinente la requérante, en accord avec son médecin traitant, avait subi l'opération de conversion sexuelle litigieuse » (§ 83). Il s'ensuivait qu'un équilibre adéquat n'avait pas été atteint entre les intérêts de la requérante et ceux de la compagnie d'assurance privée et que l'article 8 avait été violé (§§ 84-85). Trois juges dissidents – les juges CABRAL BARRETO, HEDIGAN et GREVE – ont considéré que la Convention n'avait pas été violée, dès lors que « si la sauvegarde des droits incontestables des transsexuels à la dignité, au respect de leur vie privée et à l'autodétermination de leur identité sexuelle exige que le processus conduisant à la décision judiciaire se déroule dans les règles de la bienséance et avec les égards qui sont dus aux intéressés, elle n'exclut pas tout examen de leur situation. Il nous semble que le présent arrêt en juge autrement et que, si elles veulent s'y conformer, les juridictions internes ne pourront jamais se prononcer à bon escient ».

595. Dans la seconde affaire, *Schlulmpf c. Suisse*, la Cour a été, de la même manière, amenée à évaluer la légitimité de la validation par les tribunaux internes du refus d'un assureur de couvrir l'opération de conversion sexuelle de la requérante. En l'occurrence, le refus opposé à la requérante était fondé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances selon laquelle le coût de l'opération considérée ne relevait des prestations obligatoires de l'assurance qu'après un délai d'observation de deux ans à dater du début du suivi, délai dont la requérante avait sciemment décidé de ne pas attendre l'écoulement en raison de son grand âge (§ 11)¹²²¹.

¹²²⁰ Nous soulignons.

¹²²¹ Cette transsexuelle qui, ayant attendu que ses enfants soient majeurs et son épouse décédée, était âgée de 65 ans au moment où elle avait décidé de changer de sexe, cela alors même qu'elle savait depuis l'âge de 40 ans qu'elle était transsexuelle (§§ 6 et 7). Elle avait commencé un traitement psychothérapeutique et endocrinologique en mai 2003 et sollicité en octobre 2004 l'intervention de sa compagnie d'assurance maladie-invalidité qui avait refusé d'intervenir, au motif que suivant la jurisprudence du Tribunal Fédéral des assurances le diagnostic d'un véritable transsexualisme induisait le respect d'un délai d'observation de deux ans (§§ 10 à 14). La requérante avait alors pris le parti de se faire opérer malgré tout en agissant en justice contre la décision prise par son organisme d'assurance (§§ 15 et s.). En

Dans son arrêt du 8 janvier 2009, la Cour s'est déclarée « consciente des problèmes auxquels les compagnies d'assurances sociales sont confrontées dans leurs décisions de prise en charge des prestations » et de « l'ampleur des conséquences pour l'intéressée d'une opération de conversion sexuelle – intervention coûteuse et irréversible –, et, dès lors, l'intérêt de l'assurance et de l'intéressée à éviter qu'une décision soit prise hâtivement ». Tel était l'objectif principal – objectif certes légitime – poursuivi par le délai de deux ans (§ 110). Cependant, comme il avait pu être affirmé dans l'arrêt *Christine Goodwin* « l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société » (§ 110). La décision finalement atteinte par la Cour résulte alors essentiellement de l'application stricte de la règle des deux ans aux circonstances très particulières de la cause :

114. [...] A cet égard, la Cour considère comme important le fait que la décision tardive de la requérante de subir l'opération s'explique exclusivement par le respect qu'elle portait à ses enfants et à son ex-épouse, ce qui l'a conduite à reporter l'intervention jusqu'à la majorité des enfants et jusqu'au décès de son épouse. En un mot, l'application du délai d'attente de deux ans a eu pour effet de prolonger la situation insatisfaisante de la requérante (voir, dans le même sens, *Christine Goodwin*, précité, § 90).

115. Le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière dans laquelle se trouvait la requérante – âgée de plus de 67 ans au moment de sa demande de prise en charge des frais liés à l'opération –, et compte tenu de la marge d'appréciation étroite dont l'Etat défendeur bénéficiait s'agissant d'une question touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part.

La Cour n'a donc pas considéré dans cet arrêt que l'exigence du délai de deux ans était, par principe, inacceptable, mais elle a considéré que son application mécanique dans le cas de la requérante n'avait pas réalisé un équilibre satisfaisant entre les droits de celle-ci et l'intérêt concurrent de l'organisme d'assurance (§§ 114-115). Suivant l'opinion dissidente des juges VAJIC et JEBENS, « la requérante [avait] décidé de ne respecter ni le délai légal, à savoir l'une des conditions fixées pour la prise en charge des frais liés à une opération de conversion sexuelle, ni l'avertissement de la [compagnie d'assurance] » et « en tout état de cause, les tribunaux nationaux ne mettant nullement en cause la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle, on ne [pouvait][...] considérer comme insupportables les souffrances et les sentiments de frustration provoqués éventuellement par un retard supplémentaire de six mois » (§§ 5 et 6).

596. Les deux arrêts rendent compte de ce que le droit à l'identité sexuelle est désormais l'un des plus fondamentaux qui découlent de l'article 8 de la Convention. Les obligations pesant sur l'Etat sont très lourdes, y compris lorsque la restriction à l'autonomie sexuelle découle *a priori* des actes d'acteurs privés (mais dont l'activité est réglée par la loi) et ne met pas en cause par ailleurs la possibilité de changer de sexe elle-même (en l'occurrence, il s'agissait uniquement de la prise en charge financière de la chirurgie de réassignation).

décembre 2005, le Tribunal Fédéral des Assurances avait finalement validé la décision de la société d'assurance, dès lors que la période qui s'était écoulée entre le début du suivi, en mai 2003, et l'intervention chirurgicale, en novembre 2004, était inférieure au délai de deux ans exigé par sa jurisprudence (§ 28). La Cour a considéré qu'en se prévalant de ce délai de deux ans, les juridictions suisses avaient refusé de se livrer à l'analyse des circonstances spécifiques du cas d'espèce et de peser les différents intérêts en jeu (§§ 111 et 112). Or, suivant la Cour, ces circonstances étaient tout à fait singulières en l'espèce, dès lors que la requérante était âgée de 67 ans au moment de sa demande d'intervention à l'assurance, parce qu'elle avait attendu, par respect pour ses proches, de nombreuses années avant de mettre en œuvre le processus (§ 114). Suivant la Cour, le respect du droit à la vie privée de la requérante aurait exigé que ces singularités de sa situation soient examinées. Il y avait donc eu violation de l'article 8 de la Convention

A cet égard, une lecture transversale des deux arrêts semble indiquer que, par-delà l'exclusion de l'obligation – manifestement déraisonnable – pour la personne transsexuelle de prouver la « nécessité » de la conversion sexuelle ou de démontrer qu'elle n'a pas « causé » sa transsexualité (*Van Kück*), toute restriction au remboursement de la réassignation sexuelle n'est pas exclue, notamment – mais pas seulement – au regard de la volonté de prémunir les individus contre une décision précipitée dont les conséquences sont importantes et irréversibles. Pour autant, au regard de l'importance du droit en jeu, même ces garde-fous légitimes doivent pouvoir s'effacer aux termes d'une approche *in concreto* si des circonstances exceptionnelles le justifient (*Schlumpf*).

La Cour est au demeurant actuellement saisie d'une requête *D.Ç. c. Turquie* dans laquelle un requérant détenu dénonce – au titre des articles 3 et 8 de la Convention – le refus du ministère de la justice de financer sa réassignation sexuelle, alors qu'il aurait établi – certificats médicaux à l'appui – l'urgence de sa situation. Cette requête portera le débat plus loin, puisque c'est cette fois l'intervention financière de l'Etat lui-même qui est sollicitée pour financer l'intervention souhaitée et cela dans le contexte spécifique d'une incarcération¹²²².

D. La disposition de la dépouille mortelle

597. La question de l'autonomie corporelle après le décès, revient à s'interroger sur la possibilité pour l'individu de poser des choix relatifs à ce qu'il adviendra de son corps après sa mort. Cette question s'est posée à Strasbourg sous deux angles distincts, suivant qu'il était question de la volonté exprimée par la personne elle-même de son vivant ou des options que prétendait prendre sa famille à propos de sa dépouille mortelle. Les raisons qui peuvent être invoquées à l'appui de restriction à la possibilité de disposer de son propre corps pour le jour de son décès peuvent être liées tout autant à la volonté « d'assurer aux morts un lieu de repos paisible » qu'à l'objectif de protéger la santé et l'ordre publics et aux contraintes budgétaires des autorités publiques. Quant aux options que prétendraient prendre des tiers à l'égard du corps, elles mettent au premier plan la question des souhaits connus ou présumés du défunt.

598. La Commission a pu considérer, dans sa décision *X. c. Allemagne* du 10 mars 1981, que les choix relatifs à sa sépulture relèvent de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. Dans cette affaire, le requérant s'était plaint – sur pied des articles 8 et 9 de la Convention – de s'être vu refuser le droit de faire disperser ses cendres sur sa propriété et d'être contraint, à l'encontre de ses convictions, de se faire enterrer dans un cimetière chrétien. Suite au recours contre la décision de l'administration, le requérant avait obtenu gain de cause devant le tribunal administratif (qui l'avait autorisé à prévoir que ses cendres, contenues dans une urne, seraient enterrées dans sa propriété) mais avait vu ses prétentions repoussées ensuite par la cour d'appel administrative puis la Cour constitutionnelle.

Selon la Commission, même si la question concerne une période postérieure au décès, cela n'impliquait pas *ipso facto* la disqualification de l'article 8 dès lors que « certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps ». Dès lors, le refus opposé au souhait du requérant était si intimement lié à sa vie privée qu'il ressortissait au champ d'application de cette disposition. Cependant, la législation sur les cimetières correspondait à l'intérêt public « d'assurer aux morts un lieu de repos paisible et un traitement convenable des dépouilles ou des cendres » et « de protéger la santé et l'ordre publics, en tenant également compte de l'aménagement urbain et routier ». Dans un contexte où tous les Etats parties réglementaient le sort du corps après le décès, la question de l'enterrement des corps et des cendres n'était pas une question n'intéressant que les

¹²²² La requête porte le numéro 10684/13.

personnes directement concernées et la législation allemande qui fondait le refus litigieux ne pouvait être considérée comme emportant violation de la Convention.

Dans une affaire *Sisman c. Turquie* qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité du 21 janvier 2014, la Cour a rappatrié sur le terrain de l'article 8 les griefs formulés au titre de l'article 9 par un requérant qui se plaignait de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'être incinéré. Ainsi, « le choix du mode de sépulture et la possibilité de régler librement les conditions de ses funérailles sont des questions intimement liées à la vie privée du requérant » en sorte que « bien qu'il ait invoqué l'article 9 de la Convention à l'appui de sa requête, [...] son grief [devait] être examiné sous l'angle de l'article 8 » (§ 21). Cela étant, les juges de Strasbourg ont relevé qu'en Turquie « la construction de crématoriums relève en principe de la compétence des municipalités » et qu'« en vertu du droit interne, il appartient ainsi à chacune des municipalités de grande ville d'examiner, eu égard à sa population, à ses besoins en la matière et au coût de ce type de construction, toute demande de crémation » (§ 28). Ainsi, « le droit interne ne [contenait] donc pas de disposition excluant la possibilité pour une personne d'opter, de sa propre volonté, pour son incinération (§ 29). Dans ce contexte, il n'appartenait pas à la Cour « de substituer sa propre appréciation, en termes de besoins, à celle des autorités nationales compétentes quant aux infrastructures dont un Etat membre devrait se doter dans le domaine des activités funéraires, ces autorités étant, à ses yeux, les mieux placées pour procéder à une telle évaluation au regard des ressources disponibles et des besoins de la société » (§ 31), le requérant étant toujours libre de « recourir, à ses frais, aux services d'une société privée qui se chargerait de faire procéder à la crémation à l'étranger puis de rapatrier ses cendres en Turquie » étant entendu que « quant au coût que représenterait une telle prestation, elle souligne que l'article 8 de la Convention ne saurait être interprété comme exigeant des autorités internes qu'elles en assument la charge » (§ 33).

599. Dans un arrêt *Elli Poluhas Dodsbo c. Suède* du 17 janvier 2006, la Cour s'est penchée sur la question – différente – du transfert d'une urne funéraire sollicité par les proches du défunt. L'urne avait été a priori placée dans le caveau familial à Fagersta. Près de vingt ans plus tard, la veuve avait déménagé pour se rapprocher de ses enfants et elle avait souhaité pouvoir transférer les cendres de son mari décédé dans un autre caveau familial où elle voulait au demeurant elle-même être inhumée. Elle avait donc formulé une demande en ce sens auprès des autorités suédoises laquelle avait cependant été rejetée à raison du droit au « repos paisible » garanti par la loi suédoise sur les funérailles.

La Cour a estimé que la question entrait dans le champ de l'article 8 sans qu'il soit utile de déterminer si elle relevait de la vie privée ou de la vie familiale (§ 24). Il fallait, selon elle, déterminer si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique au sens de la Convention et partant mettre en balance l'intérêt d'un particulier au transfert d'une dépouille et l'intérêt de la société au respect du caractère sacré de la tombe. La Cour a précisé qu'au regard de l'importance de cette question, les Etats membres devaient jouir d'une large marge d'appréciation (§ 25). En l'espèce, la Cour a constaté que le transfert de l'urne ne posait pas de problème pratique ou de santé publique, mais également que rien ne permettait de penser que le mari n'aurait pas été inhumé conformément à ses vœux et que la requérante pouvait être inhumée également à Fagersta si elle le souhaitait (§§ 26 et 27). Elle a dès lors conclu que les autorités suédoises avaient soigneusement mis en balance les circonstances pertinentes et qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 de la Convention (§§ 28 et 29).

600. Cette jurisprudence relative à la sépulture fait apparaître sous la plume des organes de la Convention – en marge des motifs objectifs de santé ou d'ordre publics ou bien tirés du caractère limité des ressources de la collectivité – un vocabulaire inhabituellement connoté. Ainsi la Commission a-t-elle pu faire référence à l'intérêt public « d'assurer aux morts un lieu de repos paisible » tandis que la Cour s'est référée beaucoup plus tard au « respect du caractère

sacré de la tombe ». Il existe donc aux yeux de la Cour des choses « sacrées » qui à ce titre méritent – par-delà le pluralisme des convictions religieuses – la protection de l’Etat.

En outre, l’affaire *Elli Poluhas Dodsbo* rend compte de la persistance en matière d’autonomie corporelle de la référence à la volonté et à la difficulté qu’il y a en déterminer la teneur : ainsi, le « souhait authentique » du défunt se découvre-t-il mieux dans le *statu quo* et le respect du repos paisible garanti par les autorités ou dans un changement correspondant aux vœux des personnes qui, durant la vie du défunt, étaient les plus proches de lui ?

Synthèse de la sous-section 2

601. Les questions posées en termes d'intégrité du corps et d'autonomie corporelle mettent en jeu les garanties concurrentes et/ou complémentaires des articles 3 et 8 de la Convention. Comme nous l'avons vu, l'article 8 trouve n'est jamais aussi près de pouvoir prétendre à l'absoluité que dans et par sa coopération avec l'article 3. Les droits de l'individu à l'intégrité de son corps et de son autonomie personnelle constituent une parfaite illustration de la tension entre vulnérabilité et autonomie. L'examen, dans un même mouvement, du droit à l'intégrité et du droit à l'autonomie présente l'intérêt de mettre en évidence *l'ambiguïté de la position de l'Etat* qui dans le même temps doit toujours davantage respecter, protéger et promouvoir l'intégrité et toujours davantage respecter, protéger et promouvoir l'autonomie, alors même que – parfois – la revendication de l'autonomie induira une atteinte à l'intégrité.

L'intégrité physique

602. D'une part, le droit à l'intégrité du corps est le préalable indispensable au droit à l'autonomie personnelle.

1/ *Les violences (châtiments et abus)* dirigées contre l'individu sont toujours inacceptables qu'elles émanent d'agents de l'Etat (*Tyrer*), de la famille (*Z. et autres* et *Opuz*), de tiers ou de toute instance intermédiaire (*O'Keeffe*). Les obligations imposées à l'Etat sont – par-delà la diversité de leur nature – des obligations lourdes et impliquent notamment la mise en œuvre de mesures de prévention et de répression adéquates. Plusieurs observations peuvent être formulées : (1) *a priori* la mobilisation du *droit pénal* est requise ; (2) les exigences de la Convention s'imposent non seulement dans les prisons, mais aussi dans les écoles (*O'Keeffe*, § 150) ou au sein de la famille (*Bevacqua*, § 83) ; (3) la Cour invite aussi les Etats à faire montre de la souplesse requise tenant compte de la vulnérabilité de la victime : se pose à cet égard notamment la question de la preuve des traitements inhumains et dégradants en prison (*Labita c. Italie*), celle du maintien des poursuites en cas de retrait des plaintes (*Opuz*, § 138) ou bien celle de l'exigence d'une résistance physique pour la qualification de faits de viols (*M.C. c. Bulgarie*, § 156 et s). L'évolution – qui s'appuie sur le consensus – concerne alors plutôt les méthodes de lutte contre des actes inévitablement considérés inacceptables.

2/ *Les atteintes moins graves* à l'intégrité physique de la personne ne sont pas nécessairement conventionnellement inacceptables tant il est vrai que divers motifs d'intérêt public (la sécurité et la santé publique par exemple) ou d'intérêt privé (l'activité d'une entreprise) ou hybride (celle d'un aéroport international contribuant au bien-être économique du pays) peuvent éventuellement justifier des immixtions légères dans l'intégrité du corps. La Cour laisse une assez large marge d'appréciation quant à la pertinence des motifs et porte plutôt son attention sur les diverses garanties (en particulier procédurales) entourant l'atteinte examinée (*Jalloh, Hatton*)

3/ En termes de *protection sociale*, force est de constater qu'à ce stade, les obligations mises à la charge des parties sont limitées. Transversalement se donne à voir une réticence de la Cour à imposer des obligations fortes aux Etats lorsque ces obligations sont de nature à impliquer un coût important en termes de finances publiques (obligations positives verticales). A cet égard, il apparaît que le rôle du consensus européen et international pourrait progressivement jouer un rôle « programmatique » en définissant progressivement des « standards » susceptibles de s'imposer aux Etats parties nonobstant leurs conséquences éventuelles en termes de finances publiques (*Molka*).

L'autonomie personnelle

603. D'autre part, l'individu, fort de la garantie de son intégrité corporelle contre les atteintes extérieures, revendique la maîtrise de corps, c'est-à-dire la possibilité d'en disposer librement notamment en le modifiant, en entretenant des relations sexuelles ou en décidant du sort de sa dépouille pour le jour de son décès.

1/ La jurisprudence de la Cour relative à la sexualité est riche mais n'offre pas de repères très stables au candidat exégète. A la lumière des tendances se dessinant à l'échelle européenne, la Cour ne refuse pas aux Etats la possibilité de s'immiscer dans les relations sexuelles atypiques, mais il n'est pas aisé de déterminer précisément à quel titre. On hésite sur le poids véritablement revêtu par les intérêts collectifs comme la protection de la santé et/ou de la morale (*Laskey*) ou des structures sociales (*Stübing*). La jurisprudence laisse souvent l'impression en effet que ces motifs généraux ne prennent de véritable épaisseur que corrélé à la nécessité de protéger les tiers et à la présence d'indices factuels d'éléments de vulnérabilité dans le chef d'un des participants. Ainsi, dans *Stübing c. Allemagne* est-ce une combinaison impliquant autant des valeurs éthérées que la vulnérabilité concrète d'une des protagonistes qui conduit à l'allocation d'un brevet de conventionnalité. C'est au point, en réalité, qu'on peut se demander, comme la Cour l'a fait depuis longtemps, s'il ne s'agit pas là des deux faces de la même pièce : certaines pratiques sexuelles suscitent un « doute » sur le consentement : une personne peut-elle authentiquement consentir à subir d'épouvantables sévices, à entretenir des relations sexuelles avec son propre frère ou sa propre sœur ? A propos de la prostitution, la Cour relève elle-même que « certains [estiment] que la prostitution n'est jamais librement consentie mais toujours, au moins, contrainte par les conditions socioéconomiques ».

2/ La faveur pour l'autonomie paraît aussi prévaloir en matière de traitements médicaux, puisque face au « mal » objectif que constitue la détérioration de la santé, la Cour admet que l'individu puisse refuser des soins susceptibles de le sauver. On renvoie à cet égard à l'affirmation forte de l'arrêt *Témoin de Jehovah de Moscou* suivant laquelle la possibilité de refuser un traitement médical est « vitale pour le principe d'autodétermination et d'autonomie » en manière telle que les « patients compétents » doivent pouvoir décider conformément à « leurs propres conceptions et valeurs » et cela « quand bien même ces choix apparaîtraient irrationnels, peu judicieux ou imprudents aux autres » (§ 136).

3/ S'agissant de la modification du corps, force est de constater que la Cour a totalement assimilé la revendication transsexuelle puisque la possibilité pour les transsexuels de faire modifier leur corps a même été expressément rattachée – dans *L. c. Lituanie* – à la notion de dignité humaine.

Sous-section 3. L'intégrité morale et le développement personnel

604. L'article 8 protège l'intégrité morale des individus¹²²³ et garantit un droit au développement personnel¹²²⁴. Ici aussi, la Convention impose aux Etats une *double mission* : il s'agit non pas seulement de protéger les attributs de la personnalité, mais également de permettre aux individus de s'épanouir en interagissant avec le monde extérieur et en disposant de ceux-ci.

605. L'article 8 protège *l'intégrité morale* de la personne entendue au sens large comme un droit de tenir les autres à distance de sa sphère privée. Ici aussi, le droit de la Convention interagit avec d'autres instruments émanant, notamment, du Conseil de l'Europe, comme par exemple la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ou encore la Convention sur la cybercriminalité. Quoi qu'il en soit, droit au respect de l'intégrité morale a vu ses expressions se multiplier dans le corpus jurisprudentiel strasbourgeois : l'image, la réputation, les données personnelles sont autant d'éléments ressortissant à la vie privée de l'individu qui sont expressément protégés par une jurisprudence strasbourgeoise ancrée dans plusieurs arrêts de référence émanant de la grande chambre. Les questions qui se posent ici sont essentiellement liées aux modalités suivant lesquelles l'Etat doit respecter et protéger la vie privée des individus en tenant compte des différents intérêts qui peuvent justifier des restrictions à la garantie de l'intégrité morale (§ 1).

606. La Convention protège donc aussi un droit au *développement personnel* qui renvoie directement à la velléité de l'individu de « pouvoir de disposer de tous les aspects de sa vie privée, au sens où il lui appartient de décider librement de ce qu'elle révélera – ce qu'elle « publicisera » de ce qui, *a priori*, n'appartient qu'à elle-même¹²²⁵. Toutefois, la jurisprudence de la Cour est encore peu fournie quant aux éventuelles limites qu'il y aurait lieu d'imposer à la disposition par la personne des manifestations de sa vie privée. Globalement, c'est un véritable droit au choix de son mode de vie que la Cour semble progressivement garantir, un tel droit couvrant notamment la possibilité de « forger son identité sociale », celle d'« exprimer sa personnalité » ou de « conserver son identité ». La consécration d'un tel droit – qui va jusqu'à couvrir l'activité professionnelle – pose d'importantes questions, notamment lorsque le mode de vie choisi par la personne contrarie les « canons » comportementaux qui prévalent dans la société (§ 2).

607. Ici aussi, un certain nombre de « *hard cases* » mettront en opposition les deux « facettes » du rôle de l'Etat appelé autant à protéger l'individu qu'à garantir son autonomie. Une telle opposition s'est notamment jouée dans les affaires relatives au foulard islamique (*Leyla Sahin c. Turquie*) et au voile intégral (*S.A.S. c. France*). De telles affaires posent non seulement la question de l'authenticité de la volonté des personnes, mais mettent également à l'épreuve le degré d'ouverture dont une société plurielle peut ou doit faire preuve à l'égard de comportements que la majorité juge de prime abord étranges voire dérangeants. De nombreuses autres questions difficiles – encore non soumises à la Cour de Strasbourg – sont à cet égard imaginables, qu'il s'agisse de la problématique déjà ancienne des émissions de « télé-réalité » ou de celles, plus récentes, liées à l'omniprésence des réseaux sociaux (voy. not. les pratiques de « *sexting* » ou bien le phénomène du « *revenge porn* »)¹²²⁶.

¹²²³ Cour eur. dr. h., arrêt Đorđević c. Croatie du 24 juillet 2012, § 97.

¹²²⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Caroline Von Hannover c. Allemagne du 24 juin 2004, § 50.

¹²²⁵ J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie ... », *op. cit.*, pp. 297-301.

¹²²⁶ A.A. GILLESPIE, « Adolescents, Sexting and Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 623-643.

§ 1. L'intégrité morale

608. La garantie de l'intégrité morale est incluse dans l'article 8 de la Convention et est étroitement connectée à la notion d'identité¹²²⁷. Elle est traversée, elle aussi, par un mouvement d'extension et d'approfondissement qui implique une grande variabilité de l'intensité des obligations étatiques, négatives ou positives, imposées par le juge européen des droits de l'homme. On peut alors ici également observer une gradation dans l'intensité des obligations étatiques, depuis l'exigence d'une répression ferme du harcèlement jusqu'à la garantie défaillante du droit à la connaissance des éléments fondamentaux de son identité.

En premier lieu, le *harcèlement* est considéré comme une atteinte grave à l'intégrité de la personne, quoiqu'il n'atteigne pas nécessairement – à défaut de violences ou d'abus – le seuil de gravité requis pour la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention. Il s'ensuit que des obligations de forte intensité sont imposées aux Etats encore renforcée lorsque la victime est une personne vulnérable (A).

En second lieu, la personne a droit au titre de la Convention à la protection contre les appropriations d'éléments ressortissant à son identité. D'abord, la captation de *l'image* d'une personne sans son consentement ressortit au champ d'application de l'article 8. (B). Ensuite, la personne a le droit à la protection de sa *réputation* au titre de l'article 8 de la Convention, réputation qui peut être malmenée tant par les autorités étatiques, que par la presse ou d'autres tiers (C). Enfin, la Cour protège – dans le contexte de ce qu'il est convenu d'appeler la « société de l'information » – les *données personnelles* qui sont trop facilement récoltées, organisées et utilisées (D). On a également ici un niveau intermédiaire de garantie où les équilibres sont foncièrement discutables. Les autorités bénéficient *a priori* d'une marge d'appréciation confortable pour autant qu'elles puissent démontrer avoir recherché à atteindre le meilleur équilibre possible entre les intérêts en concours¹²²⁸.

En troisième lieu, « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »¹²²⁹. La Cour confère un poids considérable à la question de la connaissance de ses origines personnelles qui s'impose largement face aux intérêts concurrents, sous réserve du traitement spécifique de la question de l'accouchement sous x, empreint quant à lui de retenue jurisprudentielle (E).

A. Le harcèlement

609. En l'absence d'atteinte au corps, la Cour considère que les faits de harcèlement qui interfèrent dans la vie quotidienne et les habitudes peuvent porter atteinte à l'intégrité morale de la personne et tombent donc dans le champ d'application de l'article 8¹²³⁰. Les faits de harcèlements sont d'autant plus graves qu'ils sont commis – et c'est souvent le cas – à l'encontre de personnes vulnérables : enfants, femmes et personnes atteintes d'un trouble mental.

i) *Le harcèlement sexuel d'un enfant sur internet : K.U. c. Finlande*

¹²²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Đorđević* c. Croatie du 24 juillet 2012, § 97.

¹²²⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Aksu* c. Turquie du 15 mars 2012, §§ 65-67.

¹²²⁹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Gaskin* c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989, § 39 et Cour eur. dr. h. arrêt *Mikulic* c. Croatie du 7 février 2002, § 54.

¹²³⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Đorđević* c. Croatie du 24 juillet 2012, § 97.

610. Dans une affaire *K.U. c. Finlande*, la Cour a été amenée à appréhender la situation dans laquelle une personne non identifiée avait posté sur un site internet de rencontre une annonce à caractère sexuel au nom d'un enfant de douze ans. Un homme avait répondu à cette annonce en adressant un mail à l'enfant aux termes duquel il proposait de se rencontrer puis « de voir ce qu'il voulait ». Le père de l'enfant avait sollicité de la police que l'on identifie la personne qui avait placé l'annonce sur le site internet. Les services de police avaient sollicité – sans succès – des juridictions finlandaises l'autorisation d'obliger le fournisseur d'accès à divulguer l'identité de cette personne. L'enfant, requérant à Strasbourg, estimait qu'une invasion de sa vie privée avait eu lieu et qu'aucun recours effectif n'existait pour révéler l'identité de la personne qui avait placé le texte diffamatoire à son nom sur internet.

Dans son arrêt du 2 décembre 2008, la Cour a relevé que la nature des obligations positives dépend de l'aspect particulier de la vie privée qui est en cause. A cet égard, le choix des moyens relève en principe de la marge d'appréciation des Etats membres, mais lorsque sont en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, la prévention contre les actes graves requiert des dispositions pénales efficaces (§ 43). Elle a également rappelé qu'il lui revenait d'avoir égard aux évolutions dans les Etats membres et aux convergences qui interviennent entre eux relativement aux standards à atteindre et considéré que, si l'affaire dont elle était saisie n'atteignait pas le degré de gravité de *X et Y c. Pays-Bas*, il fallait en mesurer la gravité : l'acte considéré était criminel et impliquait un mineur qui avait fait la cible d'approches pédophiles (§ 45). La Cour a enfin insisté sur la circonstance que les abus sexuels constituent des crimes odieux ayant des répercussions très importantes sur les victimes (§ 46). Elle a relevé cependant, d'une part, qu'au regard de la difficulté qu'il y a à administrer les sociétés modernes, les obligations positives doivent être interprétées d'une manière qui n'impose pas une charge disproportionnée aux autorités nationales et, d'autre part, que la lutte contre la criminalité doit être menée d'une manière qui respecte le *due process* et les autres limites légitimes aux prérogatives des Etats (§ 48). Au regard de l'ensemble de ces éléments, la juridiction strasbourgeoise a décidé qu'en l'espèce une protection effective du requérant impliquait que des mesures efficaces soient prises pour identifier et poursuivre la personne qui avait placé l'annonce sur internet et constaté que cependant de telles mesures n'avaient pas été mises en œuvre (§ 49). Elle en a conclu que l'article 8 de la Convention avait été violé¹²³¹.

ii) *Le harcèlement d'un adulte affecté d'un retard mental et de sa mère : Dorđević c. Croatie*

611. Dans l'affaire *Dorđević c. Croatie*, la Cour a dû évaluer une situation où un adulte affecté d'un retard mental et physique et sa mère avaient été harcelés par des enfants de leur quartier. Entre juillet 2008 et février 2011, les enfants se postaient sous leur fenêtre et, par exemple, « criaient des obscénités » et « écrivaient des messages insultants sur le trottoir ». De même, « ils crachaient souvent sur le premier requérant » (§ 8). A une occasion, les mains du requérant avaient été blessées, dans la rue, au moyen de cigarettes (§ 11).

Dans son arrêt du 24 juillet 2012, la Cour a considéré que le harcèlement du premier requérant, qui avait à une occasion impliqué des blessures physiques en plus du sentiment de peur et d'impuissance, était suffisamment sérieux pour donner lieu à un examen sous l'angle de l'article 3 de la Convention (§ 96). Sa mère n'avait pas été atteinte dans son intégrité physique, mais il n'était pas douteux que le harcèlement de son fils et les incidents qui la concernaient personnellement avaient interféré avec sa vie quotidienne et sa routine et mettaient en jeu son droit au respect de la vie privée (§ 97). Ayant rappelé le caractère absolu des droits garantis par

¹²³¹ Un grief était également articulé par le requérant sur pied de l'article 13 de la Convention, mais la Cour a estimé qu'au regard des conclusions atteintes sur le terrain de l'article 8, il n'était pas nécessaire de l'examiner.

l'article 3, la Cour a relevé ici aussi la difficulté d'administrer les sociétés modernes et l'imprédictibilité du comportement humain. Elle a aussi souligné les choix à faire en termes de priorités et de ressources (§ 139) et que, dès lors que les responsables du harcèlement étaient des enfants, la situation échappait au droit pénal (§ 143). Selon la Cour, alors que les autorités avaient été prévenues des incidents et bien que la police ait entendu certains enfants et que l'école ait discuté du problème avec les enfants et leurs parents, elles n'avaient mis en œuvre aucune mesure propre à évaluer la véritable nature du problème et à y remédier (§ 148). Il y avait donc eu violation de l'article 3 dans le chef du premier requérant et de l'article 8 dans le chef de la seconde requérante (§§ 150-153)¹²³².

B. Le droit à l'image

612. Le droit à l'image est apparu relativement tardivement dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8 avec une décision *Schüssel c. Autriche* du 21 février 2002 (§ 2)¹²³³. Il n'empêche qu'il a ensuite été rapidement investi d'un poids conventionnel non négligeable, la Cour ayant notamment affirmé dans un arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009 que « l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle dégage son originalité et lui permet de se différencier de ses congénères » et que dès lors « le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image »¹²³⁴. On pense immédiatement aux questions de sociétés que posent l'installation de caméras de surveillance dans les lieux publics (*Peck c. Royaume-Uni*) ou bien la traque des personnalités par les *paparazzi* (*Caroline Von Hannover c. Allemagne*). Cependant, dans une société où les techniques de captation, de traitement et de diffusion de l'image se sont démocratisées à très grande vitesse, il y a lieu de protéger l'individu aussi contre l'enregistrement et – le cas échéant – la diffusion de son image, en dehors de ces hypothèses classiques, jusqu'au sein de sa famille, et – peut-être bien – contre lui-même, dans certaines conditions de vulnérabilité (*Söderman c. Suède*).

i) Les atteintes étatiques au droit à l'image : *Peck c. Royaume-Uni*

613. Il peut être directement porté atteinte au droit à l'image par l'Etat lorsque les autorités collectent et diffusent ou utilisent des photographies dans le but de prévenir ou de sanctionner les crimes et délits. Pour le juge européen, « le fait de surveiller les actes d'un individu dans un lieu public sans enregistrer de données visuelles n'entraîne pas en soi une ingérence dans la vie privée »¹²³⁵ tandis que « l'enregistrement de données et le caractère systématique ou permanent de celui-ci peuvent donner lieu à de telles considérations »¹²³⁶.

Dans *Peck c. Royaume-Uni*, le requérant dénonçait la circonstance qu'il avait été filmé à son insu par un système de « télévision en circuit fermé » (CCTV) en train de tenter de mettre fin à ses jours dans un lieu public et que les images avaient ensuite été diffusées par les autorités et même communiquées aux médias. Dans son arrêt du 28 janvier 2003, la Cour a retenu l'existence d'une ingérence et a considéré celle-ci disproportionnée à l'objectif de garantir la

¹²³² Le grief des requérants articulé sur l'article 14 de la Convention a été rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes.

¹²³³ M. LEVINET, « Le droit au respect de l'image », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 180.

¹²³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, § 40.

¹²³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Peck c. Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, § 59.

¹²³⁶ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Rotaru* du 4 mai 2000 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000.

sûreté et de protéger les droits des tiers. En effet, les autorités municipales n'avaient pas mis en œuvre les diverses options propres à atténuer l'ingérence dans la vie privée du requérant : (1) identification du requérant et obtention de son consentement ; (2) masquage des images par le conseil municipal lui-même ou (3) imposition aux médias de l'obligation de masquer les images considérées (§§ 80-83). En somme, « il n'y avait pas de raisons pertinentes et suffisantes propres à justifier que le conseil divulguât directement au public, dans sa publication *CCTV News*, des photographies tirées de la séquence, sans avoir au préalable obtenu le consentement du requérant ou caché son identité, ou qu'il divulguât les images aux médias sans avoir pris des mesures pour s'assurer autant que possible qu'un tel masquage serait effectué par eux. L'objectif que constitue la prévention de la criminalité et le contexte de la divulgation exigeaient en l'espèce une vigilance et un contrôle particuliers sur ces points » (§ 85). La Cour a donc unanimement conclu à la violation de l'article 8.

La Cour conclut par ailleurs évidemment à la violation de la Convention lorsque l'enregistrement et/ou la diffusion des images intervient en contravention des dispositions du droit interne. Tel a par exemple été le cas dans l'arrêt *Perry c. Royaume-Uni* du 17 juillet 2003 relatif à une situation dans laquelle un homme, qui refusait de se soumettre pour les besoins d'une investigation pénale à une « parade d'identification », avait été filmé à son insu dans un commissariat¹²³⁷ et dans l'arrêt *Khmel c. Russie* du 12 décembre 2013 qui concernait une situation dans laquelle un parlementaire russe qui avait été arrêté pour conduite en état d'ébriété et se comportait de manière inadéquate au commissariat de police (agressant verbalement et physiquement les policiers) avait été, à l'invitation du chef de la police, filmé par un cameraman de la télévision publique, les images ayant par la suite été diffusées par différents médias télévisuels¹²³⁸.

ii) *La protection de l'image contre les tiers : Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 2 [GC]*

614. L'écrasante majorité des arrêts rendus par la Cour en la matière correspond, toutefois, à des captations d'images par des tiers dans la perspective d'une diffusion. La Cour a pu synthétiser les principes applicables, notamment dans son arrêt de grande chambre *Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 2* du 7 février 2012. En l'espèce étaient en cause des photos montrant la requérante en compagnie de son mari, Ernst August Von Hannover, ou de son père, le prince Rainier, notamment durant ses vacances de ski à Saint-Moritz (§§ 16-20).

A cet égard, la Cour a dégagé dans sa jurisprudence une critériologie – nous avons évoqué plus haut une « grille d'analyse » (voy. *supra* n° 346) – permettant une certaine objectivation de la pesée des intérêts en conflit. Ainsi appartient-il au juge européen de prendre en considération : (1) la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apporte à un débat

¹²³⁷ Dans son arrêt du 17 juillet 2003, la Cour a considéré que cette méthode induisait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant, à la différence de l'usage ordinaire des photographies figurant dans les fichiers anthropométriques (volontairement remises aux autorités ou prises par la police lors d'arrestations) dès lors que les images litigieuses avaient été prises sans l'accord de l'intéressé et sans qu'il puisse raisonnablement prévoir que des images seraient enregistrées et utilisées (§ 43). A défaut pour la police d'avoir respecté les dispositions internes prévoyant l'information du requérant sur l'enregistrement d'images et son droit de visionner et de critiquer les images considérées, la Cour a considéré que l'ingérence litigieuse n'était pas prévue par la loi au sens de la Convention (§§ 47-49).

¹²³⁸ En se référant aux affaires *Peck et Perry* (de même qu'aux affaires *Khuzhin et Sciacca*), la Cour a considéré qu'il y avait là une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (§ 44). Le gouvernement russe n'a pas réussi à démontrer que semblable ingérence avait une base légale en droit interne (il invoquait à cet égard la possibilité reconnue aux policiers de relever des empreintes digitales ou d'enregistrer des images lorsqu'il est impossible d'identifier une personne) à plus forte raison dans un contexte où le requérant n'était pas officiellement détenu ou inculpé (l'enregistrement des images pouvait à la rigueur se justifier au titre du *Operational-search Activities Act* mais le fait de les mettre à la disposition des médias violait frontalement le droit interne) (§§ 47-49).

d'intérêt général ; (2) le rôle ou la fonction de la personne visée et la nature des activités faisant l'objet du reportage et/ou de la photo ; (3) le comportement de la personne concernée avant la publication du reportage ou le fait que la photo litigieuse et les informations y afférentes ont déjà fait l'objet d'une publication auparavant ; (4) la façon dont la photo ou le reportage sont publiés et la manière dont la personne visée est représentée sur la photo ou dans le reportage ; (5) le contexte et les circonstances dans lesquels les photos publiées ont été prises » (§§ 108-113). En l'espèce, alors qu'il avait été conclu à la violation de la Convention dans l'arrêt *Caroline Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004 – relatif à des photos montrant Caroline de Monaco dans « des activités de nature purement privée » (sport, promenade, restaurant, vacances) – dès lors que « les critères définis par les juridictions internes n'étaient pas suffisants pour assurer une protection effective de la vie privée de la requérante » (§ 78)¹²³⁹, la grande chambre¹²⁴⁰ a considéré – à l'unanimité – que l'approche « revue et corrigée » adoptée par les tribunaux allemands satisfaisait aux exigences de la Convention. Ainsi, les juridictions nationales avaient-elles procédé à « une mise en balance circonstanciée » en attachant « une importance primordiale à la question de savoir si les photos, considérées à la lumière des articles les accompagnant, avaient apporté une contribution à un débat d'intérêt général » et en se penchant « sur les circonstances dans lesquelles les photos avaient été prises » (124). En outre, « les juridictions nationales [avaient] explicitement pris en compte la jurisprudence de la Cour en la matière » (§ 125). Elle a réitéré ce constat de non-violation dans une troisième affaire (*Caroline Von Hannover c. Allemagne* n° 3) au titre d'un arrêt du 19 septembre 2013 concernant des photos de la villa kenyane de la princesse.

615. La protection du droit à l'image n'implique cependant pas nécessairement l'existence d'une diffusion ou d'une volonté de diffuser : le consentement est nécessaire dès la captation et pas seulement au moment de son éventuelle diffusion¹²⁴¹. La presse n'est d'ailleurs pas le seul tiers susceptible de porter atteinte au droit à l'image : la captation de l'image d'un bébé afin de vendre les photos à ses parents (*Reklos et Davourlis c. Grèce*) ou bien la présence de caméras dans le milieu de travail constituent elles aussi potentiellement des atteintes au droit à l'image garanti par la Convention (*Köpke c. Allemagne*¹²⁴²). De même, la production d'images dans une procédure judiciaire par un tiers constitue *a priori* une atteinte à la vie privée (voy. par ex. *De la Flor Cabrera c. Espagne*¹²⁴³).

¹²³⁹ Voy. le § 74 : « en effet, en tant que personnalité “absolue” de l'histoire contemporaine, celle-ci ne peut – au nom de la liberté de la presse et de l'intérêt du public – se prévaloir d'une protection de sa vie privée que si elle se trouve dans un endroit isolé, à l'abri du public, et si, de surcroît, elle parvient à le prouver, ce qui peut s'avérer difficile. Si ces éléments font défaut, elle doit accepter d'être photographiée presque à tout moment, de manière systématique, et que ces photos soient ensuite très largement diffusées, même si, comme ce fut le cas en l'espèce, ces photos et les articles les accompagnant se rapportent exclusivement à des détails de sa vie privée ».

¹²⁴⁰ La formation de chambre s'étant dessaisie, le 30 mars 2010, de cette affaire après avoir joint la requête à celle introduite dans l'affaire *Axel Springer* (§ 3).

¹²⁴¹ Ainsi, dans un arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, la Cour a considéré que la Convention avait été violée dans un contexte où les juridictions internes avaient refusé de faire droit à la demande d'indemnisation formée par des parents dont l'enfant avait été pris en photo par un photographe dans la clinique privée où la mère avait accouché et à l'intérieur du milieu stérile. L'affaire se distinguait de celles précédemment traitées par la Cour en matière de droit à l'image dès lors qu'en l'espèce le photographe ne comptait pas diffuser les photographies litigieuses, mais simplement proposer aux parents de les acheter (§ 38). Selon la Cour, si la maîtrise par l'individu de son image « implique dans la plupart des cas la possibilité pour l'individu de refuser la diffusion de son image ». Il n'empêche qu'elle « comprend en même temps le droit pour lui de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui. En effet, l'image étant l'une des caractéristiques attachées à la personnalité de chacun, sa protection effective présuppose, en principe et dans des circonstances similaires à celles de l'espèce [...], le consentement de l'individu dès sa captation et non pas seulement au moment de son éventuelle diffusion au public. Dans le cas contraire, un attribut essentiel de la personnalité pourrait être retenu captif par autrui sans que l'intéressé ait la maîtrise sur son éventuel usage ultérieur » (§ 40).

¹²⁴² N. HERVIEU, « Premiers regards de la Cour européenne des droits de l'homme sur la vidéosurveillance au travail. Cour européenne des droits de l'homme, décision *Köpke c. Allemagne* du 5 octobre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 671 et s.

¹²⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *De la Flor Cabrera c. Espagne* du 27 mai 2014.

iii) *La protection de l'image au sein de la famille : Söderman c. Suède [GC]*

616. Dans un arrêt *Söderman c. Suède* daté du 12 novembre 2013, la grande chambre¹²⁴⁴ a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention dans un contexte où la requérante dénonçait l'absence de moyen propre à lui permettre de se plaindre de l'atteinte à son intégrité personnelle commise par son beau-père qui avait tenté de la filmer à son insu nue dans la salle de bain alors qu'elle avait quatorze ans. La Cour a rappelé que la protection de l'intégrité physique et morale impliquait parfois l'obligation pour l'Etat de « mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté » (§ 80). Elle a relevé que, dans l'affaire *K.U. c. Finlande*, qui ne concernait pas non plus des violences physiques, mais qui n'en présentait pas moins une grande gravité, il avait été considéré nécessaire que le requérant puisse disposer d'un recours « permettant d'identifier l'auteur des actes incriminés et de le traduire en justice » (§ 84). A défaut d'une telle gravité, lorsque l'intégrité morale est menacée, le cadre juridique adapté ne doit pas nécessairement consister dans des dispositions pénales et un encadrement civil performant peut apparaître suffisant (§ 85). A cet égard, la Cour a considéré que l'incident dénoncé par la requérante sans présenter la gravité des affaires concernant des violences, sévices ou contacts physiques n'en concernait pas moins « des aspects extrêmement intimes » de sa vie privée (§ 86).

La grande chambre s'est écartée de l'approche de la chambre qui avait conclu à l'absence de violation de la Convention en considérant qu'il n'y avait pas de « défaut important » dans la législation ou la pratique de l'Etat défendeur (en se désolidarisant d'ailleurs de l'utilisation de ce critère qui concerne *a priori* seulement l'évaluation de la qualité des enquêtes) (§§ 90-91). Les juges de Strasbourg ont relevé que le parquet n'avait pas agi sur la base de l'infraction de tentative de pornographie infantile (§§ 92-97) et que la Cour d'appel de Svea avait considéré que l'infraction d'abus sexuel n'était pas établie dès lors qu'il fallait « qu'en commettant l'acte en question son auteur voulût que la victime se rendît compte de l'abus » (§§ 98-104, sp. 100). Il est vrai qu'aux termes d'un arrêt du 23 octobre 2008, la Cour suprême de Suède avait affirmé la nécessité de mieux protéger contre « la prise d'image en secret » et qu'au début de l'année 2013 un texte protégeant contre la « photographie intrusive » était entré en vigueur (§§ 105-106). Cela étant, nul ne contestait que « la requérante ne pouvait pas invoquer la nouvelle loi pour un incident survenu en 2002, ni se prévaloir d'une quelconque autre protection analogue de son droit au respect de sa vie privée » (§ 107). Certes, ce n'était pas la seule manière pour l'Etat d'assumer ses obligations internationales, mais au surplus la requérante avait été déboutée de l'action civile qu'elle avait jointe à la procédure pénale (§§ 108-114) tandis qu'elle se plaignait aussi de ce qu'une indemnisation ne lui ait pas été allouée sur le fondement direct de la Convention (§§ 115-116). Au regard de l'ensemble, la grande chambre a considéré par seize voix contre une que la Convention avait été violée en son article 8, dès lors que « le droit suédois ne comportait aucun recours pénal ni aucun recours civil propres, dans les circonstances particulières de l'espèce, à assurer à la requérante une protection effective contre l'atteinte [qui avait été portée] à son intégrité » (§ 117).

L'on se réfèrera encore avec profit à l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE qui souligne que « filmer ou photographier une personne sans son consentement est une atteinte à l'essentiel des droits de la personnalité » et exige une incrimination pénale. En effet, de son point de vue, « l'incrimination de la pornographie infantile – c'est-à-dire toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins

¹²⁴⁴ Dans l'arrêt de chambre *E.S. c. Suède* du 21 juin 2012, la Cour avait au contraire conclu à l'absence de violation de la Convention. Voy. À propos de l'arrêt de chambre : L. LAVRYSEN, « No “significant flaws” ... », *op. cit.*, pp. 145-164.

principalement sexuelles – relève aujourd’hui du droit coutumier international, qui s’impose à tous les Etats »¹²⁴⁵ en sorte que « toute atteinte délibérée au bien-être physique et moral des enfants doit être érigée en infraction et sanctionnée par une peine dissuasive ». Le juge concordant va plus loin. Mais il ne voit aucune raison d’opérer en la matière une différenciation entre adulte et mineur en manière telle qu’à ses yeux, « la garantie du droit découlant de la Convention à la protection de l’image exige que soit érigé en infraction le fait de filmer ou photographier en secret des enfants ou des adultes »¹²⁴⁶.

C. Le droit à la réputation

617. Pas plus que le droit à l’image, le droit à la réputation ne fait l’objet d’une garantie textuelle dans la Convention. Par contre, il y apparaît bel et bien en tant que motif potentiel de restriction au droit reconnu par l’article 10¹²⁴⁷. Dans son arrêt de grande chambre *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, la Cour a exposé que « le droit à la protection de la réputation est un droit qui relève, en tant qu’élément de la vie privée, de l’article 8 de la Convention » en sorte que la notion de vie privée « comprend des informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu’elles ne soient pas publiées sans son consentement ». Encore faut-il « pour que l’article 8 entre en ligne de compte, [que] l’attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée » (§ 83)¹²⁴⁸. Ici aussi, on peut immédiatement songer aux affirmations contenues dans les décisions judiciaires ou bien aux affirmations relayées par la presse, à sensation ou non. Ces questions sont cependant loin d’épuiser les potentialités du droit à la réputation, qui doit être protégé – par-delà ces cas d’école – y compris au sein de la famille, par exemple lorsqu’elle se déchire devant les tribunaux.

i) *Les atteintes étatiques au droit à la réputation : Stelian Rosca c. Roumanie et Aksu c. Turquie [GC]*

618. L’atteinte à la réputation peut en premier lieu être le fait des autorités étatiques lorsque par exemple elles ne font pas preuve de la discrétion requise dans le cadre d’une procédure tendant au placement sous statut d’incapacité ou bien lorsque l’Etat contribue au financement d’une publication dont la teneur est potentiellement irrespectueuse de l’identité d’une minorité.

¹²⁴⁵ Au soutien de cette affirmation, le juge cite : Les articles 16, 19 et 34 c) de la Convention des Nations unies relative aux droits de l’enfant ; l’article 3 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant, concernant la vente d’enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; les articles 6 et 7 § 1 de la Convention (no 182) de l’OIT sur les pires formes de travail des enfants imposent aux Etats parties de prendre des mesures pour éliminer, à l’aide des sanctions pénales nécessaires, la vente d’enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, notamment l’utilisation, le recrutement ou l’offre d’un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques ; l’article 20 de la Convention du Conseil de l’Europe sur la protection des enfants contre l’exploitation et les abus sexuels et de l’article 9 de la Convention du Conseil de l’Europe sur la cybercriminalité ; la Décision-cadre du Conseil de l’Union européenne relative à la lutte contre l’exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (2004/68/JAI) ; la Directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l’exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie. Il fait également valoir qu’en Europe, quarante et un pays ont érigé en infraction la pornographie enfantine, tandis qu’aux Etats-Unis cette infraction est prévue tant par le droit fédéral que par le droit de l’ensemble des cinquante Etats.

¹²⁴⁶ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque.

¹²⁴⁷ F. JONGEN, « Le droit à l’honneur », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l’association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 122.

¹²⁴⁸ En marge de l’arrêt *Nada c. Suisse*, les juges ROZAKIS, SPIELMANN et BERRO-LEFÈVRE ont regretté que l’arrêt de la grande chambre donne « la mauvaise impression que l’honneur et la réputation [...] ne [faisaient] pas nécessairement partie des éléments constitutifs les plus essentiels de la vie privée ».

619. Dans l'arrêt *Stelian Roşca c. Roumanie* du 4 juin 2013, le requérant avait été licencié par la Régie autonome des transports en commun de la ville de Constanţa mais obtenu ensuite l'annulation de ce licenciement par le tribunal départemental. La RATC avait cependant refusé de le réintégrer et le requérant avait dirigé diverses procédures contre elle et ses dirigeants. L'entreprise publique avait alors réclamé son internement et son interdiction devant les juridictions nationales. Le requérant avait été soumis à une expertise médicale psychiatrique dans un laboratoire de médecine légale de Constanţa du 29 novembre au 6 décembre 2001 et avait été interné dans un hôpital psychiatrique du 27 avril au 11 mai 2004.

La Cour a conclu en l'espèce à la violation de l'article 5, § 1, de la Convention, mais ce qui nous intéresse ici est que le requérant dénonçait également, sous l'angle des articles 8 et 13 combinés, l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé d'obtenir en justice la reconnaissance de l'atteinte à sa réputation et la réparation de son préjudice moral : il avait été arrêté en public par des policiers armés et fait l'objet d'une procédure publique qui avait duré plusieurs années. Depuis, il était considéré comme fou par de nombreuses personnes dans son entourage, sa femme avait demandé le divorce et il avait perdu son poste de vice-président dans une association (§ 89). La Cour a rappelé que « le droit d'une personne à la protection de sa réputation est couvert par l'article 8 en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée » (§ 95) et considéré que les juridictions internes avaient écarté trop rapidement les preuves présentées par le requérant au titre de leur caractère « non probant ». Selon elle, « une approche aussi formaliste risque de priver d'effectivité les recours internes normalement accessibles et suffisants pour faire reconnaître et réparer l'atteinte subie par quiconque à sa réputation » (§§ 98-99). De même, les juridictions internes n'avaient donné aucun poids à la circonstance que les arrestations du requérant avaient eu lieu alors même qu'il n'avait pas été préalablement convoqué comme l'exigeait le droit interne. Dès lors, la Cour ne voyait pas « dans la démarche des tribunaux nationaux et, en particulier, dans le contrôle effectué par la cour d'appel de Constanta, l'expression de l'examen attentif et rigoureux attendu des autorités nationales sur le terrain de l'article 13 de la Convention » (§ 100).

620. L'arrêt de grande chambre *Aksu c. Turquie* du 15 mars 2012 concernait la publication, d'une part, d'un livre intitulé *Les Tsiganes de Turquie* et, d'autre part, de deux dictionnaires de la langue turque. Selon le requérant, les ouvrages considérés contenaient des propos injurieux pour la communauté rom. Il avait dénoncé cette circonstance devant les autorités nationales, mais n'avait pas obtenu gain de cause.

A propos de l'ouvrage *Les Tsiganes de Turquie*, la Cour a affirmé que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition » et qu'« elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu ». En outre, « l'identité ethnique d'un individu doit être considérée comme un élément important de sa vie privée » (§ 58).

L'affaire mettait en conflit, suivant les juges strasbourgeois, le droit à la vie privée du requérant et l'exercice par autrui de son droit à la liberté d'expression (§ 63). La Cour a considéré en l'espèce que s'agissant d'un travail universitaire sérieux ne contenant pas d'« observations négatives sur la population rom en général » et dont l'intention était de comprendre la communauté rom de Turquie « victime d'ostracisme et visée par des remarques dévalorisantes fondées principalement sur des préjugés », les juridictions internes avaient pu conclure « que l'intéressé s'était donné de la peine et n'était pas mû par des intentions racistes » (§ 70). Dès lors que lesdites juridictions avaient en outre procédé à la mise en balance des droits en conflit, à l'aune des principes dégagés dans sa jurisprudence (§§ 71-74), il n'y avait pas eu de violation

de l'article 8, même s'il y avait lieu pour le gouvernement, au regard de la vulnérabilité des Roms/Tsiganes de « poursuivre ses efforts pour combattre les stéréotypes négatifs » (§§ 75-77).

A propos des deux dictionnaires, la Cour a renvoyé, pour affirmer l'applicabilité de l'article 8 à ce qui avait pu être exposé au sujet de l'ouvrage *Les Tsiganes de Turquie* (§ 81). Le requérant dénonçait notamment le terme « faire le tzigane » dont la définition était « faire preuve de radinerie ». Le gouvernement expliquait que, comme il avait été exposé par les juridictions internes « les définitions et expressions figurant dans les dictionnaires se fondaient sur la réalité historique et sociologique, et ne dénotaient aucune intention d'humilier ou de dévaloriser la communauté rom. Il a également relevé que la langue turque comportait des expressions similaires concernant d'autres groupes ethniques, qui apparaissaient dans des dictionnaires et encyclopédies » (§ 82).

La Cour a relevé que les deux dictionnaires précisaient que le terme « tzigane » a le sens « métaphorique » de « radin » et visaient des expressions telles que « monnaie de tzigane » ou « rose tzigane ». En outre, les expressions faisaient partie du langage courant (§ 84). La Cour a relevé que les deux dictionnaires avaient des publics différents, l'un étant expressément destiné aux élèves. Selon les juges européens, ce dictionnaire aurait pu mettre en œuvre davantage de précautions et notamment qualifier de « péjoratif » ou « insultant » plutôt que de simplement « métaphorique » l'emploi des expressions litigieuses conformément aux directives prises à cet égard par l'ECRI (§ 86). Toutefois, cet élément seul ne pouvait conduire à un constat de violation dans un contexte où le dictionnaire n'était ni un manuel scolaire, ni distribué ou recommandé par le ministère de l'Education (§ 86).

On se référera avec profit à l'opinion séparée de la juge arménienne GYULUMYAN suivant laquelle « dans le livre en jeu dans la requête no 4149/04, les Roms sont décrits en des termes forts comme un « groupe marginal exclu et partout méprisé » » (§ 3) et « dans les dictionnaires objets de la requête no 41029/04, plusieurs expressions comportant le mot « tzigane » sont définies en des termes qui ne peuvent qu'être considérés comme désobligeants et incendiaires (§ 4). En somme, « ces expressions et plusieurs autres dans les trois ouvrages dénotent manifestement une atteinte à la dignité des Roms, de l'intolérance et un manque de respect pour une culture différente de la culture majoritaire au sein de la société. De plus, elles perpétuent les stéréotypes et les préjugés dont les Roms sont victimes, et cautionnent une attitude discriminatoire à l'encontre d'une minorité qui compte sans aucun doute aujourd'hui parmi les plus vulnérables, sinon est la plus vulnérable, en Europe. Il convient de noter que les ouvrages litigieux ont été publiés avec le soutien des autorités turques. La restitution par le ministère de la Culture des droits de l'un des ouvrages à l'auteur de celui-ci n'équivaut pas à un retrait ou une dénonciation d'un soutien officiel » (§ 5). Pour la juge, « à la lumière de cette abondante littérature émanant des organisations intergouvernementales mondiales et régionales, et eu égard à la vulnérabilité de la minorité rom vivant en Turquie et dans d'autres pays [...] la Turquie a violé au moins l'article 8 de la Convention du fait qu'elle a soutenu et qu'elle n'a pas interdit la diffusion des ouvrages ». En outre, « il n'y a pas violation de l'article 10 dans la mesure où cette disposition, en son paragraphe 2, évoque les devoirs et responsabilités induits par la liberté d'expression et la protection de la réputation et des droits d'autrui. Il est extrêmement important de rappeler que la liberté d'expression non seulement confère le droit d'émettre des opinions mais impose aussi des devoirs et des responsabilités. On ne peut donc s'en servir pour cautionner la promotion ou la diffusion d'idées de haine ethnique et de supériorité d'une nation vis à vis d'autres groupes ethniques » (§ 10).

- ii) *La protection de la réputation contre les tiers : Axel Springer AG c. Allemagne*
[GC]

621. L'approche retenue par la Cour de l'équilibre à mettre en œuvre entre le droit au respect de la réputation et le droit à la liberté d'expression est synthétisée par la grande chambre dans l'arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012 (l'affaire avait été jointe à l'affaire *Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 2* : voy. *supra* n° 614). Était en cause l'interdiction de publier imposée par les tribunaux nationaux à une société propriétaire d'organes de presse qui avait diffusé des informations relatives à l'arrestation et à la condamnation d'un acteur populaire pour possession et consommation de cocaïne lors de la fête de la bière à Munich. La décision interne se fondait sur les articles du Code civil relatifs à la responsabilité civile (art. 823) et aux atteintes à la propriété (art. 1004), lus à la lumière du droit à la protection de la personnalité (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*) (§ 18). Pour la société requérante, qui invoquait l'article 10 de la Convention, la décision interne portait illégitimement atteinte à son droit à la liberté d'expression.

Ici aussi la Cour a mis en évidence une « grille d'analyse » (voy. *supra* n° 346) lui permettant de mettre en œuvre une approche structurée des affaires impliquant, comme l'espèce, une mise en balance du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 et du droit au respect de la vie privée visé à l'article 8. Sont ainsi pertinents : (1) la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apporte à un débat d'intérêt général ; (2) le rôle ou la fonction de la personne visée et la nature de l'activité faisant l'objet du reportage et/ou de la photo ; (3) le comportement de la personne concernée avant la publication du reportage ou le fait que la photo litigieuse et les informations y afférentes ont déjà été publiés auparavant ; (4) le mode d'obtention des informations et leur véracité ; (5) la façon dont un reportage ou une photo sont publiés et la manière dont la personne visée y est représentée (§§ 89-95).

Selon la grande chambre, l'information relative à un procès public relevait *a priori* de l'intérêt du public (§ 96) et l'acteur concerné, qui avait incarné longuement à l'écran un commissaire de police, était populaire et pouvait être considéré comme un personnage public (§ 99). Sans relever de la petite délinquance, l'infraction était de gravité moyenne (§ 100) et il avait été communiqué à son propos par le parquet (§§ 106-107). Dès lors qu'enfin, les articles litigieux relataient l'arrestation et la condamnation sans être injurieux (§ 108), la Cour a considéré que l'article 10 de la Convention avait été violé.

L'article 8 protège la réputation des personnalités publiques. A ce titre, elle a déjà pu connaître de nombreuses affaires concernant des atteintes à la réputation de différents types de personnalités¹²⁴⁹. Mais les anonymes ont également droit à la protection de leur réputation. Ainsi, la Cour a-t-elle été amenée à évaluer les atteintes portées à la réputation de personnes non publiques dans différents contextes comme celui d'accusations de vol¹²⁵⁰ ou d'un conflit de voisinage¹²⁵¹ ou encore lorsqu'il est communiqué à propos d'une procédure de protection de la jeunesse¹²⁵².

¹²⁴⁹ Par ex. : les hommes politiques (Cour eur. dr. h., arrêt Gutsanovi c. Bulgarie du 21 novembre 2013 et Cour eur. dr. h., arrêt de Lesquen du Plessis-Casso du 30 janvier 2014) et leurs familles (Cour eur. dr. h., arrêt Polanco Torres et Movilla Polanco c. Espagne du 21 septembre 2010) ; les footballeurs (Cour eur. dr. h., arrêt Putistin c. Ukraine du 21 novembre 2013) ; les directeurs de journaux (Cour eur. dr. h., arrêt Someșan and Butiuc c. Roumanie du 19 novembre 2013) ; les journalistes (Cour eur. dr. h., arrêt Pfeifer c. Autriche du 15 novembre 2007 et Cour eur. dr. h., arrêt Mater c. Turquie du 16 juillet 2013) ; la famille de résistants (Cour eur. dr. h., arrêt Chauvy et autres c. France du 29 juin 2004) ; un juge de la Cour suprême (Cour eur. dr. h., arrêt Oleksandr Volkov v. Ukraine du 9 janvier 2013) ; un membre du parquet (Cour eur. dr. h., arrêt Lavric c. Roumanie du 14 janvier 2014) ; les avocats (Cour eur. dr. h., arrêt Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne du 16 juillet 2013).

¹²⁵⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Popovski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine » du 31 octobre 2013.

¹²⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt Pauliukienė et Pauliukas c. Lituanie du 5 novembre 2013.

¹²⁵² Cour eur. dr. h., arrêt Ageyevy c. Russie du 18 avril 2013.

iii) *La protection de la réputation au sein de la famille désunie : Sanchez Cardenas c. Norvège*

622. Dans l'affaire *Sanchez Cardenas c. Norvège* qui a donné lieu à un arrêt du 4 octobre 2007, la question de la protection de la réputation s'est posée dans le cadre d'un litige entre parents relatif au droit au contact. Il y avait deux enfants communs et la mère avait déposé plainte contre le père qui avait, selon elle, abusé sexuellement les enfants. Le dossier pénal avait cependant été classé sans suite. Le requérant avait alors lancé une procédure afin de pouvoir rencontrer les enfants mais il avait été débouté de sa demande. Dans sa décision, la juridiction norvégienne avait indiqué qu'« elle [estimait] qu'il y [avait] beaucoup d'éléments qui [pouvaient] indiquer qu'un abus [avait] eu lieu » mais qu'« elle n'[estimait] pas opportun d'approfondir ou de prendre position sur cet aspect »¹²⁵³.

Le père a saisi la Cour estimant que l'insertion de ce passage dans la décision constituait une violation de l'article 8 de la Convention à son égard. La Cour a tout d'abord signalé que la teneur de la décision considérée, non seulement était liée à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée du requérant, mais encore suggérait qu'il avait adopté une conduite extrêmement répréhensible à l'égard de personnes avec lesquelles il avait un lien familial. Le contenu de la décision était par ailleurs de nature à affecter la vie privée et familiale du requérant au sens ordinaire de ces termes en sorte que sa plainte entraînait dans le champ de l'article 8 (§ 33). La Cour a ensuite constaté que, sans que cela serve à rien pour la résolution de l'affaire, la juridiction avait fait état, dans une décision, des éléments présentés devant elle et affirmé, sur leur base, sa propre suspicion que le requérant avait commis un crime sérieux étant un abus sexuel sur l'un de ses fils. Elle a signalé qu'elle ne comprenait pas pourquoi les juridictions nationales avaient pris le parti tout à la fois « de traiter et de ne pas traiter » la problématique des abus sexuels. Selon elle, si les juridictions nationales entendaient évoquer la question des abus sexuels, il leur revenait de traiter les allégations dont question de manière étayée et raisonnée (§ 37). La Cour a dès lors estimé qu'en l'espèce l'article 8 de la Convention avait été violé par les autorités norvégiennes¹²⁵⁴.

D. Les données personnelles et les informations relatives à la vie privée

623. Développée au départ des arrêts *Leander c. Suède* du 26 mars 1987¹²⁵⁵ puis *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994¹²⁵⁶, la protection conventionnelle des données personnelles est considérablement renforcée dans un arrêt *Z. c. Finlande* du 25 février 1997 aux termes duquel « la protection des données à caractère personnel [...] [joue un rôle fondamental] pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention » (§ 95)¹²⁵⁷. Progressivement, ce sont des questions très modernes comme celles induites par les banques de données – notamment génétiques – utilisées par l'administration qui ont trouvé leur chemin jusqu'au prétoire strasbourgeois (*S. et Marper*). Ici aussi, on voit la Cour s'essayer à la constitution progressive d'une grille d'analyse fondée sur un certain nombre de critères au rang desquels figurent évidemment la « sensibilité des données », le caractère

¹²⁵³ Traduction libre.

¹²⁵⁴ Un grief était également articulé sur pied de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, mais la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de l'examiner au regard des conclusions atteintes dans le cadre de l'examen de l'affaire sous l'angle de l'article 8.

¹²⁵⁵ Utilisation du registre secret de la police dans le cadre de la sélection du personnel habilité à servir dans une base militaire.

¹²⁵⁶ Consignation de données relatives à la requérante dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

¹²⁵⁷ P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, pp. 139-142.

systematique de l'enregistrement, l'identification des individus ou l'absence de consentement. Comme partout ailleurs, se pose de manière récurrente la légitimité des récoltes et traitement de données qui procèdent de manière « indifférenciée » et/ou « permanente »¹²⁵⁸. C'est donc, à nouveau, une exigence de fluidité qui transparait, en premier lieu, de l'analyse de la jurisprudence. Le droit de la Convention est sur ce terrain à mettre en relation avec la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981.

i) *Les atteintes étatiques au droit au respect des données personnelles*

624. En premier lieu, l'Etat doit faire montre de retenue dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel. Suivant la Cour, « la mémorisation, par une autorité publique, de données relatives à la vie privée d'un individu peut constituer une ingérence au sens de l'article 8 [...]. Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite [...]. Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée, la Cour tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés »¹²⁵⁹. Plusieurs affaires pendantes devant la Cour concernent expressément des manœuvres de surveillances sur internet. On suivra à cet égard avec intérêt, par exemple, l'évolution de l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*¹²⁶⁰.

α – La collecte de données ou d'informations : *K.T. c. Norvège*

625. Les nécessités de l'administration de la justice peuvent impliquer des restrictions au droit au respect de la vie privée. Ainsi, il peut se justifier qu'une enquête soit conduite ou bien qu'une expertise soit menée¹²⁶¹. Dans une affaire *K.T. c. Norvège* qui a donné lieu à un arrêt du 25 septembre 2008, la Cour s'est par exemple penchée sur la question particulière des investigations menées par les services sociaux à l'égard d'un parent dans le cadre d'un litige relatif aux modalités de garde et de visite des enfants. Ayant souligné qu'il n'était pas constaté que l'ingérence litigieuse tendait à la protection de l'intérêt de l'enfant (§ 62), la Cour a constaté que l'enquête faisait suite aux déclarations de différents tiers et que l'occasion avait été donnée au requérant de s'expliquer ce qu'il n'avait jamais souhaité faire. Par ailleurs, elle a pointé que le simple fait qu'une première enquête avait été abandonnée ne permettait pas de considérer que la seconde ne se justifiait pas (§ 65). Elle en a conclu que rien ne permettait d'affirmer qu'une balance adéquate n'avait pas été réalisée entre les intérêts en jeu et que la décision des autorités nationales était largement restée dans le cadre de leur marge de manœuvre (§ 66 et 68). Au surplus, la Cour a constaté que la manière dont les investigations avaient été menées (prise de renseignement auprès du médecin généraliste, de l'école, du jardin d'enfants et de la police) avait été respectueuse du prescrit de l'article 8 de la Convention (§§ 69 et 70)¹²⁶².

¹²⁵⁸ Voy. par. ex. : D. DE BEER, P. DE HERT, G. GONZALEZ FUSTER et S. GUTWIRTH, « Nouveaux éclairages de la notion de "donnée personnelle" et application audacieuse du critère de proportionnalité. Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 159-180.

¹²⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Khelili c. Suisse* du 18 octobre 2011, § 55.

¹²⁶⁰ La requête porte le numéro 58170/13.

¹²⁶¹ La Cour a déjà jugé que la saisie de documents appartenant à une société pouvait constituer une atteinte au droit au respect du domicile ou de la correspondance au sens de l'article 8. Par contre, elle n'a pas encore jugé que dans de telles circonstances, la vie privée de la société considérée pouvait se trouver engagée (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège* du 14 mars 2013, § 107).

¹²⁶² Dans une affaire *Tsourlakis c. Grèce*, qui a donné lieu à un arrêt du 15 octobre 2009, était en cause l'impossibilité pour un père d'accéder au rapport d'expertise établi par la Société pour la protection de l'enfance dans le cadre de la procédure judiciaire l'opposant à son épouse s'agissant de la garde de l'enfant commun. La Cour d'appel d'Athènes avait ordonné l'établissement de ce rapport pour instruire la demande de garde exclusive formulée par la mère de

626. Dans un arrêt *Gardel c. France* du 17 décembre 2009, la Cour a considéré conforme au prescrit conventionnel l'inscription du requérant, qui avait été condamné à quinze années de réclusion pour des faits de viols sur mineure, au fichier des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS). Elle a eu spécialement égard, pour ce faire, à la légitimité de l'objectif poursuivi par les autorités françaises étant la prévention des infractions sexuelles, à la circonstance que les informations sont exclusivement accessibles par à des autorités astreintes à la confidentialité et dans des circonstances précisément définies et à la possibilité pour la personne renseignée dans le fichier litigieux de saisir le Procureur de la République d'une demande d'effacement anticipé (§§ 63 à 70). Ces différents éléments ont amené la Cour à valider le système français malgré la faveur actuelle pour la réinsertion (§ 64) et le caractère limité de la marge d'appréciation étatique lorsqu'est en cause, comme en l'occurrence, un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu (§§ 61 et 62).

627. Dans une affaire *Khelili c. Suisse*, qui a donné lieu à un arrêt du 18 octobre 2011, la requérante se plaignait de son inscription et du maintien de celle-ci dans les fichiers de la police en qualité de « prostituée », cela après qu'on ait trouvé sur elle des cartes de visites qui précisaient : « Gentille, jolie femme fin trentaine attend ami pour prendre un verre de temps en temps ou sortir. Tel. (...). ». La Cour a signalé qu'elle ne sous-estimait pas l'importance d'une prévention efficace de la criminalité. Elle a cependant relevé l'importance de la présomption d'innocence et la circonstance que la requérante n'avait jamais été condamnée pour exercice illégal de la prostitution. La Cour a ici considéré que l'ingérence – importante – dans la vie privée de la requérante n'était pas nécessaire dans une société démocratique dès lors que la mention incriminée était de nature à lui porter sérieusement préjudice tandis qu'elle ne s'appuyait que sur les cartes de visite ambiguës trouvées sur elle. Dans semblable contexte, elle a conclu que le maintien de la mention litigieuse ne pouvait être considérée comme correspondant à un « besoin social impérieux » (§ 68) en manière telle que l'article 8 de la Convention avait été violé (§ 71).

ii) *La protection des données contre les tiers : Editions Plon c. France*

628. Des données aussi sensibles que celles relatives à la santé peuvent-elles être divulguées par la presse ? Telle était la question posée par la retentissante affaire *Editions Plon c. France* tranchée en faveur de la liberté de la presse le 18 mai 2004. En l'espèce était en cause la

l'enfant. Sur la base de ce document, les juges d'appel grecs avaient pris le parti d'accéder à la demande. Le requérant ne s'était pas pourvu en cassation, mais il avait demandé à pouvoir consulter le rapport établi par la Société de protection de l'enfance, ce qui lui avait été refusé. La Cour s'est notamment référée à ses arrêts *Gaskin c. Royaume-Uni*, *Roche c. Royaume-Uni* et *K.H. et autres c. Slovaquie*. A son estime, s'agissant du cas d'espèce, « la communication du rapport lui aurait [...] permis de prendre connaissance d'éventuels points négatifs contenus dans celui-ci et qui ont pu influencer la décision des juges et, le cas échéant, les prendre en compte pour l'avenir en vue d'améliorer sa relation avec son fils. Il apparaît que le requérant avait aussi participé à l'élaboration du rapport et il était donc légitime qu'il puisse connaître la manière dont les informations qu'il avait fournies étaient analysées et prises en compte par la Société de la protection de l'enfance » (§ 43). Or, comme l'a relevé la Cour, les autorités grecques n'avaient « en substance pas motivé » leur décision de refuser au requérant l'accès au rapport (§ 44) dans un contexte où la législation nationale relative à l'utilisation de tels rapports n'était « pas d'une grande limpidité » (§ 43). Pourtant, « il appartient aux autorités de démontrer qu'il existe des raisons impérieuses justifiant la non-divulgaration à l'intéressé d'un rapport contenant des informations personnelles le concernant directement » (*K.H. et autres c. Slovaquie*, § 48) tandis qu'« il pèse sur les autorités une obligation positive d'offrir au requérant une « procédure effective et accessible » lui permettant d'avoir accès à « l'ensemble des informations pertinentes et appropriées » (*Roche*, § 162). Dès lors, la Cour a constaté que la Grèce n'avait pas respecté ses obligations conventionnelles en l'espèce (§ 45).

publication de l'ouvrage *Le grand secret* rapportant les relations entre le Président français François Mitterrand et le docteur Gubler qui traitait le cancer qui lui avait été diagnostiqué en 1981. Le livre, fruit de la collaboration du médecin et d'un journaliste avait vu sa parution interdite en référé au titre de la violation du secret médical (§§ 9-11). Le docteur Gubler, son coauteur et le président de la requérante avaient été ultérieurement condamnés tant au pénal (§§ 12-13) qu'au civil (§§ 14-17) pour cette même raison, l'interdiction de diffusion de l'ouvrage étant maintenue.

Saisie par l'éditeur d'un grief formulé sur pied de l'article 10 de la Convention, la Cour a affirmé, au plan de l'exigence d'un but légitime, que « les mesures d'interdiction critiquées, en référé comme au fond, tendaient à protéger l'honneur, la réputation et l'intimité de la vie privée du président défunt, et que l'appréciation des juridictions nationales selon lesquelles ces “droits d'autrui” se trouvaient transmis à sa famille par sa mort n'apparaît nullement déraisonnable ou arbitraire ». Au surplus, « c'est bien parce que nombre d'informations révélées dans l'ouvrage étaient juridiquement secrètes, donc a fortiori confidentielles, qu'elles ont pu concrètement porter atteinte aux droits d'autrui » (§ 34).

Sur le terrain de la proportionnalité cependant, la Cour a considéré que la décision au fond ordonnant le maintien de l'interdiction de diffusion constituait – au contraire de l'interdiction décidée en référé – une violation de l'article 10 de la Convention. Ainsi, selon les juges de Strasbourg, « plus la date du décès s'éloignait, plus cet élément perdait de son poids. Parallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical. Il ne s'agit certes pas pour la Cour de considérer que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du secret médical, qui, en droit français, est général et absolu, sauf les strictes exceptions fixées par la loi elle-même. Mais, à partir du moment où celui-ci avait été enfreint, ce qui a entraîné pour l'auteur de cette violation des sanctions pénales (et disciplinaires), le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction, en l'espèce elle aussi générale et absolue, d'un livre » (§ 53). En outre, « lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. A ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant » (§ 54).

iii) *La protection des données au sein de la famille désunie : L.L. c. France et N.N. et T.A. c. Belgique*

629. L'affaire *L.L. c. France* posait question la production, dans le cadre d'une procédure en divorce, d'un compte-rendu opératoire adressé par un médecin spécialiste au médecin généraliste du requérant et figurant dans son dossier médical. En l'espèce, l'épouse du requérant avait versé le compte-rendu en question à son dossier de pièce pour étayer son allégation selon laquelle le requérant souffrait d'éthylisme chronique¹²⁶³.

Dans son arrêt du 10 octobre 2006, la Cour a tout d'abord relevé le rôle fondamental de la protection des données à caractère personnel pour l'exercice du droit au respect de la vie privée (§ 44). Elle a ensuite noté que la procédure en divorce est par nature une procédure au cours de

¹²⁶³ En degré d'appel, le requérant avait sollicité que la pièce soit écartée des débats, arguant de ce qu'il n'avait jamais transmis copie de ce document à son épouse ni délié le médecin signataire du secret médical. Les juridictions françaises n'avaient cependant pas accédé à sa demande, au motif que rien ne démontrait que le document avait été obtenu par fraude.

laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés, même si les ingérences qui en découlent doivent être limitées autant que possible à ce qui est strictement nécessaire au regard des spécificités de la procédure et des données du litige (§ 45). Elle a pointé que, dans l'affaire dont elle était saisie, la pièce contestée n'avait pas été déterminante dans le cadre du débat en sorte que l'article 8 avait été violé (§ 46) à plus forte raison dans un contexte où le droit français permettait à tout un chacun d'accéder au greffe des juridictions aux décisions rendues en matière civile, sociale et commerciale et que cette publicité relative justifiait un contrôle particulièrement strict (§ 47).

630. Dans l'affaire *N.N. et T.A. c. Belgique*, était en cause la production dans le cadre d'une procédure en divorce par un époux de la correspondance amoureuse de l'autre époux avec un tiers. En l'espèce, les requérants sont les partenaires d'un couple homosexuel. L'un des deux partenaires, T.A., s'était marié avec une femme, B.V., en 1979. Dans le cadre de la procédure en divorce et en référé, initiée par B.V. à l'encontre de T.A. en décembre 1993, la première avait déposé parmi les pièces de son dossier des correspondances amoureuses entre les deux requérants¹²⁶⁴.

Dans son arrêt du 13 mai 2008, la Cour a relevé qu'il lui revenait de trancher le conflit existant entre des droits qui méritent *a priori* un égal respect étant, d'un côté, le droit d'une partie à un procès de faire valoir l'ensemble des arguments et des moyens de preuve à l'appui de sa cause et, de l'autre, le droit à l'intimité de l'autre partie qui est susceptible d'imposer aux autorités nationales d'empêcher la mobilisation d'éléments probatoires qui porteraient atteinte au droit à la vie privée (§ 43). La procédure en divorce est par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés (*L.L.*) (§ 46), même si les ingérences qui en découlent doivent être limitées autant que possible à ce qui est strictement nécessaire au regard des spécificités de la procédure et des données du litige (§ 47). Se tournant finalement vers l'espèce, la Cour a relevé que la jurisprudence belge prévoyait deux conditions pour la production de correspondance dans le cadre d'une procédure en divorce étant qu'aucun des correspondants ne peut être soumis au secret professionnel et que les courriers ne peuvent avoir été obtenus de manière illicite. Elle a également soulevé qu'en l'occurrence les requérants ne contestaient pas l'existence de leur relation et ne se plaignaient pas d'une éventuelle incidence de celle-ci sur la teneur des mesures provisoires ordonnées, mais dénonçaient seulement sa révélation et la publicité qui y a été faite (§§ 48-49). Il est vrai qu'*a posteriori* la nécessité ou l'opportunité de produire les correspondances considérées au dossier de la procédure était apparue limitée ou nulle, mais cela n'impliquait pas l'obligation pour le juge national d'interdire *a priori* leur production dans un dossier qui au demeurant n'est par sa nature pas accessible au public (§ 50). La Cour a, au regard de ces considérations, estimé que l'article 8 de la Convention n'avait en l'espèce pas été violé¹²⁶⁵.

E. Le droit de connaître ses origines et/ou sa descendance

¹²⁶⁴ N.N. était intervenu volontairement à la cause et les deux requérants avaient d'emblée sollicité l'interdiction de la production de ces courriers à raison du respect du à leur droit à la vie privée et au secret de la correspondance. Dans le cadre du litige relatif aux mesures provisoires, le tribunal de première instance de Bruges de même que la Cour d'appel de Gand n'avaient pas estimé devoir écarter des débats les lettres considérées au regard notamment de la considération selon laquelle si, en droit commun, des documents privés ne pouvaient être déposés par un tiers, la jurisprudence et la doctrine avaient admis une exception dans le cadre des procédures en divorce et, partant, dans les demandes de mesures provisoires qui y sont relatives, pour autant qu'aucun des correspondants ne soit soumis au secret professionnel et qu'aucun moyen illicite n'ait été mis en œuvre pour prendre possession des échanges considérés. Les requérants s'étaient alors pourvus en cassation, arguant de la violation de l'article 29 de la Constitution belge et de l'article 8 de la Convention, mais la haute juridiction belge avait validé les décisions rendues par les juridictions de fond.

¹²⁶⁵ Voy. également l'opinion concordante de la juge MULARONI à laquelle se rallie le juge ZAGREBELSKY.

631. La jurisprudence de la Cour relative à la connaissance de ses origines ou de sa descendance trouve ses racines dans la jurisprudence antérieure relative aux données collectées par l'Etat et à la possibilité pour l'individu d'y accéder et de les contester¹²⁶⁶. La Cour a ainsi développé, au départ de son arrêt *Leander* (voy. *supra* n° 623), un droit de l'individu d'accéder à des informations relatives à sa petite enfance et à l'identité des géniteurs (i) sans pour autant consacrer un droit symétrique à connaître l'identité de ses descendants (ii). Si cette asymétrie peut *a priori* s'expliquer par la prééminence à accorder à l'intérêt de l'enfant, il semble que le caractère encore balbutiant du droit de connaître sa descendance ne s'explique pas toujours et qu'il mériterait peut-être d'être davantage développé. En outre, il faut pointer d'emblée qu'un certain « flou » affecte, dans la jurisprudence de la Cour, la différence, pourtant importante entre la quête des origines (qui concerne la connaissance d'un fait) et la volonté d'établir la filiation (qui concerne l'institution d'un lien) (voy. *supra* n° 473 et *infra* n° 1140 et s.).

i) *Le droit de connaître ses origines*

632. La Cour appréhende la question du droit de connaître ses origines sous l'angle des obligations positives induites par le droit au respect de la vie privée à mettre en œuvre par l'Etat au titre du droit à l'épanouissement personnel et du droit de nouer des relations avec ses semblables. Cette approche originaire a été systématiquement réitérée par la Cour dans ses arrêts ultérieurs¹²⁶⁷. Les données relatives aux origines personnelles présentent cette singularité que pour ce qui les concerne, « l'intervention d'autorités publiques ne procède pas de mesures antérieures de surveillance prises à leur initiative »¹²⁶⁸. Il y a selon la Cour un « intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »¹²⁶⁹ et de telles informations participent du « droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et [de] celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »¹²⁷⁰. Selon certains, cet intérêt qu'a l'enfant à connaître de telles informations devrait toujours primer, à plus forte raison dans un contexte où la dissimulation est historiquement connectée à la honte des écarts par rapport aux normes et aux conventions¹²⁷¹. L'approche de la Cour est moins tranchée : si elle réclame l'existence d'une instance indépendante lorsqu'il s'agit d'accéder aux rapports de l'assistance à la jeunesse, elle fait toujours primer le droit de l'enfant dans le contexte de la recherche de paternité à tout le moins dans le cadre de la procréation naturelle et accepte – en sens inverse – le droit de *veto* consenti à la mère dans le contexte très particulier de l'accouchement sous x.

α – La prise en charge par les autorités publiques : *Gaskin c. Royaume-Uni* [P]

633. La *leading case* en la matière est évidemment le célèbre arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 relatif au refus des autorités britanniques de permettre au requérant d'accéder au contenu des rapports relatifs à son parcours d'enfant pris en charge par les autorités publiques après que sa mère soit décédée juste après sa naissance. La Cour se prononçait pour la première fois sur l'importance que peut revêtir, pour la construction identitaire d'un individu, l'accès aux informations relatives à son enfance. La Cour a considéré que « les personnes se

¹²⁶⁶ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 41.

¹²⁶⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, §§ 57-58 et 77 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 40 et Cour eur. dr. h., arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, § 60.

¹²⁶⁸ P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », *op. cit.*, p. 151.

¹²⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, § 64 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, § 46.

¹²⁷⁰ Dans l'affaire *Odièvre c. France*, les juges européens ont même souhaité rappeler, au titre des principes généraux, que « la sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée » (Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, § 47).

¹²⁷¹ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 74-76.

trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation » (§ 39). De même, les documents consignés concernaient « à n'en pas douter » la vie privée et familiale du requérant et remplaçaient « les souvenirs et l'expérience des parents d'un enfant non placé à l'assistance » (§§ 36 et 37). La Cour a néanmoins souligné que « le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi » et qu'« il peut être nécessaire pour préserver des tiers » (§ 49).

Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat ». Cela étant, pareil système ne respecte le principe de proportionnalité, poursuit la Cour, « que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce » (§ 49). La Cour en conclut que les procédures suivies n'avaient pas, *in specie*, assuré le respect de la vie privée et familiale de Monsieur Gaskin. Si la Cour admet que les origines peuvent revêtir un aspect confidentiel au nom de certains impératifs – tel *in casu* le bon fonctionnement du système d'assistance à l'enfance –, elle considère toutefois que le droit d'accéder à ses origines ne peut se voir opposer une fin de non-recevoir absolue et doit pouvoir être invoqué devant une instance indépendante susceptible d'opérer une pesée des intérêts au regard de l'ensemble des éléments pertinents.

β – La recherche de paternité : Mikulic c. Croatie et Jäggi c. Suisse

634. C'est avec l'affaire *Mikulic c. Croatie*, soldée par un arrêt du 7 février 2002, que la question des origines rebondit sur le terrain de la filiation. Un enfant y dénonçait la circonstance que les juridictions internes n'avaient pas été en mesure de statuer dans un délai adéquat relativement à son action en recherche de paternité.

La Cour a d'abord relevé que « les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ». Elle a poursuivi en observant que la nécessité de protéger les tiers peut toutefois exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN. Dans ce contexte, « [u]n système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat » (§ 64).

Cependant, la Cour a relevé – en se référant à *Gaskin* – que « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité » (§ 64). En conséquence, la procédure existante ne ménageait pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN (§§ 64 et 65).

635. Dans un arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, le requérant était né en 1939 et avait été placé dès sa naissance dans une famille d'accueil. Un tuteur *ad hoc* avait diligenté une action en recherche de paternité à l'endroit d'un certain AH qui n'avait cependant pas abouti. L'enfant avait rencontré sa mère près de vingt années plus tard et celle-ci lui avait révélé que ce AH était bien son père. AH avait toujours refusé de se soumettre à des analyses médicales qui auraient pu établir sa paternité à l'endroit du requérant. Après le décès de AH, le requérant – alors

sexagénaire – avait sollicité une révision de la première décision et une expertise ADN de la dépouille. Les juridictions nationales avaient toutefois débouté le requérant de ses prétentions.

La Cour a constaté que le refus des autorités d'autoriser une expertise qui aurait permis au requérant d'avoir la certitude que AH était son père biologique avait affecté la vie privée du requérant (§34). Elle a subséquemment mis en balance le droit du requérant à connaître son ascendance et le droit des tiers à l'intangibilité du corps, l'intérêt de la société et la protection de la sécurité juridique (§ 39). Dans ce cadre, elle a spécialement souligné le droit du requérant de connaître ses origines personnelles en précisant que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge (§ 40), tandis qu'elle a par contre relativisé le droit des tiers au respect de la dépouille, dans la mesure notamment où le prélèvement d'ADN est relativement peu intrusif et où le corps était en tout état de cause appelé à être exhumé à l'expiration de la concession (§ 41).

La Cour a au demeurant rappelé que le respect de la vie privée du défunt n'entre pas en considération (*Succession de Kresten Filtenborg Mortensen* : voy. *supra* n° 570) (§ 42) et considéré que la protection de la sécurité juridique n'était pas suffisante pour justifier que le requérant soit privé du droit de connaître son ascendance puisque l'admission de son action n'aurait pu en l'espèce en tout état de cause avoir d'impact en matière d'état civil (§ 43). La Cour a donc conclu que les autorités suisses n'avaient pas garanti au requérant son droit au respect de la vie privée (§ 44).

636. Il n'est pas douteux que la Cour sera un jour interrogée sur le droit d'accéder à ses origines des enfants nés ensuite d'un don de sperme. On sait que la grande chambre avait affirmé, dans *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* en 1997 qu'il « [n'existait] pas d'assentiment général des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci » (§ 44) (voy. *infra* n° 1097). Patrick WACHSMANN fait quant à lui valoir que « dans le cas, qui n'a pas encore été soumis à la Cour, d'une procréation médicalement assistée avec don de sperme, le désir de savoir de l'enfant nous semblerait [...] d'un tout autre ordre, puisque ce n'est pas un problème de paternité et donc d'identité du sujet qui serait posé, dès lors que rien ne s'est passé entre le donneur, pur agent technique de la réalisation d'un projet de procréation auquel il reste étranger, et la mère. Le prétendu père qu'il s'agirait ici de retrouver ne serait pas véritablement un père, si l'on considère que seul peut avoir cette qualité un homme mêlé de quelque manière à l'histoire de la mère, qu'il ait eu ensuite à jouer ou non un rôle dans l'éducation de l'enfant »¹²⁷².

637. En attendant, les différentes affaires déjà tranchées par la Cour mettent en exergue la difficulté qu'il peut éventuellement y avoir à distinguer la question de la connaissance des origines et celle, voisine mais différente, de l'établissement de la filiation juridique. Ainsi, d'un côté, dans *Mikulic c. Croatie*, la Cour semble confondre les deux questions lorsqu'elle expose que la requérante est « en quête de la vérité biologique » et que « son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P » (§ 55)¹²⁷³. Au contraire, dans *Jaggi c.*

¹²⁷² P. WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », *op. cit.*, pp. 154-155.

¹²⁷³ La décision d'irrecevabilité *Nylund c. Finlande* du 26 juin 1999 est intéressante pour la raison que c'est en l'occurrence un adulte qui cherche à déterminer sa descendance et non pas comme dans l'affaire *Gaskin* un enfant recherchant des informations sur sa naissance et son enfance. « La Cour observe que le cas d'espèce diffère de l'affaire *Rasmussen* sous deux aspects. Premièrement, dans l'affaire *Rasmussen*, c'est le mari qui souhaitait engager une action en désaveu de paternité. Deuxièmement, dans cette affaire, la procédure visait à déterminer le régime juridique entre l'homme et l'enfant. En l'espèce, l'action engagée par le requérant a pour but l'homologation d'un fait biologique allégué plutôt que l'établissement de relations juridiques. Néanmoins, la Cour estime que les circonstances de la vie du requérant au printemps 1988, telles qu'elles ont été décrites par l'intéressé lui-même, étaient de nature à faire tomber les faits de la présente affaire sous l'empire de l'article 8 ». Ce risque de confusion des deux plans est en réalité inhérent aux affaires qui concernent la filiation paternelle comme l'illustre l'arrêt *A.M.M. c. Roumanie* 14

Suisse, il semble que la légitimité de la revendication est renforcée par le fait que l'admission de la demande du requérant n'aurait pu en l'espèce en tout état de cause avoir d'impact en matière d'état civil (§ 43) (voy. aussi *infra* n° 1140).

γ – L'accouchement sous x : *Odièvre c. France* [GC] et *Godelli c. Italie*

638. L'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 concernait l'impossibilité pour un enfant de connaître sa filiation maternelle en raison du choix du législateur français – à cet égard totalement isolé en Europe – de permettre l'accouchement sous x. La requérante était âgée de trente-huit ans et la Cour y a insisté en soulignant expressément que les intérêts en cause « [touchaient] [...] non une adulte et une enfant, mais deux adultes » (§ 44) ce qui paraissait induire une atténuation par le temps de l'intérêt à connaître ses origines. La grande chambre a souligné que « le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est [...] pas étranger aux buts que recherche le système français » (§ 45). La Cour a reconnu à la France seulement une « certaine » marge d'appréciation dès lors que la plupart des Etats parties ne connaissent pas l'accouchement sous x même si « certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance » et si « des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme »¹²⁷⁴. Il est encore précisé que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes relatives à sa mère biologique et à sa famille biologique « lui permettant d'établir quelques racines de son histoire » (§ 48) et que la France a instauré – alors que la procédure devant la Cour était pendante – un Conseil national pour l'accès aux origines auprès duquel on peut solliciter la réversibilité du secret (§ 49).

En l'espèce, la Cour a considéré que l'institution française de l'accouchement sous x rencontrait les exigences de l'article 8¹²⁷⁵. Il ressort de l'examen des opinions séparées adjointes à l'arrêt *Odièvre*, que les juges européens étaient partagés sur la manière dont il y avait lieu de prendre en considération cet objectif de protection de la vie. Pour les uns, l'enfant conçu bénéficie à

février 2012 qui concerne une procédure en recherche de paternité dont l'objet est à la fois de conférer à l'enfant une filiation juridique et de lui permettre de connaître « les détails de son identité d'être humain » (§ 51).

¹²⁷⁴ 47. La Cour observe que les Etats contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique, dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. Elle note cependant que certains pays ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. Elle en déduit que face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction.

¹²⁷⁵ Les juges dissidents appréhendent très différemment le système français. Selon eux : « (...) En réalité, la loi accepte, comme un obstacle absolu à toute recherche d'information entreprise par la requérante, la décision de la mère, quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision. En toute circonstance et de manière irréversible, le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le « droit de veto » pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention (arrêts *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I), sont entièrement négligés, oubliés. En outre, la mère peut aussi, de la même manière, paralyser les droits des tiers, notamment ceux du père biologique ou des frères et sœurs, qui peuvent eux aussi être privés des droits garantis par l'article 8 de la Convention. Dans cette perspective, nous ne pouvons être satisfaits par la concession de la majorité selon laquelle « la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers » (paragraphe 48 de l'arrêt) ».

proprement parler des droits garantis par la Convention¹²⁷⁶. Pour les autres, la valeur intrinsèque de la vie humaine implique qu'on la protège même lorsqu'elle n'existe qu'en puissance¹²⁷⁷. Dès 2002 et l'arrêt *Odièvre*, les juges qui mettent davantage l'accent sur les droits individuels cherchent à investir le droit d'accéder à ses origines personnelles du poids considérable conféré par une connexion avec la notion de dignité humaine. Ainsi, selon les auteurs de l'opinion dissidente à l'arrêt, « la possibilité d'avoir accès à ses origines et de pouvoir ainsi retracer les éléments de son histoire personnelle relève de la liberté, et donc de la dignité humaine qui est au cœur des droits garantis par la Convention » (§ 3).

Ainsi, c'est semble-t-il la conjonction d'une garantie substantielle (l'accès à des informations non identifiantes) et d'une garantie procédurale (l'accès à une instance tierce) qui permet à la France de réussir le test de proportionnalité.

Il faut préciser que cette instance n'est pas tout à fait semblable à celle qui paraissait exigée dans les affaires *Gaskin* et *Mikulic*. Ainsi, dans les deux cas, il paraissait exigé qu'au terme de son examen de l'affaire l'instance indépendante soit en mesure de donner accès aux informations, même sans le consentement respectivement des informateurs ayant contribué au dossier de protection de l'enfance et du père présumé¹²⁷⁸. Or, dans le système français tel qu'il a été validé par la cour, pareille possibilité de donner accès aux origines, malgré le refus de la mère, n'existe pas dès lors que celle-ci est investie par la loi d'un véritable pouvoir de veto.

639. Dans l'arrêt *Godelli c. Italie* de 2012, qui porte également sur l'accouchement sous x, mais dans sa déclinaison italienne, la Cour a par contre conclu à la violation de la Convention. La Cour a relevé, dans un examen de droit comparé préalable, qu'en Europe « l'accouchement sous x ou dans l'anonymat [apparaissait] minoritaire sans être exceptionnel »¹²⁷⁹. Dans la motivation de sa décision, elle a consenti à l'Italie le bénéfice d'une certaine marge d'appréciation (§ 60). Elle a clairement affirmé, à propos d'une requérante âgée de soixante-neuf ans, que « l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire » (§ 69)¹²⁸⁰. La référence au « droit au respect de la vie » n'est plus présente, comme telle et cela est d'autant plus interpellant¹²⁸¹ que sous réserve de

¹²⁷⁶ Pour la juge GREVE, « au stade prénatal, pendant l'accouchement et juste après, la mère comme l'enfant/l'enfant à naître jouissent également de droits sous l'angle des articles 2 et 3 de la Convention » et « il n'y a pas lieu de décider si un enfant *in utero* bénéficie au titre de l'article 2 d'une protection distincte ou d'une protection par l'intermédiaire de sa mère ». Elle en a conclu que l'intérêt de l'enfant était essentiellement de naître et qu'en ce sens, avant la naissance, cet intérêt et celui de la mère étaient foncièrement convergents.

¹²⁷⁷ Pour les juges RESS et KURIS, « il n'est pas nécessaire, pour statuer sur l'affaire, de répondre à la question de savoir si la notion de vie dans le cadre de l'article 2 de la Convention englobe aussi la vie de l'enfant à naître. Dans la poursuite de l'intérêt général, l'Etat peut prendre en considération, selon l'article 8 § 2, la protection de la vie après la conception pour des raisons de morale générale, de santé ou de démographie ».

¹²⁷⁸ L'organe indépendant ou l'autorité indépendante dont la Cour sanctionnait l'absence était décrite comme susceptible d'arbitrer les intérêts en conflit et de permettre, le cas échéant, l'accès d'une personne à ses origines, « au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement » ou bien en « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier » au test de paternité.

¹²⁷⁹ Selon le § 28 : « En Europe l'accouchement sous X ou dans l'anonymat apparaît minoritaire sans être pour autant exceptionnel. A côté de la France dont le droit positif prévoit depuis de nombreuses années l'accouchement sous X, des législations, relativement récentes car édictées au cours de la dernière décennie, organisent la naissance d'enfants dans ces conditions (Autriche, Luxembourg, Russie, Slovaquie). En France, l'accouchement sous X tend à se rapprocher de l'accouchement dans le secret à l'instar de ce qui se pratique en République tchèque où la confidentialité quant aux données nominatives sur la mère biologique est alors temporaire, et non définitive, puisque l'accès à ces informations est différé dans le temps ».

¹²⁸⁰ Voy. le juge SAJO dans son opinion dissidente à l'arrêt *Godelli* souligne par contre que la requérante « n'a pas fait montre d'une préoccupation particulière et durable quant à ses origines, puisqu'elle a attendu vingt-trois ans avant de saisir la justice. S'il m'appartenait de procéder à la mise en balance, c'est là un aspect que je prendrais en considération ».

¹²⁸¹ Pour Nicolas HERVIEU, « les juges majoritaires réduisent le poids conventionnel des arguments en faveur de l'accouchement anonyme » et que « ceci est d'autant plus patent que, parallèlement, l'importance des prétentions de

l'omission de cette « valeur supérieure garantie par la Convention » (voy. aussi *infra* n° 870 et s.), le texte du paragraphe 64 de l'arrêt *Godelli* reproduit, quasiment mot pour mot¹²⁸², le texte du § 45 de l'arrêt *Odièvre*¹²⁸³. Cependant, l'Italie, à la différence de la France, ne proposait aucune garantie substantielle ou procédurale. En effet, « la requérante [n'avait] eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers » et « sans aucune possibilité de recours, [elle s'était] vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles » (§ 69). Circonstance aggravante : un projet de réforme était en examen devant le Parlement italien depuis 2008 alors lorsque la Cour a statué en 2012 (§ 70).

Inertie législative et absence de toute garantie quelconque sur le plan substantiel ou sur le plan procédural concourent donc au constat que l'Italie n'a pas aménagé un équilibre convaincant entre les intérêts en conflit. Atténuée dans l'arrêt, la nécessité de protéger la vie des enfants à naître reparaît, de manière accentuée, dans l'opinion dissidente du juge hongrois András Sajo pour lequel « l'anonymat est lié à l'obligation de l'Etat de protéger le droit à la vie, lequel est l'émanation directe de la plus haute des valeurs défendues par la Convention ».

Les enseignements de l'arrêt *Godelli* sont incertains : il n'est pas sûr que la réussite du test de proportionnalité exige nécessairement la réunion des deux garanties – substantielle et procédurale – dès lors que l'on peut imaginer que l'Italie aurait pu échapper à une condamnation en offrant simplement l'accès à des informations non identifiantes ou seulement la possibilité de saisir le Conseil national pour l'accès aux origines.

640. Les deux affaires d'accouchement sous x ont *a priori* en commun de souligner très nettement que la question de l'accès aux origines personnelles et singulièrement à l'identité de la mère biologique se distingue de la question de l'établissement de la filiation maternelle. En l'occurrence, chacune des deux femmes bénéficiait d'une filiation adoptive et aucune d'entre elles ne souhaitait remettre en cause ce lien¹²⁸⁴. Ainsi, alors que dans le contentieux de la filiation paternelle la question vitale des origines semble parfois confondue avec celle de la filiation juridique (voy. *supra* n° 637), la jurisprudence européenne relative à la filiation maternelle s'emploie à première vue à distinguer très nettement les deux questions. Encore faut-il à cet égard relever l'ambiguïté de la demande de Madame Odièvre qui faisait valoir, dans un grief supplémentaire fondé sur les articles 14 et 8 combinés, qu'elle était « victime de restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère naturelle quelle que soit la compensation pouvant résulter du fait de son adoption ». Si la Cour n'a pas souhaité poursuivre son examen de l'affaire dans cette direction, on perçoit bien là la porosité des frontières que l'on peut tenter de tracer entre « simple » connaissance des origines, établissement de la filiation et/ou bénéfice des avantages matériels qui y sont habituellement associés (voy. aussi *infra* n° 1140)¹²⁸⁵.

l'enfant est expressément soulignée » (N. HERVIEU, « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012 (<http://credof.u-paris10.fr>).

¹²⁸² L'on peut relever au surplus que l'objectif « d'éviter des avortement, en particulier des avortements clandestins » est remplacé par celui « d'éviter des avortements clandestins ».

¹²⁸³ Nicolas HERVIEU dénonce les zones d'obscurité laissée par l'arrêt : d'une part qu'en serait-il si un Etat proposait seulement l'accès à des informations non identifiantes ou une certaine réversibilité et d'autre part quid d'une solution inverse qui garantirait le droit absolu de l'enfant à la connaissance de l'identité de sa mère (N. HERVIEU, « L'accouchement anonyme ... », *op. cit.*).

¹²⁸⁴ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003, § 28 et Cour eur. dr. h., arrêt Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, § 45.

¹²⁸⁵ Suivant la Cour, « au cœur du grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention se trouve l'impossibilité de connaître ses origines et non l'établissement d'une filiation qui lui permettrait de prétendre à une succession. La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, le grief relatif à la discrimination que l'intéressée aurait subie en raison de l'anonymat de sa mère coïncide en pratique, bien que présenté sous un angle

ii) *Le droit de connaître sa descendance*

641. Alors que le droit de connaître ses origines, dans les différents contextes qui viennent d'être décrit, est affirmé avec force par le juge européen, on ne trouve que des indices plus ténus d'un éventuel droit de connaître sa descendance. En outre, il faut bien relever que règne parfois ici aussi une grande confusion entre la question du simple droit de connaître sa descendance (le *fait* de savoir) et celle de l'établissement simultané ou subséquent d'un lien de filiation (l'établissement d'un lien de *droit*).

642. Dans un arrêt *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011, relatif à l'impossibilité pour un incapable d'être désigné comme le père de son enfant, la Cour a expressément affirmé que le requérant avait « un intérêt vital protégé par la Convention à établir la vérité biologique sur un aspect important de sa vie privée et familiale et à voir celle-ci reconnue par le droit » (§ 34)¹²⁸⁶.

Cette affaire ne concernait pas uniquement l'établissement de la vérité biologique, puisque le requérant se plaignait précisément de ce que la reconnaissance à laquelle il avait procédé, avec le consentement de la mère (conformément aux articles 56 et 61 du *Family Act*) avait été subséquemment annulée lorsqu'il était apparu qu'il était au moment de celle-ci frappé d'une mesure d'incapacité. Comme nous l'avons exposé plus avant, la Cour avait conclu à la violation de la Convention au titre de l'absence de procédure accessible au requérant pour demander l'établissement de sa paternité juridique malgré la mesure de protection dont il faisait l'objet (voy. *supra* n° 513).

Il est alors difficile de déterminer si l'intérêt vital « à établir la vérité biologique » a une portée véritablement autonome par rapport à l'établissement de la filiation juridique ou bien si au contraire cet intérêt vital ne se conçoit que corrélé à une demande sur le terrain de la filiation juridique.

643. L'affaire *Kautzor c. Allemagne* soldée par un arrêt du 22 mars 2012 est intéressante dans la mesure où le requérant empêché de contester la paternité établie à l'égard d'un autre par reconnaissance (en droit allemand, le lien de filiation corrélé à une relation socio-affective faisait péremptoirement obstacle à une telle demande), avait souhaité former une demande alternative tendant à la réalisation d'un test ADN (§§ 24-25). La Cour d'appel de Hamm avait reconnu que le requérant avait un intérêt constitutionnellement protégé à connaître sa descendance en soulignant toutefois que ce droit n'était pas appelé à prévaloir en toutes circonstances. Il devait notamment s'incliner, lorsque, comme en l'espèce, l'enfant était déjà pourvu d'un père juridique. Il s'ensuivait que la demande du requérant, quoique recevable, n'était pas fondée (§§ 26-30).

La Cour a relevé qu'aucun des vingt-six Etats dont le droit avait été examiné ne prévoyait de procédure permettant « d'établir la filiation biologique » sans « contester formellement la paternité juridique » et sans « changer le statut juridique de l'enfant ». Dans ce contexte, le refus opposé au requérant ressortissait à la marge d'appréciation étatique (§ 79).

Il semble donc bien qu'*anno 2012*, la Cour européenne continue à ne donner au droit autonome à la connaissance de sa descendance qu'un poids particulièrement limité. En somme, il n'y

différent, avec le grief qu'elle a déjà examiné sur la base de l'article 8 de la Convention. A toutes fins utiles, la Cour estime qu'aucune discrimination ne frappe la requérante en raison de la qualité de sa filiation car, d'une part, elle dispose d'un lien de filiation à l'égard de ses parents adoptifs avec un enjeu patrimonial et successoral et, d'autre part, elle ne saurait prétendre, à l'égard de sa mère biologique, se trouver dans une situation comparable à celle d'enfants ayant une filiation établie à l'égard de la leur ».

¹²⁸⁶ Traduction libre.

aurait là qu'un intérêt finalement assez évanescent qui n'est affirmé avec fermeté que lorsqu'il vient au soutien de la volonté d'établir un véritable lien de filiation juridique.

644. Il faudra être attentif à la jurisprudence future de la Cour qui viendra peut-être clarifier ce point. La transparence biologique même déconnectée de la filiation pourrait progressivement prendre de l'épaisseur. En Allemagne, l'article 1598 du Code civil permet déjà au père légal, à la mère et à l'enfant – mais pas à un tiers – de demander en justice un examen génétique dépourvu, en soi, de conséquences civiles¹²⁸⁷. En Angleterre, un mécanisme permet de réclamer un « *order* » déclarant l'existence d'un lien génétique entre un adulte et un enfant et, dans la plupart des cas, il serait considéré que l'intérêt de l'enfant commande que les doutes soient levés¹²⁸⁸.

§ 2. Le droit au développement de l'identité sociale

645. Garanti de la protection de son intégrité morale au sens large, l'individu réclame aussi la possibilité de manifester son originalité et sa personnalité non pas seulement dans le cadre de sa vie privée sensu stricto mais également lorsqu'il entre en contact avec ses contemporains dans l'espace public. Ainsi l'individu prétend-t-il déterminer lui-même la façon dont il se présente aux autres ou construire lui-même l'identité sous laquelle il se présente aux autres¹²⁸⁹. Selon la Cour, l'article 8 « comprend le droit de mener une “vie privée sociale”, à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables »¹²⁹⁰.

En premier lieu, la question se pose de la sanction par l'Etat ou l'employeur de comportements ou d'attitudes ressortissant à la vie privée et par lesquels la personne exprime son identité. Ainsi la Cour est-elle confrontée à la question de savoir quels sont les comportements que l'Etat peut exiger ou exclure au titre du « vivre ensemble » dans la société ou de l'appartenance à la fonction publique. De même revient-il à l'Etat – au titre de ses obligations positives – de contrôler les restrictions de même nature qu'un employeur privé prétendrait imposer à ses salariés (A).

En deuxième lieu, le droit au développement personnel implique de pouvoir choisir de divulguer certains éléments de sa personnalité. Encore peu développée, la jurisprudence de Strasbourg n'en illustre pas moins le risque que représente par exemple – y compris pour l'individu lui-même – la diffusion de contenus personnels sur les réseaux informatiques (*Pay*) (B).

En troisième lieu, la Cour a pu admettre que le nom (C), le travail (D) et l'habitat (E) ressortissaient aussi à la protection dispensée par l'article 8 de la Convention. Or, ces trois aspects de l'identité individuelle peuvent entrer en conflit avec des intérêts collectifs ou les

¹²⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, § 36.

¹²⁸⁸ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, op. cit., pp. 63-64.

¹²⁸⁹ Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, la tenue vestimentaire, par exemple, « concrétise le choix d'aller vers les autres muni du passeport social reflétant le mieux sa personnalité » (J.-P. MARGUÉNAUD, in *G.A.C.E.D.H.*, op. cit., p. 524). De même, selon François RIGAUX, « les principaux attributs de la personnalité qui relèvent du domaine de la vie privée sont faciles à énumérer : donner de soi-même une apparence ou une image faisant l'objet d'un choix personnel » et « cela inclut la manière de se vêtir, le choix du langage, la politesse, un minimum de décorum » (F. RIGAUX, « Vie privée et activités professionnelles. Cour européenne des droits de l'homme, *Ozpinar c. Turquie*, 19 octobre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 418).

¹²⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Bigaeva c. Grèce du 28 mai 2009, § 22 ; Cour eur. dr. h., arrêt Ozpinar c. Turquie du 19 octobre 2010, § 45.

droits de tiers, outre que l'Etat n'est en mesure de garantir à chacun ni le droit à un travail, ni le droit à un logement ou bien *a fortiori* au travail ou au logement qu'il souhaite.

La jurisprudence de la Cour traduit en somme une conception suivant laquelle si la manière dont on « forge son identité sociale » (*Ozpinar*) ou la façon dont on « exprime sa personnalité » (S.A.S.) sont protégées par l'article 8, il n'en reste pas moins que divers motifs, au rang desquels le concept flou de « vivre ensemble », sont susceptibles d'y justifier des restrictions. En outre, ici aussi, la Cour se montre particulièrement réticente à mettre le pied sur le terrain de la « protection sociale » (*Chapman*).

A. Les restrictions comportementales et/ou vestimentaires

646. L'article 8 de la Convention protège « la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables »¹²⁹¹ et « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir »¹²⁹². Il convient alors de s'interroger sur les limitations qui peuvent être imposées aux options individuelles en matière d'attitude et de tenue depuis la dignité requise des magistrats (i) jusqu'à l'interdiction du niqab dans l'espace public (ii) en passant par le port de signes religieux dans le milieu professionnel (iii). On aperçoit immédiatement la diversité des questions posées et le biais de genre qui peut potentiellement affecter les réponses avancées.

i) *L'attitude requise des fonctionnaires : Ozpinar c. Turquie*

647. Dans l'affaire *Ozpinar c. Turquie*, la Cour s'est penchée sur la révocation d'une magistrate suite à une dénonciation anonyme émanant d'« un groupe de policiers patriotes » faisant état notamment de ce qu'elle s'était disputée avec sa mère dans le Palais de justice, entretenait des relations sentimentales multiples qui l'influençaient dans son travail, était trop maquillée et trop court-vêtue et était régulièrement en retard ou absente (§ 8).

Selon la Cour, « des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables » (§ 47) et en l'espèce « l'intéressée [n'avait] pas été renvoyée uniquement pour des raisons professionnelles : [...] ses agissements et relations non seulement dans le cadre de sa vie professionnelle mais aussi dans le cadre de sa vie privée étaient directement en jeu » (§ 47)¹²⁹³. La Cour a concédé que « le fait d'adopter, dans la vie professionnelle ou dans la vie privée, une conduite qui ne rend pas le magistrat digne de la confiance et de la considération dont il doit jouir, peut avoir un certain effet sur la réputation du pouvoir judiciaire ». Toutefois, « dans les affaires ayant trait à la vie privée d'un fonctionnaire, ce dernier doit pouvoir prévoir, dans une certaine mesure, les conséquences de ses agissements privés et, le cas échéant, bénéficier de garanties adéquates ». Ces garanties, a expliqué la Cour, « sont d'autant plus nécessaires que la vie professionnelle chevauche très souvent la vie privée au sens strict du terme, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer en quelle qualité l'individu agit à un moment donné » (§ 76). En l'espèce, « même si certains des comportements attribués à la requérante, notamment le fait d'avoir pris des décisions motivées par des considérations personnelles, pouvaient le cas échéant être de nature à justifier une mesure radicale, telle que la révocation, la Cour [a constaté] [...] l'enquête réalisée par l'inspecteur n'a pas respecté les garanties minimales exigibles » (§ 77).

¹²⁹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Ozpinar c. Turquie* du 19 octobre 2010, § 46.

¹²⁹² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt S.A.S. c. France du 1er juillet 2014, § 107.

¹²⁹³ Ainsi, « de nombreuses personnes [avaient été] interrogées sur les rumeurs concernant les relations de la requérante dans sa vie professionnelle et privée, sa tenue au travail, son style de maquillage, son respect de l'horaire de travail, ses séjours de vacances » (§ 75).

François RIGAUX regrette que le grief de la requérante fondé sur les articles 8 et 14 combinés de la Convention et relatif à une différenciation inacceptable fondée sur le sexe n'ait pas été examiné (la Cour l'ayant considéré tardif)¹²⁹⁴.

ii) *La tenue vestimentaire dans l'espace public : Leyla Sahin c. Turquie [GC] et S.A.S c. France [GC]*

648. Selon la Cour, « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée »¹²⁹⁵. Si la Cour a pu également se prononcer sur les restrictions apportées à cet égard à la liberté des détenus qu'il s'agisse du port obligatoire d'une « salopette fermée »¹²⁹⁶ ou de l'obligation de se faire couper les cheveux¹²⁹⁷, la jurisprudence la plus significative de la Cour concerne le port du foulard islamique et du voile intégral dans un contexte où l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a formulé en 2010 une Recommandation 1927 (2010) sur l'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe. Dans son arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, la grande chambre avait renoncé à examiner la question du port du foulard à l'Université sous l'angle de l'article 8 et privilégié un examen sous l'angle exclusif de l'article 9. Près de dix années plus tard, dans l'arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, elle a examiné la question du port du niqab sous l'angle combiné des articles 8 et 9, « mais en mettant l'accent sur la seconde de ces dispositions » (§ 109). Quoiqu'il en soit de cette nuance, il y a là une preuve supplémentaire des capacités d'extension et/ou d'absorption du droit au respect de la vie privée. Sur le fond, l'évolution entre les deux arrêts est intéressante : alors qu'en 2005, le principe de laïcité et l'égalité entre hommes et femmes amenaient la Cour à valider l'interdiction du voile, l'arrêt de 2014 admet l'interdiction du niqab au titre d'une approche fondée sur le concept évanescant de « vivre-ensemble » relativisant les considérations de sécurité publique et d'égalité homme/femme.

α – Le port du foulard islamique : *Leyla Sahin c. Turquie* [GC]

649. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*¹²⁹⁸ était en cause l'interdiction faite aux étudiants de l'université d'Istanbul de porter le foulard islamique (§ 23)¹²⁹⁹. Dans son arrêt de novembre 2005, la grande chambre a notamment considéré que « c'est le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle [...] qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique » (§ 116). Dans un contexte caractérisé par la diversité des approches nationales (§ 109) et au regard du débat qui était intervenu en Turquie et de l'attitude souple dont avaient fait preuve les autorités internes dans la mise en œuvre de la

¹²⁹⁴ Selon lui, tant sur le plan du comportement au travail que sur le plan du comportement adopté en privé, les femmes font l'objet de jugements plus tatillonnés qui sont en mesure de contrevenir aux exigences de l'article 14 (F. RIGAUX, « Vie privée et activités professionnelles... », *op. cit.*, pp. 418-419).

¹²⁹⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, § 107.

¹²⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Lindström et Mässeli c. Finlande* du 14 janvier 2014.

¹²⁹⁷ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., décision *Popa c. Roumanie* du 18 juin 2013, §§ 32-33.

¹²⁹⁸ Dans son arrêt du 29 juin 2004, la chambre avait conclu à la non-violation de l'article 9.

¹²⁹⁹ La requérante était une étudiante qui portait le foulard. Elle avait sans succès mis en œuvre un recours en annulation contre la circulaire adoptée par le recteur (§§ 18-20) et avait subséquentement fait l'objet de sanctions disciplinaires (§§ 21-25). Elle avait finalement décidé de poursuivre ses études à Vienne (§ 28).

réglementation litigieuse, la majorité des juges composant la grande chambre a considéré que la mesure considérée n'était pas disproportionnée dans une société démocratique (§§ 117-122).

La juge dissidente, Madame TULKENS, a formulé deux reproches à l'égard de la décision prise par la majorité. D'un côté, elle faisait un usage instrumental de la technique du consensus européen puisque « dans aucun des Etats membres, l'interdiction du port de signes religieux ne s'est étendue à l'enseignement universitaire qui s'adresse à un public de jeunes adultes » (§ 3). De l'autre côté, ni la laïcité, ni l'égalité entre hommes et femmes n'étaient menacés par le choix fait par la requérante de porter le foulard. Ainsi, « le port du foulard ne [pouvait], en tant que tel, être associé au fondamentalisme » (§ 10) et « ne [symbolisait] pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme » (§ 11). Sur ce dernier point, la juge dissidente a affirmé qu'« il [n'appartenait] pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui [n'appartenait] pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante ». A ses yeux, il était difficile de comprendre « comment le principe d'égalité entre les sexes [pouvait] justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement ». En outre, « l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier » et « une telle forme de "paternalisme" [s'inscrivait] à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui [avait] construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle » (§ 12)¹³⁰⁰.

β – Le port du voile intégral : S.A.S c. France [GC]

650. Dans l'affaire *S.A.S. c. France*, la Cour avait à statuer sur l'acceptabilité de l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public résultant de la loi 2010-1192 adoptée par le législateur français. Dès lors notamment que la requérante qui portait le niqab uniquement lorsque l'y inclinait son humeur spirituelle n'avait jamais été effectivement inquiétée, le gouvernement lui contestait la qualité de victime (§ 53 et s.). La Cour n'a pas souscrit à cet argument et a estimé que l'argumentation gouvernementale comportait deux versants : l'un sécuritaire, l'autre fondé sur la protection des droits et libertés d'autrui.

Le gouvernement pouvait valablement prétendre répondre à des questions de sécurité et de sûreté publiques. Cependant, ce but aurait pu être atteint par des mesures moins liberticide comme l'obligation de présenter son visage et de s'identifier quand un risque existe pour la sécurité où quand une fraude identitaire est soupçonnée (§ 139).

Sous l'angle de la protection des droits et libertés d'autrui, la Cour n'a accepté ni la référence à l'égalité entre hommes et femmes (§§ 118-119) ni celle faite à la dignité de la personne (§ 120). Ainsi, « un Etat partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes [...] revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux » (§ 119). De même, il n'y avait aucun « élément

¹³⁰⁰ En ce sens, deux auteurs soulignent que l'arrêt *Leyla Sahin* prête le flanc à la critique au titre d'un usage approximatif et/ou instrumental du consensus européen (le consensus favorable au port du voile à l'université étant occulté) et d'une conception par trop « univoque » ou « abstraite » des rapports entre voile, égalité des sexes et l'extrémisme religieux (sans égard pour la signification individuelle du port du voile pour la requérante). En somme, affirment Laurence BURGORGUE-LARSEN et Edouard DUBOUT, l'arrêt « aboutit en quelque sorte à évaluer *in abstracto* l'interdiction du port de signes religieux qui devient possible y compris en l'absence de circonstances particulières » rendant compte d'un trouble pour l'ordre public ou d'une démarche empreinte de prosélytisme fondamentaliste. L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la grande chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 193-205.

susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui » (§ 120).

Par contre, le « respect des exigences minimales de la vie en société » ou le « vivre ensemble » pouvaient se rattacher à l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui, dans la mesure où il pouvait se comprendre que « les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée » (§§ 121-122). L'interdiction critiquée pouvait être considérée « comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle [visait] à garantir les conditions du “vivre ensemble” » dès lors qu'« il [entraînait] assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public » (§§ 141-142).

Dans ce contexte, la Cour a donné du poids à certains des arguments de la requérante : le faible nombre de personnes concernées, l'impact négatif sur la situation des femmes qui font le choix de porter le voile, la congruence de différents instruments nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme, l'émergence de propos islamophobes dans le contexte du débat ayant précédé l'adoption de la loi. En sens inverse, la largesse de l'interdiction était atténuée par la possibilité de porter un vêtement religieux ne cachant pas le visage et par la circonstance qu'elle n'était pas explicitement liée à la connotation religieuse des habits ; en outre, les sanctions pénales prévues en cas d'infraction étaient de faible importance (§§ 144-152). Surtout, une large marge de manœuvre devait être reconnue à la France, dès lors que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société » et cela d'autant plus « qu'il n'y a pas de communauté de vues entre les États du Conseil de l'Europe » (§§ 154-156). Au regard de cette large marge de manœuvre, la Cour a conclu que la mesure litigieuse pouvait passer pour proportionnée au but poursuivi à savoir « la préservation des conditions du “vivre ensemble” en tant qu'élément de la “protection des droits et libertés d'autrui” » (§ 157)¹³⁰¹.

Les juges NUSBERGER et JÄDERBLOM regrettent, dans leur opinion dissidente, que l'arrêt sacrifie « des droits individuels concrets » à des « principes abstraits ». Selon eux, le vivre ensemble ne s'identifie pas à un but légitime au sens de la Convention, tandis que, même à considérer que tel puisse être le cas, le droit de la requérante auraient du prévaloir sur les droits d'autrui. Ainsi, en premier lieu, « il n'y [avait] pas de correspondance directe entre le concept très général du “vivre ensemble” et les droits ou libertés garantis par la Convention ». La notion de vivre ensemble quoiqu'elle présente des liens avec des droits garantis leur semblait « factice et vague » (§ 5). En effet, « il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen » (§ 7). De même, la Convention ne prévoit aucun « droit d'entrer en contact avec d'autres personnes dans l'espace public contre la volonté de celles-ci » mais bien le « droit de ne pas communiquer et de ne pas entrer en contact avec autrui dans l'espace public » ou encore « le droit d'être un “outsider” » (§ 8). En second lieu, les droits de la requérante auraient du, en tout état de cause, prévaloir sur les intérêts y opposés. Ainsi, la

¹³⁰¹ La Cour a par ailleurs considéré – sous l'angle des articles 8, 9 et 14 combinés – que si la loi avait des « effets négatifs spécifiques » sur la situation des femmes musulmanes souhaitant porter le voile intégral, la mesure n'en était pas moins justifiée comme il avait été décidé par elle sous l'angle des articles 8 et 9 considérés isolément (§§ 161-162).

Cour « dit en substance qu'il est acceptable de faire prévaloir [les valeurs de la République] sur le style de vie et le code vestimentaire d'inspiration religieuse d'une petite minorité dès lors qu'il s'agit d'un choix de société » alors que « l'ensemble de ces valeurs peuvent tout aussi bien être interprétées comme justifiant une interdiction totale du port du voile intégral que comme appelant, au contraire, l'acceptation de ce code vestimentaire religieux et l'adoption d'une approche intégrationniste » Or, « [l]e rôle des autorités [...] ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (§§ 13-14). En outre, la mesure litigieuse – la pénalisation – était en tout état de cause disproportionnée, surtout dans un contexte où, quoiqu'en dise la majorité, il existait un consensus favorable à la non interdiction générale du port du voile intégral (§§ 15-24).

iii) *L'attitude et la tenue vestimentaire requise des travailleurs : Eweida et autres c. Royaume-Uni*

651. Dans son arrêt *Eweida et autres* du 15 janvier 2013, la Cour s'est penchée – notamment (voy. aussi *supra* n° 227) – sur les restrictions imposées par les employeurs à la possibilité de porter une croix au cou de manière visible.

Une première requérante – Madame Eweida – était agent d'enregistrement pour la *British Airways*. La Cour a considéré que :

94. [...] La Cour conclut néanmoins qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce. D'une part était en jeu la volonté de M^{me} Eweida de manifester sa conviction religieuse. Ainsi qu'il a déjà été dit, c'est un droit fondamental, non seulement parce qu'une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui. D'autre part était en jeu la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale. La Cour estime que, si ce dernier but était assurément légitime, les tribunaux internes lui ont donné trop d'importance. La croix de M^{me} Eweida était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle [...].

Une deuxième requérante – Madame Chaplin – était infirmière et travaillait dans un hôpital public. La Cour a considéré que :

99. La Cour considère que, comme dans le cas de M^{me} Eweida, l'importance que revêtait pour la deuxième requérante la possibilité de manifester sa religion par le port visible de la croix doit peser lourdement dans la balance. Cependant, la raison pour laquelle elle a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de M^{me} Eweida. De plus, il s'agit d'un domaine dans lequel une marge d'appréciation étendue doit être accordée aux autorités internes. Les responsables hospitaliers sont mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge, qui plus est un tribunal international devant lequel personne n'a directement témoigné.

B. La disposition des éléments de son identité : Pay c. Royaume-Uni

652. La Cour a, à notre connaissance, jusqu'à présent échappé à certains débats mettant pourtant directement en cause le droit au développement de l'identité sociale. Ainsi, la Cour n'a-t-elle jamais été saisie de questions directement relatives à la pornographie ou aux émissions de « real TV » qui impliquent qu'un individu consente à dévoiler contre paiement les aspects les plus intimes de sa personnalité. Elle n'a pas non plus encore été confrontée aux problématiques plus modernes liées à la connexion permanente et aux réseaux sociaux qui encouragent chacun à offrir au regard des autres, cette fois gratuitement, des pans entiers de sa vie privée. Il est clair que les divers usages possibles de Facebook ou les questions du « sexting » et du « revenge porn » sont des réalités contemporaines qui pourraient un jour pénétrer l'arène strasbourgeoise.

Les technologies modernes permettent et/ou impliquent ainsi une certaine « perte de contrôle » sur les différents contenus intimes offerts de la sorte à un cercle de destinataires plus ou moins bien circonscrit et susceptibles d’être conservés, modifiés et diffusés à l’envi¹³⁰².

On peut tout de même pointer une décision *Pay c. Royaume-Uni* rendue le 16 septembre 2008 dans une affaire où un homme se plaignait d’avoir perdu son emploi suite à la diffusion sur internet de photographies le représentant dans le cadre de pratiques BDSM (bondage, domination et sadomasochisme). Le requérant travaillait pour le *Lancashire Probation Service* au sein duquel il suivait en particulier les délinquants sexuels. Il était par ailleurs directeur d’une organisation « Roissy » qui fabriquait et distribuait des produits liés aux pratiques BDSM et organisait des événements et des performances autour de cette même pratique. En juillet 2000, la police a informé par fax le management du *Lancashire Probation Service* de l’implication. Le fax était accompagné d’une photo du requérant, portant un masque et entouré de deux femmes à dénudées. Il y avait alors eu une enquête interne au cours de laquelle il était apparu que l’organisation du requérant, « Roissy », avait un site internet contenant de nombreux liens vers des sites BDSM offrant du contenu notamment photographique.

Pour le requérant, non seulement il n’avait pas autorisé la mise en ligne des images litigieuses le représentant lors d’événements organisés dans des endroits privés, mais au surplus son implication dans le milieu BDSM n’était pas incompatible avec son travail au service de probation. Le requérant avait fait l’objet d’une procédure disciplinaire et été renvoyé. Les juridictions britanniques avaient considéré que le licenciement du requérant n’avait pas constitué *unfair dismissal*.

La Cour a distingué cette affaire de l’affaire *A.D.T.* dans laquelle les comportements litigieux étaient véritablement privés (voy *supra* n° 578). En l’espèce, non seulement les prestations du requérant étaient représentées sur des photographies disponibles sur des sites internet auxquels renvoyaient le site de « Roissy » mais en outre le requérant faisait du caractère public des actes considérés un élément essentiel de sa vie sexuelle. Dès lors, il n’était pas évident que la garantie de la vie privée était en cause et il était possible de considérer que le requérant avait abandonné ce droit. Cependant, la Cour a accepté, au regard de certaines précautions tout de même prises par le requérant, de partir de la supposition que l’article 8 était applicable, mais sans trancher définitivement la question :

This could give rise to doubts as to whether the applicant’s activities may be said to fall within the scope of private life and, if so, whether, as the Court of Appeal found, there has been a waiver or forfeiture of the rights guaranteed by Article 8. The Court notes, however, that the applicant’s performances took place in a nightclub which was likely to be frequented only by a self-selecting group of like-minded people and that the photographs of his act which were published on the internet were anonymised. In these circumstances, the Court is prepared to proceed on the assumption, without finally deciding, that Article 8 is applicable. On this assumption, the dismissal of the applicant from his employment for engaging in such activities may be said to amount to an interference with his rights under that Article (see *Smith and Grady*, cited above, §71).

Selon la Cour, la sanction imposée au requérant avait été sévère mais dans le même temps il fallait avoir égard au devoir de loyauté, de réserve et de discrétion à l’égard de l’employeur à plus forte raison lorsqu’on travaillait avec des délinquants sexuels. Le requérant pouvait avoir raison lorsqu’il affirmait que les « jeux de rôles » BDSM étaient de plus en plus acceptés, cependant au regard du caractère sensible du travail qu’il était appelé à réaliser, la Cour a jugé que les autorités internes n’avaient pas excédé leur marge d’appréciation. Au demeurant, l’employeur du requérant aurait pu opter pour une solution moins sévère, mais il fallait également tenir compte de l’attitude du requérant qui n’avait jamais admis la difficulté posée par sa connexion avec le monde BDSM et n’avait pas envisagé de mettre un terme à son activité

¹³⁰² A.A. GILLESPIE, « Adolescents, Sexting and Human Rights », *op. cit.*, pp. 623-643.

liée à « Roissy ». Il s'ensuivait que la requête était irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

C. Le « nom d'usage » : Taieb dite Halimi c. France

653. Nous traiterons dans le cadre de ce chapitre une seule et unique affaire relative au nom en raison de ce que précisément, cette affaire distingue clairement le fait d'utiliser un nom donné dans la vie privée et/ou socio-professionnelle et le désir d'être enregistré sous le nom considéré dans les registres de l'état civil. Dans cette affaire *Taieb dite Halimi c. France* soldée par une décision d'irrecevabilité du 20 mars 2001, la Cour a été amenée à prendre position sur le refus fait à une femme de porter après son divorce le nom de Halimi, sous lequel elle avait acquis une certaine notoriété. L'ex-époux avait accepté qu'elle continue à porter ce nom dans sa vie publique, mais la requérante souhaitait expressément pouvoir porter le porter officiellement. Selon elle, l'attitude des autorités françaises portait atteinte tant à sa vie privée qu'à sa vie publique et « lui refuser le droit d'utiliser son nom professionnel comme nom patronymique [revenait] d'une part à lui dénier le droit à l'épanouissement de sa personnalité, et d'autre part à effacer le vécu social qui lui [permettait] d'être identifiée, condamnant pour l'avenir son identité professionnelle, politique et sociale ».

Au plan de la vie privée, la Cour a relevé que « la requérante n'établit pas clairement en quoi l'impossibilité d'utiliser [le nom Halimi] dans le cadre de sa vie privée [portait] atteinte à sa personnalité ». Au plan de la vie professionnelle, elle a estimé que « la requérante porte couramment et sans entrave le nom litigieux dans sa vie publique et professionnelle [dès lors que] son ex-mari ne s'y est jamais opposé, que ce soit dans le jugement de divorce ou ultérieurement ». Il s'ensuivait qu'elle n'avait jamais été effectivement empêchée de faire usage du nom litigieux et qu'elle se plaignait uniquement de ce que la reconnaissance légale du droit de porter ce lui avait été refusé. La Cour a dès lors considéré qu'il existait « de sérieux doutes sur le fait que les désagréments dénoncés par la requérante puissent être considérés comme un atteinte substantielle à l'exercice de son droit au respect de sa vie privée ». A considérer qu'une telle ingérence existe, la Cour a estimé que « la requérante [n'avait] acquis aucun droit sur le nom de son ex-mari de par l'usage qu'elle en a fait pendant le mariage, et ultérieurement dans sa vie publique » en sorte qu'« elle ne [pouvait] valablement se plaindre d'une atteinte portée à sa personnalité ». En effet, le refus de conférer légalement le nom litigieux à la requérante pouvait passer pour nécessaire afin d'assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires dans une société démocratique. Il apparaît ainsi que la Cour distingue clairement deux aspects : d'un côté, la « l'usage ou l'utilisation en pratique » le nom litigieux, couramment et sans entrave ; d'autre part, la « reconnaissance légale » du droit de porter celui-ci.

Ce n'est que la reconnaissance légale du droit de porter le nom qu'elle utilise en pratique qui lui a été refusé. Ce refus n'a pas pour conséquence d'empêcher dorénavant la requérante d'utiliser l'usage du nom « HALIMI » dans le cadre de sa vie publique et professionnelle, comme elle l'a fait jusqu'à présent. Elle ne peut donc valablement se plaindre des désagréments causés par ce refus sur sa carrière.

Eu égard à ce qui précède et à la lumière de l'arrêt Stjerna précité, la Cour a de sérieux doutes sur le fait que les désagréments dénoncés par la requérante puissent être considérés comme un atteinte substantielle à l'exercice de son droit au respect de sa vie privée.

La formulation retenue par la Cour (« ce n'est que ») laisse clairement penser que lorsqu'on utilise couramment et sans entrave un nom, l'absence de reconnaissance légale est, d'une certaine manière, un « moindre mal » et la Cour a d'ailleurs de sérieux doutes sur « sur le fait que les désagréments dénoncés par la requérante puissent être considérés comme un atteinte substantielle à l'exercice » du droit de la requérante. Tout se passe comme si l'institution du nom (« la reconnaissance légale ») appartenait à un autre ordre de questionnement, moins

fondamental, et dans le cadre duquel en tout cas, la requérante ne pouvait faire valoir aucun droit (voy. aussi *infra* n° 1019 et s.).

D. La profession : Bigaeva c. Grèce et Oleksandr Volkov c. Ukraine

654. L'exercice d'une profession relève de la vie privée protégée par l'article 8 dès lors qu'il est indispensable pour pouvoir « nouer des liens avec le monde extérieur » et constitue le moyen ordinaire d'assurer son « bien-être matériel » et celui de sa famille. Ainsi, le juge de Strasbourg a-t-il pu notamment affirmer que « des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur [...]. En outre, la vie professionnelle chevauche très souvent la vie privée au sens strict du terme, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer en quelle qualité l'individu agit à un moment donné. Bref, la vie professionnelle fait partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la “vie privée” »¹³⁰³. Il n'est ni possible ni utile d'exposer ici l'ensemble des aspects de la jurisprudence de la Cour relative à la vie professionnelle, l'essentiel étant – dans le contexte de la présente étude – de mettre en exergue la relation étroite qui unit la « vie privée au sens strict » et la « vie privée professionnelle ». Nous nous bornerons alors à examiner, superficiellement, trois arrêts représentatifs.

655. La Cour refuse *a priori* toute interdiction générale faite à un ou plusieurs individus déterminés d'occuper un emploi. Dans une affaire *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*¹³⁰⁴ où les requérants s'étaient vu interdire d'occuper un emploi dans diverses branches au motif de ce qu'ils avaient auparavant été des agents du KGB, la Cour a ainsi affirmé qu'« une interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte bien atteinte à la “vie privée” ». En l'espèce, « cette interdiction ne les [empêchait] pas d'exercer certains types d'activités professionnelles mais elle [affectait] au plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur [causait] de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a des répercussions évidentes sur leur vie privée » (§§ 47-48).

656. Si certaines limitations à l'accès à la profession ou certaines exclusions d'une profession peuvent être légitimes, il convient que les autorités fassent preuve de cohérence et assurent l'absence d'arbitraire.

Dans l'arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, la Cour a été amenée à examiner l'interdiction faite aux étrangers non citoyens d'un Etat membre de l'Union européenne d'exercer en Grèce la profession d'avocat. En l'espèce, la volonté de la requérante de devenir avocate constituait « le point culminant d'un long parcours personnel et académique, établissant sa volonté de s'intégrer dans la société de son pays d'accueil en exerçant une profession correspondant à ses qualifications professionnelles ». Au surplus, et c'est là l'essentiel, les autorités de l'Ordre des avocats, avaient initialement permis à la requérante d'accomplir le stage réglementaire de dix-huit mois, avant de soulever au moment de présenter l'examen représentant le stade final du processus d'accès à la profession d'avocat (§ 33). Certes, les autorités avaient affirmé ultérieurement que l'admission initiale au stage résultait d'une erreur. Il n'empêche, selon la Cour, que même à accepter cette explication, il y avait eu atteinte au droit au respect de la vie privée de la requérante, au regard en particulier du manque de cohérence des autorités (§§ 34-35). Trois juges dissidents ont considéré, quant à eux, que la Convention n'avait pas été violée.

¹³⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, § 23.

¹³⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004.

D'un côté, l'accès au stage se distinguait de l'accès à la profession : les compétences acquises dans le cadre du stage considéré seraient utiles pour le parcours professionnel de la requérante. Une erreur de l'Etat ne l'obligeait pas à admettre ensuite une contradiction patente avec sa législation. D'autre part, la requérante en sa qualité de juriste aurait dû connaître les conditions d'exercice de la profession dans le pays où elle résidait¹³⁰⁵.

Dans un arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013, la Cour a dû prendre position sur la révocation d'un juge de la Cour suprême ukrainienne. Ayant préalablement relevé les principes dégagés notamment dans ses arrêts *Sidabras et Bigaeva* (il est aussi fait référence à l'arrêt *Ozpinar*), elle a relevé qu'en l'espèce « la révocation du requérant de son poste de juge a eu des incidences sur une grande partie de ses relations avec autrui, notamment sur ses relations de nature professionnelle. Elle a eu aussi des incidences sur son « cercle intime », car la perte de son emploi a nécessairement eu des conséquences concrètes sur son bien-être matériel et celui de sa famille. De plus, la raison pour laquelle il a été révoqué, à savoir une rupture de serment, permet de penser que sa réputation professionnelle a été affectée » (§ 166). Elle a ici aussi conclu à la violation de la Convention en raison de la non-conformité de la révocation litigieuse au droit interne (§ 171) dans un contexte où, au surplus, la réglementation n'était pas suffisamment prévisible ni ne procurait de garanties satisfaisantes contre l'arbitraire (§ 186).

On sait que les affaires dans lesquelles la violation de la Convention tient à l'incohérence de l'attitude des autorités ou à la non-conformité d'une décision à la réglementation nationale n'en disent *a priori* pas très long sur les exigences européennes. Il n'empêche qu'il apparaît clairement que la Cour considère le travail comme un aspect de l'identité et qu'à ce titre les conditions dans lesquelles il est alloué ou retiré se prêtent à un contrôle européen. A ce titre, d'ailleurs, l'exigence de non-discrimination trouve pleinement à s'appliquer comme il apparaît dans l'arrêt *I.B. c. Grèce* du 3 octobre 2013 constatant la violation de la Convention dans une affaire où un homme avait été licencié en raison du souhait manifesté par ses collègues de ne pas travailler avec une personne atteinte du H.I.V.¹³⁰⁶.

E. Le mode de vie : *Chapman c. Royaume-Uni* [GC]

657. La manière dont on vit et les choix que l'on pose en matière d'habitat peuvent également ressortir à la vie privée garantie par la Convention. Ici encore, la question du développement de la personnalité s'est posée sous l'angle des traditions différentes d'une minorité nationale puisque la jurisprudence strasbourgeoise la plus remarquable concerne l'habitat de la communauté Rom, dans un contexte où l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pu émettre dès 1993 une Recommandation 1203 (1993) relative aux Tsiganes en Europe.

Ainsi, la Cour a-t-elle été amenée, dans un arrêt de grande chambre *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, à prendre position sur l'interdiction faite à une femme par les autorités de vivre dans sa caravane (ou subsidiairement dans un bungalow) sur le terrain dont elle était propriétaire, sis dans une zone environnementale protégée. Les juges européens ont

¹³⁰⁵ La Cour a par contre refusé de constater une violation des articles 8 et 14 combinés au titre d'une distinction discriminatoire entre nationaux et citoyens de pays membres de l'UE et citoyens d'un pays non membre de cette organisation.

¹³⁰⁶ Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est notamment référée à la vulnérabilité des personnes porteuses du V.I.H. (§ 80), à la tendance se dégageant au niveau européen et international dans le sens de la protection des personnes considérées contre les discriminations en matière d'emploi (§§ 83-84). La Cour a expressément considéré que « le préjugé supposé ou exprimé des salariés ne saurait être invoqué comme prétexte pour mettre fin au contrat d'un employé séropositif » (§ 87) et que « la Cour de cassation a attribué au bon fonctionnement de l'entreprise le sens que souhaitaient lui attribuer les salariés en l'identifiant à la perception subjective de ceux-ci » (§ 88).

expressément considéré que « la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage suivie par la minorité à laquelle elle appartient » en sorte que la vie privée et familiale était concernée. L'évolution de la jurisprudence depuis le précédent *Buckley c. Royaume-Uni* rend compte de la pénétration de la question du mode de vie tsigane dans le droit au respect de la vie privée dans sa dimension identitaire, même si en réalité de nombreux tsiganes ne vivent plus de manière itinérante en permanence¹³⁰⁷.

La Cour a affirmé l'existence d'une obligation positive de protéger le mode de vie tsigane. Certes, elle « [n'était] pas convaincue que [le] consensus [était] suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les Etats contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée » (§ 94). En outre, « traiter différemment un Tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes à un endroit donné, des non-Tsiganes qui y ont établi un site caravanier et toute personne qui y a fait construire une maison soulèverait des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention » (§ 95). Cependant, « même si l'appartenance à une minorité dont le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun, tel l'environnement, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois » en sorte que « la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers ». Dans ce contexte, « l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie » (§ 96).

La Cour ne donne toutefois à cette nouvelle obligation positive aucune portée substantielle identifiable, conformément à sa réticence habituelle à empiéter sur le terrain de la protection sociale (voy. *supra* n° 564 et s.)¹³⁰⁸. Ainsi, s'il est « à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile » il existe « malheureusement dans les Etats contractants beaucoup de personnes sans domicile ». En conséquence, « la question de savoir si l'Etat accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire » (§ 96). La Cour refuse d'imposer aux Etats « l'obligation au titre de l'article 8 de mettre à la disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés » car elle « n'est pas convaincue que, en dépit de l'évolution qui s'est indéniablement fait jour dans le domaine de la protection des minorités tant en droit international, comme en témoigne la convention-cadre, que dans les législations nationales, on puisse considérer que l'article 8 implique pour les Etats une obligation positive en matière sociale aussi étendue » (§ 98). Au surplus, la question était « non pas celle du caractère acceptable ou non d'une situation générale qui existe au Royaume-Uni, aussi regrettable soit-elle, au regard des engagements de ce pays en droit international, mais celle, plus restreinte, de savoir si les circonstances particulières de la cause révèlent une violation du droit de la requérante » (§ 100).

L'obligation imposée par le Cour se révèle en définitive revêtir essentiellement une portée procédurale. En l'occurrence, les autorités nationales avaient procédé à une balance des intérêts

¹³⁰⁷ Ainsi : « Tel est le cas même lorsque, en raison de l'urbanisation et de politiques diverses ou de leur propre gré, de nombreux Tsiganes ne vivent plus de façon totalement nomade mais s'installent de plus en plus fréquemment pour de longues périodes dans un même endroit afin de faciliter l'éducation de leurs enfants, par exemple. Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition » (§ 73). La Cour amende à cet égard la position qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996 (§ 55).

¹³⁰⁸ F. BENOÎT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (en marge de l'arrêt *Chapman*) », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1004.

humanitaires et environnementaux en jeu et considéré que les seconds l'emportaient sur les premiers. Suivant une courte majorité, la grande chambre a considéré qu'il ne lui revenait pas de remettre en cause cette décision (§§ 110-115). La Cour a encore indiqué que « comme indiqué dans l'arrêt Buckley, l'article 8 ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général » (§ 113). De même, « les considérations d'ordre humanitaire qui auraient pu militer en faveur d'une issue différente pour la procédure interne ne sauraient être utilisées par la Cour pour fonder une conclusion qui équivaldrait à soustraire la requérante au champ d'application de la législation nationale en matière d'aménagement et à obliger les gouvernements à veiller à ce que chaque famille tzigane dispose d'un hébergement adapté à ses besoins » (§ 115).

Sept juges dissidents ont par contre considéré qu'au regard notamment du consensus se cristallisant autour de la nécessité de protéger les minorités et de reconnaître leurs besoins particuliers (§ 3), les autorités nationales n'avaient pas veillé à mettre en œuvre des solutions satisfaisantes permettant de protéger l'environnement tout en permettant à la requérante de vivre conformément à son identité tzigane à un endroit approprié (§ 4)¹³⁰⁹.

La Cour fait donc preuve d'une grande réserve s'agissant de l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de vivre suivant leur mode de vie¹³¹⁰. Selon Florence BENOÎT-ROHMER, « le juge n'a pas voulu se lier pour l'avenir dans un domaine aussi sensible et politiquement brûlant que celui des minorités nationales, de peur d'ouvrir la boîte de Pandore en dégageant des principes dont il ne maîtrise pas parfaitement les enjeux » et « il préférera s'en expliquer au cas par cas, à l'occasion des espèces qui lui seront soumises au fil du temps »¹³¹¹. Dans ces matières, où la protection des droits garantis flirte avec la politique sociale, la focalisation sur les droits subjectifs d'un individu est pourtant en mesure, expliquait déjà Olivier DE SCHUTTER dans son commentaire de l'arrêt *Buckley*, de masquer la dimension collective du problème¹³¹².

In fine, l'obligation positive nouvelle qui est imposée aux Etats se limite donc à une exigence purement procédurale impliquant de prendre en considération les besoins spécifiques des Tsiganes. Relevons qu'à l'instar du débat sur le voile et la niqab, le contentieux relatif à l'habitat tzigane rend compte de la difficulté de « vivre ensemble » dans les sociétés contemporaines multiculturelles. A la différence de la question vestimentaire, toutefois, celle de l'habitat renvoie inévitablement à de difficiles questions d'affectations des ressources, ce qui devrait *a priori* postposer durant encore un temps l'affirmation plus ferme d'obligations positives substantielles à charge des Etats (comp. *Botta* et les autres affaires en matière de handicap).

¹³⁰⁹ Opinion dissidente commune à M. PASTOR RIDRUEJO, M. BONELLO, MME TULKENS, MME STRÁŽNICKÁ, M. LORENZEN, M. FISCHBACH et M. CASADEVALL.

¹³¹⁰ D. ROMAN, « La protection sociale », *op. cit.*, p. 266 ; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹³¹¹ F. BENOÎT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 565.

¹³¹² O. DE SCHUTTER, « Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », obs. sous Cour eur. dr., arrêt Buckley c. Royaume-Uni du 25 septembre 1996, pp. 87-93.

Synthèse de la sous-section 3

658. Dans le cadre de la protection conventionnelle de la dimension « non corporelle » de la personnalité, l'article 8 entretient certains liens avec les articles 9, 10 et 11 de la Convention tant il est vrai que la construction de l'identité réclame l'exercice combiné des différentes libertés garanties par ces dispositions ou peut au contraire impliquer des frictions entre elles.

L'intégrité morale

659. La garantie de l'intégrité morale (au sens large) est la condition *sine qua non* du développement de l'identité et de la personnalité.

1/ Au même titre que les violences et châtiments corporels, certaines atteintes à l'intégrité morale – comme les actes de harcèlement ou bien de captation de l'image – peuvent revêtir une *extrême gravité* en sorte que la garantie procurée par l'article 3 est parfois convoquée (*Dordevic*) ou à tout le moins envisagée (*Söderman*) au même titre que celle assurée par l'article 8. Les obligations qui pèsent sur l'Etat sont importantes et l'un des principaux enjeux est celui de la nécessité ou pas de prévoir la possibilité de poursuites pénales (*K.U.*).

2/ Il n'empêche que de nombreuses atteintes aux attributs de la personnalité sont potentiellement acceptables au titre de la poursuite légitime d'objectifs d'intérêt public (*Khmel, Khelili et K.T.*), privés (*Sanchez Cardenas et N.N. et T.A.*) ou « mixtes » (*Caroline Von Hannover et Axel Springer*). La Cour focalise ici son attention sur l'existence d'une balance *in concreto* des intérêts en concours, l'atteinte à l'intégrité morale devant être rigoureusement proportionnée à l'utilité qu'elle revêt dans le cadre de la réalisation du but légitimement poursuivi.

3/ La connaissance des origines est considérée par la Cour comme un préalable à l'épanouissement de la personnalité. Si l'exigence est d'ores et déjà forte en matière de prise en charge par l'assistance publique (*Gaskin*) ou lorsque la quête des origines s'incarnent dans une action en recherche de paternité (*Mikulic*), la Cour refuse à ce stade de mettre à charge des Etats une obligation positive de garantir l'accès à la connaissance des origines ou même de permettre un arbitrage de la question au cas par cas, dans le cadre de l'accouchement sous x, malgré un large consensus prévalant en la matière au sein du Conseil de l'Europe (*Odièvre et Godelli*).

Le développement de la personnalité

660. Lorsque l'intégrité morale est garantie, les individus peuvent s'atteler à la poursuite du développement de leur personnalité en allant vers les autres et en déterminant ce qui est important à leurs yeux et la manière dont ils entendent mener leur vie.

1/ Les ingérences les plus graves correspondent aux situations dans lesquelles l'Etat interdit ou tolère l'interdiction de certains comportements par lesquels la personne exprime sa personnalité y compris et surtout dans ses interactions avec autrui. De telles restrictions importantes peuvent se justifier, non seulement au titre de motifs objectifs liés par exemple au bon fonctionnement des services publics ou à la sécurité (*Ozpinar*), mais également au titre des valeurs qui prévalent dans une société donnée (*Leyla Sahin et S.A.S.*) ou dans une entreprise (*Eweida*). Par contre, il semble que l'arrêt *S.A.S c. France* a donné un coup d'arrêt à l'argument accepté dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* lié à la protection de la personne contre elle-même¹³¹³.

¹³¹³ La question de l'authenticité du consentement est ici voisine de celle de la renonciation aux droits fondamentaux, dès lors que le choix de porter le vêtement considéré peut s'analyser comme une renonciation au droit à l'égalité et à

2/ La Cour n'a jamais eu – à notre connaissance – à statuer directement sur une affaire relative à des restrictions au droit de divulguer certains éléments de sa personnalité. L'affaire *Pay c. Royaume-Uni* est néanmoins intéressante dès lors que le requérant y plaidait que ses activités BDSM relevaient de sa vie privée car elles constituaient une part importante de son expression sexuelle et de son orientation sexuelle et que la dimension de « performance publique » que comportaient les actes en question constituaient le fondement de son expression sexuelle plutôt qu'un ajout à celle-ci. En l'espèce, la Cour a admis le droit des autorités de sanctionner le requérant, au titre cependant de la spécificité de son emploi...

3/ Enfin, le nom, le travail et l'habitat ressortissent aussi à la protection dispensée par l'article 8 de la Convention. Or, ces trois aspects de l'identité individuelle peuvent entrer en conflit avec les droits de tiers, outre que l'Etat n'est en mesure de garantir à chacun ni le droit à un travail, ni le droit à un logement ou bien *a fortiori* au travail ou au logement qu'il souhaite.

la non-discrimination. La question se pose, aussi, sous cet angle de la renonciation, de la faculté pour un employeur d'imposer à son employé un standard de comportement déterminé y compris dans le cadre de sa vie privée (Obst). La juge TULKENS avait jugé à cet égard, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt Leyla Sahin que « l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier » à peine de verser dans un paternalisme contraire à l'idée d'autonomie personnelle dégagée par la Cour (§ 12).

SECTION 2. LE RESPECT ET LA PROMOTION DES RELATIONS FAMILIALES

661. Fort de la garantie de son intégrité et de son autonomie, la personne s'engage dans une multiplicité de liens familiaux aux premiers rangs desquels figurent historiquement et sociologiquement les relations conjugales et parentales. Or, la postmodernité occidentale a vu éclore une multiplicité de formes nouvelles de vies familiales qui invite à la réévaluation des cadres traditionnels du droit de la famille. L'analyse de la jurisprudence confirme alors l'idée que l'extension et l'approfondissement de la garantie conventionnelle des droits donne lieu à une topographie accidentée : l'inclusion dans le champ de protection de l'article 8 n'en dit finalement que très peu sur les prérogatives réellement exigibles de l'Etat. Dans l'arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, la grande chambre a solennellement affirmé qu'il y avait lieu au regard du caractère évolutif des droits garantis de prendre en compte « l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale » (§ 86).

662. Nous examinerons en premier lieu les *relations conjugales* en prenant comme point de départ le constat d'une fondamentale relativisation du modèle familiale traditionnel. Depuis l'élaboration de la Convention au milieu du siècle dernier, le modèle du couple hétérosexuel marié¹³¹⁴ a vu son monopole s'effriter progressivement au bénéfice d'une conception nettement plus ouverte des façons de vivre ensemble. A cet égard, le couple hors mariage et le couple homosexuel sont aujourd'hui les manifestations les plus évidentes de ce phénomène¹³¹⁵, mais d'autres réalités s'affirment dès à présent qui sollicitent l'attention du juge européen (**sous-section 1**).

663. Semblable relativisation des standards relatifs au couple emporte nécessairement dans sa foulée une réévaluation de ceux qui concernent les *relations familiales verticales*. La vie familiale garantie par la Convention accueille ainsi, comme le souligne justement Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « généreusement les relations établies ou même simplement projetées entre parents, enfants, grands-parents, nièces, neveux, oncles et tantes au sein des familles légitimes, des familles adoptives et des formes les plus atypiques et les plus éphémères de familles naturelles » (**sous-section 2**)¹³¹⁶.

664. Dans une société démocratique et pluraliste, les options majoritaires relatives à ce qui constitue une famille normale sont-elles encore dans le principe en mesure de s'imposer à ceux qui entendent vivre suivant d'autres modalités et, si la réponse à cette première question est positive, de quelle façon une telle préférence peut-elle légitimement être manifestée ? A cet égard, on peut s'essayer à distinguer deux niveaux. Le premier niveau concerne le fait même de la relation familiale : son maintien, son établissement et sa rupture (son intégrité). Sur ce premier plan, l'exigence d'intégration du pluralisme des modèles est forte et les préférences de la majorité ne sont a priori pas de nature à justifier des attitudes étatiques variables suivant le degré de proximité avec le modèle familial dominant. Le second niveau concerne les ressources et les avantages alloués aux familles et qui la favorisent et influencent son organisation, pareille allocation prenant la forme tantôt de règles relatives à la circulation des ressources au sein de la

¹³¹⁴ Selon l'opinion séparée du juge THÓR BJÖRGVINSSON adjointe à l'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Burden c. Royaume-Uni* le 29 avril 2008, « l'institution du mariage est étroitement liée à l'idée de la famille – soit un homme, une femme et leurs enfants – comme étant l'un des fondements de la structure sociale, non seulement au Royaume-Uni mais aussi dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe ».

¹³¹⁵ Recommandation CM/Rec(2010)5, adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

¹³¹⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'affaire *Kopf et Liberda* ou la consolation procédurale de la famille d'accueil (obs. sous Cour eur. dr. h., *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 989.

famille, tantôt de règles prévoyant des faveurs fiscales, sociales ou pénales au bénéfice des familles. Ce second plan est caractérisé par une moindre pénétration du pluralisme et par l'acceptation du maintien de différenciations, voire d'une véritable « hiérarchie » des vies familiales. En d'autres termes, il se conçoit difficilement que les préférences de la majorité puissent encore revêtir un poids déterminant quand est en cause le cœur même de la vie familiale, mais il demeure concevable que la référence à un modèle préféré de vie familiale justifie une allocation différenciée des ressources et autres avantages. Dans l'économie du système de la Convention, *le fait d'être ensemble* est premier, il se situe au cœur même de la vie familiale ; il est antérieur aux diverses marques *de soutien*¹³¹⁷ *et de reconnaissance*¹³¹⁸ dont celle-ci peut faire l'objet.

Sous-section 1. Les relations conjugales

665. Le champ d'application matériel du droit au respect de la vie familiale horizontale s'est, nous l'avons vu, considérablement élargi. Si la Cour a, de manière précoce, accueilli dans le giron de la vie familiale le couple non marié, même adultérin¹³¹⁹, le signe le plus spectaculaire de cette extension consiste à n'en pas douter à l'inclusion relativement récente du couple homosexuel dans le domaine de la *vie familiale*¹³²⁰. Au-delà même des frontières du couple, toute relation entre adultes semble en mesure de bénéficier, résiduairement, de la protection due à la *vie privée*¹³²¹.

666. Nous envisagerons en premier lieu le cœur de la vie familiale, à savoir *le fait même d'être ensemble*. La question se pose ainsi de savoir quelles barrières peuvent être placées, dans une société démocratique au désir d'individus adultes de vivre ensemble. Les obligations de l'Etat sont en la matière de nature essentiellement négative (§ 1).

667. Nous envisagerons ensuite la question *du soutien et de la reconnaissance des relations conjugales*. A cet égard, la Cour cherche désespérément des critères qui lui permettraient d'arbitrer entre le légitime recours de l'Etat à des catégories conjugales afin de structurer le tissu social et – notamment – d'assurer la sécurité d'existence des individus et le pluralisme familial (§ 2).

§ 1. Le maintien, l'établissement et la rupture de la relation conjugale

668. La Cour reconnaît aux individus le droit au maintien de leurs relations familiales tant il est vrai que le fait d'être ensemble constitue à la fois la condition d'existence et la substance du droit au respect de la vie familiale. Si la Cour a pu affirmer que « la vie de couple constitue, pour des conjoints, l'un des attributs essentiels du droit au respect de la vie familiale »¹³²², il apparaît que les relations conjugales sont désormais protégées bien au-delà des frontières du couple matrimonial¹³²³. La garantie de cet attribut essentiel implique dans le chef des Etats une attitude ouverte et dynamique, tant au plan de l'inclusion des relations considérées dans le

¹³¹⁷ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt Johnston et autres c. Irlande, du 18 décembre 1986, § 68.

¹³¹⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, § 81.

¹³¹⁹ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, § 66.

¹³²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, § 94.

¹³²¹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Üner c. Pays-Bas du 15 novembre 2012, § 59.

¹³²² Cour eur. dr. h., arrêt Mengesha Kimfe c. Suisse du 29 juillet 2010, § 62 et Cour eur. dr. h., arrêt Agraw c. Suisse du 29 juillet 2010, § 45.

¹³²³ Cour eur. dr. h., arrêt Aleksejeva c. Lettonie du 3 juillet 2012, § 46.

champ de la vie familiale et/ou privée, qu'au plan des modalités suivant lesquelles le lien peut être protégé.

En premier lieu, nous examinerons les restrictions les plus importantes imposées au droit au respect de la vie familiale conjugale : celles qui impliquent l'interdiction *pure et simple* d'une relation conjugale ou de toute relation conjugale. Se posent ainsi la question de la possibilité pour l'Etat d'interdire certaines relations conjugales et celle de l'attitude que les autorités doivent avoir par rapport à des corps intermédiaires qui prétendent soumettre l'individu à une interdiction absolue de nouer des relations conjugales (A).

En second lieu, nous envisagerons la mesure dans laquelle et les modalités suivant lesquelles les autorités étatiques peuvent interrompre *pour un temps ou dans un lieu* la relation conjugale, au titre de l'emprisonnement ou de l'expulsion d'un des partenaires. Si l'emprisonnement implique, par sa nature-même, des obstacles considérables au déroulement de la vie privée et familiale, il n'en reste pas moins que les restrictions apportées au contact avec les proches doivent être mesurées à l'aune précise des exigences de l'ordre et de la sécurité. Dans ce contexte, la Cour a élargi largement le spectre des bénéficiaires potentiels d'un droit de visite, tout en s'interrogeant perpétuellement sur les modalités de celui-ci (B). De même, les enjeux du droit au respect de la vie familiale conjugale des étrangers viennent directement contribuer au débat sur la « double peine » et le « regroupement » familial. Ici encore, la question est de savoir quelles sont les relations à protéger et l'intensité des exigences de cette protection face aux enjeux de politique répressive et migratoire (C).

En troisième lieu, la rupture de la relation conjugale s'imposera par ailleurs parfois au titre du conflit entre les partenaires conjugaux et la question se pose de savoir si l'Etat doit garantir un droit de rompre la relation conjugale (D).

En quatrième lieu, on peut s'interroger sur les obligations qui pourraient incomber à l'Etat au titre de l'établissement de la relation conjugale. Revient-il aux autorités de fournir aux individus un partenaire conjugal ou, à tout le moins, de veiller au respect de l'exigence de non-discrimination de ceux qui s'engagent dans le « *business* » des rencontres conjugales (E) ?

Transversalement, un constat s'imposera : la Cour a tendance à envisager toutes ces questions sous un angle foncièrement pragmatique cadré par l'émergence d'un certain nombre de critères dont la mise en œuvre cependant laisse à penser que c'est bien la *logique du flou* qui prévaut ici encore...

A. L'interdiction de certaines relations conjugales

669. Dans un contexte pluraliste et tolérant, il est difficile d'imaginer que certaines formes de vie conjugale puissent légitimement donner lieu à des sanctions étatiques ou bien à des sanctions émanant de tiers. Pourtant, la Cour admet la répression pénale de la conjugalité incestueuse et n'écarter pas nécessairement la possibilité pour un employeur de tendance de licencier un employé qui s'engage dans une relation adultère.

i) *L'interdiction étatique des relations incestueuses : Stübing c. Allemagne*

670. La Cour a pu valider l'immixtion très forte de la puissance publique dans l'intimité conjugale dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* que nous avons d'ores et déjà évoquée. Dans cette affaire, le requérant exposait que les condamnations pénales et la peine de prison qui lui avaient été infligées contrariaient non pas seulement sa liberté sexuelle, mais également sa vie familiale.

Selon le juge européen, il n'était pas « exclu que la condamnation pénale du requérant ait eu un impact sur sa vie familiale et, éventuellement, implique la mise en œuvre de la garantie de l'article 8 de la Convention à ce titre, dès lors qu'il avait été empêché d'avoir des relations sexuelles avec la mère de ses quatre enfants » (§ 55)¹³²⁴. Cependant, la Cour n'a pas estimé devoir trancher cette question, dès lors que le droit au respect de la vie privée était indubitablement en cause. Elle a donc conclu à l'applicabilité de l'article 8 en raison d'une interférence « au moins » avec le droit du requérant au respect de sa vie privée...

ii) *L'interdiction professionnelle des relations adultères : Schüth c. Allemagne et Obst c. Allemagne*¹³²⁵

671. Dans l'affaire *Schüth c. Allemagne*, la Cour s'est penchée sur le licenciement de d'un requérant qui était organiste et chef de chœur dans une paroisse catholique. Il s'était séparé de son épouse et vivait conjugalement avec une nouvelle compagne et lorsque l'Eglise catholique avait pris connaissance de cette situation, il avait été licencié (§§ 7-14).

Dans son arrêt du 23 septembre 2010, la Cour a considéré que l'Etat avait une obligation positive de protéger le droit au respect de la vie privée des requérants contre la mesure de licenciement prise par l'Eglise catholique (§ 57). Elle a relevé qu'en principe l'Allemagne respectait cette obligation en prévoyant un système dans le cadre duquel les juridictions du travail puis la Cour constitutionnelle pouvaient « examiner la licéité du licenciement litigieux sous l'angle du droit du travail étatique en tenant compte du droit du travail ecclésiastique » et « mettre en balance les intérêts divergents du requérant et de l'Eglise employeur ». En l'espèce cependant, la mauvaise qualité des décisions des juridictions internes couplée à la difficulté pour le requérant de retrouver un emploi au regard de la singularité de son travail (§§ 72-73) ont conduit la Cour à considérer la Convention violée (§ 75).

672. Dans la très similaire affaire *Obst c. Allemagne*, le requérant, était directeur pour l'Europe du département des relations publiques de l'Eglise mormone. Il bénéficiait à ce titre d'un salaire de 5.000 EUR environ tandis que son contrat de travail comportait une clause intitulée prévoyant « l'observation de principes moraux élevés ». Après avoir avoué à son directeur de conscience que son mariage périclitait et qu'il avait eu des relations sexuelles avec une autre femme, il avait été licencié puis excommunié (§§ 7-9).

Selon le requérant, la validation par les juridictions internes de son licenciement sans préavis constituait une violation de l'article 8 de la Convention. Il exposait que « l'article 8 de la Convention lui [conférait] le droit d'abandonner un mode de vie et d'en commencer un nouveau » (§ 31) et que si les Eglises avaient le droit de régler leurs affaires de façon autonome ce droit ne leur permettait pas de « forcer leurs employés à respecter des préceptes au-delà de la sphère professionnelle » (§ 31).

La Cour a considéré, dans son arrêt du 23 septembre 2010, que la question principale était de savoir si, dans la mise en balance effectuée par les juridictions du droit du requérant avec celui de l'Eglise mormone, la protection du droit au respect de la vie privée de Monsieur Obst avait atteint un degré suffisant (§ 43). Selon la Cour, « les conclusions des juridictions du travail, selon lesquelles le requérant n'avait pas été soumis à des obligations inacceptables, ne [paraissaient] pas déraisonnables » dès lors en particulier que « l'intéressé, pour avoir grandi au

¹³²⁴ Traduction libre.

¹³²⁵ A propos de ces décisions : G. DE BECO, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses – l'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, *Obst et Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 375 et s. ; L. KAENS et L. MISSON, « Les Eglises en conflit avec l'adultère de leurs employés », *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1959-1963 ; G. LAUWERS, « Een geladen uitspraak over de sanctie op overspel », *T.O.R.B.*, 2010-11, pp. 165-166.

sein de l'Eglise mormone, était ou devait être conscient, lors de la signature du contrat de travail [...] de l'importance que revêtait la fidélité maritale pour son employeur [...] et de l'incompatibilité de la relation extraconjugale qu'il avait choisi d'établir avec les obligations de loyauté accrues qu'il avait contractées » (§ 50).

673. On le voit, c'est « précisément l'examen de la mise en balance opérée *in concreto* par les juridictions allemandes [...] qui fait l'objet du contrôle européen ». Dès lors qu'« aucun intérêt ne prime *in abstracto* sur l'autre, la Cour vérifie le caractère circonstancié et approfondi de la pesée » en dégagant tout de même certains critères concernant à la fois la détermination de l'obligation de loyauté spécifique et les circonstances permettant l'analyse concrète de la situation : (1) importance de la restriction et possibilité de retrouver un emploi ; (2) proximité de l'activité exercée avec la « mission de proclamation » de l'Eglise ; (3) attitude de l'intéressé ; (4) risque induit pour la crédibilité de l'Eglise considérée.

Une grille d'examen des cas semble progressivement émerger dans la jurisprudence citée, les critères ressortissant tant « aux principes qui encadrent la détermination des obligations de loyauté » qu'aux « circonstances dont il doit être tenu compte afin de procéder à une analyse concrète de la situation ». Toutefois, « ces critères sont utilisés de manière variable et relative, en fonction des caractéristiques de la situation examinée dans son ensemble »¹³²⁶ et les deux arrêts rendent *in fine* surtout compte de ce que « le respect des droits de l'homme est à évaluer au cas par cas », la Cour s'attachant en premier lieu à un examen de nature procédurale tendant à vérifier que les autorités internes ont « pris en compte tous les éléments pertinents »¹³²⁷.

Selon Céline RUET, cette jurisprudence pose en tout cas deux questions : d'une part, celle du risque de surpondération d'un des critères qui revient alors à donner une prévalence *in abstracto* à l'un des intérêts en présence (par exemple l'identité de l'Eglise) ; d'autre part, celle des éventuelles limites à la possibilité de renoncer à ses droits conventionnels¹³²⁸. Selon nous, ces deux questions se ramènent à une unique interrogation soldée – dans *Fernandez Martinez* – en faveur d'une approche relative de la problématique : aucun des deux droits en présence ne prime abstraitement l'autre et corrélativement la renonciation est possible mais l'appréciation de sa sanction ne peut être que contextualisée.

iii) *L'interdiction ecclésiastique des relations conjugales : Fernandez-Martinez c. Espagne [GC]*

674. Dans un important arrêt de grande chambre *Fernandez-Martinez c. Espagne* rendu sur renvoi le 14 juin 2014 et confirmant la solution adoptée par la chambre le 15 mai 2012, la Cour a expressément validé la possibilité de restrictions contractuelles librement consenties au droit au respect de la vie privée et familiale. Cette affaire, qui concernait le licenciement d'un professeur de religion (employé par l'Etat mais dans le cadre d'un accord avec l'Eglise) au titre de sa situation de prêtre marié et père de cinq enfants est intéressante à plusieurs égards¹³²⁹.

¹³²⁶ C. RUET, « Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 527.

¹³²⁷ G. DE BECO, « Le droit au respect de la vie privée ... », *op. cit.*, p. 393.

¹³²⁸ C. RUET, « Les droits individuels face au phénomène religieux ... », *op. cit.*, pp. 527-529.

¹³²⁹ En l'espèce, le requérant considérait que son licenciement après qu'il eut rendu publique sa condition de prêtre marié et père de cinq enfants ainsi que son appartenance au Mouvement pro-célibat optionnel constituait une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée et familiale. Né en 1937, le requérant avait été ordonné prêtre en 1961. En 1984, il avait demandé la dispense de célibat et n'avait pas obtenu de réponse du Vatican. L'année d'après il s'était marié. Il avait eu ensuite cinq enfants avec son épouse. Depuis 1991, il enseignait la religion et la morale catholique dans un lycée de la région de Murcie, les professeurs de religion étant désignés chaque année par les autorités administratives sur proposition du diocèse (§§ 12-14). En novembre 1996, le journal *La Verdad* a publié différents articles relatifs au « Mouvement pro-célibat optionnel » (§ 15). En août 1997, le Pape avait finalement répondu à la demande de dispense formulée treize ans plus tôt par le requérant. Le rescrit prévoyait aussi que le

Au plan des dispositions conventionnelles applicables, tout d'abord, la Cour a considéré que plusieurs dispositions de la Convention étaient pertinentes en l'espèce et en particulier les articles 8, 9, 10 et 11. Cependant, elle a affirmé, que la principale question en l'espèce tenait au non-renouvellement du contrat du requérant et que « ce dont il se [plaignait] pour l'essentiel, c'est de ne pas avoir pu continuer à enseigner la religion catholique en raison de la publicité donnée à sa situation familiale et à son appartenance au [*Movimiento Celibato Opcional*] » en sorte qu'il y avait lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8 comme l'avait d'ailleurs fait la chambre (§ 108)¹³³⁰. Au plan de la nature des obligations en cause, ensuite, la grande chambre s'est par contre écartée de la voie empruntée par la chambre en considérant que l'affaire se prêtait davantage à un examen sous l'angle d'une ingérence des autorités publiques que sous celui des obligations positives dès lors que l'administration, en tant qu'employeur, avait exécuté la décision prise par l'Eglise (§ 115). Ayant considéré que le requérant pouvait raisonnablement prévoir les conséquences de son comportement et constaté en conséquence que l'ingérence était prévue par la loi (§ 120), la Cour a considéré que celle-ci tendait à la protection des droits et libertés d'autrui, soit en l'occurrence l'autonomie de l'Eglise catholique (§ 122).

Enfin et surtout, la Cour a clairement affirmé que les exigences de la Convention s'imposaient y compris au sein de l'Eglise et qu'il y avait lieu d'arbitrer en l'espèce le conflit de droits entre, d'une part, « le droit d'un individu à se marier et à rendre public son choix » qui « est protégé par la Convention, en particulier par l'article 8 considéré à la lumière d'autres articles pertinents » (§ 126) et, d'autre part, l'autonomie des communautés religieuses, qui implique que celles-ci peuvent « exiger un certain degré de loyauté de la part des personnes qui travaillent pour elles ou qui les représentent » (§ 131). On insistera ici sur la circonstance que le droit de se marier est étrangement relié à l'article 8, alors même qu'il fait l'objet précis de l'article 12. L'on peut y voir une forme d'atténuation de la spécificité de la protection du droit au mariage qui se trouve en quelque sorte absorbée par la garantie plus générale de la vie privée et familiale.

C'est en l'espèce, à nouveau, le consentement qui se voit attribuer un poids décisif par la Cour : ainsi le requérant avait-il « accepté en connaissance de cause et volontairement un devoir de loyauté accru envers l'Eglise catholique, ce qui a limité dans une certaine mesure l'étendue de son droit au respect de sa vie privée et familiale ». Selon les juges de Strasbourg, « pareilles limitations contractuelles sont acceptables au regard de la Convention lorsqu'elles sont librement consenties » (§ 135). Dans la mesure où les discordances entre le mode de vie du requérant et les dogmes de l'Eglise pouvaient poser un problème de crédibilité surtout au regard de la circonstance qu'il enseignait à des adolescents (§§ 137-142) et malgré la sévérité de la sanction qui lui avait été infligée, la Cour a considéré que l'article 8 n'avait pas été violé (§ 152) en soulignant encore que le requérant « s'était lui-même sciemment placé dans une situation contraire aux préceptes ecclésiastiques » (§ 146). L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant n'était donc pas disproportionnée (§ 152) et il n'y avait pas lieu à examiner l'affaire séparément sous l'angle de l'exigence de non-discrimination (§ 155)¹³³¹. Ce constat de non-violation de la Convention n'a toutefois pu être atteint que par une courte majorité de neuf voix contre huit.

requérant perdait l'état clérical et ne pouvait plus enseigner la religion dans un établissement public, sauf pour l'évêque de Murcie à en décider autrement (§ 16). A défaut d'un tel avis contraire, le requérant avait été subséquemment déchargé de ses fonctions par le ministère (§§ 17-18). Selon le requérant, le non-renouvellement de son contrat de travail constituait une violation de l'article 8 de la Convention.

¹³³⁰ L'article 8 était d'autant plus pertinent en l'espèce que la situation du requérant en tant que professeur de religion employé et rémunéré par l'Etat induisait un lien direct entre son comportement dans sa vie privée et son activité professionnelles (§§ 109-113).

¹³³¹ Voy. sur ce point l'opinion dissidente des juges SPIELMANN, SAJÓ et LEMMENS.

Il convient de s'attarder un moment sur l'opinion dissidente émise par les juges SPIELMANN, SAJÓ, KARAKAŞ, LEMMENS, JÄDERBLOM, VEHABOVIĆ, DEDOV et SAIZ ARNAIZ. Selon eux, la mesure critiquée ne pouvait passer pour « nécessaire dans une société démocratique » au regard notamment du « principe de contrôle » – dégagé dans l'affaire *Nada c. Suisse* (voy. *infra* n° 678) – suivant lequel « afin de répondre à la question de savoir si les mesures prises à l'encontre d'un individu étaient proportionnées au but légitime qu'elles étaient censées viser et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour les justifier apparaissent “pertinents et suffisants”, la Cour doit examiner notamment si les autorités ont suffisamment tenu compte de la nature particulière de son cas et si elles ont pris, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les mesures qui s'imposaient pour adapter le régime juridique applicable à la situation de l'intéressé ». Dans ce contexte, ils ont pointé cinq raisons au titre desquelles, selon eux, un équilibre satisfaisant n'avait pas été aménagé par les autorités étatiques : (1) le double statut du requérant : un employé par l'autorité chargée de l'enseignement public et un ecclésiastique avec un devoir de loyauté spécifique à l'égard de l'Eglise ; (2) l'absence d'audition du requérant par les autorités ecclésiastiques ou administratives ; (3) l'importance des aspects de la vie privée et familiale concernés ; (4) l'utilisation du rescrit, treize ans après la demande de dispense formulée par le requérant, comme véhicule d'une sanction plutôt que d'un privilège, d'une dispense ou d'une grâce, conformément à son usage normal ; (5) les effets très importants de la mesure sur la situation de l'intéressé et l'absence d'élément indiquant que le ministère compétent ait cherché des solutions alternatives moins dommageables. Dans ce contexte, les éléments présentés par les autorités nationales étaient insuffisants pour justifier la mesure litigieuse.

Le juge SAJÓ a par ailleurs souhaité approfondir les raisons de son vote dissident dans des explications individuelles complétant celles qu'il avait pu formuler conjointement avec les autres juges minoritaires. Il a exposé que les droits concernés et « en particulier le droit de vivre avec sa famille sans être pour cela menacé de licenciement, sont au cœur même du droit au respect de la vie privée » (§1) et réaffirmé le caractère limité de l'autonomie des cultes (§ 4). Dans ce contexte, il a exposé que les motifs de la décision ecclésiastique articulés sur la notion de « scandale » étaient obscurs et que la chronologie de l'affaire contribuait au doute relatif au caractère non arbitraire de cette décision (§§ 2 et 4). En somme, les autorités étatiques avaient renoncé à mettre en œuvre la démarche de « traduction » des positions de l'Eglise dans les relations civiles et publiques en vue du contrôle judiciaire et avaient « admis que le scandale se situait au-delà de la nécessité d'une telle traduction » (§ 5).

Plus virulemment, le juge DEDOV a affirmé que « de toute évidence, la privation totale de vie familiale emporte violation de la Convention et ne peut être justifiée par aucun intérêt général ni par l'autonomie religieuse ». Ainsi, « même la très ancienne Église catholique ne peut s'abriter derrière la notion d'autonomie » et « le droit à la vie familiale est vital pour tout un chacun [...], il ne saurait être considéré simplement comme une “forme du développement personnel” ou un “droit de nouer des relations avec ses semblables” ». En somme, suivant le juge russe, « le droit d'avoir une famille est l'un des droits fondamentaux ou, plus précisément, l'un des droits naturels qu'énonce la Convention » et « on ne peut porter atteinte à la vie familiale sur l'autel des conditions d'appartenance, des règles en matière d'emploi, du fonctionnement, de la doctrine ou de l'autonomie religieuse d'une organisation [...] même si l'intéressé a librement accepté d'obéir à la règle du célibat (car il souhaitait être prêtre et consacrer sa vie à ce type de fonction), car la vie familiale ne peut pas non plus être l'objet d'une transaction ».

L'arrêt *Fernandez-Martinez c. Espagne* est certainement important et rend compte de ce qu'aux yeux du juge européen des droits de l'homme, il est possible de renoncer à l'établissement de relations familiales et *a fortiori* de se marier et *a fortiori* d'en faire la publicité. Cette renonciation, liée à l'autonomie de l'Eglise, n'échappe cependant pas au contrôle de la Cour qui peut vérifier si concrètement un équilibre acceptable a été ménagé. Huit juges dissidents ont

estimé en l'espèce que dans le cadre de la pesée en cause, les intérêts de l'Eglise avaient été surpondérés. Pour le juge SAJO, l'Etat n'avait en réalité pas véritablement opéré de balance des intérêts et avait donné un poids *absolu* à la liberté de l'Eglise en s'abstenant même de « traduire » dans les termes de l'ordre juridique les enjeux en cause dans l'ordre religieux.

Enfin, pour le juge DEDOV, c'est le droit « naturel » au respect de la vie familiale qui aurait dû faire l'objet d'une conception plus *absolue* au terme de laquelle il n'aurait pas été possible en tout cas d'y renoncer conventionnellement. Si cet arrêt concerne la situation évidemment singulière des hommes d'Eglise, il n'empêche que cette jurisprudence de grande chambre, conjugée aux précédents *Schüth* et *Obst* permet de dégager progressivement une critériologie de l'acceptabilité des renoncements consentis à son employeur sur le terrain de l'article 8.

B. Les obstacles aux relations conjugales des détenus¹³³²

675. Selon la Cour, « toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé. Il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche »¹³³³. Si toutes les relations conjugales ne sont pas constitutives d'une vie familiale protégée par l'article 8, la vie privée protégée par cette même disposition pourra faire office de solution de rechange et accueillir dans son large champ d'application les relations insuffisamment denses. Ainsi, dans l'affaire *Aleksejeva c. Lettonie*, la Cour a jugé qu'une femme emprisonnée et un homme qui « n'avaient jamais constitué une famille traditionnelle » et « n'avaient pas de liens familiaux de facto comme un foyer commun ou un enfant commun » ne pouvaient faire valoir une vie familiale protégée, mais que cette relation relevait par contre, comme il était admis par le gouvernement, du champ d'application de la vie privée¹³³⁴. Si la limitation du nombre de visites familiales, la supervision de ces visites ou – quand cela se justifie – la mise en œuvre d'un régime spécial ne sont pas nécessairement contraires à la Convention¹³³⁵, il convient que le régime des limitations soit suffisamment prévisible et ne conduisent pas à des restrictions arbitraires de la part de autorités¹³³⁶.

i) Le principe des visites conjugales

676. Classiquement, la Cour se montre peu encline à admettre l'absence absolue de contact entre un détenu et son partenaire conjugal, et cela, semble-t-il, quelle que soit la nature juridique du lien considéré. Jugé ainsi, dans l'arrêt *Kucera c. Slovaquie* du 17 juillet 2007, que l'absence de contact violait la Convention alors même que l'épouse du requérant était sa co-accusée. Suivant la Cour, il existait des options alternatives à mettre en œuvre plutôt que l'interdiction complète des rencontres (§ 130). Jugé aussi, dans l'arrêt *Hagyó c. Hongrie* du 23 avril 2013, que si le comportement du requérant peut également être pris en compte, le soupçon que le requérant et sa « *common law wife* » avaient tenté de contourner les limitations des visites (le premier désignant la seconde comme son représentant légal sur le plan civil) ne peut justifier l'interruption de tous les contacts sauf la correspondance (§§ 88-89)¹³³⁷. La Cour a, par contre,

¹³³² Voy. not. : M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 241 et s.

¹³³³ Cour eur. dr. h., arrêt *Messina c. Italie* n° 2 du 28 septembre 2000, § 61.

¹³³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Aleksejeva c. Lettonie* du 3 juillet 2012, § 43 (traduction libre).

¹³³⁵ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Varnas c. Lituanie* du 9 juillet 2013, § 108.

¹³³⁶ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Kurowski c. Pologne* du 9 avril 2013, §§ 94-95 et § 104.

¹³³⁷ La localisation de l'établissement pénitentiaire peut évidemment participer à l'atteinte à la vie familiale des détenus si les visites impliquent des déplacements très longs et coûteux. Elle a pu dans ce contexte condamner la Russie au titre de l'envoi de prisonniers dans des colonies pénitentiaires très éloignées de la Russie centrale et partant de leurs familles malgré la légitimité des objectifs de protection des détenus considérés contre d'éventuelles velléités

considéré acceptable l'impossibilité pour une femme mariée de recevoir des « *long term visits* » de l'homme qu'elle prétendait être son partenaire jusqu'à ce que son divorce soit prononcé¹³³⁸.

ii) *Les modalités des visites conjugales*

677. Si la Cour impose donc avec fermeté la possibilité que le détenu et son partenaire puissent maintenir des contacts par le biais de « visites », elle se refuse à ce stade à reconnaître aux détenus le droit à des « visites conjugales » quoiqu'elle approuve leur développement, et cela tant lorsque les requérants arguent de la méconnaissance de leur droit de procréer que quand ils plaident que l'impossibilité d'avoir des relations sexuelles constituerait une violation de la Convention¹³³⁹. Ainsi, dans son arrêt *Aliev c. Ukraine* du 29 avril 2003, la Cour a affirmé que « bien qu'elle note avec approbation le mouvement de réforme dans plusieurs pays européens tendant à améliorer les conditions de détentions en facilitant les visites conjugales, [...] le refus de telles visites [pouvait] pour le moment être considérée comme justifiée par l'objectif de prévenir le désordre et le crime » (§ 188).

Il résulte cependant de l'arrêt *Varnas c. Lituanie* daté du 9 juillet 2013 que lorsque des visites conjugales sont possibles, elles doivent être allouées sans différenciation arbitraire au titre des exigences de l'article 14 de la Convention¹³⁴⁰. Dans cette affaire, le requérant dénonçait la circonstance qu'en tant que prisonnier en détention préventive, il n'avait pu bénéficier de visites conjugales, alors que les prisonniers condamnés pouvaient bénéficier de telles visites. La Cour a relevé que la législation lituanienne restreignait – à rebours de certaines tendances internationales – les droits de visites des détenus de manière générale et plus fermement que ceux des condamnés et souligné que le but de protéger le déroulement de l'enquête pouvait être atteint plus souplement que par une interdiction générale notamment en créant des

de vengeance émanant d'autres détenus et de lutte contre la surpopulation carcérale (Cour eur. dr. h., arrêt *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, daté du 25 juillet 2013, § 850).

¹³³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Aleksejeva c. Lettonie* du 3 juillet 2012, §§ 55-56.

¹³³⁹ La Cour a validé sur ce point la jurisprudence de la Commission. Dès sa décision *X. c. Royaume-Uni* du 21 mai 1975, celle-ci a décidé que le caractère absolu du droit de fonder une famille n'induisait pas « qu'une personne doive toujours être mise en mesure de procréer » en sorte que la requête formée par une personne emprisonnée pour une longue durée et qui prétendait que l'absence de visites conjugales l'empêchait de « continuer à fonder une famille » était irrecevable pour défaut manifeste de fondement. Le droit de fonder une famille ne semble dès lors pas être véritablement absolu au sens où aucune restriction quelconque ne pourrait y être apportée quels qu'en soient les motifs. En l'occurrence, la Commission relève en outre qu'« il semble bien ainsi que la situation du détenu régulièrement condamné, qui est celle du requérant, lui soit imputable », laissant entendre que le requérant est lui-même responsable des restrictions qu'il subit à son droit absolu de procréer. La solution est ultérieurement réaffirmée par la Commission dans une décision *P.B.H. c. Royaume-Uni* datée du 22 octobre 1997. En l'espèce, les requérants faisaient aussi essentiellement valoir la dimension procréative de leur demande. Ils exposaient en particulier qu'en l'occurrence une intervention chirurgicale était nécessaire pour permettre à l'épouse de procréer tandis que l'insémination artificielle étaient exclues en raison de leurs convictions religieuses. Malgré ses spécificités, la Commission a exposé que, si elle considérait avec sympathie le mouvement européen tendant à permettre des visites conjugales, de telles visites devaient « pour le moment » être considérées comme justifiées pour la prévention du désordre et du crime tandis que les requérants ne pouvaient se prétendre victime d'une discrimination fondée sur le statut de prisonnier ou sur leurs convictions religieuses, dès lors que dans les deux cas, le traitement différencié se trouvait justifié. La Commission avait par ailleurs d'ors et déjà refusé d'appréhender la question sous l'angle de l'article 3 considérant que le degré de sévérité requis par cette disposition n'était pas atteint (Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007).

¹³⁴⁰ Au titre de l'article 3 de la Convention, le requérant estimait en l'espèce avoir enduré une souffrance mentale et physique intolérable équivalent à de la torture. De même, il considérait l'impossibilité de bénéficier préjudiciait à sa vie familiale. Enfin, il dénonçait une discrimination contraire à la Convention dès lors que c'est parce qu'il était en détention provisoire qu'il n'avait pas pu bénéficier desdites visites, à la différence des prisonniers condamnés (§§ 91 et 93-94). La Cour a requalifié les faits et décidé d'appréhender cette affaire sous l'angle des articles 14 et 8 combinés (§ 92). Elle a également souligné qu'elle n'avait jamais décidé que le Convention imposait aux Etats parties de prévoir des visites conjugales, bien qu'elle approuve – depuis l'arrêt *Aliev c. Ukraine* du 29 avril 2003 – l'évolution favorable en ce domaine puisque plus de la moitié des Etats considérés permettaient ce type de visites (§ 109).

« catégories » de détenus ou en prévoyant des « restrictions particulières » (§ 119)¹³⁴¹. Certes, des mesures spécifiques de sécurité pouvaient être prises quand des raisons particulières le justifiaient mais de tels facteurs étaient absents en l'espèce¹³⁴². En somme, « le gouvernement, de même que les juridictions administratives lituaniennes s'étaient fondées essentiellement sur les règles légales en tant que telles sans référence aux raisons pour lesquelles l'interdiction litigieuse était nécessaire dans la situation spécifique du requérant » (§ 120). Dans ce contexte, la Cour a considéré, unanimement, que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés.

C. Les obstacles aux relations conjugales des étrangers

678. La Cour a admis d'emblée qu'il incombe aux Etats de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux¹³⁴³. Ainsi appartient-il ou revient-il en priorité à l'Etat de réguler le flux migratoire sur son territoire¹³⁴⁴.

Si *a priori*, les relations familiales entre adultes protégées par l'article 8 de la Convention sont celles qui se nouent entre partenaires conjugaux, la Cour a expressément affirmé que « dans certaines circonstances, la relation entre frères et sœurs peut aussi relever du concept de vie familiale, en fonction de l'existence de liens personnels étroits »¹³⁴⁵.

La Cour considère *a priori* acceptables le refus d'entrée ou la mesure d'éloignement si la vie familiale postulée peut être vécue dans des conditions acceptables dans le pays d'origine ou de destination. Dans son arrêt de grande chambre rendu en l'affaire *Nada c. Suisse* le 12 septembre 2012, la Cour a posé le principe important suivant lequel il lui revient en la matière d'examiner si les autorités nationales « ont suffisamment tenu compte de la nature particulière [du] cas et si elles ont pris, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les mesures qui s'imposaient pour adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant » (§ 185).

i) *L'interruption d'une vie conjugale se déroulant sur le territoire national : Boultif c. Suisse*

679. Dans sa jurisprudence en matière d'éloignement des étrangers, la Cour a pris le parti de mettre au point une grille d'analyse (voy. *supra* n° 346 et s.) cristallisant les principes dégagés dans sa jurisprudence antérieure¹³⁴⁶ et dans le cadre de laquelle sont quantifiées notamment

¹³⁴¹ La Cour renvoie ici à son arrêt *Laduna*.

¹³⁴² Par exemple : il existe des liens familiaux criminels (Cour eur. dr. h., arrêt *Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, §§ 28-29) ; l'épouse du prisonnier est un témoin ou un co-accusé (Cour eur. dr. h., arrêt *Kučera c. Slovaquie* du 17 juillet 2007, § 130 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Bagiński c. Pologne* du 11 octobre 2005, § 92 et Cour eur. dr. h., arrêt *Klamecki c. Pologne* (no. 2), du 3 avril 2003, § 135) ; la femme du prisonnier est impliquée dans des activités criminelles (Cour eur. dr. h., arrêt *Kučera c. Slovaquie* du 17 juillet 2007, § 130 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Bagiński c. Pologne* du 11 octobre 2005, § 92 et Cour eur. dr. h., arrêt *Klamecki c. Pologne* (no. 2), du 3 avril 2003, § 135).

¹³⁴³ La Cour cite : arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A no 94, p. 34, par. 67, *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, série A no 138, pp. 15-16, paras. 28-29, et *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, série A no 193, p. 19, par. 43.

¹³⁴⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le maintien du lien familial des étrangers », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 220.

¹³⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Vasquez c. Suisse* du 26 novembre 2013, § 48 (traduction libre).

¹³⁴⁶ La Cour a considéré que l'expulsion violait le droit au respect de la vie familiale d'époux dans un arrêt *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992. Pour parvenir à cette conclusion, elle a notamment observé que M. Beldjoudi entretenait des relations étroites avec la France ayant même durant un temps possédé la nationalité française. Il avait épousé une française et toute sa famille était française et résidait en France où il avait passé toute son existence. Algérien, il ne parlait pas arabe et n'avait d'autre lien avec l'Algérie que sa nationalité (§ 77). Son épouse, Mme Beldjoudi, était née

l'intensité de l'intégration de l'étranger, la gravité de l'infraction commise et l'intensité du lien familial menacé. La Cour a donc expressément souhaité procéder à un effort de structuration ou de systématisation de son raisonnement juridictionnel relativement à l'arbitrage entre le droit au respect de la vie familiale des étrangers et les motifs qui peuvent justifier leur expulsion après qu'il ait commis des infractions pénales. Il faut saluer cette démarche, quand bien même certains considéreraient encore trop « floue » la mise en œuvre par la Cour de l'outil considéré¹³⁴⁷.

Dans l'affaire *Boultif c. Suisse* sanctionnée par un arrêt du 10 juillet 2001, le requérant – un homme algérien marié avec une femme suisse – se plaignait du non renouvellement par les autorités suisses de son permis de séjour, consécutif à sa condamnation pour des faits de « brigandage » et d'« atteinte aux biens » (§§ 7-14). La Cour a considéré que l'expulsion du requérant constituait en raison de son mariage avec une suisse une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale (§ 40). Elle a ensuite précisé qu'elle n'avait connu que de peu d'affaires où l'obstacle majeur à l'expulsion résidait dans les liens familiaux avant d'exposer clairement les « principes directeurs » qu'elle adopterait dans le cadre de ce contentieux spécifique. A cet égard, elle a exposé que pour apprécier les critères pertinents en pareil cas, il y avait lieu de prendre en compte : (1) la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; (2) la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé ; (3) la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ; (3) la nationalité des diverses personnes concernées, (4) la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple ; (5) le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale ; (6) la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge ; (7) la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse (bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion) (§ 48).

En l'espèce, la Cour a conclu à la violation de la Convention au regard, en particulier, de l'attitude du requérant durant son incarcération et de sa réinsertion professionnelle après celle-ci, d'une part (§ 51), et des difficultés qui auraient été rencontrées par les époux s'ils avaient dû s'installer en Algérie ou en Italie (où le requérant s'était installé de manière précaire après son expulsion) d'autre part (§§ 53-54).

Cette critériologie a-t-elle véritablement rendu plus prévisible la jurisprudence ultérieure de la Cour. Un auteur affirme que, « comme par le passé, le commentateur peine à désigner ceux qui, parmi les facteurs examinés par la Cour emporteraient à coup sûr la décision » dès lors que le juge de Strasbourg « procède à une évaluation globale de chaque cas d'espèce, employant, dans l'exercice de mise en balance des intérêts respectifs du requérant et de l'Etat d'accueil, de

en France de parents français, y avait toujours vécu et en possédait la nationalité. Si elle était amenée à se fixer en Algérie, elle rencontrerait de grandes difficultés d'adaptation et se heurterait à de réels obstacles pratiques et même juridiques (§ 78). Il s'ensuivait que l'ingérence litigieuse risquerait de mettre en péril l'unité, voire l'existence du ménage. Dans ce contexte, malgré les nombreuses condamnations pénales dont avait fait l'objet le requérant (§ 12), la Cour a considéré que l'expulsion constituerait une violation de l'article 8 (§ 79). Elle a par contre conclu à la non violation de cette disposition dans l'arrêt *Bouchelkia c. France* du 29 janvier 1997. En l'occurrence, « M. Bouchelkia, âgé de vingt ans, célibataire et sans enfant lorsque l'arrêté d'expulsion reçut exécution, entretenait, à l'époque des faits, des liens avec son pays d'origine dont il possédait la nationalité et où résidaient alors des proches parents » (§ 50) tandis que « s'il est vrai que le requérant était un mineur de dix-sept ans lorsqu'il commit le crime de viol aggravé, toujours est-il que cette circonstance, pertinente principalement au regard de la détermination de la sanction qui fut fixée par la cour d'assises des mineurs, n'enlève rien au sérieux et à la gravité d'un tel crime » (§ 51). Dans ce contexte, les autorités nationales avaient légitimement pu considérer que l'expulsion du requérant était nécessaire dans une société démocratique.

¹³⁴⁷ P.-F. DOQUIR, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 921 et s.

nombreux critères dont le poids varie au gré des affaires, aucun de ces facteurs ne s'imposant comme véritablement déterminant »¹³⁴⁸. De même, il aurait lieu que l'on puisse connaître l'impact exact de la situation conjugale sur la protection procurée par l'article 8¹³⁴⁹.

ii) *L'empêchement du déploiement d'une vie conjugale sur le territoire national : Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*

680. Aux yeux du juge européen, « l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays » dès lors que « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »¹³⁵⁰. Il n'empêche que dans le cadre de la régulation qu'il met en œuvre à cet égard, l'État ne peut prendre des options discriminatoires sans s'exposer à des griefs articulés sur les garanties procurées par l'article 14 de la Convention.

Ainsi les requérante de l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* ont-elles pu dénoncer avec succès la circonstance qu'il était plus facile pour un homme étranger établi au Royaume-Uni de se faire rejoindre par son épouse que pour une femme étrangère de se faire rejoindre par son mari. A ce propos, la Cour a considéré que la volonté de protéger le marché national du travail à une époque de fort chômage constituait un but légitime mais insuffisant pour établir la légitimité conventionnelle de la différenciation litigieuse (§§ 78-79). A cet égard, les juges européens ont en particulier insisté sur la circonstance que « la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe [en sorte que] seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe » (§ 78)¹³⁵¹.

De la même manière, la Cour a pu conclure dans un arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* daté du 6 novembre 2012, à l'existence d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention à raison de l'impossibilité pour les réfugiés d'être rejoints par leur conjoint, alors qu'une telle possibilité existait pour d'autres migrants bénéficiant d'un titre de séjour temporaire au Royaume-Uni, comme les étudiants ou les travailleurs. La Cour a relevé que si le droit interne permettait à certains migrants d'être rejoints par leurs époux, cette faveur devait être allouée sans discrimination entre catégories de migrants (§ 43). Elle avait en l'occurrence pu atteindre

¹³⁴⁸ M.-B. DEMBOUR, « Étrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Ezzouhdi c. France du 13 février 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 963 et s. ; P.-F. DOCQUIR, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers ... », *op. cit.*, p. 941.

¹³⁴⁹ H. MOCK, « "Selon que vous serez marié ou misérable ..." Eloignement des étrangers délinquants : le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la "double peine" », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Boulif c. Suisse du 2 août 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 483-495.

¹³⁵⁰ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, §§ 67-68.

¹³⁵¹ Ils ont par ailleurs considéré peu convaincantes les explications chiffrées du gouvernement selon lesquelles les immigrants représentaient un poids plus lourd que les immigrantes pour le marché du travail (§ 79). Enfin, la Cour a refusé l'argument de l'État défendeur selon lequel la politique d'accueil du Royaume-Uni, plus généreuse que ne l'exige la Convention, ne pouvait en aucun cas conduire à un constat de violation. Ainsi, l'article 14 « cherche à empêcher la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention là où il existe diverses manières de se conformer aux obligations découlant de celle-ci » et au sens de cette disposition, « la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable » (§ 82). La Cour n'a par contre pas conclu à la violation de l'article 14 au titre d'une discrimination fondée sur la race ou sur la naissance comme l'y invitaient les requérantes. De la même manière, alors que les requérantes vantaient une atteinte à leur dignité humaine, la Cour n'a pas considéré que l'attitude des autorités étatiques pouvait être considérée dégradante au sens de l'article 3. Jugé enfin qu'à raison de l'absence d'incorporation de la Convention dans le droit interne, il n'existait pas en l'espèce de recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention.

cette conclusion d'autant plus facilement que l'Etat défendeur avait lui-même entretemps supprimé cette différence de traitement (§§ 53-54)¹³⁵².

D. Le droit de rompre des relations conjugales : *Airey c. Irlande* et *Johnston et autres c. Irlande*

681. La rupture du couple procède cependant bien souvent d'un facteur purement interne à celui-ci : la volonté d'un des partenaires de mettre un terme à la relation conjugale. Dans son arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, la Cour a jugé que l'impossibilité pour une femme mariée de mettre effectivement en œuvre la procédure de séparation de corps prévue par le droit interne impliquait une violation de l'article 8. Ainsi la requérante, Johanna Airey, essayait-elle depuis de nombreuses années d'obtenir un jugement de séparation de corps, mais elle ne parvenait pas à trouver un *sollicitor* acceptant de la représenter dès lors qu'elle n'avait pas droit à l'aide judiciaire et qu'elle n'avait pas les ressources financières nécessaires (§ 9). La Cour a, en l'espèce, principalement considéré que la situation de la requérante recelait une violation de l'article 6 de la Convention dès lors que la requérante s'était trouvée privée d'un accès effectif à un tribunal (la procédure était complexe et il n'était pas réaliste de considérer que la requérante pouvait la mettre en œuvre sans être représentée) (§ 24). La Cour a considéré que l'Etat avait méconnu l'obligation positive de permettre à Madame Airey de diligenter la procédure considérée (§ 25) sans pour autant affirmer une obligation générale de fournir une aide judiciaire gratuite dans toutes contestation touchant un droit de caractère civil » (§ 26). Sous le visa de l'article 8, la Cour a rappelé que « le droit irlandais [réglait][la vie privée et familiale] sous de nombreux aspects » et qu'« au sujet de mariage, il [prescrivait] en principe aux époux de cohabiter, mais il leur [accordait] dans certains cas le droit de demander un jugement de séparation de corps. Par là même, il reconnaît que la protection de leur vie privée ou familiale exige parfois de les relever de ce devoir ». Selon la Cour, « un respect effectif de la vie privée ou familiale impose à l'Irlande de rendre ce moyen effectivement accessible, quand il y a lieu, à quiconque désire l'employer » et pour les raisons exposées sous l'angle de l'article 6, la requérante n'y avait pas eu effectivement accès en sorte que l'article 8 avait été violé (§ 33). Dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*, la Cour a expressément confirmé que « la protection de la vie privée ou familiale peut parfois exiger des moyens permettant de relever les époux du devoir de cohabitation » (§ 57).

E. Le droit d'établir des relations conjugales

682. L'Etat ne prend certainement pas en charge l'établissement de relations conjugales. Ainsi, « on ne peut exiger de la société qu'elle trouve quelqu'un qui nous aime comme on pourrait exiger qu'elle nous procure un logement décent »¹³⁵³. Il n'en reste pas moins que si des acteurs privés prétendent rapprocher des personnes en vue de la constitution éventuelle d'un

¹³⁵² Au demeurant lorsque des étrangers sollicitent l'asile dans un Etat partie à la Convention, il convient de ménager un équilibre acceptable entre les contraintes induites par la gestion des demandes d'asiles et le droit de partenaire conjugal de ne pas être séparés. Ainsi, dans ses arrêts *Mengesha c. Suisse* et *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, la Cour a condamné la Suisse pour l'absence de possibilité dans sa réglementation relative à l'asile de soumettre à un même canton les demandes émanant d'étrangers mariés. Dans les deux affaires considérées, les requérantes, éthiopiennes, s'étaient trouvés durant plusieurs années empêchées de vivre avec leur maris qui avaient été attribués par l'administration suisse à d'autres cantons. Suivant la Cour, « la vie de couple constitue, pour des conjoints, l'un des attributs essentiels du droit au respect de la vie familiale » (*Mengesha*, § 62 et *Agraw*, § 45), et l'impossibilité litigieuse, qui pouvait, certes, s'expliquer par le souhait de répartir équitablement les demandeurs d'asile entre les cantons (*Mengesha*, § 67 et *Agraw*, § 50), n'était pas acceptable lorsqu'elle induisait, pour les personnes concernées, une séparation d'avec leur époux longue de plusieurs années (*Mengesha*, §§ 70 et 71 et *Agraw*, §§ 53 et 54).

¹³⁵³ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale ... », *op. cit.*, pp. 16-17.

couple, leur activité peut éventuellement donner lieu à des obligations étatiques positives au titre de l'interdiction de la discrimination.

Inédite dans la jurisprudence des organes de la Convention, la question de savoir si l'Etat a la responsabilité de vérifier que les options prises par les opérateurs de courtage matrimonial respectent l'exigence de non-discrimination n'est pas une question purement théorique. A preuve les poursuites mises en œuvre aux Etats-Unis à l'égard du site de rencontre *eHarmony* en raison de son parti pris de ne permettre que des rencontres hétérosexuelles. Rien n'empêche d'imaginer qu'un jour la Cour soit saisie de semblable espèce : quoi de plus banal aujourd'hui en effet qu'un site internet de rencontre prétendant sérier et catégoriser les profils pour garantir à ses utilisateurs les meilleurs « matches » soit le meilleur « appariement » ou la plus belle « concordance » de l'offre et de la demande. Or, les critères mobilisés sont tous peu ou prou discriminatoires ...

Dans l'affaire américaine était en cause la circonstance que la société californienne *Eharmony* basée en Californie et proposant des services de rencontre en ligne à des personnes intéressées par des relations à long terme ne proposait ce service qu'à des individus en recherche d'un partenaire de l'autre sexe. Des utilisateurs potentiels, un homme et une femme, déçus de ne pouvoir s'inscrire sur le site en raison de leur orientation homosexuelle avaient introduit des recours administratifs et civils (suivant les procédures respectives des différents états – le New Jersey et la Californie – où les démarches avaient été engagées). Les deux procédures avaient suivi une trajectoire identique : après des années de bataille juridique, *Eharmony* avait accepté un accord qui incluait notamment la mise en place d'un service de rencontre accessible aux couples de même sexe¹³⁵⁴.

Cet exemple rend compte de ce qu'il peut revenir à l'Etat d'intervenir lorsque des opérateurs privés prétendent œuvrer à la constitution de couples. Par le jeu des obligations positives horizontales, les autorités ont en effet la responsabilité d'assurer le respect de l'exigence de non-discrimination y compris dans les rapports entre particuliers. A cet égard, on ne peut pas ne pas prendre acte dès à présent des voix qui s'élèvent sur internet contre la nécessité d'indiquer son âge (sur www.seniorplanet.org) ou bien des questions posées par les sociétés qui proposent du « dating d'élite » expressément réservé à certaines catégories socioprofessionnelles (www.elitedating.be). Le sujet des discriminations en ligne est en tout état de cause d'ores et déjà une réalité sociale et doctrinale¹³⁵⁵. Il y a fort à parier qu'elle pénétrera bientôt le prétoire européen des droits de l'homme.

§ 2. Le soutien et la reconnaissance des relations conjugales

683. L'Etat n'a *aucune obligation* de procurer aux familles d'autres avantages que ceux nécessaires au maintien du lien familial¹³⁵⁶. La valorisation par l'Etat des relations familiales se donne en conséquence à lire essentiellement sous le prisme du « bénévolat étatique » ou en d'autres termes des « droits additionnels » conférés par les Etats aux individus.

¹³⁵⁴ P. COLEMAN, « eHarmony and Homosexuals : a Match Not Made in Heaven », *Quinnipiac Law Review*, 2012, p. 727 et s. ; D. COCKER, « EHarmony to offer same-sex dating service », *Los Angeles Times*, 20 novembre 2008 (<http://articles.latimes.com/2008/nov/20/business/fi-eharmony20>).

¹³⁵⁵ K. BARSAMIAN KAHN, K. SPENCER et J. GLASER, « Online Prejudice and Discrimination: From Dating to Hating », in *The Social Net: Understanding our online behavior* (dir. Y. AMICHAÏ-HAMBURGER), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 201 et s.

¹³⁵⁶ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Konstantin Markin c. Russie du 22 mars 2012, § 130.

Les leviers actionnés par les autorités étatiques pour soutenir les associations familiales sont, essentiellement (mais pas exclusivement) des avantages fiscaux ou sociaux. Un juge européen a pu lui-même relever que « *les politiques appliquées à la fiscalité* sont [...] très importantes, parce qu'elles comportent des incitations financières en faveur de certains choix que les particuliers sont susceptibles de faire » en manière telle que « la politique fiscale est non seulement une politique économique, mais également une politique sociale déguisée »¹³⁵⁷. Lorsque les avantages distribués sont de nature matérielle, l'article 1 du Premier protocole additionnel à la Convention sera régulièrement appelé à jouer le rôle de « droit partenaire » à combiner avec l'article 14. Encore faut-il bien préciser que la faveur de l'Etat pour certains types d'associations interindividuelles ne prend pas uniquement la forme d'avantages financiers : il peut tout autant s'agir – par exemple – de règles dérogatoires au *droit pénal* ordinaire qui privilégient la famille. Le caractère « bénévole » des avantages ainsi consentis n'assure cependant pas une totale latitude aux autorités nationales dans distribution des divers avantages ainsi consentis. L'au-delà des droits ne s'apparente ainsi aucunement à un *no man's land* conventionnel : l'exigence de non-discrimination trouve à s'y déployer et il revient alors à la Cour de passer au crible des garanties conventionnelles les différenciations opérées par les Etats entre les associations conjugales s'agissant de l'octroi de ces différents types de faveurs, dans un contexte caractérisé par l'insistance du Conseil de l'Europe sur l'égalité entre les couples¹³⁵⁸.

En premier lieu, la Cour admet que des avantages soient réservés aux couples qui ont souscrit un engagement public. Parmi ceux-ci, le mariage tient le haut du pavé et la spécificité de l'institution matrimoniale peut justifier que des faveurs soient allouées aux seuls époux (A). Les formules de partenariat civil occupent un rang inférieur dans la hiérarchie conjugale à laquelle adhère implicitement le juge de Strasbourg, mais peuvent justifier une différenciation de traitement entre les partenaires enregistrés et les simples concubins (B).

En deuxième lieu, il faut relever que deux critères de différenciation – le sexe et l'orientation sexuelle – sont considérés expressément illégitimes par la Cour. D'un côté, la Cour condamne fermement les différenciations fondées exclusivement sur l'orientation sexuelle. Encore faut-il bien préciser à cet égard que l'exigence d'égalité ne fonctionne que pour autant que l'on se trouve au même niveau hiérarchique en termes de statut conjugal (C). Dès lors en effet que la différence d'orientation sexuelle se double d'un positionnement différent sur l'échelle conjugale, les différenciations retrouvent une pleine légitimité ce qui ne manque pas de heurter la logique si l'on tient compte du fait que souvent les homosexuels sont limités dans leurs possibilités de souscrire un engagement conjugal officiel (D). D'un autre côté, la Cour se donne manifestement pour mission d'œuvrer à la promotion d'une plus grande égalité entre les sexes en censurant les différenciations entre hommes et femmes dans la distribution d'avantages fiscaux et sociaux. Ce faisant, le juge européen des droits de l'homme promeut un dépassement de la répartition traditionnelle des rôles au sein de la famille. Elle le fait énergiquement, mais sans négliger de prendre en considération les conséquences économiques des exigences qu'elle impose aux Etats (E).

En troisième lieu, il faut faire état d'interrogations susceptibles de perturber plus profondément le système de distribution d'avantages fondé sur le lien conjugal. D'une part, le déploiement au

¹³⁵⁷ Ainsi, si « le législateur entend encourager le mariage hétérosexuel, il est logique qu'il propose des incitations, des abattements et autres avantages fiscaux aux couples dont les deux membres vivent ensemble, qu'ils aient ou non des enfants ». De même, « s'il souhaite encourager la maternité, il accordera les mêmes incitations fiscales traditionnelles uniquement aux couples dont les deux membres vivent ensemble et ont des enfants ». En sens inverse, « s'il veut dissuader les citoyens de divorcer, il basera ces avantages sur les couples qui tiennent » (Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, opinion dissidente du juge ZUPANČIČ, p. 28).

¹³⁵⁸ Voy. not. la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

sein même du couple d'une mise en question de la solidarité familiale est en mesure de mettre en question la pertinence du critère du couple pour l'allocation des ressources, puisque celles-ci participe au moins partiellement de la perception du couple comme lieu de solidarité (F). D'autre part, des configurations familiales non conjugales montent au créneau pour réclamer au titre précisément de l'association solidaire qu'elles constituent les mêmes avantages que les couples (G).

En quatrième lieu, se pose la question d'un éventuel droit d'accéder à un statut conjugal intégré et capable d'accueillir un large éventail de couples en s'adaptant éventuellement aux conceptions spécifiques qui prévalent au sein de chaque union. L'avènement (encore éventuel) d'un tel droit dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme constituerait assurément une étape importante dans le mouvement tendant à la contractualisation du lien de couple (H).

L'ensemble de ces questions renvoient *in fine* à celle, plus générale, de la légitimité qu'il y a pour l'Etat à organiser la solidarité au sein de la société au moyen de catégories conjugales aux contours nettement tracés. Il faudra avoir égard à la marge d'appréciation large à consentir aux Etats en matière de mesures générales de stratégie économique et sociale. Dans tous les cas, la délimitation du cercle plus ou moins étendu ou restreint des bénéficiaires d'un régime préférentiel trahira une certaine conception de la famille. L'inévitable tracé des limites de la catégorie bénéficiaire de l'avantage considéré présente la nature d'une *rule* dès lors qu'elle tranche *a priori* en termes de « tout ou rien » la question de l'allocation dudit bénéfice. L'enseignement de la décision *Lindsay* du 11 novembre 1986 suivant laquelle « pour être efficace, tout système fiscal doit recourir à de grandes catégories permettant de distinguer différents groupes de contribuables » est-il toujours valable aujourd'hui ? Peut-on souscrire à l'affirmation d'Eric MILLARD suivant laquelle « tous les modèles ne sont pas admissibles [...] et tous les modèles admis ne sont pas équivalents »¹³⁵⁹ tandis que « la volonté de maîtriser en ce sens la relation interinstitutionnelle conduit l'Etat à articuler autour de la normalité la discrimination entre les familles qui lui sont utiles et celles qui lui font ombrage »¹³⁶⁰ ?

A. La préférence pour le mariage

684. Il est parfois avancé que « les gens mariés sont plus heureux, en meilleure santé et plus riches que ceux qui ne se marient pas »¹³⁶¹. Que ce soit vrai ou pas, il est indéniable que le couple marié constitue la forme de vie conjugale la plus aboutie aux yeux du juge européen des droits de l'homme, qui accepte volontiers d'y trouver un facteur de différenciation inattaquable sous l'angle de l'article 14 de la Convention (i) étant bien entendu que le mariage religieux n'équivaut pas au mariage civil (ii).

i) *Les époux peuvent être favorisés par rapport aux concubins : Korosidou c. Grèce*

685. A de nombreuses reprises, des requérants non mariés se sont plaints auprès de la Cour de ce qu'ils avaient été discriminatoirement privés d'avantages réservés aux époux¹³⁶². Le litige

¹³⁵⁹ E. MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille », in *Code civil et Constitution* (dir. M. VERPEAUX), Marseille, Economica, 2005, pp. 65-81.

¹³⁶⁰ E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse, Université Jean Moulin - Lyon III, 1994, p. 146.

¹³⁶¹ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, op. cit., p. 43.

¹³⁶² Plus rarement, des époux se sont plaints d'un traitement défavorable par rapport à celui des couples non mariés. Dans la décision *Lindsay c. Royaume-Uni* du 11 novembre 1986, la Cour a considéré manifestement mal fondée la requête introduite par des époux qui se plaignaient d'être plus lourdement imposés qu'un couple de concubins. Ainsi, « si, dans certains domaines, la relation de fait qui unit les concubins est à présent reconnue, il subsiste des différences entre couples mariés et couples non mariés, touchant notamment le statut juridique et ses effets au regard

européen s'est noué soit autour des articles 8 et 14 combinés soit autour des articles 1P1 et 14 combinés de la Convention. Avec constance, la Cour souligne – à l'instar de l'ancienne Commission¹³⁶³ – le statut particulier des époux en raison de l'engagement public qu'ils prennent et des droits et obligations qui y sont liés pour admettre la « promotion du mariage » par le biais de « l'octroi d'avantages limités ». En outre, il appartient aux individus de savoir qu'à défaut de « régulariser leur union », ils ne peuvent prétendre à ces avantages¹³⁶⁴.

Dans sa décision *Shackell c. Royaume-Uni* du 27 avril 2000, la Cour a conclu à l'irrecevabilité du grief formulé par une concubine se plaignant du refus opposé à sa demande de pension de veuve. Ainsi, même si les relations personnelles stables hors du mariage étaient davantage acceptées, « le mariage restait une institution largement considérée comme conférant un statut particulier à ceux qui y entrent »¹³⁶⁵ en sorte qu'il n'existait pas d'analogie suffisante. Dans tous les cas la spécificité de l'institution du mariage justifiait au regard de la marge d'appréciation à reconnaître à l'Etat « la promotion du mariage, par le biais d'avantages limités alloués aux époux survivants »¹³⁶⁶.

La Cour a confirmé cette approche dans son arrêt *Korosidou c. Grèce* du 10 février 2011. En l'espèce, la requérante avait vécu avec un homme durant trente-neuf années et avait eu cinq enfants avec lui sans l'épouser. Au décès de cet homme, elle avait sollicité – sans succès – une pension de veuve¹³⁶⁷. La Cour a réaffirmé sa jurisprudence et souligné notamment que « plutôt que la durée ou le caractère solidaire de la relation, l'élément déterminant est l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel » et que « l'absence d'un tel accord juridiquement contraignant entre les requérants fait que leur relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils » (§ 70). Il s'ensuivait que « la promotion du mariage par l'octroi d'avantages limités au conjoint survivant ne [pouvait] [...] être considérée comme excédant la marge d'appréciation accordée à l'Etat défendeur » (§ 70).

Peu importe le caractère solidaire et durable de la relation considérée car ce sont l'engagement public et l'accord juridique contraignant qui rendent le mariage « fondamentalement différent » de l'union libre. On perçoit immédiatement que la Cour adopte là une approche catégorielle qui est *a priori* indifférente à l'effectivité des relations particulières.

de la loi. Le mariage se caractérise toujours par un ensemble de droits et d'obligations qui le différencient nettement de la situation des concubins ». Dans *Zubczewski c. Suède* du 12 janvier 2010, un ressortissant suédois se plaignait quant à lui de ce que le montant de sa pension avait diminué après son mariage (§ 18). La Cour a cependant immédiatement précisé qu'il était en cause non pas une différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés, mais bien une différence entre les personnes célibataires et les personnes mariées (§§ 20-21). Dans ce contexte, elle a conclu à l'absence manifeste de fondement dès lors que la différence de traitement incriminée s'appuyait sur l'idée générale suivant laquelle les coûts partagés sont moins élevés que les coûts assumés seul (§ 22).

¹³⁶³ Dans *Quintana Zapata c. Espagne*, la requérante dénonçait, cette fois au titre des articles 8 et 14 combinés le refus opposé à sa demande de pension de réversion. Elle avait vécu durant 65 années avec le *de cujus* et prétendait que la preuve de son mariage avec lui avait été détruite durant la guerre civile espagnole. La Commission n'a plus conclu à l'incomparabilité des situations, mais elle a affirmé, par référence à *Marckx*, que « les différences de traitement existant en matière de prestations de survivants entre conjoints et concubins poursuivent un but légitime et s'appuient sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle ».

¹³⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Korosidou c. Grèce* du 10 février 2011, § 71.

¹³⁶⁵ Traduction libre.

¹³⁶⁶ Traduction libre.

¹³⁶⁷ L'administration puis les juridictions administratives lui avaient, en raison de l'absence de mariage, dénié le bénéfice d'une telle pension, le Conseil d'Etat ayant notamment considéré que la règle litigieuse poursuivait de manière proportionnée l'objectif de protéger la famille traditionnelle (§§ 5-20). Madame Korosidou faisait notamment valoir devant la Cour de Strasbourg une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et l'article 1 du premier protocole additionnel à celle-ci.

ii) *Le mariage religieux ne s'identifie pas au mariage civil*

686. Dans un contexte où l'article 8 n'oblige pas l'Etat à reconnaître le mariage religieux¹³⁶⁸, la Cour considère non-discriminatoires les différences opérées par les autorités étatiques entre ceux qui se sont mariés civilement et ceux qui sont mariés uniquement religieusement, pour autant toutefois qu'ils aient pu poser à cet égard un véritable choix¹³⁶⁹.

α – Dans le contexte ambigu qui prévaut en Espagne : *Muñoz Dias c. Espagne*

687. Dans un arrêt *Muñoz Dias c. Espagne* du 8 décembre 2009, la Cour a considéré que le refus d'octroyer à une femme une pension de réversion suite au décès de l'homme qu'elle avait épousé suivant les rites de la communauté rom constituait une discrimination contraire au prescrit de la Convention. Les autorités espagnoles avaient délivré à la requérante et à son « compagnon » un livret de mariage et leur avait reconnu le titre administratif de famille nombreuse. Le défunt avait cotisé à la Sécurité Sociale espagnole et la requérante y était renseignée comme étant à sa charge, au titre d'épouse, de même que les six enfants du couple (§ 52).

La Cour a été particulièrement sensible à la circonstance que Madame Muñoz pouvait être légitimement convaincue de la validité de son union (§§ 57-61) et avait pu être confortée dans cette conviction par l'attitude adoptée par les autorités espagnoles (§ 62). En outre, la législation et la jurisprudence espagnoles accordaient dans certains cas le bénéfice des pensions de réversion en cas de « croyance de bonne foi en l'existence d'un mariage nul » (§ 65). Dans ce contexte, le refus d'allouer à la requérante la pension réclamée avait constitué une discrimination par rapport « au traitement réservé au mariage de bonne foi » (§ 65).

Enfin, « la Cour ne saurait accepter la thèse du gouvernement selon laquelle il aurait suffi à la requérante de se marier civilement pour obtenir la pension réclamée » car « une approche [...] consistant à débouter la victime au motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – par exemple, en se mariant civilement – viderait l'article 14 de sa substance » (§ 70). Ce motif semble quelque peu étranger au raisonnement tenu jusque-là par la Cour : ce n'est donc pas seulement parce qu'elle pouvait, en toute bonne foi, se penser valablement mariée que la requérante obtient gain de cause ; il semble que – quand bien même elle aurait eu conscience de l'irrégularité de sa situation – on ne pouvait conclure à l'absence de discrimination fondée sur le statut conjugal simplement parce qu'elle avait eu la possibilité de se marier. Suivant la Cour, en somme, le fait de ne pas mettre en œuvre la faculté que l'on a de se marier ne justifie pas, par soi même, la privation de n'importe quel avantage alloué aux époux. Il semble qu'ici, c'est véritablement la légitimité du mariage comme catégorie structurante des politiques socio-économiques qui est entamée... Il n'empêche que dans un arrêt subséquent, la grande chambre a réaffirmé fermement le critère du choix posé en connaissance de cause.

β – Dans le contexte laïc qui prévaut en Turquie : *Serife Yigit c. Turquie* [GC]

688. Ainsi la Cour a-t-elle rendu, le 2 novembre 2010, dans l'affaire *Serife Yigit c. Turquie*, un arrêt de grande chambre relatif à l'impossibilité pour une femme turque de bénéficier d'une pension de réversion suite au décès de son concubin, auquel elle était mariée religieusement,

¹³⁶⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Serife Yigit c. Turquie* du 2 novembre 2010, § 102.

¹³⁶⁹ F. RIGAUX, « Les effets d'une Union conjugale n'ayant pas satisfait aux conditions de forme de la loi étatique. Cour européenne des droits de l'homme, *Munoz Dias c. Espagne*, 8 décembre 2009; (Gde Ch.) *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 317-324.

mais pas civilement. La grande chambre a souhaité appréhender cette problématique en premier lieu par le prisme des articles 14 et 1P1 combinés plutôt que par celui de l'article 8 (§§ 51-53).

Selon la grande chambre « le mariage est largement reconnu comme conférant un statut et des droits particuliers à ceux qui s'y engagent [et] la protection du mariage constitue en principe une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés ». Il s'ensuit que les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quand ils prévoient un traitement différent selon qu'un couple est marié ou non, notamment dans des domaines qui relèvent de la politique sociale et fiscale, par exemple en matière d'imposition, de pension et de sécurité sociale (§ 72). Dans ce contexte, elle a considéré que la jurisprudence relative aux différences entre couples et parents mariés et non-mariés était applicable, *mutatis mutandis*, à la problématique des différenciations entre mariage civil et mariage seulement religieux (§ 80). En particulier, dans un contexte turc caractérisé par l'importance de la laïcité, l'obligation de célébrer un mariage civil monogamique préalablement à toute union religieuse poursuivait un but légitime étant la protection des femmes (§ 81). Dans ce contexte, la situation de la requérante était effectivement défavorable (§ 83), mais elle savait qu'il était nécessaire de régulariser sa situation pour pouvoir prétendre aux prestations par elle réclamées (§ 84). Au regard de l'ensemble de ces considérations, la Cour a conclu que la distinction de traitement litigieuse apparaissait raisonnablement proportionnée au but légitime (§ 87) et qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 1 du Protocole n° 1 (§ 88).

Dans son opinion concordante, le juge ROZAKIS a exposé qu'une telle décision s'imposait par égard à la jurisprudence de la Cour. Il a cependant souhaité attirer expressément l'attention sur « [les] nouvelles réalités sociales qui se dessinent peu à peu dans l'Europe d'aujourd'hui, se manifestant par un accroissement progressif du nombre de relations stables hors mariage et remplaçant l'institution traditionnelle du mariage sans nécessairement saper la structure de la vie familiale ». Au regard de cette évolution, a-t-il poursuivi, il convient de se demander « si la Cour ne devrait pas commencer à revoir sa position quant à la distinction justifiable qu'elle admet dans certains domaines entre le mariage, d'un côté, et d'autres formes de vie familiale, de l'autre, même lorsqu'il s'agit de droits de sécurité sociale et de droits analogues ». Le juge concordant remet donc expressément en cause la légitimité de l'utilisation la catégorie constituée par les couples mariés pour la conduite par les Etats de leur stratégie économique et sociale.

B. La préférence pour le partenariat enregistré : Van der Heijden c. Pays-Bas [GC]

689. Inférieur au mariage (voy. *infra* n° 694), le partenariat enregistré est supérieur au concubinage dans l'ordre hiérarchique des conjugalités : dans un arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, la grande chambre a affirmé que des différences de traitement pouvaient être opérées entre partenaires civils et concubins sans méconnaissance de l'article 14 de la Convention. L'affaire ne concernait pas un avantage socio-économique, mais bien la dispense de témoigner en matière pénale accordée (notamment) aux époux, mais pas aux partenaires enregistrés¹³⁷⁰. Potentiellement témoin d'un meurtre commis par l'homme qui était son compagnon depuis dix-huit ans et le père de ses deux enfants, la requérante avait refusé de

¹³⁷⁰ Aux termes de l'article 217 du Code de procédure pénale : « Sont dispensés de l'obligation de témoigner ou de répondre à certaines questions : 1. les ascendants et les descendants par le sang ou par alliance d'un suspect ou d'un cosuspect ; 2. les collatéraux [c'est-à-dire les frères et sœurs, les oncles, les tantes, les neveux et nièces, etc.] par le sang ou par alliance d'un suspect ou d'un cosuspect, jusqu'au troisième degré de parenté inclus ; 3. le conjoint, l'ex-conjoint, le partenaire enregistré ou l'ex-partenaire enregistré d'un suspect ou d'un cosuspect ».

témoigner alors qu'elle avait été citée à comparaître devant le juge d'instruction en mai 2004 (§§ 10-13). En juin 2004, elle avait été placée en détention en raison de ce refus opposé aux autorités, le tribunal d'arrondissement ayant considéré notamment que « les articles 8 et 14 de la Convention [n'interdisaient] pas au législateur néerlandais de restreindre le cercle des personnes (liées à un suspect) bénéficiant du droit de refuser de témoigner » (§§ 14-16). Elle avait été libérée après avoir été détenue durant onze jours (§ 18)¹³⁷¹.

Nul ne contestait l'existence d'une vie familiale garantie par la Convention entre la requérante et son compagnon ni la circonstance que l'ingérence litigieuse dans le droit au respect de la vie familiale de la requérante poursuivait le but légitime de prévenir les infractions pénales (§ 54). Si la Cour a formellement appréhendé l'affaire sous l'angle du seul article 8, elle n'en n'a pas moins indubitablement mis le pied sur terrain de la comparaison des statuts conjugaux, au même titre que les juges qui ont estimé nécessaire de prendre une position séparée.

La Cour a relevé tout d'abord qu'« hormis la France et le Luxembourg, aucun des Etats membres n'obligeait le conjoint d'un suspect à témoigner dans le cadre de poursuites dirigées contre celui-ci » (§ 32) et que « sur les vingt Etats membres qui connaissent l'institution du partenariat enregistré, treize [dispensaient] le partenaire enregistré d'un suspect de l'obligation de témoigner contre lui »¹³⁷² (§ 34). Au demeurant, quatre Etats¹³⁷³ dispensaient, sans autre condition, la personne qui cohabite avec un suspect, tandis que dix-neuf autres¹³⁷⁴ prévoyaient une telle dispense moyennant la preuve de l'existence d'une relation assimilable à un mariage (le plus souvent en démontrant l'existence d'un enfant commun, la mise en œuvre de dispositions pécuniaires ou le caractère durable de la communauté de vie) (§ 36). La Cour a relevé que cette absence de communauté de vues militait pour l'allocation d'une large marge de manœuvre (§ 61) tandis que l'affaire mettait en cause « deux intérêts généraux » concurrents, à savoir, d'une part, la poursuite des infractions graves et, d'autre part, la protection de la vie familiale contre les ingérences de l'Etat (§ 62).

L'argumentaire de la Cour comprend deux axes essentiels : d'un côté, la nécessité pour un Etat de s'appuyer sur des catégories de personnes ; de l'autre, la possibilité qu'avait la requérante d'embrasser le statut de partenaire et d'accéder aux avantages corrélatifs.

Ainsi la Cour a-t-elle, *en premier lieu*, relevé que les autorités avaient décidé de faire prévaloir la protection de la vie familiale sur la poursuite des infractions, mais en circonscrivant l'étendue

¹³⁷¹ Le 24 juin 2004, la Cour d'appel avait confirmé la décision du tribunal (§ 19) et, le 31 mai 2005, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi de la requérante. Selon les juges néerlandais, « en accordant cette dispense aux conjoints et aux partenaires enregistrés et en la refusant aux partenaires n'ayant pas le même statut – même à ceux qui, à l'instar de la demanderesse et de son compagnon, vivent ensemble depuis longtemps –, le législateur a établi une distinction entre les différentes formes de vie commune dont il est ici question » et « dans ces conditions, même à supposer que cette distinction puisse passer pour un cas de traitement différencié de personnes se trouvant dans une situation identique, la différence de traitement repose sur une justification raisonnable et objective, dès lors que l'octroi aux conjoints et aux partenaires enregistrés du droit de refuser de témoigner constitue une exception à l'obligation légale de témoigner, exception qui subordonne l'intérêt d'établir la vérité aux intérêts des relations concernées, et que cette exception est délimitée de manière claire et pragmatique par des dispositions légales qui contribuent ainsi à préserver la sécurité juridique » (§§ 20-21).

¹³⁷² La Cour précise : « Il s'agit, d'une part, de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Islande, des Pays-Bas et de la République tchèque, dont les législations prévoient expressément cette dispense, et, d'autre part, du Danemark, de la Finlande, de la Hongrie, de la Norvège, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse, dont les législations assimilent le partenariat enregistré au mariage à cet égard comme à d'autres. La Grèce et l'Irlande n'entendent pas la dispense de témoignage aux partenaires enregistrés. La France et le Luxembourg ne prévoient aucune dispense » (§ 34).

¹³⁷³ L'Albanie, Andorre, la Lituanie et la Moldova sont les seuls Etats (§ 36).

¹³⁷⁴ L'Autriche, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Liechtenstein, le Monténégro, la Norvège, le Portugal, la République tchèque, la Serbie, la Slovaquie, la Suède et la Suisse (§ 36).

de la vie familiale protégée (§ 62). Le législateur avait choisi de procéder « d’une manière claire et pragmatique » en définissant les « catégories de personnes » qui bénéficieraient de la dispense » (§ 65). Pour la Cour, l’affaire concernait « une dispense de l’accomplissement d’une obligation civique normale » et « rien ne s’opposait » à la catégorisation litigieuse (§ 67) qui permettait de « restreindre le bénéfice de la dispense aux personnes dont les liens avec un suspect peuvent faire l’objet d’une vérification objective » (§ 68). La Cour a encore ajouté que « si la Cour devait en décider autrement, elle se trouverait confrontée à la nécessité de se pencher sur la nature de relations non matrimoniales dans une multitude de cas particuliers, ou de déterminer dans quelles conditions il est possible d’assimiler à une union officielle une relation qui se caractérise précisément par l’absence d’officialisation » (§ 69). Quant à la légitimité du critère retenu en l’espèce pour délimiter le bénéfice de la dispense, la Cour a souligné que « plutôt que la durée ou le caractère d’assistance réciproque de la relation, l’élément déterminant est l’existence d’un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d’obligations d’ordre contractuel » et que « l’absence d’un tel accord juridiquement contraignant entre la requérante et M. A. fait que leur relation, de quelque manière qu’on puisse la définir, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires enregistrés » (§ 69).

En second lieu, la Cour a insisté sur la circonstance que la requérante avait librement fait le choix de ne pas souscrire un partenariat enregistré : d’une part, rien ne permettait de penser que la requérante ignorait qu’elle ne bénéficiait pas de la dispense prévue par l’article 217 du Code de procédure pénale (comp. *Şerife Yiğit c. Turquie*) (§ 70) ; d’autre part, rien n’indiquait que la requérante avait été empêchée de se marier ou de conclure un partenariat enregistré (comp. *Frasik c. Pologne*) (§§ 72-73). Il y avait lieu à cet égard de distinguer le droit pénal d’une série d’autres domaines dans lesquels les Etats européens tendaient à traiter le mariage et « les relations analogues » au mariage de la même façon. La Cour relève qu’« il en est ainsi notamment en matière de sécurité sociale ou de fiscalité » mais elle ajoute aussitôt que « les matières en question obéissent à des considérations différentes et sans rapport avec la présente affaire, étrangères à l’intérêt général important qui s’attache à la poursuite infractions graves » (§ 74). En synthèse, la cour a affirmé que « la requérante [avait] choisi de ne pas faire enregistrer officiellement son union avec M. A., et on ne saurait le lui reprocher [mais] elle doit accepter la conséquence juridique découlant de ce choix, c’est-à-dire son exclusion de la sphère des liens familiaux “protégés” auxquels s’applique la dispense de l’obligation de témoigner ». Dans ces conditions, l’ingérence dans la vie familiale de l’intéressée ne constituait pas une violation de la Convention (§§ 76-77)¹³⁷⁵.

Les juges TULKENS, VAJIĆ, SPIELMANN, ZUPANČIĆ et LAFFRANQUE ont articulé une opinion dissidente très structurée, réfutant tous les aspects essentiels du raisonnement de la majorité.

S’agissant en premier lieu de l’appréhension générale de l’affaire, en termes de subsidiarité et de proportionnalité, ces cinq juges ont relevé deux biais. D’une part, en ce qui concerne la latitude à consentir à l’Etat, il existait, contrairement à ce qui était exposé dans l’arrêt de la grande chambre, un consensus européen dès lors que la majorité des Etats membres auraient *de facto* dispensé la requérante de témoigner (§ 5). D’autre part, en ce qui concerne la pondération des intérêts en conflit, la Cour avait erronément présenté le droit au respect de la vie familiale et la prévention des infractions pénales comme « deux intérêts généraux concurrents », au mépris

¹³⁷⁵ La Cour a considéré que la substance du grief avait été examinée sous l’angle de l’article 8 seul en sorte qu’il y avait lieu pour elle de se dispenser d’un examen supplémentaire sous le prisme des articles 14 et 8 combinés (§ 84). Les deux décisions, celle suivant laquelle l’article 8 n’avait pas été violé et celle suivant laquelle il n’y avait pas lieu à examen séparé sous l’angle des articles 14 et 8 combinés, n’ont été atteintes qu’à une courte majorité de dix voix contre sept.

de la « structure du droit en jeu » et du principe suivant lequel le droit s'interprète largement et l'exception restrictivement (§§ 6-7) (voy. *supra* n° 325 et s.).

S'agissant en second lieu de la balance des intérêts, ils critiquent à la fois l'idée suivant laquelle l'utilisation de catégories claires était indispensable et celle suivant laquelle la requérante devait assumer les conséquences juridiques d'un choix librement posé. Ainsi, d'une part, « la sécurité juridique » ou « les difficultés pratiques » n'empêchaient une évaluation au cas par cas de l'intensité du lien familial, une telle évaluation *in concreto* prévalant déjà dans diverses branches du droit néerlandais (§§ 8-11)¹³⁷⁶. Certes, à la différence des bénéficiaires de la dispense réclamée, la requérante n'était pas engagée « dans une communauté de vie attestée par une procédure officielle » telle que le mariage ou le partenariat enregistré. Mais, de leur point de vue, dès lors que la dispense avait pour objet d'éviter au bénéficiaire de se trouver face à un « dilemme moral » et dès lors que l'existence d'une vie familiale ne requiert pas une « reconnaissance officielle », la différence litigieuse n'était ni objectivement ni raisonnablement justifiée (§§ 13-17). D'autre part, l'argument suivant lequel la requérante aurait pu souscrire un partenariat est « spéculatif mais surtout circulaire » en ce qu'« il reconnaît implicitement mais certainement une violation de l'article 14 ». Enfin, se pose un problème d'« arbitraire » puisque pour une série de questions, les Pays-Bas reconnaissent aux concubins les mêmes droits que les partenaires enregistrés et les époux mais pas pour le droit de ne pas témoigner (§§ 13-17).

Deux autres juges dissidents, les juges CASADEVALL et LÓPEZ GUERRA ont également conclu à la nécessité d'une approche casuistique de la dispense de témoigner mais en mettant en exergue d'autres faiblesses de l'attitude des autorités néerlandaises. Premièrement, le cercle des bénéficiaires de la dispense était en réalité large et incluait non seulement les ascendants et descendants par le sang ou par alliance, les collatéraux, frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces (et autres) jusqu'au troisième degré de parenté, le conjoint et le partenaire enregistré, mais également les ex-conjoints et les ex-partenaires enregistrés. Pour les juges dissidents, il était « tout à fait opposé à la notion même de vie familiale » de privilégier les oncles et tantes, neveux et nièces ou bien les ex-conjoints ou ex-partenaires par rapport au concubin (§§ 5-6). Deuxièmement, « subordonner la protection du droit de la requérante au respect de sa vie familiale à l'exigence d'une simple formalité d'enregistrement [n'était] pas conforme aux principes énoncés dans la jurisprudence de la Cour. Simple formalité en effet, puisque les intéressés auraient pu mettre fin à leur union par un simple acte de volonté (paragraphe 73). Ainsi, après séparation, s'agissant d'ex-partenaires et même sans vie familiale, ils auraient pu continuer à bénéficier de la dispense » (§ 6). Selon les juges dissidents enfin, « il ne [s'agissait] pas de proposer une démarche uniforme ou d'imposer une obligation générale à tous les Etats, la marge d'appréciation jouant son rôle en la matière, mais de bien analyser, dans chaque Etat, chaque situation au cas par cas [et] celle de la requérante méritait en tout état de cause, de la part des autorités judiciaires, une appréciation plus conforme avec le respect de son droit à la vie familiale ; à ce propos le tribunal d'arrondissement en plaçant la requérante en détention n'avait pas utilisé à bon escient la seule possibilité d'assouplissement dont il disposait » (§§ 7-8).

¹³⁷⁶ Voy. le détail des raisons invoquées par la minorité : « D'abord parce qu'il incomberait au suspect et/ou à son partenaire d'établir la nature de leur relation. Ensuite parce que cette obligation pèse déjà sur le témoin qui prétend être marié ou lié par un partenariat enregistré avec le suspect. Il convient en outre de relever que les registres publics et les bases de données personnelles municipales permettent d'accéder à des renseignements portant par exemple sur la cohabitation et l'existence d'enfants. Enfin, dans d'autres branches du droit néerlandais, telles que la fiscalité, les contributions alimentaires, les baux et la sécurité sociale, il n'y a pas de distinction entre le mariage, le partenariat enregistré et toutes les autres formes de vie commune. Si dans ces matières, qui certes "obéissent à des considérations différentes et sans rapport avec la présente affaire" (paragraphe 74 de l'arrêt), il n'y a pas de difficulté particulière, a fortiori en va-t-il de même en matière de témoignage en justice, qui concerne une situation moins fréquente ».

Le juge COSTA a quant à lui voté avec la majorité, mais il a souhaité souligner – dans une opinion séparée à laquelle se sont ralliés les juges HAJIYEV et MALINVERNI – qu’il avait beaucoup hésité, au regard, en particulier, de la mesure privative de liberté prise à l’encontre de la requérante. A cet égard, il a invité, aux termes de son opinion concordante, les pays qui ont une approche semblable à celle des Pays-Bas, à y « réfléchir “à froid” » et à « songer à des moyens d’incitation ou même de contrainte adaptés ». Le juge français qui confirme ici son goût par la technique des « exhortations » adressées aux Etats en marge d’une décision de non-violation de la Convention (voy. *supra* n° 415) a aussi – et peut-être surtout – relevé que « la stabilité de la relation des deux concubins [pouvait] faire douter de la *ratio decidendi* du législateur » même si « il s’agit là d’un raisonnement qui relève davantage de l’article 14 que de l’article 8 » (§ 6).

C. La préférence pour le couple hétérosexuel : *Karner c. Autriche*

690. La revendication du couple homosexuel d’accéder aux mêmes avantages matériels que les couples hétérosexuel constitue un pas supplémentaire vers la normalisation par rapport à la lutte pour la fin de la répression pénale et/ou disciplinaire (voy. *supra* n° 573 et s.)¹³⁷⁷. A cet égard, la Cour affirme expressément refuser toute discrimination fondée sur l’orientation sexuelle concrétisant en quelque sorte dans sa jurisprudence les standards posés par la Recommandation CM/Rec(2010)5 adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe¹³⁷⁸.

C’est dans un important arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 que la Cour a renversé la jurisprudence *Röösli*¹³⁷⁹ de la Commission et exigé l’extension au compagnon de même sexe du

¹³⁷⁷ Selon Paul MARTENS, la liberté sexuelle initialement conçue comme un droit-liberté (« droit de ») devient un droit-créance (« droit à ») induisant que l’Etat « reconnaisse et organise son exercice » et un « droit en tant que » impliquant que « des droits particuliers soient reconnus à des catégories de personnes pratiquant une forme de sexualité différente » (P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ? Six leçons sur le désenchantement du droit*, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 91) ; Selon Erez ALONI, « The right to not be discriminated against in work and accommodations and the right to marriage hold important practical and symbolic meaning, but freedom from the possibility of criminal charges or imprisonment is significantly more fundamental » (E. ALONI, « Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage », *op. cit.*, p. 143).

¹³⁷⁸ Suivant ce texte : 23. Lorsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les Etats membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents, y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs.

24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les Etats membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable.

25. Lorsque la législation nationale ne reconnaît ni confère de droit ou d’obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent.

¹³⁷⁹ Dans l’affaire *Röösli c. Allemagne* la Commission avait considéré, dans une décision datée du 15 mai 1996, que la circonstance que le Burgerliches Gesetzbuch ne conférait pas au compagnon homosexuel du défunt la possibilité de reprendre le bail contracté par celui-ci n’était pas contraire aux exigences de la Convention. Ainsi : « La Commission estime que la législation en question a pour but de protéger la famille, objectif qui se rapproche de la protection du droit au respect de la vie familiale garanti par l’article 8 et constitue un but légitime au regard de la Convention. Toutefois, il reste à examiner s’il était justifié de protéger les familles et de ne pas accorder une protection analogue aux relations homosexuelles durables. La Commission rappelle que la famille, à laquelle peut être assimilée la relation d’un couple hétérosexuel vivant en union libre, mérite une protection particulière dans la société et qu’aucune raison ne s’oppose à ce qu’un Etat contractant offre une assistance particulière aux familles. La Commission a dès lors admis que la différence de traitement entre le partenaire survivant dans un couple homosexuel et une autre personne dans la même situation, mais dont le partenaire aurait été du sexe opposé, pouvait avoir une justification objective et raisonnable. Par ailleurs, la Commission a fait observer que pareil grief ne touchait pas la question de la proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché puisqu’il avait trait à l’inapplicabilité de

bénéfice de la transmission du droit au bail reconnu aux concubins hétérosexuels. Le requérant était un homme homosexuel dont le compagnon était décédé en 1994. Ils avaient vécu ensemble à partir de 1989 dans un appartement viennois loué par le compagnon du requérant et, lorsque celui-ci avait appris qu'il avait contracté le virus HIV, le requérant s'en était occupé jusqu'à son décès (§§ 10-12). En 1995, le propriétaire de l'appartement avait saisi les tribunaux pour obtenir la rupture du bail de l'appartement. Les juridictions de première instance et d'appel l'avaient l'une et l'autre débouté de ses prétentions en considérant que l'article 14, § 3, de la loi sur les loyers, qui prévoyait que les membres de la famille d'un défunt avaient droit à la transmission du bail, était applicable aux relations homosexuelles (§§ 13-14). Sur le pourvoi du propriétaire, la Cour suprême autrichienne avait cependant considérée sa demande fondée en estimant que le législateur, lorsqu'il avait adopté la disposition en question, n'entendait pas y inclure les couples homosexuels (§ 15)¹³⁸⁰.

Bien que le requérant soit décédé en septembre 2000, la Cour a poursuivi l'instruction de l'affaire au titre de l'intérêt général de la question à trancher (§§ 26-27). Elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de s'interroger en l'espèce sur la définition de la vie privée et de la vie familiale puisqu'en tout état de cause l'affaire concernait le droit du requérant au respect de son domicile garanti par l'article 8 de la Convention. Il n'était donc pas douteux que les articles 8 et 14 de la Convention trouvaient à s'appliquer (§ 33).

Dans ce contexte, en réponse au gouvernement qui excipait de la protection de la famille traditionnelle pour justifier la différence de traitement dénoncée, la Cour a affirmé que « la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement » mais que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » (§§ 40-41).

La Cour a alors affirmé que « lorsque la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes [...] du champ d'application de la mesure dont il s'agit » (§ 41). Or, le Gouvernement [n'avait] pas présenté d'arguments qui permettraient d'aboutir à une telle conclusion.

Ce critère fixé par l'arrêt *Karner c. Autriche* a pu être décrit comme très exigeant dès lors qu'« allouer [...] des droits et avantages à d'autres groupes n'a pas pour effet que les groupes qui bénéficient déjà de ces droits et avantages les perdent » et « ces droits et bénéfices ne sont pas non plus “dilués” ou de moindre valeur simplement parce que quelqu'un d'autre les reçoit »¹³⁸¹. Depuis cet important arrêt, la Cour refuse donc expressément toute différence entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels en ce qui concerne le bénéfice d'avantages de nature socio-économique, tels que, par exemple, le bénéfice de la transmission du droit au

la législation en question au partenaire survivant dans un couple homosexuel et au fait qu'elle n'avantageait que certaines personnes (« la famille »).

¹³⁸⁰ Trois associations (ILGA-Europe, Liberty et Stonewall) représentées par le professeur Robert WINTERMUTE ont participé aux débats en qualité de parties intervenantes. Elles ont fait valoir qu'un nombre croissant de juridictions nationales de même que des instruments émanant des institutions européennes exigeaient que les couples non mariés de même sexe et les couples non mariés de sexe différents soient traités de la même manière (§ 36).

¹³⁸¹ J. SCHERPE, « The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights », *The Equal Rights Review*, 2013, p. 92 (traduction libre).

bail au décès du partenaire (voy. *Kozak c. Pologne*¹³⁸²) ou l'extension au partenaire d'une couverture d'assurance maladie-invalidité (voy. *P.B. et J.S. c. Autriche*¹³⁸³).

D. Les difficultés liées à la corrélation entre statut conjugal et hétérosexualité

691. Ce n'est pas à dire, cependant, que la Cour exigerait désormais une parfaite égalité entre couples hétérosexuels et couples homosexuels en matière d'avantages consentis aux couples. En effet, des inégalités peuvent être maintenues pour autant qu'elles n'apparaissent pas au premier abord et puissent opérer par la voie détournée de la différenciation – quant à elle tolérée – entre statuts conjugaux (voy. *supra* n° 684 et s.). Il faut bien avouer que semblable positionnement est singulier et qu'on voit mal comment il pourrait découler d'une lecture combinée du critère du

¹³⁸² Dans l'affaire *Kozak c. Pologne* qui a donné lieu à un arrêt du 2 mars 2010, la Cour a traité la requête d'un homme privé du droit au bail au décès de son partenaire homosexuel, dès lors que sa relation avec le défunt n'avait pas été reconnue par les juridictions internes comme une « cohabitation maritale de facto » au sens de la réglementation pertinente. Au plan de l'applicabilité des articles 8 et 14 de la Convention, la Cour a considéré que l'orientation sexuelle était l'un des aspects les plus intimes de la vie privée d'un individu et qu'en outre la situation était également liée au droit au domicile protégé par l'article 8. Sur le fond, la Cour a d'emblée mis en évidence qu'en l'espèce c'était bien la nature homosexuelle de la relation du requérant et du défunt qui avait induit la décision des juridictions polonaises de refuser au premier le droit au bail au décès du second (§§ 96-97). Elle s'est ensuite interrogée sur l'existence d'une justification objective et raisonnable de la différence de traitement litigieuse. Des décisions rendues par les juridictions internes, il ressortait que l'objectif principalement poursuivi était la protection de la famille fondée sur « l'union d'un homme et d'une femme » (§ 98). Suivant la Cour, la protection de la famille traditionnelle est une raison légitime et forte susceptible de justifier une différence de traitement. Cependant, la Convention est un instrument vivant à lire à la lumière des conditions d'aujourd'hui (§ 98). La Cour a admis que réaliser un équilibre entre la protection de la famille traditionnelle et les droits conventionnels des minorités sexuelles est par nature un exercice périlleux, cependant, à son estime, l'exclusion pure et simple du partenaire homosexuel du bénéfice du droit au bail de son compagnon défunt ne peut être considérée comme nécessaire pour la protection de la famille traditionnelle. La Convention avait donc été violée (§ 99).

¹³⁸³ Dans son arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010, la Cour a été amenée à se prononcer sur le recours articulé par deux hommes homosexuels vivant ensemble dans le cadre d'une relation stable et qui avaient sollicité sans succès des autorités autrichiennes que l'assurance maladie et accident de l'un puisse couvrir également l'autre, comme cela était possible au sein d'un couple hétérosexuel. La Cour constitutionnelle autrichienne avait validé l'attitude de l'autorité compétente en considérant qu'à l'époque des faits, soit en 1997, la marge nationale d'appréciation était particulièrement large (§ 12). S'agissant de l'applicabilité des articles 8 et 14 combinés de la Convention, la Cour a relevé qu'il n'était pas contesté en l'espèce que la relation existant entre les deux requérants relevait de la vie privée protégée par la Convention, mais a tout de même souhaité examiner la question de savoir si cette même relation constituait une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 26). A cet égard, la Cour s'est penchée sur sa position traditionnelle suivant laquelle la relation sentimentale et sexuelle entre les partenaires d'un couple homosexuel constituait relevait de la vie privée, mais par contre pas de la vie familiale (§ 28). Elle a considéré qu'au regard de « l'évolution rapide des attitudes sociales » à l'œuvre dans les Etats membres (§ 29), il était artificiel de continuer à considérer que le couple homosexuel, à la différence du couple hétérosexuel, ne relèverait pas de la vie familiale » (§ 30). La Cour a donc conclu, au plan de l'applicabilité de la Convention, que le couple homosexuel stable, comme le couple hétérosexuel, relevait de la vie familiale. Elle a par ailleurs relevé que la possibilité d'étendre à son partenaire sa couverture assurantielle avait vocation à améliorer la situation privée et familiale de l'assuré et relevait dès lors également de l'article 8 de la Convention (§ 33). Dans ce contexte, un Etat qui est allé au-delà de ses obligations conventionnelles en prévoyant des extensions de couverture assurantielle au partenaire, ne peut allouer le bénéfice de cette extension d'une manière discriminatoire au sens de la Convention (§§ 34-35). Sur le fond, la Cour a observé que la réglementation autrichienne avait été amendée le 1er juillet 2007 et que la référence au genre avait été supprimée (§ 37). Pour la période antérieure à cette modification, la Cour a considéré que le droit autrichien contenait une distinction discriminatoire (§§ 42 et 44). La Cour s'est référée à son arrêt *Karner c. Autriche* pour rappeler que face à une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, il n'y a pas seulement lieu de déterminer si la mesure litigieuse est adéquate pour poursuivre un but légitime, mais il doit également être démontré que l'exclusion de certaines catégories de personnes est nécessaire pour réaliser l'objectif considéré (§ 42). Or, les juridictions internes avaient seulement cherché à justifier la différence considérée en soulignant que les personnes de même sexe vivant ensemble n'étaient pas nécessairement des couples (§ 40). Le gouvernement défendeur n'avait quant à lui avancé aucune justification (§ 41).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que jusqu'à la réforme de 2007, la réglementation autrichienne induisait une discrimination prohibée (§§ 42-43). Suivant la Cour, il n'y avait alors pas lieu alors d'envisager au surplus la question sous l'angle des articles 14 et 1P1 (§ 52).

choix qui se dégage des arrêts *Serife Yigit* et *Van der Heijden* et du critère de nécessité consacré par l'arrêt *Karner*... Tout se passe, en somme, comme si l'imbrication des statuts conjugaux et de l'orientation sexuelle (voy. aussi *infra* n° 1103) court-circuitait l'application des principes dégagés sur chacun des aspects envisagés séparément et que s'y substituait une référence opaque à la spécificité du mariage. Il se conçoit évidemment que le choix d'inscrire sa relation conjugale dans une institution ou un statut générant des droits et obligations importants peut justifier un traitement plus favorable en matière, par exemple, de prestations sociales ou de fiscalité successorale. Ce raisonnement n'est toutefois convaincant que si l'on compare des couples qui bénéficient de la possibilité effective de faire semblable choix. Il perd, en tant que tel, toute force de persuasion s'il s'agit de comparer des couples qui, pour quelque raison que ce soit, ne disposent pas d'une telle option¹³⁸⁴.

- i) *Les époux hétérosexuels peuvent être favorisés par rapport aux concubins homosexuels (même si ces derniers ne peuvent pas se marier)*

692. Dans l'affaire *Mata Estevez c. Espagne*, le requérant avait cohabité avec un autre homme durant plus de dix ans. Ils avaient géré ensemble leur ménage, partageant leurs ressources et leurs charges. Quand son compagnon était décédé dans un accident de la route, il avait sollicité le bénéfice d'une pension de survie qui lui avait été refusée dès lors qu'elle était réservée aux couples mariés.

Considérant que le couple homosexuel ne bénéficiait pas de la protection de la vie familiale garantie par l'article 8, la Cour a décidé – dans sa décision du 10 mai 2001 – que dans l'hypothèse où les articles 8 et 14 combinés auraient été applicables au titre de la vie privée, ces dispositions n'avaient pas été violées. En effet, « la législation espagnole en matière de droit aux prestations de survivants [avait] un but légitime, à savoir la protection de la famille fondée sur les liens du mariage » et « la différence de traitement constatée [pouvait] être considérée comme relevant de la marge d'appréciation de l'Etat ». La Cour a donc considéré la requête manifestement dépourvue de fondement en relevant que « le lien du mariage constituait une condition essentielle pour l'ouverture du droit à pension de survivant » et que « force [était] de constater qu'en aucun cas, le cadre juridique en vigueur en Espagne ne permet le mariage entre personnes du même sexe ».

693. Dans deux décisions *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008¹³⁸⁵ et *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009¹³⁸⁶, la Cour a confirmé cette jurisprudence. Dans un contexte

¹³⁸⁴ En ce sens : O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *J.T.*, 2000, p. 103 ; P. FRUMER, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 683 ; N. GALLUS, « Egaux mais différents, inégaux car différents ? », in *Conjugalités et discriminations* (dir. A.-C. VAN GYSEL), Limal, Anthémis-L.G.D.J., 2012, p.64 ; R. WINTEMUTE, « Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners under the European Convention », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law* (dir. M. ANDENAES et R. WINTEMUTE), Oxford/Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 722-723 ; voy. à cet égard également le § 65 de l'arrêt de grande chambre rendu le 29 avril 2008 dans l'affaire *Burden c. Royaume-Uni* : « L'élément déterminant est l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel. De la même manière qu'il ne peut y avoir d'analogie entre, d'un côté, un couple marié ou en partenariat civil et, de l'autre, un couple hétérosexuel ou homosexuel dont les deux membres ont choisi de vivre ensemble sans devenir des époux ou des partenaires civils [...], l'absence d'un tel accord juridiquement contraignant entre les requérantes fait que leur relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils » (nous soulignons) (voy. *infra* n° 698).

¹³⁸⁵ L'affaire concernait l'impossibilité pour les partenaires homosexuels britanniques de bénéficier de l'exemption de droits successoraux consentie aux époux au titre du *Inheritance Tax Act* de 1984. Le requérant, survivant d'un couple homosexuel de pur fait, estimait pouvoir prétendre au bénéfice de cet avantage dès lors que son partenaire et lui avaient vécu conjugalement pendant vingt-cinq ans sans pouvoir, à la différence des couples hétérosexuels, manifester leur union par un engagement public.

postérieur à l'arrêt *Karner c. Autriche* (voy. *supra* n° 690), les requérants faisaient pourtant valoir que la spécificité du mariage ne pouvait pas leur être opposée, à défaut pour eux précisément d'avoir la possibilité de se marier.

La Cour a souligné que, malgré les changements sociaux, le mariage restait une institution dont il est largement admis qu'elle confère à ceux qui y souscrivent un statut particulier¹³⁸⁷ et a écarté l'argument du requérant suivant lequel, à l'époque pertinente, son partenaire et lui ne pouvaient ni se marier, ni adhérer à un statut alternatif, en manière telle qu'il leur était précisément impossible de décider d'assumer les obligations réciproques considérées. Elle s'est appuyée, pour ce faire, sur la considération que, dès lors que la reconnaissance juridique des couples homosexuels relève d'un domaine où le droit évolue et où il n'existe pas de consensus européen établi, les Etats membres doivent bénéficier d'une marge d'appréciation relativement au rythme des changements législatifs. Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré que les requérants et les couples hétérosexuels mariés se trouvaient, au regard de l'avantage recherché, dans des situations ne présentant pas un rapport d'analogie suffisant pour justifier un contrôle de conventionnalité au titre de l'article 14.

ii) *Les époux hétérosexuels peuvent être favorisés par rapports aux partenaires civils homosexuels (même si ces derniers ne peuvent pas se marier)*

694. Dans une affaire *Manenc c. France* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 21 septembre 2010, la Cour s'est penchée, à nouveau, sur la question du droit à la pension de réversion. En l'occurrence, le requérant avait vécu avec un homme pendant vingt-six années et avait conclu avec lui un PACS. Au décès de cet homme, il avait sollicité de la caisse nationale de retraite le bénéfice d'une pension de réversion. Sa demande avait été rejetée à défaut de « mariage régulier constaté par acte de mariage ».

Ayant rappelé l'applicabilité de l'article 14 aux droits additionnels reconnus par les Etats et l'exigence de raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour a relevé que si le PACS obéissait à une certaine solennité et organisait la vie en couple au-delà de la simple communauté d'intérêts, il restait « étranger au mariage » au plan notamment de la conclusion et de la rupture, de même qu'au plan du contenu en termes de droits et obligations. Aux yeux de la Cour, il s'ensuivait que le requérant n'était pas, s'agissant du bénéfice d'une pension de réversion, dans une situation analogue ou comparable à celle du conjoint survivant. La Cour a encore pointé que l'impossibilité pour les couples homosexuels de se marier n'était pas déterminante et souligné que la plupart des « pacsés » étaient de sexe différent et se trouvaient du point de vue de l'avantage litigieux dans la même situation que le requérant. La Cour a conclu que la législation française poursuivait le but légitime de protéger la famille fondée sur les liens du mariage et que la limitation du bénéfice de la pension de réversion au conjoint survivant, à l'exclusion des « pacsés » quelle que soit leur orientation sexuelle, participait de la large marge d'appréciation à consentir aux Etats en la matière. Elle a donc conclu que la requête était manifestement mal fondée.

Les décisions *Courten*, *M.W.* et *Manenc* méritent assurément d'être critiquées : leur raisonnement circulaire escamote la vraie question qui est celle de la progressive égalisation, sur le terrain des avantages matériels, des couples hétérosexuels et homosexuels. Pire, de telles

¹³⁸⁶ L'affaire portait sur l'exclusion des couples homosexuels de facto du bénéfice du *bereavement payment* alloué aux époux britanniques.

¹³⁸⁷ A cet égard, la Cour a rappelé, dans son arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, la grande chambre avait souligné que le partenariat entre homosexuels et le mariage se distinguent de la cohabitation de pur fait dès lors que, dans les deux cas, les partenaires conjugaux acceptent publiquement d'assumer des obligations contraignantes l'un à l'égard de l'autre.

décisions peuvent adresser un message aux Etats suivant lequel le maintien de fortes inégalités entre les sexualités sur le terrain socio-économique est possible, pour autant qu'il soit expressément combiné à un « verrouillage » des status conjugaux. On aurait certainement pu souhaiter des arbitrages plus fins, basés sur l'effectivité et l'intensité des relations familiales, plutôt que sur l'opposition aux couples homosexuels des engagements moindres qu'impliquent les formules conjugales auxquelles ils ont accès. Il nous semble, à cet égard, que le modèle progressif qui émerge dans d'autres pans de la jurisprudence strasbourgeoise – basé sur l'octroi d'une marge d'appréciation quant au rythme et au contenu des réformes – dans la progression vers l'égalité des droits aurait pu et du être préféré (voy. *infra* n° 703 et *Andrle* n° 848).

E. La faveur pour la répartition traditionnelle des rôles familiaux : *Runkee et White c. Royaume-Uni*

695. Le statut conjugal et l'orientation sexuelle ne sont pas les seuls critères susceptibles d'affecter l'allocation d'avantages liés à l'existence d'une relation conjugale : le sexe peut aussi jouer un rôle dans l'affectation des ressources de la collectivité en raison des rôles traditionnellement assumés respectivement par les hommes et les femmes dans l'organisation familiale. Avec l'évolution sociale, cependant, la légitimité de cette distinction ou différenciation est – comme les autres – remise en question comme en rend compte l'intéressant arrêt *Runkee et White c. Royaume-Uni* du 10 mai 2007, dans lequel la Cour a pris position sur la revendication de deux hommes qui se prétendaient discriminés dès lors qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'une pension de veuvage suite au décès de leurs épouses respectives.

Ayant rappelé que suivant sa jurisprudence, une différence de traitement ayant vocation à corriger une inégalité factuelle ne constitue pas une discrimination prohibée (§ 35) et la large marge de manœuvre allouée à l'Etat en matière de mesures générales de politique économique et sociale (§ 36), la Cour a pointé que la pension de veuve, introduite en 1925, tendait à améliorer le sort des veuves âgées parce qu'elles n'avaient jamais travaillé, dans le contexte d'une répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes, ne bénéficiaient d'aucune autre source de revenus. Le système considéré avait été remis en question avec l'accès progressif des femmes au marché du travail et finalement supprimé pour les femmes devenues veuves après 2001 (§ 37). La Cour a relevé que l'allocation de la pension considérée n'était pas conditionnée à un examen des moyens des bénéficiaires en sorte qu'il était indubitable qu'elle avait bénéficié à certaines veuves qui se trouvaient moins dans le besoin que certains veufs individuels qui n'y avaient pas droit. Selon la Cour, cependant « l'examen des moyens peut être non-économique et tous les systèmes de sécurité sociale pour être viables doivent utiliser de larges catégorisations pour distinguer entre différents groupes en situation de besoin » (§ 40)¹³⁸⁸. Dès lors et au regard de l'évolution lente du travail des femmes et de l'impossibilité de fixer précisément la date à laquelle une population cesse d'avoir besoin d'une aide spéciale, il ne pouvait être reproché aux autorités nationales de ne pas avoir supprimé plutôt l'avantage incriminé (§ 41)¹³⁸⁹.

F. Le refus de la solidarité familiale : *Velcea et Mazare c. Roumanie*

696. Les obligations de solidarité imposées aux partenaires conjugaux peuvent être appréhendées comme des restrictions à leur liberté. Assurément, la solidarité alimentaire peut

¹³⁸⁸ Traduction libre.

¹³⁸⁹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 12 avril 2006 (à propos de la circonstance que les hommes pouvaient disposer plus longtemps que les femmes d'un revenu de remplacement plutôt que de la pension).

affecter le droit au respect de la propriété tandis que la solidarité successorale se conçoit comme une restriction à la capacité de disposer. Or, le déploiement au sein même du couple d'une mise en question de la solidarité familiale est en mesure de mettre en question la pertinence du critère du couple pour l'allocation des ressources. En effet, les avantages octroyés aux couples constituent au moins dans une certaine mesure une contrepartie aux engagements souscrits par les partenaires. Dès lors, si les liens solidaires se dénouent, le fondement de la distribution des avantages s'effrite... Si la Cour n'a pas eu à ce stade à trancher ce type de question, il nous semble plus que probable, au regard de la diversité croissante des associations conjugales, qu'elle sera un jour saisie de ces restrictions imposées à ceux qui s'engagent dans certains types de liens conjugaux. On trouvera à ce stade tout au plus, dans un arrêt roumain, un premier indice de cette évolution possible qui trouve, par contre des illustrations plus significatives dans le champ des relations familiales verticales, à propos de la solidarité successorale entre parents et enfants (voy. *infra* n° 849).

Dans l'affaire *Velcea et Mazare c. Roumanie* – arrêt du 1er décembre 2009 – la Cour a rappelé que « la vie familiale ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants ; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants » et que « le domaine des successions et des libéralités entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale » (§ 125). La situation particulièrement tragique. Un homme avait tué son épouse et était lui-même décédé avant d'avoir pu être condamné par les juridictions pénales. En conséquence, le frère du meurtrier s'était trouvé en position d'héritier indirect de la victime. Cette situation résultait de l'interprétation faite par les juridictions nationales du régime des causes d'indignité successorale. Suivant les requérants, père et sœur de la victime, l'époux meurtrier aurait dû être déclaré indigne de succéder ce qui aurait empêché sa famille de venir par représentation à la succession. Ils estimaient que cette situation inique méconnaissait leur droit au respect de la vie privée familiale.

En l'espèce elle a conclu, dès lors que la culpabilité du mari de la défunte ne faisait pas de doute (aveu de l'auteur, constat du Parquet, reconnaissance par la famille), que « sans ignorer l'importance du principe de la sécurité juridique dans tout ordre juridique national, principe dont elle a, à maintes reprises, affirmé l'importance, la Cour estime, au vu des circonstances particulières de la présente espèce, que l'interprétation de la disposition du Code civil régissant les causes d'indignité a été trop restrictive, au détriment de la vie familiale du requérant » (§ 131). En d'autres termes, les circonstances exceptionnelles de la cause induisaient que l'on s'écarte de l'« application mécanique » des dispositions du Code civil (§ 133). En se livrant à une telle application mécanique les autorités roumaines avaient violé l'article 8 de la Convention (§ 134). Par-delà l'extrême particularité des faits de cette affaire, on peut certainement transposer cette idée d'un refus d'une solidarité conjugale successorale « mécanique » ou automatique à d'autres hypothèses, notamment à celle infiniment plus courante ou un partenaire conjugal trouve simplement trop importants les droits successoraux réservataires de son conjoint ou de son partenaire enregistré ...

G. Les difficultés liées aux relations non conjugales : *Burden c. Royaume-Uni* [GC]

697. On ne peut pas s'interroger sur la comparabilité et la différenciation des différentes formes de couples sans, à un moment donné, pousser un peu plus loin la réflexion et envisager la comparaison entre le couple et d'autres formes de vie. A cet égard, Jacqueline POUSSON-PETIT souligne que ceux qui ne veulent ou ne peuvent entretenir de relations sexuelles mais souhaitent néanmoins vivre ensemble se trouvent privés de statut dans la plupart des pays

européens, même si certains droits – à l’instar du droit belge – ont donné une réponse juridique au phénomène considéré. La Cour européenne des droits de l’homme n’a pas échappé à cet enjeu très contemporain faisant néanmoins échos à certaines pratiques du passé¹³⁹⁰.

Ainsi, dans l’affaire *Burden c. Royaume-Uni*, la Cour a été amenée à examiner les griefs formulés par deux sœurs sur la base des articles 14 de la Convention et 1^{er} du Protocole n°1 combinés à raison des droits de successions applicables entre elles. Célibataires, elles avaient toujours vécu ensemble et elles habitaient depuis trente ans une maison bâtie sur le terrain qui leur avait été transmis par leurs parents. Propriétaires indivises de cet immeuble, elles avaient par ailleurs acquis ensemble deux autres propriétés. Elles se plaignaient de ce que, lorsque l’une d’entre elles viendrait à mourir, la survivante se trouverait assujettie à d’importants droits de succession que n’aurait pas à payer le membre survivant d’un couple marié ou d’un partenariat civil.

L’affaire a donné lieu à un arrêt de chambre du 12 décembre 2006 et à un arrêt de grande chambre du 29 avril 2008.

Suivant l’argumentaire du gouvernement la réduction des droits de succession accordée aux couples mariés tend à encourager le mariage et la réduction des droits de succession pour les partenaires civils servirait le même but légitime, dans un contexte où, au regard de l’évolution des mœurs, les mêmes arguments militeraient pour la promotion des relations stables et solides entre deux personnes de même sexe. Par contre, il serait inutile d’octroyer les mêmes avantages aux « membres non mariés d’une famille existante, comme les frères et sœurs, dont le lien est déjà établi par la consanguinité et est déjà reconnu par la loi ». En outre, reconnaître un tel droit au bénéfice des frères et sœurs impliquerait de l’octroyer aussi à d’autres ce qui aurait « des implications financières considérables » (§§ 50-51)¹³⁹¹.

Les requérantes répondaient que « de nombreux frères et sœurs ne seraient liés que par le fait qu’ils sont issus des mêmes parents » mais cela était loin d’être leur cas puisqu’elles « [vivaient] ensemble par choix depuis plusieurs décennies, dans le cadre d’une relation affectueuse, solide et stable, en partageant leur unique domicile et en excluant tout autre partenaire » en sorte qu’elles « leurs actes [constituaient] tout autant une expression de leur souci de maîtriser leur propre destin et leur développement individuel que c’eût été le cas si elles avaient été deux personnes liées par le mariage ou un partenariat civil » (§ 53)¹³⁹².

Au surplus, les requérantes avançaient essentiellement deux arguments :

En premier lieu, le fait qu’elles ne soient pas soumises au même ensemble de droits et obligations légaux que les autres couples tenait justement au fait qu’elles ne peuvent conclure de partenariat civil (c’était selon elles parce que leurs préoccupations étaient principalement successorales qu’elles ne dénonçaient pas, de manière plus générale, l’impossibilité de conclure un partenariat) : dès lors, le gouvernement « tournait en rond » en leur opposant qu’elles ne pouvaient conclure de partenariat civil (§ 53)¹³⁹³.

En second lieu, l’objet de l’exonération des droits de succession consentie aux couples mariés ou en partenariat civil étant la promotion des relations stables et solides, le refus d’accorder cet avantage aux frères et sœurs adultes vivant ensemble ne servirait aucun but légitime étant

¹³⁹⁰ J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l’honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 563 et s.

¹³⁹¹ Il est renvoyé ici à l’arrêt de grande chambre.

¹³⁹² Il est renvoyé ici à l’arrêt de grande chambre.

¹³⁹³ Il est renvoyé ici à l’arrêt de grande chambre.

entendu que « seule une petite minorité de frères et sœurs adultes seraient en réalité susceptibles de partager une relation du type de celle, faite notamment de soutien réciproque durable, d'engagement moral et de cohabitation, qui existe entre les requérantes » (§ 54)¹³⁹⁴.

Les requérantes admettaient tout de même que « si la dérogation était accordée aux frères et sœurs il n'y aurait pas de raison évidente de ne pas l'étendre aussi aux autres membres d'une même famille vivant ensemble, mais elles considéraient que cela n'autorisait pas à conclure à l'existence d'un quelconque lien de proportionnalité entre la différence de traitement litigieuse et un but légitime quel qu'il soit » (§ 55)¹³⁹⁵. Elles relevaient enfin que le gouvernement était incapable de fournir une évaluation de la perte de recette liée à une extension à d'autres catégories de personnes de l'exonération fiscale, tandis qu'il fallait aussi prendre en compte « la réduction des besoins en aides publiques qu'entraînerait une tendance accrue des particuliers à s'occuper de leurs proches parents handicapés ou âgés » (§ 52).

i) *L'arrêt de chambre du 12 décembre 2006*

Dans son arrêt *Burden et Burden c. Royaume-Uni* rendu le 12 décembre 2006, la Cour a pu essayer de répondre à l'argument du « choix » pertinemment invoqué par les requérantes. Elle a reconnu que les affaires dans lesquelles ce type de questions s'étaient posées – par ex. *Lindsay* et *Schackell* – concernaient un homme et une femme qui étaient libres en tant que tels « d'accepter ou non l'« ensemble de droits et d'obligations » inhérents au mariage » et que « étant sœurs, les requérantes [n'avaient] pas eu ce choix ». Néanmoins, à ses yeux, il ne lui revenait pas de décider si cette absence de choix avait un impact sur la question de la comparabilité de la situation des requérantes à celle de époux ou des partenaires civils. En effet, « même en supposant que les requérantes [pouvaient] être comparées à un tel couple, la différence de traitement [n'était] pas incompatible avec l'article 14 » (§ 58).

A l'appui de cette affirmation, la chambre a approuvé « l'argument du Gouvernement selon lequel l'exonération de droits de succession consentie aux époux et aux partenaires civils poursuit un but légitime, qui consiste à favoriser les unions hétérosexuelles ou homosexuelles stables et solides » (§ 59) et souligné que « pour être efficace, tout système fiscal doit recourir à de grandes catégories permettant de distinguer différents groupes de contribuables » et qu'« inévitablement, la mise en œuvre d'un tel dispositif engendre des situations marginales et des cas individuels manifestement difficiles ou injustes, et il appartient au premier chef à l'Etat de déterminer comment réaliser au mieux l'équilibre entre le recouvrement de l'impôt et la poursuite d'objectifs sociaux » (§ 60). A demi-mots, la Cour admet donc la « difficulté » ou l'« injustice » qui frappe les sœurs *Burden* mais considère apparemment qu'il s'agit là d'un « mal nécessaire » ou d'un « dommage collatéral » justifié par l'efficacité du système fiscal.

¹³⁹⁴ Il est renvoyé ici à l'arrêt de grande chambre.

¹³⁹⁵ Voy. la suite du § 55 : « [...] Il leur paraît qu'en réalité semblable exonération servirait l'intérêt politique invoqué par le Gouvernement, à savoir la promotion de relations familiales stables et solides entre adultes. Tout en reconnaissant qu'il ne relève pas de la compétence de la Cour de dicter au Gouvernement le meilleur moyen de remédier à la discrimination, les requérantes estiment que l'amendement au projet de loi sur le partenariat civil qu'avait adopté la Chambre des lords (paragraphe 19 ci-dessus) montre qu'il serait possible d'établir un dispositif légal permettant d'octroyer certains droits ou avantages fiscaux aux frères et sœurs ou aux autres personnes étroitement liées qui auraient vécu ensemble pendant un nombre déterminé d'années et auraient choisi de ne pas contracter un mariage ou un partenariat civil. Elles trouvent que le Gouvernement est malvenu d'invoquer la marge d'appréciation, l'injustice subie par les personnes dans leur situation ayant été reconnue au moment de l'examen de la loi sur le partenariat civil par le Parlement (ibidem). Elles font observer de surcroît que le Gouvernement a été incapable de fournir une estimation de la baisse des recettes supposée devoir résulter d'une exonération des droits de succession qui correspondrait à la proposition faite au sein de la Chambre des lords. Elles admettent ne pas davantage être à même d'évaluer le coût d'une telle mesure mais considèrent qu'il faut tenir compte à cet égard des gains susceptibles d'en être dégagés, telle la réduction des besoins en aides publiques qu'entraînerait une tendance accrue des particuliers à s'occuper de leurs proches parents handicapés ou âgés ».

Aussitôt, toutefois, la Cour a affirmé que l'efficacité dudit système aurait pu être garantie d'une autre façon. Ainsi est-il exposé que « le législateur aurait pu choisir une autre base pour accorder une réduction des droits de succession : [...] il aurait pu abandonner la notion de mariage ou de partenariat civil comme facteur déterminant et étendre l'avantage aux frères et sœurs ou à d'autres membres d'une même famille vivant ensemble, et/ou le faire reposer sur des critères tels que la durée de la période de cohabitation, l'étroitesse du lien de sang ou encore l'âge des personnes concernées ». Cependant, « la question essentielle qui se [posait] au regard de la Convention [n'était] pas de savoir si l'on aurait pu retenir d'autres critères aux fins de l'exonération en cause, mais si le système effectivement choisi par le législateur – afin d'accorder aux époux ou partenaires civils un traitement fiscal différent de celui réservé à d'autres personnes vivant ensemble, même dans le cadre d'une relation stable et durable – dépasse ou non une marge d'appréciation acceptable » et en l'espèce ce n'était pas le cas (§§ 60-61).

ii) *L'arrêt de grande chambre du 29 avril 2008*

698. S'il concluait à la non-violation de la Convention, l'arrêt de la chambre ouvrait des perspectives de très longues portées dès lors qu'il reconnaissait expressément les difficultés et injustices induites par les catégories du droit fiscal et proposait même des pistes alternatives comme l'abandon desdites catégories au bénéfice de critères factuels. Cependant, dans son arrêt de grande chambre du 29 avril 2008, la Cour a veillé à refermer la boîte de Pandore¹³⁹⁶.

La Cour a estimé que, sur le plan qualitatif, la relation entre frères et sœurs était différente par nature de celle qui lie deux conjoints ou deux partenaires civils et que la circonstance que les deux requérantes avaient choisi de passer ensemble leur vie d'adultes, à l'instar de nombreux couples, ne changeait rien à cette différence essentielle. Elle a également rappelé que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent et qu'elle avait notamment pu considérer dans une affaire *Shackell* que la situation de deux concubins hétérosexuels n'était pas comparable à celle de deux conjoints du point de vue de l'éligibilité aux prestations de survivant (§ 63). L'élément déterminant est, selon la Cour, l'engagement public, en manière telle que de même que le couple hétérosexuel ou homosexuel qui ne s'inscrit dans aucun statut ne peut être conçu comme analogue à un couple marié ou lié par un partenariat civil, la relation de cohabitation des requérantes était différente de la relation entre deux conjoints ou deux partenaires civils (§ 65). La Cour en a conclu que les deux requérantes ne pouvaient être comparées à des conjoints ou des partenaires civils pour l'application de l'article 14 de la Convention et que conséquemment il n'y avait pas eu en l'espèce de discrimination.

Dans son opinion concordante, le juge THOR BJÖRGVINSSON stigmatise la circularité des arguments tirés par la Cour du statut conjugal comme élément de différenciation de ceux qui ne peuvent y adhérer :

Je pense que dans ces circonstances toute comparaison entre, d'un côté, la relation des requérantes et, de l'autre, la relation entre deux conjoints ou partenaires civils doit se faire sans référence particulière à la différence de cadre juridique applicable et se concentrer uniquement sur les différences substantielles ou matérielles touchant à la nature même de la relation. Malgré d'importantes différences – ayant trait

¹³⁹⁶ La gravité des enjeux explique sans doute que deux Etats – la Belgique et l'Irlande – aient choisi de faire tierce intervention dans cette affaire. Selon le gouvernement belge « un Etat peut mener, par le biais de son système fiscal, une politique visant à promouvoir le mariage et à offrir aux couples homosexuels solides les avantages fiscaux associés au mariage [et] pareille politique est souvent la concrétisation fiscale d'un objectif régulièrement manifesté par les droits civils nationaux eux-mêmes, à savoir protéger une forme de vie familiale qui, aux yeux du législateur national, offre de meilleures chances de stabilité » (§ 56) tandis que selon le gouvernement irlandais « il serait vraiment extraordinaire que l'adoption d'une loi conférant des droits aux couples formés de deux membres de même sexe et ayant choisi d'officialiser leur relation ait pour effet d'obliger l'Etat à étendre ces mêmes droits à une catégorie potentiellement infinie de personnes se trouvant dans une relation de cohabitation » (§ 57).

principalement au caractère sexuel de la relation entre deux conjoints ou partenaires civils –, en ce qui concerne la décision de vivre ensemble, eu égard aux liens affectifs étroits, à la plupart des aspects pratiques de la vie quotidienne et aux questions financières, la relation entre les requérantes en l'espèce présente – de manière générale mais aussi, plus spécifiquement, quant à l'exonération souhaitée des droits de succession – plus de points communs que de différences avec la relation entre deux conjoints ou partenaires civils. Pourtant, la loi interdit aux deux sœurs de contracter un accord semblable au mariage ou au partenariat civil, et donc de bénéficier des règles applicables, notamment en matière de droits de succession. Dès lors, je ne suis pas convaincu que la relation entre les requérantes, en tant que sœurs vivant ensemble, ne peut être comparée à celle de deux conjoints ou partenaires civils aux fins de l'article 14 de la Convention. Au contraire, il y a dans cette affaire une différence de traitement s'agissant de personnes qui sont en fait dans une situation largement semblable ou analogue.

Le juge islandais pointe-là à notre estime précisément le cœur du problème (très similaire au demeurant à celui posé par la décision *Manenc*) : on ne peut pas justifier le traitement différent des requérantes par le fait qu'elles n'ont pas pris un engagement public que précisément elles ne pouvaient pas prendre (« la différence de cadre juridique ») ; il faut pouvoir justifier cette différence par des circonstances tenant à la substance ou à la matérialité de la relation (« les différences substantielles ou matérielles touchant à la nature même de la relation »). De ce point de vue, pour le juge, les deux requérantes étaient en réalité « dans une situation largement semblable ou analogue » à celle des conjoints ou des partenaires civils¹³⁹⁷.

Admettre l'analogie des situations ne revient toutefois pas encore à considérer la différenciation discriminatoire et le juge considère qu'en l'occurrence elle pouvait effectivement être tenue pour justifiée au regard, en particulier, de la large marge d'appréciation qu'il faut réserver au législateur national s'agissant de l'extension des avantages anciennement réservés aux époux à d'autres formes de relations qui est liée « aux nouvelles réalités sociales et à l'évolution des valeurs morales et sociales ».

A cet égard, il convient également de se rappeler que l'institution du mariage est étroitement liée à l'idée de la famille – soit un homme, une femme et leurs enfants – comme étant l'un des fondements de la structure sociale, non seulement au Royaume-Uni mais aussi dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe. C'est sur cette base que tout un ensemble de règles juridiques, de caractère privé ou public, a vu le jour au fil du temps. Ces règles concernent la conclusion du mariage et de droits et obligations réciproques entre époux pour les questions personnelles aussi bien que financières (notamment la succession), et les droits et obligations des époux à l'égard de leurs enfants, le cas échéant, ainsi que dans le domaine fiscal (y compris des droits de succession) ou encore de la sécurité sociale. Dans nombre d'Etats membres, petit à petit et à l'initiative surtout du législateur national, l'applicabilité de ces règles ou de règles semblables a été étendue à des formes de relations autres que celles relevant traditionnellement du mariage au sens juridique strict, c'est-à-dire aux partenariats civils (même formés de deux membres du même sexe) ; le législateur a ainsi répondu aux nouvelles réalités sociales et à l'évolution des valeurs morales et sociales. Il importe toutefois de garder à l'esprit que chaque pas dans cette direction, aussi positif qu'il puisse paraître du point de vue de l'égalité des droits, peut avoir des conséquences notables et profondes sur la structure sociale de la société, ainsi que des conséquences juridiques, en l'occurrence sur la sécurité sociale et le système fiscal des pays concernés. Pour cette raison précisément, il n'appartient pas à la Cour de prendre l'initiative d'imposer aux Etats membres le devoir d'étendre l'applicabilité de ces règles sans une vision plus claire sur les effets que cela pourrait entraîner dans ces pays. A mon avis, les décisions relatives au moment de l'introduction d'une telle mesure et à l'étendue de celle-ci doivent relever de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur.

Ainsi, le juge concordant met-il en exergue la circonstance que le mariage est un des « fondements de la structure sociale » et sert de base à ce titre à un « ensemble de règles juridiques, de caractère privé ou public ». Petit à petit, ces règles se « détachent » en quelque sorte du mariage en raison de « l'évolution des valeurs », mais, en la matière, *abundans cautela*

¹³⁹⁷ De manière comparable, le juge espagnol Javier BORREGO BORREGO considère que la grande chambre a mobilisé un « argument circulaire, voire concentrique » (« qui conteste le lien de consanguinité entre deux sœurs et le statut juridique du partenariat civil ? Personne ») pour « s'abstenir de donner une réponse au grief soulevé ». Selon lui, « au lieu d'essayer d'expliquer la différence de traitement fiscal entre les deux types de couples mentionnés, la Grande Chambre préfère ne pas raisonner et se limiter à décrire des faits, en disant par exemple que deux sœurs sont liées par la consanguinité ou que le partenariat a des conséquences juridiques ».

non nocet : « chaque pas dans cette direction, aussi positif qu'il puisse paraître du point de vue de l'égalité des droits, peut avoir des conséquences notables et profondes sur la structure sociale de la société, ainsi que des conséquences juridiques, en l'occurrence sur la sécurité sociale et le système fiscal ».

Dans son opinion dissidente, le juge ZUPANCIC a quant à lui expressément considéré – par-delà une critique plus générale de la fiscalité successorale – que non seulement il existait une analogie suffisante pour la conduite du test de non-discrimination mais qu'en outre ce test révélait une violation de l'article 14.

Il est difficile de soutenir qu'il y a quoi que ce soit de fondamentalement légitime dans le fait d'imposer le transfert des biens à la suite d'un décès. On pourrait arguer, par exemple, que l'Etat ajoute l'insulte au préjudice lorsqu'il impose le patrimoine dont hérite la personne qui a vécu une relation étroite avec le de cujus. Dans ce sens, on pourrait imaginer une échelle d'imposition progressive, en corrélation positive avec la distance relationnelle entre le défunt et le proche survivant. Il ne s'agit là que d'un aspect de l'imposition en matière successorale, mais qui montre peut-être à quel point le principe de ce type d'impôt est foncièrement critiquable.

S'agissant d'établir une différence entre catégories aux fins des droits de succession, il est donc forcément difficile de soutenir que le fait d'accorder un traitement préférentiel à une catégorie par rapport à une autre a un lien rationnel avec un intérêt légitime de l'Etat. Cependant, à partir du moment où l'on accepte l'imposition de la succession comme une chose normale, la distinction entre catégories devient déterminante aux fins des droits de succession.

La décision de l'Etat de ne pas imposer les couples mariés constitue le point de départ d'un soupçon de discrimination dans la présente affaire. L'Etat peut raisonnablement soutenir que la relation étroite entre deux conjoints offre une raison suffisante d'accorder l'exonération fiscale. En d'autres termes, les personnes qui ne sont pas mariées n'ont alors, a priori, pas droit à l'exonération. Le critère qui marque la limite est clair.

Cependant, lorsque l'Etat décide d'étendre ce privilège à d'autres formes d'associations, il rompt cette distinction tranchée et ouvre la voie à un réexamen de la question de savoir si le refus d'accorder l'avantage fiscal à d'autres types d'associations a un lien rationnel avec un intérêt légitime de l'Etat.

Tout en souscrivant au principe de faveurs fiscales réservées aux époux, le juge considère donc que lorsque l'Etat décide d'étendre le champ des bénéficiaires en « rompant cette distinction tranchée » il « ouvre la voie à un réexamen ». Or, dans le cadre de ce réexamen, il lui apparaît que le choix de faire de la consanguinité un obstacle au bénéfice dispensé est « purement et simplement arbitraire ».

L'arrêt *Burden* rend compte de ce que la Cour devra progressivement prendre part au débat sur « la vie à deux ou à plusieurs en dehors du couple conjugal ». A cet égard, Jacqueline POUSSON-PETIT estime peu pertinents les motifs retenus par la Cour européenne, tirés d'une part, de la nature différente de la relation (consanguine plutôt que sexuelle) et, d'autre part, de l'absence d'utilité sociale et d'engagement mutuel. Ainsi, différents droits européens prévoient des obligations alimentaires entre frère et sœur tandis que l'« inutilité » de l'union considérée participerait d'une affirmation gratuite contredite par l'histoire et la réalité sociale »¹³⁹⁸. En somme, Jacqueline POUSSON-PETIT relève que « les arrêts *Burden* et *Korelc* pêchent surtout par un manque d'imagination, reproche que l'on peut également formuler également à l'encontre de la plupart des droits, obnubilés par les revendications des minorités homosexuelles. Il est vrai que les frères et sœurs, les amis, les personnes vulnérables ne bénéficient pas de lobbies aussi puissants que ceux des homosexuels »¹³⁹⁹.

H. Le droit à un partenariat enregistré

¹³⁹⁸ J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple ... », *op. cit.*, p. 574.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p. 574.

699. La Cour ne consacre de véritable droit au partenariat au profit d'aucun couple (ni *a fortiori* au profit de ceux qui ne forment pas un couple). Progressivement, toutefois, se dessine une sorte de hiérarchie dans la reconnaissance des formes de vie en couple depuis les avantages ponctuels jusqu'au mariage en passant par des formules intermédiaires investies de fonctions opératoires (les droits) et/ou symboliques (le sens) variables dans leur ampleur. Dans un tel contexte, on ne peut que regretter que la Cour n'ait pas franchi, alors que plusieurs occasions lui ont été offertes, le pas consistant à mettre à la charge des Etats un droit au partenariat civil au moins pour les couples de même sexe.

Gageons que de futurs arrêts pousseront plus loin les exigences européennes, cela d'autant plus que d'autres unions que les couples hétérosexuels et homosexuels se présentent désormais au juge européen pour dénoncer le caractère parfois injuste de leur situation. Il faudra sûrement un jour s'interroger sur la vocation qu'a le partenariat civil à accueillir, aussi, de telles unions, à l'instar de la cohabitation légale belge. Ainsi pourrait-on reconnaître « à chaque forme d'union stable et solidaire sa part de dignité, ou plutôt de respectabilité, en laissant tout en haut les époux et en regroupant vers le milieu les élus et les exclus des nouvelles conjugalités »¹⁴⁰⁰.

A ce stade cependant, il n'y a ni droit au partenariat pour les hétérosexuels (i) ni droit au partenariat pour les homosexuels (ii). Si un partenariat est ouvert aux couples hétérosexuels, les homosexuels doivent pouvoir y accéder, l'inverse n'étant pas vérifié.

i) *Le droit à un partenariat enregistré pour les couples hétérosexuels : Johnston et autres c. Irlande [plénière]*

α – L'absence de droit à un partenariat enregistré : Johnston et autres c. Irlande

700. Dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande* qui a donné lieu à un arrêt du 18 décembre 1986, le premier requérant et son épouse s'étaient rendu compte, en 1965, après treize années de mariage au cours desquelles ils avaient eu trois enfants, de ce que leur union était irrémédiablement brisée. Empêché par la Constitution irlandaise de divorcer de son épouse, le premier requérant avait pris diverses dispositions pour aménager sa situation et pourvoir au besoin de sa nouvelle compagne et de leur fille. Ainsi, il avait passé avec son épouse un accord de séparation au terme duquel il lui avait notamment versé une somme forfaitaire et avait pris l'engagement de verser une pension alimentaire au profit de leur enfant toujours à charge. Il avait aussi légué ses biens à Madame Williams pour l'usufruit et à ses quatre enfants (les trois enfants issus de son mariage et la troisième requérante) pour la nue-propriété, tandis que son épouse et lui avaient abandonnés leurs droits successoraux à l'égard du patrimoine l'un de l'autre (§ 12).

Malgré ces aménagements, les requérants prétendaient être victimes d'ingérences dans leur vie familiale : (1) leur non-reconnaissance en tant que "famille" aux fins de l'article 41 de la Constitution d'Irlande ; (2) l'absence d'obligations mutuelle d'entretien et de droits successoraux réciproques; (3) leur traitement dans le domaine de l'impôt sur l'acquisition de capital, des droits de timbre et des frais d'enregistrement foncier ; (4) l'impossibilité de recourir aux "ordonnances d'interdiction"; (5) l'inapplicabilité de la loi de 1976 sur la protection du foyer familial; (6) les différences, dans le code de protection sociale (§ 65).

Selon la Cour, il n'y avait « aucune ingérence des pouvoirs publics dans la vie familiale des deux premiers requérants : l'Irlande [n'avait] nullement essayé de les empêcher ou leur interdire de vivre ensemble et de continuer à le faire; ils ont même pu prendre plusieurs mesures pour

¹⁴⁰⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie. Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch), Burden et Burden c. Royaume-Uni du 29 avril 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 521.

régulariser au mieux leur situation [...]. Il s'agit donc uniquement de savoir si un "respect" effectif de leur vie familiale entraîne, pour l'Irlande, l'obligation positive d'améliorer leur statut » (§ 66). A cet égard, la Cour a expressément affirmé que si « certains textes législatifs destinés à soutenir la vie familiale ne valent pas pour les deux premiers requérants », il n'empêche qu'il n'était « pas possible de dégager de l'article 8 l'obligation, à la charge de l'Irlande, de doter les couples non mariés d'un statut analogue à celui des couples mariés ».

Certes, les requérants faisaient valoir qu'ils se trouvaient dans la situation spécifique d'individus « désireux de se marier mais juridiquement incapables de le faire » différente de celle de ceux « qui choisissent de leur plein gré de vivre en dehors du mariage », mais aux yeux des juges strasbourgeois, cet argument ne faisait pas mouche non plus, dès lors que non seulement la Cour avait considéré l'impossibilité de divorcer conventionnellement acceptable, tandis que l'article 8 ne pouvait « s'interpréter comme exigeant d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés » (§ 68) (comp. *supra* n° 691).

β – Le droit à un accès égal au partenariat enregistré : *Ferguson et autres c. Royaume-Uni*

701. Une requête introduite en 2011 a donné lieu à une décision d'irrecevabilité prise par un juge unique en application de l'article 27 de la Convention. Dans cette affaire *Ferguson et autres c. Royaume-Uni*, qui avait reçu une certaine publicité doctrinale, les requérants dénonçaient, outre l'impossibilité pour les homosexuels d'accéder au mariage (réservé aux hétérosexuels), l'impossibilité symétrique des hétérosexuels de souscrire un partenariat enregistré (réservé aux homosexuels). A défaut pour cette affaire d'avoir dépassé le stade de la recevabilité, on ne sait si la Convention est en mesure de garantir aux hétérosexuels le droit d'accéder à un partenariat enregistré lorsqu'une telle formule est offerte aux couples de mêmes sexe.

ii) *Le droit à un partenariat enregistré pour les couples homosexuels*

702. Les attitudes adoptables à l'égard de la conjugalité homosexuelle sont plus diversifiées que le laisse parfois penser une polarisation artificielle du débat. On peut ainsi, en premier lieu, parfaitement être favorable à l'allocation d'avantages socio-économiques aux couples de même sexe et s'opposer par contre à ce qu'ils puissent bénéficier d'un véritable statut du couple. Telle est, notamment, la position du professeur LEVINET qui affirme que « la correction des inégalités – indiscutables et inacceptables – que subissent les partenaires homosexuels est un objectif parfaitement légitime. Mais alors que des mesures sociales et fiscales ponctuelles seraient certainement plus appropriées, la volonté de faire reconnaître juridiquement l'assimilation de la relation homosexuelle à la relation hétérosexuelle grâce à un "pseudo-mariage" vise à rompre radicalement avec les traditions fondatrices des sociétés européennes »¹⁴⁰¹. On peut, en second lieu, voir précisément dans les formules de partenariat la voie adéquate pour faire bénéficier les couples de même sexe d'avantages matériels autant que d'une reconnaissance sociale sans pour autant entamer le symbolisme matrimonial. Jean-Louis RENCHON écrit ainsi en 2003, après l'ouverture – en droit belge – du mariage aux couples de même sexe qu'« il était [...] techniquement possible de résoudre les problèmes pratiques qui peuvent se poser à propos des droits et obligations d'un couple homosexuel sans recourir à la "figure juridique" du mariage »¹⁴⁰². L'option consistant à offrir aux couples de même sexe un statut alternatif au contenu proche

¹⁴⁰¹ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 156.

¹⁴⁰² J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, pp. 462-464).

ou identique à celui du mariage est une solution qui – quoique jugée insuffisante par certains¹⁴⁰³ – semble en mesure de constituer bientôt un dénominateur commun. Il devrait, à ce titre, être coulé dans une obligation positive substantielle imposée aux Etats au titre du droit au respect de la vie familiale des couples de même sexe.

α – L’absence de droit à un partenariat enregistré : *Schalk et Kopf c. Autriche*

703. A ce stade, cependant, il résulte de l’arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 que les couples de même sexe n’ont – pas plus que les couples hétérosexuels ou les frères et sœurs – de droit conventionnel substantiel à une forme de « partenariat enregistré » ou de « pacte civil ». En l’espèce, l’Autriche prévoyait bien un partenariat enregistré, mais les requérants dénonçaient à la fois le caractère tardif de son introduction et le caractère insuffisant de son contenu.

Sur le premier plan, la Cour a relevé que, malgré l’éclosion d’un consensus européen, les Etats organisant des statuts alternatifs ne constituaient pas encore une majorité en manière telle qu’il fallait considérer ce domaine comme un domaine où les droits évoluent et sans consensus établi dans lequel les Etats jouissent d’une marge d’appréciation pour déterminer le rythme des réformes. Les juges strasbourgeois en ont conclu que l’Autriche, ayant introduit un partenariat en 2010, ne fait pas partie de l’« avant-garde », mais pour autant « ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré » (§§ 105-106)¹⁴⁰⁴.

Sur le second plan, la Cour a signalé n’être pas convaincue par l’argument des requérants suivant lequel si un Etat offre aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, il doit « leur conférer un statut qui, même s’il porte un nom différent, correspond à tous égards au mariage » (§ 108). Selon la Cour, au contraire, « les Etats bénéficient d’une certaine marge d’appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique » (§ 108).

Il peut être relevé, d’une part, que la Cour s’est déjà montrée plus audacieuse en présence de consensus émergents et, d’autre part, que la distribution inégale des avantages matériels entre les couples mariés et non mariés se justifie difficilement face à ceux qui ne peuvent pas souscrire au statut privilégié... (voy. *supra* n° 691). En tout état de cause, une affaire *Oliari et autres c. Italie* est actuellement pendante devant la juridiction strasbourgeoise et permettra à la Cour de reprendre les choses là où elle les a laissées, en prenant en considération l’évolution des droits nationaux¹⁴⁰⁵.

β – Le droit à un accès égal au partenariat enregistré : *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC]

¹⁴⁰³ Dans le cadre du débat belge, il était ainsi apparu qu’« une institution juridique spécifique aux homosexuels aurait pu, selon la majorité des parlementaires, continuer à faire croire que cette institution juridique avait une moindre valeur que le mariage et, dès lors, qu’une union homosexuelle restait une situation socialement moins valorisée et moins intégrée que l’union d’un homme et d’une femme » (J.-L. RENCHON, « L’avènement du mariage homosexuel, *op. cit.*, pp. 462-464).

¹⁴⁰⁴ La Cour s’est référée, sur ce dernier point, à son arrêt *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998. Dans cette affaire relative à l’impossibilité pour les pères autrichiens de bénéficier d’un congé parental, la Cour avait considéré qu’au regard de la situation dans les autres Etats parties, le rythme suivant lequel le législateur autrichien avait pris acte de l’avènement d’« un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l’éducation des enfants » était conventionnellement acceptable (§§ 40-43). Voy. aussi l’évolution du positionnement de la Cour telle qu’elle découle des arrêts *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011 et *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 (voy. *infra* n° 845 et s.).

¹⁴⁰⁵ La requête porte le n° 18766/11.

704. S'il n'existe pas (encore) de droit au partenariat enregistré, il existe bel et bien – aux termes de l'arrêt de grande chambre *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 – une obligation pour l'Etat qui décide d'ouvrir formule d'association conjugale différente du mariage aux couples hétérosexuels de l'ouvrir aussi aux couples de même sexe. Les requérants, huit ressortissants grecs et une association nommé « Synthessi-information, sensibilisation, recherche », dénonçaient au titre des articles 14 et 8 combinés de la Convention, la circonstance que le pacte de vie commune introduit par la loi 3719/2008 était réservé aux couples hétérosexuels¹⁴⁰⁶. La Cour a refusé à la seule association la qualité de victime et a écarté l'exception de non-épuisement des voies de recours interne formulée par le gouvernement¹⁴⁰⁷.

Selon les requérants, la Grèce était le seul pays à avoir organisé un statut alternatif au mariage en le réservant aux couples hétérosexuels, l'exclusion litigieuse traduisant « un jugement moral négatif sur l'homosexualité » et « un net mépris à leur égard » (§ 60). Le gouvernement faisait valoir que le partenariat grec protégeait la famille au sens traditionnel du terme en permettant aux parents d'élever leurs enfants biologiques dans de bonnes conditions sans devoir pour autant se marier. Au regard de cet objectif, les couples de même sexe n'étaient pas comparables aux couples de sexe différent (§§ 62-68)¹⁴⁰⁸.

S'agissant de l'applicabilité de l'article 8, la Cour, renvoyant au précédent *Schalk et Kopf*, a estimé que « la relation que les requérants [entretenaient] en l'espèce [relevait] de la notion de “vie privée” ainsi que celle de “vie familiale” au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation ». Au surplus, elle a refusé de distinguer, comme le suggérait le gouvernement, les requérants vivant ensemble et ceux qui – pour des raisons professionnelles et sociales – ne cohabitaient pas dès lors qu'« en l'espèce l'absence de cohabitation ne prive pas les couples concernés de la stabilité qui les fait relever de la vie familiale au sens de l'article 8 » (§ 73).

Sur le fond, il y avait lieu de circonscrire la portée du litige à la question de savoir si la Grèce pouvait mettre en place une formule de partenariat en excluant les couples de même sexe. Il ne

¹⁴⁰⁶ Son adoption avait donné lieu à de vifs débats. Il avait été décidé que la formule considérée serait réservée aux couples hétérosexuels, le ministre de la justice ayant notamment affirmé que la société hellénique n'était « pas encore assez mature pour accepter la cohabitation de couples de même sexe » tandis que la Commission nationale des droits de l'homme et le Conseil scientifique du Parlement avaient pris position en faveur d'une ouverture du nouveau statut créé par la loi aux couples de même sexe (§§ 9-15).

¹⁴⁰⁷ Le Gouvernement grec considérait la requête irrecevable, pour différentes raisons. En premier lieu, les requérants n'avaient pas la qualité de victime. Les requérants personne physique ne subissaient ainsi « pas de conséquences négatives directes et concrètes de l'impossibilité de conclure ledit pacte » dans la mesure où ils étaient en mesure d'organiser contractuellement et par testament leurs relations pécuniaires et patrimoniales. L'association « Synthessi-information » ne pouvait quant à elle constituer une « victime » au sens de l'article 34 de la Convention (§ 37). D'autre part, les requérants disposaient de recours administratif et constitutionnel qu'ils n'avaient pas veillé à mettre en œuvre préalablement à la saisine de la Cour en sorte que l'exigence d'épuisement des voies de recours internes n'avaient pas été respectée (§ 38). La Cour a considéré que l'association « Synthessi-information » ne pouvait, au contraire des autres requérants, se prévaloir de la qualité de victime dès lors que c'est aux personnes physiques que l'accès au pacte était refusé (§§ 48-49). En ce qui concerne l'exigence d'épuisement des voies de recours interne contenue dans l'article 35 de la Convention, la Cour a considéré que les recours mis en exergue par le gouvernement défendeur n'étaient pas de nature à permettre qu'il soit procédé à une modification de la loi incriminée en réponse au grief des requérants (§§ 55-57).

¹⁴⁰⁸ Les nombreux tiers intervenants ont quant à eux invoqués, avant de souligner la position isolée occupée par la Grèce, la jurisprudence de la Cour et celle de nombreuses juridictions constitutionnelles nationales (Hongrie, Canada, Royaume-Uni, Brésil) ainsi que la pratique de nombreux Etats parties ayant reconnu par la voie législative les relations entre personnes de même sexe, soit en ouvrant un partenariat aux seuls homosexuels (modèle danois), soit en le permettant tant pour les couples de sexe différent que pour ceux de même sexe (modèle français) (des observations ont été soumises par le Centre de conseil sur les droits de l'individu en Europe (Centre AIRE), la Commission internationale de juristes (CIJ), la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) et la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement) (§ 6)).

s'agissait donc pas de s'interroger *in abstracto* sur l'existence d'une « obligation générale de l'Etat grec de prévoir en droit interne une forme de reconnaissance juridique des relations entre personnes homosexuelles » (§ 75).

En premier lieu, la Cour a examiné l'argument suivant lequel les couples de même sexe pouvaient, au moyen de différentes techniques contractuelles et testamentaires, organiser un cadre juridique pour leur relation. A cet égard, les juges européens ont considéré que l'argument du gouvernement ne tenait pas compte « du fait que le partenariat civil [...], en tant que forme de vie commune officiellement reconnue autre que le mariage, a en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait » (§ 81). Ainsi, « l'extension du pacte de vie commune aux couples de même sexe leur permettrait de régler les questions patrimoniales, de pension alimentaire et de succession non pas à titre de simples particuliers concluant entre eux des contrats de droit commun mais en se prévalant du régime juridique du pacte de vie commune, donc en bénéficiant d'une reconnaissance officielle de leur relation par l'Etat » (§ 81).

En second lieu, la Cour a évalué l'argument tiré par le gouvernement de l'objectif de protéger la famille traditionnelle. Elle a à cet égard admis que le souhait de renforcer l'institution du mariage en faisant en sorte que ceux qui y souscrivent le fassent en raison d'une volonté d'engagement mutuel plutôt que pour assurer le cadre juridique de la prise en charge d'un enfant était louable au même titre que la volonté de protéger l'intérêt des enfants nés hors mariage (§ 83). Il restait néanmoins à voir si le principe de proportionnalité avait été respecté en tenant compte de ce que l'objectif de protéger « la famille au sens traditionnel du terme » tout « important et légitime » qu'il soit, est par ailleurs « assez abstrait » au sens où « une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » (§ 84). En outre, la Convention étant un instrument vivant il appartenait à la Grèce de prendre en considération « l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale » (§ 84).

L'orientation sexuelle étant un « critère suspect », la charge de la preuve de ce que l'exclusion des couples de même sexe était nécessaire pour réaliser l'objectif de protéger la famille traditionnelle revenait au gouvernement. A cet égard, l'argument de l'Etat défendeur suivant lequel le partenariat répondait au désir de sécuriser la situation des parents non mariés n'expliquait pas la différence faite par la loi entre homosexuels et hétérosexuels non-parents : il aurait été parfaitement envisageable de réaliser cet objectif sans exclure les couples homosexuels. En outre, les couples hétérosexuels bénéficiaient, dès avant la loi, soit d'une reconnaissance « pleine et entière par le biais du mariage », soit d'une reconnaissance « plus limitée » découlant de dispositions particulières du Code civil évoquant l'union libre, alors qu'au contraire les couples de même sexe n'étaient reconnus d'aucune façon (§ 89). Au surplus, la loi avait été critiquée, au plan interne, par la Commission nationale des droits de l'homme et par le Conseil scientifique du parlement, tandis qu'à l'échelle européenne seuls deux pays avaient choisi d'ouvrir un partenariat civil sans le rendre accessible aux couples de même sexe : la Grèce et la Lituanie (§§ 89-90). Dans ce contexte, les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁹ Voy. à propos de cette affaire : A. DANIS-FATÔME, « Le droit des couples à un "engagement public" ». Cour eur. dr. h., Gde ch., arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013 », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 737 et s. et I. TRISPOITIS, « Discrimination and Civil Partnerships : Taking "legal" out of Legal Recognition », *Human Rights Law Review*, 2014, p. 342 et s.

Par-delà son enseignement principal, prévisible et approuvable, l'arrêt de grande chambre comporte différents enseignements importants, dont la portée dépasse largement le cadre *a priori* assez limité de l'espèce. Ainsi, d'une part, au plan de l'étendue de la vie familiale, la Cour a relevé que l'absence de cohabitation n'excluait pas l'existence d'une vie familiale conjugale protégée par l'article 8 de la Convention (§ 73) (comp. *Van der Heijden c. Pays-Bas*). D'autre part, sur le plan de la proportionnalité, l'arrêt affirme que les statuts conjugaux ont une « valeur *en soi* » qui est « indépendante de leurs effets juridiques » dès lors qu'ils procurent le bénéfice « d'une reconnaissance officielle de leur relation par l'Etat » (comp. *Hamalainen c. Finlande*) (§ 81). En outre, la Cour réitère expressément l'affirmation de l'affaire *X. et autres c. Autriche* (voy. *infra* n° 1098) relative à la nécessité de prendre en compte les « changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel » et « l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale » (§ 84).

Synthèse de la sous-section 1

705. La question conjugale implique les garanties offertes par l'article 8 et celles procurées par l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention. Suite à l'extension très forte du champ d'application de la vie privée et familiale (*Üner*), il est clair que toutes les relations entre adultes ne peuvent donner lieu au même standard de protection conventionnelle. Une chose est de permettre à ceux qui le souhaitent de vivre ensemble, une autre est de reconnaître la valeur sociale de l'association ainsi créée par l'octroi d'avantages éventuellement constitués en un statut intégré. Sur les deux plans, on voit bien que l'approche fondée sur un modèle familial et sur des catégories conjugales est remise en question par l'émergence d'une approche plus réaliste et factuelle. Il y a là un phénomène clair de déstructuration du droit de la famille et – peut-être, dans le même temps – la potentialité d'une restructuration : car si l'inscription dans un registre ou l'appartenance et l'orientation sexuelle sont disqualifiées, il faut bien s'atteler à définir les critères qui seraient à même de distinguer les unions méritant d'être tolérées, protégées ou subsidiées.

L'existence de la relation conjugale

706. Le champ d'application de ce droit spécifique des partenaires conjugaux à être ensemble sans être sanctionnés et/ou séparés est proprement vertigineux, tant par la nature des relations envisagées que par les contextes dans lesquelles elles sont examinées. L'immixtion des exigences de l'article 8 jusque dans le statut des ecclésiastiques en constitue à ce jour la manifestation la plus éclatante (*Fernandez*).

1/ La restriction la plus grave qui puisse être apportée à la liberté de la vie familiale conjugale est l'interdiction absolue de nouer toute relation conjugale ou certaines relations conjugales. Il semble à cet égard que seule puisse trouver grâce aux yeux de la Cour l'interdit fondamental de l'inceste ou l'adhésion volontaire aux règles d'une Eglise. Encore pourra-t-on s'interroger sur la rigueur des sanctions acceptées dans les affaires *Stübing* et *Fernandez Martinez* : les singularités des deux affaires auraient en effet sans doute justifié dans le chef de l'Etat une recherche d'alternatives moins sévères. Sans doute l'approche plus souple mise en œuvre dans les affaires *Obst* et *Schuth* mérite-t-elle à cet égard d'être approuvée.

2/ L'Etat peut par contre légitimement interrompre les relations conjugales des détenus ou des étrangers en situation irrégulière. Ici aussi cependant se dégage l'exigence d'une recherche de l'alternative moins restrictive. La Cour impose toutefois : (1) une évaluation au cas par cas des situations, toute forme de restriction absolue et définitive étant a priori à bannir (*Kucera et Hagyo*) ; (2) peu importe, semble-t-il, la nature exacte de la relation (orientation sexuelle) ou sa (non) formalisation dans un statut juridique déterminé ; (3) les Etats sont en mesure de prendre en considération les comportements éventuellement frauduleux mis en œuvre par les partenaires conjugaux (*Hagyo*) ou la circonstance que des individus ont noué des liens conjugaux alors qu'ils avaient connaissance de la précarité de leur situation (4) ; les obligations qui pèsent sur l'Etat ont leurs limites, les autorités pouvant légitimement décider de permettre ou non les « visites conjugales » (*Varnas*) et restreindre la possibilité de « regroupement familial » (*Hode et Abdi*). On aboutit, en quelque sorte à une protection « floue » de la vie familiale : les critères sur base desquels il est décidé paraissent variables. Dans *Nada c. Suisse*, la Cour a insisté sur l'adaptation des règles aux cas particuliers.

3/ Le maintien du couple est impossible lorsqu'un des partenaires ne souhaite pas la poursuite de la relation. En ce sens, le droit au respect de la vie privée implique que nul ne soit tenu de

rester en couple avec son partenaire, le tout sans préjudice de la non reconnaissance par la Cour d'un droit conventionnel au divorce (*Airey et Johnston et autres*) (voy. *infra* n° 1069).

4/ Si l'Etat n'a *a priori* aucun rôle à jouer dans la formation des relations conjugales, il n'est pas exclu que dès lors que des organismes privés investissent ce segment de la réalité sociale, les autorités étatiques aient à assurer que les activités de courtage considérées soient conduites dans le respect de l'exigence de non-discrimination.

Le soutien et la reconnaissance des relations conjugales

707. Au-delà de la simple possibilité d'être ensemble, tous les droits nationaux imposent aux couples (ou à certains d'entre eux) des obligations de solidarité et allouent aux couples (ou à certains d'entre eux) des avantages d'ordre divers. La Convention ne prévoit *pas un droit* à certains avantages matériels ni le droit à la solidarité au sein de la famille. Dès lors cependant que les Etats organisent en les articulant ces deux types de solidarité, ils doivent le faire dans le respect du principe de non-discrimination qui trouve à s'appliquer en combinaison avec l'article 8 ou avec l'article 12. Le trait le plus saillant de la jurisprudence de la Cour réside dans la circonstance que le couple est à la fois un modèle traditionnel de vie en commun et un vecteur de solidarité socio-économique.

1/ La Cour admet en premier lieu une préférence pour les couples ayant officialisé leur relation et admet aussi que parmi eux, le mariage soit hiérarchiquement supérieur au partenariat. Le choix éventuel fait par les partenaires d'un couple d'inscrire leur lien dans un statut conjugal les soumet à diverses obligations en même temps qu'il les investit du bénéfice de certains avantages déterminés, les devoirs et droits considérés participant d'un équilibre entre solidarité familiale et solidarité sociale propre à garantir à l'échelle nationale la sécurité d'existence des individus. Ainsi, lorsque les individus prennent une option en termes de vie conjugale, ils doivent en connaître et en assumer les conséquences (*Serife Yigit c. Turquie* et *Van der Heijden c. Pays-Bas*). Cette conception est cependant remise en cause par certains juges qui proposent que les avantages matériels soient consentis (ou non) sur base d'une analyse *au cas par cas* (op. diss. *Van der Heijden*). Même lorsqu'on compare des couples qui avaient initialement les mêmes options en termes de statut conjugal et ont fait des choix différents, des voix s'élèvent au sein de la Cour pour contester l'approche formaliste de la vie familiale conjugale et réclamer une approche fondée sur la substance de la relation plutôt que sur sa forme.

2/ Les normes sociales relatives aux rôles sexués et à l'orientation sexuelle sont par contre exclues comme justification. A cet égard, « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » (*Karner et Vallianatos*). Si ce positionnement paraît très clair, sa mise en œuvre est rendue complexe par la circonstance que dans la plupart des Etats parties à la Convention, tous les statuts du couple ne sont pas accessibles à tous, ce que la Cour a expressément admis. Dans la jurisprudence relative aux hétérosexuels non mariés, la Cour fait de leur choix éclairé un élément décisif de la justification de la différence de traitement. Dans sa jurisprudence relative aux homosexuels non mariés, la Cour choisit de leur opposer ce même argument même lorsque précisément ... ils ne peuvent pas se marier.

3/ La possible remise en question de la solidarité familiale et l'émergence des relations non conjugales remet encore plus clairement en question le couple traditionnel comme norme sociale d'association familiale. Ainsi, l'affaire *Velcea et Mazare c. Roumanie*, par-delà son évidente singularité, montre comment l'exigence de liberté pourrait réduire la solidarité au sein des couples institués. De son côté, l'affaire *Burden c. Royaume-Uni* pose la question d'une véritable possibilité pour les adultes d'inventer de « nouvelles formes de vie ensemble » c'est-à-dire non seulement entre frères et sœurs, mais également entre amis et le cas échéant à plus que

deux¹⁴¹⁰. Faut-il suivre l'argumentaire des sœurs Burden qui voyaient dans le caractère solidaire et durable des relations le critère de l'allocation d'avantages socio-économiques ?

4/ Enfin se pose la question d'un droit à un partenariat enregistré ou à toute autre formule d'union conjugale offrant un cadre au couple empêché ou non désireux de souscrire au statut du mariage. A ce stade, une approche fondée sur le principe de subsidiarité conduit la Cour à ne pas imposer aux Etats un droit direct au partenariat civil aux hétérosexuels ou bien aux homosexuels (sous réserve, à cet égard, du résultat de l'affaire *Oliari et autres c. Italie*) et à se limiter à affirmer l'exigence d'un droit égal d'accéder à une telle formule pour les seconds si elle est ouverte aux premiers (*Vallianatos*) (le droit inverse des hétérosexuels d'accéder aux pactes civils s'ils sont organisés pour les homosexuels n'étant à ce stade pas affirmé). En matière de partenariat homosexuel, face à l'émergence d'un consensus européen, la Cour accorde aux Etat une marge d'appréciation relative à la fois au rythme des réformes et/ou au contenu de celles-ci (*Schalk et Kopf*).

¹⁴¹⁰ De telles associations trouveraient d'ailleurs d'intéressants antécédents dans les figures des « communautés taisesbles » du Moyen-âge (J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple ... », *op. cit.*, p. 563 et s.) ou du sigisbéisme à l'italienne (J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sigisbéisme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 361 et s.).

Sous-section 2. Les relations parentales

708. Le mouvement de « déformalisation » du droit des relations familiales qui vient d'être mis en évidence en matière de couple s'observe bien évidemment aussi en matière de relations parentales. A cet égard, Adeline GOUTTENOIRE évoque – en renvoyant notamment aux affaires *Hoffmann* ou *Salgueiro Da Silva Mouta* – un « réalisme » de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴¹¹. Cette extension du domaine des relations parentales implique ici *non pas seulement* une variabilité du niveau de protection, mais *également* une multiplication des situations des conflits entre bénéficiaires d'une protection conventionnelle aussi généreusement dispensée... Dans le cadre de tels conflits, la Cour a de longue date affirmé la prééminence de l'intérêt de l'enfant dont le principe est également mis en avant par d'autres instruments de droit international au premier rang desquels la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant.

709. Nous envisagerons en premier lieu le cœur de la vie familiale, à savoir *le fait même de la relation parentale* pour constater que, dans ce domaine, seul compte *in fine* la dimension d'effectivité de la relation et, plus particulièrement, l'intérêt de l'enfant considéré *in concreto*. Il y a donc une exigence de grande fluidité dans la désignation de ceux avec qui l'enfant vivra (droit de garde), de ceux qui en assureront l'éducation (autorité parentale) et de ceux qui pourront le rencontrer (droit de visite). Pareille approche « réaliste » paraît parfois conduire à des résultats iniques pour le parent exclu et éventuellement contraires à l'intérêt à long terme de l'enfant (§ 1).

710. Nous envisagerons ensuite la question *du soutien et de la reconnaissance des relations conjugales* et relèverons un même mouvement d'assimilation rapide de l'exigence d'égalité entre les enfants qui au contraire des adultes n'ont posé aucun choix susceptible de leur être opposé afin de justifier une différence de traitement dont ils font l'objet. En quelque sorte, on observe une pénétration beaucoup plus rapide d'intégration du pluralisme des familles s'agissant de l'organisation de la solidarité *au sein* et *au bénéfice* de la famille quand des enfants sont concernés (§ 2).

§ 1. Le maintien, l'établissement de la relation parentale

711. Il semble que c'est en 1987 que la Cour a affirmé pour la première fois que « l'exercice des droits parentaux et le fait, pour un parent et son enfant, d'être ensemble représentent des éléments fondamentaux de la vie familiale ». Elle l'a fait dans trois affaires concernant le Royaume-Uni et relative à la problématique du placement d'enfants à l'assistance publique¹⁴¹².

Est-il *premièrement* concevable que certaines relations parentales soient *purement et simplement interdites* au titre de leur caractère intrinsèquement contraire à l'ordre public ou bien à un engagement souscrit par l'individu ? Ici encore, la question se pose tant sous l'angle de la prohibition de l'inceste que sous celui de la discipline ecclésiastique (A).

¹⁴¹¹ A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2004, p. 384.

¹⁴¹² Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt R. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, § 64 ; Cour eur. dr. h., arrêt B. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, § 60 ; Cour eur. dr. h., arrêt W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, § 59.

En *deuxième lieu*, les relations parentales peuvent être *interrompues* de diverses manières qui relèvent par exemple de la vocation de l'Etat à assurer le maintien de l'ordre et à réguler les flux migratoires (B et C).

En *troisième lieu*, l'interruption ou la délocalisation des relations parentales peut également correspondre à l'obligation positive de protéger l'intégrité physique et morale des enfants, soit que celle-ci se trouve menacée par le comportement des parents (D), soit que plusieurs adultes se déchirent au sujet des prérogatives de garde, d'autorité parentale et contacts (E et F). Dans ce contexte, la Cour formule une exigence d'extrême fluidité des solutions étatiques qui devraient idéalement épouser, en temps réel, les besoins immédiats de l'enfant tels qu'ils peuvent être compris par les autorités de l'Etat. Distant, la Cour veille en tout premier lieu à ce que lesdites autorités procèdent effectivement, à leur niveau national, à l'exercice de pesée soigneuse des intérêts requis par la Convention.

La question se pose *en quatrième et dernier lieu* du rôle qu'est appelé ou non à jouer l'Etat au plan de l'établissement de relations parentales. A cet égard, la Cour ne garantit aucun droit à l'adoption exofamiliale, c'est-à-dire à une adoption créant de toute pièce une relation familiale entre un ou plusieurs adultes et un enfant dépourvu de famille. Comme on le sait cependant, dès lors que tous les Etats européens connaissent ce type d'adoption, la Cour est fondée à évaluer dans le domaine considéré le respect des exigences d'effectivité et de non-discrimination (G).

Comme tous les contentieux qui concernent les enfants, celui-ci est entièrement dominé par la figure de l'intérêt de l'enfant.

A. L'interdiction de certaines relations parentales

i) *L'interdiction étatique des relations incestueuses : Stübing c. Allemagne*

712. Dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* que nous avons d'ores et déjà évoquée plusieurs fois (voy. *supra* n° 586 et 670), le requérant plaidait que les condamnations pénales et la peine de prison qui lui avaient été infligées contrariaient non pas seulement sa liberté sexuelle, mais également sa vie familiale. En effet, expliquait-il, il se trouvait, à leur suite empêché de participer à l'éducation de ses enfants (§ 34). On sait que le juge européen a considéré qu'il n'était pas « exclu que la condamnation pénale du requérant ait eu un impact sur sa vie familiale et, éventuellement, implique la mise en œuvre de la garantie de l'article 8 de la Convention à ce titre, dès lors qu'il avait été empêché d'avoir des relations sexuelles avec la mère de ses quatre enfants » (§ 55)¹⁴¹³. Il est étonnant que la Cour n'ait pas approfondi cet aspect dès lors que le requérant faisait expressément valoir pour souligner la rigueur de la sanction qui lui était imposée que celle-ci avait également pénalisé ses quatre enfants (§ 42) et au regard de l'importance attachée par la Cour au droit pour un parent et son enfant d'être ensemble.

ii) *L'interdiction ecclésiastique des relations parentales : Fernandez-Martinez c. Espagne [GC]*

713. Dans son arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* du 12 juin 2014, la grande chambre a – nous l'avons vu (voy. *supra* n° 674) – admis le renvoi d'un prêtre donnant des cours de religion au titre de sa situation de prêtre marié père de cinq enfants. Comme on le sait, la Cour a expressément admis à cet égard qu'il était possible pour l'individu d'accepter « en connaissance de cause et volontairement » des limitations à « l'étendue de son droit au respect de sa vie

¹⁴¹³ Traduction libre.

privée et familiale ». L'incompatibilité de l'engagement religieux avec la prise en charge d'un enfant a aussi affleuré dans l'affaire *Négrépontis-Giannisis c. Grèce* qui concernait la reconnaissance, dans l'ordre juridique grec, du lien adoptif valablement établi aux Etats-Unis entre un moine et son neveu (voy. *infra* n° 1107).

B. Les relations parentales des détenus¹⁴¹⁴

714. Dans l'arrêt *Messina c. Italie* n° 2 du 28 septembre 2000, la Cour a rappelé le principe – dégagé par la Commission dans la décision *Ouinas c. France* du 12 mars 1990¹⁴¹⁵ – suivant lequel « toute détention régulière au regard de l'article 5 de la Convention entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé. Il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche » (§ 61). Si le *principe* de telles relations est fermement affirmé (i), *les restrictions à l'ampleur et aux modalités* des contacts peuvent être appréciée avec plus de souplesse du point de vue des standards européens, pour autant qu'elles trouvent à se justifier par référence à des motifs de sécurité publique (ii).

i) *Le principe des rencontres entre le détenu et son enfant*

715. C'est ici aussi en premier lieu une exigence *d'individualisation de la norme* qui se trouve exprimée par les juges européens : de même qu'une peine de prison ne peut automatiquement priver un détenu de sa capacité d'exercer ses droits parentaux, elle ne peut conduire à le déchoir sans autre motif de son droit d'entretenir des contacts avec son enfant. Il va sans dire qu'il y va aussi – et peut être surtout – du respect dû au droit de l'enfant au respect de sa vie familiale. En d'autres termes, la détention ne justifie pas en soi les ingérences dans le droit au respect de la vie familiale en sorte que le détenu doit pouvoir rencontrer sa famille dans des conditions adéquates.

ii) *L'encadrement des visites familiales : Messina c. Italie et Hagyo c. Hongrie*

716. Le maintien des relations parentales peut être mis en œuvre de différentes manières et la Cour se montre compréhensive à l'égard des Etats qui restreignent les contacts pour autant que les autorités manifestent la volonté de permettre dans toute la mesure du possible les liens considérés.

717. La Cour a notamment jugé dans son arrêt *Messina c. Italie* n° 2 du 28 septembre 2000 que des restrictions aux visites familiales pouvaient se justifier lorsqu'au regard de la gravité des infractions et de la spécificité de la criminalité organisée de type mafieux où les relations familiales jouent souvent un rôle primordial (§§ 66 et 69), les autorités internes avaient réduit (et pas supprimé) temporairement (et pas définitivement) (§ 72) les visites de l'épouse et des filles du requérant. Dans ce contexte, les autorités nationales avaient eu le « souci [...] d'aider le requérant à maintenir, dans la mesure du possible, un contact avec sa famille proche, et de trouver ainsi un juste équilibre entre les droits du requérant et les buts visés par le régime

¹⁴¹⁴ J.-P. CÉRÉ, « Le droit à une vie familiale pour les détenus », *op. cit.*, pp. 20-25.

¹⁴¹⁵ Comm. eur. dr. h., décision *Ouinas c. France* du 12 mars 1990. En l'espèce, la Commission avait décidé que « l'administration pénitentiaire ne semble pas avoir fait tout ce qui était en son pouvoir afin de garantir l'exercice effectif du droit de visite reconnu au requérant de voir sa fille » et qu'« elle se [demandait] si des efforts plus soutenus en vue de rapprocher le requérant du lieu de résidence de sa fille, ce, compte tenu notamment de l'opposition de la mère de l'enfant à ce que cette dernière rencontre son père, n'auraient pas été possibles et compatibles avec les exigences de l'organisation pénitentiaire et de la sécurité ». Cependant, « compte tenu de la marge d'appréciation qui échoit en pareille matière aux autorités nationales chargées de l'exécution des peines de détention, [...] la position adoptée en l'espèce par l'administration ne [pouvait] pas être considérée comme disproportionnée au but poursuivi ».

spécial » (§ 73). Dans l'affaire *Hagyó c. Hongrie* du 23 avril 2013 également la Cour a validé l'attitude des autorités internes qui avaient alloué au titre d'une approche au cas par cas des contacts téléphoniques supplémentaires entre le requérant et sa fille en raison des problèmes de santé de celle-ci qui empêchaient des rencontres. En l'occurrence, les autorités nationales avaient atteint un équilibre acceptable entre les faveurs à faire éventuellement à un détenu qui souhaite maintenir le contact avec un parent malade et le caractère partagé des installations téléphoniques d'une prison de même que la prévention du désordre (§§ 77-80).

718. Jugé au contraire, dans un arrêt *Giszcak c. Pologne* du 29 novembre 2011, que le refus de l'administration pénitentiaire de permettre au requérant incarcéré pour incitation au meurtre de rendre visite à l'hôpital à sa fille gravement blessée dans un accident de voiture, d'une part, et le refus de cette même administration d'assister dans des habits civils aux funérailles de sa fille après qu'elle ait succombé à ses blessures, d'autre part, constituaient des ingérences illégitimes dans son droit au respect de la vie familiale. La Cour a considéré que ces deux griefs étaient fondés et que la Convention avait été violée dès lors que les objectifs invoqués par le gouvernement défendeur et lié à la sécurité publique pouvaient être rencontrés autrement qu'en empêchant le défendeur de rendre visite à sa fille, puis d'assister dans des vêtements ordinaires plutôt qu'en uniforme de prisonnier aux funérailles de celle-ci, et notamment en prévoyant une escorte (§§ 29-31 et 38-41).

C. Les relations parentales des étrangers¹⁴¹⁶

719. Les principes fondamentaux en matière d'expulsion et d'entrée sur le territoire ont été exposé ci-avant, à propos des relations conjugales (voy. *supra* n° 678). Le contentieux des relations parentales se distingue évidemment surtout par la nécessaire prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

i) *L'interruption de la relation parentale se déroulant sur le territoire national*

720. La Cour a synthétisé sa jurisprudence relative à l'éloignement d'un parent dans un arrêt de grande chambre *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006¹⁴¹⁷. En l'occurrence, le requérant était arrivé aux Pays-Bas à l'âge de 12 ans et il avait abattu un homme dans une bagarre de café alors qu'il était un jeune adulte (§§ 12-18). Ayant une compagne et deux enfants, il avait fait l'objet, en 1997, en plus de sa peine de prison, d'une mesure d'interdiction de territoire d'une durée de dix ans (§ 20).

La Cour a ensuite expressément renvoyé aux « critères *Boultif* » (voy. *supra* n° 679) tout en souhaitant expliciter au surplus « deux critères qui se [trouvaient] peut-être déjà implicitement contenus dans ceux identifiés dans l'arrêt *Boultif* » (§ 58) : (1) « 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 » ; (2) « la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination ».

¹⁴¹⁶ Voy. à ce sujet : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le maintien du lien familial des étrangers », *op. cit.*, pp 211-239 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à une vie familiale pour les étrangers », in *Le droit à une vie familiale* (dir. LEMOULAN J.-J. et LUBY M.), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 27-36.

¹⁴¹⁷ La Cour avait notamment considéré, dans l'arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, que l'expulsion d'un étranger après son divorce d'avec la mère néerlandaise de son enfant constituait une violation de la Convention dès lors qu'elle rendait impossible le maintien de contacts réguliers entre le père et l'enfant (§ 29). Par contre, dans une affaire *Dalia c. France* du 19 février 1998, la Cour avait cautionné l'attitude des autorités françaises en observant que la requérante avait vécu jusqu'à ses 17 ans en Algérie et que la « condamnation sanctionnait un dangereux commerce d'héroïne » (§ 54).

Selon la Cour, s'il n'y avait pas lieu de sous-estimer les difficultés d'ordre pratique qu'impliquerait pour la compagne néerlandaise du requérant le fait de suivre ce dernier en Turquie, il n'en restait pas moins que les considérations qui justifiaient l'expulsion – soit la relative fragilité des liens familiaux (§ 62) et la gravité de l'infraction (§ 63) – l'emportaient sur les intérêts de la famille (§ 64). S'agissant, en particulier, de la teneur de la vie familiale, la grande chambre a insisté sur la circonstance que « l'intéressé n'a vécu avec sa compagne et son premier fils que pendant une période relativement brève, qu'il a ensuite choisi de mettre fin à cette cohabitation et qu'il n'a jamais vécu avec son second fils » et a jugé en conséquence que « la perturbation de leur vie familiale n'aurait pas le même impact que si les enfants avaient vécu avec leurs deux parents pendant une période beaucoup plus longue » (§ 62)¹⁴¹⁸.

721. Dans un arrêt *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013 la Cour a par contre conclu à la violation de la Convention. En l'espèce, le requérant, nigérian, vivait en Suisse. Il était marié et avait deux filles jumelles (§ 8). Il avait été condamné à 42 mois de prison pour trafic de drogue en août 2006 en Allemagne (§ 9). Les autorités suisses avaient alors considérée caduque son autorisation de séjour (§ 10). Postérieurement à la saisine de la Cour, il avait divorcé et eu un enfant avec une autre ressortissante suisse (§ 11).

La Cour a rappelé les principes dégagés dans sa jurisprudence et renvoyé en particulier à la critériologie synthétisée dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas* et qui doit « guider les instances nationales dans de telles affaires » (§ 45). En l'espèce, la Cour a pris acte de la gravité de l'infraction (§ 46) et de la solidité des liens du requérant avec sa famille installée en Suisse (§ 50). Elle a aussi pointé le comportement irréprochable du requérant, pendant et après son emprisonnement (§ 49) et la circonstance qu'il paraissait dépourvu « d'une véritable énergie ou d'un potentiel criminel » (§ 47).

Dans ce contexte, la Cour a *in fine* estimé qu'« il [était] dans l'intérêt supérieur des filles qu'elles grandissent auprès des deux parents et, eu égard au divorce intervenu, la seule possibilité de maintenir un contact régulier entre le requérant et les deux enfants [était] de l'autoriser à séjourner en Suisse, étant donné que l'on ne saurait s'attendre que la mère, avec les enfants communs, suive le requérant au Nigéria. S'agissant de la possibilité d'obtenir une levée temporaire de l'interdiction de territoire, la Cour a estimé que ces « mesures temporaires ne sauraient en aucun cas être considérées comme pouvant remplacer le droit des requérants de jouir de leur droit de vivre ensemble, qui constitue l'un des aspects fondamentaux du droit au respect la vie familiale » (§ 53)¹⁴¹⁹.

ii) Le refus d'accès au territoire

722. Dans un arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996 la Cour a rappelé – en renvoyant à *Abdulaziz* (voy. *supra* n° 680) – que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.

α – Le refus opposé à un parent

¹⁴¹⁸ Dans son arrêt *Husseini c. Suède* du 13 octobre 2011, la Cour a également considéré adéquate l'attitude des autorités suédoises qui avaient expulsé, avec interdiction de revenir pour plusieurs années, le requérant afghan, père de deux enfants, ensuite de sa condamnation à une peine de deux ans de prison pour viol et violence à l'encontre de son épouse. La Cour a relevé que les comportements considérés n'étaient pas seulement graves, mais étaient d'une nature telle que le requérant lui-même avait très sévèrement porté atteinte à sa vie familiale. Suivant la Cour, ces circonstances devaient peser lourdement dans la balance à réaliser (§ 103).

¹⁴¹⁹ Voy. cependant l'opinion dissidente des juges JOČIENE et LORENZEN.

723. Dans un arrêt *Arvelo Aponte c. Pays-Bas* du 3 novembre 2011, la Cour a validé l'attitude des autorités néerlandaises qui avaient refusé d'octroyer à la requérante un permis de résidence alors qu'elle avait épousé un national et avait eu avec lui un enfant. L'autorité compétente avait refusé de lui délivrer le document à raison d'une condamnation à une peine de prison pour des faits de trafic de drogue dont elle avait fait l'objet en Allemagne en 1996. La Cour a eu spécialement égard à la gravité des faits considérés (§§ 57-58), à la circonstance que la requérante avait contracté mariage et fait un enfant alors qu'elle savait déjà que sa situation de séjour était éminemment précaire (§ 59) et à la considération qu'elle avait passé l'essentiel de sa vie au Venezuela où elle avait une famille qui pouvait l'aider à s'y réinstaller avec sa famille (§ 60).

724. Dans l'arrêt *Polidario c. Suisse* du 30 juillet 2013 la Cour a statué sur la conventionalité de l'attitude des autorités internes qui avaient refusé à la requérante un titre de séjour alors que ses enfants résidaient avec leur père en Suisse. La requérante était philippine et avait eu un enfant – hors mariage – avec un ressortissant suisse alors qu'elle y travaillait pour un diplomate. Le père avait reconnu l'enfant en 2002. Suite à la rupture du couple parental, la requérante s'était établie aux Philippines avec son fils après que l'Office cantonal de la population ait pris à son égard une mesure de renvoi (§§ 7-12). La Cour a conclu à la violation de la Convention dès lors qu'elle n'avait pu maintenir « aucun contact autre que téléphonique avec son enfant pendant plusieurs années » et était ainsi restée séparée de son enfant en bas âge entre 2005 et 2010 sans pouvoir obtenir son rapatriement ni le rejoindre (§§ 73-74).

β – Le refus opposé à un enfant

725. Dans son arrêt *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013 la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention. L'attitude des requérants n'est pas étrangère au verdict atteint par le juge européen. En effet, ils avaient mis en œuvre un système de « carrousel » au terme duquel le premier requérant de nationalité kosovare avait épousé en 2000 une suisse et avait divorcé en 2006 un an après avoir reçu un permis de résidence pour se marier ensuite en 2007 avec une compatriote qu'il connaissait depuis 1993 et avec laquelle il avait déjà trois enfants. Cette femme avait alors obtenu la même année un permis de résidence sans mentionner l'existence de ces trois enfants (§§ 7-10), mais les autorités suisses avaient subséquemment refusé de faire droit à la demande des requérants tendant à l'octroi à leurs enfants de permis de résidence au titre du regroupement familial (§ 11 et s.).

Il est intéressant de relever la Cour n'a pas cru utile, au regard de la conclusion de non-violation de la Convention à laquelle elle allait parvenir, de trancher la question de savoir si la relation entre le requérant et l'aîné de leurs enfants qui était né en 1994 et avait atteint la majorité durant le procès strasbourgeois constituait une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 46). Ils ont par ailleurs décidé d'importer, dans ce pan de leur jurisprudence, l'insistance très ferme sur l'intérêt de l'enfant portée par l'arrêt de grande chambre *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (§ 51) (voy. *supra* n° 794).

En l'espèce, la Cour a relevé que les requérants vivaient en Suisse en raison de leur décision réfléchie de s'installer là plutôt que de rester dans leur pays d'origine (§ 59). Les trois enfants auxquels l'établissement en Suisse était refusé devaient avoir encore des liens solides avec le Kosovo où ils avaient grandi et avaient été à l'école durant de nombreuses années. Les requérants pouvaient prodiguer un soutien financier aux aînés, âgés de 19 et 17 ans à distance, tandis qu'ils pouvaient voyager ou demeurer au Kosovo pour procurer à leur cadet les soins nécessaires (§ 60). Prenant encore en considération l'attitude des requérants durant la procédure, la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention (§ 61).

726. Dans l'arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, la Cour a considéré que le refus opposé à un enfant de rejoindre ses parents avait violé la Convention. La Cour a accordé un poids important à la circonstance qu'il était difficile pour les parents de quitter les Pays-Bas où ils avaient résidé longuement et où leurs plus jeunes enfants étaient scolarisés tandis que l'enfant demeurant en Turquie était âgée de seulement neuf ans au moment de la demande faite aux autorités néerlandaises. Elle a également conclu à la violation de la Convention dans l'arrêt *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, en soulignant la nécessité de prendre en compte « l'âge des enfants, leur situation dans le pays d'origine et la mesure dans laquelle ils sont dépendants de leurs parents » et la considération qu'il faut le cas échéant accorder à la circonstance que « l'affaire implique des étrangers qui avaient déjà une vie familiale qu'ils ont laissé derrière eux dans un autre pays avant d'obtenir un statut dans le pays hôte » (§ 44).

D. Les mesures de protection de l'enfance¹⁴²⁰

727. Dans ses arrêts *W. c. Royaume-Uni*, *B. c. Royaume-Uni* et *R. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, la Cour a affirmé le principe suivant lequel « pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale » qui sera ensuite systématiquement réaffirmé. Très rapidement, la Cour a également exposé – dans *Johansen c. Norvège* – que si « un juste équilibre [devait] être ménagé entre les intérêts de l'enfant à demeurer placé et ceux du parent à vivre avec lui » il n'en restait pas moins que « la Cour [devait attacher] une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, [pouvait] l'emporter sur celui du parent ». A cet égard, « l'article 8 ne saurait autoriser un parent à faire prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant »¹⁴²¹.

Dans l'arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000 les juges européens ont affirmé « avec force » que « dans les affaires de ce type, l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération » mais en soulignant néanmoins que « bien compris, cet intérêt présente un double aspect » : (1) d'une part, « garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant » ; (2) d'autre part, « il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines » ; (3) en conséquence, « seules des circonstances tout à fait exceptionnelles [peuvent] conduire à une rupture du lien familial » et « tout [doit être] mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille » (§ 59).

¹⁴²⁰ P. BROUWERS, « Le placement d'enfants face à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse des arrêts Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000 et Gnahore c. France du 19 septembre 2000 », note sous Cour eur. D.H., arrêt Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000 et Cour eur. D.H., arrêt Gnahoré c. France du 19 septembre 2000, *Dr. Q.M.*, 2001, liv. 30, pp. 3-14 ; N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, liv. 2, p. 62 et s. ; N. KRIBECHE, « Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 113-126 ; V. MACQ, « Le placement et l'art. 8 Conv. eur. D.H. », note sous Cour eur. D.H., arrêt Johansen c. Norvège du 7 août 1996, *J. dr. jeun.*, 1997, p. 44 ; C. PANIER, « Un droit de visite exigible », note sous Cour eur. D.H., arrêt Eriksson c. Suède du 22 juin 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, pp. 140-146 ; F. TULKENS, « Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale », note sous Cour eur. D.H., arrêt Andersson c. suède du 25 février 1992, *J. dr. jeun.*, 1994, liv. 134, pp. 43-47.

¹⁴²¹ Cour eur. dr. h., arrêt Johansen c. Norvège du 27 juin 1996, § 78. Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt Olsson (no 2) du 27 novembre 1992, § 90 ; Cour eur. dr. h., arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, § 55.

Le raisonnement de la Cour en matière de protection de l'enfance est, suivant un auteur, particulièrement « constant et précis »¹⁴²² et repose sur un ensemble d'exigences substantielles et procédurales qui s'imposent aux Etats¹⁴²³. Au plan substantiel, il est possible de mettre en évidence l'exigence fondamentale que la mesure repose sur des motifs pertinents et suffisants (i) corrélée à l'exigence accessoire que les modalités de la mesure prise soit méticuleusement ajustée à la situation particulière (ii). La très forte individualisation de la norme en la matière amène la Cour à s'appuyer, ici comme ailleurs, sur un important réseau d'exigences procédurales qui concourent à l'aménagement d'une solution équilibrée dans l'écheveau complexe d'intérêts contradictoires qui caractérise le domaine de la protection de l'enfance (iii). Dans tous les cas le placement doit revêtir un caractère temporaire et tendre à la réunion de la famille (iv).

i) *Les motifs de la mesure de protection*

728. En juillet 2000, dans *Scozzari et Giunta c. Italie*, la grande chambre a affirmé que « l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave ; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité » (§ 148). En matière de protection de l'enfant, il y a donc lieu de prendre comme point de départ une « règle d'optimisme » suivant laquelle on présume que les parents s'occupent convenablement de leur enfant. L'erreur constituerait en sens inverse précisément à prendre comme point de départ un « idéal éducatif » à l'aune duquel il y aurait lieu de mesurer la qualité des environnements familiaux¹⁴²⁴.

En juillet 2001, dans *K. et T. c. Finlande*, la grande chambre a notamment précisé que « le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques » et que « pareille ingérence dans le droit des parents, au titre de l'article 8 de la Convention, à jouir d'une vie familiale avec leur enfant doit encore se révéler "nécessaire" en raison d'autres circonstances » (§ 173). Comme il a été confirmé par l'arrêt *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2014, les mesures qui aboutissent à briser les liens entre un enfant et sa famille doivent être réservées à des circonstances exceptionnelles et ne peuvent donc être mises en œuvre que dans les « cas où les parents se sont montrés particulièrement indignes » ou quand « elles sont justifiées par une exigence primordiale touchant l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁴²⁵.

Dans ce domaine, il est évident que les règles du droit national sont par définition imprécises et nécessitent des mesures d'individualisation. La vérification de la légalité de la mesure ne revêt donc généralement qu'une dimension purement formelle : ainsi que la Cour l'a affirmé dans son arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998, « en la matière il est impossible de formuler des règles juridiques d'une précision absolue ; de plus, des garanties contre les ingérences arbitraires résultent de ce que l'application de ces normes relève du contrôle des tribunaux » (§ 54). De la même manière, la Cour conclut invariablement à la légitimité du but poursuivi par l'Etat soit la protection de l'intégrité physique et morale de l'enfant. Il est permis, à cet égard, de pointer l'usage de formules stéréotypée suivant lesquelles « rien ne permet de dire » ou « rien ne permet de penser que » les autorités nationales poursuivaient un autre but (§ 55)¹⁴²⁶.

729. Présumée légale et destinée à protéger l'enfant, la mesure de protection doit encore reposer sur des motifs pertinents et suffisants pour satisfaire au test de nécessité dans une

¹⁴²² N. KRIBECHE, « Le placement des enfants ... », *op. cit.*, p. 114.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 113-114.

¹⁴²⁴ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life*, *op. cit.*, pp. 90-93.

¹⁴²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt Zhou c. Italie du 21 janvier 2014, 46.

¹⁴²⁶ N. KRIBECHE, « Le placement des enfants ... », *op. cit.*, p. 115.

société démocratique. Si la Cour a pu, dans sa jurisprudence, mettre en exergue des motifs considérés *en soi* insuffisants pour justifier une prise en charge par les autorités nationales, elle laisse au surplus aux Etats une large marge de manœuvre pour l'appréciation de la nécessité du placement¹⁴²⁷. Dans tous les cas, les autorités internes doivent rechercher des alternatives au placement, en particulier lorsqu'il s'agit de prendre une mesure à l'égard d'un nouveau-né ou quand la capacité des parents de prendre en charge leur enfant n'est pas en cause¹⁴²⁸.

α – L'exclusion des motifs tirés du seul caractère insatisfaisant des conditions de vie ou de la situation matérielle ou de la mauvaise coopération des parents

730. La Cour exige *a priori* que le placement d'un enfant n'intervienne qu'en raison d'un manque de soins ou de mauvais traitements de la part des parents.

731. En premier lieu, les capacités intellectuelles limitées des parents ne peuvent à elles seules légitimer la mise en œuvre d'une mesure de placement. Dans son arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002 relatif au placement d'enfants présentant un retard de développement en raison des carences intellectuelles de leurs parents, la Cour a ainsi relevé que « contrairement à d'autres affaires de même nature dont la Cour a eu à connaître, à aucun moment il n'a été allégué que les enfants avaient été victimes d'un manque de soins ou de mauvais traitements de la part des requérants » et qu'en conséquence « même si les mesures de soutien pédagogique prises au départ se sont par la suite révélées insuffisantes, on peut se demander si les autorités et juridictions internes ont suffisamment envisagé la mise en place de mesures additionnelles de soutien au lieu de celle, de loin la plus radicale, de séparation des enfants de leurs parents » (§§ 74-75).

732. En second lieu, les difficultés matérielles rencontrées par les parents (logement, finance, santé, séjour) ne peuvent conduire à un placement, en l'absence de réel trouble constaté chez les enfants. Dans un arrêt *Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006, la Cour a ainsi conclu à la violation de l'article 8 dès lors que les autorités autrichiennes avaient pris le parti de placer l'enfant et de priver sa mère de l'autorité parentale en se fondant seulement sur l'inadéquation de son logement, l'insuffisance de ses moyens financiers et sa situation irrégulière (§ 68). La Cour a expressément souligné que de telles circonstances invitaient à « un examen particulièrement soigneux » des alternatives au placement (§ 69). Or, en l'espèce, aucune mesure positive n'avait été mise en œuvre pour explorer la possibilité permettre à l'enfant et à sa mère de rester ensemble, par exemple dans un centre mère-enfant (§ 70).

En octobre 2006, la Cour a précisé, dans son arrêt *Wallova et Walla c. République tchèque* que « s'il est vrai que dans certaines affaires déclarées irrecevables par la Cour, le placement des enfants a été motivé par des conditions de vie insatisfaisantes ou des privations matérielles, cela n'a jamais constitué le seul motif servant de base à la décision des tribunaux nationaux, en ce que d'autres éléments tels que les conditions psychiques des parents ou leur incapacité affective, éducative et pédagogique s'y ajoutaient » (§ 72). Il s'ensuit que lorsque sont en cause des difficultés matérielles, « le rôle des autorités de la protection sociale est précisément d'aider les personnes en difficultés qui n'ont pas les connaissances nécessaires du système, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales, aux possibilités d'obtenir un logement social ou quant aux autres moyens de surmonter leurs difficultés » (§ 74). Dans l'arrêt *R.M.S. c. Espagne* du 18 juin 2013, la Cour a réaffirmé le refus des « des conditions de vie insatisfaisantes ou des privations matérielles » comme

¹⁴²⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt T.P. et K.M. c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, §§ 71-71.

¹⁴²⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt K. et T. c. Finlande du 12 juillet 2001, § 168 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Wallova et Walla c. République tchèque* du 26 octobre 2006, § 74 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* du 21 juin 2007, § 61 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002, § 75.

justification exclusive d'une mesure de placement (§ 84) et a souligné en outre qu'une « prise en considération de la vulnérabilité de la requérante au moment où sa fille a été placée en accueil institutionnel aurait pu jouer un rôle important pour comprendre la situation dans laquelle se trouvaient l'enfant et sa mère » (§ 90)¹⁴²⁹.

Face à une situation « mixte » il appartient à l'Etat de rechercher « dans quelle mesure l'inadéquation de la prise en charge des enfant par les requérants correspondaient à « un incapacité irrémédiable des parents à procurer les soins requis » ou bien « à leurs difficultés financières et besoins objectifs qui auraient pu être rencontrés par une aide financière et sociale ciblée et des conseils effectifs »¹⁴³⁰.

733. En troisième lieu, la prise en charge des enfants par les autorités ne peut pas non plus résulter uniquement de la mauvaise coopération des parents avec les institutions de protection de l'enfance, à plus forte raison lorsque l'intervention de ceux-ci ne fait suite à aucune inquiétude spécifique relative à la situation des enfants. La Cour a ainsi considéré dans un arrêt *Haase c. Allemagne* daté du 8 avril 2004 que ne reposait pas sur des motifs pertinents et suffisants la mesure de placement prise par les autorités allemandes au titre du refus des parents de coopérer avec un psychologue délégué par l'office de la jeunesse de Münster. Ainsi, « le manque de coopération ne constitue pas un élément absolument déterminant dans la mesure où il ne dispense pas les autorités de mettre en œuvre des moyens susceptibles de permettre le maintien du lien familial »¹⁴³¹.

734. En quatrième lieu, la prise en charge de l'enfant ne peut pas se fonder sur un préjugé discriminatoire conçu, par exemple, à propos des choix philosophiques ou religieux des parents. Il y a lieu, si ces choix suscitent des inquiétudes, d'examiner les conséquences concrètes pour l'enfant des options prises par ses parents, par exemple lorsque ceux-ci appartiennent à un mouvement sectaire¹⁴³².

β – Une large marge d'appréciation étatique à propos des motifs justifiant une mesure protectrice

735. Par-delà l'exclusion d'un certain nombre de motifs, ou à tout le moins le refus qu'ils constituent le soutènement unique d'une mesure de placement, la Cour alloue aux autorités nationales une large marge de manœuvre qui se justifie pour différentes raisons.

D'abord les autorités nationales « sont [...] en principe mieux placées pour procéder à [l']évaluation, en particulier parce qu'elles sont en contact direct avec le contexte de l'affaire et les parties impliquées »¹⁴³³. Ensuite, « la conception que l'on a du caractère opportun d'une intervention des autorités publiques dans les soins à donner à un enfant varie d'un Etat à l'autre en fonction d'éléments tels que les traditions relatives au rôle de la famille et à l'intervention de l'Etat dans les affaires familiales, ainsi que des ressources que l'on peut consacrer à des mesures publiques dans ce domaine particulier »¹⁴³⁴. Enfin et peut être surtout, la tâche de l'Etat est particulièrement ardue : il lui revient de déterminer la juste mesure de son intervention entre les obligations négatives qui découlent du droit au respect de la vie familiale des parents et de l'enfant et l'obligation positive de protéger l'intégrité physique et morale de l'enfant au titre non

¹⁴²⁹ Voy. aussi not. : Cour eur. dr. h., arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* du 21 juin 2007, § 57.

¹⁴³⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Saviny c. Ukraine* du 18 décembre 2008, § 57.

¹⁴³¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* du 21 juin 2007, § 60.

¹⁴³² Cour eur. dr. h., arrêt *Schmidt c. France* du 26 juillet 2007, §§ 67-69.

¹⁴³³ Cour eur. dr. h., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, § 63 ; Cour eur. dr. h., arrêt *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, § 104.

¹⁴³⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, § 154 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002, § 66.

seulement de ses droits découlant de l'article 8 mais également dans les cas les plus sévères de l'article 3 de la Convention¹⁴³⁵.

736. La Cour a été régulièrement amenée à examiner l'attitude des autorités étatiques face au soupçon que des violences avaient été intentionnellement infligées à des enfants par leurs parents¹⁴³⁶. Elle est *a priori* prête à valider l'attitude des autorités étatiques lorsqu'elles prennent le parti de soustraire un enfant à ses parents en présence du « syndrome de Münchhausen par procuration »¹⁴³⁷. De même est-elle en principe encline à considérer adéquate la mesure de protection prise à l'égard d'un enfant lorsqu'un examen médical ordonné ensuite d'une inquiétude manifestée par un tiers¹⁴³⁸ ou réalisé à la demande d'un des parents¹⁴³⁹ rend compte de l'existence de maltraitements. On retrouve ici la distinction opérée entre les mesures d'urgence qui peuvent être mises en œuvre dès qu'existent des soupçons de violence et la perpétuation du placement si et dans la mesure où les soupçons considérés ont été confirmés (voy. *mutatis mutandis supra* n° 526)¹⁴⁴⁰. A cet égard, les autorités nationales se voient même reconnaître une certaine marge d'erreur : en effet, en raison de l'impériosité de l'objectif de protéger les enfants, il ne peut être tenu rigueur aux autorités d'avoir mis en œuvre une mesure protectrice sur base de soupçons légitimes, même si ces soupçons apparaissent *in fine* dépourvus de fondement¹⁴⁴¹.

737. La Cour a été amenée à examiner à plusieurs reprises des situations dans lesquelles étaient proférées par des enfants des accusations d'abus sexuels¹⁴⁴². Dans sa jurisprudence antérieure, elle avait notamment pu souligner que les sévices sexuels constituent indéniablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes et que les enfants et les autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat. Dans les affaires d'abus sexuels aussi, il se justifie donc *a priori* qu'il soit recouru à une procédure d'urgence. Les Etats membres doivent en outre bénéficier d'une large marge d'appréciation au regard de la délicatesse et de la complexité des affaires¹⁴⁴³.

¹⁴³⁵ voy. l'arrêt *Z et A c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001 ; A. GOUTTENORE-CORNUT, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », *op. cit.*, pp. 289-297 et 305-311 ; N. KRIBECHE, « Le placement des enfants ... », *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁴³⁶ Cour eur. dr. h., déc. Dewinne c. Belgique du 10 mars 2005 ; Cour eur. dr. h., déc. Zakharova c. France du 13 décembre 2005.

¹⁴³⁷ Cette pathologie amène celui qui en souffre à chercher à attirer l'attention sur lui-même en provoquant ou en inventant des pathologies chez l'enfant qui est régulièrement présenté aux autorités médicales. Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, §§ 129-130 ; Cour eur. dr. h., arrêt Venema c. Pays-Bas du 17 décembre 2002, § 96.

¹⁴³⁸ Cour eur. dr. h., déc. Zakharova c. France du 13 décembre 2005 (irrecevable).

¹⁴³⁹ Cour eur. dr. h., déc. Dewinne c. Belgique du 10 mars 2005 (irrecevable).

¹⁴⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Gnahoré c. France du 19 septembre 2000, §§ 56-58 ; Cour eur. dr. h., arrêt Venema c. Italie du 17 décembre 2002, § 93 ; Cour eur. dr. h., arrêt P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, § 128.

¹⁴⁴¹ La Cour a ainsi par exemple conclu à la non-violation de la Convention dans une affaire *R.K. et A.K. c. Royaume-Uni* où un enfant âgé de quelques mois avait été retiré à ses parents après qu'il ait subi une fracture sévère et inexpliquée. Après qu'une nouvelle fracture soit intervenue dans le foyer où l'enfant avait été accueilli, une affection très rare affectant la solidité des os avait pu être diagnostiquée et l'enfant avait été remis à ses parents (§ 37). La Cour a expressément souligné, dans son arrêt du 30 septembre 2008, que les erreurs de jugement commises par les professionnels ne rendent pas per se une décision incompatible avec les exigences de l'article 8 de la Convention. En effet, les autorités médicales et sociales ont le devoir de protéger les enfants et ne peuvent pas être tenues pour responsables chaque fois qu'une inquiétude honnête et raisonnable par rapport au milieu familial se révèle en définitive non fondée (§ 36). Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt A.D. et O.D. c. Royaume-Uni du 16 mars 2010, § 84.

¹⁴⁴² J. SACE, « Sévices sexuels et prescription civile », note sous Cour eur. D.H., arrêt Stubbings c. Royaume-Uni du 22 octobre 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 793-798 ; G. THUAN, « La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l'homme », *J. dr. jeun.*, 2009, liv. 285, pp. 3-14 ; F. TULKENS, « La Convention européenne et les droits de l'enfant », *J. dr. jeun.*, 2005, liv. 272, pp. 5-10.

¹⁴⁴³ La Cour a ainsi considéré justifiée la décision de prise en charge dans une affaire *Roda et Bonfatti c. Italie* relative au cas particulièrement alarmant d'une petite fille, M., qui avait déclaré aux services sociaux avoir fait l'objet d'abus sexuels, notamment dans le cadre de rites sataniques organisés dans des cimetières par ses parents et d'autres adultes. Suivant le juge européen, au regard de la teneur des affirmations de M. et de leur confirmation par les examens médicaux subséquents, la nécessité de mettre S.B. à l'abri s'imposait comme une évidence en manière telle

738. Les difficultés psychologiques d'un ou des parent(s) peuvent aussi constituer un motif de prise en charge de l'enfant par l'assistance publique lorsqu'elles induisent un climat familial dangereux pour l'éducation et la santé physique ou mentale de l'enfant¹⁴⁴⁴. Il n'en va pas différemment lorsqu'il apparaît que la négligence et le manque de surveillance des parents exposent les enfants à des dangers sérieux (blessures, brûlures, etc)¹⁴⁴⁵.

ii) *Les modalités de la mesure de protection*

44. Investies en vertu de leur positionnement privilégié d'une large marge de manœuvre quant aux motifs susceptibles de justifier une mesure de protection, les autorités nationales s'exposent à un contrôle européen beaucoup plus resserré s'agissant des modalités de pareille mesure qui doivent permettre de conjuguer l'impératif de protection de l'enfant avec l'objectif de maintenir et/ou de reconstruire le lien parental.

Si la décision de placement apparaît nécessaire dans une société démocratique, il faut encore, pour que l'attitude étatique soit considérée conforme au prescrit conventionnel, que la mesure considérée n'empêche pas le maintien du lien parental et soit au contraire orientée vers sa réfection. Ainsi, comme le souligne Adeline GOUTTENOIRE, « la Cour européenne exerce en principe un contrôle plus rigoureux sur les modalités d'exécution de la mesure de placement »¹⁴⁴⁶.

739. Les exigences européennes relatives au maintien de contact durant la mesure de prise en charge de l'enfant apparaissent dès l'arrêt *Andersson c. Suède* du 20 janvier 1992 où la Cour constate une violation de l'article 8 en raison des restrictions aux visites et aux contacts téléphoniques et épistolaires imposées par les autorités nationales qui avaient eu pour effet de « priver les requérants de presque tout moyen de rester en contact pendant un an et demi environ » (§§ 95-97). Elles sont expressément affirmées dans l'arrêt *Johansen c. Norvège* du 27 juin 1996, aux termes duquel « il faut exercer un contrôle plus rigoureux à la fois sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités aux droits et aux visites des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale ». En effet, aux yeux de la Cour, « ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un

que l'éloignement en urgence du milieu familial était nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 de la Convention, le père apparaissant directement impliqué dans les faits dénoncés, tandis que la mère apparaissait incapable de protéger l'enfant (§§ 111 et 112). Jugé dans le même sens que la mesure de prise en charge se justifiait dans l'affaire *Clemeno et autres c. Italie* où, X., une jeune fille de 13 ans, avait déclaré avoir été sexuellement abusée par six membres de sa famille et avait été éloignée de son milieu familial à l'intervention du parquet et du tribunal pour enfants. Elle avait deux ans plus tard fait état de la crainte que sa cousine, Y., soit également abusée par les mêmes personnes. Une expertise avait été ordonnée par le tribunal et l'expert avait conclu que Y. souffrait de troubles émotifs et que son comportement était compatible avec celui d'un enfant ayant subi des abus sexuels. Le tribunal avait alors ordonné le placement, puis, après une seconde expertise, déchu les parents de Y de leurs droits parentaux et déclaré l'enfant adoptable. La Cour a considéré qu'en l'occurrence, l'éloignement et le placement de Y pouvaient passer pour des mesures proportionnées. Elle a rappelé que le recours à une procédure d'urgence se justifiait dans les affaires de sévices sexuels et constaté que la décision avait été prise à raison de fortes présomptions et après une première expertise psychologique (§§ 50-52).

¹⁴⁴⁴ Cour eur. dr. h. (plén.), arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988, sp. § 72 (non violation de l'article 8 en ce qui concerne le placement initial) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Johansen c. Norvège* du 27 juin 1996, sp. § 73 (non violation de l'article 8 en ce qui concerne le placement initial) ; Cour eur. dr. h., déc. *Rampogna et Murgia c. Italie* du 11 mai 1999 (irrecevable) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000, §§ 150-151 (non violation de l'article 8 en ce qui concerne le placement initial) ; Cour eur. dr. h., déc. *Bertrand c. France* du 19 février 2002 (irrecevable).

¹⁴⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Ageyevy c. Russie* du 18 avril 2013 (non violation de l'article 8 en ce qui concerne le placement initial).

¹⁴⁴⁶ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », *op. cit.*, pp. 297-302 et 311-312.

jeune enfant » (§ 64)¹⁴⁴⁷. Dans l'arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, la Cour a en outre affirmé qu'il y avait lieu que « tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, “reconstituer” la famille » (§ 59). Le refus du parent de coopérer avec les autorités afin de pouvoir mettre en œuvre un tel maintien des relations familiales peut justifier l'absence de contacts même s'il n'est pas « un élément absolument déterminant » (§ 63) tandis que la nécessité de permettre et de promouvoir les contacts concerne aussi bien les relations avec les parents que le maintien de liens avec les frères et sœurs¹⁴⁴⁸.

740. Ainsi des affaires très similaires peuvent donner lieu à des décisions européennes opposées suivant les autorités auront ou non veillé au maintien des liens familiaux y compris après le placement. Il est éloquent à ce propos de comparer les arrêts *R.K. et A.K. c. Royaume-Uni* du 30 septembre 2008 et *A.D. et O.D. c. Royaume-Uni* du 16 mars 2010. Dans les deux affaires, la Cour a considéré que, face à des soupçons de violence, le placement initial de l'enfant était justifié. Elle a par contre atteint des conclusions différentes dans les deux affaires au regard des restrictions supplémentaires imposées au droit au respect de la vie privée et familiale. Dans la première, la Cour a considéré que les modalités de placement respectaient les exigences de la Convention. Elle a eu égard à la circonstance que la fille des requérants leur avait été retirée pour une période de sept mois durant laquelle elle avait été placée dans sa famille éloignée et à proximité de leur résidence et où ils pouvaient lui rendre visite régulièrement. Dès qu'une nouvelle fracture était intervenue, de nouveaux tests avaient immédiatement eu lieu et, en quelques semaines, l'enfant était rentrée à la maison (§ 37). Dans la seconde affaire, la Cour a par contre considéré que les modalités de la mesure de protection ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 8. En l'espèce, toute la famille avait été déplacée dans un centre situé loin de son lieu de vie durant douze semaines. Ensuite, l'enfant avait été placé pour qu'il soit procédé à de nouvelles évaluations qui auraient tout aussi bien intervenir plus tôt et/ou dans le cadre centre où la famille vivait ensemble. La possibilité de placer l'enfant au sein de sa famille n'avait pas été suffisamment envisagée et quand finalement la maladie des os de verre avait été diagnostiquée six semaines s'étaient encore écoulées avant que l'enfant réintègre son foyer (§§ 88-90).

741. La gravité des faits ou des soupçons qui ont conduit à l'adoption de la mesure de placement n'exonère par l'Etat de son obligation de permettre et de développer les contacts avec le parent. Un constat de violation de l'article 8 de la Convention a également été dressé dans l'affaire *Roda et Bonfatti c. Italie* dès lors que les autorités n'avaient jamais réussi à mettre en place les conditions d'un rapprochement entre la mère et la fille ni d'un rapprochement entre l'enfant et son frère (§§ 118-124). Dans son arrêt *Clemeno et autres c. Italie*, la Cour a souligné que la légitimité du placement n'énervait pas le principe selon lequel une prise en charge est *a priori* temporaire le but ultime résidant dans la réunion des parents et de l'enfant. A cet égard, la Cour a constaté qu'aucun contact n'avait été organisé entre Y et sa famille d'origine malgré les demandes formulées par les parents. Il s'ensuivait que les autorités nationales n'avaient pas suffisamment œuvré afin de faciliter le rapprochement (§§ 56-57).

iii) Le processus décisionnel

742. Dès les arrêts *W. c. Royaume-Uni* et *B. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, la Cour a affirmé l'existence d'obligations procédurales mises à charge de l'Etat en matière de protection de la jeunesse (§§ 62-64). La mesure de placement doit en tout état de cause faire suite à un processus équitable tant au regard de l'article 6 que de l'article 8 de la Convention. Elle a

¹⁴⁴⁷ Voy. dans le même sens : Cour eur. dr. h., arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002, § 67 ; Cour eur. dr. h., arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, § 117.

¹⁴⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Saviny c. Ukraine* du 18 décembre 2008, § 59.

précisé à cet égard que si, d'un côté, « les autorités locales se trouvent devant une tâche difficile à l'extrême quand elles se prononcent dans un domaine aussi délicat. Leur prescrire dans chaque cas une procédure rigide ne ferait qu'ajouter à leurs problèmes. Il faut donc leur réserver un certain pouvoir d'appréciation à cet égard », il n'en restait pas moins, d'un autre côté, que « les décisions risquent fort de se révéler irréversibles [en sorte qu'] il s'agit d'une matière qui appelle encore plus que de coutume une protection contre les ingérences arbitraires » (W., § 62 et B., § 63). Les exigences procédurales considérées ont notamment pu être synthétisées dans l'arrêt *Saviny c. Ukraine* du 18 décembre 2008. Il convient ainsi, en premier lieu, que les premiers concernés, soit les parents et leur enfant, soient dûment impliqués dans le processus décisionnel. Il faut aussi que la décision interne repose sur des éléments de preuve suffisants (§ 51). Au surplus, il convient que le processus décisionnel ne soit pas d'une longueur excessive, compte tenu de l'attitude des parties et de la complexité de chaque affaire¹⁴⁴⁹.

α – La participation des personnes concernées

743. Il est évidemment essentiel que les parents puissent faire valoir leurs arguments contre la mesure de placement que les autorités se proposent de prendre à l'égard de leur enfant¹⁴⁵⁰. Ainsi la Cour a-t-elle pu affirmer que « les vues et intérêts des parents naturels figurent nécessairement parmi les éléments à peser par l'autorité locale pour arrêter ses décisions concernant un enfant qu'elle assiste. Le processus décisionnel doit donc être propre à garantir qu'ils seront portés à sa connaissance, qu'elle les prendra en compte et que les parents pourront en temps voulu exercer tout recours s'offrant à eux. Du reste, le code de pratique de 1983 souligne qu'il faut associer les parents aux décisions sur les visites à l'enfant (paragraphe 52 ci-dessus) » (§ 64)¹⁴⁵¹.

Lorsque les enjeux sont complexes, cela implique qu'ils puissent être représentés par un avocat, la Cour ayant notamment conclu à la violation de la Convention dans un contexte où « [la mère] [avait] dû en tant que parent se défendre elle-même dans une procédure qui [...] était d'une complexité exceptionnelle »¹⁴⁵². Violation de la Convention également dans l'affaire *Moser c. Autriche* où la mère n'avait été entendue qu'une seule fois par la juridiction de la jeunesse, la décision de placement ayant ensuite été prise sur le fondement d'un rapport des services sociaux qu'elle n'avait pas pu contredire. Au surplus, la procédure d'appel s'était déroulée sans qu'intervienne aucune audience, en manière telle que les déficiences de la procédure d'instance ne pouvaient pas être considérées corrigées par la procédure d'appel¹⁴⁵³. Jugé aussi que la Convention avait été méconnue, dans l'affaire *Havelka et autres c. République tchèque* où les juridictions internes avaient statué sur la base des seuls éléments fournis par l'autorité sociale (qui avait au demeurant inopportunément été désignée comme tuteur), le requérant n'ayant quant à lui pu être entendu qu'en degré d'appel¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁹ Arrêt *Covezzi et Morselli c. Italie* du 9 mai 2003 (implication insuffisante des parents dans le processus décisionnel : violation) ; Arrêt *Buchberger c. Autriche* du 20 décembre 2001 (impossibilité pour la mère des enfants placés de réagir aux documents présentés par les services de protection de l'enfance : violation) ; Arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998 (longueur de la procédure : violation) ; Arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995 (impossibilité d'accéder à des documents déposés dans le dossier : violation) ; Arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987 (implication insuffisante du père dans un processus décisionnel trop long : violation).

¹⁴⁵⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Venema c. Italie* du 17 décembre 2002, § 99.

¹⁴⁵¹ La Cour poursuit : « Trois facteurs ont une incidence sur le côté pratique du problème. D'abord, la Commission le remarque, il arrive inévitablement que la participation des parents au processus décisionnel se révèle irréalisable ou dénuée de sens, par exemple en raison de l'impossibilité de les atteindre, d'une incapacité physique ou mentale ou d'une urgence extrême. Ensuite, les décisions en la matière, quoique souvent adoptées à la lumière d'examen périodiques ou de réunions ad hoc, peuvent également se dégager d'un contrôle continu opéré par des agents de l'autorité locale. Enfin, des contacts réguliers entre les travailleurs sociaux responsables et les parents fournissent fréquemment un bon moyen de signaler à celle-ci l'opinion des seconds » (§ 65).

¹⁴⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, § 95.

¹⁴⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006, § 72.

¹⁴⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* du 21 juin 2007, § 57.

744. Les exigences procédurales mises à la charge des Etats peuvent se trouver atténuées lorsqu'est en cause une décision prise en urgence pour protéger l'enfant. Ainsi la grande chambre a-t-elle affirmé dans son arrêt *K. et T. c. Finlande* que « lorsqu'une décision de prise en charge d'urgence s'impose, il n'est peut-être pas toujours possible, à cause du caractère urgent de la situation, d'associer les personnes investies de la garde de l'enfant au processus décisionnel. Cela peut même, comme le Gouvernement le relève, n'être pas souhaitable quoique possible si les titulaires de la garde sont perçus comme représentant une menace immédiate pour l'enfant : en effet, les avertir pourrait priver la mesure de son efficacité [...] » (§ 166).

745. Ces mêmes exigences se trouvent au contraire accentuées lorsque les parents se trouvent eux-mêmes dans une situation de vulnérabilité particulière. Des mesures de soutien à la capacité juridique sont alors éventuellement nécessaires afin qu'ils puissent adéquatement prendre part au processus décisionnel. Il a notamment pu être conclu à la violation de la Convention dans une affaire *B. c. Roumanie n° 2* où le placement avait été ordonné sans que la mère qui souffrait d'une sévère pathologie psychique bénéficie d'une mesure de protection ou soit représentée dans le cadre de la procédure de placement¹⁴⁵⁵.

746. La pleine participation au processus décisionnel implique que les parents puissent accéder aux documents pertinents déposés au dossier et sur lesquels le juge de la mesure de placement est susceptible de se fonder. Ainsi la Cour a-t-elle affirmé dans son arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995 que « dans ce domaine délicat du droit de la famille, de bonnes raisons peuvent militer pour un organe juridictionnel dont la composition ou les procédures ne sont pas celles d'une juridiction de type classique » mais que pour autant « le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la "faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter" » (§ 80).

747. De même, l'enfant, s'il est en mesure d'exprimer son avis doit pouvoir également exposer son point de vue. Dès lors, la Cour a considéré inadéquat dans l'arrêt *Havelka et autres c. République tchèque* qu'un enfant âgé de 13 ans n'ait jamais été entendu par le juge (§ 62). Dans *Haase c. Allemagne* elle a souscrit aux critiques formulées par la Cour constitutionnelle allemande et suivant lesquelles notamment « ni le tribunal de district ni la cour d'appel n'avaient entendu les enfants » (§ 97). Les affirmations de l'enfant ne sauraient cependant constituer l'unique fondement d'une mesure de placement. Tel est l'enseignement qu'on peut tirer de l'arrêt *B.B. et F.B. c. Allemagne* du 14 mars 2013. Dans cette affaire où les juridictions allemandes avaient statué sur la base des seules déclarations des enfants, âgés respectivement de 12 et 8 ans, en l'absence d'éléments objectifs attestant des maltraitances sérieuses dont ils prétendaient être victimes, la Cour a conclu, nonobstant le « droit à l'erreur » à reconnaître aux autorités, à la violation de l'article 8 de la Convention (§§ 50-52). Placés le 28 mai 2008 (§ 9), les enfants avaient avoués le 28 août 2009 que contrairement à leurs déclarations leurs parents ne les avaient jamais battus (§ 29).

β – L'administration de la preuve

748. La Cour a été amenée à différentes reprises à considérer qu'une mesure de protection ne se fondait pas sur des éléments probants suffisants. Dans l'arrêt *Saviny c. Ukraine*, elle a souligné qu'une mesure de protection de l'enfant devait se fonder sur des éléments suffisamment probants. Ainsi, il y a notamment lieu pour le juge de la mesure considérée de recueillir des témoignages, de disposer de rapports des autorités compétentes et de pouvoir se

¹⁴⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *B. c. Roumanie* (n° 2) du 19 février 2013, §§ 116-117.

fonder sur des expertises psychologiques ou médicales¹⁴⁵⁶. Dans un arrêt *M. et C. c. Roumanie* du 27 septembre 2011, la Cour a même pris le surprenant parti de lister les mesures d'investigation supplémentaires que les autorités internes auraient pu ou du mettre en œuvre dans un contexte difficile de séparation conjugale où la mère prétendait que l'enfant avait été abusé par son père, tandis que le père mettait en évidence l'impact néfaste de l'appartenance de la mère aux témoins de Jéhovah. Les institutions de protection de la jeunesse avaient procédé au placement de l'enfant, avec droit de visite pour chacun des parents, et à des investigations complémentaires : examen physiques et psychologiques, auditions de témoins. L'enfant présentait effectivement les stigmates d'abus, mais ces marques pouvaient s'interpréter de diverses manières. Les témoins présentés par l'un et l'autre parent se contredisaient tandis que les déclarations de la requérante et du père de l'enfant (avec détecteur de mensonge) permettaient de croire que la mère avait orchestré une mise en scène afin de priver le père de tout contact avec l'enfant. Il s'agissait donc d'une problématique particulièrement sensible et compliquées. En fin de compte, le parquet n'avait pas mis en œuvre de poursuite à l'encontre du père dans la mesure où l'on ne disposait pas d'éléments suffisamment probants pour ce faire (§ 55). La Cour a reconnu que les autorités roumaines avaient d'emblée mis l'enfant à l'abri et que subséquemment des expertises médicales et psychologiques avaient été mises en œuvre et des témoins entendus (§ 114). Elle a également relevé que la problématique à laquelle se trouvait confrontée ces mêmes autorités était éminemment complexe (§ 115). Cependant, cela fait, elle a pointé différentes mesures tout à fait concrètes qui auraient dû, en l'espèce, être prises : examen complémentaire de certains aspects du dossier ou d'hypothèses alternatives,... (§ 116)¹⁴⁵⁷.

γ – Durée de la procédure

749. De la même manière qu'une procédure de divorce trop longue, une procédure de protection de la jeunesse excessivement longue peut induire une violation de la Convention, les autorités nationales ayant, au regard de l'enjeu, l'obligation d'être particulièrement diligentes. Ainsi la Cour a-t-elle exposé, dans l'arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998 que « l'écoulement du temps peut avoir des effets irréversibles sur l'équilibre psychique d'un enfant contraint de vivre dans l'incertitude quant à la famille – naturelle ou nourricière – qui doit l'accueillir définitivement » (§ 61)¹⁴⁵⁸.

iv) Le caractère temporaire de la mesure

750. La mesure de protection de l'enfant doit évidemment présenter une certaine plasticité et permettre la prise en considération de l'évolution de la situation. La Cour a ainsi pu régulièrement souligner qu'« il faut normalement considérer la prise en charge d'un enfant comme une mesure temporaire à suspendre dès que la situation s'y prête, et tout acte d'exécution doit concorder avec un but ultime : unir à nouveau le parent naturel et l'enfant »¹⁴⁵⁹. En tout état de cause, comme l'a souligné la grande chambre dans son arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, il échet de mettre fin à la mesure dès que possible puisque le but ultime du placement doit être la réunion de la famille¹⁴⁶⁰. Le placement se conçoit a priori comme une mesure temporaire

¹⁴⁵⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Saviny c. Ukraine* du 18 décembre 2008, §§ 51 et 56.

¹⁴⁵⁷ Le juge MYJER, dans son opinion dissidente adjointe à l'arrêt de la Cour, signale qu'il considère comme la Cour que les autorités nationales avaient d'ores et déjà mis en œuvre un certain nombre d'options pour découvrir la vérité et qu'il relève comme elle la difficulté d'atteindre cette vérité. Dans ce contexte, il estime inadéquat la manière de procéder de la Cour qui pointe les mesures que les autorités roumaines auraient dû prendre en plus. Pour lui ce type de raisonnement n'est praticable que lorsque les autorités ont omis de mettre en œuvre des mesures évidentes, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, la Cour aurait joué à tort le rôle d'une quatrième instance, alors qu'elle n'a même pas le bénéfice d'un contact direct avec les parties concernées.

¹⁴⁵⁸ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », *op. cit.*, pp. 289 ; N. KRIBECHE, « Le placement des enfants ... », *op. cit.*, pp. 113-126.

¹⁴⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, § 117.

¹⁴⁶⁰ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », *op. cit.*, pp. 289-297.

à laquelle il y a lieu de mettre un terme dès que les circonstances le permettent (*Haase*), et les autorités nationales ont l'obligation de faire des efforts sérieux et soutenus en vue de la réunion des parents à leur enfant (E.P.) et de permettre, dans l'attente, des contacts réguliers (*Eriksson, K. et T., Kutzner*). Cela implique notamment l'existence de possibilités pour les parents de solliciter non seulement la mainlevée du placement, mais également, en attendant celle-ci, l'élargissement des visites et contacts (voy. *Eriksson c. Suède* et *W c. Royaume-Uni*)¹⁴⁶¹. En tout état de cause, « si les autorités nationales doivent tout mettre en œuvre pour faciliter la réunion de la famille, l'obligation de recourir à la coercition en la matière se trouve forcément limitée par le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 194).

E. Les conflits entre parents : l'autorité parentale, le droit de garde et le droit de visite¹⁴⁶²

751. Après la rupture parentale, « la vie familiale se poursuit sous la forme du lien entre l'enfant et chacun de ses parents et le droit national doit permettre la poursuite de relations personnelles étroites entre eux »¹⁴⁶³. Dans le rapport élaboré par la Commission dans l'affaire *Wim Hendriks c. Pays-Bas* du 8 mars 1982, il est affirmé que « c'est une fonction importante de la loi, dans une société démocratique, que de prévoir les garanties pour protéger les enfants contre les dangers et les souffrances mentales résultant par exemple de la rupture des relations entre leurs parents. Dans de telles circonstances, l'objectif est atteint en gardant l'enfant à l'écart d'une situation susceptible de nuire à son développement mental en raison de l'existence d'un conflit de loyauté vis-à-vis de l'un de ses parents, ou des deux, en raison de l'inévitable pression exercée par les parents et qui provoquera chez lui des sentiments d'insécurité et de détresse » (§§ 120-121)¹⁴⁶⁴. Dans son arrêt *Fourchon c. France* du 28 septembre 2005, la Cour a cependant affirmé que « la vie familiale des parents avec leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce, et l'article 8 (...) inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui » (§ 25)¹⁴⁶⁵. Globalement, la

¹⁴⁶¹ Voy. not. : Cour eur. dr. h., arrêt *Clemeno et autres c. Italie* du 21 octobre 2008 (absence de contacts et déclaration d'adoptabilité : violation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Roda et Bonfatti c. Italie* du 21 novembre 2006 (suppression des contacts avec la mère et le frère : violation) ; Cour eur. dr. h., déc. *Zakharova c. France* du 13 décembre 2005 (placement avec maintien des contacts et dynamique de reconstruction : manifestement mal fondé) ; Cour eur. dr. h., déc. *Dewinne c. Belgique* du 10 mars 2005 (placement temporaire et mesures d'accompagnement : manifestement mal fondé) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Couillard Maugery c. France* du 1^{er} juillet 2004 (placement avec suivi régulier et rapprochement progressif malgré l'absence de coopération de la mère : non-violation) ; Cour eur. dr. h., déc. *Bertrand c. France* du 19 février 2002 (maintien du placement avec réévaluation régulière : manifestement mal fondé) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002 (séparation de la fratrie et absence de droit de visite des parents : violation) ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001 (placement dès la naissance et absence de mesures propres à réunir la famille après la prise en charge : violation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000 (restrictions au droit de visite : non-violation) ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Scozzari et Giunta* du 13 juillet 2000 (gestion de la reprise des contacts par les services sociaux : violation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996 (suppression des droits parentaux et des visites : violation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Olsson c. Suède* du 27 novembre (restrictions au droit de visite : non-violation) ; Cour eur. dr. h., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989 (absence de droit de visite : violation).

¹⁴⁶² Voy. not. : N. GALLUS, « Les relations parentales ... », *op. cit.*, p. 51 et s. ; N. GALLUS, « La séparation du couple », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 55-87 ; J. INGBER, « Analyse de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 janvier 2000, affaire Ignaccolo-Zenide c. Roumanie », note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, *Rev. dr. étr.*, 2000, pp. 344-350 ; D. DELVAX, « Les obligations des Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en présence d'entraves aux relations entre un parent et son enfant », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 258, pp. 46-47.

¹⁴⁶³ N. GALLUS, « La séparation du couple », *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁶⁴ Voy. aussi : Comm. eur. dr. h., déc. *Jonsson c. Suède* du 7 décembre 1987.

¹⁴⁶⁵ Comm. eur. dr. h., rapp. *Hendriks c. Pays-Bas* du 8 mars 1982 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, §§ 20-21 ; Comm. eur. dr. h., déc. *Aikar c. Allemagne* du 20 mai 1998 ; Cour eur. dr. h., déc. *Smolnik c. République tchèque* du 25 mai 2004.

jurisprudence strasbourgeoise paraît progressivement consacrer l'idée suivant laquelle les décisions relatives à la prise en charge des enfants par les adultes doivent être basées davantage sur l'évaluation pragmatique du bien-être quotidien de l'enfant que sur des préconceptions abstraites¹⁴⁶⁶.

Les arrêts rendus par la Cour mettent en évidence un schéma d'analyse semblable à celui qui prévaut en matière de placement. Il faut à la fois que les motifs retenus par les juges nationaux pour la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou l'attribution des droits de garde et/ou de visite soient pertinents et suffisants au regard de la Convention (i) et que les modalités adoptées réalisent un équilibre correspondant aux particularités de la situation concrète (ii). En outre, il y a lieu que le processus décisionnel corresponde aux canons conventionnels (iii). En tout état de cause, l'objectif à poursuivre est le maintien de relations avec les deux parents (iv). Deux problématiques spécifiques – celle de l'exécution des décisions (v) et celle des enlèvements internationaux (vi) – posent, de manière particulièrement aigüe les risques non négligeables induits par une gestion exclusivement pragmatique des conflits entre parents relatifs à la prise en charge des enfants¹⁴⁶⁷.

i) *Les motifs présidant à l'allocation d'un droit de visite, de la garde ou de l'autorité parentale*

752. L'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention stipule que « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » étant entendu que « le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ». Si ce texte ne renvoie qu'au couple marié, la jurisprudence de la Cour s'est progressivement intéressée à la situation défavorable du père non-marié. Elle s'est également attaquée aux différenciations opérées sur base des critères d'identité ou d'orientation sexuelle et à celles fondées sur les orientations religieuses ou philosophiques. Par-delà le refus de plus en plus marqué des différenciations *a priori*, la Cour laisse aux Etats une large marge pour apprécier les motifs pertinents pour l'arbitrage des conflits entre parents¹⁴⁶⁸. Une certaine complexité découle de la circonstance que les restrictions en termes d'exercice des droits parentaux, de droit de garde ou de droit de visite doivent s'appréhender différemment au regard des exigences de la Convention : les contacts et l'autorité parentale sont plus fondamentaux que la résidence de l'enfant¹⁴⁶⁹.

α – Le statut conjugal

753. Les organes de la Convention ont rapidement considéré que le lien entre le père non-marié et l'enfant constituait une vie familiale protégée par la Convention. Ainsi, dans la décision *Jonsson c. Suède* du 7 décembre 1987, la Commission avait affirmé que « le lien naturel unissant parent et enfant est fondamental et que, lorsque la “vie familiale” réelle, entendue au

¹⁴⁶⁶ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life...*, op. cit., pp. 68.

¹⁴⁶⁷ Dans l'affaire Nuutinen, le juge ZUPANCIC rallié par deux de ses collègues a manifesté son désaccord par rapport à cette approche souple de l'exécution des décisions en matière de garde et de visite. Selon lui l'état de droit et le refus de voir triompher le *beatus possidens* (celui qui a l'avantage de la possession) impliquent que l'on refuse qu'une décision définitive demeure inopérante. Ainsi, « l'affaire [...] se caractérise par le fait que c'est l'Etat défendeur, en n'exécutant pas ses propres décisions, qui a provoqué un changement crucial dans les faits pertinents. Cela a eu comme conséquence paradoxale et inacceptable qu'au bout du compte la partie qui n'a pas respecté une décision de justice a tiré un profit direct et net de sa propre méconduite ». Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Glaser c. Royaume-Uni du 19 septembre 2000, §§ 86-87 ; Cour eur. dr. h., arrêt Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, §§ 85-86.

¹⁴⁶⁸ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt V.A.M. c. Serbie du 13 mars 2007, §§ 156-159 (absence de discrimination fondée sur la séropositivité).

¹⁴⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Antonyuk c. Russie du 1er août 2013, § 122.

sens de “cohabitation” a pris fin, le contact entre eux est souhaitable et doit en principe rester possible. Le respect de la vie familiale au sens de l'article 8 implique donc que ce contact ne peut être refusé sauf raisons puissantes justifiant l'ingérence ». Le père non-marié doit bénéficier, en principe, de droits identiques à ceux du père marié non seulement en matière de *contacts*, mais également en termes d'*autorité parentale*.

- Le droit de visite : *Elsholz c. Allemagne*, *Sahin c. Allemagne* et *Sommerfeld c. Allemagne*

754. Dans une trilogie d'arrêts allemands, la Cour affirmé que le père non-marié ne peut être traité différemment du père marié en ce qui concerne l'allocation d'un droit aux contacts. L'Allemagne a échappé à la condamnation en 2000, dans la mesure où les dispositions légales qui prévoyaient la différenciation litigieuse avaient été jurisprudentiellement neutralisées. La censure de la Cour n'est alors intervenue que trois années plus tard.

755. Dans la première affaire, *Elsholz c. Allemagne*¹⁴⁷⁰, le requérant avait vécu hors mariage avec une femme à partir de 1985 et jusqu'en 1988. En 1986 un petit garçon était né que le requérant avait reconnu et à l'égard duquel il s'était engagé à verser des subsides (§§ 9-10). Il y avait eu des contacts avec l'enfant jusqu'en 1991, après quoi la mère les avait refusés (§ 11). Le tribunal de district puis le tribunal régional avaient débouté le requérant et la Cour constitutionnelle avait refusé d'examiner son recours (§§ 12-19).

Le requérant dénonçait notamment une violation de ses droits tirés des articles 14 et 8 combinés en raison du régime différencié applicable aux pères mariés et aux pères non mariés. En effet, les dispositions du *Bürgerliches Gesetzbuch* applicables aux pères mariés et aux pères légitimes étaient différentes : les pères mariés jouissaient (après divorce) d'un droit de visite légal susceptible d'être limité ou suspendu, alors que les pères naturels n'avaient le droit à des contacts personnels que si la mère de l'enfant donnait son accord ou si un tribunal décidait que pareils contacts étaient dans l'intérêt de l'enfant (art. 1634 et 1711 B.G.). Dans son arrêt du 13 juillet 2000, la grande chambre a cependant jugé ce grief non fondé dès lors qu'en l'espèce, malgré la différence entre les règles applicables, il n'était pas démontré qu'un père marié aurait été traité plus favorablement que le requérant l'avait été (§§ 60-61).

756. La grande chambre s'est à nouveau penchée sur le régime allemand du droit de visite du père non-marié dans deux arrêts prononcés le 8 juillet 2003. Cette fois, le juge interne avait bien appliqué le prescrit légal commandant un traitement différencié du père naturel.

Dans *Sommerfeld c. Allemagne*¹⁴⁷¹, il apparaissait que le juge interne avait expressément « recherché si un droit de visite [aurait été] “dans l'intérêt supérieur de l'enfant] et attribué un poids décisif à la volonté de la mère d'exclure toute visite » en sorte que « le requérant s'était [bien] vu imposer une charge probatoire plus lourde que celle qui aurait pesé sur un père marié » (§§ 90-91)¹⁴⁷². Dans *Sahin c. Allemagne*¹⁴⁷³, le juge interne « tout en reconnaissant la nécessité de réformer d'urgence la législation relative aux enfants nés hors mariage, [avait]

¹⁴⁷⁰ La Commission avait conclu, dans son rapport du 1^{er} mars 1999, à la violation des articles 8 et 14 combinés (§ 4). Un collège de la grande chambre avait décidé du renvoi devant la grande chambre en vertu de l'article 100 du règlement de la Cour en vigueur à l'époque (§ 6).

¹⁴⁷¹ La chambre avait conclu dans son arrêt du 11 octobre 2001 à la violation des articles 8, 8 et 14 combinés et 6 de la Convention.

¹⁴⁷² Voy. l'opinion en partie dissidente commune à M. WILDHABER, Mme PALM, M. LORENZEN, M. JUNGWIERT, Mme GREVE, M. LEVITS et Mme MULARONI.

¹⁴⁷³ La chambre avait conclu dans son arrêt du 11 octobre 2001 à la violation des articles 8 considéré isolément et 8 et 14 combinés de la Convention.

expressément déclaré qu'il se jugeait tenu par l'article 1711 § 2, qui mettait les pères d'enfants nés hors mariage dans une situation plus fragile au regard de la loi » (§ 92).

Dans la mesure où avait effectivement opéré dans ces deux affaires une différence de traitement défavorable au père non marié, la Cour a poursuivi l'analyse interrompue dans *Elsholz*. Selon les juges de Strasbourg, « seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage » et « cela vaut également pour une différence de traitement entre le père d'un enfant né d'une relation où les parents vivaient ensemble sans être mariés et le père d'un enfant né de parents mariés ». Or, dans chacune des deux espèces, il y avait lieu de constater qu'aucune raison de cette nature n'était avancée en sorte que la Convention avait été violée (*Sommerfeld*, § 93 et *Sahin*, § 94)¹⁴⁷⁴.

- L'autorité parentale conjointe : *Zaunegger* c. Allemagne

757. La Cour a été ultérieurement saisie d'une nouvelle affaire allemande concernant cette fois l'allocation de l'autorité parentale conjointe au père non marié. Dans cette affaire *Zaunegger* soldée par un arrêt du 3 décembre 2009, le requérant avait eu un enfant hors mariage avec une femme et à défaut pour les parents d'avoir fait une « déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale », la mère de l'enfant avait obtenu l'« autorité parentale exclusive » conformément au prescrit de l'article 1626a, § 2, du Code civil allemand. La question des contacts entre le père et son enfant était devenue par ailleurs difficile entre les parents et le requérant avait saisi la justice pour obtenir une ordonnance d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le tribunal de Cologne puis la Cour d'appel de Cologne avaient refusé de faire droit à sa demande dès lors qu'aucune base légale ne le leur permettait. Le recours mis en œuvre par le requérant devant la Cour constitutionnelle avait également échoué.

Suivant le requérant, l'impossibilité d'obtenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale constituait une atteinte à son droit à la vie privée et familiale et induisait au demeurant entre père non-marié et pères divorcés une discrimination fondée sur le sexe (*sic*) (§ 28).

La Cour a relevé que le requérant avait reconnu sa fille dès sa naissance et avait vécu avec l'enfant et sa mère durant plus de deux ans et que, depuis la séparation, il bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement étendu et subvenait à ses besoins quotidiens (§39). Dans ce contexte, il existait bel et bien une vie familiale protégée par la Convention en sorte que les articles 14 et 8 combinés de la Convention trouvaient bien à s'appliquer (§ 40).

La Cour a relevé qu'en l'espèce, les juridictions internes s'étaient fondées sur l'idée, dégagée par la Cour constitutionnelle allemande, suivant laquelle « le bien-être de l'enfant exigeait qu'une personne soit désignée à sa naissance pour accomplir en son nom les actes juridiques nécessaires » et « compte tenu de la diversité des contextes familiaux dans lesquels les enfants naturels venaient au monde, il était en général justifié d'attribuer l'autorité parentale exclusive à la mère, et non au père qui, en tout état de cause, pouvait obtenir le partage de l'autorité au moyen d'une déclaration ad hoc » (§ 47). La Cour a alors constaté qu'« en raison de son statut de père d'un enfant naturel, le requérant n'a pas été traité de la même manière en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale que la mère de cet enfant d'une part, et les pères mariés d'autre part » (§ 48).

Elle a rappelé que les Etats jouissaient d'une marge de manœuvre pour apprécier si les différences entre deux situations justifient un traitement différent (§ 50), mais a toutefois

¹⁴⁷⁴ Une seconde violation de la Convention a été relevée par la grande chambre, dès lors que la loi sur la procédure gracieuse applicable aux litiges familiaux prévoyait un recours supplémentaire contre les décisions rendues en appel, mais en excluant expressément le père non marié de son champ d'application (§§ 95-98).

immédiatement précisé que seules des considérations très fortes pouvaient justifier une différence de traitement fondée sur le sexe ou la naissance hors mariage (§ 51). Suivant la Cour, la réglementation allemande poursuivait un but légitime étant la protection de l'intérêt de l'enfant (§ 52). Elle a encore relevé qu'au regard de la diversité des situations des enfants nés hors mariage, il pouvait se justifier que la mère se voie attribuer d'emblée l'autorité parentale et qu'il était dans certains cas adéquat de refuser l'autorité parentale au père (§§ 54-56). Elle a aussi noté que le droit allemand permettait au père non marié d'être investi de l'autorité parentale moyennant accord avec la mère et une déclaration ad hoc (§ 53).

Cependant, dans le contexte de l'espèce, il ne paraissait pas *a priori* adéquat de priver le père d'autorité parentale tandis que la mère de l'enfant se refusait à effectuer la déclaration. En outre, aucun recours ne permettait au requérant de poser au juge la question de l'opportunité d'un partage de l'autorité parentale (§ 57). A cet égard, le juge strasbourgeois a observé que s'« il [n'existait] aucun consensus européen sur la question de savoir si le père d'un enfant naturel a le droit de demander le partage de l'autorité parentale même contre la volonté de la mère [...] la majorité des Etats membres [semblaient] partir du principe selon lequel l'attribution de cette prérogative doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit » (§ 60)¹⁴⁷⁵. La Cour a donc conclu, par six voix contre une, que la différence de traitement entre le père marié – qui bénéficie de plein droit de l'autorité parentale – et le père non marié – dont la situation est entièrement laissée à l'arbitraire de la mère –, ne pouvait passer pour raisonnable et justifiée (§ 63). La Convention avait donc été violée (§ 64).

Suivant le juge SCHMITT, dont l'opinion dissidente est annexée à l'arrêt, « la solution adoptée par le législateur allemand est essentiellement fondée sur le principe de sécurité juridique et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère qui revêt également un poids important dans la jurisprudence de la Cour » et « il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'incapacité du requérant à obtenir un contrôle juridictionnel de l'octroi initial de l'autorité parentale exclusive à la mère et le but poursuivi par cette mesure ». Le juge dissident souligne qu'il est en désaccord « avec la position de la majorité, qui consiste en l'espèce à s'affranchir de la marge d'appréciation reconnue aux autorités au motif que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ».

β – L'orientation sexuelle et l'identité sexuelle

¹⁴⁷⁵ Voy. les §§ 24 à 27 : « 24. Rares sont les pays à avoir expressément légiféré sur cette question. Certains d'entre eux, au nombre desquels figurent l'Autriche, la Norvège et la Serbie, prévoient que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents non mariés requiert le consentement des deux parents, offrant ainsi un droit de veto à celui qui s'y oppose. En revanche, il semble que l'exercice conjoint de l'autorité parentale soit de règle en Hongrie, en Irlande et à Monaco, même lorsque les parents n'y ont pas consenti.

25. En l'absence de disposition légale claire sur cette question, les tribunaux de certains pays tels que la République tchèque et le Luxembourg ont interprété la loi comme subordonnant l'exercice conjoint de l'autorité parentale au consentement des deux parents. Au contraire, la Cour suprême des Pays-Bas a jugé que le droit néerlandais devait être interprété de manière à ce que le père d'un enfant naturel puisse revendiquer le partage de l'autorité parentale avec la mère même dans le cas où celle-ci s'oppose à cette mesure. L'Espagne semble avoir opté pour une solution analogue.

26. Exception faite des rares pays dont la législation interne confère expressément un droit de veto à l'un des parents, la solution juridique la plus couramment adoptée par les Etats concernés consiste à confier aux tribunaux le soin de résoudre les différends opposant les parents à la demande de l'un d'entre eux et au vu de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère que tous les Etats membres considèrent comme étant essentiel pour l'attribution de l'autorité parentale. Aux fins de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière, les tribunaux internes tiennent compte en général des avis exprimés par les parents et les enfants ainsi que des circonstances particulières des affaires dont ils sont saisis, notamment de l'intérêt et de l'attachement que chacun des parents manifeste à l'égard de l'enfant.

27. En résumé, et ainsi que l'a souligné le Gouvernement, l'étude révèle que les Etats concernés ont adopté des solutions différentes mais que la majorité d'entre eux offrent au père non marié la possibilité d'exercer une autorité parentale sur son enfant, soit en ne tenant pas compte des objections éventuelles de la mère, soit en confiant aux tribunaux le soin de statuer sur le partage de l'autorité parentale après appréciation des intérêts de l'enfant ».

758. Dans les affaires qui concernent le droit de visite et/ou l'autorité parentale, la Cour refuse que l'homosexualité ou la transsexualité d'un des deux parents puisse constituer *en soi* le motif déterminant l'allocation des prérogatives parentales. Par contre, il n'est pas interdit de prendre en considération les difficultés temporairement rencontrées par le parent en question, éventuellement liée aux changements dans sa vie personnelle, pour autant que les autorités adoptent une démarche souple et dynamique en restant attentive aux évolutions de la situation.

- Le droit de visite : P.V. c. Espagne

759. Dans un arrêt *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010, la Cour a jugé adéquate l'attitude des juridictions espagnoles dans le contexte d'une procédure judiciaire relative au droit de visite de la requérante, transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, à l'égard de l'enfant qu'elle avait eu auparavant avec une femme. Cette femme avait sollicité la suppression dans le chef de la requérante de l'autorité parentale et du droit de visite. Les juges espagnols avaient maintenu le caractère conjoint de l'autorité parentale et réduit le droit de visite qui s'exercerait dans un premier temps dans le cadre d'un centre de rencontre (« *punto de encuentro* ») (§§ 5-9).

La Cour a considéré cette décision conventionnellement acceptable dès lors qu'il apparaissait que c'était non pas la transsexualité de la requérante, mais bien son « instabilité émotionnelle conjoncturelle » qui avait été le motif déterminant d'une décision qui, au nom de la prévalence de l'intérêt de l'enfant, avait non pas supprimé mais réduit le droit de visite (§ 36). La Cour a d'ailleurs encore souligné qu'en cours de procédure le droit de visite avait été élargi, alors même que par hypothèse la condition sexuelle de la requérante était restée identique (§ 36).

- La garde : Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal

760. Dans l'affaire *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, le requérant s'était marié en 1983 avec une femme dont il avait divorcé en 1993. En 1987, ils avaient eu une fille. En 1990 ils s'étaient séparés et depuis lors le requérant vivait avec une personne de sexe masculin (§§ 8-9). Les parties avaient conclu un accord octroyant la garde à la mère et un droit de visite au requérant, mais cet accord n'avait pas été respecté en manière telle que le requérant avait saisi les juridictions nationales (§§ 10-11). Le tribunal aux affaires familiales de Lisbonne avait attribué la garde au requérant après une expertise et en soulignant qu'« outre le fait de disposer des conditions économiques et d'habitation pour avoir l'enfant avec lui, il a démontré être capable de lui transmettre les conditions d'équilibre dont l'enfant a besoin et de respecter son droit à garder un contact régulier et assidu avec la mère et les grands-parents maternels » (§ 12). La décision avait été réformée en appel, pour le motif que « l'enfant [devait] vivre au sein [...] d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme » (§ 13).

Pour la Cour, les passages litigieux de l'arrêt de la Cour d'appel ne constituaient pas « de simples formules maladroites ou malheureuses » comme le prétendait le gouvernement, mais rendaient bel et bien compte de ce que « l'homosexualité du requérant [avait] pesé de manière déterminante dans la décision finale » (§ 35). Sur la base de constat, la Cour a *ipso facto* conclu à la violation de la Convention. En effet, les juridictions internes avaient « opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention » (§ 36).

γ – L'orientation religieuse ou philosophique

761. Le rôle de l'Etat face à l'allégation que les convictions d'un parent constituent un danger pour l'enfant implique de « rejeter une approche catégorielle fondée sur l'appartenance religieuse du parent au profit d'une analyse des effets réels et avérés produits par les pratiques religieuses prétendument nocives ». En effet, « l'approche catégorielle « procède par raccourcis en permettant à celui qui s'en sert de faire l'économie d'une appréciation concrète et détaillée des circonstances de l'espèce – et c'est bien là sa raison d'être – pour appliquer de manière mécanique une typologie préétablie » et « elle comporte le risque d'une prise de décision en fonction d'idées reçues, sans lien avec l'intérêt réel de l'enfant »¹⁴⁷⁶.

- Le droit de visite : *Vojnity c. Hongrie*

762. La Cour est revenue à cette question dans un arrêt *Vojnity c. Hongrie* du 12 février 2013. Était en cause cette fois, non pas l'attribution de la garde, mais bien le retrait total du droit du requérant à des contacts avec son fils fondé dans une mesure décisive sur ses croyances religieuses. Or, les restrictions au droit aux contacts doivent être surveillées plus étroitement que les décisions relatives à l'attribution de la garde, dès lors qu'il est de l'intérêt de l'enfant de maintenir ses liens familiaux. Rompre ces liens revient à couper l'enfant de ses racines. Une rupture totale des liens, comme celles décidée en l'espèce ne peut être décidée, dès lors, que dans des circonstances exceptionnelles (§§ 40-41).

La Cour a rappelé qu'au regard de l'importance des droits garantis par l'article 9, une telle différence de traitement n'était acceptable que si des raisons très fortes étaient invoquées (§ 36). De même, les articles 8 et 9 de la Convention, combinés à l'article 2 du premier protocole impliquait le droit pour les parents de communiquer et de promouvoir leurs convictions religieuses dans l'éducation de leurs enfants. Si les deux parents sont ensemble et partagent les mêmes idées ce droit est incontestable, à moins que cela induise pour les enfants un risque physique ou psychologique. Il n'y a *en soi* pas de raison qu'il en aille différemment pour un parent séparé ou divorcé qui n'a pas la garde des enfants (§ 37). Dans ce contexte, bien que la Cour respecte la préoccupation des autorités nationales à l'égard du prosélytisme du requérant, elle n'était pas convaincue qu'il existait en l'occurrence un risque réel ou un dommage réel, par-delà le malaise, l'inconfort ou l'embarras ressenti par l'enfant. L'expert consulté n'avait par ailleurs pas rencontré le requérant et le juge interne avait supprimé son droit au contact en évoquant essentiellement sa « vision du monde irrationnelle » (§ 38).

Selon la Cour, même à considérer qu'il puisse y avoir là de très fortes raisons, il n'en restait pas moins que la solution retenue par les autorités hongroises ne pouvait être tenue pour acceptable (§ 39). En effet, le juge interne avait pris le parti excessif de la suppression complète des contacts et rendu impossible le développement de toute vie familiale quelconque, alors qu'une telle rupture totale des relations parentales suppose des circonstances exceptionnelles (§ 41). Pour la Cour, le gouvernement n'avait pas démontré l'existence de telles circonstances ce qui était d'autant plus troublant que les autorités pas envisagé de mesure moins liberticide, par exemple une suspension temporaire ou des contacts avec une surveillance, permettant à l'enfant de retrouver son équilibre. Au lieu de cela, elles avaient opté pour la suppression absolue des contacts, en méconnaissance totale du principe de proportionnalité (§42).

- La garde : *Hoffmann c. Autriche* et *Palau-Martinez c. France*

763. Dans l'arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993, la Cour a considéré inadéquate la justification de l'allocation de la garde au père fondée sur l'appartenance de la mère aux Témoins de Jehovah. Les autorités internes avaient tenu compte des « incidences que pouvait

¹⁴⁷⁶ P. MUZNY, « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, pp. 427-431.

avoir sur [la vie sociale des enfants] le fait de se trouver associés à une minorité religieuse particulière et les dangers que la requérante, par son refus de toute transfusion sanguine, créait non seulement pour elle-même mais aussi – sauf ordonnance judiciaire – pour [les enfants] ; en somme, les répercussions négatives éventuelles de l'appartenance d'Ingrid S. à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah » (§ 32). La Cour a admis que ces circonstances pouvaient être pertinentes, mais la religion ne pouvait cependant pas constituer le motif décisif de l'allocation de la garde (§§ 33-36). Le constat de violation de la Convention n'avait cependant pu être atteint que par cinq voix contre quatre¹⁴⁷⁷.

Dans l'arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003, la Cour a condamné la France au titre de la décision des juridictions françaises de confier la garde au père en raison de l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah. La Cour avait à cet égard particulièrement stigmatisé « l'absence de tout élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants » et le refus de faire procéder à une enquête sociale (courante en matière de garde) qui aurait permis de réunir de tels éléments. En somme, la Cour d'appel s'était « prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel »¹⁴⁷⁸.

δ – La large marge d'appréciation étatique à propos des motifs justifiant l'allocation d'un droit de visite, de la garde ou de l'autorité parentale

764. Par-delà le refus des restrictions automatiques aux droits parentaux fondées sur des motifs discriminatoires, la Cour alloue une large marge de manœuvre aux Etats s'agissant des motifs présidant à l'allocation des prérogatives parentales.

- Le droit de visite : *Plaza c. Pologne*

765. L'arrêt *Süss c. Allemagne* confirme qu'il convient pour les autorités nationales de partir expressément du *principe* suivant lequel le maintien de contacts avec les deux parents correspond à l'intérêt de l'enfant, quitte à s'en écarter au titre d'une menace pour le bien-être de l'enfant (§§ 90-91). La Cour s'est à cet égard progressivement distanciée de la jurisprudence de l'ancienne Commission qui avait notamment pu estimer dans son rapport *Wim Hendriks c. Pays-Bas* du 8 mars 1982 que le refus des contacts se justifiait dès lors qu'« il n'y avait pas d'élément indiquant que le refus de la demande du requérant portant sur un droit de visite n'était pas nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 124) ce qui revenait en quelque sorte à faire peser l'intégralité de la charge de la preuve sur le parent sollicitant le droit de visite¹⁴⁷⁹.

766. Les tensions entre les parents et le refus exprimé par l'enfant sont des motifs légitimement opposables par l'Etat au droit aux contacts. Dans les trois arrêts allemands rendus par la grande chambre en 2000 et 2003 (voy. *supra* n° 755 et s.), la Cour a systématiquement

¹⁴⁷⁷ Voy. les opinions (partiellement) dissidentes des M. MATSCHER, M. WALSH, M. VALTICOS et M. MIFSUD BONNICI.

¹⁴⁷⁸ Voy. aussi l'opinion dissidente suivant laquelle « s'il est vrai que la cour d'appel s'est prononcée sur les implications négatives des croyances des témoins de Jéhovah pour l'éducation des enfants dans des termes très généraux, elle a néanmoins établi un lien avec les conséquences négatives que, selon un psychiatre, les convictions religieuses de la mère avaient sur les enfants ».

¹⁴⁷⁹ Voy. cependant l'opinion dissidente : « we think that it is generally useful and even necessary for the psychological balance and harmonious development of a child to know and maintain contact with the parent to whom custody has not been granted » et « the Netherlands courts have determined the child's interests in a purely static manner (his protection from psychological stress). The courts do not appear to have given any consideration to the dynamic concept that it is in the child's best interests to maintain contact with his father. This is a valid point even though, at first, the establishment of this relationship may raise some difficulties for all the parties concerned ».

considéré les tensions entre les parents et leur impact potentiellement néfaste pour l'enfant (*Sahin*, § 67), le refus de l'enfant de voir son père (*Sommerfeld*, § 65) ou encore la conjonction – classique – de tensions entre parents et du refus de l'enfant de voir le parent non gardien (*Elsholz*, § 52) étaient des motifs susceptibles de conduire au refus légitime des contacts avec le père (naturel).

Dans leur opinion dissidente jointe à l'arrêt *Sahin*, les juges ROZAKIS et TULKENS ont pu expressément mettre en question le rôle excessif conféré à la volonté de la mère en matière de contacts avec le père. Ainsi ont-ils fait valoir qu'« on [pouvait] aisément supposer qu'à [son] âge l'enfant pouvait encore s'adapter à des changements dans sa vie, comme un nouveau mode d'organisation de contacts réguliers avec son père dans un environnement neutre » (§ 1) et que « le droit de visite d'un parent à l'égard de son enfant est un droit minimal [qu'on ne saurait] mettre sur le même plan que le droit de garde » (§ 3). En outre, la loi allemande violait la Convention en raison de « l'importance qu'elle attribue à la volonté de la mère lorsqu'ils ont décidé du droit du père à établir ou poursuivre des contacts avec son enfant » (§ 4).

La jurisprudence de la Cour plus récente de la Cour met expressément l'accent sur la place importante qu'il convient de donner à la volonté de l'enfant lorsqu'il est en mesure de l'exprimer. Dans son arrêt *Plaza c. Pologne* du 25 janvier 2011, la Cour a expressément indiqué que « pour un très jeune enfant il est essentiel que les tribunaux procèdent à une évaluation objective, au regard de tous les éléments disponibles, de l'opportunité d'encourager et de maintenir des contacts ou non » mais que « à mesure que les enfants mûrissent et deviennent, avec le passage du temps, capables de formuler leurs propres opinions sur leurs contacts avec leurs parents, les tribunaux devraient conférer un poids adéquat également à leurs perceptions et à leurs sentiments de même qu'à leur droit au respect de la vie privée » (§ 71) .

La difficulté est alors évidemment parfois de distinguer la volonté de l'enfant des positionnements maternels. Ainsi, dans l'arrêt *Süss c. Allemagne* du 10 novembre 2005, la Cour tout en pointant (à l'instar des autorités internes) le rôle délétère de la mère dans l'attitude de l'enfant, a souligné qu'il fallait tenir compte du refus ferme exprimé par l'enfant à l'âge de 10 et 12 ans (§ 91). *A contrario*, dans l'arrêt *Gobec c. Slovaquie* du 3 octobre 2013, la Cour s'est expressément inquiétée de savoir si le refus de la fille du requérant d'entretenir des contacts avec lui avait été librement exprimé et a constaté que deux psychologues avaient considéré que le refus de l'enfant qui était adolescente au moment de la procédure sur les contacts ne résultait pas d'influences exercées sur elle par sa mère (§ 138).

767. Dans tous les cas, les Etats ont ici aussi l'obligation de faire en sorte qu'une décision n'allouant à l'un des parents aucun contact avec son enfant n'intervienne qu'après que des mesures alternatives aient été dûment envisagées. Dans un arrêt *Bergmann c. République tchèque* du 27 octobre 2011, la Cour a constaté une violation de la convention dans une situation où le père d'un enfant se trouvait empêché par la mère de celui-ci de le rencontrer. Il avait, certes, obtenu un droit de visite provisoire, mais celui-ci n'avait pas été exécuté. La décision de fond était intervenue tardivement et avait dénié au requérant tout contact avec son fils. La Cour a relevé que dans cette affaire où les difficultés étaient essentiellement liées aux relations hostiles entre parents, ni le tribunal, ni les services sociaux n'avaient pris d'initiative significative de médiation ou de suivi dans le but de résoudre les tensions considérées (§§ 60-61). Suivant la Cour, c'était finalement le seul écoulement du temps qui avait tranché cette cause, ce qui n'était pas acceptable (§ 62). Elle a particulièrement souligné que le manque de coopération d'un des parents ou la complexité d'une affaire ne déchargeaient pas l'Etat de ses obligations internationales (§ 62). Suivant la Cour une décision aussi radicale que celle qui interdit à un parent tout contact avec son enfant ne peut intervenir qu'après qu'aient été tentées

d'autres options orientées vers la réfection du lien comme une thérapie familiale ou l'organisation de rencontres au sein d'une structure spécialisée (§ 62)¹⁴⁸⁰.

- La garde : *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin*

768. La Cour a jugé, dans l'arrêt *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin* du 27 septembre 2011, qu'étaient conforme à l'article 8 la décision du juge national de fixer la résidence de l'enfant chez son père :

184. [...] the Court finds it reasonable, that the courts considered it necessary - for the protection of the child's interests - not to maintain in place a sole custody order in favour of the first applicant but to award the parents' joint custody, neither does it appear illogical to have opted for residence with the father. It is also noted that the domestic courts did not exclude a change in regime if circumstances so required. Furthermore, the domestic courts took due care to recommend education programmes for the family and to foster the parents' reconciliation and co-operation in the best interest of their daughter.

185. [...] The Court is ready to accept that while there was no threat of violence or serious health issues (see, a contrario, *Gluhaković v. Croatia*, no. 21188/09, § 63, 12 April 2011) there could have been a risk of psychological abuse as evidenced by the suggestions that the child might develop Parent Alienation Syndrome, thus justifying the father's presence at meetings [...].

Ainsi, dans un contexte où il n'y avait pas de risque de violences, ni de risque sérieux pour la santé, la Cour a relevé un risque d'abus psychologique qui justifiait la décision que l'enfant soit hébergé chez le père avec un droit de visite sous surveillance au bénéfice de la mère.

- L'autorité parentale : *Glesmann c. Allemagne*

769. Dans une complexe affaire *Glesmann c. Allemagne* soldée par un arrêt du 10 janvier 2008, la Cour a jugé que les autorités nationales avaient pu adéquatement confier l'exercice de l'autorité parentale au père, plutôt qu'à la requérante, dans la mesure où celui-ci paraissait plus attentif aux besoins de l'enfant, qui avait été confié à une famille d'accueil :

106. Turning to the reasons given by the domestic courts for withdrawing parental authority from the applicant, the Court notes that the Berlin Court of Appeal considered that S. had become deeply rooted with the foster family, where she had lived for six and a half years. Referring to expert opinion, that court considered that it would cause the child serious psychological damage if she were removed from the foster family against her will. The Court of Appeal further observed that the applicant was not ready to accept the child's remaining with the foster family, while the father was ready to accept the child's continued stay with them. The Court of Appeal thus considered that the child's father was better placed to exercise parental authority. The Court further observes that the Court of Appeal, unlike the District Court, did not transfer parental authority to the Youth Office, but to the child's father. In view of this, the Court is satisfied that the domestic courts' decisions can be taken to have been in S.'s best interests which, due to their serious nature, must override the applicant's interest in maintaining parental authority.

Ainsi, dans un contexte où un rapport d'expert attestait des liens existant entre l'enfant et sa famille d'accueil et signalait qu'il encourrait des troubles psychologiques graves s'il en était séparé contre son gré, la requérante s'opposait au maintien chez les parents d'accueil tandis qu'au contraire le père était prêt à en prendre son parti. Dans ce contexte, la Cour a estimé que la décision des tribunaux allemands de confier l'exercice de l'autorité parentale au père pouvait être considérée conforme à l'intérêt de l'enfant (§ 106).

¹⁴⁸⁰ La Cour a enfin souligné que cette espèce se distinguait de l'affaire *Sommerfeld* dans laquelle la Cour avait validé les décisions internes supprimant les contacts au regard notamment de l'opinion clairement négative exprimée par l'enfant relativement au parent qui sollicitait ces contacts. Ainsi, l'enfant était ici âgé de 4 ans lors de la première décision de fond et n'était dès lors évidemment pas en mesure d'exprimer son avis (§ 62). Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a considéré que l'article 8 de la Convention avait été violé.

ii) Les modalités de l'autorité parentale, de la garde ou de contacts

- Les contacts

770. La Cour ne s'est à notre connaissance pas prononcée directement sur les mérites respectifs des différents types de modalités de contacts. Tout au plus peut on relever que dans *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin* (voy. *supra* n° 768), la Cour a validé l'option des autorités de prévoir que les contacts entre la mère et l'enfant auraient lieu en la présence du père (§ 185) ou que dans *Plasse-Bauer c. France* elle souligné l'obligation imposée aux Etats de s'assurer que les organisations accompagnant les rencontre entre parents et enfants disposent de moyens suffisants pour assumer matériellement cette supervision (§ 57) (voy. *infra* n° 785). Il est clair que ces différents types de solutions sont autant de mesures susceptibles d'être mises en œuvre préalablement à des mesures plus graves impliquant la rupture des contacts (voy. *supra* n° 767).

- La garde

771. La Cour n'a évoqué que très rarement et succinctement la question de la résidence alternée. Tout au plus constate-t-elle, dans un arrêt *Antonyuk c. Russie* du 1^{er} août 2013 « qu'il [s'agissait] en l'occurrence d'une procédure civile [opposant] deux parents légitimes et où les autorités nationales n'avaient pas d'autre choix que de trancher en faveur de l'un d'entre eux, puisqu'apparemment la résidence alternée n'est pas clairement envisageable en droit russe » (§ 121).

La Cour a pu conclure à la violation de la Convention dans des affaires où les juridictions internes avaient refusé de prendre en considération les horaires professionnels très singuliers du père ou avaient organisé l'hébergement des deux enfants en un confiant un à chaque parent (avec un échange pour les vacances) empêchant par là-même le maintien de la fratrie.

Dans son arrêt *Gluhakovic c. Croatie* du 12 avril 2011 la Cour a ainsi statué sur une situation dans laquelle le droit d'hébergement d'un père avait été fixé sans égard pour ses horaires professionnels particuliers. En l'espèce, le requérant et sa femme s'étaient séparés quelques mois après leur mariage. Cela alors que l'épouse du requérant attendait un enfant. Différentes procédures étaient intervenues relativement aux contacts entre le requérant et l'enfant commun. Le requérant avait fait valoir qu'il travaillait en Italie et avait un horaire particulier suivant lequel il travaillait trois jours complets puis était en congé le quatrième jour. Il avait dès lors sollicité de pouvoir rencontrer sa fille tous les quatre jours. Aux termes de décisions successives les juridictions internes avaient fixé le droit au contact du requérant tous les jeudis pendant deux heures en présence d'un tiers, puis une fois par semaine au welfare center, puis tous les jeudis au dit centre et, enfin, une fois par semaine à un endroit non spécifié. La Cour a relevé que le principe des contacts entre le requérant et sa fille n'avait jamais réellement posé question (§§ 61-62), mais a rappelé que la Convention ne protégeait pas des droits théoriques ou illusoire, mais effectifs et concrets en manière telle qu'il revenait aux autorités croates de s'assurer que le requérant puisse exercer son droit au contact de manière effective (§ 63). Or, la Cour a relevé que les arguments présentés par le requérant relativement à son horaire professionnel avaient été constamment ignorés par les juridictions nationales (§ 65) qui n'avaient jamais dès lors explicité en quoi il était impossible d'harmoniser le droit aux contacts du requérant et ses horaires professionnels spécifiques (§ 69). La Cour a encore relevé qu'à raison d'un manque de place au welfare center le requérant avait dû rencontrer sa fille dans la cuisine ou bien dans le bureau d'un employé avant qu'il ne soit plus possible de la rencontrer que dans le couloir (§§ 72 et 76). Au regard de ces différents éléments, les contacts entre le requérants et sa fille étaient

interrompus depuis juillet 2007 (§ 78). Suivant la Cour, la Croatie n'avait pas respecté ses obligations conventionnelles et il y avait eu une violation de l'article 8 (§§ 79-80).

Dans l'affaire *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie* qui a donné lieu à un arrêt du 6 avril 2010 la Cour a au demeurant été amenée à examiner l'attitude des autorités turques dans le cadre de la détermination des modalités de garde de deux enfants suite à la séparation et au divorce de leurs parents. Le requérant et sa femme avaient divorcé et, dans le cadre de la procédure en divorce, le tribunal d'Odemis avait décidé, au regard des ressources des parties et de l'âge des enfants, de confier à chacun des deux ex-époux la garde de l'un des deux enfants communs. Il était également prévu que les parents s'échangent les enfants durant une partie des périodes de congé. Le requérant avait formé sans succès différents recours contre cette décision et sollicité notamment que chacun des parents puisse héberger les deux enfants ensemble un week-end sur deux, cela pour que soit maintenu le lien fraternel entre eux. La Cour a d'entrée de jeux relevé l'existence d'une vie familiale entre le père et ses enfants de même qu'entre les deux enfants, Armagan et Damla (§ 19). La Cour a pointé d'emblée qu'aucun des parents n'avait sollicité la mise en œuvre d'un système où chacun des parents hébergerait un des enfants et où les relations de fratrie seraient rompues (la mère avait sollicité l'hébergement des deux enfants) (§ 23). La Cour a rejeté l'argument du gouvernement suivant lequel les enfants, habitant dans le même quartier, étaient amenés à se rencontrer régulièrement. En effet, à son estime, un aspect aussi important ne peut pas être délaissé à la discrétion des parties. En l'espèce, d'ailleurs, il n'était pas contesté que la mère des enfants empêchait aux enfants de se parler lorsqu'ils se croisaient (§ 24). La Cour a également rejeté l'argument du gouvernement suivant lequel le système proposé par le requérant aurait impliqué « des changements continuels d'environnement et des variations dans la discipline » (§ 25). En outre, les juridictions turques n'avaient pas appuyé leur décision sur des éléments pertinents ni même recueilli la perception des enfants (§§ 27-28). Bien plus, les juridictions turques n'avaient pas répondu aux arguments du requérant articulés sur leur propre jurisprudence qui préconise le maintien des liens de fratrie dans le cadre des séparations conjugales (§§ 27 et 29). Au regard de ces considérations, la Cour a considéré que la Turquie n'avait en l'espèce pas rempli ses obligations positives (§ 30).

iii) *Le processus décisionnel*

772. Sous l'angle procédural, les questions qui se sont posées à Strasbourg ont dans un premier temps porté sur la nécessité pour les juridictions internes d'ordonner une expertise psychologique et de procéder à l'audition de l'enfant. Il est vrai que c'est essentiellement par le prisme de l'audition de l'enfant et de l'expertise psychologique que le juge se trouve en position de connaître et d'évaluer la volonté de l'enfant dont nous avons souligné qu'elle constituait un élément décisif.

α – La participation des personnes concernées

773. Nous avons que la volonté de l'enfant pouvait être un des éléments déterminants tout particulière en matière de droit de visite (voy. *supra* n° 766). Dans l'arrêt *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003, la Cour a néanmoins considéré que « ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde. En effet, cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et compte dûment tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné » (§ 73). En l'espèce, l'enfant était âgé de 3 ans au moment de l'intentement de la procédure d'appel et de 5 ans au moment où le tribunal régional avait statué et qu'un expert psychologue avait conclu que l'octroi d'un droit de visite ne servirait pas l'intérêt de l'enfant (§ 74) en sorte que « la procédure suivie par les juridictions allemandes était raisonnable et leur

[avait] permis de rassembler suffisamment d'éléments pour prendre une décision motivée » (§ 77)¹⁴⁸¹.

774. S'il est fondamental de pouvoir recueillir de diverses manières la perception et les souhaits des enfants concernés, il échet de veiller également à l'adéquation de l'intégration du parent évincé dans le processus décisionnel. Dans l'arrêt *Hunt c. Ukraine* du 7 décembre 2006, la Cour a conclu à la violation de la Convention en raison de l'insuffisante implication d'un père dans une procédure mise en œuvre par la mère et ayant abouti à la suppression de ses droits parentaux. En l'espèce, la Cour a pu constater, tout d'abord, que les juridictions nationales n'avaient jamais entendu le requérant qui faisait l'objet de poursuites pénales et avait été banni du sol ukrainien. Elles n'avaient pas non plus obtenu des informations émanant directement de lui ni souhaité entendre un témoin qu'il proposait (§ 57). Ensuite, les tribunaux ukrainiens n'avaient pas eu égard à la circonstance que le requérant avait cherché à voir les enfants (§ 58). Enfin, les poursuites pénales, dont il est clair qu'elles pouvaient être de nature à influencer la décision à intervenir, n'avaient pas même été évoquées (§ 59). La Cour en a conclu que le requérant n'avait pas été impliqué suffisamment dans le processus décisionnel et que dès lors l'article 8 de la Convention avait été violé.

β – L'administration de la preuve

775. En 2000, dans *Elsholz c. Allemagne* la Cour a considéré, dans une procédure relative au droit de visite (voy. *supra* n° 755), que « le refus d'ordonner une expertise psychologique indépendante, joint à l'absence d'audience devant le tribunal régional, [montrait] [...] que le requérant [n'avait] pas joué dans le processus décisionnel un rôle suffisamment important » (§ 53). En l'espèce, avait demandé une expertise afin « d'établir les véritables souhaits de son enfant et de résoudre la question des visites sur cette base » et la Cour a considéré que « considérant l'importance de la question en jeu, à savoir la relation entre un père et son enfant, le tribunal régional n'aurait pas dû se contenter [...] de s'appuyer sur le dossier et les moyens d'appel soumis par écrit, mais aurait dû solliciter l'avis d'un psychologue pour l'aider à apprécier les déclarations de l'enfant » (§ 52). Quatre juges dissidents ont rappelé que la jurisprudence de la Cour et le système de la Convention imposaient des « limites raisonnables au contrôle que la Cour européenne peut exercer sur l'établissement des faits et l'appréciation des preuves effectués par les juridictions nationales ». Selon eux, le tribunal avait eu des contacts directs avec les membres de la famille et était en mesure de statuer tandis qu'une expertise aurait généré inutilement une tension supplémentaire chez l'enfant.

Dans *Sommerfeld c. Allemagne* (voy. *supra* n° 756), la Cour a souligné, au plan procédural, que « ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus de solliciter l'avis d'un psychologue sur la question du droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde » et que « cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et compte dûment tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné » (§ 71). Or, en l'espèce, l'enfant avait à l'âge de 13 ans clairement exprimé la volonté de ne plus voir son père en sorte que « le tribunal [avait] raisonnablement pu conclure qu'il n'était pas justifié de forcer l'enfant à voir le requérant contre son gré » (§ 72). En pointant les recherches scientifiques relatives au « syndrome d'aliénation parentale », trois juges dissidents ont regretté l'abandon de l'exigence d'une expertise psychologique qui semblait avoir été formulée dans *Elsholz*. Ainsi, selon eux, « les déclarations

¹⁴⁸¹ Les juges RESS, PASTOR RIDRUEJO et TÜRMESEN ont exprimés une opinion contraire et souligné que les informations recueillies pour déterminer les souhaits de l'enfant étaient insuffisantes. D'une part, le psychologue n'avait pas interrogé l'enfant au sujet de son père. D'autre part, les juridictions ne l'avaient pas entendue alors que des dispositions spéciales auraient pu être prises en raison de son jeune âge. Selon eux, « il était indispensable de disposer d'informations correctes et complètes sur la relation entre l'enfant et le requérant, c'est-à-dire le parent demandant un droit de visite, afin de déterminer quels étaient les véritables souhaits de [l'enfant] et ainsi ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu » (§§ 4-5).

d'une fillette de dix, voire treize ans, qu'elles soient formulées devant un tribunal ou non, ne fournissent pas toujours des informations décisives ni même des indications quant à ses véritables souhaits » (§ 3)¹⁴⁸².

776. Lorsque la capacité d'un parent à prendre en charge un enfant est mise en cause, il échet que ses facultés éducatives soient évaluées pour elles-mêmes dans le cadre de la procédure portant sur la résidence de l'enfant. Tel est l'enseignement de l'arrêt *Antonyuk c. Russie* du 1^{er} août 2013 où la Cour a considéré l'article 8 violé dans la mesure où les juridictions nationales s'étaient fondées, pour décider de la garde (voy. *supra* n° 771), sur un *obiter dictum* relatif à la dangerosité pour les enfants de l'état dépressif de la requérante émis dans le cadre d'un rapport d'expertise déposé dans le contexte d'une autre procédure civile relative à la capacité juridique de celle-ci (au terme de laquelle celle-ci avait été maintenue). La Cour a relevé que lorsque la santé d'un parent est un élément important dans le cadre d'une décision sur la résidence d'un enfant l'évaluation de la situation ressortit *a priori* à la compétence des experts :

135. Les questions médicales relatives à la maladie de la requérante ont revêtu, en l'espèce, une importance capitale pour l'issue de la procédure quant au lieu de résidence des enfants. Certes, le tribunal a examiné et pris en considération les autres éléments du dossier pour apprécier la personnalité de la requérante (paragraphe 67-68 ci-dessus). Néanmoins, ces éléments n'ont pas été déterminants dans la conclusion du tribunal quant à la question de la dangerosité de la requérante. Le tribunal s'est borné à récapituler le contenu des divers éléments du dossier sans procéder à leur analyse approfondie par rapport à cette question et, plus globalement, par rapport à l'enjeu de la procédure, à savoir la résidence des enfants.

136. La Cour observe que, compte tenu de leur nature, les questions qu'estimait devoir trancher le tribunal pour régler la question de la résidence des enfants pouvaient, en l'espèce, assez naturellement être considérées par celui-ci comme relevant du domaine de compétence des experts (voir en comparaison, dans le contexte de l'article 6 de la Convention, Cottin, § 31).

Suivant la Cour, il eut fallu faire procéder à une expertise spécifique et « l'examen effectué par le tribunal ne suffisait pas pour asseoir la conclusion concernant la dangerosité de la requérante pour la vie et la santé de ses enfants » dès lors que « l'examen de ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant est d'une importance cruciale » (§§ 143-145)¹⁴⁸³.

γ – La durée de la procédure¹⁴⁸⁴

777. Selon la Cour, « un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple déroulement du temps ». Il s'ensuit que « la Cour peut aussi avoir égard, sur le terrain de l'article 8, au mode et à la durée du processus »¹⁴⁸⁵.

778. La diligence s'impose évidemment en matière de droit de visite tant il est vrai qu'en la matière l'écoulement du temps peut avoir des conséquences irréversibles sur la relation familiale. La Cour a notamment jugé, dans *Bergmann c. république tchèque*, que « les relations entre le requérant et son fils [avaient été] réglées par le simple déroulement du temps, ce qui a amené le tribunal régional, dans sa décision du 5 août 2005, à priver le requérant de son droit de

¹⁴⁸² Opinion en partie dissidente de M. RESS, à laquelle se rallient MM. PASTOR RIDRUEJO et TÜRMESEN.

¹⁴⁸³ Voy. sur ce point aussi l'opinion dissidente des juges STEINER et M. LAZAROVA TRAJKOVSKA. Selon elles : « Les questions auxquelles les experts étaient chargés de répondre ne se confondaient pas avec celles qu'estimait devoir trancher le tribunal pour se prononcer sur la question de la résidence des enfants (voir en comparaison, dans le contexte de l'article 6 de la Convention, Cottin, § 31). En droit russe, tout en ensemble d'éléments étaient susceptibles de jouer un rôle, à savoir : l'âge de l'enfant, son attachement à chaque parent et ses rapports avec lui, les qualités morales des parents ou autres éléments de leur personnalité respective, et les opportunités d'éducation et de développement qu'ils offrent respectivement à l'enfant (y compris au regard de la profession et des modalités d'organisation des activités professionnelles du parent, ainsi que de sa situation financière et familiale) ».

¹⁴⁸⁴ Voy. aussi, pour la durée des procédures relatives à l'autorité parentale : Cour eur. dr. h., arrêt Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, § 102.

¹⁴⁸⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Bergmann c. république tchèque* du 27 octobre 2011, § 39.

visite provisoire » (§ 62) en manière telle que « l'incapacité des autorités nationales d'adopter toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour faire respecter le droit du requérant au respect de sa vie familiale, conjuguée avec la durée de la procédure sur le droit de visite, ont ainsi contribué au changement de circonstances justifiant la suppression dudit droit (§ 64).

779. Dans son arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000, la Cour a affirmé qu'« il est [...] fondamental de traiter avec célérité les affaires de garde d'enfant ». Dans l'affaire *Bevacqua c. Bulgarie* ayant donné lieu à un arrêt du 12 juin 2008, chacun des deux parents d'un enfant âgé de trois ans souhaitait en obtenir la garde suite à la séparation conjugale. Ils s'étaient mutuellement soustrait l'enfant à plusieurs reprises et la mère, requérante à Strasbourg, était victime, dans ce contexte subséquent à la séparation conjugale, de violences émanant du père. La mère de l'enfant avait demandé aux juridictions bulgares – dans le cadre de la procédure de divorce – de rendre une décision au provisoire sur la garde de l'enfant. La Cour a relevé à cet égard que les autorités bulgares avaient pour pratique de ne pas statuer au provisoire sur la garde des enfants durant la « période légale de réconciliation » et que la mise en œuvre de cette pratique était inadéquate dans des cas qui nécessitent un traitement urgent (§ 71). Selon elle, les scènes de violence auxquelles avait assisté l'enfant et la circonstance que le père faisait obstacle aux contacts entre la mère et l'enfant induisaient, dans le chef des autorités, l'obligation de traiter l'affaire diligemment (§ 72) ce qu'elles s'étaient abstenues de faire, en violation de l'article 8 de la Convention.

iv) *Le caractère temporaire des mesures : Nekvedavicius c. Allemagne*

780. Dans une décision *Nekvedavicius c. Allemagne* rendue le 19 juin 2003 à propos du droit de visite d'un père naturel, la Cour a affirmé que « les raisons qui justifient le refus des contacts ne peuvent être considérées permanentes et les autorités nationales ont l'obligation de réévaluer continuellement la situation et essayer de surmonter les obstacles qui empêchent de prévoir même un droit de visite très limité ». Dans un l'arrêt *Süss c. Allemagne*, la Cour notamment relevé que si les autorités internes avaient refusé de prévoir une limite temporelle au refus des contacts, elles avaient engagé la mère à œuvrer à faire évoluer l'attitude de sa fille et constamment cherché à permettre un contact même limité avec le père pour conclure à la non-violation de la Convention (§ 91).

v) *La problématique spécifique de l'exécution des décisions*

781. Il ne suffit pas que les juridictions internes se prononcent sur les modalités des droits de garde et de visite, encore faut-il que les décisions prises puissent être effectivement exécutées. L'exécution de telle décision pose certainement de très douloureuses questions tant il est vrai que chacun désapprouve instinctivement l'irruption de la coercition dans les relations familiales (voy. *supra* n° 289). Ne faut-il pas cependant admettre que « des décisions de justice non suivies d'exécution ne sont que de pathétiques recommandations »¹⁴⁸⁶?

A cet égard, la Cour a pu souligner, dans son arrêt *Hokkanen*, que « l'obligation des autorités nationales de prendre des mesures à cette fin n'est pas absolue car il arrive que la réunion d'un parent avec son enfant qui a vécu depuis un certain temps avec d'autres personnes ne puisse avoir lieu immédiatement, et requière des préparatifs. Leur nature et leur étendue dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées en constituera toujours un facteur important. Si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, leur obligation de recourir à la coercition en

¹⁴⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000, Opinion dissidente de M. Zupančič, à laquelle se rallient MM. Panfîru et Türmen, p. 43.

la matière doit être limitée: il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention »¹⁴⁸⁷. En d'autres termes, l'obligation positive de l'Etat en matière d'exécution des décisions relatives au droit de visite est « un obligation de moyen et pas de résultat »¹⁴⁸⁸. La Cour a par ailleurs précisé, dans son arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, que « les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution de la décision rendue à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux »¹⁴⁸⁹.

Dans ce contexte, la Cour sanctionne les Etats qui ne mettent en œuvre que des mesures automatiques ou stéréotypées. Si des règles de droit pénal ne sont pas indispensables en la matière, il appartient à chaque pays membre de se pourvoir d'un arsenal juridique propre à lui permettre d'assumer ses obligations positives¹⁴⁹⁰. En particulier, « si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement illégal du parent avec lequel vivent les enfants »¹⁴⁹¹.

782. La Cour a considéré suffisants les efforts déployés par les autorités internes pour permettre l'exécution de la décision relative aux contacts dans l'affaire *Nuutinen c. Finlande*. Dans son arrêt du 27 juin 2000, elle a relevé qu'en l'espèce le droit de visite avait été en vigueur durant plus de trois années (§ 130). La mère de l'enfant avait été condamnée à des amendes administratives qu'elle n'avait pas payées et qui avaient finalement été annulées lorsqu'*in fine* le droit de visite du requérant avait été supprimé (§ 131). Les juridictions nationales n'avaient au demeurant pas souhaité mettre en œuvre la possibilité d'aller chercher l'enfant pour l'exécution du droit de visite¹⁴⁹² mais avaient cherché à amener les parents à coopérer en aménageant les modalités des visites (§ 133-134). La Cour n'a pas remis en cause le choix des juridictions finlandaises de ne pas user de la mesure radicale qui consistait à faire emmener l'enfant aux visites et a pointé à cet égard, la mauvaise coopération et le comportement déplacé et agressif du père à l'égard des travailleurs sociaux et des conciliatrices, même si l'on pouvait dans une certaine mesure comprendre sa frustration (§ 135).

Le juge ZUPANCIC rallié par deux de ses collègues a manifesté son désaccord par rapport à cette approche souple de l'exécution des décisions en matière de garde et de visite. Selon lui l'état de droit et le refus de voir triompher le *beatus possidens* (celui qui a l'avantage de la possession) impliquent que l'on refuse qu'une décision définitive demeure inopérante. Ainsi, « l'affaire [...] se caractérise par le fait que c'est l'Etat défendeur, en n'exécutant pas ses propres décisions, qui a provoqué un changement crucial dans les faits pertinents. Cela a eu comme conséquence paradoxale et inacceptable qu'au bout du compte la partie qui n'a pas respecté une décision de justice a tiré un profit direct et net de sa propre méconduite »¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, § 58 ; Cour eur. dr. h., arrêt Nuutinen c. Finlande du 27 juin 2000, § 128 ; Cour eur. dr. h., arrêt Voleský c. République tchèque du 29 juin 2004, § 118.

¹⁴⁸⁸ Cour eur. dr. h., arrêt Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, § 85 ; Cour eur. dr. h., arrêt Prizzia c. Hongrie du 11 juin 2013, § 35.

¹⁴⁸⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, § 102.

¹⁴⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt Reigado Ramos c. Portugal du 22 novembre 2005, §§ 50-56.

¹⁴⁹¹ Cour eur. dr. h., arrêt Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, § 106.

¹⁴⁹² Possibilité introduite en droit finlandais suite au constat de violation dressé par la Cour dans l'affaire Hokkanen. Voy. l'opinion dissidente de M. Zupančič, à laquelle se rallient MM. Panfîru et Türmen.

¹⁴⁹³ Opinion dissidente de M. ZUPANCIC, à laquelle se rallient MM. PANȚIRU et TÜRMEŇ, p. 42. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Glaser c. Royaume-Uni du 19 septembre 2000, §§ 86-87 (non-violation de l'article 8) ; Cour eur. dr. h., arrêt Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, §§ 85-86.

783. La Cour a également considéré adéquats et suffisants les efforts mis en œuvre par les autorités internes dans l'affaire *Voleský c. République tchèque*. Dans son arrêt du 29 juin 2004, la Cour a pris actes des tentatives d'exécution judiciaire du droit de visite et noté qu'elles avaient échoué « en raison de l'absence de la mère et de l'enfant à leur domicile, ou en raison du refus de la mère d'exposer son fils à une situation stressante, ou encore en raison du refus de l'enfant lui-même de rencontrer son père ». Les juridictions internes avaient parallèlement mis en œuvre un suivi psychologique, une thérapie familiale, des rencontres organisées par le département des affaires sociales, tandis qu'un expert était chargé de faire rapport au tribunal (§ 121). La mère avait été condamnée à des amendes et des poursuites avaient été engagées contre elle, un non-lieu ayant finalement été prononcé dès lors que des contacts forcés n'auraient pas été conformes à l'intérêt de l'enfant (§ 122). La Cour a rappelé que « les obligations positives qu'a l'Etat en la matière consistent à essayer de rapprocher l'enfant de ses deux parents, à l'aide de mesures qui soient adéquates et proportionnelles » et considéré que « dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, l'intérêt supérieur de l'enfant empêchait les autorités d'aller au-delà de ce qui a été fait, les mesures coercitives pouvant s'avérer contreproductives » (§ 123). Au surplus, la Cour a noté que même si elle comprenait la frustration du requérant, celui-ci « [n'avait] pas réussi à renouer le contact avec l'enfant et ne [s'était] pas comporté de façon convenable, malgré les efforts dispensés par un psychologue » (§ 124).

Sur un mode moins exalté que le juge ZUPANCIC, la juge MULARONI a également estimé devoir s'écarter de la perception de la majorité et conclure à la violation de la Convention au titre de l'insuffisance des efforts déployés par les autorités pour faire exécuter la décision qui était intervenue. En somme, la Convention impose essentiellement aux Etats de ne pas se contenter de mettre en œuvre des mesures automatiques et stéréotypées et de déployer une stratégie concrète et spécifique tendant à la réunion du parent non gardien et de l'enfant¹⁴⁹⁴.

784. La Cour a par contre conclu à la violation de la Convention dans un arrêt *Kriz c. République tchèque* daté du 9 janvier 2007 dès lors les juridictions nationales s'étaient bornées pendant sept longues années à tenter vainement d'entrer en contact avec la mère et à lui infliger des amendes, alors même que le droit tchèque prévoit des mesures plus contraignantes allant jusqu'à la remise forcée de l'enfant (§ 89)¹⁴⁹⁵. Un constat de violation a également été atteint dans l'arrêt *Zavrel c. République tchèque* du 18 janvier 2007 dans la mesure où les juridictions tchèques s'étaient bornées pendant de longues années à de vaines sommations et à l'orientation vers un centre de consultation, sans sanctionner par ailleurs le non-respect des sommations et le refus de coopérer avec des psychologues (§ 51). La Cour a admis que la non-exécution était avant tout imputable à l'attitude de la mère, mais elle a constaté que cette attitude avait été *de facto* tolérée par les tribunaux qui ne s'étaient pas montrés suffisamment systématiques dans la mise en œuvre des moyens prévus par le droit interne (§§ 52 et 53)¹⁴⁹⁶.

Les décisions de violation de la Convention au titre de l'insuffisance des efforts étatiques tendant à la mise en œuvre effective du droit de visite sont parfois critiquées par des juges minoritaires insistant souvent, d'une part, sur la subsidiarité du contrôle de la Cour et la position beaucoup plus favorable du juge interne dans des situations aussi complexes et, d'autre part, sur la limite à poser aux obligations positives des Etats face à des parents qui bien souvent partagent

¹⁴⁹⁴ Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt Siemianowski c. Pologne du 6 septembre 2005, §§ 105-106.

¹⁴⁹⁵ Voy. aussi l'opinion dissidente du juge FURA-SANDSTROM.

¹⁴⁹⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt Zawadka c. Pologne du 23 juin 2005, §§ 58-66 ; Cour eur. dr. h., arrêt Bove c. Italie du 30 juin 2005, §§ 48-51 ; Cour eur. dr. h., arrêt V.A.M. c. Serbie du 13 mars 2007, §§ 140-144 ; Cour eur. dr. h., arrêt Eberhard et M. c. Slovénie du 1er décembre 2009, §§ 134-137 ; Cour eur. dr. h., arrêt Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, §§ 109-110 ; Cour eur. dr. h., arrêt Khanamirova c. Russie du 14 juin 2011, §§ 56-57 ; Cour eur. dr. h., arrêt Prizzia c. Hongrie du 11 juin 2013, §§ 41-50 ; Cour eur. dr. h., arrêt Zelenevy c. Russie du 3 octobre 2013, §§ 70-77 ; Cour eur. dr. h., arrêt Pakhomova c. Russie du 24 octobre 2013, §§ 119-132 ; Cour eur. dr. h., arrêt Nicolò Santilli c. Italie du 17 décembre 2013, §§ 72-76.

la responsabilité de la situation inextricable qui est advenue¹⁴⁹⁷. La difficulté de condamner l'Etat lorsque l'impossibilité de reprendre les contacts tient au refus net de l'enfant de rencontrer son parent a également pu être soulignée. Ainsi un juge européen a-t-il pu s'interroger : « lorsqu'un parent entrave la jouissance par l'autre de son droit de visite et de la compagnie de l'enfant, les autorités nationales peuvent être tenues de prendre des mesures juridiques contre ce parent. Mais quand c'est l'enfant lui-même qui refuse de coopérer, que faut-il faire ? »¹⁴⁹⁸.

785. Les résistances du parent ayant la garde de l'enfant ne sont pas les seules à pouvoir faire l'obstacle à l'exécution du droit de visite. L'arrêt *Plasse-Bauer c. France* du 28 février 2006 met ainsi en exergue l'obligation pour l'Etat de veiller à ce que les associations chargées d'accompagner les contacts entre parent et enfant soient en mesure d'assumer matériellement cette supervision. La Cour y a ainsi condamné la France dans la mesure où « l'impossibilité pour l'association gérant le point rencontre d'assurer la présence d'un tiers a été la cause directe de l'interruption des rencontres » et « par la suite, la requérante a été [...] privée de son droit de visite, notamment en raison de l'impossibilité matérielle de l'association à pourvoir aux modalités prescrites [...] et qu'elle ne s'est ensuite vu offrir à aucun moment la possibilité de renouer un lien avec sa fille » (§ 57).

vi) *La problématique spécifique de l'enlèvement international*

786. La particularité du contentieux des enlèvements internationaux réside assurément dans une certaine concurrence normative résultant de la pluralité des normes internationales générales et spécialisées applicables aux cas d'enlèvement. A cet égard, le juge strasbourgeois a pu, à de nombreuses reprises, affirmer que la Convention ne doit pas s'interpréter isolément mais en ayant égard aux principes du droit international et en particulier à ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme. Les obligations imposées aux Etats par l'article 8 de la Convention doivent ainsi notamment s'interpréter à lumière de la Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

La Convention de La Haye ne trouve à s'appliquer que lorsqu'est intervenu un « déplacement illicite » de l'enfant au sens de son article 3. Au titre de cette disposition, un déplacement est illicite « a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus ».

Le déplacement ne peut évidemment pas être considéré illicite si l'un des parents a consenti à ce que l'autre s'installe ailleurs avec l'enfant ou les enfants. A cet égard, la Cour prend le parti de ne pas remettre en question les appréciations des juridictions internes lorsqu'elles parviennent à la conclusion qu'un tel consentement avait été exprimé¹⁴⁹⁹. Si le déplacement est illicite la Convention est applicable et il convient « de revenir au plus vite au *statu quo ante*, en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites, et de laisser les

¹⁴⁹⁷ Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Zawadka c. Pologne* du 23 juin 2005, opinion dissidente conjointe de Mr BÎRSAN, Mr GARLICKI et Mr MYJER.

¹⁴⁹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Bove c. Italie* du 30 juin 2005, opinion dissidente de M. MYJER.

¹⁴⁹⁹ Ainsi la Cour a-t-elle validé la décision de non retour prise par les juridictions roumaines dans son arrêt *Raban c. Roumanie* du 26 octobre 2010 dans un contexte où la mère avait établi notamment que le père avait consenti au déplacement vers la Roumanie en raison des difficultés financières rencontrées en Israël (§ 34). Les juridictions internes ne s'étaient d'ailleurs pas contentées de ce seul élément et avaient conclu à la nécessité du maintien en Roumanie aussi au titre de l'article 13 de la Convention au terme d'un examen *in concreto* de l'intérêt de l'enfant (§§ 36-37). Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Anghel c. Italie* du 25 juin 2013, §§ 86-87.

questions relatives au droit de garde et d'autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant, conformément à l'article 19 de cette Convention »¹⁵⁰⁰.

787. Dans l'affaire *Guichard c. France* qui a donné lieu à une décision du 2 septembre 2003, était en cause l'applicabilité même de la Convention de La Haye dès lors que le requérant n'était pas titulaire de l'autorité parentale. La Cour a considéré que « l'article 8 de la Convention interprété à la lumière de la Convention de La Haye ne [met] pas à la charge des autorités nationales d'obligations positives tendant au retour de l'enfant » si l'intéressé ne bénéficie que d'un droit de visite dont l'exécution n'est pas empêchée. La Cour a fait une nouvelle fois application de ce principe dans un arrêt *R.R. c. Roumanie n° 1* daté du 10 novembre 2009. En l'espèce, suite à un premier déplacement de l'enfant, les autorités roumaines et américaines avaient mis en œuvre le retour de l'enfant en Roumanie. Ultérieurement, le droit de visite du requérant avait été limité à trois semaines annuelles et, la mère étant repartie aux USA avec l'enfant, les juridictions roumaines n'avaient pas ordonné le retour. La Cour a considéré, en renvoyant à *Guichard*, que l'attitude des autorités roumaines avait été respectueuse du droit à la vie familiale du requérant, dès lors notamment que son droit de visite de trois semaines, était respecté (§ 177 et 178).

788. Tous les Etats parties à la Convention européenne n'ont pas nécessairement signé et ratifié la Convention de La Haye. Dans son arrêt *Bajrami c. Albanie* du 12 décembre 2006, la Cour a pris acte de ce que l'Albanie n'était partie ni à la Convention de La Haye ni à la Convention de New York. Elle a toutefois immédiatement souligné que si la Convention n'impose pas aux Etats membres de ratifier des conventions internationales, elle leur impose par contre en tout état de cause de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir les droits qu'elle consacre (§ 66). En l'occurrence, l'Albanie ne prévoyait pas de mesures propres à permettre de réunir un parent et son enfant et il n'y avait pas d'instrument ou de mesure spécifique pour prévenir ou solutionner les cas où un enfant est enlevé du territoire albanais (§ 65). Il s'ensuivait que l'article 8 avait été violé¹⁵⁰¹.

789. Le cas échéant, les autorités, prévenues de la non-restitution d'un enfant et d'un risque de déplacement illicite, doivent prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour l'empêcher¹⁵⁰². De même, il conviendra parfois en premier lieu de retrouver la trace de l'enfant afin de pouvoir mettre en œuvre ensuite son retour auprès du parent auquel il a été soustrait¹⁵⁰³. A cet égard, la Cour précise que « les autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs Etats respectifs pour assurer le retour immédiat des enfants »¹⁵⁰⁴.

α – Les motifs présidant à la décision de retour ou de non-retour ou l'articulation du principe et de l'exception

790. La Convention de La Haye prévoit expressément, en ses articles 12 et 13, l'attitude à adopter face à un déplacement international illicite.

Aux termes de l'article 12, « lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative

¹⁵⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Carlson c. Suisse* du 6 novembre 2008, § 74.

¹⁵⁰¹ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Qama c. Albanie et Italie* du 8 janvier 2013, § 89 et Cour eur. dr. h., arrêt *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009, § 95.

¹⁵⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009, § 97 et s.

¹⁵⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009, § 103 et s.

¹⁵⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009, § 103 et Cour eur. dr. h., arrêt *Küçük c. Turquie et Suisse* du 17 mai 2011, § 67.

de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat » et « l'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ». Aux termes de l'article 13, « nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit : a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ; ou b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». En outre, « l'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ». Le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle constitue donc le principe, auquel le maintien dans le pays de destination ne constitue *a priori* qu'une exception réservée aux circonstances dans lesquelles il existe « un risque grave » grave pour l'enfant.

791. Dans sa jurisprudence, la Cour a fréquemment répété qu'elle souscrivait entièrement à la philosophie de la Convention de La Haye. Dès son arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, elle a évoqué les rapports entre la Convention et celle-ci. Ainsi, la Cour estime que « les obligations positives que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants (« la Convention de La Haye »). Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que l'Etat défendeur est également partie à cet instrument, dont l'article 7 dresse une liste de mesures à prendre par les Etats pour assurer le retour immédiat des enfants » (§ 95). Dans l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France* du 6 décembre 2007, elle a expressément affirmé souscrire « entièrement à la philosophie sous-jacente de cette convention. Inspirée par le désir de protéger l'enfant considéré comme la première victime du traumatisme causé par son déplacement ou son non-retour, cet instrument entend lutter contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants ». En conséquence, il y a lieu, « une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au statu quo ante en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites, et de laisser les questions relatives au droit de garde et d'autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant » (§ 69).

- L'exigence de circonstances exceptionnelles : *Maumousseau et Washington c. France*

792. Dès lors qu'un Etat applique la Convention de La Haye à une situation d'enlèvement international, il jouit *a priori* d'une forme de présomption que sa décision est conforme au prescrit de l'article 8. Dans l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France* du 6 décembre 2007, La requérante, française, vivait avec son époux américain et leur fille aux Etats-Unis. En 2003, elle s'était rendue avec l'enfant commun en France pour rendre visite à sa famille et avait finalement décidé d'y rester. Les juridictions françaises, saisies par le père de l'enfant, avaient ordonné son retour aux Etats-Unis, bien que la requérante ait soulevé que le retour de l'enfant l'exposait à un danger au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye. La requérante estimait, d'une part, que cette disposition avait été interprétée de manière trop restrictive et, d'autre part, qu'il n'avait pas été tenu suffisamment compte de l'intérêt et de la parole de l'enfant.

La Cour, ayant rappelé qu'elle souscrivait à la philosophie de la Convention de La Haye, n'a pas fait sienne l'appréciation de la requérante (§ 69). Elle a précisé, d'une part, que si la Convention de La Haye n'impliquait pas mécaniquement le retour de l'enfant et si le juge pouvait avoir égard à l'intérêt de l'enfant pour justifier exceptionnellement le non-retour de l'enfant, les juridictions françaises avaient en l'espèce fondé leur décision de retour sur un examen approfondi et une appréciation équilibrée et raisonnable de la situation (écartant les allégations relatives à une consommation de stupéfiants dans le chef du père et considérant que la seule séparation d'avec le parent qui a procédé au déplacement ou au non-retour illicite ne peut être constitutif du danger visé à l'article 13 de la Convention) (§§ 63, 64 et 72-75). Elle a considéré, d'autre part, que l'absence d'audition de l'enfant n'était pas de nature à emporter une violation de l'article 8 puisque sa parole avait pu être recueillie de diverses manières au cours de la procédure et ne pouvait en tout état de cause pas être tenue pour décisive eu égard son âge (§§ 77-80).

Dans son opinion séparée, le juge ZUPANCIC avait cependant dénoncé la circonstance que s'il « [était] vrai que la mère, en retenant l'enfant de manière illicite, a créé illégalement la situation en question », la situation en cause ne pouvait « être appréciée à partir du point de vue formaliste postulant, par exemple, que la rétention illicite de départ doit être considérée comme un élément qui contamine le statut légal, moral et surtout psychologique de la mère vis-à-vis de l'enfant, du père et de la société en général ».

Quoi qu'il en soit, il semblait découler de l'arrêt *Maumousseau* que si le retour ne doit pas être « automatique » ou « mécanique », les décisions de non-retour doivent tout de même *a priori* rester « exceptionnelles », cette primauté du principe sur les exceptions étant le corollaire logique de l'illicéité du déplacement¹⁵⁰⁵.

- L'exigence d'un examen approfondi de la situation : *Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC] et X. c. Lettonie [GC]*¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰⁵ Dans ses décisions *Tarkhova c. Ukraine* du 6 septembre 2011 et *M.R. et L.R. c. Estonie* du 15 mai 2012, la Cour a jugé que la décision de retour était conforme au prescrit conventionnel. De même, dans une affaire *Monory c. Roumanie et Hongrie* qui a donné lieu à un arrêt du 5 avril 2005, la Cour a estimé que les autorités roumaines n'avaient pas pris les mesures adéquates et effectives qui s'imposaient pour assister le père de l'enfant dans ses efforts pour obtenir le retour et constaté consécutivement une violation de l'article 8 (§ 85). Le requérant résidait avec sa femme et sa fille en Hongrie. En décembre 1998, ils s'étaient rendus en Roumanie pour rendre visite aux grands-parents maternels de l'enfant. Le requérant était rentré plus tôt en Hongrie, son épouse et leur fille devant le rejoindre un peu plus tard. Or, Le 4 janvier 1999, la femme du requérant avait demandé le divorce en Roumanie et annoncé au requérant qu'elle resterait en Roumanie avec l'enfant commun. L'affaire présentait plusieurs aspects. Tout d'abord, les autorités roumaines, sollicitées par le requérant en tant qu'autorité centrale, s'étaient bornées à porter le litige devant les juridictions roumaines. La Cour a constaté qu'en l'occurrence le requérant ne disposait pas d'une décision judiciaire ordonnant le retour, mais elle a considéré que cela n'avait que peu d'impact et qu'en l'espèce l'obligation des autorités roumaines reposait sur le droit hongrois et sur l'article 3 de la Convention de La Haye qui détermine les hypothèses dans lesquelles le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré illicite. Dès lors, les autorités roumaines auraient dû prendre des mesures effectives pour assurer le retour immédiat de l'enfant conformément à l'article 7 de la Convention de La Haye (§§ 74-79). Ensuite, les juridictions roumaines avaient d'emblée estimé que l'article 3 de la Convention de La Haye n'était pas applicable et qu'au regard du droit hongrois le requérant n'avait pas le droit que l'enfant lui soit retourné. La Cour a considéré que cette interprétation contredisait à la fois la lettre et l'esprit du texte puisqu'elle privait l'article 3 de presque tout effet (§§ 80-81). En outre, une période de plus de 12 mois s'était écoulée entre la demande du requérant et la décision alors que la Convention de La Haye impose aux Etats parties, aux termes de son article 11, un délai maximal de six semaines (§ 82). Enfin, les juridictions roumaines avaient estimé conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il demeure en Roumanie dans la mesure où il s'était adapté à son nouvel environnement. La Cour a admis qu'il s'agissait là d'une considération pertinente, pour autant toutefois que l'adaptation ne soit pas précisément la conséquence de l'inaction de l'Etat comme c'était le cas en l'espèce (§§ 83-84).

¹⁵⁰⁶ D. DELVAX, « L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite. A propos d'un arrêt rendu le 6 décembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 253, pp. 18-20 ;

793. Rendus en 2010 et en 2013, deux arrêts de grande chambre paraissent ainsi avoir considérablement ému l'idée d'une prévalence de principe ou d'une préférence abstraite pour le retour de l'enfant. Tout semble indiquer que la Cour, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt de l'enfant, refuse désormais toute présomption quelconque qui indiquerait la solution devant *a priori* être retenue sous réserve de la possibilité de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'abandon de la règle au profit de l'exception¹⁵⁰⁷.

794. Dans l'arrêt de grande chambre *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, la Cour a désavoué la décision du tribunal fédéral suisse d'ordonner le retour d'un enfant auprès de son père en Israël. Il avait été enlevé, au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye, par sa mère qui résidait avec lui en Suisse. A rebours de la juridiction nationale et de la chambre¹⁵⁰⁸, la grande chambre a estimé que le retour de l'enfant en Israël auprès de son père aurait constitué une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de la mère et de l'enfant.

La Cour a d'abord relevé que la Convention ne devait pas se lire isolément et qu'en l'espèce il fallait se référer aux termes de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (§§ 131 et 132). Elle a toutefois immédiatement précisé qu'il revenait à la Cour de contrôler si dans l'application qu'ils font de cette convention, les autorités nationales respectent les obligations qui leur incombent au titre de l'article 8 (§ 133). La Cour a ensuite souligné l'existence d'un consensus large, y compris en droit international, sur la prééminence du critère de l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent (§ 135) et relevé les difficultés induites par le caractère bicéphale de cet intérêt : vivre auprès de ses parents et vivre dans un environnement sain, ce qui ne revient pas toujours au même (§ 136). Dès lors, suivant la Cour, le retour de l'enfant prévu par la Convention de La Haye ne saurait être mis en œuvre de façon automatique dès que cette convention est applicable (§ 137). Les juridictions internes sont les mieux placées pour décider, mais la Cour opère un contrôle marginal de la substance des décisions prises et des procédures qui y conduisent. A cet égard, la Cour a précisé – en renvoyant à *Maumousseau* (§ 74) – que « pour ce faire, elle doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine » (§§ 138-139).

Ces principes posés, la Cour s'est attachée à l'examen des circonstances de l'espèce. Elle a pointé que les juridictions internes n'avaient pas été unanimes¹⁵⁰⁹ quant à la décision à prendre et que plusieurs rapports d'experts avaient conclu à l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour (§§ 142-143). La Cour a en tout cas tenu pour acquis qu'un retour de l'enfant sans sa mère était inenvisageable tant pour les juges internes que pour les experts, mais que le Tribunal fédéral suisse avait considéré qu'il revenait à la mère de retourner en Israël avec son enfant (§ 144). Suivant la Cour, cette décision pouvait être considérée comme relevant de la marge d'appréciation des autorités suisse (§ 145). Se plaçant toutefois au moment de la mise en œuvre de la décision de retour, la Cour a signalé que l'enfant était intégré en Suisse où il avait vécu depuis ses deux ans. Elle a relevé qu'il fallait balancer le bénéfice que pourrait retirer l'enfant

¹⁵⁰⁷ S. SAROLÉA, « Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1191-1206 ; D. RIETIKER, « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux. Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 377 et s.

¹⁵⁰⁸ Dans son arrêt du 8 janvier 2009, la chambre avait conclu, par quatre voix contre trois, à la non-violation de l'article 8.

¹⁵⁰⁹ Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 53.

de son retour forcé et le trouble important que ce retour risquait de générer (§§ 146-148). Elle a pointé que le père de l'enfant en Israël s'était remarié, avait divorcé quelques mois plus tard et s'abstenait de payer les pensions alimentaires dues pour un nouvel enfant issu de cette union éphémère (§ 149). Elle a enfin signalé différents risques notamment pénaux auxquels la mère se serait exposée en retournant en Israël (§§ 149-150). La Cour a conclu qu'il ne pouvait être exclu qu'en cas de retour l'enfant, déraciné, puisse être privé de sa mère qui se trouverait incarcérée et confié à son seul père dont les capacités éducatives n'étaient pas certaines. Dans ce contexte, l'exécution de la décision de retour aurait contrarié l'intérêt de l'enfant et partant violé la Convention (§ 151)¹⁵¹⁰.

Relevant avec satisfaction le renversement par l'arrêt *Neulinger et Shuruk* de la jurisprudence *Maumousseau*, le juge ZUPANCIC s'est étonné, dans son opinion séparée, de ce que le second se réclame du premier. Ainsi, a-t-il exposé, « l'affaire Neulinger et Shuruk constitue un revirement complet par rapport à l'affaire Maumousseau et Washington et à sa 'logique' » en sorte qu'il était « étrange de citer l'arrêt Maumousseau et Washington comme si non seulement il était compatible avec l'arrêt Neulinger et Shuruk, mais encore il le justifiait » (voy. *supra* n° 792).

Dans son arrêt *Raban c. Roumanie* du 26 octobre 2010, la Cour a à nouveau expressément listé les « principes » applicables en matière d'enlèvement international (§ 28) et clairement affirmé la nécessité d'un examen « *in concreto* » de l'intérêt de l'enfant (§ 36). Dans les arrêts *Šneerson et Campanella c. Italie* du 12 juillet 2011 et *B. c. Belgique* du 10 juillet 2012 où la Cour a également estimé que la décision de retour constituait une violation de la Convention. La prévalence du retour sur le non-retour, qui est au cœur du mécanisme de la Convention de La Haye, apparaissait bel et bien émoussée, comme l'a ultérieurement confirmé un nouvel arrêt de la grande chambre rendu cette fois à l'encontre de la Lettonie.

795. De la même manière, dans l'arrêt *X. c. Lettonie* du 26 novembre 2013, la grande chambre a censuré la décision des juridictions lettones de renvoyer l'enfant vers l'Australie d'où il avait été déplacé par sa mère. Après qu'un tribunal australien ait jugé que le père de l'enfant exerçait la responsabilité parentale à son égard au moment du déplacement, les juridictions lettones (le tribunal d'arrondissement de Zemgale puis la Cour d'appel de Riga) avaient ordonné le retour (§§ 21 et 25). La requérante n'avait pas exécuté cette décision et, en mars 2009, à l'occasion d'une rencontre fortuite, le père de l'enfant l'avait pris et emmené en voiture à Tallin en Estonie où il avait pu – avec la bénédiction des autorités lettones – prendre un vol pour Helsinki en vue de rentrer en Australie (§ 30). Dans son arrêt du 15 novembre 2011, la chambre avait considéré que dans cette affaire faisait défaut « un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments » (§ 70)¹⁵¹¹.

La grande chambre a eu à cœur de faire le point sur sa position relative à l'application de la Convention de La Haye. Ainsi, « l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire Neulinger et Shuruk [...] pouvait et a effectivement été lu comme suggérant que les juridictions nationales

¹⁵¹⁰ Cet arrêt de la grande chambre de la Cour a donné lieu à pas moins de cinq opinions séparées. Voyez ainsi l'opinion concordante des juges LORENZEN et KALAYDJIEVA, l'opinion concordante du juge CABRAL BARRETO ; L'opinion concordante du juge MALINVERNI ; l'opinion séparée des juges JOCIENE, SAJO et TSOTSORIA et l'opinion dissidente du juge ZUPANCIC.

¹⁵¹¹ Les gouvernements finlandais et tchèque ont fait tierce intervention et critiqué la décision prise par la formation de chambre. L'un et l'autre ont rappelé que les Etats devaient respecter les engagements découlant non seulement de la Convention de La Haye, mais également du Règlement Bruxelles II bis et dénoncé la circonstance que l'exigence d'un « examen approfondi » contredisait la philosophie de ces instruments et opérait une confusion entre la demande de retour et les questions, pourtant distinctes, relatives à la garde et à la résidence de l'enfant (§§ 83-89). Une troisième partie intervenante, l'association Reunite, a insisté sur la contribution apportée par la jurisprudence de la Cour au bon fonctionnement de la Convention de La Haye, mais s'est inquiétée de ce qu'« une évolution récente semble vouloir exiger des juges un examen plus approfondi pour statuer sur les exceptions au retour de l'enfant » (§ 91).

devaient se livrer à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments. Une telle formule avait déjà été utilisée par une chambre dans l'affaire Maumousseau et Washington [...], un tel examen approfondi ayant, en fait, été effectué par les juridictions internes » (§ 104). Dès lors, le « paragraphe 139 de l'arrêt Neulinger et Shuruk ne pose [...] en soi aucun principe pour l'application de la Convention de La Haye par les juges nationaux » (§ 105). Suivant la Cour, pour appliquer harmonieusement la Convention et la Convention de La Haye, deux conditions devaient être remplies : (1) les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant doivent être réellement pris en compte par le juge qui doit en conséquence rendre une décision suffisamment motivée sur ce point et (2) les éléments considérés doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention (§ 106).

Il s'ensuit que l'article 8 met essentiellement à charge des Etats en la matière une « obligation procédurale particulière » en vertu de laquelle « les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de “risque grave” pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce ». Selon la grande chambre, un défaut de prise en compte des éléments considérés ou un défaut de motivation à leur propos constituerait non seulement une atteinte à l'article 8, mais également du but et de l'objet de la Convention de La Haye. Ainsi, « la prise en compte effective de telles allégations, attestée par une motivation des juridictions internes qui soit non pas automatique et stéréotypée, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions visées par la Convention de La Haye, lesquelles doivent être d'interprétation stricte [...] est nécessaire » (§ 107). La Cour cherche donc à synthétiser son approche de la question en énonçant, essentiellement, une exigence de nature procédurale. Il faut donc « non seulement examiner des allégations défendables de “risque grave” pour l'enfant en cas de retour » mais aussi « prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce ».

Appliquant cette approche aux faits de la cause, la Cour a relevé qu'un délai de moins d'un an s'était écoulé entre la demande de retour adressée à l'autorité lettone et le retour effectif de l'enfant (§ 109), tandis que les juridictions nationales de première instance et d'appel avaient été unanimes sur l'opportunité d'un tel retour (§ 110). Se penchant ensuite sur la problématique spécifique de la motivation de la décision lettone, la Cour a relevé essentiellement que la requérante, sur laquelle reposait initialement la charge de la preuve, avait produit un certificat rédigé par un psychologue et concluant à l'existence d'un risque de traumatisme pour l'enfant en cas de séparation immédiate et avait fait valoir l'existence de condamnations pénales à l'encontre de T. et invoquée des actes de maltraitance en sorte qu'il appartenait aux autorités lettones d'examiner sérieusement ces éléments (§ 116). Or en l'espèce, les autorités nationales ne s'étaient pas prêtées à un tel examen en faisant valoir le caractère unilatéral de l'expertise produite. Selon la Cour, le juge national aurait dû solliciter une expertise contradictoire et également examiner la question de savoir si la requérante était en mesure, en cas de retour, de suivre sa fille en Australie (§ 117) (comp. *supra* n° 775 et s.). Ainsi, Dès lors que le parent opposé au retour soumet des éléments « suffisants » tendant à accréditer l'existence d'un risque « grave », il appartiendrait aux autorités nationales de procéder aux vérifications « sérieuses » et d'envisager la possibilité que le parent qui a enlevé l'enfant puisse retourner avec lui au lieu de résidence habituelle. Au surplus, le respect des délais prescrits par l'article 11 de la Convention de La Haye « ne saurait [exonérer les Etats] d'un examen effectif des allégations d'une partie, fondées sur l'une des exceptions expressément prévues » (§ 118).

Dans une longue opinion concordante adjointe à l'arrêt *X. c. Lettonie*, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a affirmé que « lorsque la Cour est saisie d'une décision de retour dans une affaire d'enlèvement international d'enfant, son examen se limite aux moyens d'opposition au retour fondés sur le bien-être de l'enfant prévus par la Convention de La Haye de 1980. Cet

examen détaillé et approfondi sur le terrain de la Convention ne peut pas et n'a pas à aller plus loin. Il suffit que ces moyens soient interprétés à la lumière du contexte social d'aujourd'hui, et plus précisément des tendances sociologiques qui se dégagent depuis quelques années. Tel était l'objectif de la Grande Chambre il y a trois ans : l'arrêt Neulinger et Shuruk était un appel à une interprétation évolutive et téléologique de la Convention de La Haye ».

Cette Convention souffrirait ainsi d'importantes lacunes non seulement parce qu'elle n'institue aucun mécanisme de contrôle supranational, mais également en raison d'une « terminologie juridique ambiguë et mal définie » et de l'« absence de règles procédurales sur la conduite des procédures judiciaires de retour, concernant par exemple les audiences de production des preuves, la communication des pièces, la charge de la preuve, les recours, le caractère suspensif de ceux-ci et les mesures provisoires ».

Il faudrait donc revoir la Convention de la Haye au regard notamment de « la reconnaissance universelle de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe de droit international coutumier et conventionnel, et non comme un simple “paradigme social” » et de « la confirmation d'une nouvelle tendance sociologique quant aux parents ravisseurs ». Ces deux aspects « militent toutes deux désormais en faveur d'une interprétation téléologique et évolutive de la Convention de La Haye, que l'on retrouvera avant tout dans l'interprétation des moyens d'opposition au retour à la lumière de la situation réelle de l'enfant et de son avenir immédiat ».

A raison, selon nous, les juges dissidents critiquent les trois motifs déterminants retenus par la majorité de leurs collègues. En premier lieu, alors que la mise en œuvre de l'article 13 suppose la démonstration d'un risque grave, l'expertise psychologique unilatérale produite par la mère concernait spécifiquement l'impact « une séparation immédiate d'avec la mère » et non pas la question du retour en tant que tel et la Cour d'appel de Riga, où la requérante a produit l'expertise pour la première fois, l'a expressément signalé. Ensuite, les allégations de mauvais traitements n'étaient nullement étayées en sorte qu'il n'appartenait pas aux juridictions internes de pousser plus loin les recherches à cet égard. Enfin, la requérante n'alléguait pas qu'il lui était impossible de rentrer en Australie avec l'enfant en manière telle qu'ici non plus il n'appartenait pas au juge interne de s'interroger plus avant sur cet aspect (la requérante était d'ailleurs *in casu* rentrée en Australie après le retour de l'enfant). Ayant encore relevé, au crédit des juridictions lettones, que tant le tribunal que la Cour d'appel avaient entendu les parties qui étaient au demeurant dûment représentés et qu'elles avaient unanimement¹⁵¹² conclu à l'opportunité du retour, la minorité a considéré que si « les motifs par lesquels les tribunaux lettons ont ordonné le retour d'E. sont succincts [...] ils ont adéquatement répondu aux arguments de la requérante et que l'examen des demandes formulées par celle-ci a satisfait aux obligations procédurales que l'article 8 de la Convention fait peser sur eux » (§ 11)¹⁵¹³.

796. L'évolution de la jurisprudence en matière d'enlèvement d'enfants est particulièrement symptomatique du déploiement ininterrompu de logique du cas par cas. Pour un auteur, ce mouvement rendrait compte de ce que « la réalité de la vie quotidienne dans une société moderne et mondialisée » est trop complexe pour être entièrement prévue ou anticipée par le législateur (international) en manière telle qu'il faut prévoir dans l'application de la règle une « souplesse opportune et nécessaire »¹⁵¹⁴.

¹⁵¹² Comp. Cour eur. dr. h., arrêt Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, § 53.

¹⁵¹³ Opinion dissidente commune aux juges BRATZA, VAJIĆ, HAJIYEV, ŠIKUTA, HIRVELÄ, NICOLAOU, RAIMONDI et NUSSBERGER.

¹⁵¹⁴ D. RIETIKER, « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre ... », *op. cit.*, p. 412. Sylvie SAROLÉA estime quant à elle que le renversement du rapport originel entre le principe (du retour) et l'exception (du non-retour) rend plutôt compte « d'un dysfonctionnement du mécanisme mis en place par la Convention de La Haye » au sens où finalement, dans la plupart des cas, ce sont in fine les droits des deux parents qui seraient méconnus et –

797. En premier lieu, « l'adéquation des mesures prises par les autorités se juge en particulier à la rapidité de leur mise en œuvre, le passage du temps pouvant avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux »¹⁵¹⁵. La Convention de La Haye elle-même exige au titre de son article 11 qu'il soit procédé d'urgence en vue du retour de l'enfant au même titre que le règlement 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003.

Dans un grand nombre de cas, c'est donc la durée de la procédure qui va conduire la Cour à constater une violation de la Convention. Tantôt, la durée de la procédure est telle que c'est finalement l'écoulement du temps et l'installation de l'enfant dans l'Etat de déplacement qui tranchent l'affaire en fondant une décision de maintien de l'enfant dans cet Etat (voy. par ex. l'arrêt *Macready c. République tchèque* du 22 avril 2010, sp. §§ 64-65)¹⁵¹⁶. Tantôt, au contraire, les autorités nationales finissent bel et bien par rendre une décision de retour, mais la tardiveté de celle-ci contrarie la vie familiale du requérant et de son enfant et induit en outre généralement des difficultés au stade de l'exécution de la décision (voy. par ex. les arrêts *H.N. c. Pologne*¹⁵¹⁷ du 13 septembre 2005 et *Karadzic c. Croatie*¹⁵¹⁸ du 15 décembre 2005)¹⁵¹⁹.

Lorsqu'une procédure de retour est lancée, la Convention impose de suspendre les procédures relatives à la garde, afin qu'une décision sur le retour puisse intervenir rapidement. Il est vrai

corrélativement – ceux de l'enfant. Ainsi, « juger qu'il y a violation des droits du parent enleveur et de l'enfant si l'on ordonne le retour après une longue période de temps et dans le même temps qu'il y a atteinte aux droits du parent victime du déplacement illicite parce que les procédures ont été à ce point longues que la rupture était consommée n'est pas incompatible » (S. SAROLÉA, « Le retour immédiat de l'enfant ... », *op. cit.*, p. 1206).

¹⁵¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Raw et autres c. France* du 7 mars 2013, § 83.

¹⁵¹⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Monory c. Roumanie et Hongrie* du 5 avril 2005.

¹⁵¹⁷ Dans cette affaire *H.N. c. Pologne* qui a donné lieu à un arrêt du 13 septembre 2005, le requérant avait eu trois enfants avec son épouse et la famille vivait en Norvège. En 1994, l'épouse du requérant avait intégré un hôpital psychiatrique pour plus de deux mois à raison selon lui d'une psychose paranoïaque. Les parties s'étaient séparées en 1998 et avaient ensuite demandé le divorce. La garde des enfants avait été confiée au requérant et avec un droit de visite pour la mère des enfants à raison d'une fois par semaine chez le requérant, outre un week-end par mois. En 1999, la mère avait enlevé les enfants et les avait emmenés en Pologne. Le requérant avait alors contacté le ministère de la justice sur pied de la Convention de La Haye et sollicité le retour des enfants. La Cour a constaté, d'une part, qu'il avait fallu près de deux mois pour obtenir un avis d'expert de six pages ensuite de quoi l'affaire avait apparemment dormi durant trois mois supplémentaires avant qu'intervienne une décision, sans qu'aucune explication suffisante ne soit avancée quant à ces délais (§ 79). Elle a relevé, d'autre part, qu'une fois la décision intervenue les autorités polonaises étaient, au plan de l'exécution de la décision ordonnant le retour, demeurées inactives pendant de longues périodes et n'avaient pas utilisé les informations procurées par l'autorité centrale norvégienne (§§ 80-82). Ce double constat a conduit la Cour à estimer que les autorités polonaises n'avaient en l'espèce pas rempli les obligations positives découlant pour elles de l'article 8 de la Convention (§ 83).

¹⁵¹⁸ Dans cette affaire *Karadzic c. Croatie* qui a donné lieu à un arrêt du 15 décembre 2005, la requérante vivait en Allemagne et avait la garde exclusive de son fils né en dehors des liens du mariage. Le père de l'enfant avait fui l'Allemagne à raison de poursuites pénales et vivait en Croatie. En 2000, la requérante et l'enfant lui avaient rendu visite en Croatie. Il avait alors refusé que la requérante reparte avec l'enfant. La requérante avait tout de même réussi à retourner en Allemagne avec son fils mais, quelques jours plus tard, le père avait kidnappé l'enfant et l'avait ramené en Croatie. La Cour a constaté, d'une part que, les autorités croates, contactées par les autorités allemandes, avaient mis cinq mois avant d'entamer une procédure judiciaire en vue du retour de l'enfant ensuite de quoi les délais procéduraux avaient été très longs sans explication convaincante (§ 59). Elle a pointé, d'autre part, que lorsqu'enfin la décision était intervenue, la police n'avait pas été diligente pour localiser le père et avait fait preuve de laxisme après l'avoir trouvé puisqu'il était parvenu à s'échapper. Finalement, il avait été condamné à une amende et à de la détention, mais aucune de ces sanctions n'avait été exécutée (§§ 60-61). La Cour a, au regard de ces différents éléments, conclu à la violation de l'article 8.

¹⁵¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Stochlak c. Pologne* du 22 septembre 2009, § 62 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Özmen c. Turquie* du 4 décembre 2012, § 99.

que les contradictions entre les décisions sont de nature à complexifier encore des situations qui n'en n'ont certainement pas besoin¹⁵²⁰.

Dans tous les cas, il est évident que l'atténuation du principe du retour immédiat portée par les arrêts *Neulinger* et *X.* implique nécessairement une réévaluation de l'exigence de célérité. Dans une opinion séparée adjointe à l'arrêt *X. c. Lettonie*, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a affirmé à cet égard n'être pas « disposé à accepter la critique facile selon laquelle nous ne pouvons avoir le beurre et l'argent du beurre, en ce que faire un examen "approfondi" dans une procédure à conduire d'urgence et avec diligence reviendrait presque à chercher la quadrature du cercle ». En effet, explique-t-il, d'une part, « l'arrêt *Neulinger* limite l'objet de l'examen au contexte précis de la demande de retour » et, d'autre part, « un examen méthodique, limité et rapide est parfaitement faisable lorsque les juges en contrôlent strictement le calendrier. Un examen judiciaire "approfondi" n'a pas à être obtus, mal défini et laxiste ».

798. Les exigences de qualité procédurale mise à la charge des Etats parties impliquent, en second lieu, classiquement que les différents protagonistes de l'affaire soient suffisamment impliqués dans le processus décisionnel. Jugé ainsi dans l'arrêt *Dore c. Portugal* du 1^{er} février 2011 que l'absence de convocation à l'audience du parent demandant le retour alors même que la mère qui avait déplacé l'enfant et la tante maternelle de celui-ci avaient été entendues par le tribunal contribuait à asseoir un constat de violation de l'article 8 (§ 52).

799. En troisième lieu, la question se pose de savoir sur qui au juste repose désormais la charge de la preuve. Dans l'arrêt *Carlson*, la Cour avait jugé que, contrairement à ce qui découle clairement de l'article 13 de la Convention de La Haye, la charge de la preuve avait été renversée dans la mesure où on avait demandé au requérant d'établir qu'il n'avait pas consenti ou acquiescé au déplacement et au non-retour de l'enfant (§ 77)¹⁵²¹. Cependant, comme on l'a vu, il résulte de l'arrêt *X. c. Lettonie* que dès lors que le « parent enleveur » présente des « allégations défendables de "risque grave" pour l'enfant en cas de retour », il appartient aux autorités non seulement de les examiner mais également de se prononcer sur elles par décision spécialement motivée. Dans cette affaire, la Cour a en outre pu considérer que le juge national aurait du solliciter une expertise contradictoire (§ 117). Il semble donc que le parent qui est l'auteur du déplacement illicite n'est pas appelé à supporter *in fine* la charge de la preuve : pour autant qu'il présente des « allégations défendables », le parent victime devra nécessairement s'employer à démontrer l'innocuité du retour tandis que des obligations procédurales aggravées pèseront sur le décideur national.

γ – L'exécution des décisions

800. La question de l'exécution éventuellement forcée des décisions rendues en matière d'enlèvement international est certainement très épineuses tant il est vrai que le droit est démuné face au refus d'un parent de mettre en œuvre la décision de justice relative à la personne même de l'enfant : d'un côté, tant le recours à la force publique que les sanctions financières paraissent inadéquates ; de l'autre, le droit abdique s'il s'incline systématiquement devant le fait accompli. La Cour a dès lors pu, à plusieurs reprises, condamner le laxisme ou la passivité des autorités étatiques¹⁵²² dans la mise en œuvre des décisions rendues en matière d'enlèvement¹⁵²³.

¹⁵²⁰ Voy. à cet égard, l'affaire *Özmen c. Turquie* dans laquelle les juridictions turques avaient à quelques mois d'écart ordonné le retour de l'enfant en Australie puis confié sa garde à la mère qui l'avait illicitement déplacé en Turquie (Cour eur. dr. h., arrêt *Özmen c. Turquie* du 4 décembre 2012, § 101).

¹⁵²¹ La Cour a estimé au demeurant que la circonstance que le tribunal fédéral avait finalement reconnu et cherché à corriger les effets de ces dysfonctionnements des juridictions suisses ne dégageait en l'espèce pas l'Etat suisse de sa responsabilité internationale (§ 78).

¹⁵²² Voy. par ex. : Cour eur. dr. h., arrêt *Bianchi c. Suisse* du 22 juin 2006, § 99.

801. Il apparaît globalement que si la Cour souscrit au principe d'un emploi parcimonieux de la contrainte, celle-ci ne peut être absolument exclue. En somme, la Cour exige surtout des autorités, une attitude dynamique, qui ne se borne pas à la mise en œuvre de mesures stéréotypées et prend en considération les spécificités de l'espèce (voy. *supra* n° 781 et s.)¹⁵²⁴.

Dans l'affaire *Maumousseau et Washington c. France* du 6 décembre 2007, la requérante se plaignait non pas seulement de la décision de retour (voy. *supra* n° 792), mais également des conditions d'exécution de la mesure dès lors que les forces de l'ordre étaient intervenues à l'école de l'enfant. A cet égard, la Cour a constaté que cette intervention avait été rendue nécessaire par l'attitude de la requérante qui avait fait entrer l'enfant en clandestinité pour échapper à l'exécution de la décision, faisant montre d'une absence totale de coopération. La Cour a indiqué en outre que si, de manière générale, l'intervention de la force publique n'est pas la plus adéquate et peut présenter des aspects traumatisants, en l'espèce, elle avait eu lieu sous l'autorité du procureur de la République et avait été interrompue face à la résistance des nombreuses personnes ayant pris fait et cause pour la requérante. Elle a dès lors considéré que l'article 8 n'avait pas été violé à cet égard (§§ 84-85)¹⁵²⁵.

De même, dans un arrêt *Raw et autres c. France* du 7 mars 2013, la Cour, tout en saluant les efforts initialement déployés par les autorités françaises afin de mettre à exécution la décision de retour, a constaté que « les autorités françaises se sont peu à peu désinvesties, face notamment au peu d'empressement du père à coopérer (§ 92). La Cour ne mettait en cause ni le choix des autorités de « privilégier la voie de la coopération et de la négociation, d'autant moins que l'article 7 de la Convention de La Haye met l'accent sur la nécessité de rechercher une solution amiable » ni même l'option prise de « ne pas procéder à l'exécution forcée de l'arrêt du 16 avril 2009 [...] et la décision du préfet du 19 août 2009 de refuser le concours de la force publique [...] », mais elle a par contre estimé que « des mesures [coercitives] auraient pu être prises à l'encontre de leur père, afin de l'inciter à coopérer d'avantage » et « ne s'explique pas pourquoi les autorités françaises compétentes n'ont pas donné suite à la plainte pour non-représentation d'enfants déposée par la première requérante » (§ 93).

802. Un changement de circonstances peut justifier l'inexécution d'une décision définitive tendant au retour de l'enfant. Encore faut-il cependant que le changement de circonstance ne procède pas du seul écoulement du temps et de la passivité des autorités : il s'agit de mettre en évidence un fait véritablement nouveau justifiant l'amendement de la position initialement prise.

¹⁵²³ Dans l'arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, la Cour a considéré que l'inexécution de la décision de retour rendu par les juridictions roumaines avait constitué une violation de la Convention. Face à la même problématique, elle atteindra également un verdict de violation de la Convention dans l'affaire *Sylvester c. Autriche* le 24 avril 2003. Il en a été de même dans les arrêts *Maire c. Portugal* du 26 juin 2003 et *Iglesias-Gil c. Espagne* du 29 avril 2003. Voy. aussi les arrêts *Tapia Gasca et D. c. Espagne* du 22 décembre 2009 et *Küçüc c. Turquie et Suisse* du 17 mai 2011 dans le cadre desquels la Cour a considéré que les autorités nationales avaient œuvré de manière adéquate au retour de l'enfant auprès du parent auquel il avait été soustrait. La Cour a souligné, dans les deux arrêts, que la circonstance que les procédures judiciaires, policières, diplomatiques ou que l'instruction pénale de l'affaire n'ont pas procuré le résultat souhaité ne permettait pas de conclure que les autorités nationales étaient restées inactives (*Tapia Gasca et D.*, § 107 ; *Küçüc*, § 75). Voy. finalement : Cour eur. dr. h., arrêt *Sophia Guðrún Hansen c. Turquie* du 23 septembre 2003, §§ 106-108 (violation de l'article 8).

¹⁵²⁴ Le juge de Strasbourg a précisé, dans un arrêt *Stochlak c. Pologne* du 22 septembre 2009, que les Etats ont l'obligation de prendre des mesures positives en vue de permettre la réunion du parent à son enfant, même si cette obligation n'est pas absolue et si le recours à la coercition est profondément inadéquat dans ce type d'affaires (§ 58). La Cour a admis que le comportement de la mère avait généré les difficultés d'exécution, mais a souligné qu'il appartenait à chaque Etat membre de se pourvoir d'un arsenal adéquat en la matière (§ 64).

¹⁵²⁵ L'enfant avait été subséquentement placée à l'ADSEA du Var avant d'être finalement remise au père en décembre 2005. Voy. également l'opinion dissidente du juge ZUPANCIC à laquelle se rallie la juge GYULUMYAN.

Ainsi, dans l'arrêt *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique* du 17 juillet 2008, la Cour a affirmé que le changement de circonstances considéré ne pouvait être la conséquence de l'incapacité des autorités nationales de prendre les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour permettre l'exécution de la décision (§ 28). En l'espèce, la Cour a conclu à la violation de la Convention, les autorités belges ne procurant aucune explication à la circonstance qu'entre décembre 1998 et septembre 1999, aucune action concrète n'avait été mise en œuvre pour permettre la réunion (§§ 30-31).

Jugé au contraire que l'attitude des autorités étatiques était conforme aux exigences de la Convention dans une affaire *Serghides c. Pologne* soldée par un arrêt du 2 novembre 2010. La Cour a en l'occurrence estimé que les autorités polonaises avaient agi adéquatement en prononçant dans un premier temps une décision de retour au Royaume-Uni puis en revenant sur cette décision dès lors qu'un « changement de circonstances pertinent » était intervenu. Ce changement était lié à une tentative de reprise par le père, alors même qu'une procédure d'exécution de la décision de fond était en cours, mais suspendue en raison du pourvoi en cassation formé par la mère contre la décision de retour. La Cour avait relevé que différents experts avaient fait état de l'impact négatif de la tentative de reprise (§ 70). Ce n'était donc pas le passage du temps qui avait conduit au changement de circonstance en l'espèce, mais l'attitude inadéquate du requérant (§ 71)¹⁵²⁶.

803. Le contentieux des enlèvements internationaux pose par ailleurs à nouveau la question de prévalence à éventuellement reconnaître à la volonté de l'enfant. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Raw et autres c. France* du 7 mars 2013, le Juge LEMMENS a affirmé que, « la difficulté majeure [...] était que les enfants, objets de la préoccupation des autorités, avaient manifesté leur refus de retourner en Grande-Bretagne ». Il a relevé à cet égard que « la majorité reconnaît que c'était une difficulté réelle, mais estime qu'elle n'était pas nécessairement insurmontable ». Or, selon lui, « les autorités, en agissant comme elles l'ont fait, ont pu estimer être guidées par l'intérêt supérieur des enfants tel qu'elles ont cru devoir le concevoir (interprétation qui ne me paraît pas déraisonnable) ». Sur le fondement de cette appréciation, dont il reconnaît « qu'elle présente inévitablement un élément de subjectivité », il conclut à l'absence de violation de la Convention.

¹⁵²⁶ Les juges MIJOVIC, BIANKU et GAETANO ont exprimé leur désaccord avec les conclusions atteintes par la majorité. Ils relèvent quant à eux qu'un délai d'un an et sept mois s'est écoulé avant qu'intervienne une première décision de fond sur le retour. Ce délai, sans commune mesure avec le délai de six semaines visé par la Convention de La Haye induit suivant les juges dissidents en soi une violation de l'article 8 sans qu'il faille analyser ce qui s'est éventuellement passé ensuite de cette première décision.

F. L'avènement de la pluriparentalité

804. Les parents d'un enfant ne sont pas toujours les seuls à se prévaloir d'une relation à l'enfant protégée par l'article 8 de la Convention. Il est évident que l'extension indéfinie du champ d'application matériel de la notion autonome de vie familiale induit une multiplication des conflits de droits. La Cour a ainsi progressivement admis que le père biologique, le beau-parent, le grand-parent ou encore le parent d'accueil pouvaient se prévaloir d'une relation correspondant à une vie familiale protégée (voy. *supra* n° 84-86). Cette relation peut alors entrer en interférence avec la relation parentale *sensu stricto*. Il revient alors aux autorités nationales de démêler au cas par cas cet écheveau relationnel à la lumière du principe primordial de prépondérance de l'intérêt de l'enfant. Dans le contexte de cette approche résolument casuistique et procédurale, la Cour désactive progressivement les solutions générales et abstraites et même la présomption suivant laquelle les enfants ne peuvent être confiés à d'autre que leurs parents que dans des circonstances exceptionnelles.

i) *Le père biologique*

805. Pour John EEKELAAR, la protection de la vie privée ne devrait pas en soi donner le droit d'établir une relation avec l'enfant dans toutes les circonstances, même si le parent est susceptible d'avoir à l'égard de l'enfant en vertu du seul lien génétique le devoir de l'entretenir¹⁵²⁷. La priorité devrait toujours être donnée à l'intérêt de l'enfant et cela quel que soit son âge. En effet, les enfants ne sont pas responsables pour les situations éventuellement complexes au cœur desquelles ils se trouvent, ils sont projetés dans ces situations par l'action (excusable ou non) d'autrui¹⁵²⁸. La Cour européenne adhère globalement à cette philosophie : si le lien entre le père biologique et l'enfant peut constituer une vie familiale protégée ou bien – à tout le moins – relever de la protection de la vie privée, cette vie privée ou familiale ne donne pas droit *ipso facto* à des contacts, mais de tels contacts ne peuvent pas – dans le contexte des réalités familiales du XXI^{ème} siècle – être exclus de manière générale et *in abstracto*. Ainsi, le droit reconnu au père biologique est-il *in fine* de nature essentiellement procédurale : à défaut de lien juridique de filiation, pour autant que le lien biologique soit corrélé à un lien socio-affectif ou – minimalement – à une volonté persistante d'établir un tel lien, la Cour refuse que la possibilité d'instaurer un droit au contact au profit du père biologique soit écartée sans examen *in concreto*. Le père biologique a donc une épaisseur (uniquement processuelle) en droit européen des droits de l'homme : il a le droit que l'opportunité de contacts avec l'enfant soit envisagée dans le cadre d'une approche *in concreto* même en présence d'un père légal et socio-affectif¹⁵²⁹, sans préjudice de la possibilité qu'il peut avoir parfois de chercher à établir à l'égard de l'enfant un véritable lien de filiation (voy. *infra* n° 1108 et 1119).

α – Le donneur de sperme : M. c. Pays-Bas

806. Dans une affaire *M. c. Pays-Bas*, la Commission avait considéré, dans une décision d'irrecevabilité datée du 8 février 1993 qu'un donneur de sperme ayant contribué au projet parental d'un couple de lesbienne ne pouvait prétendre au respect de la vie familiale garantie par la Convention. La situation était pourtant spécifique dans la mesure où en l'espèce, le requérant avait gardé l'enfant une après-midi par semaine pendant environ huit mois. Lorsqu'il avait

¹⁵²⁷ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life...*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹⁵²⁹ On le verra, le droit à la possibilité de mettre en cause devant une juridiction la paternité présumée fondée sur le mariage elle-même ne lui est par contre pas reconnue par le juge européen (*Chavdarov*). Cependant, lorsque la paternité légale découle non pas du mariage de la mère, mais d'une reconnaissance de paternité, la Cour exige à nouveau la possibilité d'une évaluation concrète (éventuellement agréementée cependant d'une présomption favorable au père juridique) (*Ahrens*) (voy. *infra* n° 1119 et s.).

demandé à pouvoir héberger l'enfant un week-end par mois, les relations avec le couple de femmes s'étaient détériorées et elles avaient refusé tout contact au requérant. Celui-ci s'était tourné alors, sans succès, vers les juridictions nationales.

La Commission a notamment que le don de sperme n'est pas de nature à créer une vie familiale protégée par l'article 8 tandis que les contacts avaient été « limités en temps et en intensité » et que le requérant « ne [semblait] pas avoir envisagé de contribuer de quelque manière, financière ou autre, à l'éducation de l'enfant ». Dès lors « les contacts du requérant avec l'enfant, considérés en eux-mêmes et en liaison avec le fait qu'il [avait] donné son sperme, ne [constituaient] pas une base suffisante pour conclure qu'ils ont mené à des rapports personnels tellement étroits qu'ils relèveraient de la notion de “vie familiale” ».

Il n'est pas certain que la même conclusion pourrait être atteinte aujourd'hui. Au regard du perpétuel élargissement de la notion de vie familiale, il n'est pas impossible de considérer que le cas individuel d'un donneur de gamètes, expressément et volontairement impliqué par les auteurs du projet parental dans l'accompagnement de l'enfant pourrait donner lieu à la protection offerte par l'article 8. Il faut d'ailleurs relever, à cet égard, qu'en l'espèce le premier juge saisi, sans admettre l'existence à proprement parler, avait néanmoins considéré recevable la demande de droit de visite...

β – Le père biologique empêché de reconnaître l'enfant : *Lebbink c. Pays-Bas*

807. Dans un arrêt *Lebbink c. Pays-Bas* du 1^{er} juin 2004, la Cour a statué à propos d'une situation dans laquelle un père non-marié et qui ne cohabitait pas avec la mère s'était vu refuser par les juridictions néerlandaises le bénéfice d'un droit de visite. Le requérant n'avait pas procédé à la reconnaissance de son enfant, à défaut pour la mère d'y consentir, mais il s'en était occupé régulièrement entre la naissance en avril 1995 et la séparation du couple parental en août 1996 (§§ 7-10). Alors qu'en première instance le tribunal d'arrondissement avait reçu la demande et chargé le *Raad voor de Kinderbescherming* de mener une enquête, la Cour d'appel d'Arnhem avait considéré la demande irrecevable à défaut de lien personnel étroit entre le requérant et l'enfant (§§ 11-12). En avril 1998 était entré en vigueur un nouvel article 1:204 du code civil permettant au père biologique de solliciter du tribunal d'arrondissement l'autorisation de reconnaître l'enfant malgré le refus de consentement de la mère (§ 18).

La Cour a relevé que « l'existence ou l'absence d'une “vie familiale” est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits » et que « lorsqu'elle concerne une relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel, les facteurs à prendre en compte comprennent la nature de la relation entre les parents naturels, ainsi que l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance » (§ 36). L'affaire se distinguait des affaires *Sahin* et *Sommerfeld*, à défaut pour le requérant d'avoir reconnu l'enfant (il ne le pouvait pas, voy. § 9) et d'avoir formé une « cellule familiale » avec la mère et l'enfant (ils s'étaient séparés avant la naissance) et il fallait écarter l'idée suivant laquelle « une simple parenté biologique dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite doit être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'article 8 » (§ 37). En l'espèce, toutefois, les circonstances de fait rendaient compte de l'existence de liens familiaux de facto qui constituaient une vie familiale protégée dès lors que notamment le requérant avait entretenu une relation stable et durable avec la mère et s'était régulièrement occupé de l'enfant (§§ 39-40).

Dans ce contexte, le refus de la Cour d'appel d'examiner le fond de la demande du requérant constituait une violation de l'article 8 de la Convention (§ 41). La juge MULARONI s'est écartée

de la majorité et a considéré que la relation entre le requérant et l'enfant était trop ténue pour constituer une vie familiale protégée.

γ – Le père biologique empêché de contester la présomption de paternité du mari :
Anayo c. Allemagne et Schneider c. Allemagne

808. La situation paraît encore plus épineuse quand l'enfant a par ailleurs un père légal dont la relation à l'enfant pourrait être parasitée par les droits qui seraient éventuellement reconnus au père biologique. Dans ses arrêts *Anayo* et *Schneider*, rendus respectivement le 21 décembre 2010 et le 15 septembre 2011, tous deux à l'unanimité, la Cour a considéré – en renvoyant à certaines tendances se dessinant à l'échelle européenne – que la volonté de protéger la relation entre un enfant et son père légal n'était pas de nature à justifier l'impossibilité pour le père biologique de cet enfant d'obtenir que sa demande de contacts soit au moins examinée *in concreto* par le juge national au regard de l'intérêt de l'enfant. C'est ici le principe même de l'exclusivité de la relation parentale qui se trouve ici mis en question. La Cour paraît envisager que l'on puisse considérer adéquat pour l'enfant d'entretenir des relations avec un homme qui est son père biologique alors même qu'il est déjà élevé par ses deux parents légaux.

809. Dans l'affaire *Anayo c. Allemagne*, le requérant avait eu une relation avec une femme mariée à partir de 2003. En 2005, cette femme avait mis un terme à sa relation avec le requérant et était retournée vivre auprès de son mari. La même année elle avait mis au monde des jumeaux dont le requérant était le père. Il avait à plusieurs reprises manifesté son désir de pouvoir entrer en contact avec les enfants, mais cela lui avait été systématiquement refusé. Il s'était alors tourné vers les juridictions internes qui avaient rejeté ses demandes considérant que son seul lien biologique n'en faisait pas une « *enge Bezugsperson* », c'est-à-dire une personne avec qui l'enfant a des liens étroits, en sorte qu'il ne pouvait obtenir judiciairement la reconnaissance d'un droit au contact (§ 17). Ni ses droits découlant de l'article 6 de la Loi Fondamentale allemande, ni ceux découlant de l'article 8 de la Convention n'étaient préjudiciés, en l'absence de vie familiale effective (§§ 19 et 21). Suivant les juridictions internes, les enfants ne connaîtraient pas leur père biologique, mais ils avaient un père légal étant le mari de leur mère avec lequel des relations existaient déjà (§ 20).

Avant d'apprécier l'existence d'une vie familiale, la Cour a relevé que si le lien biologique était insuffisant et si la cohabitation était ordinairement requise, il était possible exceptionnellement de prendre en considération d'autres facteurs et que, dans certains cas, il était même envisageable d'étendre la protection de l'article 8 à une vie familiale seulement projetée, notamment lorsque l'établissement incomplet de la vie familiale n'était pas imputable au requérant (§§ 56-57). Il s'ensuivait que, dans certaines circonstances, la vie familiale s'étend à la relation potentielle qui peut se développer entre un enfant né en dehors du mariage et le père biologique. Il convenait alors d'évaluer la nature de la relation entre les parents et l'intérêt manifesté par le parent biologique à l'égard des enfants avant et après la naissance (§ 57). La Cour a aussi rappelé que l'article 8 ne protégeait pas seulement la vie familiale, mais aussi la vie privée dans laquelle la problématique de l'établissement ou de la contestation de paternité trouvaient par exemple à s'inscrire (§ 58). En l'espèce le requérant n'avait pas de contacts avec les enfants parce que les parents légaux de ceux-ci lui refusaient, tandis qu'il lui était impossible d'établir un lien de paternité juridique (§ 60) (à ce propos, voy. *infra* n° 1125). Les enfants étaient le fruit d'une relation qui avait duré plusieurs années et le requérant avait constamment émis le désir de les rencontrer (§ 61). Au regard de ces circonstances, la Cour n'a pas exclu que la relation souhaitée par le requérant corresponde à une vie familiale et a considéré qu'en tout état de cause la décision des juridictions internes avaient à tout le moins interféré avec la vie privée du requérant (§ 62).

Dans ce contexte, la Cour a constaté qu'il n'avait pas été procédé à l'examen concret de l'intérêt des enfants (§ 67), dès lors que le législateur allemand a souhaité protéger la relation familiale existante entre le père légal et l'enfant (§ 70). La Cour a pointé qu'il n'existait pas d'approche uniforme de la question du droit aux contacts du père biologique, mais que dans la plupart des Etats, le juge interne avait la possibilité de s'attacher à l'examen de l'intérêt effectif des enfants (§ 68). Elle a conclu que les juridictions nationales avaient interprété le droit allemand d'une manière qui ne réalisait pas un équilibre adéquat entre les intérêts conflictuels en jeu (§§ 71-73)¹⁵³⁰.

810. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Schneider c. Allemagne*. Le requérant avait en l'espèce noué une relation avec une femme mariée séparée de son mari. Cette relation avait duré plusieurs années. La dame s'était trouvée enceinte et le requérant l'avait accompagnée pour plusieurs étapes de la grossesse. Le requérant avait même reconnu (non-valablement) l'enfant. *In fine*, cependant, la mère avait choisi d'accueillir celui-ci dans le cadre de son mariage et avait repris la vie commune avec son mari, père légal de l'enfant. Comme Monsieur Anayo, Monsieur Schneider avait cherché à obtenir des juridictions allemandes un droit au contact dont le bénéfice ne lui avait pas été alloué.

La Cour a tenu dans cette affaire un raisonnement identique à celui déployé dans l'affaire *Anayo* à laquelle elle s'est abondamment référée. Elle a considéré que le requérant avait subi une ingérence dans sa vie privée à tout le moins et dans sa vie familiale peut-être, au regard notamment de l'intérêt qu'il avait manifesté à l'égard de l'enfant. En effet, le requérant avait accompagné la mère à des entretiens médicaux de suivi de la grossesse et avait reçu de celle-ci après la naissance des photos de l'enfant (§§ 89-90). L'affaire se distinguait cependant quelque peu de l'affaire *Anayo* en raison de l'incertitude qui pesait sur le lien biologique en tant que tel. Toutefois, la Cour ne s'est pas préoccupée de cet aspect, dès lors que les juridictions internes n'avaient pas accordé de poids à cette circonstance que la paternité biologique était « supposée » et pas « incontestée » :

97. The Court further observes that the facts at issue in the present application differ from those in the Anayo case mainly in so far as the certainty of the respective applicants' paternity is concerned. It was uncontested in the Anayo case that the applicant was the biological father of the children concerned. In the present case, however, the mother of the boy F. acknowledged that the applicant might be F.'s father, but claimed that so might her husband, and it was not established by the domestic courts whether or not the applicant was F.'s father.

98. However, the Court considers that, in the circumstances of the case, this difference is not such as to distinguish the present application from the Anayo case. In fact, it becomes clear from the domestic courts' reasoning that it was irrelevant for their decision that the applicant was only presumably and not uncontestedly the biological father of F. In reasoning their decisions, the domestic courts assumed the applicant's paternity for the purposes of the proceedings (see paragraphs 13, 18 and 26). They rejected the applicant's request for contact with (and information about) F. – as did the domestic courts in the Anayo case – because the applicant was not F.'s legal father and there had never been a social and family relationship between him and F. [...].

Suivant la Cour, il n'est pas certain que, dans le contexte des réalités de la vie familiale au XXI^{ème} siècle (tel qu'il découlait notamment d'une étude de droit comparée réalisée par la Cour : voy. § 38 et s.), le meilleur intérêt d'enfants vivant avec leur père légal mais ayant un père biologique différent puisse être déterminée de manière générale et abstraite alors même que c'est précisément cet intérêt qui est absolument primordial dans de telles situations. De l'avis de la Cour au regard de la variété des situations possibles, la mise en œuvre d'une balance des intérêts adéquate induit un examen au cas par cas (§ 100). Dans ce contexte, la Cour a conclu

¹⁵³⁰ N. HERVIEU, « Conditions de légitimité du droit de visite du père biologique (Cour EDH, 5^e Sect. 21 décembre 2010, *Anayo c. Allemagne*) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 décembre 2010 (<http://credof.u-paris10.fr>).

que l'attitude des autorités allemandes, semblable à celle adoptée dans l'affaire *Anayo* ou dans l'affaire *Zaunegger*¹⁵³¹, n'avait pas respecté le prescrit conventionnel (§§ 104-105)¹⁵³².

ii) *Le beau-parent : C. c. Finlande*

811. Le concours des pères biologiques et légal est certainement susceptible de donner lieu à des situations difficiles. Que dire alors des hypothèses dans lesquelles la paternité légale, biologique et socio-affective vient en concurrence avec le lien purement socio-affectif noué entre l'enfant et le partenaire de même sexe de sa mère ?

812. Dans une affaire *C. c. Finlande*¹⁵³³ qui a donné lieu à un arrêt du 9 mai 2006, le requérant et sa femme avaient eu ensemble deux enfants. La famille avait vécu en Suisse jusqu'à ce que l'épouse du requérant fasse, en 1993, le choix de partir s'installer en Finlande avec une partenaire féminine en emmenant les deux enfants communs. Dans le cadre des procédures initiées par l'épouse du requérant aux fins d'obtenir le divorce et la garde des enfants, les parents avaient atteint un accord précaire aux termes desquels les enfants communs résideraient chez leur mère, tandis que le requérant bénéficierait d'un droit de visite. En 1999, la mère des enfants était décédée et le requérant et la partenaire féminine de la mère décédée avaient tous deux revendiqué la garde. Il était apparu, d'une part, que les deux adultes étaient capables de s'occuper correctement des enfants et, d'autre part, que ceux-ci souhaitaient rester avec la compagne de leur mère. En première instance et en appel, le requérant avait eu gain de cause. Cependant, la Cour suprême finlandaise, finalement saisie, avait confié la garde des enfants à la nouvelle partenaire de leur mère sans prévoir de modalités précises pour un éventuel droit de visite du requérant. Il échet de préciser que le droit finlandais prévoit expressément la possibilité de confier la garde « à une ou plusieurs personnes en plus ou à la place des parents » (article 9 de la loi de 1983 sur les droits de garde et de visite relatifs aux enfants) (§ 41).

La Cour a estimé qu'un poids important devait être conféré au droit du requérant en tant que père des enfants, mais elle a souligné également qu'il y avait lieu de tenir compte, d'une part, des conflits très importants qui avaient existé entre les parents quant à la garde antérieurement au décès de la mère des enfants et que ceux-ci ne pouvaient ignorer et, d'autre part, de la circonstance que les enfants avaient vécu avec la partenaire de leur mère depuis 1993 (§ 55). La Cour a ensuite relevé que rien n'indiquait que le requérant ne disposait pas des qualités éducationnelles adéquates ou n'était pas capable de pourvoir à leurs besoins et de faire passer leurs intérêts en premier. Les visites qui avaient lieu du vivant de la mère n'avaient pas suscité de difficulté significative et la relation entre le père et ses enfants apparaissait globalement positive et bénéfique. Les juridictions de première instance et d'appel avaient confié la garde des enfants à leur père en considérant que l'opinion négative des enfants résultait du conflit entre adultes et ne pouvait consécutivement être tenue pour décisive. La Cour suprême en avait décidé autrement (§ 56).

La Cour a pointé que la Cour suprême finlandaise avait donné un poids décisif au vœu exprimé par les enfants de rester en Finlande avec la partenaire de leur mère, en se référant aux dispositions légales qui empêchaient l'exécution forcée des décisions en matière de garde quand les enfants ont plus de douze ans. À l'estime de la Cour, il est généralement admis que les tribunaux doivent avoir égard aux souhaits des enfants dans de telles procédures et il peut

¹⁵³¹ Il est sûrement étonnant que la Cour se soit référée ici à l'affaire *Zaunegger* qui concernait a priori la situation tout de même différente du père légal d'un enfant né hors mariage (voy. *supra* n° 757).

¹⁵³² N. HERVIEU, « Refus d'autoriser des contacts entre un père biologique présumé et un enfant, déjà uni au mari de la mère par un lien juridique de filiation », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 17 septembre 2011 (<http://credof.u-paris10.fr>).

¹⁵³³ Voy. M. VERHEYDE, « Geen vetorecht voor kind tegen beslissingen over ouderlijk gezag », note sous Cour eur. dr. h., arrêt C. c. Finlande du 9 mai 2006, *T.J.K.*, 2006, p. 330.

arriver un moment où il est inutile voire contreproductif d'essayer de forcer les enfants. En l'espèce, toutes les juridictions saisies avaient pointé la cohérence et la force du point de vue émis par les enfants. Les raisons invoquées par la Cour suprême finlandaise étaient donc pertinentes (§ 57). La Cour a cependant relevé qu'à la différence des juridictions inférieures, la Cour suprême avait eu égard exclusivement au souhait des enfants, sans prendre en considération les autres facteurs et en particulier les droits du père. Ce faisant, elle avait conféré aux enfants, tous deux âgés de plus de douze ans, une forme de droit de veto absolu. La Cour a consécutivement estimé que le requérant avait légitimement pu croire que la partenaire de son ex-femme avait manipulé le point de vue des enfants et que le système judiciaire l'avait privé de manière injustifiable de son rôle de père (§ 58).

Elle a donc jugé que le processus décisionnel n'avait pas réalisé une balance adéquate entre les intérêts en jeu et que l'article 8 de la Convention avait été violé¹⁵³⁴. L'hypothèse de l'arrêt C. est évidemment éminemment singulière et il est difficile d'en tirer des conclusions dépassant le cadre de l'espèce à propos des droits qu'il y aurait lieu de reconnaître au beau-parent.

iii) *Les grands-parents : Hokkanen c. Finlande*

813. Les grands-parents sont également de ces tiers à la relation parentale qui peuvent se prévaloir d'un lien spécial à l'enfant susceptible de justifier une protection conventionnelle. L'hypothèse envisagée ici est à distinguer de celle où l'enfant est placé par les autorités étatiques auprès des grands-parents au titre d'une mesure de protection de l'enfance¹⁵³⁵.

En faisant ainsi prévaloir – même temporairement – l'intérêt de l'enfant considéré *in concreto* sur le principe suivant lequel, sauf circonstances exceptionnelles, l'enfant ne peut être confié à d'autres que ses parents, la Cour met en œuvre un raisonnement qui n'est pas très éloigné, dans son mécanisme, de celui déployé dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010 en matière d'enlèvement international. Ici encore se pose la question de l'exécution des décisions et se constate une inclination de la Cour à privilégier l'appréciation libre du meilleur intérêt de l'enfant sans égard pour le caractère éventuellement contestable de l'attitude de ses gardiens.

α – Conflit entre le père et les grands-parents maternels

814. L'affaire *Hokkanen c. Finlande* soldée par un arrêt du 23 septembre 1994 concernait des faits peu éloignés de ceux de l'affaire *C. c. Finlande*. Une petite fille avait été, à la mort de sa mère en avril 1985, prise en charge par ses grands-parents de l'accord de son père qui devait faire face à différents problèmes suite au décès de son épouse. Fin 1985, les grands-parents avaient cependant annoncé qu'ils n'entendaient pas rendre l'enfant à son père (§ 8). Le tribunal d'arrondissement, la Cour d'appel et la Cour suprême avaient donné raison au père de l'enfant et confirmé que la garde de la petite fille, âgée alors de quatre ans environ, lui revenait (§§ 14, 16 et 18). Les grands-parents n'avaient cependant pas exécuté la décision et avaient refusé de permettre au requérant de rencontrer sa fille. Le droit de garde du requérant n'avait finalement jamais été mis en œuvre et finalement, les juridictions finlandaises avaient transféré la garde aux grands-parents. Dans l'intervalle, ils n'avaient à aucun moment permis l'exécution du droit de visite du requérant (§§ 22-37).

¹⁵³⁴ Le requérant estimait également que l'article 8 de la Convention avait été violé dans la mesure où la Cour suprême, confiant la garde des enfants à la partenaire de son ex-épouse, n'avait pas prévu d'office un droit de visite à son profit étant entendu qu'il n'avait formulé aucune demande à cet égard en considérant que cela reviendrait à reconnaître la légitimité de la demande de garde de la compagne de son ex-épouse. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 à cet égard (§§ 61 et 62).

¹⁵³⁵ Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt *Schmidt c. France* du 26 juillet 2007.

La Cour a transposé à l'espèce le principe dégagé en matière de placement – notamment dans les affaires *Eriksson* et *Andersson* suivant lequel l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant. Toutefois, comme dans le contentieux du placement, cette obligation n'est pas absolue, comme il a été affirmé dans l'arrêt *Olsson c. Suède* n° 2.

A ses yeux, l'absence d'exécution du droit de visite du requérant avait constitué une violation de la Convention jusqu'en 1993 lorsque les juridictions internes avaient relevé que sa fille, âgée alors de 12 ans, continuait de s'opposer aux contacts et ont considéré qu'il n'était pas possible de l'y contraindre (§§ 60-61).

Par contre, ni l'absence de mise en œuvre du droit de garde ni son transfert ultérieur aux grands-parents n'avaient violé la Convention (§§ 63-64). Sur ce point, la Cour a considéré qu'il n'y avait « aucune raison de douter que le transfert de la garde [avait] été "nécessaire dans une société démocratique". L'arrêt de la cour d'appel, qui s'appuyait sur une expertise, tint compte de la durée du séjour de la fillette chez ses grands-parents, de son fort attachement à ceux-ci et de son sentiment que leur foyer était le sien [...]. Ces raisons étaient non seulement pertinentes mais aussi suffisantes aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 » (§ 64). La Cour n'a pas non plus accueilli les griefs tirés par le requérant de la durée de la procédure (§ 72).

Pour les trois juges dissidents (DE MEYER, RUSSO ET JUNGWIERT), les autorités nationales avaient méconnu leurs obligations conventionnelles tant au plan de la garde qu'au plan des visites. Ainsi, « pendant de longues années, les autorités finlandaises ont subi et toléré le maintien d'une situation dont elles avaient constaté, à de nombreuses reprises, le caractère illicite et à laquelle il leur incombait dès lors de mettre fin. S'inclinant chaque fois devant l'obstination persistante des grands-parents, elles ont permis à ceux-ci de créer un fait accompli qu'elles se sont finalement résignées à consacrer, aussi bien quant au droit de garde que quant au droit de visite. S'étant ainsi acculées elles-mêmes à cette double capitulation, elles pouvaient sans doute penser qu'au point où les choses en étaient arrivées il n'était plus dans l'intérêt de l'enfant d'encore vouloir y remédier ».

815. Dans son arrêt *Amanalachioai c. Roumanie* du 26 mai 2009, la Cour a validé au nom de l'intérêt de l'enfant, la décision du juge interne confiant, temporairement, celui-ci aux grands-parents plutôt qu'au père, alors même que les capacités éducationnelles de ce dernier n'étaient pas mises en question. L'enfant, dont la mère était décédée en 1999, vivait avec son père. En 2001, alors qu'ils recevaient l'enfant chez eux pour des vacances, les grands-parents maternels avaient fait savoir au père qu'ils n'entendaient pas lui remettre l'enfant. Le père avait obtenu dans un premier temps une décision de référé ordonnant le retour de l'enfant. Cette décision n'avait toutefois pas été exécutée et subséquemment les juridictions nationales avaient considéré conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il demeure auprès de ses grands-parents, cela alors même qu'à aucun moment les droits parentaux du père n'avaient été supprimés ou réduits par ces mêmes juridictions.

La Cour a considéré qu'il lui revenait dans cette affaire de déterminer si les autorités roumaines avaient ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'enfant, du père et, « dans les circonstances de l'affaire », des grands-parents (§ 79). Elle a rappelé que les Etats bénéficiaient d'une large marge de manœuvre pour apprécier la nécessité de confier un enfant à d'autres que ses parents, mais qu'il fallait par contre surveiller rigoureusement les limitations supplémentaires (§ 80). Elle a aussi souligné que l'intérêt de l'enfant était la considération primordiale dans ce type d'affaire et comportait deux volets : d'une part être élevé dans un environnement sain et d'autre part maintenir ses liens avec sa famille. Il s'ensuivait, suivant la Cour, que « seules des circonstances tout à fait exceptionnelles [peuvent] conduire à une rupture d'une partie du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille » (§ 81). Ces

principes rappelés, la Cour a souhaité examiner séparément la motivation des décisions internes aux termes desquelles l'enfant était demeuré auprès de ses grands-parents et les mesures prises par les autorités roumaines pour maintenir le lien entre le requérant et son enfant (§ 82).

A propos des décisions internes refusant le retour de l'enfant, la Cour a relevé que l'affaire se distinguait de l'affaire *Hokkanen* en ce que l'enfant n'avait pas été confié pour une période indéterminée aux grands-parents, mais devait simplement passer les vacances auprès d'eux (§ 84). Par ailleurs, les juridictions internes avaient toutes admis que le requérant était capable d'offrir à sa fille des conditions de vie normales et que son affection pour l'enfant était sincère (§ 85). Dans ce contexte, l'argument décisif retenu par les juridictions nationales¹⁵³⁶ pour rejeter la demande de retour de l'enfant a été le grand attachement qui existait entre l'enfant – âgé de 6 ans au début des procédures – et les grands-parents (§ 89). La Cour a expressément admis que « les motifs retenus par les juridictions nationales pour refuser le retour de D. auprès de son père, ne correspondent pas aux circonstances “tout à fait exceptionnelles” qui pourraient justifier une rupture du lien familial », mais elle a néanmoins conclu qu'« en raison du passage du temps et de l'intégration de D. dans la famille des grands-parents, les juridictions nationales ont pu refuser « pour le moment », comme elles le notent d'ailleurs elles-mêmes, le retour de l'enfant » (§ 90). Sur le terrain des motifs retenus par les juridictions internes, la Cour n'a donc pas relevé de violation de la Convention.

Par contre, elle a été amenée à déceler semblable violation dans le cadre de son examen des mesures mises en œuvre par les autorités roumaines pour assurer le maintien et le développement du lien entre l'enfant et son père. Ainsi, la Cour a expressément regretté que « les autorités ne se soient nullement souciées de la dilution progressive et même de la rupture des relations entre D. et son père, plus particulièrement de l'absence de contacts concrets et effectifs entre les intéressés ; ainsi, au lieu d'ordonner des mesures pour maintenir et améliorer, le cas échéant, les rapports entre le père et l'enfant, les juridictions nationales ont préféré laisser le temps régler la situation, ce qui a abouti, vu l'âge et l'attitude de l'enfant, au risque d'une aliénation croissante et définitive entre les deux, qui n'est aucunement à considérer comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Dans son opinion dissidente, la juge FURA-SANSTRÖM insiste sur la complexité de l'affaire. Elle regrette expressément que le requérant n'ait pas tenté de trouver une solution amiable avec les grands-parents et relève que si la situation dans laquelle un père investi de tous les droits parentaux s'est trouvé empêché de les exercer et même de maintenir des contacts avec l'enfant est « inacceptable » il demeurerait que la réponse n'était peut-être « ni blanche ni noire ». Ainsi, « le choix n'était peut-être pas entre une résidence permanente chez le père ou chez les grands-parents » et il aurait peut-être fallu « chercher une solution intermédiaire : droit de visite, visites accompagnées, garde alternée, médiation ou soutien psychologique ». Ayant exprimé ce regret, la juge a considéré que, dès lors que les juges internes avaient « prononcé leurs décisions en tenant compte de tous les facteurs pertinents, y compris le souhait exprimé par l'enfant », il n'y avait pas lieu pour la Cour « de refaire cette évaluation des faits et de revoir l'interprétation du droit interne sans avoir le bénéfice de l'audition des parties » en sorte que « la Cour aurait mieux fait de donner la priorité au principe de subsidiarité dans cette affaire ».

β – Conflit entre la mère et les grands-parents paternels

¹⁵³⁶ En plus d'allégations liées à un prétendu comportement violent (correspondant à un unique épisode où le père et les grands-parents s'étaient littéralement arraché l'enfant) (§ 87) et aux conditions de vie insatisfaisantes du requérant (étant entendu cependant qu'une expertise avait conclu que le foyer du requérant offrait des conditions normales pour élever un enfant) (§ 88).

816. Dans l'arrêt *Nistor c. Roumanie* du 2 novembre 2010, la Cour a conclu à la violation de la Convention dans un contexte où les autorités nationales avaient confié la garde au père de l'enfant étant entendu que les parents de celui-ci en assumaient effectivement la charge. L'enfant était né en 1998 et avait initialement vécu avec ses parents chez les grands-parents maternels. En 1999, le père, la mère et l'enfant s'étaient installés chez les grands-parents paternels. En 2000, chacun à leur tour, le père et la mère étaient partis pour l'Italie afin d'y travailler, l'enfant demeurant chez les grands parents (§§ 5-11).

Les requérants – la mère de l'enfant et ses propres parents – se plaignaient, en premier lieu, de l'attribution de la garde et des restrictions à leur droit de visite. Il est intéressant de relever que si la Cour a considéré qu'il y avait une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale de la mère, elle s'est bornée à « supposer » qu'il pouvait y en avoir une également dans le chef des grands-parents. Dans tous les cas, l'ingérence était prévue par la loi et poursuivait un but légitime étant la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (§§ 56-57). Les tribunaux avaient confié la garde au père dès après le divorce et s'étaient ensuite abstenus de modifier cette décision, dès lors que l'enfant était intégré dans sa famille paternelle et que tant son père que sa mère travaillaient en réalité en Italie et souhaitaient confier l'enfant à leurs parents respectifs (§§ 59-60). Les juges roumains avaient entendu des témoins et sollicités des experts. Ils avaient statué au regard de l'intérêt de l'enfant et en particulier de son fort attachement à ses grands-parents et il n'y avait rien à y redire, selon la Cour, qui a considéré ce volet de la demande manifestement mal fondé (§§ 61-63).

Les requérants dénonçaient aussi les modalités du droit de visite fixé soit 8 heures par semaine au domicile des grands-parents paternels. Les juges de Strasbourg ont relevé que l'enfant vivait de longue date avec ses grands-parents paternels et était très jeune. Dans ce contexte, les juridictions internes avaient décidé que les changements de programme pouvaient avoir des conséquences défavorables pour l'équilibre de l'enfant et que le rétablissement des liens avec les requérants devait intervenir de manière progressive. Au regard de tous ces éléments, et en tenant compte aussi des relations tendues entre les deux côtés de la famille, les juges roumains avaient recherché la meilleure solution, dans un contexte procédural satisfaisant. En conséquence, ce second grief était, lui aussi, irrecevable pour défaut manifeste de fondement (§§ 74-79).

817. Dans un arrêt rendu le 18 octobre 2011 dans l'affaire *Lyubenova c. Bulgarie*, la Cour a par contre considéré contraire à la Convention la décision judiciaire interne maintenant l'enfant auprès de ses grands-parents. En l'espèce, la requérante vivait avec son enfant chez ses beaux-parents. Le père de l'enfant s'était installé aux Etats-Unis où il vivait avec une autre femme. En septembre 2000, la requérante avait quitté la résidence de ses beaux-parents pour s'installer dans un appartement à Sofia où elle avait trouvé un travail. Les grands-parents avaient proposé de garder l'enfant auprès d'eux dans un premier temps, en attendant que la requérante finalise son installation. En réalité, peu de temps après son départ de chez ses beaux-parents, ceux-ci l'avaient empêché de voir son fils, alors âgé de 6 ans. Au moment où elle a saisi la Cour, la requérante n'avait plus vu son enfant depuis près de quatre années.

La Cour a relevé que la requérante avait sollicité les services sociaux, mais que la tentative de médiation qu'ils avaient mise en œuvre avait échoué, tandis que l'injonction subséquentement formulée à l'endroit des grands-parents de l'enfant n'avait pas été respectée par eux (§ 63). Les services sociaux n'avaient pas mis en œuvre les moyens de coercition dont ils disposaient (§§ 64-65). La requérante s'était tournée vers les juridictions judiciaires et avait obtenu gain de cause en première instance, mais le tribunal régional avait réformé la décision intervenue, pour des raisons procédurales liées à la circonstance que la requérante n'agissait pas conjointement avec son mari pour solliciter le retour de l'enfant (§§ 66-67).

La décision du tribunal poursuivait l'objectif *a priori* légitime de protéger les intérêts de l'autre parent (§ 68), mais à l'estime des juges de Strasbourg, il y avait lieu pour le juge interne de tenir compte de la circonstance qu'au moment de sa décision le père vivait aux Etats-Unis depuis plusieurs années et que durant la période qui s'était écoulée entre son départ et l'installation de la requérante à Sofia celle-ci avait exercé *de facto* seule l'autorité parentale (§ 69). Pour ce premier motif, la Cour a considéré qu'un équilibre adéquat n'avait pas été ménagé entre les intérêts des deux parents (§ 71). En outre, suivant la cour, la décision du juge d'appel bulgare n'avait pas soigneusement soupesé les différentes dimensions de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, elle a relevé que le tribunal n'avait pointé aucun élément mettant en doute les qualités de parent de la requérante, tandis que la décision litigieuse ne comprenait aucun élément rendant compte de ce que l'aptitude des grands-parents à procurer à l'enfant un environnement propice avait été soigneusement évaluée (§§ 72-73). Le tribunal s'était fondé sur la seule désaffection de l'enfant vis-à-vis de sa mère, laquelle n'était qu'une conséquence de la séparation et n'avait par ailleurs conféré aucun caractère temporaire au maintien de l'enfant chez les grands-parents, ni d'ailleurs prévu quelque mesure que ce soit dans le but de renouer le lien parental (§ 74). Dans ce contexte, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention (§ 75).

iv) *La famille d'accueil*

818. Dans *Moretti et Benedetti c. Italie*, la Cour a affirmé que le lien se nouant au sein de la famille d'accueil est susceptible de constituer une vie familiale protégée par la Convention (§ 50). Etendre ainsi le bénéfice de la protection conventionnelle de la vie familiale aux parents d'accueil implique évidemment la possibilité que le juge interne soit amené à arbitrer des « intérêts souvent difficilement conciliables, à savoir ceux de l'enfant, de sa mère biologique et de la famille d'accueil » dans un contexte où « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (§ 67) (voy. aussi *infra* n° 1134 et s.).

α – Le maintien de l'enfant dans sa famille d'accueil : *Bronda c. Italie* et *Saleck Bardi c. Espagne*

Dans l'affaire *Saleck Bardi c. Espagne*, l'enfant résidait au camp de réfugiés de Tindouf en Algérie où il était élevé par une personne à qui sa mère – requérante à Strasbourg – l'avait confié à l'âge de 6 ans. En 2002, il avait bénéficié d'un voyage en Espagne organisé durant l'été par une association sans but de lucre et avait été confié pour cette durée à une famille d'accueil (§ 7). La petite fille avait été victime d'une affection hépatique en sorte que le séjour avait dû être prolongé. L'organisation responsable du séjour de l'enfant en Espagne avait alors sollicité sa prolongation officielle auprès du service de protection des mineurs, mais aucune suite n'avait été donnée (§ 8). En mars 2004, les autorités avaient été informées de ce que la requérante réclamait son retour (§ 9) et en mai de la même année, le service de protection des mineurs avait déclaré l'enfant en situation d'abandon et décidé de son placement en centre pour mineurs en vue d'un rapatriement en Algérie (§ 10). Les parents d'accueil s'y étaient toutefois opposés et en septembre 2005, le juge aux affaires familiales de Murcie avait suspendu la tutelle du service de protection des mineurs et confié la garde de l'enfant aux parents d'accueil (§§ 11-15). En avril 2007, le même juge leur avait confié la tutelle de l'enfant en prenant en considération le désir de celui-ci, alors âgé de 15 ans, de rester auprès de ses parents nourriciers (§ 20). L'*Audiencia provincial* avait rejeté l'appel de la requérante le 30 avril 2008 (§ 23) et le tribunal constitutionnel avait refusé son recours le 1^{er} juin 2009 (§ 25).

Ayant rappelé sa jurisprudence, la Cour a relevé dans son arrêt du 24 mai 2011, l'inactivité totale des autorités administratives de septembre 2002 à mai 2004 et la circonstance qu'aucune sanction n'a été prise à l'encontre de la famille d'accueil malgré refus de rendre la mineure au service de protection des mineurs en vue de son retour auprès de sa mère (alors que jusqu'au jugement de septembre 2005 les parents d'accueil ne disposaient d'aucun titre pour garder

l'enfant après la fin théorique de son séjour) (§ 61). En septembre 2005, le juge aux affaires familiales avait suspendu la tutelle de l'administration et octroyé la garde de Saltana aux parents d'accueil (§ 62). En avril 2007, il avait octroyé la tutelle de la mineure à la famille d'accueil, mais en soulignant les nombreuses défaillances de l'administration qui aurait dû mettre la mineure sous sa tutelle pour abandon en septembre 2002, tout en confiant la garde à la famille d'accueil et en surveillant la maladie pour procéder au plus vite au rapatriement (§ 63).

Dans ce contexte, « le passage du temps, conséquence de l'inertie de l'administration et du manque de coordination entre les services compétents a contribué de façon décisive à l'intégration de la mineure dans sa famille d'accueil et dans sa vie quotidienne à Murcie ». Dans la mesure où c'était l'incurie des autorités espagnoles qui avait permis la consolidation du lien entre l'enfant et ses parents d'accueil, au détriment du droit au respect de la vie familiale de la requérante qui réclamait depuis 2004 le retour de son enfant, l'article 8 de la Convention avait été violé¹⁵³⁷.

β – Les contacts après le retour dans la famille d'origine : *Kopf et Liberda c. Autriche*

819. Dans l'arrêt *Kopf et Liberda* du 17 janvier 2012, la Cour a confirmé l'inclusion de la famille d'accueil dans le champ de la protection conventionnelle, mais n'en a inféré au bénéfice des requérants qui ayant accueilli l'enfant souhaitaient maintenir le lien noué avec lui après son retour dans sa famille d'origine que des droits restreints et de nature exclusivement procédurale. En l'espèce, les requérants s'étaient vu confier l'enfant, âgé de deux ans, en 1997 après que la mère biologique ait mis le feu à son appartement alors qu'elle était sous l'influence de drogues. L'enfant avait vécu chez eux durant presque quatre années et ils nourrissaient le projet de l'adopter (§ 6). En 2001, cependant, l'enfant avait été à nouveau confiée par la *Jugendgerichtshof* de Vienne à sa mère qui s'était soignée (§ 7). Les requérants avaient ensuite cherché, vainement, à obtenir un droit de visite (§§ 8-26).

La Cour a estimé qu'il existait une vie familiale protégée par la Convention, les juridictions internes ayant d'ailleurs admis l'existence d'un véritable intérêt des requérants pour l'enfant et du développement entre eux d'un lien émotionnel semblable au lien parent / enfant (§ 37). Les requérants dénonçaient en particulier la circonstance que l'examen de leur demande n'avait pas répondu aux standards strasbourgeois dès lors que l'article 148 du Code civil autrichien prévoyait qu'un droit de visite ne pouvait être alloué à un tiers que s'il était démontré que « l'absence de contact personnel entre le mineur et un tiers était de nature à compromettre le bien être de l'enfant » (§ 42). La Cour a au contraire considéré que les autorités internes s'étaient livrées à un examen effectif de l'affaire, sans que la formule de l'article 148 soit un obstacle :

43. The Court observes, however, that the District Court did consider the case on its merits and, as is apparent from its decision, examined whether contact between the applicants and F. would be in the child's best interests. It concluded, however, that it was in the best interests of the child, who was living with his biological mother, not to bring him back into a situation of divided loyalties (Loyalitätskonflikt) between her and his "former family", namely the applicants, and the District Court therefore refused the request. Moreover, the Regional Court examined the applicants' appeal on the merits but concluded that the District Court had correctly resolved the matter before it.

44. The Court, whose task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities regarding custody and access issues, therefore considers that the domestic courts, at the time they took their respective decisions, struck a fair balance between the competing interests. It is not persuaded by the applicants' argument that the wording of Article 148 (4) of the Civil Code, which provides for visiting rights only if "the absence of personal contact between the minor child and a third

¹⁵³⁷ Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Bronda c. Italie* du 9 juin 1998.

party ... would jeopardize the child's welfare", prevented the domestic courts from doing so. In this context the Court reiterates that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which may override those of the parents (see *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII, and *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 134, 6 July 2010).

Ainsi alors que les requérants plaidaient en quelque sorte que la disposition litigieuse du Code civil avait conduit à un examen en surface de leur demande, la Cour a jugé que les autorités internes avaient traité l'affaire adéquatement, à la lumière de l'intérêt de l'enfant. Elles avaient essentiellement tenu compte du « conflit de loyauté » dans lequel l'enfant risquait d'être pris entre sa mère et son « ancienne famille » (§ 43)¹⁵³⁸.

G. L'établissement de relations parentales

820. Pas plus qu'elle ne garantit à l'individu un droit à des relations conjugales, la Convention ne recèle un droit conventionnel à des relations parentales. La Convention ne protège ni le simple désir de fonder une famille ni le droit d'adopter¹⁵³⁹. Il n'empêche que dans un contexte où l'adoption exofamiliale (qui permet d'établir *ex nihilo* une relation parentale entre un adulte et un enfant) est connue dans tous les Etats parties¹⁵⁴⁰, ceux-ci ont l'obligation d'en organiser ou d'en surveiller la mise en œuvre qui doit respecter les exigences de la Convention, en particulier le principe de non-discrimination¹⁵⁴¹. Ainsi, l'affirmation récurrente par la Cour de ce qu'il n'existe pas de droit d'adopter ne signifie pas, nonobstant ce qu'aurait pu donner à croire la décision d'inapplicabilité sommaire rendue par la Commission dans l'affaire *Di Lazzaro c. Italie*, que la Cour n'aurait rien à dire de l'adoption comme en rend compte le relatif foisonnement de la jurisprudence en la matière¹⁵⁴².

Dans un contexte normativement balisé par différentes conventions internationales¹⁵⁴³ et caractérisé en pratique par une « pénurie » d'enfants adoptables, les règles applicables à l'adoption en disent long sur les préférences étatiques relatives à la famille et la question se pose assurément des critères qui peuvent être légitimement mobilisés pour réguler l'accès à l'adoption comme mode d'établissement d'une relation parentale. En outre, les liens adoptifs potentiels mais non fictifs qui existent entre les adoptants et l'enfant adopté lorsque l'adoption est juridiquement advenue sans que la remise de l'enfant n'ait encore eu lieu relèvent de la vie familiale protégée par l'article 8.

Dans l'examen qui suit, nous évoquerons parfois des affaires relatives à des adoptions « endofamiliales » (au sens où l'adoption n'avait pas vocation à créer de toute pièce une relation parentale en rapprochant un adulte en désir d'enfant d'un enfant en mal de parents, mais à traduire en droit une relation existant déjà *de facto*), mais uniquement dans la mesure où celles-ci contiennent des principes et affirmations dont la portée vaut pour les deux types d'adoption.

¹⁵³⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'affaire Kopf et Liberda ou la consolation procédurale de la famille d'accueil (obs. sous Cour eur. dr. h., *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 987 et s.

¹⁵³⁹ Par ex. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, § 135.

¹⁵⁴⁰ Voy. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, § 105.

¹⁵⁴¹ F. COLLIENNE, « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cass., 10 avril 2003, *Rev. Dr. ULg*, 2004, pp. 575-583 ; C. MAURIN, « Adoption et droit au respect de la vie familiale », *J. dr. jeun.*, 2004, liv. 239, pp. 5-6 ; S. SAROLÉA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 11-57 ; F. TULKENS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits de l'enfant », *op. cit.*, pp. 5-10 ; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht*, *op. cit.*, p. 422 et s.

¹⁵⁴² G. LETSAS, « No Human Right To Adopt ? », *University College London Review of Human Rights*, 2008, pp. 134-135.

¹⁵⁴³ Voy. la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et la Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants.

Nous les examinerons, pour le surplus, dans le chapitre 3, dans la mesure où dans ce type d'adoption le but principal est d'obtenir la traduction d'une relation familiale qui existe déjà dans l'institution juridique de la filiation (voy. *infra* n° 1095 et s.).

i) *L'adoption par une personne seule : Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*

821. Eludée par la Commission en 1997, la question de l'accès à l'adoption des personnes célibataires s'est représentée 10 ans plus tard à la Cour, sous un angle différent.

Dans l'affaire *Di Lazzaro c. Italie*, une femme se plaignait de ce qu'en tant que personne seule, elle n'était pas éligible pour l'adoption d'un enfant. La Commission avait jugé sans tergiverser, dans sa décision du 10 juillet 1997, que « le droit d'adopter ne [figurait] pas, en tant que tel, au nombre des droits garantis par la Convention ». Ainsi, « l'article 8 de la Convention n'oblige pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté ». Quant à lui, « l'article 12 de la Convention [...] implique l'existence d'un couple et ne saurait être interprété comme incluant le droit d'adopter pour une personne célibataire » étant entendu que cette disposition « ne confère aucun droit d'adopter ou d'intégrer dans sa famille une personne qui n'est pas l'enfant par le sang ». Il s'ensuivait que la requête était irrecevable au titre de son incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, la question se posait sous l'angle différent d'une adoption déjà réalisée au Pérou, en sorte qu'un lien *de facto* existait déjà entre l'adoptante et l'adopté et que la situation se distinguait en conséquence de la question de l'agrément en vue d'une adoption exofamiliale (voy. notre remarque ci-dessus). Ce qu'il est tout de même intéressant de relever ici c'est que la Cour, dans son arrêt du 28 juin 2007, a précisé, en prélude à une motivation davantage axée sur la nécessité de ne pas méconnaître la réalité de ce lien d'ores et déjà noué (voy. *infra* n° 1106), que la question de l'adoption par un célibataire « se [trouvait] à un stade avancé d'harmonisation en Europe » dès lors qu'« une étude de la législation des Etats membres [révéla]it que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays » (§ 129) (voy. cependant *infra* n° 825).

ii) *L'adoption par une personne âgée : Schwizgebel c. Suisse*

822. Le critère de l'âge a quant à lui été expressément disqualifié par le juge de Strasbourg. Dans un arrêt *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, la Cour a été amenée à examiner l'attitude des autorités suisses à l'égard d'une femme célibataire de quarante-sept ans, qui avait déjà adopté un enfant et souhaitait en adopter un second. Elle avait ainsi sollicité l'autorisation d'accueillir un nouvel enfant en vue de son adoption, mais le service de protection de la jeunesse avait rejeté sa demande. Ce refus avait été ultérieurement confirmé par la Cour de justice du canton de Genève et par le Tribunal fédéral suisse.

Classiquement, la Cour a rappelé que la Convention ne garantit pas un droit à l'adoption et que la protection de la vie familiale suppose l'existence d'une famille et pas le simple désir d'en fonder une. Elle a souligné que, dans son arrêt *E.B. c. France* du 22 février 2008, la question de savoir si le droit d'adopter entrait dans le champ de l'article 8 considéré isolément était demeurée ouverte. Cependant, l'article 264b du Code civil suisse autorisait l'adoption par une personne seule pour autant qu'elle ait plus de trente-cinq ans (voy. § 21) et l'autorisation refusée était indispensable pour qu'elle puisse adopter un second enfant. En conséquence, la situation de la requérante entrait dans le champ de l'article 8 (§ 73) et il revenait à la Cour d'examiner si le refus d'autorisation opposé à la requérante constituait une discrimination fondée sur l'âge au sens de l'article 14 de la Convention (§ 74).

La Cour n'a pas accueilli l'argument de la requérante suivant lequel elle se serait trouvée discriminée par rapport aux femmes « qui peuvent de nos jours avoir des enfants biologiques à cet âge » (§ 84). Elle a par contre estimé pertinente la question d'une éventuelle discrimination entre une personne dans la situation de la requérante et une femme seule moins âgée qui, dans les mêmes circonstances, serait susceptible d'obtenir une autorisation (§ 85).

La Cour a considéré que le souci de protéger l'enfant était un but légitime (§ 86), qu'il n'y avait pas de dénominateur commun européen s'agissant de l'âge des adoptants (§§ 89-91) et que le droit paraissait traverser « une phase de transition » (§ 93) en manière telle que les Etats disposent d'une large marge d'appréciation (§ 92). Il y avait lieu dans cette affaire, de peser les intérêts concurrents de la requérante et des enfants (celui qu'elle avait déjà adopté et celui qu'elle désirait adopter) et, suivant la Cour, cette pesée avait été opérée par les juridictions suisses dans le cadre de procédures contradictoires et sans qu'un âge limite soit fixée « de manière abstraite » en manière telle que le critère de la différence d'âge avait été « appliqué de manière souple et eu égard aux circonstances de chaque cas d'espèce » (§ 96). Dès lors, suivant la Cour, le refus opposé à la demande de la requérante n'avait pas transgressé le principe de proportionnalité (§ 97) et il n'y avait pas eu de violation de la Convention (§ 99).

iii) *L'adoption par une personne homosexuelle : Fretté c. France et E.B. c. France*
[GC]¹⁵⁴⁴

823. A deux reprises, la Cour a été saisie par des requérants homosexuels français – un homme puis une femme – qui dénonçaient l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient d'obtenir l'agrément en vue de l'adoption. Alors que le premier arrêt, rendu par une chambre en 2002, concluait à l'absence de violation de la Convention, le second, rendu par la grande chambre six années plus tard a exclu que le critère de l'orientation sexuelle puisse justifier l'impossibilité d'adopter.

824. Le 26 février 2002, la Cour a rendu dans l'affaire *Fretté c. France* un arrêt relatif au refus d'agrément à l'adoption opposé à un célibataire homosexuel en raison de son orientation sexuelle dans lequel elle a validé l'attitude des autorités françaises qu'elle a estimée non contraire aux articles 14 et 8 combinés de la Convention.

Elle a relevé que la marge d'appréciation des Etats était large en l'absence de consensus européen relativement à une question délicate, la possibilité d'adopter pour les célibataires homosexuels, relevant de domaines « où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition » (§ 41). Dans le contexte de cette marge d'appréciation étendue, et eu égard aux divergences existant au sein de la communauté scientifique sur les conséquences psychologiques éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, les autorités françaises avaient « légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels » (§ 42). Parmi les quatre

¹⁵⁴⁴ M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. c. France », note sous Cour eur D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, *J.T.*, 2009, pp. 145-149 ; P. MARTENS, « Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré », note sous Cour eur D.H., arrêt Fretté c. France du 26 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 775-790 ; P. MARTENS, « L'égalité devant l'adoption », note sous Cour eur D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 548-550 ; G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », note sous Cour eur D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 942-955 ; S. SAROLÉA, « L'adoption internationale en droit belge ... », *op. cit.*, pp. 11-57 ; D. VAN GRUNDERBEECK, « L'adoption incompatible avec l'homosexualité sera-t-elle compatible avec les droits de l'homme ? », note sous Cour eur dr. h., arrêt Fretté c. France du 26 février 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, pp. 718-724.

juges de la majorité, trois considéraient même que les articles 14 et 8 de la Convention ne trouvaient pas à s'appliquer à la situation de Monsieur Fretté dès lors que la décision de l'administration française ne leur paraissait pas toucher le droit au respect de la vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8¹⁵⁴⁵.

825. Dans l'arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, la grande chambre a considéré au contraire que la France avait violé les articles 8 et 14 combinés de la Convention. En l'occurrence, la requérante, vivant en couple avec une autre femme, s'était vu refuser l'agrément nécessaire dans la perspective d'une adoption dans la mesure où l'administration considérait, d'une part, qu'elle n'était pas à même de fournir à l'enfant un référent de l'autre sexe et, d'autre part, que sa compagne était trop en retrait du projet parental. Devant la juridiction strasbourgeoise, la requérante prétendait que le refus d'agrément constituait à son endroit une violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention.

La Cour a d'abord pointé que si l'article 8 « ignorait » la question de l'adoption par les personnes célibataires (voy. *supra* n° 821), la législation française accordait quant à elle de manière expresse à ces personnes le droit de demander l'agrément. Elle allait ce faisant au-delà de ses obligations conventionnelles, mais ne pouvait, dans la mise en œuvre de ce droit par elle reconnu, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (§ 49).

La Cour a considéré que le premier motif invoqué, lié à l'absence de référent de l'autre sexe, pouvait conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité (§ 73). Par contre, elle a estimé que le second motif invoqué par les autorités nationales, lié à l'implication de la compagne de la requérante, ne pouvait être conçu *a priori* comme discriminatoire (§ 78).

La Cour a alors précisé qu'à son estime « le caractère illégitime de l'un des motifs [avait] pour effet de contaminer l'ensemble de la décision » (§ 80) et que l'homosexualité de la requérante avait au moins implicitement fondé la décision de refus d'agrément (§ 89) (comp. *infra* n° 1098). A l'estime de la Cour, la différence de traitement dont avait fait l'objet la requérante à raison de son orientation sexuelle (§ 90), manquait de justification objective et raisonnable (§§ 93, 97 et 98). La Cour a rappelé à cet égard, d'une part, que lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement (§ 91) et, d'autre part, que la Convention est un instrument vivant (§ 92)¹⁵⁴⁶.

iv) *L'adoption par un couple non-marié : Emonet et autres c. Suisse*

826. La Cour n'a jamais eu à trancher frontalement la question de savoir si l'adoption conjointe pouvait être réservée aux couples mariés. La question de l'exclusivité matrimoniale en matière d'adoption s'est toutefois posée à la Cour dans l'affaire *Emonet et autres c. Suisse* sous l'angle distinct du désir d'un homme de procéder à l'adoption coparentale (donc endofamiliale) de l'enfant de sa compagne avec lequel il avait déjà une vie familiale consolidée (voy. notre remarque ci-dessus). Ce qu'il est déjà pertinent de relever ici c'est que la Cour, dans son arrêt du 13 décembre 2007, a précisé, en prélude à une motivation davantage axée sur la nécessité de prendre en considération l'extrême singularité de la situation (voy. *infra* n° 1096), que « l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne

¹⁵⁴⁵ Voy. l'opinion partiellement concordante de M. COSTA, à laquelle déclarent se rallier M. JUNGWIERT et M. TRAJA.

¹⁵⁴⁶ Il y a lieu de noter que dans cet arrêt de grande chambre la violation des articles 14 et 8 combinés n'a été votée qu'à 10 voix contre 7. On se référera dès lors avec profit aux opinions dissidentes et concordantes annexées à la décision. Voy. aussi : G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne ... », *op. cit.*, pp. 942-955.

adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours » (§ 81) (voy. cependant *infra* n° 1098 et 1103).

§ 2. Le soutien et la reconnaissance des relations parentales

827. La Cour a déjà pu souligner à de nombreuses reprises que les règles qui organisent la dévolution successorale ou la solidarité alimentaire entre parents et enfants et celles qui président à la distribution par l'Etat de « faveurs » liées à l'existence d'un lien parental ne peuvent méconnaître l'exigence d'égalité.

En *premier lieu*, la Cour n'admet que les enfants puissent être préjudiciés d'une quelconque façon par la nature des liens juridiques qui unissent leurs parents ou qui les unissent à ceux-ci. D'une part, alors qu'elle admet les différenciations entre les couples fondées sur l'adhésion à tel ou tel statut conjugal, la Cour refuse fermement que le statut conjugal des parents puisse influencer de quelque manière que ce soit sur les droits des enfants en matière de solidarité alimentaire ou successorale ou en matière d'avantages accordés par l'Etat (A). De même, la distinction de deux ordres de filiation, la filiation dite « charnelle » et la filiation adoptive, n'est pas susceptible de constituer le motif valable d'une différenciation entre les droits des enfants (B).

En *deuxième lieu*, l'orientation sexuelle ou le sexe du parent ne sont pas non plus en mesure de justifier qu'une différence soit faite entre les situations des enfants, ce qui implique que les parents puissent bénéficier des avantages, notamment fiscaux et sociaux, procurés bénévolement par l'Etat indépendamment de leur orientation sexuelle ou de leur sexe. La Cour se donne clairement pour mission de contribuer à l'égalité entre parents hétérosexuels et homosexuels (C) et de dépasser la définition traditionnelle des rôles sexués (D).

En *troisième lieu*, le système traditionnel d'organisation de la solidarité dans et pour la famille est affectée d'un mal plus sérieux. Ainsi, d'une part, la mise en cause des règles ressortissant à la solidarité familiale obligatoire interroge la pertinence de la distribution d'avantages aux familles : une famille moins solidaire mérite-t-elle moins le soutien de la société (E) ? D'autre part, la fluidité des relations familiales contemporaines implique logiquement que des relations familiales verticales mais non parentales arguent de liens solidaires et durables pour réclamer le bénéfice des mêmes avantages que les parents et les enfants (F).

A. La préférence manifestée pour la filiation dans le mariage

828. La faveur des Etats pour la famille traditionnelle s'est souvent traduite dans l'exclusion des liens familiaux constitués hors du mariage de la solidarité en faveur de et au sein de la famille. Si la Cour a pu condamner le traitement fiscal moins favorable du père non marié (i), les manifestations les plus spectaculaires de l'évolution vers l'égalité ont eu lieu sur le terrain des inégalités frappant les enfants naturels (ii) et adultérins (iii). Au titre d'une interprétation évolutive de la Convention, la Cour n'a pas hésité à faire souvent primer la règle d'égalité sur la sécurité juridique, court-circuitant parfois la volonté des Etats de gérer – par le biais du droit transitoire – l'évolution de leur législation.

i) L'exclusion des parents non mariés : P.M. c. Royaume-Uni

829. Dans une affaire *P.M. c. Royaume-Uni*, la Cour a été amenée à connaître du grief formulé à l'encontre des autorités britanniques par un père qui, n'ayant jamais été marié à la

mère de sa fille, ne pouvait déduire fiscalement les pensions alimentaires servies à son ex-compagne pour l'enfant.

La Cour a pointé que le requérant avait été traité différemment d'un père marié bien qu'il fut de la même manière le parent juridique de l'enfant avec les obligations alimentaires que cela impliquait et qu'en l'espèce il ne s'agissait pas de comparer les couples mariés et les couples non mariés (*Lindsay*), mais bien la situation du requérant et celle d'un père marié et séparé ou divorcé. A cet égard, elle a estimé que la seule différence tenait au statut conjugal et a dès lors considéré que les deux situations étaient suffisamment similaires (§ 27). La Cour a ensuite rappelé qu'elle avait pu décider dans certaines affaires que des différences de traitement fondées sur le statut conjugal avaient une justification objective et raisonnable (*McMichael*), tout en soulignant que, de manière générale, un père non marié qui a établi une vie familiale avec son enfant peut prétendre à des droits égaux à ceux des pères mariés (*Sahin*). En l'espèce, elle a constaté que le requérant avait été reconnu comme le père de l'enfant et s'était comporté comme tel et qu'il avait rempli dûment ses obligations financières à l'égard de sa fille. Dès lors, la Cour n'a pas aperçu de raison de le traiter différemment d'un père marié en ce qui concerne la déductibilité fiscale des paiements intervenus (§ 28).

Elle a dès lors considéré que l'article 14 de la Convention lu en combinaison avec l'article 1er du Protocole n° 1 avait été violé (§ 29).

ii) *L'exclusion des enfants naturels*

830. Les règles applicables aux successions *ab intestat* ne peuvent être conçues de manière discriminatoire. Dans une jurisprudence célèbre, la Cour a progressivement affirmé avec force l'égalité successorale de tous les enfants. Elle a pu le faire à la fois dans le contexte d'une dévolution successorale ordinaire et dans des contextes très singuliers liés à la dévolution des exploitations agricoles et à la réunification allemande.

α – L'affaire *Marckx c. Belgique* [P]

831. Dès 1979, la Cour a été amenée à envisager les limites prévues en droit belge à la capacité de disposer de la mère non mariée et à la capacité de recevoir de l'enfant naturel. Ainsi, dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, les requérantes, Paula et Alexandra Marckx, dénonçaient-elle la circonstance que le code civil limitait les droits de l'enfant "naturel" et de sa mère célibataire dans le domaine et des successions *ab intestat* et des libéralités entre vifs ou à cause de mort (§ 49). Ainsi, l'enfant naturel bénéficiait-il de droits successoraux *ab intestat* très inférieurs à ceux d'un enfant légitime et ne pouvait rien recevoir par donation ou testament au-delà de ce qui lui était ainsi dévolu. En outre, il était privé de toute vocation successorale à l'égard des parents de sa mère (§ 17).

C'est à l'occasion de l'affaire *Marckx* que la Cour a affirmé que la vie familiale englobait aussi des intérêts matériels (§ 52). Ainsi, même si « les droits successoraux ne s'exercent d'ordinaire qu'à la mort du de cujus, donc à un moment où la vie familiale change ou même se dissout », il n'en reste pas moins que « la succession peut se régler et, en pratique, se règle assez souvent par testament ou avance d'hoirie ». Dès lors, « elle constitue un élément non négligeable de la vie familiale » (§ 52). Cependant, la Convention ne garantissait ni un droit de l'enfant à « une certaine part de la succession de ses auteurs, voire d'autres proches parents » (§ 53) ni une « liberté absolue de donner ou de léguer ses biens à son enfant » (§ 61).

Dans le chef d'Alexandra Marckx comme dans le chef de Paula Marckx, les restrictions imposées n'étaient donc pas *en soi* contraires à la Convention : ce qui était susceptible de poser

problème, c'était la différence de traitement opérée entre la famille naturelle et la famille légitime. Ainsi Alexandra ne bénéficiait-elle que d'une capacité de recevoir « nettement inférieure à celle d'un enfant issu du mariage » (§ 55) tandis qu'elle n'avait « jamais eu de vocation successorale ab intestat à l'égard des membres de la famille » de sa mère (§ 56). De même, Paula voyait sa capacité de donner à sa fille extrêmement réduite par comparaison avec celle d'une mère mariée (§ 62). Selon la Cour, cette double différenciation de traitement manquait de justification objective et raisonnable et il y avait lieu de conclure à la violation des articles 14 et 8 combinés (voy. aussi *infra* n° 1086 et s.)¹⁵⁴⁷.

832. Les questions posées par l'affaire *Marckx* se représentent dans une affaire *Vermeire c. Belgique* soldée par un arrêt du 29 novembre 1991. La requérante, Astrid Vermeire, avait été exclue de la succession de ses grands-parents intégralement recueillie par ses cousins, Francine et Michel, en raison de sa qualité d'enfant naturel reconnu. Ainsi, aux termes de l'article 756 du Code civil belge de l'époque, « les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père et mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère ». La requérante avait agi en pétition d'hérédité et obtenu gain de cause devant le tribunal de première instance de Bruxelles qui s'était fondé sur les passages pertinent de l'arrêt *Marckx* (§ 10). La Cour d'appel de Bruxelles avait cependant réformé cette décision en refusant de conférer un quelconque effet direct aux passages en question (§ 11). *In fine*, la Cour de cassation avait débouté – aux termes d'un arrêt du 12 février 1987 – la requérante du pourvoi qu'elle avait formé devant elle (§ 12).

Cette nouvelle affaire belge ne posait sur le fond aucune question neuve : l'arrêt *Marckx* avait jugé que les règles litigieuses violaient la Convention. Le gouvernement belge excipait de ce que l'arrêt *Marckx* imposait « un remaniement en profondeur » du droit belge dont la responsabilité « [pesait] exclusivement sur le pouvoir législatif » et de ce que les réformes considérées avaient effectivement eu lieu et abouti à la loi du 31 mars 1987 qui éliminait la discrimination litigieuse. La Cour n'a pas souscrit à cet argumentaire.

Ayant relevé que la succession du grand-père de la requérante avait été ouverte après le prononcé de l'arrêt *Marckx*, la Cour a jugé que rien n'empêchait les juges belges d'appliquer la règle qui en découlait (§ 25) et qu'un « remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions » ne constituait en aucun cas un préalable indispensable au respect de la Convention. Ainsi, « la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de [ses obligations] ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979 » (§ 26).

La Cour n'a par contre pas considéré la Convention violée par égard à la succession de la grand-mère, ouverte avant la date de l'arrêt *Marckx*, même si elle n'avait été clôturée que postérieurement au 13 juin 1979 (§§ 21-22). Le juge MARTENS s'est sur ce point écarté de la majorité. Selon lui, les règles dégagées dans *Marckx* étaient applicables « à toutes les successions dont le partage n'avait pas encore été mené à son terme à cette date » (§ 3). Selon lui, il faut bien sûr tenir compte, si possible, de la sécurité juridique (comprise comme

¹⁵⁴⁷ La Cour a par contre considéré que l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 n'était applicable qu'aux griefs concernant l'incapacité de disposer de Paula Marckx et pas à l'incapacité de recevoir d'Alexandra Marckx. Ainsi, « ce texte se borne à consacrer le droit de chacun au respect de "ses" biens, ne vaut par conséquent que pour des biens actuels et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession ab intestat ou de libéralités » (§ 50). Par contre, « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété » (§ 63). S'agissant de la situation de Paula, la Cour a donc constaté, sous cet angle distinct également, une violation de la Convention (§ 65).

empêchant le "désordre" juridique), mais lorsque le maintien d'une injustice fondamentale constitue le prix à payer pour y parvenir, il n'est tolérable que s'il est absolument inévitable » (§ 9).

β – Les exploitations agricoles et la réunification allemande : *Inze c. Autriche* et *Brauer c. Allemagne*

833. Les arrêts *Inze* et *Brauer* rendus respectivement à l'encontre de l'Autriche et de l'Allemagne ont validé l'approche de l'arrêt *Marckx* dans des contextes singuliers et ont récusé les conceptions abstraites qui peuvent prévaloir quant aux souhaits du *de cuius* ou quant à la nécessité de protéger la famille légitime.

Dans l'affaire *Inze c. Autriche* soldée par un arrêt du 28 octobre 1987, était en cause le régime applicable en Autriche aux successions relatives aux exploitations agricoles héréditaires. Suivant les dispositions applicables, lorsque la succession du propriétaire d'une telle exploitation échoyait à plusieurs personnes, il y avait lieu de désigner un « héritier principal » qui hériterait seul de l'exploitation. A cet égard, il était prévu que les hommes étaient préférés aux femmes et les aînés aux cadets. En outre, les enfants par le sang étaient préférés aux enfants adoptifs et les enfants légitimes aux enfants naturels (art. 6 et 7 de la loi carinthienne). Le requérant était un enfant naturel privé à ce titre de reprendre la ferme familiale au bénéfice de son frère cadet, né dans le cadre d'un mariage contracté ultérieurement par sa mère.

La Cour a considéré que la situation du requérant se distinguait de celle d'Alexandra Marckx en manière telle que l'article 1 du Protocole n° 1 combiné à l'article 14 trouvait à s'appliquer. En effet, dans *Marckx* était en cause « droit potentiel de la seconde requérante à hériter de la première, toujours de ce monde » tandis que « M. Inze avait déjà obtenu par voie de succession le droit à une part du patrimoine de sa feuée mère, y compris l'exploitation agricole, sous réserve d'une attribution des biens conforme à la loi provinciale » et « les héritiers avaient accepté les parts prévues par le code civil et le tribunal de district de Klagenfurt avait homologué leurs déclarations le 31 mars 1976 [en sorte que] le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de ses cohéritiers même si aucun d'eux n'avait de droit immédiat sur un bien déterminé » (§ 38).

La Cour a alors rappelé que la Convention était un instrument vivant et que les Etats parties attachaient désormais de l'importance à l'égalité entre enfants né dans le mariage et hors du mariage. En particulier neuf Etats avaient ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, au rang desquels l'Autriche (§ 41). Selon le gouvernement, la règle donnant préférence aux enfants légitimes correspondait tout à la fois à « la volonté probable du défunt » et aux « convictions de la population rurale » de même qu'à « la situation sociale et économique des agriculteurs » (§ 42). Pour la Cour, aucun de ces arguments n'était convaincant. D'un côté, l'argument tiré des intentions supposées du *de cuius* s'inspirait « de considérations générales et abstraites [...] qui peuvent parfois ne pas cadrer avec la situation réelle et ne sauraient justifier pareille règle » (§ 43). D'un autre côté, l'argument fondé sur les convictions traditionnelles des populations rurales était progressivement contredit par l'évolution sociale qui se traduisait, notamment, dans un projet de loi en discussion au plan interne qui tendait à lier l'attribution de l'exploitation à de circonstances objectives, comme la formation à la gestion d'une ferme et le fait d'avoir été élevé dans la propriété (§ 44)¹⁵⁴⁸. Dans

¹⁵⁴⁸ Au même paragraphe, la Cour précise que « la réforme ainsi proposée [...] ne saurait en soi passer pour démontrer que les règles antérieures allaient à l'encontre de la Convention. Elle indique cependant que la législation incriminée aurait aussi pu atteindre son but en recourant à d'autres critères que la naissance légitime ou hors mariage ».

ce contexte, la Cour a considéré, à l'unanimité, qu'il y avait une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14.

834. Dans son arrêt *Brauer c. Allemagne* du 28 mai 2009, la Cour s'est penchée sur la problématique des droits successoraux des enfants nés hors mariage dans le contexte du partage de l'Allemagne en RDA et RFA. La requérante avait été reconnue par son père quelques mois après sa naissance, mais elle avait grandi en RDA alors que son père vivait en RFA. Ils s'étaient cependant régulièrement écrit et avaient en outre approfondi leur relation après la réunification allemande. Le père de la requérante était décédé en 1998 et elle avait cherché sans succès à obtenir des juridictions internes la reconnaissance de sa vocation successorale.

Au cœur de l'espèce gisait ainsi une exception maintenue en droit civil de la RFA suivant laquelle les enfants nés hors mariage avant le 1^{er} juillet 1949 étaient exclus de la succession légale, cela alors même qu'au fil de réformes successives, le législateur allemand a veillé à assimiler progressivement les enfants nés hors mariage à ceux nés dans le mariage au plan successoral. La Cour a en premier lieu relevé que les faits de la cause entraient dans le champ de l'article 8 en manière telle que les articles 8 et 14 combinés de la Convention trouvaient à s'appliquer (§§ 31-32) (voy. *supra* n° 831).

La Cour a considéré qu'il existait indubitablement une différence de traitement préjudiciable à la requérante par rapport : (1) aux enfants nés dans le mariage ; (2) aux enfants naturels nés après le 1^{er} juillet 1949 et (3) aux enfants naturels nés avant le 1^{er} juillet 1949 auxquels le droit de l'ancienne RDA était applicable (§ 34). Elle a rappelé que la Convention est un instrument vivant (§ 40) et a estimé qu'au regard de l'évolution du contexte européen les objectifs de prévisibilité ou de sécurité juridique ou de protection du *de cuius* invoqués par le gouvernement allemand pour justifier le maintien de l'exclusion litigieuse – fussent-ils légitimes (§ 41) – devaient s'effacer devant l'impératif d'égalité entre les enfants (§§ 42-43). La Cour a accordé en outre une importance décisive à la circonstance que le *de cuius* n'avait pas d'autre famille proche que la requérante qui s'était trouvée privée de droits successoraux sans aucune compensation financière quelconque, en manière telle que l'objectif de protection du *de cuius* et de sa famille ne correspondait, en l'espèce, à aucun intérêt concret et effectif (§ 44). Par ailleurs, la requérante avait grandi en RDA dans un contexte social d'égalité entre les enfants naturels et légitime et ne se voyait appliquer la législation de l'ancienne RFA que parce que son père se trouvait y résider au moment de la réunification allemande (§ 44). Au regard de ces éléments, et n'apercevant aucun motif propre à justifier la différence de traitement incriminée, la Cour a constaté que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention avait été violé (§45).

iii) *L'exclusion des enfants adultérins*

α – Le lien de filiation établi avant l'ouverture de la succession : *Mazurek c. France* et *Merger et Cross c. France*

835. Le sort successoral défavorable des enfants adultérins a donné lieu à une « saga française » entamée avec l'arrêt *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000. Dans cette affaire, le requérant était un enfant adultérin dont la mère avait eu auparavant un enfant légitime. Il avait bénéficié d'une donation précipitaire. Son frère l'avait attrait devant le tribunal de grande instance de Nîmes afin qu'il soit jugé que le requérant n'avait droit qu'à un quart de la succession. En effet, suivant l'article 760 du Code civil français, tel qu'il était rédigé à l'époque, « les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes ». Les juridictions de première instance et d'appel puis la Cour de cassation avaient

confirmé le caractère limité des droits successoraux du requérant. Dans son arrêt du 25 juin 1996, la Cour de cassation avait expressément affirmé que « la vocation successorale [était] étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention » (§ 15).

Comme dans l'affaire *Inze*, la Cour a considéré que l'article 1 du Protocole n° 1, combiné à l'article 14, trouvait à s'appliquer. En effet, « dans la mesure où la mère du requérant était décédée au moment des faits, [...] le requérant avait automatiquement acquis, en vertu des articles 745, 757 et 760 du code civil français, des droits héréditaires sur la succession » (§ 42). Au soutien de la distinction faite entre, d'une part, les enfants légitimes et naturels et, d'autre part, les enfants adultérins, le gouvernement français invoquait l'objectif de protéger la famille traditionnelle. La Cour a confirmé la légitimité de principe de pareille intention avant de se tourner vers l'examen de la proportionnalité de la mesure incriminée par le requérant (§§ 50-51). A cet égard, elle a affirmé que « l'institution de la famille [n'était] pas figée et relevé l'existence en Europe d'une « nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins » que reflétait d'ailleurs l'évolution de la réflexion juridique, en France, à propos de l'inégalité litigieuse (évolution dont rendaient compte un projet de loi de 1991 et des rapports commandés par le garde des Sceaux) (§ 52). Il y a avait donc eu violation des articles 1P1 et 14 de la Convention.

Le requérant formulait le même grief sur le fondement des articles 8 et 14 combinés de la Convention, mais la Cour n'a pas estimé devoir examiner l'affaire également sous cet angle spécifique. Les juges LOUCAIDES et TULKENS ont expressément critiqué cette option empreinte selon eux de minimalisme judiciaire (voy. *supra* n° 429 et s.) en évoquant deux raisons qui justifiaient un examen séparé : d'une part, il y allait du respect dû au requérant qui « tout au long de cette affaire, aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, le requérant n'a pas voulu réduire le litige à une seule question d'argent » ; d'autre part, la limitation des droits successoraux du requérant « [trouvait] sa cause dans le statut d'infériorité de l'enfant « adultérin » lequel subsistait encore dans d'autres dispositions » et « en se limitant à l'une des conséquences de ce statut [...], la Cour ne pose peut-être pas le problème dans les termes où il est susceptible de trouver son sens, à savoir le maintien d'inégalités, dans le droit de la filiation, fondées sur les conditions de naissance ». En somme, en choisissant de n'examiner l'affaire qu'au seul prisme de la « *lex specialis* » de l'article 1P1 et en se refusant à examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8, la Cour se privait de l'opportunité d'exiger « [non] pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation » et laissait sans réponse « la question de savoir si elle considère, comme le suggère le Gouvernement, que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention, ce qui pourrait paraître comme une régression par rapport à des arrêts antérieurs » (voy. *supra* n° 831).

836. Proche de l'affaire *Mazurek*, l'affaire *Merger et Cros c. France* soldée par un arrêt du 22 décembre 2004 concernait quant à elle une succession volontaire. Hermance Merger était née, en 1968, des œuvres de sa mère, Clémentine Cros, et d'un homme marié à une autre femme, R. Merger. Cet homme l'avait reconnu en 1973 et retenait d'ores et déjà, de son mariage, quatre autres enfants (§ 9). En juin 1985, Monsieur Merger avait établi un testament olographe où il avait exprimé sa volonté :

- que ses biens soient divisés en cinq lots tirés au sort en présence de tous ses enfants ;
- que la quotité disponible, après rapport des donations, soit léguée à Hermance Merger ;
- et que l'usufruit de son épouse soit réduit sur la part de ses quatre enfants légitimes.

Lors du décès, les enfants légitimes avaient attiré les requérantes, Hermance Merger et Clémentine Cros, devant le tribunal de grande instance de Paris. Cette juridiction avait considéré qu'il y avait lieu :

- d'annuler deux donations faites par le *de cujus* à la première requérante de son vivant ;
- de limiter à 10 % les droits de la première requérante dans la succession de son père ;
- de dire dépourvu d'effet le legs à la première requérante de la quotité disponible ;

La décision se fondait sur les articles 760 et 908 du Code civil français. Suivant l'article 760, « les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes ». Suivant l'article 908, « les enfants naturels ne peuvent rien recevoir par donations entre vifs ou par testament de leur père ou de leur mère au-delà de ce qui leur est accordé par les articles 759 et 760 [...] lorsque le disposant était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne ». Sur l'appel des requérantes, la Cour d'appel de Dijon¹⁵⁴⁹ avait confirmé la décision du tribunal de grande instance. En mai 2000, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par les requérantes (§§ 18-25).

La Cour a examiné séparément la question de la hauteur des droits successoraux et celle de la capacité de recevoir des donations et legs. La première se prêtait à un examen sous l'angle des articles 1P1 et 14 combinés tandis que la seconde devait être appréhendée sous le prisme des articles 8 et 14 combinés. En effet, la première requérante était propriétaire avec ses demi-frères et sœurs du patrimoine successoral en sorte qu'à cet égard son droit au respect de ses biens était engagé (§ 32) tandis que les donations et legs avaient été rétroactivement annulés en manière telle que ce même droit ne pouvait entrer en ligne de compte (§ 37). Par contre, l'article 8 trouvait à s'appliquer dès lors notamment que « la première requérante est née en 1968, alors que ses parents vivaient ensemble depuis 1965 [en manière telle que] la première requérante et ses parents formaient à ce moment manifestement une “famille” au sens de l'article 8 de la Convention » (§ 45). Quoi qu'il en soit, la Cour a conclu des deux côtés à la violation de la règle de non discrimination en s'appuyant sur les conclusions atteintes dans l'affaire *Mazurek* (§§ 33 et 48).

β – Le lien de filiation établi après une donation-partage en faveur des enfants légitimes : *Fabris c. France* [GC]

837. L'affaire *Fabris c. France* mettait en cause l'attitude des autorités françaises face à une situation dans laquelle un lien de filiation avait été établi entre une femme et son enfant adultérin (en 1983) après que cette femme ait procédé (en 1970) à la donation-partage de ses biens à ses deux enfants légitimes. Monsieur Fabris avait formé opposition à l'acte de partage considéré, mais les juridictions françaises avaient rejeté sa demande, au motif que la loi française du 3 décembre 2001 relative aux droits successoraux des enfants naturels n'était pas applicable aux successions qui avaient donné lieu à partage avant le 4 décembre 2001, ce qui était le cas en l'espèce. Alors qu'il avait obtenu gain de cause devant le tribunal de grande instance de Béziers, Monsieur Fabris avait perdu devant la Cour d'appel de Montpellier. Il avait subséquemment été débouté de son pourvoi en cassation. Le requérant estimait avoir été victime d'une différence de traitement discriminatoire liée à son statut d'enfant adultérin.

¹⁵⁴⁹ L'une des parties était magistrat au tribunal de grande instance de Paris et Hermance Merger était devenue, en cours d'instance, avocate à la cour d'appel de Paris.

- L'arrêt de chambre du 21 juillet 2011

838. La Chambre a pointé que les droits successoraux des enfants adultérins avaient été organisés en France par les lois du 3 janvier 1972 et du 3 décembre 2001 et que chacune de ces deux lois était pourvue de dispositions transitoires dont l'application à la situation du requérant constituait le noyau dur de la controverse (§ 55). Le juge interne s'était fondé sur « la réalisation du partage successoral entre les deux enfants légitimes lors du décès de la mère avant l'intervention de la loi du 3 décembre 2001 pour en déduire que les dispositions de cette loi relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels n'étaient pas applicables en l'espèce ». Pour le juge strasbourgeois, « cette interprétation des dispositions pertinentes effectuées par les juridictions internes poursuivait un but légitime, à savoir garantir le principe de sécurité juridique [qui est] “nécessairement inhérent au droit de la Convention [...]” » (§ 57). La chambre a dès lors distingué l'affaire *Fabris* des antécédents *Mazurek* et *Merger et Cros* dans le cadre desquelles le partage n'avait pas encore été réalisé et a considéré que l'attitude des autorités françaises réalisait en l'espèce un équilibre acceptable entre les intérêts en conflit (§ 57)¹⁵⁵⁰.

- L'arrêt de grande chambre du 7 février 2013

839. Dans son arrêt daté du 7 février 2013, la grande chambre s'est départie de cette conclusion et a considéré que la décision des juridictions françaises méconnaissait l'article 1 du premier protocole additionnel combiné à la règle de non-discrimination.

La grande chambre a relevé que la différence de traitement entre le requérant et ses demi-frère et demi-sœur résultait de la loi de 2001 (qui posait comme condition à l'application des nouveaux droits successoraux des enfants adultérins aux successions ouvertes avant le 4 décembre 2001 qu'elles n'aient pas donné lieu à un partage avant cette date) et de l'interprétation de la Cour de cassation (suivant laquelle le partage successoral avait en l'espèce eu lieu en 1994, au moment du décès de la mère du requérant). Pareil obstacle n'aurait pas été opposé à un enfant légitime « omis de la donation-partage ou non encore conçu lors de celle-ci » en sorte que le requérant avait bien subi une différence de traitement fondée sur la naissance (§ 63). Le gouvernement faisait valoir qu'« il n'était pas possible de porter atteinte aux droits acquis par les tiers, en l'occurrence les autres héritiers », en sorte qu'il se justifiait de « limiter l'effet rétroactif de la loi de 2001 aux seules successions qui étaient ouvertes à la date de sa publication et n'avaient pas donné lieu à partage à cette date » afin de garantir la « paix des familles » (§ 65). La Cour, en se référant à sa décision *E.S. c. France* du 10 février 2009 a concédé que « le souci d'assurer la stabilité des règlements successoraux achevés, lequel était prépondérant aux yeux du législateur et du juge saisi en l'espèce, constitue un but légitime susceptible de justifier la différence de traitement dont il s'agit en l'occurrence » (§ 66).

Reconnaissant que l'affaire se distinguait des affaires *Mazurek* et *Merger et Cros*, la Cour a cependant estimé que la restriction imposée aux droits du requérant n'était pas proportionnée au but légitime qu'elle poursuivait.

Sur le plan substantiel, la Cour a considéré que l'on pouvait nourrir, pour trois raisons, des doutes raisonnables sur la réalité du partage successoral réalisé par le décès de Mme M. en 1994. D'abord, « le demi-frère et la demi sœur du requérant savaient – ou auraient dû savoir –

¹⁵⁵⁰ Voy. cependant l'opinion dissidente des juges SPIELMANN et COSTA. Selon ces deux juges, le moment du partage était litigieux dès lors que dans le cadre de la donation-partage la défunte avait déclaré solennellement n'avoir d'autre enfant que les donataires et que dès lors le requérant considérait que cet acte conjugué au décès de sa mère en 1994 n'avait pas réalisé le partage. Les juridictions françaises avaient donc dû procéder à l'interprétation de la disposition transitoire litigieuse et ce faisant elles avaient privé le requérant de tout droit dans la succession de sa mère au profit des deux enfants légitimes de celle-ci.

que leurs droits pouvaient se voir remis en cause » dès lors qu’au « décès de leur mère en 1994, la loi prévoyait un délai de cinq ans pour exercer une action en réduction de la donation-partage » ; ensuite, « l’action en réduction que le requérant avait finalement engagée en 1998 était pendante devant les juridictions nationales au moment du prononcé de l’arrêt Mazurek [...] et de la publication de la loi de 2001 [...] ; enfin, « le requérant n’était pas un descendant dont ils ignoraient l’existence, car il avait été reconnu comme fils naturel de leur mère par un jugement rendu en 1983 » (§ 68)¹⁵⁵¹.

Au plan procédural, la Cour a relevé que « la Cour de cassation [n’avait] pas répondu au moyen principal invoqué par le requérant et tiré de la méconnaissance du principe de non-discrimination tel que garanti par l’article 14 de la Convention ». Or, « les tribunaux doivent examiner avec rigueur les moyens ayant trait aux “droits et libertés” garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu’il s’agit là d’un corollaire du principe de subsidiarité » (§ 72)

Elle a cependant ajouté aussitôt que « cette conclusion ne [mettait] pas en cause le droit des Etats de prévoir des dispositions transitoires lorsqu’ils adoptent une réforme législative en vue de s’acquitter de leurs obligations découlant de l’article 46 § 1 de la Convention » mais que « si le caractère essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour laisse à l’Etat le choix des moyens pour effacer les conséquences de la violation [...], il y a lieu de rappeler en même temps que l’adoption de mesures générales implique pour l’Etat l’obligation de prévenir, avec diligence, de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de la Cour [...]. Cela entraîne l’obligation pour le juge national d’assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu’interprétées par la Cour. Or, tel n’a pas été le cas en l’espèce » (§§ 74-75).

iv) *La filiation naturelle ou adultérine tardivement établie : Camp et Bourimi c. Pays-Bas et Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France*

840. Dans l’affaire *Camp et Bourimi c. Pays-Bas* qui a donné lieu à un arrêt du 3 octobre 2000 était en cause la distinction faite entre les enfants naturels suivant le moment de l’établissement de leur filiation. Les requérants étaient une mère et son enfant né hors mariage. Le père de celui-ci était décédé avant d’avoir pu procéder à la reconnaissance, mais la mère avait pu obtenir l’établissement de la filiation au moyen de « lettres de légitimation » prévues à l’article 1:215 du Code civil qui visait l’hypothèse où « l’homme, conscient de la grossesse de la femme et désireux de l’épouser, est décédé avant la naissance de l’enfant sans avoir reconnu ce dernier ». La Cour de cassation avait toutefois refusé de reconnaître un effet rétroactif à ces « lettres de légitimation » privant de ce fait le second requérant de tout droit dans la succession de son père. Ainsi, suivant le droit néerlandais, « seules les personnes possédant des liens familiaux juridiquement reconnus avec une personne décédée sans testament peuvent succéder à cette personne » (article 4:879 du Code civil).

La Cour a refusé de conclure comme l’y invitaient les requérants à la violation de l’article 8 considéré isolément (§ 29). Elle a rappelé qu’elle avait pu envisager la question des discriminations successorales entre enfants tant sous l’angle des articles 8 et 14 combinés que sous l’angle des articles 1P1 et 14 combinés. En l’espèce, et dès lors que les requérants invoquaient les articles 8 et 14, la Cour a procédé à son examen de conventionalité sous cet angle spécifique (§ 33). A cet égard, elle a rappelé le principe, affirmé dans *Marckx*, suivant lequel « les questions de succession ab intestat entres proches parents entrent dans le champ d’application de [l’article 8], dans la mesure où elles représentent un aspect de la vie familiale »

¹⁵⁵¹ La Cour a souligné en outre que les légitimes espérances des héritiers gratifiés par la donation-partage n’étaient pas protégées de manière absolue, puisqu’elles étaient susceptibles d’être battues en brèche par une action en réduction émanant d’un enfant légitime né ensuite du partage ou volontairement exclu de celui-ci (§ 71).

et a considéré que « le fait que le décès de M. A. Bourimi soit survenu avant que Sofian ne vienne au monde ne [constituait] pas une raison justifiant que la Cour adopte une autre démarche en l'espèce » (§ 35).

Pourtant, Sofian Bourimi avait été traité différemment « non seulement des enfants nés dans le mariage, mais également des enfants qui, tout en étant nés hors mariage, ont été reconnus par leur père » (§ 38). Selon elle, cette différence de traitement n'était pas proportionnée au but légitimé vanté par le gouvernement à savoir la protection des droits des autres héritiers (§ 39). Il est intéressant de relever que la Cour accorde du poids à deux circonstances spécifiques : d'une part, « la non-reconnaissance par M. A. Bourimi de l'enfant dont Mme Camp était enceinte ne procédait pas d'une décision délibérée » (§ 38) ; d'autre part, la circonstance que « Sofian n'était pas un descendant dont les autres héritiers ignoraient l'existence » (§ 39). Faudrait-il en conclure au terme d'une interprétation *a contrario* qu'une différence de traitement fondée sur le même critère pourrait être considérée justifiée si la non-reconnaissance correspondait à la volonté du *de cujus* et/ou si les autres héritiers ignoraient l'existence de l'enfant biologique du défunt ?

841. Aux termes d'une décision *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France* du 21 octobre 2008, la Cour a par contre considéré irrecevable la requête introduite par deux enfants adultérins. En l'espèce, les deux jeunes femmes – qui n'avaient pas été reconnues par leur concepteur – s'étaient trouvées exclues d'une succession de leur père qui avait été partagée entre son épouse et sa sœur. Alors que leur père était décédé en 1955, les requérantes avaient obtenu du tribunal de grande instance de Perpignan l'établissement de leur filiation paternelle en février 1996 et avaient assigné en 1998 l'épouse du requérant et ses deux enfants dans le but de voir reconnus leurs droits successoraux. Le tribunal de grande instance, la Cour d'appel de Montpellier et la Cour de cassation avaient successivement donné tort aux requérantes.

Les requérants faisaient valoir un grief de violation des articles 1P1 et 14 combinés de la Convention. Selon la Cour, l'article 2 de la loi du 25 juin 1982 établissait une discrimination entre les enfants naturels reconnus volontairement et ceux dont la filiation est établie par possession d'état, dès lors que les seconds ne peuvent contester la succession déjà liquidée de leur auteur. Il restait alors à voir si semblable discrimination pouvait passer pour justifiée (*sic*).

La Cour a considéré que les articles 1P1 et 14 ne s'appliquaient pas à l'espèce. En effet, « la loi de 1982 [permettait] qu'un enfant naturel établisse sa filiation par la possession d'état afin de justifier sa qualité d'héritier dans la succession de son auteur » et « [autorisait] ainsi la revendication de droits sur la succession même si celle-ci était ouverte avant son entrée en vigueur pourvu qu'elle n'ait pas encore été liquidée ». Dans ce contexte, « les juridictions nationales [avaient] [...] estimé que la succession du père des requérantes avait été définitivement réglée en 1955, soit bien avant l'établissement de leur filiation » en manière telle qu'« au moment du décès de leur père, les requérantes n'avaient aucun droit héréditaire sur sa succession et que son patrimoine n'était donc pas leur propriété ». La situation était donc différente de celle prévalant dans *Camp et Bourimi* dans laquelle « le requérant avait obtenu la reconnaissance juridique de ses liens familiaux avec son père décédé par l'octroi de lettres de légitimation, sans que cette légitimation n'ait produit pleinement tous ses effets ».

Les requérantes invoquaient bien encore les articles 8 et 14 combinés de la Convention, mais ce grief a été écarté faute pour elles de l'avoir invoqué devant les juridictions internes.

B. La préférence pour la filiation charnelle

i) L'exclusion des parents adoptifs : *Topčić-Rosenberg c. Croatie*

842. Dans un arrêt *Topčić-Rosenberg c. Croatie* du 14 novembre 2013, la Cour a été amenée à examiner le grief d'une femme qui se prétendait discriminée, au plan de l'allocation du congé de maternité, en raison de sa qualité de mère adoptive. Elle était une « *businesswoman* » indépendante vivant à Zagreb et avait adopté un enfant de trois ans en 2006 (§ 6). La même année, elle avait sollicité le bénéfice d'un congé de maternité qui lui avait été refusé dès lors qu'un tel congé n'était alloué aux mères biologiques que jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge d'un an et que les mères adoptives devaient être traitées à l'identique (§§ 7-8)¹⁵⁵².

La Cour a rappelé en premier lieu que l'exigence de non-discrimination s'appliquait aussi aux droits additionnels que les Etats ont volontairement choisis de conférer au-delà de leurs obligations conventionnelles (§ 35). Pour la Cour, il fallait tenir compte de deux considérations : en premier lieu, le congé de maternité permettait à la mère de rester à la maison pour prendre soin de l'enfant et de ce point de vue, la mère adoptive est dans une situation similaire à celle d'un parent biologique ; en second lieu : l'Etat devrait s'abstenir de toute action susceptible d'empêcher le développement de liens entre le parent adoptif et son enfant (§ 42).

Dans ce contexte, la Cour a relevé que le *Maternity Leave Act* qui contenait les dispositions applicables aux mères exerçant une activité indépendante prévoyait expressément que les mères biologiques avaient droit à un congé de maternité de 45 jours avant la naissance de l'enfant puis jusqu'au premier anniversaire de l'enfant. Le même texte prévoyait l'allocation dans les mêmes conditions d'un congé de maternité aux mères adoptives exerçant leur activité professionnelle à titre indépendant, mais sans prévoir l'hypothèse d'une adoption postérieure au premier anniversaire de l'enfant (§ 45). Dans la réglementation applicable au congé de maternité des femmes ayant le statut d'employée, par contre, on avait prévu cette situation et allouait un congé payé de 270 jours à dater de l'adoption d'un enfant de plus d'un an mais de moins de douze ans (§ 44). Pour la Cour les autorités nationales avaient interprété de manière « excessivement formelle et inflexible » la législation applicable à l'époque (§ 46)¹⁵⁵³. Elles avaient omis de prendre en considération le principe général reconnu par la législation applicable aux employées suivant lequel la mère adoptive est au moment de l'adoption dans la même position que la mère biologique au moment de la naissance (§ 44). En tout état de cause, la législation litigieuse avait été ultérieurement amendée pour corriger le défaut dont elle était affectée (§ 48).

ii) *L'exclusion des enfants adoptés : Pla et Puncernau c. Andorre*

843. Dans un arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, la Cour a été amenée à statuer sur le grief d'un requérant qui prétendait avoir été discriminé au plan successoral en sa qualité d'enfant adopté. En l'occurrence, le père du requérant avait hérité de sa propre mère à charge de transmettre les biens considérés à « un fils ou petit fils d'un mariage légitime et canonique ». En 1995, il avait légué au requérant, adopté en 1969, les biens faisant l'objet de cet héritage. Au décès du père du requérant, en 1996, les arrière-petites-filles de la testatrice avaient dénoncé ce legs, prenant argument de ce que, dans le cadre du mécanisme substitutif mis au point par celle-ci, un enfant adoptif ne pouvait être tenu pour « un fils ou petit fils d'un mariage légitime et canonique » (§§ 11-16). Déboutées en première instance, elles avaient obtenu gain de cause devant le Tribunal supérieur de justice d'Andorre. Cette décision avait été ultérieurement validée par le Tribunal constitutionnel (§§ 17-21).

¹⁵⁵² Dans cette affaire où, aux termes d'une déclaration unilatérale, le gouvernement avait reconnu la violation de la Convention et proposé une indemnisation en demandant que la requête soit rayée du rôle de la Cour, les juges strasbourgeois ont estimé comme la requérante que l'indemnisation proposée était insuffisante et qu'il y avait lieu d'examiner l'affaire (§§ 24-31). Voy. à cet égard l'opinion dissidente des juges BERRO-LEFÈVRE, HAJIYEV et MØSE.

¹⁵⁵³ Traduction libre.

Le requérant, handicapé mental, et sa mère adoptive, qui était aussi sa curatrice (jusqu'à son décès alors que l'affaire était pendante devant la Cour) (§ 10) arguaient que l'attitude des juridictions internes constituait une discrimination fondée sur le mode de filiation et contrevenait à ce titre aux dispositions des articles 8 et 14 combinés de la Convention (§ 27). L'originalité de l'affaire résidait dans la circonstance que la différence de traitement dénoncée ne résultait pas directement de la législation nationale, mais bien l'interprétation d'une clause testamentaire (§§ 43-44). Selon la Cour, puisque le testament était un acte éminemment privé, le juge interne était beaucoup mieux placé pour trancher au regard des « traditions juridiques locales » la controverse en cause et « un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne [pouvait] [...] se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention » (§ 46).

Pour conclure à la violation de la règle de non-discrimination, la Cour a développé deux axes de raisonnement, l'un principal, l'autre subsidiaire.

A titre principal, « aucune question touchant à la libre volonté de la testatrice [n'était] en cause ; seule l'interprétation de la clause testamentaire [entrait] en ligne de compte » (§ 57). Or, l'interprétation retenue par les juridictions andorranes était « par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé » (§58). En outre, on « ne [décelait] pas le but légitime poursuivi par la décision litigieuse ni sur quelle justification objective et raisonnable [pouvait] reposer la distinction opérée » (§ 61) dans un contexte où « seules des raisons très fortes [pouvaient] amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage » (§ 61).

A titre subsidiaire, il fallait, dans tous les cas, avoir égard au caractère dynamique de la Convention. Dès lors, « à supposer même que la clause testamentaire en question eût nécessité une interprétation par les juridictions internes, une telle interprétation ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment de la rédaction du testament ou du décès de la testatrice, en l'occurrence en 1939 et en 1949 ». En effet, « en présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique, le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités ». Il convenait, en somme, de « ne [...] pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit » et de « conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour » (§ 62).

Les juges BRATZA (partiellement dissident) et GARLICKI (dissident) ont souhaité exprimer une position différentes suivant lesquelles le principe de non discrimination ne s'imposait pas avec la même force aux particuliers qu'aux Etats. La liberté testamentaire, protégée par les articles 8 et 1P1 de la Convention, impliquait par sa nature même aux règles de droit commun du partage successoral et une différenciation ou une distinction des héritiers potentiels. Les autorités étatiques devaient alors réserver la censure de dispositions testamentaires à des « circonstances exceptionnelles » où une clause apparaît contraire aux « idéaux fondamentaux de la Convention » ou tendant à « la destruction des droits garantis par la Convention ». La distinction opérée par un testateur entre ses petits-enfants biologiques et adoptifs, quoiqu'elle puisse sembler injuste ne correspond pas à de telles circonstances exceptionnelles en sorte que c'est erronément que la majorité avait censuré l'interprétation donnée à la clause litigieuse par les juridictions internes.

C. La faveur pour les parents hétérosexuels : J.M. c. Royaume-Uni

844. Dans son arrêt *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, la Cour a été amenée à envisager la situation d'une femme divorcée, mère de deux enfants, qui s'était réinvestie dans une union conjugale homosexuelle. Les enfants vivaient principalement avec leur père et la pension alimentaire à verser par leur mère avait été calculée par les autorités nationales. Or, la contribution de la mère avait été calculée différemment de celle qui aurait été calculée dans les mêmes circonstances à charge d'une mère qui se serait réinvestie conjugalement avec un homme. Cela dans la mesure où, pour l'application des dispositions pertinentes, le couple homosexuel n'entrait pas au même titre que le couple hétérosexuel dans la catégorie « unmarried couple ». La requérante faisait donc valoir qu'elle avait été traitée différemment au plan du calcul de ses obligations alimentaires sur la seule base de son orientation sexuelle et sans justification. A son estime, elle avait été victime d'une discrimination essentiellement sur le terrain du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale protégé par l'article 8 (§§ 32-36), mais également sur celui du droit au respect des biens protégé par l'article 1^{er} du protocole n° 1 (§ 37).

Suivant la Cour, les faits de la cause trouvaient en tout cas à s'inscrire dans le champ de l'article 1P1 en manière telle qu'il n'était pas nécessaire de décider si ces mêmes faits entraient dans le champ de la vie familiale ou de la vie privée protégées par l'article 8 (§ 49). La Cour a rappelé qu'il fallait des raisons particulièrement fortes pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§ 54). Elle a d'emblée relevé que les situations respectives de la requérante et d'un parent qui aurait reformé un couple hétérosexuel étaient comparables et s'est interrogée sur la justification possible d'une différenciation s'agissant de fixer le montant de la pension alimentaire à servir aux enfants communs (§ 55-56).

Le gouvernement défendeur a fait valoir que la justification de la différence de traitement résidait dans les différences qui existaient entre les couples homosexuels et hétérosexuels au moment des faits, soit en 2001-2002, et mis en exergue l'entrée en vigueur quelques années plus tard du *Civil Partnership Act* (§ 56). De même, le gouvernement a expliqué que pour la période considérée, la situation dénoncée relevait de la marge d'appréciation dont le Royaume-Uni disposait (§ 57). La Cour n'a pas été convaincue par ces explications et a considéré que l'article 14 de la Convention avait été violé¹⁵⁵⁴. Selon elle, il n'y avait, déjà en 2001-2002, aucune justification suffisante pour la différence de traitement considérée et l'entrée en vigueur ultérieure du *Civil Partnership Act* n'y changeait rien (§§ 57-58).

On notera encore qu'une affaire *Hallier et Lucas c. France*, actuellement pendante devant la Cour, concerne deux femmes pacsées qui dénoncent le rejet de la demande de congé paternité déposée par la deuxième requérante au titre de la naissance du fils de sa compagne¹⁵⁵⁵.

D. La faveur pour la répartition traditionnelle des rôles familiaux : Konstantin Markin c. Russie [GC]

845. Dans son arrêt *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998, la Cour a été amenée à prendre position sur l'impossibilité un père autrichien de bénéficier d'une allocation de congé parental.

¹⁵⁵⁴ Dans leur opinion concordante jointe à l'arrêt, les juges GARLICKI, HIRVELA et VUCINIC, déplorent que la majorité n'ait pas souhaité préciser que la question entrait dans le champ de l'article 8 dès lors que différents arrêts de 2010 confirment que le couple homosexuel constitue une vie familiale au sens de la Convention. A leur estime, ce *self restraint* dont fait montre la Cour correspond peut-être au désir de ne pas admettre que la Cour dans sa jurisprudence antérieure (not. *Mata Estevez*), se trompait...

¹⁵⁵⁵ La requête porte le n° 46386/10.

Après avoir essuyé les refus successifs de l'agence pour l'emploi et de l'agence régionale pour l'emploi, le requérant avait saisi la Cour constitutionnelle qui n'avait pas retenu le recours considérant qu'il ne présentait pas de chances suffisantes de succès (§§ 9-13). Le requérant se prétendait victime d'une discrimination interdite au sens des articles 8 et 14 combinés.

Selon la Cour, « l'attribution de l'allocation de congé parental permettant à l'Etat de témoigner son respect pour la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, elle entre donc dans le champ d'application de ce dernier » en sorte que « l'article 14 combiné avec cette disposition trouve à s'appliquer » (§ 29). Distinguant alors le congé de maternité du congé parental, la Cour a relevé qu'au regard de ce dernier et sans négliger les différences qui peuvent exister entre père et mère dans la relation à l'enfant, le père et la mère étaient dans une situation analogue (§ 36). Elle a subséquemment rappelé l'importance de la progression vers l'égalité des sexes (§ 37) et la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités internes (au regard notamment de l'absence de consensus en la matière « à l'époque des faits » soit à la fin des années 80) (§§ 38-39). La Cour a dès lors décidé de faire montre à l'égard de l'Autriche d'une certaine tolérance implicitement temporaire :

40. En effet, l'idée d'une assistance financière accordée par l'Etat aux deux parents au choix afin de leur permettre de rester au foyer et de s'occuper de leur enfant est relativement récente. A l'origine, ces mesures sociales, telle l'instauration du congé parental, visaient avant tout à protéger la mère et à lui permettre de prendre soin de son nourrisson. Ce n'est que progressivement, traduisant en cela l'évolution de la société vers un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l'éducation des enfants, que les Etats contractants ont pris des mesures s'étendant aux pères, comme celle de pouvoir bénéficier du congé parental par exemple.

41. Sur ce point, le droit autrichien a connu la même évolution, puisque le législateur a introduit le congé parental pour les pères en 1989. Parallèlement, il a étendu le bénéfice de l'allocation de congé parental aux pères en 1990 (paragraphe 15 ci-dessus).

Il paraît dès lors difficile de reprocher au législateur autrichien d'avoir introduit de manière graduelle, à l'image de l'évolution de la société en la matière, une législation somme toute très progressiste en Europe.

42. De plus, il existe encore aujourd'hui une très grande disparité dans les systèmes juridiques des Etats contractants en la matière. Si une grande partie d'entre eux ont pris effectivement des mesures pour permettre aux pères de bénéficier d'un congé parental, il n'en va pas de même de l'allocation de congé parental, que seuls de rares Etats attribuent aux pères.

La Cour a considéré qu'au regard de la situation dans les autres Etats parties, le rythme suivant lequel le législateur autrichien avait pris acte de l'avènement d'« un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l'éducation des enfants » était conventionnellement acceptable (§§ 40-43).

Le juge PETTITI a expressément affirmé, dans son opinion concordante que « l'égalité de traitement hommes/femmes n'exige pas une identité absolue d'application de textes d'ordre fiscal ou économique, dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme » et que « certaines revendications en ce domaine correspondent parfois plus à des convenances personnelles qu'à un besoin impérieux. En ces domaines, il faut garder une hiérarchie des problèmes afin de privilégier la protection des intérêts majeurs »¹⁵⁵⁶. Lapidairement, les juges BERNHARDT et SPIELMANN ont quant à eux exposé, dans leur opinion dissidente commune, que « les Etats ne sont nullement tenus de verser une allocation de congé parental, mais s'ils le font, les pratiques et rôles traditionnels de la vie familiale ne justifient pas à eux seuls une différence de traitement entre les hommes et les femmes » tandis que « la référence à la situation prévalant dans d'autres Etats européens et à l'absence de pratique uniforme n'est pas concluante ».

¹⁵⁵⁶ Le juge a précisé que « le congé parental en faveur de la mère pour la période où celle-ci s'occupe du nourrisson, avantage concédé par l'Etat, n'a pas à être accordé automatiquement au mari ou concubin, même si on le souhaite pour l'avenir. On ne peut nier qu'à la source d'un tel octroi il y a la prise en considération du rapport biologique et psychique particulier qui existe entre la mère et l'enfant surtout dans la période qui suit l'accouchement ».

846. Dans son arrêt *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009, la Cour a été amenée à examiner la requête déposée par un ressortissant hongrois en son nom propre et au nom de ses deux enfants. L'épouse du requérant qui était la mère des deux enfants considérés était de nationalité roumaine. Il avait sollicité le bénéfice d'une allocation de maternité et le Trésor hongrois le lui avait refusé dans la mesure où une telle allocation était réservée aux mères, aux parents adoptifs et aux tuteurs. La mère des enfants ne pouvait pas non plus prétendre au bénéfice de ladite allocation dès lors qu'elle ne bénéficiait pas encore d'un permis de séjour. Le requérant estimait être victime d'une discrimination fondée sur son statut parental et que ses deux enfants étaient quant à eux victime d'une discrimination fondée sur la nationalité de leur mère.

La Cour a relevé que le gouvernement ne contestait pas l'applicabilité de l'article 14 de la Convention et souligné qu'en tout état de cause l'octroi d'une allocation de maternité s'inscrivait dans le champ de l'article 8 de la Convention (§ 29). Sur le fond, la Cour a tout d'abord relevé que l'allocation de maternité avait pour objet d'aider l'enfant et toute la famille qui l'élève et n'était pas strictement réservée à la mère, dès lors que notamment les parents adoptifs ou tuteurs pouvaient en bénéficier (§ 31). La situation du requérant était dès lors comparable à celle des différents bénéficiaires de l'allocation (§ 32).

La Cour a admis que les Etats bénéficiaient d'une certaine marge d'appréciation et a relevé qu'il existait des systèmes de sécurité sociale très différents parmi les Etats membres, mais elle a considéré que ni les autorités nationales ni le gouvernement défendeur n'avait procuré de justification objective et raisonnable pour la différence de traitement considérée (§ 35). De la même manière, aucune justification quelconque n'avait été donnée à la différence de traitement subie par les deux enfants (§ 39). La Convention avait donc été violée¹⁵⁵⁷.

847. Dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie*¹⁵⁵⁸, la Cour a été amenée à prendre position sur la question de l'accès inégal des militaires de sexe masculin et de sexe féminin au congé à la possibilité de prendre un congé parental. En l'espèce, un opérateur radio de l'armée russe avait divorcé de son épouse le jour même où celle-ci donnait naissance à leur troisième enfant (§ 12). Quelques jours après, sa femme et lui avaient convenu devant notaire que les trois enfants communs vivraient avec le père qui avait demandé ensuite un congé parental de trois ans au chef de son unité. Toutefois, seul un congé de trois mois lui avait été alloué (§§ 13-15). Le requérant avait saisi les tribunaux militaires puis la Cour constitutionnelle qui avaient confirmé qu'en vertu de la loi russe les militaires de sexe masculin n'avaient pas droit au congé parental de trois ans et que cette règle ne violait pas l'exigence constitutionnelle d'égalité (§§ 26-24).

La Cour a appliqué sa jurisprudence *Petrovic* s'agissant à la fois de l'applicabilité des articles 8 et 14 combinés et de l'analogie des situations (en réitérant qu'elle « n'ignorait pas les différences qui peuvent exister entre père et mère dans leur relation à l'enfant ») (§§ 129-132). Elle a ensuite relevé que le domaine des forces armées était « étroitement lié à la sécurité de la nation » et donc « fondamental pour les intérêts vitaux de l'Etat » (§ 134). A cet égard, la Cour a rappelé que les articles 5, 9, 10 et 11 pouvaient parfois faire l'objet de restrictions plus importantes dans le contexte militaire (§ 135), mais que pour autant « la Convention ne s'arrête pas aux portes des casernes » (§ 136). Dans ce contexte :

137. En ce qui concerne les restrictions à la vie familiale et privée des militaires, notamment lorsque les restrictions dont il s'agit touchent « un aspect des plus intimes de la vie privée », il doit par ailleurs exister « des raisons particulièrement graves » pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention. En particulier, il faut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées et le but légitime consistant à protéger la sécurité nationale. Pareilles restrictions ne sont acceptables que là où existe une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées. Les

¹⁵⁵⁷ Voy. aussi l'opinion concordante de la juge TULKENS.

¹⁵⁵⁸ Dans l'arrêt de chambre du 7 octobre 2010, la Cour avait conclu à la violation de la Convention.

affirmations quant à l'existence d'un risque pour l'efficacité opérationnelle doivent être « étayées par des exemples concrets » (Smith et Grady, précité, § 89, et Lustig-Prean et Beckett, précité, § 82).

A la lumière de ces principes, la Cour a écarté l'ensemble des arguments présentés par le gouvernement russe.

S'agissant en premier lieu de la référence faite par celui-ci au « rôle social particulier que joueraient les femmes dans l'éducation des enfants », la Cour a considéré, dans le contexte d'une évolution européenne tendant à un partage plus égalitaire des tâches et en excluant l'idée que la règle litigieuse puisse correspondre à une discrimination positive, que « la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental » dès lors que « les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle » (§§ 139-143).

S'agissant en second lieu de l'impact d'une éventuelle modification de la règle sur la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée, la Cour a relevé l'absence d'expertise ou de statistiques rendant compte de ce risque (§ 144). Au demeurant, le gouvernement russe ne démontrait pas qu'il pouvait être fait exception à la règle et que dans certains cas un congé parental pouvait être octroyé à un militaire de sexe masculin (§§ 145-146). D'autres options étaient dans tous les cas possibles, pour ménager l'intérêt important que représente la sécurité nationale et étaient notamment mises en œuvre dans d'autres Etats (§ 147) et préconisées par l'OIT (§ 148). Notamment, des restrictions au droit au congé parental peuvent se fonder sur la position hiérarchique ou la rareté des qualifications techniques. En l'espèce cependant « la disposition en cause impose une restriction globale qui s'applique automatiquement à tous les militaires de sexe masculin, indépendamment de leur position dans l'armée, de la disponibilité d'un remplaçant ou de leur situation personnelle » et « une telle restriction générale et automatique, appliquée à un groupe de personnes en fonction de leur sexe, doit donc être considérée comme sortant du cadre d'une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et comme incompatible avec l'article 14 » (§ 148).

S'agissant enfin, de l'interprétation suivant laquelle le requérant aurait, en s'engageant dans l'armée, renoncé à son droit de ne pas faire l'objet de discrimination, la Cour a relevé qu'au regard de l'importance fondamentale de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, « l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important » (§ 150) (voy. *supra* n° 245 et s.).

La Cour a donc conclu, par seize voix contre une à la violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention¹⁵⁵⁹.

848. Dans un arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011, la Cour a par contre conclu à la non-violation de la Convention par le système de pensions tchèque qui permet aux seules femmes qui ont élevé un ou plusieurs enfants de prendre leur pension de manière anticipée. Ainsi, le requérant, qui avait divorcé et s'était vu attribuer la garde de deux des

¹⁵⁵⁹ L'opinion dissidente du juge POPOVIC ne semble pas tenir à une divergence de principe par rapport aux appréciations de la Cour. Il refuse d'accorder la qualité de victime au requérant en raison d'indices factuels laissant penser que nonobstant le divorce, le requérant et son ex-femme avaient maintenu une communauté de vie et de la circonstance que le requérant avait *in fine* obtenu de son commandement – à titre gracieux – un congé parental d'une durée presque égale à ce qu'il avait demandé de même qu'une indemnité.

enfants communs, avait sollicité, mais sans succès, la possibilité de pouvoir prendre lui-même sa pension de manière anticipée dès lors qu'il avait élevé deux enfants.

La Cour a considéré que le requérant avait bel et bien fait l'objet d'une différence de traitement. Elle a souligné que la différence considérée s'inscrivait dans un contexte historique déterminé marqué par une différenciation importante des rôles masculin et féminin en manière telle que les femmes qui travaillaient assumaient en outre essentiellement seules les tâches ménagères et l'éducation des enfants (§ 55).

La Cour a encore relevé que ce modèle était en train de changer et qu'une réflexion politique existait dans l'Etat défendeur relativement aux réformes à réaliser dans le système des pensions (§§ 56-58). Dans ce contexte précis, la Cour a considéré que la différence de traitement dénoncée n'était pas déraisonnable et n'induisait pas de violation des articles 14 et 1P1 combinés de la Convention.

Au moment où la Cour a statué sur l'affaire *Andrle*, elle avait déjà pu rendre son arrêt de chambre dans l'affaire *Konstantin Markin* (voy. *supra* n° 847). Elle a dès lors cherché à expliquer l'issue différente réservée aux deux affaires (puisque l'arrêt de chambre rendu dans *Konstantin Markin* concluait déjà à la violation de la Convention). Suivant la Cour, l'affaire *Andrle* se distinguait assez nettement de l'affaire *Konstantin Markin* dans la mesure où, à la différence du congé parental, l'âge de la pension ne constituait pas une prestation unique liée à la situation actuelle des personnes concernées, mais réalisait plutôt une compensation des inégalités passées. En outre, un changement législatif relatif au congé parental ne présentait certainement pas le même niveau de délicatesse et n'avait certainement pas les mêmes conséquences financières qu'une réforme du système des pensions (§ 59).

E. Le refus de la solidarité familiale

849. Dans certains cas, les individus dénoncent comme une entrave à leur liberté les contraintes qui pèsent sur eux au titre de la solidarité familiale obligatoire organisée par l'Etat. Assurément, les obligations alimentaires et successorales constituent une restriction à la liberté de disposer de ses biens. A cet égard, des évolutions interviennent d'ailleurs dans les Etats parties à la Convention qui progressivement prendront corps dans l'arène strasbourgeoise.

En matière alimentaire, on peut tout de même pointer une affaire *Igual Coll c. Espagne* soldée par un arrêt du 10 mars 2009 où le requérant faisait valoir – parmi d'autres griefs – que « l'exigence de s'acquitter de la pension alimentaire l'oblige à réaliser des horaires de travail excessifs, ce qui constitue un travail forcé tel que prévu par l'article 4 § 2 de la Convention ». En l'espèce, la Cour a considéré que les juridictions internes n'avaient « fait aucune référence, directe ou indirecte sur la façon dont le requérant devait obtenir les fonds pour payer la pension alimentaire », le grief était manifestement mal fondé.

La jurisprudence relative à une éventuelle mise en cause du principe de la solidarité familiale successorale est un peu plus abondante. Les arrêts *Merger et Cross* et *Pla et Puncernau* mettent ainsi en exergue le développement possible d'un contentieux relatifs à la liberté patrimoniale et à la revendication de la possibilité de décider de ne pas transmettre ses biens à ses enfants ou à tout le moins de mettre en œuvre une répartition de son patrimoine conforme plutôt à la réalité des affections qu'à la seule existence du lien juridique. Rappelons-nous à cet égard que le président BRATZA avait affirmé, dans son opinion séparée adjointe à l'arrêt *Pla et Puncerneau c. Andorre*, qu'« en principe, il doit être loisible à un testateur, dans l'exercice de son droit de propriété, de choisir à qui il lègue ses biens et, par le contenu de son testament, de faire la

différence entre ses héritiers potentiels, notamment en distinguant entre, d'une part, enfants et petits-enfants biologiques et, d'autre part, enfants et petits-enfants adoptifs. Comme le souligne le juge Garlicki dans son opinion, la liberté de choix du testateur est protégée par la Convention, à savoir l'article 8 de celle-ci et l'article 1 du Protocole no 1. L'Etat doit en principe donner effet – par le biais de ses organes judiciaires – à une telle clause testamentaire privée ».

F. Les difficultés liées aux relations non parentales : *Mallah c. France* et *Korelc c. Slovénie*

850. Dans l'affaire *Mallah c. France* qui a donné lieu à un arrêt du 10 novembre 2011, le requérant était un ressortissant marocain résidant régulièrement à Ajaccio. L'une de ses filles avait épousé en 2003 un homme de nationalité marocaine résidant au Maroc et sollicité qu'il puisse la rejoindre en France au titre du regroupement familial (§§ 6-7). En décembre 2005, le mari de la fille du requérant était arrivé en France pourvu d'un visa de trois mois. Après l'expiration de ce visa, il était resté en France auprès de sa femme qui était enceinte. La police était intervenue ensuite d'une dénonciation anonyme et le requérant et son gendre avaient été mis en garde à vue (§§ 8-11). Le Procureur de la République avait cité le requérant pour aide au séjour irrégulier et le tribunal correctionnel avait reconnu le requérant coupable (§§ 12-15). Cette condamnation, assortie cependant d'une dispense de peine, avait été confirmée en appel et en cassation. Dans l'intervalle, le gendre du requérant et sa fille avaient obtenu une autorisation de regroupement familial (§§ 16-21).

Ayant considéré que le lien existant entre le requérant et son gendre constituait une vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention (§§ 30-31), la Cour a relevé qu'il n'était pas contesté que la condamnation litigieuse constituait une ingérence dans celle-ci (§ 37) mais que la dispense de peine accordée au requérant correspondait à la mise en œuvre d'un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie familiale et les objectifs de lutte contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés poursuivis par l'incrimination pénale considérée (§ 40).

851. Dans son arrêt *Korelc c. Slovénie* du 12 mai 2009, la Cour a examiné la requête déposée par un homme qui se plaignait de ce qu'il n'avait pas pu bénéficier du droit au bail de l'homme plus âgé avec lequel il vivait lors du décès de celui-ci. Suivant le requérant, cet homme le considérait comme son fils. Les juridictions internes avaient jugé que la relation du requérant avec le défunt s'apparentait davantage à une « communauté économique » qu'à une « communauté de vie de longue durée ». D'après le requérant, dès lors qu'il partageait la vie du défunt et prenait soin de lui économiquement et affectivement, il aurait dû pouvoir bénéficier du droit au bail. La Cour a d'emblée relevé que le requérant ne prétendait pas que sa relation avec son cohabitant était une relation homosexuelle et qu'il avait été discriminé sur le fondement de son orientation sexuelle. A cet égard, l'affaire se distinguait donc clairement de l'affaire *Karner c. Autriche* (§ 87-88) (voy. *supra* n° 690).

La question était alors celle de savoir si la situation du requérant était suffisamment comparable à celles des personnes bénéficiant en droit autrichien de la transmission du droit au bail (§ 89). La Cour a rappelé son arrêt *Burden c. Royaume-Uni* dans le cadre duquel elle avait pu souligner que les conséquences du mariage ou du partenariat civil que les couples pouvaient choisir d'assumer distinguaient ce type de relations des autres formes de cohabitation et que distinguer entre diverses formes de cohabitation n'était dès lors pas nécessairement discriminatoire au sens de la Convention (§ 90) (voy. *supra* n° 697).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que la relation entre le requérant et son cohabitant défunt n'était comparable ni au mariage ni à une relation conjugale hors mariage (§ 91). La Cour a

alors relevé que le droit slovène permettait aux membres de la famille proche de bénéficier du droit au bail du *de cujus*. Mais, une nouvelle fois – comme dans *Burden* – elle a considéré que la relation entre le requérant et l’homme avec qui il vivait ne pouvait être assimilée aux liens familiaux et notamment au lien de filiation (§ 92). Elle a donc conclu – à l’unanimité – que sur le terrain des articles 8 et 14 combinés, la requête était manifestement mal fondée (§ 95).

G. Le droit à une parenté sociale : *Gas et Dubois c. France*

852. Alors que la reconnaissance des relations conjugales par le biais de partenariat est un enjeu important de la jurisprudence récente, les statuts parentaux alternatifs à la filiation sont radicalement absents de celle-ci. Aucune occurrence, par exemple, dans le corpus jurisprudentiel, du terme « parenté sociale » tandis que le terme « parentalité » semble exclusivement utilisé comme un synonyme de « parenté ».

On peut certainement s’en étonner tant il est vrai que de telles formules, même dans une version « minimaliste » semblable à celle qui découle de la délégation-partage de l’autorité parentale en droit français est une manière de reconnaître des formes nouvelles de relations parentales sans entamer pour autant nécessairement ou immédiatement le terrain – pétri de significations symboliques – de la filiation juridique.

853. L’affaire *Gas et Dubois c. France* relative à l’impossibilité pour une femme homosexuelle d’adopter l’enfant de sa compagne constituait une bonne occasion pour la Cour de mettre le pied sur ce terrain des statuts alternatifs à la parenté (voy. *infra* n° 1103). On peut certainement regretter qu’elle ait pris le parti, dans son arrêt du 15 mars 2012, de ne pas le faire. On trouve cependant un peu matière à consolation dans la lecture de l’opinion séparée du juge VILLIGER qui semble bien envisager, quoique sur un mode minimaliste, la piste d’un statut alternatif propre à garantir à tous les enfants « le meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d’une relation hétérosexuelle, à savoir l’autorité parentale partagée ». Pour le juge élu au titre du Liechtenstein, « l’origine du problème en l’espèce semble être l’interdiction générale visant le partage de l’autorité parentale à l’égard des enfants du parent membre d’un couple homosexuel. C’est le point faible de toute législation qui régit un ensemble de situations sur la base d’une seule norme. Ces législations générales engendrent immédiatement des problèmes de proportionnalité, en particulier – et j’insiste sur ce point – dans les affaires ayant trait à la vie familiale ». Le juge précise sa pensée : « je ne prétends nullement [explique-t-il] que les requérantes devraient être autorisées à se marier, ce que de toute façon elles ne souhaitent pas. Je ne me prononce pas non plus sur les questions d’adoption. J’attire simplement l’attention sur une discrimination qui lèse l’intérêt supérieur de l’enfant ».

Une affaire *Francine Bonnaud et Patricia Lecoq c. France*, pendante devant la Cour¹⁵⁶⁰, concerne d’ailleurs expressément l’impossibilité dans laquelle deux femmes homosexuelles formant un couple et ayant eu chacune un enfant par PMA de bénéficier d’une « délégation d’autorité parentale croisée » qui leur aurait permis en quelque sorte de mettre en place un cadre minimal pour pallier à l’absence de filiation.

854. Les statuts parentaux alternatifs ne concernent pas uniquement les couples homosexuels et peuvent par exemple revêtir une utilité pour les différents cas que nous avons examinés au titre de « l’avènement de la pluriparentalité » (voy. *supra* n° 804 et s.). A cet égard, cependant, Katharine BAKER souligne que le développement de telles figures parentales alternatives à la filiation ne diminue pas seulement la signification sociale de la parenté, mais réduit pas ailleurs de manière directe la portée des droits et obligations des parents, dès lors que des prérogatives

¹⁵⁶⁰ La requête porte le n° 6190/11.

sont potentiellement reconnues à d'autres personnes. C'est une différence importante avec le développement des alternatives au mariage. En effet, le développement de ces dernières n'a pas d'incidence sur la portée strictement juridique des engagements des époux¹⁵⁶¹.

¹⁵⁶¹ K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood as Status and Rights : The Growing, Problematic and Possibly Constitutional Trend to Disaggregate Family Status from Family Rights », *Ohio State Law Journal*, 2010, p. 179.

Synthèse de la sous-section 2

855. Le contentieux des relations parentales met en jeu lui aussi les garanties offertes par les articles 8 et 12 de la Convention. Les l'article 2 du Premier protocole additionnel (2P1) et avec l'article 5 du Protocole n° 7 (5P7) sont également pertinents, quoi qu'on les sache peu appliqués par la Cour. On ne peut conclure sur les relations parentales sans mettre en évidence la coopération de la Convention avec la Convention de New-York sur les droits de l'enfant. Là où en matière de relations conjugales, les adultes sont souvent renvoyés à la responsabilité de leurs choix, la matière des relations parentales est focalisée sur un unique critère : l'intérêt *in concreto* de l'enfant ce qui aboutit éventuellement à une sorte d'empire du fait par dissolution du droit : peu importe le comportement et les choix des parents, leur attitude éventuellement frauduleuse...

L'existence de la relation parentale

856. Le droit de maintenir une relation parentale préexistante ressortit au noyau dur de la vie familiale. En conséquence, la Cour se montre particulièrement peu encline à entériner la rupture imposée, complète et définitive, de semblable relation. Elle invite les autorités à adopter une approche ouverte et non dogmatique couplée à une flexibilité dans l'espace et le temps des solutions adoptées, cela tant lorsqu'une éventuelle rupture de la relation est liée à une incarcération ou à une expulsion que lorsque la relation parentale est mise en question en raison d'un conflit entre adultes ou de la nécessité de protéger l'enfant¹⁵⁶². La portée très large de la vie familiale implique que l'enfant peut être engagé dans une multitude de liens méritant tous d'être protégés même s'ils n'impliquent pas tous les mêmes conséquences (comp. *Zaunegger*, *Anayo*, *Schneider* et *Amanalachioai*).

1/ L'arrêt *Stübing* met indirectement en exergue la possibilité pour l'Etat d'interdire certaines relations parentales. En empêchant le requérant de vivre avec sa sœur, les autorités l'ont privé, dans le même temps, des relations familiales qu'il entretenait avec leurs enfants communs. De même, certains engagements peuvent exclure pour un individu la possibilité de nouer des relations parentales ou en tout cas être sanctionnées dans son chef. Enfin, de même qu'il pose la question de la possibilité de renoncer à établir des relations conjugales, l'arrêt *Fernandez Martinez* ouvre le débat de la possibilité de renoncer à établir des relations parentales qui avait toutefois été d'ores et déjà affleuré (par le biais de la réception d'une adoption américaine) dans l'affaire *Négrépontis-Giannisis*.

2/ Les autorités étatiques doivent mettre en œuvre des solutions au cas par cas lorsque le lien parental est rompu par l'emprisonnement ou l'expulsion. En la matière, la Cour utilise les mêmes critériologies et grilles d'analyse que celles déployée en matière de séparation du couple, étant entendu cependant qu'il y a lieu de tenir compte en particulier de l'intérêt supérieur de l'enfant. On se référera à cet égard à la référence faite par l'arrêt *Berisha* (§ 51) à l'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*.

3/ La cause de la rupture du lien familial peut résider dans les conflits d'intérêts existant au sein même de la famille. Peu importe ici la nature exacte de la relation parentale – le lien juridique

¹⁵⁶² Dans les arbitrages entre adultes, on voit progressivement apparaître l'exigence de solutions souples et temporaires qui font une place à la pluriparentalité. Ainsi, dans l'affaire *Amanalachioai*, la juge FURA-SANSTROM, fait remarquer à propos d'un litige entre parent et grand-parent que « le choix n'était peut-être pas entre une résidence permanente chez le père ou chez les grands-parents. Peut-être aurait-il fallu chercher une solution intermédiaire : droit de visite, visites accompagnées, garde alternée, médiation ou soutien psychologique ? ». Jugé aussi dans *Anayo* et *Schneider*, que la volonté de protéger la relation entre un enfant et son père légal n'empêchait pas l'examen *in concreto* de la demande de contacts du père biologique

et/ou le lien biologique – dès lors que c’est le droit essentiel au maintien de la relation qui est en cause¹⁵⁶³. Les autorités doivent arbitrer avec soin, à l’aune du critère prééminent de l’intérêt *in concreto* de l’enfant, les conflits entre adultes liés à sa prise en charge matérielle. Sur ce dernier terrain, la Cour semble progressivement éliminer toutes les contraintes susceptibles de « cadrer » la décision du juge interne, qu’il s’agisse d’une préférence pour la famille traditionnelle (*Salgueiro* ou *Zaunegger*) ou bien de la règle du retour immédiat de l’enfant enlevé (*Neulinger et Shuruk*). Si pareille volonté d’ouverture peut *a priori* ne pas poser problème, il ne faut pas perdre de vue que dans les situations où le passage du temps est une donnée primordiale, les *a priori* et *préjugés*, peuvent être particulièrement utiles, pourvu qu’il n’en soit pas fait un usage « mécanique ». On aperçoit alors toutes les « potentialités déstructurantes » de la référence à l’intérêt de l’enfant qui « dissout » en quelque sorte toute règle de nature à « prédéterminer » ou « canaliser » sa mise en œuvre. Plusieurs affaires questionnent cependant les limites à assigner à la prévalence de l’intérêt de l’enfant, notamment celles qui concernent l’exécution des décisions relatives à la garde et aux contacts qui paraissent parfois faire définitivement basculer le droit de l’enfance dans l’empire du fait (*Nuutinen*). En synthèse, le détricotage des présomptions (facilement ou difficilement réfragables) en la matière laisse certainement songeur et on peut se demander si dans certains cas la dissolution de la règle n’est pas en mesure de porter préjudice à l’intérêt de l’enfant qu’elle est présumée servir. L’enfant a droit à la rupture de la relation parentale si celle-ci représente *un danger* pour lui mais à nouveau la souplesse est de mise et l’ambiguïté de son intérêt commande que dans le même temps l’on travaille d’emblée à la réfection du lien rompu.

4/ Au plan de *l’établissement de relations parentales*, on constate la pénétration – en l’absence de droit à l’adoption – de l’exigence de non-discrimination. Ici, si l’interdiction de la discrimination fondée sur le sexe est clairement affirmée (*Fretté* et *E.B.*), le critère de la situation conjugale paraît conserver sa pertinence, même s’il peut devoir s’effacer dans des circonstances exceptionnelles (*Emonet*). De même, la Cour prend acte du consensus sur l’adoption par les célibataires (*Wagner*) et exige une application souple du critère de l’âge (*Schwizgebel*).

Le soutien et la reconnaissance des relations parentales

857. Par-delà le droit fondamental de pouvoir être ensemble, les relations parentales impliquent un ensemble de droits et obligations notamment alimentaires et successorales qui se combinent avec différents avantages consentis par l’Etat. Ainsi, la vie familiale « englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l’ordre juridique interne de la majorité des États contractants » (*Marckx*, § 52). De même, les avantages sociaux alloués aux familles « favorisent la vie familiale et ont nécessairement une incidence sur l’organisation de celle-ci » (*Konstantin*, § 130). Si ces divers avantages, corrélés à la solidarité au sein de la famille, ne sont *pas des droits en tant que tels*, il n’en reste pas moins que leur allocation généralisée par les Etats ouvre la voie à l’opération de la règle de non-discrimination.

1/ Alors que le statut conjugal est un critère considéré légitime par le juge européen des droits de l’homme, la nature juridique du lien parent / enfant a depuis longtemps été exclue comme justification de différenciation entre enfants. Il y a là une conséquence logique du raisonnement fondé sur le choix posé par les partenaires conjugaux d’entrer ou non dans tel ou tel statut juridique disponible. Ainsi, les équilibres tels qu’ils pouvaient être définis dans la sphère conjugale sont-ils profondément altérés par la prévalence de l’intérêt de l’enfant présumé vulnérable et dont il ne peut se concevoir qu’il subisse d’une façon ou d’une autre les options

¹⁵⁶³ C’en est donc terminé de la préférence pour le parent marié (*Elsholz, Sahin, Sommerfeld*) ou pour le parent hétérosexuel (*Salgueiro Da Silva Mouta*).

prises par ses parents. Sur le plan du droit des successions, l'égalité entre enfants est à ce point impérieuse aux yeux du juge européen que les règles du droit transitoire – qui ont précisément vocation à accompagner l'évolution du droit – voient leur légitimité contestée (*Fabris*).

2/ De même, la Cour se montre-t-elle de plus en plus exigeante s'agissant de l'égalité entre les orientations sexuelles et entre les sexes en manière telle que les avantages sociaux consentis aux parents ne peuvent *a priori* pas être différents selon qu'on est hétérosexuel ou homosexuel (*J.M.*) ou que l'on est un homme ou une femme (*Konstantin Markin*). Cependant, sur ce dernier point, pour certaines évolutions coûteuses impliquant des réformes de politique socio-économique, la Cour laisse aux Etats une certaine marge d'appréciation quant au rythme de l'évolution (*Andrle*).

3/ Alors que l'automaticité de la solidarité parentale est parfois remise en cause, d'autres liens solidaires se nouent entre des adultes et des enfants et réclament des possibilités de structuration. Ainsi, d'une part, suivant la conception exprimée par certains juges européens en marge de *Pla et Puncerneau c. Andorre* il devrait être loisible à un *de cujus* de différencier légitimement entre ses descendants, même sur la base d'un critère qui, mobilisé par l'Etat, serait jugé discriminatoire. De l'autre côté, des formes de vie verticale originales – solidaires et durables – se présentent au juge européen des droits de l'homme qui entend à ce stade en tout cas maintenir la différenciation entre « communauté économique » et « communauté de vie de longue durée » (*Korelc*).

4/ Finalement affleure dans la jurisprudence européenne – fût-ce d'une manière encore particulièrement ténue – la question d'un statut alternatif à la parenté qui s'offrirait comme alternative aux cadres classiques de la filiation et permettrait de reconnaître des relations conjugales sans utiliser le lexique de la filiation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{ER}

858. Le contentieux relatif à la dimension matérielle du droit de la personne et de la famille pose en synthèse la question de la *légitimité* et des *modalités* de l'intervention de l'Etat dans la vie personnelle et familiale des individus. Il ne fait pas de doute que l'Etat doit respecter, protéger et promouvoir l'intégrité physique et morale des individus de même que le maintien de leurs relations familiales : il s'agit là du cœur-même de la vie privée et familiale. Au-delà de cette garantie fondamentale, des divergences peuvent raisonnablement apparaître, dans nos sociétés démocrates et pluralistes, sur la façon « adéquate » de se servir de son corps, la « juste » manière de se comporter et/ou ce qui constitue une « bonne » vie familiale. Se pose alors la question de la *possibilité* pour les autorités étatiques de se faire démocratiquement le relais des conceptions majoritaires dans sa société en imposant certaines « préférences » ou certains « modèles » : si tel est le cas, il convient de s'interroger sur *la manière* dont une telle faveur peut être manifestée, tant il est vrai qu'en la matière l'usage de la contrainte et celui d'incitants ne doivent pas être mis sur le même pied.

I/ LA PERSISTANCE DES MODÈLES ET DES CATÉGORIES

859. Dans le contexte des Etats libéraux contemporains, l'individu réclame la possibilité de poser ses propres choix personnels et familiaux : il réclame la liberté de poursuivre sa conception subjective de ce qu'est une vie « bonne » sans que les préférences des autres relatives à la vie personnelle et familiale lui soient imposées¹⁵⁶⁴. Ainsi la Cour a-t-elle notamment pu affirmer, dans son arrêt de grande chambre *Fernandez Martinez c. Espagne*, « l'importance pour les individus de pouvoir décider librement de la façon dont ils entendent conduire leur vie privée et familiale » (§ 126). A cet égard, la Cour compte d'ores et déjà à son actif d'importantes réalisations qu'il s'agisse, par exemple, de l'interdiction de la répression de l'homosexualité (*Dudgeon*) ou de l'affirmation très fermes de l'égalité successorale des enfants (*Marckx* et *Mazurek*).

La jurisprudence de la Cour montre cependant que la Cour n'exclut pas toute possibilité pour l'Etat d'imposer des modèles comportementaux et de hiérarchiser les catégories familiales. Au plan du droit de la personne, l'arrêt *Stübing* et l'arrêt *S.A.S.* constituent à cet égard des exemples paradigmatiques. L'arrêt *Odièvre* montre quant à lui qu'un Etat est en mesure de hiérarchiser de manière générale et abstraite des intérêts individuels concurrents. En droit familial, les arrêts *Serife Yigit*, *Burden* et *Van der Heijden* (pour le couple) et *Korelc* et *Andrle* (pour les relations parentales) mettent en exergue la possibilité pour l'Etat de « préférer » *a priori* certaines associations conjugales ou certaines (modalités des) relations parentales et d'y associer des avantages. La Cour accepte la persistance de ce type de modèles au regard de l'invocation par l'Etat de justifications qui présentent toujours une dimension composite. On peut à cet égard, pointer trois types de motifs légitimes :

1/ En premier lieu, la Cour admet l'intérêt revêtu – en matière de droit de la personne – par les règles claires en termes de prévention des *risques*. Ainsi, dans *Stübing*, la Cour accepte-t-elle que l'interdiction des relations sexuelles litigieuses concourt à la « protection de l'autodétermination sexuelle » (§ 63). Dans *Odièvre*, la Cour admet la légitimité du souci

¹⁵⁶⁴ Dans les années 1990-2000, il y a eu un mouvement de net recul par rapport à l'approche paternaliste. Suivant John EEKELAAR, « people were less willing to allow designated persons, whether family members or institutional authorities, to define what their interests were ». A nouveau cette évolution est parallèle à une idéologie politique suivant laquelle il y a lieu de réduire le pouvoir de l'Etat au profit des choix et des responsabilités individuels (J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life...*, op. cit., pp. 14-15).

« d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons "sauvages" » (§ 45).

2/ En second lieu, la Cour admet que la catégorisation des relations familiales est nécessaire au titre de la garantie aux individus de la sécurité d'existence. Ainsi, dans *Runkee et White*, la Cour a expressément affirmé que « tous les systèmes de sécurité sociale pour être viables doivent utiliser de larges catégorisations pour distinguer entre différents groupes en situation de besoin » (§ 40). Dans le même esprit, la Cour invoque-t-elle, dans son arrêt *Andrle*, « la subtile balance du système des pensions », de même que « les ramifications financières sérieuses » et la « dimension de planification à long terme » du système des pensions (§ 59).

3/ Sur les deux tableaux, celui du droit de la personne et celui des relations familiales, la Cour accepte aussi l'invocation par l'Etat d'arguments davantage liés à des valeurs abstraites et à des préférences de principe. Ainsi, dans *S.A.S.*, la Cour admet que « le "vivre ensemble", dans l'exposé des motifs du projet de loi [...] peut se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui » (§ 121). De même, dans l'affaire *Stübing*, la Cour reconnaît-elle la légitimité de l'invocation par la Cour constitutionnelle allemande du risque pour « les structures familiales et, en conséquence, la société entière » (§ 63). Semblablement, la Cour affirme dans *Van der Heijden* que la relation entre deux concubins « de quelque manière qu'on puisse la définir, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires enregistrés » (§ 69). Dans *Andrle*, c'est le « contexte historique déterminé marqué par une différenciation importante des rôles masculin et féminin » qui est pris en compte quoiqu'il soit aussitôt indiqué que « ce modèle était en train de changer » (§ 55).

4/ La référence à des modèles et autres préconceptions participe enfin, aux yeux du juge européen des droits de l'homme, à la *sécurité juridique*. L'interdiction absolue de l'inceste entre frère et sœur évite ainsi les « difficultés dans la classification » des transgressions sexuelles (*Stübing*, § 63)¹⁵⁶⁵, tandis que la catégorisation des relations donnant lieu à dispense de témoigner au pénal « a pour effet de restreindre le bénéfice de la dispense aux personnes dont les liens avec un suspect peuvent faire l'objet d'une vérification objective » (*Van der Heijden*, § 68). Dans *Van der Heijden*, la Cour se soucie même du risque qu'il y a pour elle-même, à défaut de reconnaître la légitimité de certaines catégorisations, de se trouver « confrontée à la nécessité de se pencher sur la nature de relations non matrimoniales dans une multitude de cas particuliers » (§ 69).

860. Encore convient-il de souligner que la Cour « marchande » l'admission des solutions étatiques stigmatisant certains comportements ou hiérarchisant les relations familiales.

1/ La Cour recherche en premier lieu à mettre en évidence des « atténuations » ou des « solutions alternatives ». L'affaire *Odièvre* est à cet égard particulièrement significative puisque la Cour y met en exergue l'institution d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles en mesure de jouer le rôle d'instance médiatrice entre l'enfant en recherche de ses origines et sa mère soucieuse de conserver l'anonymat (§ 49). Dans l'affaire *S.A.S.*, est expressément jugée pertinente la circonstance que les peines prévues « figurent parmi les plus légères [...] puisqu'il s'agit [d'une] amende [...] [de] 150 euros au maximum » (§ 152). L'affaire *Van der Heijden* fait à cet égard figure de contre exemple, puisque la requérante y avait été effectivement été incarcérée au titre de son refus de témoigner ce que le juge COSTA a d'ailleurs expressément regretté bien que se ralliant à la majorité pour conclure à l'absence de violation de la Convention.

¹⁵⁶⁵ Traduction libre.

2/ La Cour met au demeurant progressivement en place des modalités de renégociation des règles et catégories. Dans *Andrle* la Cour a relevé que le modèle était en train de changer et qu'une réflexion politique existait dans l'Etat défendeur relativement aux réformes à réaliser dans le système des pensions (§§ 56-58). Dans *Schalk et Kopf*, il est souligné que « la loi autrichienne sur le partenariat enregistré, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2010, reflète l'évolution décrite ci-dessus et s'inscrit ainsi dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître » (§ 106). On rappellera aussi à cet égard, l'opinion séparée du juge ROZAKIS dans l'affaire *Serife Yigit* suivant laquelle il y a lieu pour la Cour de s'interroger « compte tenu des nouvelles réalités sociales qui se dessinent peu à peu dans l'Europe d'aujourd'hui » sur « la distinction justifiable qu'elle admet dans certains domaines entre le mariage, d'un côté, et d'autres formes de vie familiale, de l'autre, même lorsqu'il s'agit de droits de sécurité sociale et de droits analogues ».

II/ LA CONTESTATION DES MODÈLES ET CATÉGORIES

861. Si elle accepte dans un certain nombre de cas la persistance de modèles et des catégories, la Cour n'en promeut pas moins, dans ce premier pan du contentieux strasbourgeois de droit de la personne et de la famille, une approche globalement rétive aux positionnements *a priori* et à la hiérarchisation rigide des droits et intérêts susceptibles de s'opposer.

1/ En droit de la personne, cette tendance est en premier lieu illustrée de manière très nette par l'insistance forte sur la nécessité que les mesures ayant pour objet l'incapacité juridique d'une personne puissent être rigoureusement ajustées à la situation de la personne. L'arrêt *Chtoukatourov c. Russie* est à cet égard le plus éloquent qui condamne la circonstance que « le code civil russe distingue la pleine capacité et l'incapacité totale, mais ne prévoit pas de situation "limite" » et en conséquence « n'apportait pas de réponse adaptée à la situation particulière d'un individu » (§ 95). De manière imagée et éloquente, le texte anglais de ce même paragraphe vise quant à lui l'absence de mesure « *taylor-made* » (littéralement « sur mesure »). En matière d'autonomie personnelle, c'est l'arrêt *Schlumpf c. Suisse* qui est le plus évocateur, la Cour y condamnant l'application « mécanique » d'un délai d'attente en matière de couverture assurantielle de la chirurgie de reconversion sexuelle à une requérante se trouvant dans une « situation très particulière » (§ 115). Dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, la Cour avait expressément stigmatisé l'absence d'un « organe indépendant » susceptible de trancher au cas par cas, dans les situations où « un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement » à la consultation des dossiers d'assistance à l'enfance (§ 44).

2/ En droit de la famille, la fluidité requise se manifeste principalement dans la souplesse réclamée par la Cour dans le contentieux de la prise en charge des enfants par les autorités publiques ou dans celui de la répartition des prérogatives parentales. En premier lieu, l'arrêt de grande chambre *K. et T. c. Finlande* affirme ainsi clairement que « le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents » (§ 173). L'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* écarte quant à lui la référence à la « famille traditionnelle portugaise » (hétérosexuelle) comme critère décisif dans l'allocation de la garde (§§ 34-35). De son côté, l'arrêt *Schneider c. Allemagne* souligne qu'il est peu probable que dans le contexte des « réalités de la vie familiale au XXIème siècle » l'opportunité d'exclure les contacts avec le père biologique quand l'enfant vit avec son père légal puisse être décidée sur base d'une règle générale et abstraite » (§ 100).

862. Il existe divers degrés de « négociabilité » de la règle et corrélativement des voies médianes entre les solutions de type « prêt-à-porter » et les normes « sur-mesure ». Ainsi, la prise de décision en matière de droit de la personne et de la famille peut-elle *a priori* être canalisée dans des critériologies ou dans des présomptions.

1/ Le recours à des critères logiques trouve une illustration en matière de droit de la personne avec les grilles d'analyse que la Cour a élaborées pour apprécier la légitimité d'immixtions dans la vie privée des personnalités. Ainsi, il n'y a ni prévalence absolue de la protection de l'intimité ni supériorité de principe de la liberté d'expression, les droits concurrents ayant vocation à être arbitrés à l'aide d'un canevas de critères guidant en quelque sorte la décision du juge (*Caroline von Hannover* ou *Axel Springer*). En droit de la famille on retrouve ce même type de compromis entre règle et standard dans la grille d'analyse dégagée en matière d'éloignement des étrangers par l'arrêt *Boultif* et ultérieurement complétée par l'arrêt *Üner*. Ici aussi, on est en quelque sorte dans un « entre-deux » de la prédétermination du litige, puisqu'à défaut de hiérarchisation fixe des intérêts en cause, il y a une méthodologie capable de guider la prise de décision.

2/ En second lieu, il n'est *a priori* pas non plus exclu de recourir à des présomptions relatives par exemple à ce qui est le plus conforme à l'intérêt de l'enfant. A cet égard, le juge européen promouvait *a priori* le principe du retour immédiat de l'enfant en cas d'enlèvement international et l'exigence de circonstances exceptionnelles pour que l'enfant soit confié à d'autres que ses parents. Force est de constater cependant que ces modalités de prédétermination relatives des des solutions applicables à ce type de litiges ont été à tout le moins écornées respectivement par les arrêts *Neulinger et Shuruk* et *Amanalachioai* qui paraissent exclure toute « contamination » de l'appréciation du meilleur intérêt *in concreto* de l'enfant par une quelconque préconception abstraite.

III/ UN DYNAMISME DE BON ALOI ?

863. C'est sur ce premier plan du droit de la personne et de la famille – qui correspond à ses fonctions opératoires et pragmatiques – que la Cour peut selon nous se montrer la plus audacieuse. A la différence du contentieux relatif au début et à la fin de l'existence humaine, il n'implique pas de questionnements d'ampleur métaphysique liés à l'apparition ou à la disparition même du sujet de droit. A la différence du contentieux relatif aux institutions cardinales du droit de la personne et de la famille, il n'implique pas de débats relatifs à d'éventuelles significations anthropologiques et enjeux psychanalytiques.

Ce premier contentieux concerne la vie personnelle et familiale telle qu'elle est concrètement vécue par les personnes et il est légitime que la Cour – dégagée des enjeux sociétaux lourds que nous venons d'évoquer – s'y engage d'emblée avec plus de dynamisme et de fermeté. Ce premier champ du droit de la personne et de la famille est une sorte de « laboratoire » où sont appelées à se manifester en premier les nouvelles « tendances » à l'œuvre dans le domaine de la vie personnelle et familiale.

1/ L'exemple de l'homosexualité est, à nos yeux, significatif. C'est d'abord la légitimité des relations homosexuelles qu'il a fallu affirmer avant que progressivement les homosexuels puissent réclamer la protection et la valorisation de leurs relations parentales (*Salgueiro Da Silva Mouta*) et conjugales (*Karner*). Cependant, cette évolution n'est pas achevée et l'on comprend mal pourquoi la Cour persiste à opposer aux homosexuels, pour leur refuser un certain nombre d'avantages opératoires et pragmatiques, la spécificité du mariage, lorsqu'ils ne peuvent accéder à cette institution (*Manenc* et *Gas et Dubois*).

Dans un contexte où elle a affirmé et réaffirmé que « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables » et que « les requérants se trouvent dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple »

(*Schalk et Kopf*, § 99 ; *Vallianatos et autres*, § 78), il y aurait lieu que la Cour puisse déployer l'ensemble des conséquences de ces principes.

Il nous semble que la Cour devrait alors accepter de comparer les couples homosexuels aux couples hétérosexuels mariés et leur permettre minimalement d'obtenir les mêmes avantages socio-économiques. Au-delà même de problématiques semblables à celle de la pension de réversion, qui était au cœur de l'affaire *Manenc*, il nous apparaît que la Cour aurait aujourd'hui la légitimité nécessaire pour obliger les Etats parties à procurer aux homosexuels un véritable statut juridique du couple.

Pour ce qui concerne les relations parentales aussi, il nous paraît que la Cour pourrait se montrer plus dynamique. Refusant, dans l'affaire *Gas et Dubois*, à deux femmes françaises la mise en œuvre d'une adoption coparentale au profit de la compagne de sa mère, la Cour était en mesure de considérer à tout le moins – à l'instar du juge VILLIGER – que l'absence de toute possibilité d'offrir à la relation un cadre juridique sécurisé constituait une violation de la Convention.

2/ Le concubinage est quant à lui à ce point banalisé dans le paysage familial contemporain qu'il nous paraît que la Cour pouvait certainement considérer, dans l'affaire *Van der Heijden* qu'il est injuste de faire témoigner une femme contre son compagnon de longue date qui est aussi le père de ses enfants, à plus forte raison si d'autres liens moins denses voire rompus sont quant à eux protégés. Si l'on peut comprendre que les concubins, qui refusent de souscrire à l'engagement du partenariat ou du mariage, soient en conséquence éventuellement privés de certains avantages de nature socio-économique, au titre du choix qui leur était laissé, il nous paraît que l'obligation de témoigner contre son partenaire à peine d'emprisonnement constitue une immixtion beaucoup plus violente dans la vie familiale protégée par l'article 8.

3/ L'affaire *Burden* rend compte de l'existence de réalités familiales alternatives en demande de reconnaissance et l'arrêt rendu par la chambre, quoi qu'il n'ait pas conclu à la violation de la Convention en l'espèce, n'en avait pas moins admis que la situation des deux sœurs britanniques constituait un « cas individuel manifestement difficile ou injuste » découlant des catégorisations nécessaires au droit fiscal (§ 60). L'avenir dira dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme se fera le relais de l'exploration de nouvelles manières de vivre ensemble, par-delà les frontières du couple, et contribuera à l'élaboration de critères rénovés qui permettront d'articuler la liberté des choix familiaux et la garantie collective de la sécurité d'existence¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁶ J. HAUSER, « Rapport de synthèse », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, pp. 255-257 ; J. HAUSER, « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Informations sociales*, 2006, pp. 60-63 ; J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, pp. 584-585 ;

CHAPITRE 2

LE DÉBUT ET LA FIN DE L'EXISTENCE HUMAINE

INTRODUCTION – UNE VALEUR INTRINSÈQUE DE LA VIE HUMAINE ?

FONCTION SYMBOLIQUE ET MÉTAPHYSIQUE

864. Lorsque le droit de la personne et de la famille touche à des enjeux qui concernent le début et la fin de la vie humaine, il se trouve investi d'une intensité spécifique. Chacun le perçoit *instinctivement* : ce n'est pas la même chose de décider de se prêter à des violences extrêmes et de se suicider avec l'assistance d'un tiers. Ce n'est pas non plus la même chose d'adopter un enfant déjà né et de faire naître un enfant avec le concours plus ou moins appuyé de la science. En somme, les questions relatives à l'intégrité et l'épanouissement de la personne et de la famille se trouvent en quelque sorte projetées dans *une dimension nouvelle* où est en premier lieu en cause la valeur spécifique représentée par la vie humaine¹⁵⁶⁷. Les questions posées au droit par la fin de la vie et la procréation ont en commun l'irréductible singularité de concerner l'existence-même du sujet de droit (respectivement sous l'angle de sa disparition et de son apparition) et de mettre corrélativement en cause ce que Ronald DWORKIN appelle « la valeur intrinsèque de la vie ».

On comprend immédiatement que la norme juridique est potentiellement investie dans ce contentieux spécifique d'une *fonction symbolique* particulièrement appuyée : en effet, outre qu'elle règle des problèmes et tranche des différends, la règle de droit dit ici quelque chose de ce que représente – au sein d'une société – la vie de la personne humaine. On pourrait même considérer là que le droit, lorsqu'il met le pied sur semblable terrain, où sont en cause les conditions dans lesquelles une existence humaine peut être créée ou interrompue, est investi d'une *fonction métaphysique*. Cette complexité fonctionnelle de la norme juridique reflète la distinction qui est opérée en philosophie – comme l'explique Jean-Philippe PIERRON – entre une dimension de « zoé » qui est sa « dimension organique, objective et factuelle » et une dimension de « bios » qui est sa « dimension métaphysique surplombante »¹⁵⁶⁸.

Ici encore on distinguera, d'une part, l'élémentaire garantie du droit à la vie comme intégrité et du droit de procréer comme liberté de procréer et la faculté donnée éventuellement aux individus de poser des « choix *sur la vie* »¹⁵⁶⁹.

865. Le contentieux strasbourgeois relatif au droit à la vie (**section 1**) entretient évidemment des rapports de grande proximité avec le contentieux de l'intégrité corporelle et de l'autonomie personnelle : les atteintes à l'intégrité physique poussée à un niveau paroxystique peuvent entraîner la mort de l'individu, de même que la disposition absolue de son corps se traduit dans la suppression de la vie. Notre hypothèse est que la dialectique droit à la vie / droit à la mort

¹⁵⁶⁷ Diane ROMAN signale déjà pertinemment qu'il ne s'agit plus seulement de poser des choix « de vie » mais véritablement de poser des choix « sur la vie » (D. ROMAN, « Autodétermination personnelle..., *op. cit.*, p. 258).

¹⁵⁶⁸ J.-P. PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme ? », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 80.

¹⁵⁶⁹ D. ROMAN, « Autodétermination ... », *op. cit.*, p. 258.

renvoie aux questions posées dans le chapitre 1 à propos tout d'abord de la capacité puis de l'intégrité physique, mais en les investissant d'une ampleur décuplée par la dimension existentielle ou la portée métaphysique des questions de vie et de mort.

Cette dimension « métaphysique » du droit à la vie se trouve d'une certaine manière accréditée par la volonté de certains requérants d'ancrer le débat sur la vie dans le champ de l'article 9 de la Convention. Ainsi Diane Pretty a-t-elle fait valoir, sans rencontrer beaucoup de succès toutefois que « qu'en sollicitant l'aide de son mari pour se suicider elle croyait et donnait son appui à la notion de suicide assisté pour elle-même » et qu'« en refusant de prendre l'engagement de ne pas poursuivre son mari, [les autorités avaient] porté atteinte à ce droit, et le Royaume-Uni aurait fait de même en imposant une interdiction générale ne permettant aucune prise en compte de sa situation particulière » (§ 80).

866. Les arrêts de la Cour européenne qui concernent les questions de procréation (**section 2**) s'inscrivent dans un rapport de grande proximité avec le contentieux des relations parentales : le désir d'enfant peut s'incarner dans la mobilisation de techniques de procréation artificielle et le refus du rôle parental se traduire dans le recours à l'avortement. Cela étant, le débat strasbourgeois afférent à la procréation humaine concerne la réglementation des circonstances dans lesquelles apparaît ou non un nouveau sujet de droit, un nouveau titulaire de droits fondamentaux. Ici aussi, la « valeur intrinsèque de la vie » est en cause et la jurisprudence se teinte d'une dimension métaphysique correspondant notamment aux rapides progrès de la biomédecine.

Il n'est d'ailleurs pas inintéressant de relever que dès la première jurisprudence de la Commission, l'article 9 de la Convention a été invoqué non seulement dans le contexte de l'accès des détenus à la procréation, mais également dans le cadre spécifique du contentieux de l'avortement tantôt au soutien de la liberté d'avorter¹⁵⁷⁰, tantôt à l'appui d'un hypothétique droit du père potentiel de s'opposer à la décision d'avorter prise par celle qui porte le fœtus¹⁵⁷¹. Dans l'arrêt *V.C. c. Slovaquie*, la Cour a par ailleurs elle-même affirmé que les facultés procréatives étaient liées à « la vie spirituelle » (§ 106).

L'OPPOSITION ENTRE « LIBÉRAUX » ET CONSERVATEURS »

867. Evidemment, ces questions et la manière dont la Cour européenne doit (ou ne doit pas) y prendre part suscitent d'importantes polarisations au sein de la communauté des juristes articulées peu ou prou sur une ligne de clivage séparant ceux qui plaident pour une plus grande disponibilité à l'individu de sa propre existence (ou de celle d'autrui) et ceux qui préconisent le maintien de balises étatiques correspondant aux valeurs qui prédominent dans l'ordre juridique considéré.

D'un côté, certains appréhendent avec sérénité les rapports de la science et de ce que l'on appelle parfois le *bio-droit*. Ceux-là plaident pour une conception extensive de la *maîtrise* de la vie par l'individu et invitent à l'édification d'un « droit neutre et libéré »¹⁵⁷² dans un contexte où « le rôle du droit dans ces matières n'est [...] pas [...] de mettre *a priori* en doute l'aptitude de chacun à concevoir ses aspirations intimes, ni d'en freiner abusivement la réalisation. Il ne s'indique pas de faire primer la défense de la vie à tout prix – la vie ne s'entendant pas seulement en termes biologiques et n'ayant que la valeur que l'individu lui confère – sur la

¹⁵⁷⁰ Comm. eur. dr., rapport Bruggeman et Scheuten c. Allemagne du 12 juillet 1977, § 54.

¹⁵⁷¹ Comm. eur. dr., décision H. c. Norvège du 19 mai 1992, § 4.

¹⁵⁷² G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement* (dir. G. SCHAMPS et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 155 et s.

réappropriation de notre destinée d'humains libres et responsables, de la conception à la mort »¹⁵⁷³.

De l'autre côté, certains estiment que « le scientisme » qui « advient lorsque, comme un fleuve en crue, la science sort de son lit » est à la connaissance de l'humain ce que la pornographie est à la connaissance de l'amour et qu'il y a lieu de s'en inquiéter parce que c'est sur le fondement de pareil scientisme que se développe ce que Pierre LEGENDRE appelle une « conception bouchère »¹⁵⁷⁴ de l'humanité¹⁵⁷⁵. Ceux-là regrettent que lorsque la science est devenue la référence ultime et s'impose dans la sphère publique, la dignité est reléguée avec la religion dans la sphère privée¹⁵⁷⁶.

Nous avons terminé la première partie de cette dissertation sur l'idée que les droits de l'homme étaient un procédé permettant d'appréhender des enjeux complexes en mettant en œuvre une sorte de « dynamique cadrée ». Pareille approche nous a conduit à écarter d'emblée ces positions qui prétendent à l'« absoluité » ou à l'« universalité » au sens où il apparaît que dans un cas comme dans l'autre, l'un des termes de l'équation se voit reconnaître, dans tous les cas, toujours et partout, la prévalence sur l'autre.

LE DÉPASSEMENT DE L'OPPOSITION : RONALD DWORKIN

868. Nous avons alors trouvé dans les travaux du théoricien du droit Ronald DWORKIN l'outillage nécessaire pour penser ces questions de vie et de mort en tâchant de dépasser les termes habituels de la dichotomie entre les partisans de la liberté individuelle et les défenseurs de la vie humaine. En effet, dans un essai publié en 1993 et intitulé *Life's Dominion : An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, cet auteur analyse les arbitrages à opérer entre la liberté de l'individu et les intérêts qui peuvent contrecarrer sa pleine opération dans des termes réellement proches de ceux au moyen desquels nous avons tenté de décrire l'office de la Cour comme un « mouvement dans un cadre ».

Life's Dominion s'ouvre précisément sur une tentative de l'auteur de dépasser l'opposition entre les « libéraux » et les « conservateurs » via la mise en exergue d'une « valeur intrinsèque de la vie » (« *intrinsic value of life* ») qui permettrait de penser dans un cadre renouvelé les conflits de valeurs inhérents aux questions de vie et de mort. Ainsi, une chose peut avoir une « valeur instrumentale » (qui dépend de sa faculté de permettre d'obtenir autre chose que l'on souhaite obtenir) ou une valeur « subjective » (quand elle a de la valeur uniquement pour ceux « qui se trouvent la désirer ») ou enfin une « valeur intrinsèque » si « sa valeur est indépendante de ce que les gens apprécient et veulent ou de ce dont ils ont besoin ou de ce qui est bon pour eux »¹⁵⁷⁷. Selon DWORKIN, la vie humaine est à la fois instrumentalement importante, subjectivement importante et pourvue d'une valeur intrinsèque¹⁵⁷⁸. Cette seule « valeur intrinsèque » justifie que, investie ou non d'une valeur instrumentale et d'une valeur subjective, la vie humaine, toute vie humaine est « sacrée ou inviolable » au sens où « sa destruction délibérée déshonorerait ce qui devrait être honoré ».

¹⁵⁷³ G. GENICOT, « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 92.

¹⁵⁷⁴ P. LEGENDRE, « L'attaque nazie contre le principe de filiation », in *Filiation*, Fayard, 1995, p. 205, cité par A. SUPIOT, *Homo juridicus...*, op. cit., p. 71.

¹⁵⁷⁵ A. SUPIOT, *Homo juridicus...*, op. cit., p. 71.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 72.

¹⁵⁷⁷ R. DWORKIN, *Life's Dominion : an argument about abortion and euthanasia*, London, Harper Collins, 1993, p. 71.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 72.

L'auteur expose alors la conception qu'il retient du « sacré » ou de l'« inviolable » et dans le cadre de laquelle les choses peuvent avoir une valeur intrinsèque soit par « association » soit « génétiquement ». Ainsi le drapeau est-il investi d'une valeur intrinsèque au titre de son association avec la vie de la nation, tandis qu'une œuvre d'art ou une espèce naturelle est investie d'une telle valeur intrinsèque au titre du processus dont elle constitue l'aboutissement¹⁵⁷⁹. La sacralité des espèces naturelles n'est pas dépendante de la conception religieuse ou non que l'on a de l'évolution¹⁵⁸⁰ et culmine évidemment lorsqu'est en cause notre propre espèce¹⁵⁸¹. Selon, DWORKIN, les sentiments humains relatifs à l'art et aux cultures et aux espèces animales et aux générations futures rendent compte de la présence généralisée de l'idée du sacré. Il s'ensuit que l'idée suivant laquelle la vie humaine (même celle d'un embryon à un stade très précoce) est inviolable n'est pas étrange ou bizarre¹⁵⁸². Omniprésent, le sacré est cependant graduel¹⁵⁸³ et sélectif¹⁵⁸⁴.

Suivant DWORKIN, les attitudes que nous pouvons avoir à l'égard de l'art ou de la nature (et qui sont graduelles et sélectives) sont de la même nature que celles qui fondent l'approche que nous retenons de l'euthanasie et de l'avortement. Ainsi, la sacralité de la nature et de l'art qui justifie la sacralité de l'humanité toute entière peut être également reconnue à chaque vie individuelle : d'une part, l'homme en tant qu'il est soit créé par Dieu à son image soit le chef d'œuvre de la nature a un statut spécial en sorte que l'extinction d'une seule vie humaine est « horrible » ; d'autre part, chaque être humain est à la fois un produit de la création naturelle et un produit de la force humaine créative que nous honorons dans l'art¹⁵⁸⁵. En somme, chaque être humain est enraciné simultanément dans les deux fondements du sacré : la création naturelle (*zoe*) et la création humaine (*bios*). Or, ces deux aspects du sacré sont présents dès la conception : il s'agit, d'une part, de l'identité génétique de l'embryon et, d'autre part, de la décision délibérée de concevoir un enfant prise par les parents¹⁵⁸⁶. Dans ce contexte, Ronald DWORKIN propose une « métrique de l'irrespect » qu'il applique tant à l'avortement qu'à l'euthanasie. Selon lui, « la question cruciale est de savoir si un Etat peut imposer la conception majoritaire du sacré à tout le monde »¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 74-75.

¹⁵⁸⁰ Cette révérence pour le processus créatif qui nourrit la dimension génétique du « sacré » et le sentiment de « honte cosmique » (« *cosmic shame* ») face à la disparition d'une espèce animale n'est pas dépendante de la perception religieuse ou non que l'on a de l'évolution des espèces animales. Aux Etats-Unis, nombreux sont ceux qui pensent que le processus d'évolution est « littéralement créatif » et que Dieu est le créateur de la nature. Mais la conception darwinienne de l'évolution donne également lieu à des appréciations impliquant le respect d'une forme de processus créatif dans le cadre desquelles les espèces animales sont considérées comme les « réalisations » d'une nature parfois personnifiée. (R. DWORKIN, *Life's Dominion...*, *op. cit.*, pp. 76-78).

¹⁵⁸¹ Evidemment, souligne DWORKIN, notre préoccupation pour la préservation des espèces animales atteint sa dimension la plus « dramatique » et la plus « intense » lorsque c'est notre propre espèce qui est en cause. A ce propos, le souci que nous manifestons pour les générations futures et la responsabilité que nous estimons avoir non seulement de ne pas détruire la possibilité de générations futures mais également de leur laisser une juste quantité de ressources culturelles et naturelles sont éloquentes éloquent. En outre, cette responsabilité que nous nous attribuons n'est pas liée aux intérêts de personnes particulières, elle correspond au sentiment instinctif que nous avons que la survie et la prospérité humaine est d'une « importance sacrée » (« *sacred importance* »). (R. DWORKIN, *Life's Dominion...*, *op. cit.*, pp. 76-78).

¹⁵⁸² Néanmoins, il apparaît aux termes des exemples examinés que dans la plupart des cas, l'essence du sacré réside dans la valeur que nous attribuons à un processus, à une entreprise ou à un projet, plutôt qu'au résultat considéré indépendamment de la manière dont il a été produit (R. DWORKIN, *Life's Dominion...*, *op. cit.*, pp. 76-78).

¹⁵⁸³ Nous considérons que la destruction d'une œuvre d'art est toujours un problème mais nous sommes moins meurtris par la disparition d'une œuvre mineure que par la destruction d'une toile de Bellini ; de la même manière, nous sommes sans doute moins touchés par la disparition d'une espèce d'oiseau exotique que par celle du Tigre de Sibérie.

¹⁵⁸⁴ Toutes les créations humaines (la richesse, les automobiles ou la publicité) ne sont pas sacrées, pas plus que tout ce qui fait suite à un long processus naturel (le charbon ou le pétrole).

¹⁵⁸⁵ Une personne est le fruit de sa culture, de sa famille et in fine de sa propre capacité créative.

¹⁵⁸⁶ R. DWORKIN, *Life's Dominion...*, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 109 (traduction libre).

QUELLE DYNAMIQUE STRUCTURÉE ?

869. En conclusion, selon DWORKIN, « la plus grande insulte qu'on puisse faire à la sacralité de la vie est l'indifférence ou la paresse face à sa complexité ». C'est le postulat auquel nous décidons de souscrire ici.

Cette complexité participe directement de l'idée que la vie humaine et le droit à la vie garanti par la Convention, ont à la fois une valeur subjective et une valeur intrinsèque et que le droit à la vie exprime dans le même temps un droit subjectif et un élément de droit objectif. Réduire le droit à la vie à la perception subjective qu'en a l'individu ou bien au contraire ériger en absolu la protection objective de la vie revient à nier la complexité de la problématique. DWORKIN nous invite à perpétuellement rechercher la meilleure conciliation possible entre ces deux dimensions complémentaires. On en retiendra pour cette introduction ce que conclut DWORKIN : « si les gens retiennent la conscience de soi et le respect de soi qui est la plus grande réalisation de notre espèce, ils ne laisseront ni la science ni la nature simplement suivre son cours, mais lutteront pour exprimer, dans les lois qu'ils établiront comme citoyens et les choix qu'ils feront comme personne, la meilleure compréhension qu'ils peuvent atteindre de ce pourquoi la vie humaine est sacrée et la place appropriée de la liberté.

Cette spécificité des questions de vie et de mort est certainement attestée par l'extrême réserve dont la Cour fait preuve en la matière, à tout le moins si on dépasse l'évidence de la protection du droit de vivre et du droit de procréer contre les atteintes étatiques et les tiers. Au-delà, la Cour tâtonne visiblement et hésite quant à l'approche à mettre en œuvre. Ce qui est clair en tout cas, c'est que la matière n'est pas placée, à la différence des domaines explorés dans le premier chapitre, sous l'empire de la casuistique. Cette approche qui résulte moins de l'attribution d'un poids systématiquement supérieur voire d'un caractère d'absoluité au droit à la vie que d'un recours systématique à la marge de manœuvre étatique, y compris à rebours du consensus européen, est peut-être excessive...

SECTION 1. LA VIE

870. Le droit à la vie est expressément garanti par l'article 2 de la Convention dont il est largement admis qu'il représente l'une des dispositions les plus fondamentales de la Convention. Dans cette matière, se donne à voir *une extension ou une mutation ambiguë* de la garantie conventionnelle : d'un côté, les obligations de l'Etat tendant au respect, à la protection et à la promotion s'intensifient ; de l'autre, émergent progressivement les contours d'un droit de mourir invocable face à l'Etat. Un auteur a pu à cet égard évoquer judicieusement un *renversement* de la conception du pouvoir des autorités étatiques qui avaient initialement le pouvoir de « faire mourir et laisser vivre » et devraient désormais « faire vivre et laisser mourir ». Les obligations de l'Etat seraient ainsi progressivement vouées à épouser la conception de la « vie bonne » retenue par les individus¹⁵⁸⁸.

871. S'agissant, en premier lieu, du *droit à la vie*, la jurisprudence de la Cour confirme de manière récurrente son caractère fondamental. Ainsi, parallèlement à une très forte délégitimation de la violence d'Etat, observe-t-on une extension progressive du droit à la vie à des questions assez différentes de celles envisagées dans la première jurisprudence que la Cour lui a dédiée et traduisant l'émergence (possible) d'un droit à la *qualité de vie*. On perçoit alors directement que cette extension, très similaire à celle du droit au respect de l'intégrité physique (voy. *supra* n° 542 et s.) peut conduire à une superposition ou à une compénétration des champs d'application des articles 2 et 8 de la Convention (**sous-section 1**)¹⁵⁸⁹¹⁵⁹⁰.

872. S'agissant, en second lieu, d'un éventuel *droit de mourir*, la Cour mobilise la technique du « ni oui ni non ». Dans tous les cas, ce n'est pas dans l'article 2 qu'un tel droit pourrait prendre ancrage, cette disposition ne s'étant jamais vu reconnaître de portée négative¹⁵⁹¹. Par contre, les droits relatifs à la fin de la vie découlent – comme il résulte de l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* – de la mise en œuvre de l'article 8 comme « méta-droit » permettant de disposer de ses droits et donc potentiellement « d'avoir droit au contraire de son droit »¹⁵⁹². Au cours des dernières années, la jurisprudence de la Cour relative à la volonté de mettre fin à ses jours s'est considérablement développée sans pour autant que la Cour impose aux Etats la moindre obligation substantielle (**sous-section 2**)¹⁵⁹³.

873. Le droit a certainement de grandes difficultés à assimiler l'émergence dans le chef des individus d'une volonté de maîtriser la vie en fonction d'une appréciation purement subjective. L'examen parallèle des obligations étatiques tendant à préserver la vie et de celles qui lui seraient éventuellement imposées de permettre l'interruption *ad nutum* de celle-ci rend compte

¹⁵⁸⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusions générales », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 327-328.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 320.

¹⁵⁹⁰ F. SUDRE, « Le droit à la protection de la vie ou la version *light* du droit à la vie », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 277-278.

¹⁵⁹¹
¹⁵⁹² F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 42.

¹⁵⁹³ Pour Olivier DE SCHUTTER, l'affirmation de l'existence d'un volet négatif de l'article 2 aurait conduit la Cour à « reconnaître le droit de chaque individu au suicide, c'est-à-dire de choisir le moment et les conditions de sa propre mort, indépendamment des motifs qui peuvent le conduire à préférer mettre fin à ses jours plutôt qu'à continuer vivre » et « sous la seule réserve, peut-être, de l'imposition de certaines conditions procédurales visant à garantir que le choix de l'individu d'exercer son droit de mourir soit effectivement libre et éclairé ». Or, il n'était pas opportun de risquer pareil développement alors que la situation de la requérante était très spécifique puisqu'elle souffrait d'une maladie neuro-dégénérative progressive (O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Pretty c. le Royaume-Uni* du 29 avril 2002 », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 79).

de la difficulté de concilier les deux versants du contentieux. En attestent d'ailleurs les réticences manifestées par la Cour sur le terrain du droit de mourir et, plus encore, l'exigence de garde-fous formulée à l'égard des pays qui adoptent en la matière une approche dite « libérale ». Il est clair que dégager prétoriennement un droit à la mort est un cap considérable dans un contexte où il est classiquement affirmé que l'article 2 « se place parmi les articles primordiaux de la Convention »¹⁵⁹⁴ ou « forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »¹⁵⁹⁵.

874. La décomposition opérée par DWORKIN de la « valeur intrinsèque de la vie » en un investissement « naturel » et un investissement « humain » offre une nouvelle perspective pour le raisonnement sur ces questions de vie et de mort. En effet, cette dialectique permet de comprendre la diversité des points de vue défendables, y compris dans un contexte, où chacun considère que la vie a une valeur intrinsèque. Ainsi les conservateurs attachent-ils le caractère « sacré » de la vie exclusivement ou essentiellement à l'investissement naturel qui la caractérise ; à l'inverse, les libéraux voient la « sacralité » de la vie davantage ou uniquement par le prisme de l'investissement humain.

C'est en fonction de l'alliage, plus ou moins conservateur ou libéral, que l'on réalise des investissements naturels et humains dans la valorisation de la vie humaine que se définissent au niveau individuel ou collectif les limites strictes ou lâches que l'on pose à la disposition par l'individu de sa propre vie. Dans cette conception dworkinienne, la valeur intrinsèque de la vie peut être atteinte autant par l'absolutisme libéral que par l'absolutisme conservateur. C'est porter atteinte à la valeur intrinsèque de la vie que de considérer que chacun a un droit absolu de mettre fin à ses jours si tel est son désir ; c'est aussi porter atteinte à la valeur intrinsèque de la vie que de considérer que nul ne peut jamais obtenir la reconnaissance d'un tel droit.

La pensée de DWORKIN permet donc de jeter un regard neuf sur le contentieux strasbourgeois de la vie et de la mort : elle procure une métrique qui permet d'appréhender les questions complexes qui le caractérisent. En effet, si la Cour rappelle constamment la difficulté éthique / morale des questions posées, le poids alloué à la vie est finalement potentiellement très variable et ne peut en aucun cas s'appréhender en termes absolus. Pareille impossibilité se comprend mieux lorsqu'on souscrit à la conception de DWORKIN relative au caractère composite de la valeur de la vie humaine : à une dimension biologique de la sacralité de la vie s'articule une autre dimension proprement humaine liée à l'investissement de la vie par la personne et les personnes qui l'entourent.

C'est cette conception qui permet de considérer, comme l'a expressément fait la Cour, que l'imposition à une personne d'un traitement médical contraire à ses convictions est « de nature à diminuer plutôt qu'à augmenter la valeur de la vie » (voy. *infra* n° 900)¹⁵⁹⁶. La pensée de DWORKIN permet aussi de se figurer des questions complexes comme l'articulation dans un même cadre de pensée de la volonté d'une personne en très mauvaise santé de continuer à lutter pour vivre (voy. *infra* n° 895) et celle d'une personne en bonne santé de mettre fin à ses jours ou d'obtenir qu'il soit mis fin à ses jours (voy. *infra* n° 907). Elle peut aussi aider à réfléchir une situation où ; autour d'une personne plongée dans un état végétatif, les membres de la famille se déchirent jusqu'à Strasbourg sur le sort à faire à leur parent (voy. *infra* n° 896 et 909) ...

¹⁵⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Makaratzis c. Grèce du 20 décembre 2004, § 56.

¹⁵⁹⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, § 94.

¹⁵⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt Témoins de Jehovah de Moscou c. Russie du 10 juin 2010, § 136 (traduction libre).

Sous-section 1. Le droit de vivre

875. Le droit à la vie est une des valeurs fondamentales de la Convention, la Cour ayant pu affirmer que sans lui « la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire »¹⁵⁹⁷. Le droit à la vie est donc « l'un des droits essentiels protégés par le dispositif conventionnel »¹⁵⁹⁸. Il est cependant à la fois « indérogeable et relatif » en ce que la Convention « fait de la vie une valeur supérieure mais prévoit dans le même mouvement des cas dans lesquels il est possible de lui porter atteinte »¹⁵⁹⁹. Quoi qu'il en soit, il implique dans le chef des Etats des obligations importantes et dans le chef de la Cour une mise en œuvre « renforcée » du contrôle de proportionnalité¹⁶⁰⁰. Ces obligations sont évidemment d'intensité variable depuis l'exigence portant sur l'abolition complète de la peine de mort jusqu'à la garantie moins ferme contre les risques mortels naturels.

En *premier lieu*, les Etats sont donc tenus de renoncer à la peine de mort et de limiter aux situations d'absolue nécessité l'utilisation de la force meurtrière. Au surplus, ils doivent mettre en œuvre toutes les mesures raisonnables afin de protéger la vie des individus contre les agissements criminels d'autrui. Enfin, il leur revient de protéger contre eux-mêmes certains individus placés dans des situations de vulnérabilité caractérisée (§ 1).

En *deuxième lieu*, les Etats doivent se montrer précautionneux lorsqu'ils exposent des individus – notamment les militaires – à des risques potentiellement mortels. Ils doivent aussi réguler l'activité médicale de manière à prévenir et sanctionner les erreurs médicales ou l'imposition arbitraire de décisions médicales tendant à l'interruption de la vie. Enfin, il leur revient de veiller à encadrer les activités dangereuses pour limiter le plus possibles les risques (§ 2).

En *troisième et dernier lieu*, il revient aux autorités étatiques de mettre en œuvre des mesures de protection contre les risques naturels connus et fournir aux individus une certaine protection contre les maladies naturelles. Dans ce dernier contexte cependant, il y a lieu de prendre en considération la circonstance que les risques naturels échappent *a priori* au contrôle de l'homme, à la différence des « activités dangereuses d'origine humaine » (*Budayeva*) et au caractère intrinsèquement limité des ressources publiques (*Pentiacova et 48 autres*) (§ 3).

§ 1. L'infliction de la mort

876. La valeur de la vie humaine dans le système de la Convention se mesure en premier lieu à l'aune des obligations qui pèsent sur les Etats face aux atteintes directes à la vie. Ainsi les Etats doivent-ils non pas seulement renoncer à la peine de mort et réserver aux situations d'absolue nécessité le recours à la force meurtrière (A), mais également protéger les individus contre les atteintes mortelles émanant de tiers (B) ou de l'individu lui-même (C)¹⁶⁰¹. L'ancienne Commission a ainsi pu affirmer dans une décision rendue le 12 juillet 1978 dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni* que l'article 2 n'imposait pas seulement à l'Etat une obligation d'abstention, mais également une obligation de « prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie ». Dans

¹⁵⁹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty* c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, § 37.

¹⁵⁹⁸ J.-M. LARRALDE, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et la violence publique meurtrière », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 189-189.

¹⁵⁹⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁰⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 331.

¹⁶⁰¹ Voy. F. GÖLCÜKLÜ, « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 416.

sa décision *L.C.B. c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, la Cour a confirmé que « la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction » (§ 36)¹⁶⁰². La Cour applique cependant alors un test de proportionnalité moins exigeant que celui caractérisant le recours à la force meurtrière par les autorités étatiques elles-mêmes¹⁶⁰³.

A. L'infliction de la mort par l'Etat

i) *La peine de mort : Öcalan c. Turquie*

877. Tous les Etats parties, à l'exception de la Russie, ont ratifié le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort. Le Protocole n° 13, qui porte abolition de la peine de mort en toutes circonstances, a quant à lui été ratifié par 44 pays membres (soit tous les Etats membres sauf la Russie, l'Arménie et l'Azerbaïdjan). La Cour avait par ailleurs affirmé dans son arrêt de grande chambre *Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005 relatif à la condamnation à mort du président du PKK, Abdullah Öcalan, que l'« on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, [...] qui n'est plus autorisée par l'article 2 » (§ 163). Cependant, avait-elle précisé, « pour le moment, le fait qu'il y a encore un nombre élevé d'Etats qui n'ont pas signé ou ratifié le Protocole n° 13 peut empêcher la Cour de constater que les Etats contractants ont une pratique établie de considérer l'exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu du fait que cette dernière disposition n'admet aucune dérogation, même en temps de guerre » (§ 165).

ii) *Le recours à la force meurtrière : McCann c. Royaume-Uni [GC] et Giuliani et Gaggio c. Italie [GC]*¹⁶⁰⁴

878. C'est évidemment lorsque l'Etat recourt lui-même à la force meurtrière – soit en présence d'une atteinte dite « classique » au droit à la vie¹⁶⁰⁵ – que le contrôle européen est le plus intense¹⁶⁰⁶. Ainsi, selon la Cour, le libellé même de l'article 2 conduit à « appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux »¹⁶⁰⁷ et mettre en œuvre le « contrôle le plus rigoureux »¹⁶⁰⁸. Ainsi, les Etats ne peuvent porter atteinte à la vie des individus que lorsque pareille atteinte est « absolument nécessaire » pour atteindre un des objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 2¹⁶⁰⁹. La Cour se réfère ici régulièrement aux Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force, et contribue, d'une certaine manière à la cristallisation de ces principes dans des obligations imposables aux Etats parties. Outre l'obligation négative de s'abstenir de recourir à la force meurtrière, la Cour déploie un réseau d'obligations de seconde ligne imposant aux Etats de mettre en œuvre des mesures de prévention et de sanction en cas de décès causé par un agent public¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰² F. SUDRE, « Le droit à la protection de la vie ... », *op. cit.*, p. 277-278.

¹⁶⁰³ M. LEVINET, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 59-64.

¹⁶⁰⁴ J.-M. LARRALDE, « L'article 2 de la Convention européenne ... », *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁰⁵ F. SUDRE, « Le droit à la protection de la vie ... », *op. cit.*, p. 278.

¹⁶⁰⁶ M. LEVINET, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Perk et autres c. Turquie du 28 mars 2006, § 55.

¹⁶⁰⁸ Cour eur. dr. h., arrêt Anguelova c. Bulgarie du 13 juin 2002, § 110.

¹⁶⁰⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt McCann c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995, § 148.

¹⁶¹⁰ M. LEVINET, in *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, p. 123 et s.

L'arrêt de grande chambre *McCann c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995 relatif à une situation dans laquelle des militaires britanniques avaient abattu trois terroristes appartenant à l'*Irish Republican Army* (IRA) rend bien compte de la pluralité et de l'intensité des obligations qui pèsent sur les Etats lorsque les autorités sont elles-mêmes responsables de la mort d'individus placés sous leur juridiction. En l'espèce, la Cour a considéré qu'il ne pouvait pas être considéré que l'infliction de la mort était préméditée (§ 184). Elle a au surplus considérée adéquate l'enquête menée subséquemment au plan interne (§§ 163-164). Les juges de Strasbourg ont cependant découvert une violation de l'article 2 dans les insuffisances de la préparation et la conduite de l'opération antiterroriste litigieuse (§§ 213-214)¹⁶¹¹.

Ces obligations ont été réaffirmées dans un arrêt de grande chambre *Giuliani et Gaggio c. Italie* du 24 mars 2011 dans lequel la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention à propos du décès d'un manifestant lors des troubles qui ont entouré le sommet du G8 à Gênes en 2001. Ainsi, la Cour a-t-elle successivement examiné l'affaire sous l'angle matériel (recours à la force meurtrière, cadre législatif et organisation et planification des opérations) et sous l'angle procédural. La Cour s'est donc à la fois penchée sur les circonstances dans lesquelles le recours à la force létale avait eu lieu et sur la procédure menée ensuite du décès. D'un côté, les autorités italiennes avaient fait « tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour fournir le niveau de protection requis lors d'opérations entraînant un risque potentiel de recours à la force meurtrière » (§ 262) ; de l'autre, l'enquête subséquente rencontrait les standards requis par la Convention (§ 326)¹⁶¹².

B. La protection de l'individu contre les tiers : *Osman c. Royaume-Uni* [GC]

879. On retrouve cet entrelacs d'obligations imposées aux Etats lorsqu'il s'agit de protéger les personnes contre les agissements criminels d'autrui. Il y a donc à la fois une obligation positive substantielle de prévention lorsqu'un « danger connu et évitable » existe et, dans le cas où une atteinte à la vie a effectivement lieu, une obligation positive de nature procédurale de « découvrir et poursuivre » les auteurs de celle-ci¹⁶¹³. Les obligations en la matière sont toutefois limitées au regard de « l'imprévisibilité du comportement humain », des choix à faire en termes d'allocation des ressources et des limites apportées à la possibilité d'instruire les crimes et de traduire les délinquants en justice¹⁶¹⁴. Ainsi, l'obligation de protéger la vie ne doit pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif et doit être mise en œuvre d'une manière respectueuse des droits et libertés d'autrui (notamment de la présomption d'innocence)¹⁶¹⁵.

L'obligation de protection trouve une illustration particulièrement claire dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* qui concernait l'échec des autorités à prévenir le meurtre par un enseignant du père d'un adolescent alors que des menaces avaient pu être expressément proférées. La grande chambre n'a pas considéré, dans son arrêt du 28 octobre 1998, que l'Etat avait manqué à son

¹⁶¹¹ Dans cette affaire 9 juges dissidents ont souligné qu'« il est extrêmement grave d'accuser un Etat d'avoir enfreint l'obligation de protéger le droit à la vie que lui commande l'article 2 de la Convention » et considéré que « compte tenu des faits connus à l'époque, le recours à la force meurtrière, aussi regrettable qu'il puisse être, était rendu "absolument nécessaire" pour atteindre cet objectif et ne constitue pas une violation, par le Royaume-Uni, des obligations que lui impose la Convention.

¹⁶¹² Dans cette affaire, sept juges dissidents ont considéré la réglementation italienne inadéquate, dans la mesure où elle ne prévoyait pas l'équipement des carabinieri italiens avec des armes non létales (en sorte qu'attaqué par les manifestants, le carabinier n'avait eu d'autre choix que d'utiliser son pistolet à balles réelles) et où des manquements apparaissaient dans la préparation et l'organisation policière du G8. Les juges dissidents se sont à cet égard appuyés sur les Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force (sp. principes n° 2 et 18).

¹⁶¹³ F. GÖLCÜKLÜ, « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne ... », *op. cit.*, pp. 423-424. Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Van Colle c. Royaume-Uni* du 13 novembre 2012.

¹⁶¹⁴ M. LEVINET, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁶¹⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, §§ 116 et 121.

obligation substantielle sous l'angle de l'article 2 de la Convention ou sous l'angle de l'article 8 de celle-ci au regard notamment de la circonstance qu'il n'était pas établi que la police savait ou aurait du savoir qu'un « risque immédiat » existait et que la réponse des autorités aux faits en cause était raisonnable (§ 128)¹⁶¹⁶. Par contre, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention au titre de l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité de la police devant les tribunaux internes. Selon la Cour, les griefs des requérants « [méritaient] un examen au fond et ne [pouvaient] pas être automatiquement [écartés] par l'application d'une règle qui équivalait à accorder une immunité à la police » (§ 152).

C. La protection des détenus et des conscrits contre eux-mêmes

880. Les Etats sont débiteurs d'une obligation de protéger la vie y compris lorsque c'est l'individu lui-même qui se propose de porter atteinte à sa vie. En particulier, il leur appartient de prévenir le risque de suicide dans les situations de vulnérabilité particulière que constituent par exemple l'emprisonnement¹⁶¹⁷ ou la conscription¹⁶¹⁸¹⁶¹⁹¹⁶²⁰, et l'obligation étatique de protéger la vie au titre de l'article 2 s'en trouve aggravée. Elle se trouve en outre encore accentuée quand les personnes concernées présentent une faiblesse psychique. L'autonomie personnelle ne peut servir de justification à l'Etat pour légitimer une atteinte à son devoir de protéger la vie des détenus au titre de l'article 2 de la Convention¹⁶²¹.

i) La prévention du suicide des détenus : *Keenan c. Royaume-Uni*

881. Dans l'affaire *Keenan c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 3 avril 2001, une femme dénonçait l'incapacité des autorités de prévenir le suicide par pendaison de son fils âgé de 28 ans emprisonné pour quatre mois à la prison d'Exeter (§ 8). Alors que la requérante mettait en cause la légèreté des autorités pénitentiaires qui avaient placé son fils en isolement malgré le risque de mutilation ou de suicide que suggérait son état de santé et ses antécédents (§§ 85-86), le gouvernement plaidait que l'Etat ne pouvait être tenu de protéger les personnes contre elles-mêmes (§ 87).

Suivant la Cour, « les mesures préventives que prennent les autorités, par exemple les actions de la police, font inévitablement l'objet de restrictions de par les garanties contenues aux articles 5 et 8 de la Convention [...]. De même, les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leurs tâches de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné. Des mesures et précautions générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle. Quant à savoir s'il faut prendre des mesures plus strictes à l'égard d'un détenu et s'il est raisonnable de les appliquer, cela dépend des circonstances de l'affaire » (§ 92). En l'occurrence, la Cour a considéré que l'article 2 n'avait pas été violé dès lors qu'on ne savait pas ce qui avait poussé le fils de la requérante à se suicider (§ 101). Pour les juges européens, les questions relatives au niveau de vigilance mis en œuvre par les autorités durant les jours qui avaient précédé son suicide se prêtaient cependant à un examen sous l'angle

¹⁶¹⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Kontrovà c. Slovaquie* du 31 mai 2007.

¹⁶¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Salman c. Turquie* du 27 juin 2000 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Trubnikov c. Russie* du 5 juillet 2005.

¹⁶¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Kilinç c. Turquie* du 7 juin 2005 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Ataman c. Turquie* du 27 juillet 2006 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Yilmaz c. Turquie* du 17 juin 2008 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Gündüz c. Turquie* du 11 janvier 2011.

¹⁶¹⁹ D. RIETIKER, « From Prevention To Facilitation ? Suicide in the Jurisprudence of the ECHR in the light of the recent *Haas v. Switzerland* judgment », *Harvard Human Rights Journal*, 2012, p. 109.

¹⁶²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Salman c. Turquie* du 27 juin 2000, § 99.

¹⁶²¹ M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, pp. 72-110 ; M. LEVINET, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », *op. cit.*, pp. 61-62.

de l'article 3 et à cet égard, il y avait lieu de constater « de graves lacunes dans les soins médicaux prodigués à un malade mental dont on connaissait les tendances suicidaires » au regard desquelles l'infliction tardive d'« une sanction disciplinaire lourde » constituait un traitement et une peine inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention (§ 116).

ii) *La prévention du suicide des conscrits : Kiliç c. Turquie*

882. Dans l'affaire *Kiliç c. Turquie* qui a donné lieu à un arrêt du 7 juin 2005, le père, la mère et la sœur d'un homme qui s'était suicidé pendant son service militaire dénonçaient la méconnaissance par les autorités de leurs obligations découlant des articles 2 et 8 de la Convention. Les requérants dénonçaient la circonstance que les autorités militaires avaient donné l'ordre à Monsieur Kiliç de monter une garde armée d'un fusil alors même qu'elles étaient au courant des troubles psychiques dont il souffrait (§ 35). Le gouvernement arguait de ce que le défunt avait été initialement déclaré apte pour le service (§ 36) et de ce qu'ensuite des difficultés qui s'étaient présentées, son commandant avait plusieurs fois demandé un avis médical sur sa situation (§ 37). Les médecins militaires avaient d'abord préconisé un bref repos, puis Monsieur Kiliç avait été mis sous surveillance psychiatrique dans un hôpital militaire (§§ 46-47). C'est à son retour dans sa garnison qu'il avait mis fin à ses jours.

L'obligation de protéger la vie s'applique évidemment au service militaire obligatoire et implique avant tout « le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace » et ce « cadre doit de plus réserver une place singulière à une réglementation adaptée au niveau du risque qui pourrait en résulter pour la vie non seulement du fait de la nature de certaines activités et missions militaires mais également en raison de l'élément humain qui entre en jeu lorsqu'un Etat décide d'appeler sous les drapeaux de simples citoyens » (§ 41). En l'espèce, « la Cour [devait] rechercher, conformément à sa jurisprudence constante, si les autorités militaires savaient ou auraient dû savoir qu'il y avait un risque réel et immédiat que l'intéressé ne se suicide et, dans l'affirmative, si elles ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir ce risque » (§ 43). Pour la Cour, « le cadre réglementaire [s'était] avéré défaillant quant à l'établissement et le suivi, par le corps médical militaire, de l'aptitude psychique de M. Kiliç avant et après son intégration dans l'armée. Cette situation [avait] créé de surcroît une incertitude quant à la nature des missions susceptibles de lui être confiées en vertu de la réglementation interne de l'armée. Elle [avait] ainsi joué un rôle décisif dans la survenance de l'incident, les autorités compétentes n'ayant pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour protéger l'appelé M. Kiliç contre le danger, aussi bien connu qu'évitable, que celui-ci présentait pour lui-même » (§ 56). Il y avait donc eu violation de l'article 2, la Cour étant alors dispensée d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 8.

§ 2. Les atteintes « involontaires » et/ou « indirectes » au droit à la vie

883. Le domaine de la protection de la vie n'est évidemment pas limité aux atteintes volontaires et directes à celle-ci. L'Etat est aussi internationalement responsable au titre des atteintes au droit à la vie résultant de la réalisation du risque mortel inhérent à certaines missions remplies pour compte de l'Etat (A), aux activités dangereuses (publique ou privée) (B) ou à la pratique médicale (publique ou privée) (C).

A. La mise en danger par l'Etat : *L.C.B. c. Royaume-Uni*

884. Dans son arrêt *L.C.B. c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, la Cour a examiné la requête d'une personne qui alléguait que l'exposition de son père à des radiations dans le contexte

d'essais nucléaires avait induit une violation de son droit à la vie. Ainsi, quand il n'est pas prétendu que l'Etat défendeur aurait délibérément cherché à provoquer la mort, il revient à la Cour de « déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'Etat a pris toutes les mesures requises pour empêcher que la vie [...] ne soit inutilement mise en danger » (§ 36). En l'espèce, la Cour a jugé que « compte tenu des informations dont l'Etat disposait à l'époque des faits [...] quant à la probabilité que le père de la requérante ait été exposé à des niveaux dangereux de rayonnement et que cela ait entraîné des risques pour la santé de sa fille, [il n'était] pas établi qu'il aurait dû de sa propre initiative informer les parents de l'intéressée de ces questions ou prendre toute autre mesure particulière la concernant » (§ 41).

B. Les activités dangereuses : *Oneryildiz c. Turquie* [GC]

885. La Cour impose aux Etats l'obligation de protéger la vie contre les activités dangereuses de nature publique (sécurité nationale) ou privée (activité industrielle)¹⁶²². Ainsi la Cour a-t-elle décidé, dans son arrêt *Oneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004 relatif à l'exploitation d'un site de stockage de déchets, que l'obligation de protection de l'Etat « s'applique sans conteste dans le domaine spécifique des activités dangereuses, où il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter pour la vie humaine ». Au titre de la prévention, « il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention. En effet, [...] ce droit, qui a déjà été consacré sur le terrain de l'article 8 [...], peut également en principe être revendiqué aux fins de la protection du droit à la vie » (§ 90)¹⁶²³.

C. La pratique médicale

886. La Cour impose aussi aux Etats de contrôler l'activité médicale dans les hôpitaux privés comme dans les hôpitaux publics. Le contrôle peut porter autant sur les négligences commises par les professionnels de la médecine (i) que sur les choix qu'ils prétendent poser au titre du meilleur intérêt supposé du patient (ii).

i) *Les négligences médicales : Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC]

887. L'arrêt de principe en matière de négligence médicale est l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002 relatif au décès d'un nouveau-né deux jours après sa naissance à l'hôpital de Cosenza. Les parents se plaignaient de la prescription du délit dont ils accusaient le médecin-accoucheur en raison de la durée excessive de la procédure¹⁶²⁴. Selon la Cour « les obligations positives impliquent la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Il s'agit également d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes » (§ 49)¹⁶²⁵. Si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire,

¹⁶²² F. SUDRE, « Le droit à la protection de la vie ... », *op. cit.*, pp. 282-283.

¹⁶²³ Cour eur. dr. h., arrêt Pasa Erkan Erol c. Turquie du 12 décembre 2006 ; Cour eur. dr. h., déc. Leray et autres c. France du 16 janvier 2001.

¹⁶²⁴ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Silih c. Slovaquie du 9 avril 2009.

¹⁶²⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), Arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, § 89.

l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale (§ 51).

ii) *Les décisions médicales : Glass c. Royaume-Uni*

888. L'obligation étatique de protéger la vie était aussi au cœur de l'affaire *Glass c. Royaume-Uni* dans laquelle une mère dénonçait la circonstance que des médecins britanniques avaient pris à l'égard de son fils handicapé physique et mental qui se trouvait dans une situation médicale critique, la décision d'administrer de la diamorphine et d'émettre un ordre de non-réanimation, respectivement malgré ses protestations et à son insu.

La Cour a décidé dans son arrêt du 9 mars 2004, que « la décision d'imposer un traitement à David Glass malgré les protestations de sa mère [s'analysait] en une atteinte au droit du premier au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique » (§ 70).

De même, la requérante dénonçait-elle la circonstance que les médecins n'avaient pas soumis la situation litigieuse aux juridictions internes alors qu'elle avait exprimé au nom de son fils une ferme opposition aux options litigieuses susceptibles de hâter sa mort (§ 76). L'essentiel de la motivation de la Cour est centré sur les raisons pour lesquelles le différend entre la requérante et les autorités hospitalières n'avait pas pu être soumis par lesdites autorités au juge interne compétent en vertu de la loi britannique. Les juges de Strasbourg sont parvenus à la conclusion que « la décision des autorités de passer outre, en l'absence d'autorisation par un tribunal, à l'objection de la seconde requérante au traitement proposé [avait] violé l'article 8 de la Convention » (§ 83).

Si le droit à la vie n'était pas directement en cause dans cette affaire *Glass*, il n'en reste pas moins que, sous la bannière de l'article 8, la Cour a mis en évidence une forme de droit individuel de poser des choix quant aux thérapies susceptibles de prolonger la vie. En sus d'un tel droit substantiel, la Cour semble considérer que la Convention oblige les Etats à mettre en place un cadre procédural adéquat ayant notamment vocation à désamorcer les désaccords éventuels entre les individus et les médecins.

§ 3. Les risques et maladies naturels

889. Enfin le domaine de protection du droit à la vie ne se limite pas aux dangers d'origine humaine et les Etats sont tenus, quoique sur un mode atténué, de protéger les individus contre les risques naturels (A) et les maladies naturelles (B)¹⁶²⁶. Il est toutefois clair, en la matière, qu'« on ne saurait imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif en ignorant les choix opérationnels qu'elles doivent faire en termes de priorités et de ressources » et que « cela résulte de la marge d'appréciation étendue dont doit jouir l'Etat dans des domaines sociaux et techniques difficiles »¹⁶²⁷.

A. Les risques naturels : Budayeva et autres c. Russie

890. Dans l'affaire *Budayeva et autres c. Russie*, qui concernait le décès de plusieurs personnes dans le contexte de la dévastation de la ville de Tyrnyauz par des coulées de boue, la Cour a exposé les principes applicables. La Cour a précisé qu'il convenait de reconnaître encore

¹⁶²⁶ F. SUDRE, « Le droit à la protection de la vie ... », *op. cit.*, pp. 283-285.

¹⁶²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Budayeva et autres c. Russie* du 20 mars 2008, § 135.

plus de poids à la nécessité pour l'Etat de faire des choix dans un contexte où les ressources sont limitées « dans la sphère des secours aux sinistrés à la suite d'un accident météorologique qui, en tant que tel, échappe au contrôle de l'homme, que dans celle des activités dangereuses d'origine humaine » (§ 135). Cependant, la Cour peut, dans le contexte des obligations positives, examiner la légalité interne des actes ou des omissions des autorités et le processus décisionnel national (avec enquêtes et études appropriées) en tenant compte la complexité de la question (§ 136) surtout lorsque « les circonstances d'un cas particulier montrent l'imminence d'une telle catastrophe clairement identifiable et surtout lorsqu'il s'agit d'une calamité récurrente frappant une zone particulière d'habitation ou d'utilisation par l'homme » (§ 137). En l'espèce, la Cour a considéré que la Russie s'était abstenue de mettre en œuvre les politiques d'aménagement du territoire et de secours propres à protéger les populations menacées par les coulées, en sorte que le volet matériel de l'article 2 était violé (§§ 158-159). En outre, en l'absence d'enquête ou d'examen portant sur la responsabilité de l'Etat dans la dévastation de la ville, les exigences procédurales contenues dans cet article avaient aussi été violées (§ 165).

B. Les maladies naturelles : Chypre c. Turquie [GC]

891. Selon la Cour, « il ne peut être exclu que les actes et omissions des autorités dans le domaine de la santé puissent dans certaines circonstances engager leur responsabilité sous le volet positif de l'article 2 »¹⁶²⁸. La Convention, telle qu'elle est interprétée par la Cour oblige les Etats à procurer à chacun le niveau de soins « dont bénéficie la population dans son ensemble » et de promouvoir des « standards professionnels élevés » (i). L'obligation de procurer des soins médicaux ne saurait cependant être illimitée non seulement au titre du caractère intrinsèquement limité des ressources (ii), mais également pour des raisons liées à la santé publique et à la vulnérabilité des individus (iii)¹⁶²⁹.

i) *Les traitements dont bénéficie la population dans son ensemble : Chypre c. Turquie [GC]*

892. Le juge européen, qui avait affirmé de manière particulièrement générale, dans l'arrêt *Berktaş c. Turquie* du 1^{er} mars 2002, que les Etats avaient l'obligation de « protéger la vie de l'individu [...] contre le risque de maladie » (§ 154) a exposé, plus sagement, dans l'arrêt de grande chambre *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, qu'« une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un Etat contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population » (§ 219)¹⁶³⁰. Cependant, « lorsqu'un Etat a pris des mesures adéquates pour assurer des standards professionnels élevés [...] et la protection de la vie des patients, la Cour ne peut accepter qu'une erreur de jugement de la part d'un professionnel ou une coordination négligente entre professionnels dans le traitement d'un patient en particulier soit en soi suffisant pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat sous l'angle des obligations positives contenues dans l'article 2 »¹⁶³¹. De même, si « la souffrance due à une maladie survenant naturellement peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement dont les autorités peuvent être tenues pour responsables » encore faut-il prendre acte de que « le seuil en pareille situation est élevé, étant

¹⁶²⁸ Cour eur. dr. h., décision *Wiater c. Pologne* du 15 mai 2012, § 34 (traduction libre).

¹⁶²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 107.

¹⁶³⁰ Cour eur. dr. h., décision *Pentiacova et 48 autres c. Moldova* du 4 janvier 2005 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 106.

¹⁶³¹ Cour eur. dr. h., décision *Wiater c. Pologne* du 15 mai 2012, § 34 (traduction libre).

donné que le préjudice allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités mais de la maladie elle-même »¹⁶³².

ii) *Les traitements sûrs mais coûteux : Pentiacova et autres c. Moldova et Wiater c. Pologne*

893. Dans l'affaire *Pentiacova et 48 autres c. Moldova* les requérants signalaient qu'ils étaient administrativement empêchés d'être traités dans un hôpital distinct de celui qu'ils fréquentaient et qui, mieux financé, faisait peser moins lourdement la charge du traitement sur les patients. Dans sa décision d'irrecevabilité du 4 janvier 2005, la Cour a souligné que « s'il est à l'évidence souhaitable que quiconque ait accès à une gamme complète de traitement médical, dont des techniques médicales et des médicaments pouvant sauver la vie, les Etats contractants comptent malheureusement, faute de ressources, de nombreux individus qui ne peuvent en bénéficier, surtout lorsqu'il s'agit de traitements permanents et onéreux ».

En l'espèce, les requérants « [s'étaient] vu dispenser les soins médicaux de même que les médicaments élémentaires avant le 1er janvier 2004 » et « depuis cette date ils [bénéficiaient] de soins pratiquement complets ». Dans ce contexte, « la Cour [n'entendait] en rien minimiser les difficultés que les requérants [semblaient] rencontrer et [avait] bien conscience de l'amélioration très réelle qu'une série totale d'hémodialyses entraînerait pour leur vie privée et familiale », mais elle n'en n'a pas moins jugé que « dans les circonstances de [cette] affaire, on ne [pouvait] dire que l'Etat défendeur [n'avait] pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents des requérants et de la société dans son ensemble »¹⁶³³.

894. Dans l'affaire *Wiater c. Pologne*, le requérant se plaignait de ce qu'il n'avait pas pu bénéficier du remboursement par l'Etat de médicaments qu'il avait pris pour se soigner. La Cour a relevé dans la décision du 15 mai 2012 – en visant *Pentiacova* – que sa jurisprudence ne reconnaissait pas le droit d'un individu au remboursement public d'un traitement médical spécifique. Ainsi, l'allocation des deniers publics en matière de santé est une question extrêmement débattue dans de nombreux Etats européens et c'est aux autorités étatiques de décider de l'allocation de leurs ressources limitées (§ 39).

En outre et peut-être surtout, le requérant avait négligé une possibilité alternative de bénéficier du financement de son traitement. En effet, un établissement de soin de santé pouvait faire une demande tendant à la mise en œuvre d'un « *non-standard pharmacological treatment* », mais une telle possibilité n'avait pas été mise en œuvre en l'occurrence. Enfin, il ne pouvait pas se plaindre de ce qu'il lui avait été refusé un niveau de soin qui était par ailleurs généralement accessible en Pologne. Dans ce contexte, le grief du requérant tiré de l'article 2 de la Convention était manifestement mal fondé (§§ 41-42).

iii) *Les traitements expérimentaux mais gratuits : Hristozov et autres c. Bulgarie*

895. Le caractère toujours limité des ressources de la collectivité n'est pas le seul motif qui peut justifier que l'Etat impose des limites aux efforts déployés dans la lutte contre les maladies naturelles, comme il apparaît clairement dans l'arrêt *Hristozov et autres c. Bulgarie* qui connecte expressément la question des choix médicaux individuels à la notion classique d'autonomie personnelle, mais vise également celle, moins usitée, de qualité de la vie (voy. *supra* n° 592). En l'espèce était en cause l'accès pour des malades en phase terminale à des médicaments expérimentaux, les requérants dénonçaient l'impossibilité absolue, au regard du

¹⁶³² Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov c. Bulgarie* du 13 novembre 2012, § 111 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *N. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008, § 29.

¹⁶³³ Voy. aussi les conclusions de la Cour sous l'angle des articles 2, 3 et 14 de la Convention.

droit bulgare, de se soumettre à un traitement médical expérimental non testé. Selon eux, la règle aurait du admettre une exception au regard des singularités de leur situation. La Cour a relevé, dans son arrêt du 13 novembre 2012, qu'en l'occurrence il ne s'agissait pas d'accéder à un niveau de soin standard correspondant au « niveau dont bénéficie la population dans son ensemble » (§ 107).

Elle a écarté assez rapidement les griefs formulés par les requérants sous le visa des articles 2 et 3 de la Convention. Ainsi, les obligations positives découlant de l'article 2 ne pouvaient-elles pas inclure l'exigence que l'accès à des médicaments encore en développement soit organisé d'une manière déterminée (§ 108)¹⁶³⁴. De la même manière, la souffrance psychologique indéniablement subie par les requérants suite au refus litigieux n'atteignait pas un degré de gravité suffisant pour être considéré comme un traitement inhumain (§ 113).

Par contre, la Cour s'est livrée à un examen plus approfondi de l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Sur le plan des principes, la Cour a décidé que les limites posées par l'Etat à « [la] capacité de choisir, en concertation avec [ses] médecins, les traitements [que l'on pourrait suivre] en vue de tenter de prolonger [sa] vie [...] appelle clairement un examen sous l'angle de l'article 8, dont l'interprétation, en ce qui concerne la notion de “vie privée”, est sous-tendue par les notions d'autonomie personnelle et de qualité de la vie » (§ 116). Dans ce contexte, l'interdiction dénoncée pouvait être appréhendée – sans que la Cour estime nécessaire de trancher – tant sous l'angle de la méconnaissance éventuelle de l'Etat à ses obligations négatives que sous celui d'une potentielle méconnaissance de l'obligation positive de procurer un cadre réglementaire adéquat afin de permettre la prise en considération des droits individuels (§ 117). Dans tous les cas, malgré la large marge allouée à l'Etat en présence de questions morales ou éthiques délicates (§§ 118-119), « il [était] indéniable que l'intérêt pour les requérants d'obtenir un traitement médical pouvant atténuer les effets de leur maladie ou contribuer à leur guérison est des plus hauts qui soient » (§ 120). Au regard de la gravité de l'état des requérants et du pronostic funeste quant à son évolution, la Cour a souligné qu'en l'espèce était en cause « la liberté de choisir, en dernier recours et dans le but d'avoir la vie sauve, de suivre un traitement non testé pouvant comporter des risques mais que leurs médecins et eux-mêmes estiment appropriés à leur cas » (§ 120) et que « les requérants avaient un intérêt plus fort que d'autres patients à accéder à des traitements expérimentaux dont la qualité, l'innocuité et l'efficacité n'avaient pas encore fait l'objet de tests complets » (§ 121).

Cependant, les juges européens ont identifié trois objectifs susceptibles de justifier l'attitude des autorités bulgares. En premier lieu, renvoyant à sa jurisprudence relative à l'euthanasie (voy. *infra* n° 902 et s.), la Cour a relevé que l'interdiction dénoncée tendait légitimement à protéger les requérants eux-mêmes « contre une démarche qui pourrait se révéler néfaste pour leur santé voire mortelle, et ce bien qu'ils soient en fin de vie » et « compte tenu de leur état de vulnérabilité et du fait qu'ils ne disposent pas de données claires sur les risques et les bénéfices potentiels de traitements expérimentaux »¹⁶³⁵. Les deux autres objectifs légitimes pointés par la Cour revêtent une portée plus collective participant de la volonté d'éviter, d'une part, que

¹⁶³⁴ Quatre requérants étaient décédés durant le cours de la procédure devant la Cour. Statuant sur la demande de radiation partielle formulée par le gouvernement bulgare, la Cour a considéré que « the requests to pursue the proceedings were submitted by persons who have provided evidence of their status as both direct heirs and very close relatives of the deceased applicants » (§ 72) et que « cases before the Court generally also have a moral or principled dimension and persons close to an applicant may thus have a legitimate interest in obtaining a ruling even after that applicant's death [...]. This is particularly true in the present case, for two reasons. First, it concerns the application of the most fundamental provisions in the Convention system. Secondly, its subject matter is closely connected with the four applicants' deaths. In these circumstances, it would be contrary to the Court's mission to refrain from ruling on the complaints raised by the deceased applicants just because they did not, due to their serious diseases, have the strength and the time to await the outcome of the proceedings before it » (§ 73).

¹⁶³⁵ Les juges européens mettent en exergue aussi, à cet égard, et en renvoyant, cette fois aux arrêts *V.C.* et *N.B. c. Slovaquie*, l'importance du consentement informé aux procédures médicales.

l'interdiction de principe soit « diluée ou contournée » et, d'autre, que le développement de nouveaux traitements soit compromis par exemple par une participation moins importante aux essais cliniques (§ 122).

Pour la Cour, la balance à opérer posait « de complexes questions d'éthique et d'évaluation des risques dans un contexte d'évolution rapide de la médecine et de la science » (§ 122). Dès lors, malgré l'existence d'une « tendance claire » en droit comparé et en droit de l'Union à permettre à titre exceptionnel l'usage de produits non testés (même si cette tendance n'équivalait pas à des « principes établis du droit des Etats contractants ») (§ 123), la Cour a considéré que la Bulgarie n'avait pas dépassé la marge d'appréciation dont elle disposait. Ainsi les autorités bulgares avaient-elles décidé que les patients au stade terminal d'une maladie qui ne peuvent être traités avec des médicaments autorisés peuvent obtenir sous certaines conditions des médicaments non autorisés en Bulgarie, mais uniquement s'ils ont été autorisés dans d'autres pays. Cette solution, a poursuivi la Cour, donne une priorité décisive à la volonté d'éviter les risques sur les bénéfices thérapeutiques potentiels. Pour la Cour, ce n'était pas à elle de déterminer le niveau de risque acceptable en la matière et – comme dans *Evans* ou *S.H.* – la question n'était pas de savoir si une autre solution aurait pu aménager une balance plus équilibrée, mais bien de savoir si la Bulgarie avait excédé, en faisant le choix qu'elle avait fait, les limites de sa marge de manœuvre (§ 25). La Cour a encore expressément précisé – en renvoyant à *Pretty*, *Evans* et *S.H. et autres* – qu'« il n'était pas en soi contraire à l'article 8 de réguler des aspects importants de la vie privée sans prévoir la possibilité d'une pesée des intérêts dans chaque cas individuel » (§ 126)¹⁶³⁶.

Pour les deux juges dissidents, cette approche fondée sur l'admission d'une « règle claire » dont il y aurait lieu d'accepter les dommages collatéraux présentait un déficit de souplesse. Selon eux, le respect par l'Etat de ses obligations conventionnelles impliquait en l'espèce une approche graduée ou bien des limitations sur-mesure. La juge KALAYDJIEVA a en particulier souligné que le produit était déjà administré à l'étranger à titre expérimental et que certains requérants avaient même eu accès au produit à l'étranger. A son estime, on pouvait se demander si, en l'occurrence, il n'y avait là qu'une question d'argent. A juste titre, la juge met en exergue la question de l'impact sur le test de proportionnalité de la disponibilité de la solution à l'étranger, question dont on verra qu'elle se pose dans des termes pratiquement identique en matière de fin de vie. Le juge VUCICNIC a insisté sur deux autres éléments : d'un côté, ce qui était en l'espèce réclamé par les requérants n'induisait aucun coût ni aucune action positive pour l'Etat dès lors qu'il lui était seulement demandé de ne pas interdire (« “*get out of the way*” ») (comp. *Hamalainen*) ; d'un autre côté, la valeur de la vie (« *the value of life* ») dont l'importance ne cesse d'être réaffirmée dans la jurisprudence aurait dû se voir reconnaître un poids plus élevé. Dans un contexte caractérisé par l'émergence d'un consensus européen, il a enfin dénoncé la circonstance que la réglementation bulgare non seulement ne permettait pas une décision au cas par cas, mais en outre n'avait pas été soumise au débat parlementaire (comp. *Dickson*).

iv) *Les conflits entre les proches en cas d'inconscience de la personne concernée : Lambert c. France*

896. Pendant devant la Cour, l'affaire *Lambert c. France* met le juge européen face à l'extrême délicatesse de l'arbitrage entre le droit de vivre et le droit de mourir. Cette saga judiciaire concerne un homme qui se trouve dans un « état de conscience minimal » à la suite

¹⁶³⁶ A propos de cet arrêt, Jean-Pierre MARGUENAUD dénonce une prise de liberté avec « le principe de cohérence » et affirme qu'il s'agit d'« un des plus mauvais arrêts que, au moins au regard de l'article 8, la Cour ait rendu depuis longtemps ». Selon lui, ni l'argument de la vulnérabilité, ni celui lié aux risques de dérives n'étaient en mesure de contrebalancer le droit des requérants (J.-P. MARGUENAUD, « L'accès à des traitements expérimentaux gratuits refusés aux cancéreux en phase terminale (Cour eur. dr. h., *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 novembre 2012 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 952-954).

d'un accident de la route. Une partie de la famille demande son euthanasie passive tandis que l'autre réclame son maintien en vie. Même à souscrire au postulat relativiste suivant lequel la valeur de la vie se détermine par chacun pour soi-même, comment décider quels sont les proches dont la volonté traduit celle de la personne inconsciente ? Le 23 juin, les proches opposés à cette solution ont saisi la Cour d'une demande de suspension de l'exécution de la décision du Conseil d'État prévue pour le 24 juin au cas où celle-ci autoriserait l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation. Le lendemain, le Conseil d'État français a jugé légale la décision de l'équipe médicale et la chambre à laquelle l'affaire a été attribuée a décidé de demander au gouvernement français, en application de l'article 39 du règlement de la Cour, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant elle, de faire suspendre l'exécution de l'arrêt du Conseil d'État pour la durée de la procédure devant la Cour.

Sous-section 2. Le droit de mourir¹⁶³⁷

897. En contrepoint de cette jurisprudence relative à la garantie conventionnelle du droit à la vie, émerge progressivement la revendication de la possibilité de décider de mettre un terme à sa vie. Semblable demande représente « probablement de la manière la plus aigüe la révolution des mentalités qu'à induite la progressive reconnaissance d'un droit à l'autodétermination de l'individu »¹⁶³⁸. Selon le juge européen, la façon dont on choisit de passer les derniers instants de son existence fait partie de l'acte de vivre en sorte que l'individu peut réclamer le respect de ses choix¹⁶³⁹. Il s'agit là de *décisions individuelles* mais il y a aussi une *question éminemment politique* : « la communauté doit décider jusqu'où elle permet à ses membres de choisir la mort »¹⁶⁴⁰. Lorsqu'un individu *a priori* « compétent » formule le désir de mourir, quelles sont les limitations acceptables et où les soutiens exigibles de la part de l'Etat ? Si ces questions ont désormais parfaitement droit de cité dans l'enceinte du Palais des droits de l'homme, il n'en reste pas moins que les obligations substantielles imposées aux Etats sont très limitées.

En *premier lieu*, la manifestation la plus claire d'un droit à la mort réside dans la reconnaissance explicite par la Cour d'un droit de se suicider pour autant qu'on soit capable d'en décider librement et de poser soit même l'acte suicidaire (*Haas*). Il faut cependant relever que la question ne s'est jamais véritablement posée à la Cour européenne et que la jurisprudence strasbourgeoise relative au suicide concerne les détenus et les conscrits, considérés vulnérables, et créanciers à ce titre d'obligations de protection particulières contre le risque suicidaire (§ 1).

En *second lieu*, une autre manifestation d'une reconnaissance par la Cour d'une disponibilité à l'individu de sa propre vie consiste dans la reconnaissance explicite de la possibilité pour l'individu de refuser un traitement médical capable de sauver sa vie. Ici aussi toutefois, il faut prendre acte de ce que l'affirmation très nette d'un tel droit n'a pas réellement été mise à l'épreuve d'une affaire strasbourgeoise, hors le cas, à nouveau spécifique de l'alimentation forcées des détenus, jusqu'à présent toujours considérée acceptable (§ 2).

En *troisième lieu*, la Cour se montre par contre extrêmement réticente à reconnaître un droit de l'individu à obtenir de tiers ou de l'Etat l'assistance requise pour la mise en œuvre de son projet suicidaire. En sommeil depuis la retentissante affaire *Pretty*, la revendication d'un droit à un suicide (médicalement) assisté a pris ces dernières années une ampleur considérable dans la jurisprudence européenne. La revendication d'un accès au suicide assisté, initialement formulée

¹⁶³⁷ Voy. : D. RIETIKER, « From Prevention To Facilitation ... », *op. cit.*, pp. 97-109.

¹⁶³⁸ J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie ... », *op. cit.*, p. 303.

¹⁶³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty* c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, § 64.

¹⁶⁴⁰ R. DWORKIN, *Life's Dominion* ..., *op. cit.*, p. 180.

dans le contexte de grandes souffrances physiques et psychiques (*Pretty*) se déploie désormais bien au-delà de ces situations d'extrême détresse : le droit au suicide assisté pourrait alors constituer un remède à la « fatigue de vivre » ou à la « mélancolie » causée par le lent amoindrissement des facultés physiques et psychiques (*Gross*) (§ 3).

§ 1. La liberté de se suicider : *Haas c. Suisse* et *Koch c. Allemagne*

898. La *première manifestation tangible* du droit de mourir réside dans la liberté de se suicider. Ainsi, quoique la Cour n'ait jamais été saisie d'une affaire concernant le droit de se suicider, elle a pu expressément affirmer à au moins deux reprises l'existence d'un tel droit, au titre d'*obiter dictum*. Dans les affaires *Haas c. Suisse* et *Koch c. Allemagne*, la Cour a ainsi estimé que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention » (*Haas*, § 51, *Koch*, § 52).

Evidemment, la reconnaissance d'un tel droit est à concilier avec l'imposition aux Etats d'obligations positives de protection obligeant à prendre des mesures générales et individuelles afin de prévenir le risque suicidaire chez les personnes vulnérables (en particulier lorsque ces personnes se trouvent sous la responsabilité directe de l'autorité dans des conditions difficiles telles que l'emprisonnement ou la conscription). Sous cette réserve, la personne se voit donc reconnaître le droit de mettre fin à ses jours, à deux conditions : d'une part, il faut qu'elle puisse « forger librement sa propre volonté » ; d'autre part, il faut qu'elle soit en mesure « d'agir en conséquence »¹⁶⁴¹.

Cependant, même en dehors des situations présentant un indice objectif de vulnérabilité, n'est-il pas des situations dans lesquelles, même si la personne est *a priori* tout à fait capable de « forger librement sa propre volonté », il y aurait lieu de l'empêcher « d'agir en conséquence » ? Ainsi « presque tout le monde considère qu'il est terrible qu'un jeune homme en bonne santé se suicide durant une période de dépression qui pourrait s'arrêter ou être traitée et marquerait son accord pour l'en empêcher y compris en l'internant dans une institution »¹⁶⁴². Mais comment, au fond, distinguer entre une souffrance psychique insurmontable qui justifierait que l'on s'abstienne d'interférer avec le projet suicidaire et « une dépression qui pourrait s'arrêter ou être traitée » qui justifie qu'on mette la personne considérée sous statut de protection ?

On le voit, même dans sa *version la plus rudimentaire*, le droit de mourir apparaît déjà ambigu et le recours à une conception exclusivement subjective de la valeur de la vie humaine semble insuffisant.

¹⁶⁴¹ Nous avons ainsi vu que dans des contextes tels que celui de l'incarcération ou la conscription, la vulnérabilité de l'individu est forte et l'obligation de vigilance de l'Etat est accentuée. Ainsi, si le candidat au suicide est en situation de faiblesse psychique aggravée par des circonstances objectives telles que la privation de liberté, la volonté de mort passera pour éminemment douteuse et induira dans le chef de l'Etat non pas une obligation négative de respect de l'autonomie individuelle au titre de l'article 8 mais bien plutôt une obligation positive de protection au titre de l'article 2 (voy. *Keenan c. Royaume-Uni* et *Kiliç c. Turquie*). Qu'en est-il alors, par-delà ces situations où les individus sont dans une véritable situation de prise en charge par l'Etat créant dans le chef de celui-ci un « special duty », des autres situations dans lesquelles un individu est susceptible de se trouver dépendant et/ou vulnérable ? (voy. D. RIETIKER, « From Prevention To Facilitation ... », *op. cit.*, p. 125).

¹⁶⁴² R. DWORKIN, *Life's Dominion...*, *op. cit.*, pp. 194-196 (traduction libre).

§ 2. Les traitements médicaux forcés et l'alimentation forcée

899. Une *seconde manifestation tangible* du droit de mourir résiderait dans la possibilité de refuser un traitement médical ou dans la possibilité de refuser de s'alimenter. A cet égard, force est de constater que la Cour semble accorder plus de poids à l'autonomie individuelle à propos des médications forcées (A) qu'à propos de la grève de la faim (B), alors que dans les deux cas, une dimension de liberté d'expression vient appuyer la revendication autonomiste de l'individu.

A. Les traitements médicaux forcés : *Pretty c. Royaume-Uni* et *Témoins de Jehovah de Moscou c. Russie*

900. La Cour a expressément pris position sur le refus de soin en affirmant, au titre d'*obiter dicta*, qu'une personne adulte et saine d'esprit peut refuser un traitement médical capable de sauver sa vie, même si ce choix apparaît « irrationnel » ou « imprudent » aux yeux des autres.

Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 qui concernait la demande formulée par une femme lourdement handicapée de pouvoir être aidée à se suicider (voy. *infra* n° 903), la Cour a expressément affirmé qu'« en matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale » mais que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit [s'analyse] en une atteinte à l'intégrité physique ». En conséquence « une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie » (§ 63).

Dans l'arrêt *Témoins de Jehovah de Moscou c. Russie* du 10 juin 2010 relatif à la dissolution d'une communauté de Témoins de Jéhova en raison, notamment, de l'encouragement au suicide et/ou au refus de soin (voys. *supra* n° 590), la Cour a affirmé que « les patients doivent avoir le droit de faire des choix qui s'accordent à leurs propres conceptions et valeurs, même si leurs choix peuvent apparaître aux autres irrationnels ou imprudents » et que « le libre choix et l'autodétermination [sont] eux-mêmes des composants essentiels de la vie et que, en l'absence de tout indice d'une nécessité de protéger des tiers [...], l'Etat doit s'abstenir d'interférer avec la liberté individuelle de choix dans le domaine des soins de santé, dès lors que de telles interférences sont de nature à diminuer plutôt qu'à augmenter la valeur de la vie » (§ 136)¹⁶⁴³.

Comme nous l'avons souligné, ce dernier arrêt traduit la pénétration dans la jurisprudence de la Cour de la conception suivant laquelle l'obligation imposée à une personne de rester en vie contre son gré peut constituer une atteinte à la valeur de la vie.

B. L'alimentation forcée : *Herczegfalvy c. Autriche* et *Nevmerzhitsky c. Ukraine*

901. Suivant Diane ROMAN, « la question reste toujours ouverte de savoir si les grévistes de la faim peuvent refuser toute hydratation ou alimentation forcées et, en vertu de leur autonomie personnelle, se mettre en danger de mort »¹⁶⁴⁴. Selon Michel LEVINET et Jean-Pierre MARGUÉNAUD, qui évoquent tous deux l'affaire *Ciorap c. Moldavie*, la notion d'autonomie personnelle aurait du intervenir dans la jurisprudence relative à l'alimentation forcée. Pour le premier, dès qu'il y a un danger pour la vie les exigences de l'article 2 posent une limite à

¹⁶⁴³ Traduction libre.

¹⁶⁴⁴ D. ROMAN, « Autodétermination personnelle ... », *op. cit.*, p. 266.

l'autonomie personnelle. Pour le second, la grève de la faim est « le moyen non violent ultime pour faire valoir un point de vue » et « c'est vraiment l'autonomie personnelle dans ce qu'elle a de plus fort »¹⁶⁴⁵.

L'hésitation à tolérer l'alimentation forcée sera moins forte lorsque la personne concernée n'est pas capable d'autodétermination. Dès 1992 et l'affaire *Herczegfalvy c. Autriche*, la Cour a ainsi expressément souligné – dans le cas spécifique d'un « malade entièrement incapable d'autodétermination » – l'ambiguïté de la position des autorités étatiques qui doivent veiller à la fois à respecter l'article 3 qui interdit les traitements inhumains et dégradants et à protéger le droit à la vie visé à l'article 2 de la Convention. Ainsi, « la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelle une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention ». Dès lors, « les conceptions médicales établies sont en principe décisives en pareil cas : ne saurait, en général, passer pour inhumaine ou dégradante une mesure dictée par une nécessité thérapeutique » pour autant toutefois que « celle-ci a été démontrée de manière convaincante » (§ 83).

L'alimentation forcée a cependant été considérée acceptable également dans de nombreuses affaires où la personne alimentée était parfaitement capable d'autodétermination. Ainsi, dans l'affaire *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, qui a donné lieu à un arrêt daté du 5 avril 2005, la Cour a traduit cette difficulté dans une grille de contrôle axée sur la vérification de la nécessité médicale, de l'existence de garanties procédurales et du maintien du traitement en deçà du seuil de sévérité mis en œuvre par la Cour dans le cadre de sa jurisprudence relative à l'article 3¹⁶⁴⁶. Ayant rappelé que « ne saurait, en général, passer pour inhumaine ou dégradante une mesure dictée par une nécessité thérapeutique », la Cour a considéré que « cela s'applique aussi à l'alimentation forcée d'un détenu qui a pour but de sauver la vie d'un détenu particulier qui refuse consciemment de s'alimenter » (§ 94). Elle a alors pointé, outre l'exigence de la démonstration de la nécessité thérapeutique, celles que soient mises en place des garanties procédurales et que la manière dont l'alimentation forcée est opérée ne dépasse pas le niveau minimum de gravité au regard de l'article 3 (§ 94).

Capables ou non d'autodétermination, les personnes détenues n'en sont pas moins toujours des personnes vulnérables. Dans ce contexte, Diane ROMAN relève que « seules à ce jour ont été condamnées des méthodes barbares de gavage forcé d'un détenu ayant eu des répercussions sur sa santé »¹⁶⁴⁷.

§ 3. Le suicide assisté

902. Si les choix relatifs à la fin de vie sont expressément inclus dans le domaine d'application de l'article 8 (*Pretty*) et si une personne qui est en mesure de suicider dispose la plupart du temps de la liberté de le faire (*Haas et Koch*), la Cour se garde bien à ce stade de se prononcer sur l'existence d'un droit à des mesures étatiques permettant un suicide dans la dignité. Se développe alors une forme de « contentieux à deux vitesses ». D'un côté en effet, la Cour refuse d'imposer aux Etats de tolérer l'aide au suicide par un proche de la personne

¹⁶⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.*, pp. 35 et s. et 39 et s.

¹⁶⁴⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Mouisel c. France* du 14 novembre 2002 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Naoumenko c. Ukraine* du 10 février 2004 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, § 69 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Ciorap c. Moldavie* du 19 juin 2007. M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, pp. 72-110.

¹⁶⁴⁷ D. ROMAN, « Autodétermination personnelle ... », *op. cit.*, p. 266.

concernée (A) ou d'en autoriser et d'en organiser la mise en œuvre par le corps médical ou des associations spécialisées (B). Il n'empêche que, d'un autre côté, si l'Etat admet d'une manière ou d'une autre la possibilité d'être aidé à se suicider, il lui revient à la fois de garantir l'effectivité et le caractère non-discriminatoire de sa mise en œuvre et de prévoir des garde-fous contre les risques d'abus (C). Une telle approche est assurément susceptible d'inciter les Etats à une grande prudence dans l'ouverture de nouvelles possibilités, dès lors que ce premier pas peut entraîner un effet d'engrenage (*chilling effect*). Pareille prudence manifestée par la Cour correspond à une « faveur » strasbourgeoise pour le droit à la vie « sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire »¹⁶⁴⁸.

A. La répression pénale de l'assistance au suicide : *Pretty c. Royaume-Uni*

903. La Cour valide une conception suivant laquelle les Etats, bénéficiant en la matière d'une large marge de manœuvre et dans un contexte caractérisée par l'interdiction généralisée du suicide assisté peuvent opter pour l'interdiction absolue de ce procédé. Cependant, il est peut être permis d'entrevoir, dès l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, une faveur pour une certaine atténuation de la rigueur des règles face à des circonstances exceptionnelles. La Cour a par contre catégoriquement refusé d'envisager la piste d'une discrimination entre personnes capables et incapables de se suicider ...

La requérante était une dame qui paraissait capable de forger librement sa volonté, mais se trouvait par contre dans l'impossibilité radicale d'agir en conséquence. Souffrant d'une maladie dégénérative incurable, elle souhaitait obtenir des autorités britanniques la garantie que son mari ne serait pas poursuivi s'il lui procurait son aide indispensable pour se suicider. Selon la requérante, le refus qui lui était opposé par les autorités constituait une violation des articles 2, 3 et 8 de la Convention.

La requérante arguait ainsi tout d'abord que le refus de garantir que son mari ne serait pas poursuivi constituait une violation des droits qu'elle puisait dans l'article 2 de la Convention. Selon elle, « l'article 2 [reconnaissait] qu'il appartient à l'individu de choisir de continuer ou de cesser de vivre et il [lui garantissait], comme corollaire du droit à la vie, un droit à mourir de façon à éviter une souffrance et une indignité inéluctables » (§ 35). Pour elle, l'obligation de protéger le droit à la vie de l'individu contre lui-même, dégagée notamment dans l'affaire *Keenan*, ne se justifie que parce et lorsque que la personne concernée n'a pas la capacité de prendre rationnellement la décision de se suicider. Sur ce premier terrain de l'article 2, la Cour a rappelé le caractère primordial et prééminent du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention – « sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire » – (§ 37) et a affirmé qu'elle n'était pas persuadée que ce droit puisse être conçu comme comportant un volet négatif. La Cour a relevé qu'à la différence d'autres droits garantis par la Convention, comme l'article 11, le droit à la vie « [n'avait] aucun rapport avec les questions concernant la qualité de la vie ou ce qu'une personne choisit de faire de sa vie » et que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir » et « ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie » (§ 39).

Madame *Pretty* arguait au surplus que les souffrances qu'elle endurait constituaient un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Il n'y avait selon elle pas de mise en balance à effectuer ni de marge d'appréciation à concéder dès lors que l'interdiction prévue par cette disposition est absolue. En tout état de cause, le régime applicable qui ne laissait

¹⁶⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 37.

aucune place pour la prise en considération des circonstances exceptionnelles de l'espèce ne pouvait passer pour proportionné (§§ 45-46). La Cour a souligné que l'article 3 de la Convention devait « être considéré comme l'une des clauses primordiales de la Convention et comme consacrant l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » et rappelé que cette disposition, au contraire des autres dispositions de la Convention, était formulée dans des termes absolus ne supportant ni exceptions, ni conditions, ni dérogations (§ 49). Selon la Cour, même si la Convention est un instrument vivant et s'il lui revient d'adopter une démarche souple et dynamique, toute interprétation du prescrit conventionnel doit correspondre aux objectifs fondamentaux poursuivis par le Traité en sorte que l'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2, qui n'alloue pas à l'individu un droit à exiger de l'Etat qu'il permette ou facilite son décès (§ 54). Dans ce contexte, « exiger de l'Etat qu'il accueille la demande, [c'était] l'obliger à cautionner des actes visant à interrompre la vie. Or pareille obligation ne [pouvait] être déduite de l'article 3 de la Convention » (§ 55)¹⁶⁴⁹.

C'est finalement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, également invoqué par Madame Pretty, que la Cour a pris le parti de faire entrer dans le champ des droits garantis les choix relatifs à la fin de la vie. La requérante exposait à cet égard que le droit à l'autodétermination apparaissait « en filigrane » dans toute la Convention mais que c'était dans l'article 8 qu'il était « le plus explicitement reconnu et garanti » et qu'il impliquait « le droit de choisir quand et comment mourir ». En effet, selon elle, « rien ne serait plus intimement lié à la manière dont une personne mène sa vie que les modalités et le moment de son passage de vie à trépas » (§ 58). Pour le gouvernement britannique au contraire « le droit consacré par l'article 8 couvrait la manière dont une personne mène sa vie, non la façon dont elle la quitte » sans quoi « le droit allégué emporterait extinction du bénéfice même sur lequel il se fonde ». Subsidiairement, l'atteinte « éventuellement portée » au droit qui serait reconnu à la requérante serait totalement justifiée, l'Etat ayant « le droit » de « déterminer la mesure dans laquelle les individus peuvent consentir à l'infliction de blessures à eux-mêmes » et, à plus forte raison, celui « de décider si une personne peut consentir à être tuée » (§ 60).

Tout en précisant qu'elle n'avait jamais auparavant reconnu l'existence d'un « droit à l'autodétermination en tant que tel », la Cour a considéré que la notion d'« autonomie personnelle » reflétait « un principe important qui sous-tend l'interprétation » de l'article 8. Forte de cette nouvelle notion « matricielle » (voy. *supra* n° 70 et 71), la Cour a relevé que l'individu devait avoir la possibilité de refuser de consentir à un traitement médical et d'exercer ainsi son choix de mourir (§§ 62-63), et considéré que, « la façon dont [la requérante] [choisissait] de passer les derniers instants de son existence [faisait] partie de l'acte de vivre » et qu'« elle [avait] le droit de demander que cela aussi soit respecté » (§ 64).

Dans ce contexte, la circonstance que « la requérante [...] [était] empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, [constituerait] une fin de vie indigne et pénible » constituait potentiellement « une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée » (§ 67). Les juges européens ont d'abord pointé l'accord des parties en cause sur la légitimité dont est investi l'Etat lorsqu'il prétend « préserver la vie, donc de protéger les droits d'autrui » (§ 69). La Cour a ensuite relevé que, contrairement à ce qui était plaidé par la requérante, la marge d'appréciation étroite concédée aux autorités internes dans le « domaine intime de la vie sexuelle » ne pouvait être transposée à la question posée par l'espèce laquelle ne pouvait être considérée de même nature ou appelant le même raisonnement (§ 71).

¹⁶⁴⁹ Pour Olivier DE SCHUTTER, l'exclusion du droit de mourir dignement de l'article 3 ne se justifie ni au terme de l'interprétation du « traitement » ni au titre de la « systémique conventionnelle » (O. de SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 79).

La principale critique de la requérante portait sur le caractère général de l'interdiction du suicide assisté. Ainsi, alors même qu'elle était « une adulte saine d'esprit, qui [savait] ce qu'elle [voulait], qui [n'était] soumise à aucune pression, qui [avait] pris sa décision de façon délibérée et en parfaite connaissance de cause, et qui ne [pouvait] donc être considérée comme vulnérable et comme nécessitant une protection », il lui revenait, en raison de l'inflexibilité de la loi, « d'endurer les conséquences de sa maladie pénible et incurable, ce qui pour elle [représentait] un coût personnel très élevé » (§ 72).

Pour les juges européens, le dispositif légal considéré avait pour objet de « préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables – spécialement celles qui ne sont pas en mesure de prendre des décisions en connaissance de cause – contre les actes visant à mettre fin à la vie ou à aider à mettre fin à la vie » (§ 74). Certes, il n'était pas démontré que la requérante était elle-même une personne vulnérable (§ 73) tandis que l'état des personnes souffrant d'une maladie terminale est sans doute variable (§ 74). Cependant, aux yeux de la Cour, « beaucoup de ces personnes sont vulnérables et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la *ratio legis* de la disposition en cause » (§ 74). Il existait ainsi, selon les juges européens, « des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices » (§ 74). Il s'ensuivait pour la Cour, qui a conclu unanimement à la non-violation de l'article 8, que la nature générale de l'interdiction litigieuse n'était pas disproportionnée cela d'autant plus que la politique répressive des autorités étatiques rendait possible une certaine souplesse (§ 76). En synthèse, « il ne [paraissait] pas arbitraire à la Cour que la législation reflète l'importance du droit à la vie en interdisant le suicide assisté tout en prévoyant un régime d'application et d'appréciation par la justice qui permet de prendre en compte dans chaque cas concret tant l'intérêt public à entamer des poursuites que les exigences justes et adéquates de la rétribution et de la dissuasion » (§ 76).

Madame Pretty vantait encore que l'attitude des autorités étatiques avait violé l'exigence de non-discrimination découlant des articles 14 et 8 combinés dès lors que « bien que l'interdiction générale du suicide assisté [s'appliquait] également à l'ensemble des individus, l'effet de son application à elle-même, qui [était] à ce point handicapée qu'elle ne [pouvait] mettre fin à sa vie sans assistance, [était] discriminatoire » au sens où elle « [était] empêchée d'exercer un droit dont [jouissaient] d'autres personnes, capables de mettre fin à leurs jours sans assistance du fait qu'aucun handicap ne les prive de cette possibilité » (§ 85). La Cour a toutefois considéré qu'il était potentiellement dangereux de prévoir une exception au bénéfice des personnes incapables de se suicider sans aide dès lors en particulier que « la frontière entre les deux catégories est souvent très étroite » (§ 89) (comp. *S.H. et autres c. Autriche*)¹⁶⁵⁰.

La Cour valide donc ici une approche absolutiste appuyée à une conception de nature assurantielle qui admet la « variabilité » des situations individuelles mais met explicitement en œuvre une approche « catégorielle » en appréciant les « risques » que pourrait induire une approche moins générale. Cela étant le caractère général et abstrait de la solution litigieuse est nuancé par la manière éventuellement souple dont peuvent être mises en œuvre dans chaque cas individuel les dispositions pénales considérées¹⁶⁵¹.

¹⁶⁵⁰ Pour une critique de la décision atteinte sous l'angle de l'article 14 : A. PEDAIN, « The human rights dimension of the Diane Pretty case », *The Cambridge Law Journal*, 2003, pp. 195-203.

¹⁶⁵¹ Pour Olivier DE SCHUTTER il convient d'ailleurs de se demander si, à défaut d'une telle souplesse, le système britannique aurait été jugé acceptable. Il s'inquiète à cet égard de ce que le caractère violé ou non violé d'un droit fondamental ne peut-être lié à l'idée de risque ou à la circonstance que la loi pénale n'est pas systématiquement appliquée (O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, pp. 92-93).

B. Le refus d'adopter des mesures permettant de faciliter le suicide : Koch c. Allemagne

904. Si la Cour admet l'interdiction du suicide assisté, elle n'en réclame pas moins des Etats qu'ils puissent être attentifs aux évolutions qui peuvent affecter la société en la matière. Dans l'arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012, la Cour a constaté que la majorité des Etats interdisait toujours de manière absolue le suicide assisté et réaffirmé la large marge de manœuvre consentir aux autorités étatiques, mais elle a néanmoins sanctionné sur le terrain des obligations procédurales le refus du juge constitutionnel allemand de se pencher sur la question. Cette affaire allemande présente en outre l'intérêt non négligeable de poser, en filigrane, d'intéressantes questions de proportionnalité liées au « tourisme de la mort » et aux soins palliatifs. Dommage, à cet égard, que l'arrêt – traduisant la retenue adoptée par la Cour en la matière – ait pris le parti de se cantonner aux seuls aspects de procédure...

Le requérant était le mari d'une femme tétraplégique qui s'était suicidée après avoir cherché sans succès à obtenir du *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte* l'autorisation de se faire délivrer les produits létaux qu'elle souhaitait utiliser pour se suicider à domicile. Les époux avaient introduit un recours contre ce refus devant les juridictions allemandes, en janvier 2005, mais le mois suivant, ils avaient effectué un voyage en Suisse, où l'épouse du requérant s'était suicidée avec l'aide de l'association *Dignitas*. Subséquemment, le tribunal administratif et la cour d'appel administrative avaient refusé d'examiner au fond la demande du requérant, au motif qu'il était sans qualité à agir que ce soit sous l'angle de ces droits personnels ou de ceux de son épouse décédée. Certes, le tribunal administratif avait affirmé au titre d'un *obiter dictum* que le refus de délivrer le pentobarbital sodique était justifié par égard à l'article 8, mais ni la cour administrative d'appel ni le Tribunal constitutionnel fédéral n'avaient ensuite procédé à un examen du fond la demande initiale (§ 65).

Monsieur Koch se plaignait, d'une part, du refus du *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte* d'autoriser la délivrance à sa femme des substances nécessaires avant son suicide et, d'autre part, du refus des juridictions administratives allemandes d'examiner le fond de l'affaire après le suicide de son épouse (§ 53). Ayant rappelé que la Cour n'avait, jusque-là, pas considéré que les Etats parties pouvaient avoir une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter un suicide digne (§ 52)¹⁶⁵², la Cour a aussitôt souligné que « l'article 8 de la Convention pouvait impliquer un droit à un contrôle juridictionnel même dans une affaire où le droit matériel en question restait à établir » (§ 53).

Pour le requérant, « les juridictions nationales, en refusant d'examiner le fond de sa demande, [avaient] porté atteinte à ses droits procéduraux » (§ 60). Sur le fond, il faisait valoir que le suicide devrait être autorisé « s'il se justifiait pour des raisons médicales » même s'il admettait « qu'un contrôle [était] nécessaire afin de prévenir le recours abusif à des substances létales » (§ 62). Selon le gouvernement, au contraire, « le simple fait que [les juridictions allemandes avaient] rendu des décisions d'irrecevabilité ne signifierait pas qu'elles n'ont pas examiné au fond les griefs de l'intéressé » (§ 56). A cet égard, le refus d'autoriser la délivrance de la substance litigieuse se justifiait par égard à l'objectif de protéger la vie lequel revêtait d'ailleurs une importance fondamentale dans l'ordre juridique allemand pour des raisons historiques ayant généré « une notion juridique de la dignité humaine particulièrement forte » (§ 58). Au surplus, la requérante disposait « d'autres options pour mettre fin à ses jours sans douleurs » et aurait notamment pu solliciter le débranchement de son respirateur et un traitement palliatif (§ 59).

La Cour a considéré que le requérant avait la qualité de victime, au regard de son implication exceptionnelle dans le parcours de son épouse, mais ne lui a par contre pas reconnu la

¹⁶⁵² Cour eur. dr. h., arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, § 61 (voy. *infra* n° 906).

possibilité de présenter des griefs directement tirés des droits de son épouse décédée¹⁶⁵³. Cette question préalable réglée, elle a souhaité examiner en premier lieu l'affaire sous l'angle des obligations procédurales mises à charge de l'Etat par l'article 8 de la Convention et, selon les juges européens, « le gouvernement [n'avait] pas soutenu que le refus d'examiner le fond de la cause poursuivait un quelconque but légitime au regard du paragraphe 2 de l'article 8 » tandis qu'ils ne voyaient pas pour leur part « en quoi l'ingérence dans le droit du requérant pouvait servir l'un ou l'autre des buts légitimes énumérés dans ledit paragraphe » (§ 67). Ayant de la sorte constaté une violation du volet procédural de l'article 8, la Cour n'a pas considéré nécessaire d'en examiner le volet matériel et a précisé qu'au regard du principe de subsidiarité « il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant » (§ 69) à plus forte raison dans des matières pour lesquelles les autorités nationales jouissent d'une large marge d'appréciation comme c'était le cas en l'espèce dès lors que « la majorité des Etats membres [n'autorisaient] aucune forme d'assistance au suicide » (§ 70).

Il semble qu'il y ait ici, au plan procédural, une manifestation de l'inclination de la Cour à inviter les Etats parties à prendre à bras-le-corps les questions les plus difficiles qui se posent en droit conventionnel. Sur le terrain substantiel, certains auteurs regrettent que la Cour n'ait pas pris position aussi sur la question d'un éventuel droit à des mesures positives tendant à permettre un suicide digne¹⁶⁵⁴. L'on peut se demander, à cet égard, quel poids conventionnel la Cour aurait pu attribuer à la circonstance que l'épouse du requérant aurait éventuellement pu

¹⁶⁵³ La Cour a tout d'abord dû s'atteler à la question, disputée, de savoir si le requérant était en mesure d'agir devant elle relativement à la situation de son épouse. Il se prévalait à la fois d'une violation de ses propres droits conventionnels et de la violation des droits de son épouse décédée. Retrouvant, après de longues années cette question du champ d'application personnel de la garantie procurée par l'article 8, la Cour a reconnu l'intérêt du requérant à agir au titre de ses propres droits conventionnels, mais refusé qu'il fasse valoir ceux de son épouse défunte. Ainsi, elle a décidé, quant au grief de violation des droits propres du requérant, la Cour a décidé qu'au regard de la durée du mariage, de l'accompagnement et de l'implication du requérant dans le cheminement de son épouse défunte, il y avait lieu d'admettre à titre exceptionnel « que le requérant a fait preuve d'un intérêt fort et persistant à obtenir une décision sur le fond de la demande initiale » (§§ 44-45) et qu'en conséquence il pouvait « prétendre avoir été directement affecté par le refus de l'Institut fédéral » d'autoriser la délivrance du produit considéré. S'agissant par contre des griefs articulés par le requérant au titre des droits de son épouse, la Cour a rappelé « le principe voulant que les droits tirés de l'article 8 soient de nature non transférable et ne puissent donc être revendiqués par un parent proche ou un autre héritier de la victime immédiate » (§ 79) et affirmé que « les arguments présentés ne suffisent pas pour qu'elle en vienne à se démarquer de sa jurisprudence établie, qu'elle a passée en revue en l'espèce » (§ 81) en sorte que le requérant n'avait pas qualité à agir. En tout état de cause, la Cour a en outre expressément souligné que l'affaire concernait « des questions fondamentales tenant au souhait d'un patient de décider lui-même de mettre fin à ses jours, questions qui présentent un intérêt général transcendant les personnes et les intérêts tant du requérant que de sa défunte épouse » (§ 46). Dans le cadre d'affaires antérieurement tranchées, les organes de la Convention avaient accepté de rattacher le droit de maîtriser la fin de sa vie à la vie privée de la personne concernée, sans que par contre, les proches puissent en faire découler pour eux-mêmes un droit d'assister le candidat au suicide dans son projet ou celui de remplacer le défunt dans la revendication du droit de mourir dignement. Tel fut notamment le cas dans l'affaire *R. c. Royaume-Uni* sanctionnée par un rapport de la Commission des droits de l'homme du 4 juillet 1983. Le requérant avait en l'espèce été condamné pour avoir procuré son assistance à un suicide et vantait que pareille condamnation contrariait le prescrit de l'article 8 de la Convention. La Cour a considéré que l'assistance au suicide ne pouvait pas être considérée comme incluse dans la vie privée protégée par l'article 8. Ainsi, si l'on pouvait « certes envisager que pareille activité touche directement à la vie privée du candidat au suicide », il ne s'ensuivait pas « que les propres droits du requérant à la vie privée aient été mis en jeu ». Pour la Commission, ces actes d'assistance « sont exclus de la notion de vie privée car ils portent atteinte à l'intérêt général de la protection de la vie » (§ 13). Ce fut aussi le cas dans l'affaire *Sanles Sanles c. Espagne* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 26 octobre 2000. La requérante dénonçait l'impossibilité dans laquelle son mari entièrement paralysé s'était trouvé d'obtenir des juridictions espagnoles l'autorisation que son médecin puisse lui prescrire sans risque d'être poursuivi les substances susceptibles de lui permettre de mettre fin à ses jours. Cet homme était décédé durant la procédure interne ayant obtenu l'assistance de personnes anonymes pour réaliser son projet lesquelles faisaient l'objet de poursuites pénales. La Cour a décidé que « la requérante ne saurait remplacer [son mari] dans ses demandes à se voir reconnaître un droit à mourir dignement, un tel droit, à supposer qu'il puisse être reconnu en droit interne, ayant, en tout état de cause, un caractère éminemment personnel et non transférable »..

¹⁶⁵⁴ N. HERVIEU, « Les prudentes audaces de la jurisprudence européenne face au suicide assisté », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 23 juillet 2012 (<http://credof.u-paris10.fr>) ; P. THIELBÖRGER, « Judicial passivism at the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, p. 345.

bénéficier des mesures alternatives vantées par le gouvernement et avait pu en tout état de cause se rendre en Suisse pour y mettre en œuvre son projet¹⁶⁵⁵.

C. L'encadrement de la pratique de l'euthanasie

905. Lorsqu'un Etat fait, au contraire du Royaume-Uni ou de l'Allemagne, le choix de permettre le suicide assisté, il se trouve inévitablement confronté aux risques pointés dans l'affaire *Pretty* (voy. *supra* n° 903). La requérante avait d'ailleurs fait valoir dans cette affaire que l'absence de reconnaissance d'un droit de mourir mettrait les pays autorisant le suicide assisté en infraction avec la Convention (§41). Sans souscrire à ce point de vue, la Cour avait alors affirmé qu'« il [incombait] au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe » car « il [existait] des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices » (§ 74). Dans deux affaires suisses, qui constituent de parfaites illustrations des hésitations qui peuvent exister à la fois quant à l'authenticité de la volonté de la personne et des difficultés qu'il y a nécessairement à tracer une limite claire entre le permis et l'interdit (pente glissante), la Cour a examiné les garde-fous prévus par l'Etat défendeur à l'aune des exigences de la Convention.

i) *Les difficultés psychiatriques sérieuses : Haas c. Suisse*

906. C'est ce que la Cour a fait dans l'affaire *Haas c. Suisse*, qui a donné lieu à un arrêt du 20 janvier 2011. Le requérant, Ernst Haas, souffrait d'un « grave trouble affectif bipolaire » depuis une vingtaine d'années. Il avait à plusieurs reprises tenté de se suicider et effectué plusieurs séjours dans des cliniques psychiatriques (§ 7). Ayant formé le projet de se suicider avec l'aide de l'association *Dignitas*, il avait vainement sollicité de plusieurs médecins la la prescription médicale nécessaire pour se faire délivrer du pentobarbital sodique (§ 8). Il s'était alors adressé à diverses autorités afin de pouvoir obtenir cette substance sans prescription (§§ 8-12). Face à leur refus, il avait saisi le Tribunal fédéral qui avait confirmé l'impossibilité de délivrer le produit létal sans la prescription requise (§§ 15-16). Ensuite de l'arrêt du Tribunal fédéral daté du 3 novembre 2006, le requérant avait écrit à 170 psychiatre en leur demandant de l'examiner en vue de l'émission d'une telle prescription, mais aucun n'avait répondu positivement à sa demande (§§ 17-18). Le requérant dénonçait en particulier l'exigence d'une ordonnance médicale reposant sur une expertise psychiatrique approfondie qu'il n'était pas en mesure de se procurer (§ 32).

Après avoir affirmé que le droit de décider de quelle manière et à quel moment la vie doit prendre fin était l'un des aspects du droit au respect de la vie privée (§ 51), la Cour a relevé que l'affaire *Haas* se distinguait de l'affaire *Pretty* à différents égards. D'un côté, le requérant alléguait non pas seulement que sa vie était « difficile et douloureuse », mais aussi qu'à défaut pour lui de se faire délivrer la substance litigieuse, l'acte de suicide serait « indigne ». De l'autre côté, Monsieur Haas n'était pas, contrairement à Madame *Pretty*, une « personne infirme » dès lors qu'il ne se trouvait pas au « stade terminal d'une maladie dégénérative incurable » (§ 52).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que la demande du requérant tendant à avoir accès au pentobarbital sodique sans ordonnance médicale pouvait s'envisager sous l'angle spécifique d'une obligation positive de l'Etat de « prendre les mesures nécessaires permettant un suicide

¹⁶⁵⁵ En effet, en matière de procréation assistée et d'avortement, comme on le verra, le renvoi à semblable possibilité de franchir les frontières pour bénéficier à l'étranger du traitement interdit paraît avoir joué un rôle non négligeable dans l'appréciation de la Cour (voy. *infra* n° 930 et 945).

digne » (§ 53). Elle a alors relevé que la Convention devait se lire comme un tout et que les Etats ont, au titre de l'article 2, l'obligation « de protéger des personnes vulnérables, même contre des agissements par lesquels ils menacent leur propre vie » et, dès lors, d'« empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'intervient pas librement et en toute connaissance de cause » (§ 54).

En outre, pour réaliser la balance des intérêts en jeu, soit en l'occurrence, le droit du requérant au respect de sa vie privée et l'obligation de l'Etat de protéger la vie, les Etats jouissent d'une marge d'appréciation « considérable », dès lors qu'il n'existe pas de consensus européen sur le « droit d'un individu de choisir quand et de quelle manière il veut mettre fin à ses jours » et qu'au contraire la majorité des Etats parties conféraient « plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin » (§ 55)¹⁶⁵⁶.

Dans ce contexte, la Cour a relevé qu'il convenait de mettre en balance la volonté du requérant de se suicider « de manière sûre, digne et sans douleur et souffrances superflues » et l'objectif légitime de « protéger notamment toute personne d'une décision précipitée, ainsi que de prévenir des abus, notamment d'éviter qu'un patient incapable de discernement obtienne une dose mortelle de pentobarbital sodique » (§ 56)¹⁶⁵⁷. Des garde-fous sont particulièrement nécessaires quand un pays a adopté – comme la Suisse – une approche « libérale » qui permet un accès relativement aisé à l'assistance au suicide (§ 57) car les risques induits par la facilitation du suicide assisté ne peuvent être sous-estimés (§ 58).

Sur un plan abstrait, la Cour a considéré que l'exigence d'une ordonnance médicale était un moyen de satisfaire à cette exigence conforme à l'esprit de la Convention internationale sur les substances psychotropes et aux solutions adoptées dans certains Etats membres du Conseil de l'Europe (§ 58). Sur le plan concret, la Cour a souligné que l'affirmation du requérant suivant laquelle il lui était impossible de trouver un spécialiste près à l'aider n'était pas convaincante en sorte que le droit du requérant n'était pas « théorique et illusoire » (§§ 59-60), la Cour a considéré – unanimement – que « même à supposer que les Etats [aient] une obligation positive d'adopter les mesures permettant de faciliter un suicide dans la dignité, les autorités suisses [n'avaient] pas violé cette obligation dans le cas d'espèce » (§ 61)¹⁶⁵⁸.

ii) *La souffrance causée par la vieillesse et la diminution des facultés : Gross c. Suisse [GC]*

907. La Cour a été amenée, un peu plus de deux ans plus tard, à se prononcer une nouvelle fois sur le régime suisse du suicide assisté à l'occasion d'une affaire *Gross c. Suisse* qui a donné lieu à un arrêt de chambre du 14 mai 2013 puis à un arrêt de grande chambre du 30 septembre 2014.

La requérante avait également tenté de mettre fin à ses jours et été soignée dans une institution psychiatrique sans que disparaisse son désir de se suicider. Agée de 74 ans, elle se sentait devenir de plus en plus fragile et ne voulait plus continuer à souffrir du déclin de ses facultés mentales et physiques. Entrée en contact avec l'association EXIT, elle avait, vainement, sollicité de plusieurs médecins la prescription nécessaire pour se procurer la substance létale nécessaire à la mise en œuvre de son projet. Un médecin s'était bien déclaré prêt à rédiger semblable document pour autant que le conseil de la requérante puisse lui garantir qu'il ne prendrait ce

¹⁶⁵⁶ La Cour a relevé qu'en Suisse, l'incitation et l'assistance au suicide sont punissables uniquement quand l'auteur de ces actes poursuit un « mobile égoïste » tandis que dans les pays du Benelux, le suicide assisté est dépénalisé « uniquement dans des circonstances bien précises » (§ 55).

¹⁶⁵⁷ La Cour se réfère à cet égard à l'arrêt *Tysiack c. Pologne* du 20 mars 2007 (§ 116).

¹⁶⁵⁸ Voy. aussi, à propos de cet arrêt : D. RIETIKER, « From Prevention To Facilitation ... », *op. cit.*, p. 123.

faisant aucun risque par égard aux prescriptions du code de conduite des professions médicales. Dès lors que pareille garantie n'avait pas pu lui être procurée, il avait refusé de prescrire la délivrance du produit. La requérante avait alors sollicité des autorités suisse la possibilité d'obtenir le produit sans prescription, ce qui lui avait été refusé. La Cour suprême fédérale avait confirmé le refus opposé à la requérante. Selon elle, la nécessité d'une prescription combinée au refus des médecins d'établir une telle prescription au profit d'une personne qui, comme elle, n'est pas en phase terminale, rendait son droit de choisir de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin théorique et illusoire.

Dans l'arrêt de chambre, la Cour a affirmé que « la volonté d'obtenir une dose de pentobarbital sodique afin de pouvoir mettre fin à sa vie » relevait du champ d'application de cette disposition (§ 60). N'était pas en cause ici en premier lieu, comme dans l'affaire *Haas*, une éventuelle obligation positive de prendre des mesures pour permettre un suicide digne, mais bien un éventuel manquement de l'Etat à son obligation positive de procurer des lignes de conduites claires quant à la question de savoir si et, le cas échéant, à quelle condition, un médecin pouvait délivrer pareille ordonnance à une personne se trouvant dans la situation de la requérante (§ 63).

En particulier, alors que la Cour suprême suisse avait jugé qu'un médecin prescrivant du pentobarbital à une personne qui n'est pas en phase terminale¹⁶⁵⁹, mais souffre d'une maladie psychologique sérieuse, persistante et incurable, ne viole pas nécessairement ses devoirs professionnels (cfr § 21), il n'existait aucune indication quelconque permettant de savoir si et quand un médecin pouvait délivrer une telle prescription. Ce manque de clarté produisait un *chilling effect* sur des médecins qui autrement auraient été enclins à délivrer une prescription comme l'illustrait le cas de la requérante (§ 65). Suivant les juges européens, la requérante s'était en conséquence trouvée dans un état d'angoisse relatif à un aspect particulièrement important de sa vie en raison de l'absence de lignes de conduite claires et approuvées par l'Etat sur les circonstances dans lesquelles une prescription de substance létale peut avoir lieu au profit d'une personne qui veut mettre fin à sa vie mais dont la mort n'est pas imminente en raison d'une affection spécifique (§ 66).

Dans ce contexte, la Cour, reconnaissant néanmoins la difficulté d'atteindre un consensus politique sur de telles questions, avec un impact éthique et moral profond, a considéré, à une faible majorité de quatre voix contre trois, que la Suisse, qui permet le suicide assisté, ne procurait pas de directives suffisamment claires quant à l'étendue de ce droit et avait donc violé l'article 8 de la Convention (§ 67).

Pour les trois juges minoritaires, au contraire, la jurisprudence de la Cour suprême renvoyant aux lignes de conduite de la *Swiss Academy of Medical Science* définissait de manière claire et suffisante les situations dans lesquelles du pentobarbital sodique peut être prescrit (§ 1). La loi exigeait une prescription médicale et la requérante n'avait pas pu en obtenir dès lors que sa mort n'était pas imminente en raison d'une affection déterminée (§ 2). En outre, à la différence de Ernst Haas, Alda Gross ne souffrait pas de difficultés psychiatriques sérieuses mais souhaitait mourir alors qu'elle ne souffrait d'aucune maladie sérieuse en faisant valoir la diminution de ses capacités physiques et mentales en raison de l'âge (§ 3). Dès lors qu'un Etat qui opte pour une réglementation libérale doit mettre en place des garanties pour protéger les personnes vulnérables et les abus (§§ 4 et 5) et au regard de la large marge de manœuvre à consentir aux Etats en l'absence de consensus (§§ 6-8), les exigences posées par la réglementation suisse et non rencontrées par la requérante ne constituaient pas une violation de la Convention (§§ 9-11).

¹⁶⁵⁹ Comme l'exigent les *guidelines* éthiques élaborées par la *Swiss Academy of Medical Sciences* (qui constituent la seule régulation applicable) (cfr §§ 21 et 32-33).

L'arrêt de grande chambre du 30 septembre 2014 parvient à un résultat différent dans des circonstances très particulières. Ainsi, durant la procédure devant la grande chambre, il est apparu que la requérante avait pu finalement obtenir, dès octobre 2011, la prescription litigieuse et mettre fin à ses jours le 10 novembre 2011 (§ 17). La Cour n'avait quant à elle été prévenue du décès que le 7 janvier 2014 (§ 18). Il est alors apparu que l'avocat de la requérante n'avait plus été en contact avec elle depuis janvier 2010 que par l'intermédiaire d'un conseiller spirituel (un pasteur à la retraite). Lorsqu'elle avait pu obtenir la prescription, elle avait exprimé le souhait que sa mort soit tue et que l'instance se poursuive parce qu'elle voulait « ouvrir la voie pour d'autres personnes dans sa situation ». Le conseiller spirituel avait respecté son souhait et l'avocate n'avait appris que pendant la procédure de grande chambre le décès de sa cliente (§§ 22-24). Si dans certains cas, la Cour admet la poursuite d'une instance après le décès du requérant (voy. par ex. *supra* n° 690), elle a considéré en l'espèce qu'il y avait eu dans le chef de Madame Gross un abus du droit de recours individuel. En effet, « le décès de la requérante et les circonstances qui [l'avaient] entouré [touchaient] [...] au cœur même de la question sous-jacente au grief présenté par l'intéressée » et « il [était][...] également concevable que ces faits, s'ils avaient été connus de la chambre, auraient pu exercer une influence décisive sur son arrêt du 14 mai 2013 concluant à la violation de l'article 8 de la Convention » (§ 35). Dès lors, si la conviction de la requérante que « son affaire devait continuer pour le bénéfice de toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne » pouvait se comprendre, il n'en était pas moins « suffisamment établi qu'en omettant délibérément de révéler ces informations à son avocat la requérante entendait l'induire en erreur relativement à une question portant sur la substance même de son grief au regard de la Convention » (§ 36)¹⁶⁶⁰. Cet arrêt rendu par la grande chambre a privé de toute valeur quelconque l'arrêt antérieurement rendu par la chambre.

908. Quoi qu'il en soit, les affaires *Haas* et *Gross* posent d'intéressantes questions. En premier lieu, ils mettent en exergue l'idée que dans la perspective d'un éventuel droit de mourir dignement, les souffrances psychologiques (telles que celles subies par Monsieur Haas et Madame Gross) induisent peut-être une appréhension distinctes des souffrances physiques (semblables à celles endurées par Madame Pretty ou Madame Koch). Ainsi, Monsieur Haas, ne pouvait-il pas être considéré comme une « personne infirme » tandis que Madame Gross ne souffrait quant à elle « d'aucune maladie sérieuse ». En second lieu, l'un et l'autre des requérants étaient, dans ces affaires suisses, en mesure « d'agir en conséquence » de leur désir de mort, mais ils considéraient que, sans l'aide des produits qui leur étaient refusés, l'acte de suicide était « indigne ». On se rend compte immédiatement que ces deux spécificités sont en mesure de poser un jour question en termes de discrimination : d'une part, on peut se demander si le mal-être psychologique est moins que la souffrance physique propre à fonder le projet de mourir ; d'autre part, on peut se demander si réserver l'aide au suicide à ceux qui ne sont pas en mesure de se suicider ne crée pas une différenciation contraire à l'article 14.

Dans tous les cas, il est permis de relever qu'en optant pour des solutions plus libérales, les Etats parties assument, dans le système de la Convention, des obligations plus lourdes tenant notamment à l'énonciation de directives claires relatives à la faculté ouverte. Si l'on admet que par-delà son issue surprenante, l'affaire *Gross* a mis en exergue un certain manque de clarté de la position de la Suisse en matière de suicide assisté, cet Etat pourrait encore choisir entre affirmer clairement que le suicide assisté n'est pas une option face à la « souffrance existentielle » ou à la « fatigue de la vie » et admettre, au contraire, que c'est dans ce cas une option ouverte. Un auteur relève adéquatement à cet égard que, dans le sillage de la jurisprudence polonaise relative à l'avortement (voy. *infra* n° 947 et s.), la Cour serait alors peut-être amenée, dans le contexte de la vérification de l'effectivité de la possibilité ouverte, de

¹⁶⁶⁰ Voy. cependant l'opinion dissidente commune des juges SPIELMANN, ZIEMELE, BERRO-LEFEVRE, ZUPANCIC, HAJIYEV, TSOTSORIA, SICILIANOS ET KELLER.

prendre position sur la question de savoir « si et quand l'Etat à une obligation de faciliter le suicide dans la “dignité” »¹⁶⁶¹.

iii) *Les conflits entre les proches en cas d'inconscience de la personne concernée : Lambert c. France*

909. Comme l'a déjà démontré l'affaire *Koch c. Allemagne*, dans laquelle c'est le mari d'une femme décédée qui a défendu devant la Cour européenne – certes indirectement – le droit de mourir de son épouse (voy. *supra* n° 904), le suicide n'est en fin de compte pas un acte nécessairement si solitaire qu'on pourrait le croire. L'affaire *Lambert c. France*, actuellement pendante devant les juges de Strasbourg, en constitue assurément une autre spectaculaire illustration, d'autant plus complexe que le premier intéressé est dans le coma, tandis que les membres de sa famille ne sont pas d'accord sur la meilleure solution à choisir. Nous ne reviendrons cependant pas davantage sur cette affaire, qui n'en est qu'à ses prémises, et dont nous avons déjà traité au titre du droit de vivre, puisque ce sont précisément les parents opposés à la mise en œuvre d'une euthanasie passive qui se sont constitués requérants devant la Cour (voy. *supra*, n° 896). Ce type de conflits met en tout cas en exergue la difficulté des arbitrages à opérer entre le droit à la vie et un éventuel droit à la mort, lorsque le premier intéressé est une personne vulnérable totalement incapable d'exprimer ce qui serait sa propre volonté.

iv) *L'euthanasie des mineurs*

910. La difficulté des questions posées est d'ailleurs encore soulignée par une intervention de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la question différente mais présentant des enjeux communs de l'euthanasie des mineurs. Soixante parlementaires ont ainsi formulé une Déclaration écrite n° 567 relative à la légalisation de l'euthanasie pour les enfants en Belgique. Selon eux, le législateur belge « assume de manière erronée que les enfants sont capables de donner leur consentement éclairé à l'euthanasie et qu'ils peuvent comprendre la signification grave et les conséquences complexes associées à une telle décision » et « trahit certains des enfants les plus vulnérables en Belgique en acceptant que leurs vies puissent ne plus avoir de valeur intrinsèque et qu'ils doivent mourir ». On retrouve bien ici les deux questionnements qui affleurent inévitablement dans tous les cas limites en la matière : d'une part, celle de la *capacité* de personne considérée de consentir à un acte tendant à interrompre sa vie ; d'autre part, celle d'une éventuelle atteinte à la *valeur intrinsèque* de la vie.

¹⁶⁶¹ I. BLACK, « Existential suffering and the extent of the right to physician assisted suicide. *Gross v Switzerland* [2013] ECHR 67810/10 », *Medical Law Review*, 2014, p. 109 et s.

Synthèse de la section 1

911. Tous les droits de l'homme sont dérisoires si l'individu ne se voit pas garanti contre les atteintes arbitraires à sa vie. Le droit à la vie occupe une « place primordiale »¹⁶⁶² ou bénéficie d'une « faveur »¹⁶⁶³ particulière dans le système européen de protection des droits de l'homme. Au titre de cette « faveur » ou de ce caractère « primordial », une prétention individuelle tendant à la préservation de la vie jouirait, « toutes autres choses égales par ailleurs », d'une plus forte légitimité conventionnelle¹⁶⁶⁴. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, si l'article 2 et l'article 8 sont appelés à l'évidence à se contredire dès lors qu'ils prévoient respectivement l'obligation de protéger la vie et celle de respecter l'autonomie, « on ne peut pas trancher tous les conflits qui les opposent en faisant systématiquement prévaloir la finalité de préservation de la vie sur l'autonomie personnelle »¹⁶⁶⁵.

Le droit de vivre

912. C'est dès lors lorsqu'est en cause le droit fondamental des individus à la vie, que les obligations mises à charge des autorités étatiques seront les plus fortes.

1/ Le protocole n° 13 à la Convention qui porte abolition de la peine de mort en toutes circonstances a été ratifié par 44 pays membres (soit tous les Etats membres sauf la Russie, l'Arménie et l'Azerbaïdjan (*Oçalan*), tandis que les autorités étatiques doivent lutter contre la violence mortelle dans toute la mesure de leurs possibilités (*Osman*) y compris lorsque c'est la personne elle-même placée dans une situation de vulnérabilité qui entend attenter à sa vie (*Keenan, Kilingç*)¹⁶⁶⁶.

2/ Il n'empêche, les Etats sont parfois amenés à utiliser légitimement la force létale contre les individus. Le recours à celle-ci doit constituer une *ultima ratio* à réserver aux situations d'absolue nécessité (*McCann, Giuliani et Gaggio*). Selon Michel LEVINET, l'approche de la Cour en matière de recours à la force meurtrière est empreinte de pragmatisme ce qui induit nécessairement une certaine dose d'aléa, le juge européen paraissant parfois « audacieux » ou bien au contraire « timide », même si la tendance générale reste caractérisée par une forte vigilance européenne¹⁶⁶⁷. L'Etat doit également respecter, protéger et promouvoir le droit à la vie dans le contexte des hôpitaux. Il convient notamment à cet égard que les personnes puissent échapper à des décisions arbitraires (même bienveillantes) prises par des membres du corps médical (*Glass*). En outre, l'Etat est investi de différentes obligations dans les contextes où l'activité humaine induit un risque éventuellement justifiable pour la vie.

3/ Enfin, quoique dans une moindre mesure, l'Etat doit protéger la vie contre les risques naturels et la maladie. Sur ce dernier point cependant, les Etats restent libre de placer des limites tendant notamment à la protection des personnes elles-mêmes ou à la garantie contre des risques éthiques (*Hristozov*) ou au caractère toujours limité des ressources (*Pentiacova et Wiater*). Dans *Hristozov*, il apparaît que, dans un contexte éthique complexe et au regard de la vulnérabilité

¹⁶⁶² E. DECAUX, « La question de la typologie des droits ... », *op. cit.*, pp. 308-313 et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 383.

¹⁶⁶³ Voy. à propos de cette préférence pour la vie : S.H.E. HARMON et N. SETHI, « Editorial. Preserving Life and Facilitating Death : What Role for Government after *Haas v. Switzerland* ? », *European Journal of Health Law*, 2011, p. 363.

¹⁶⁶⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁶⁶ D. RIETIKER, « From Prevention To Facilitation ... », *op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁶⁷ M. LEVINET, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », *op. cit.*, pp. 57-58.

des personnes gravement malades, le recours à des médicaments expérimentaux peut être exclu, de manière absolue (quoi qu'il soit possible de se rendre à l'étranger pour en bénéficier), malgré un consensus européen en sens contraire (et la fameuse « faveur » pour la vie). Dans son opinion séparée à cet arrêt, le juge DE GAETANO a indiqué qu'à son estime il aurait fallu donner en l'espèce plus de poids à « la valeur de la vie » (« *the value of life* »).

Le droit de mourir

913. Antithèse du droit à la vie, le droit à la mort n'est reconnu à ce stade qu'en creux dans le contentieux européen des droits de l'homme. Une telle *affirmation en creux* fonctionne sur l'inclusion expresse dans l'article 8 du droit de poser des choix quant à la fin de sa vie en soulignant que « de tels choix font aussi partie de l'acte de vivre ». Mais par-delà cette affirmation générale, les obligations qui en découleraient pour l'Etat sont singulièrement limitées. L'exclusion par l'arrêt *Pretty* de la mise en œuvre du principe de non-discrimination semble à ce stade maintenue par la Cour, même si cette exigence semble appeler à jouer un rôle dans les pays encore peu nombreux qui autorisent l'euthanasie : il faudra voir à cet égard si les différenciations fondées sur l'Etat de santé sont susceptibles d'être appréhendées avec défaveur par la Cour. Le droit à l'autonomie ne l'emporte pas sur la valeur de la vie et les craintes liées à la vulnérabilité des individus.

1/ La Cour garantit expressément le droit de se suicider et celui de refuser des soins médicaux susceptibles de sauver la vie (*Témoins de Jehovah de Moscou*). Dans l'arrêt *Témoins de Jehovah de Moscou*, la Cour a expressément affirmé que « le libre choix et l'autodétermination [sont] eux-mêmes des composants essentiels de la vie » en sorte que les interférences étatiques sont dans certains cas « de nature à diminuer plutôt qu'à augmenter la valeur de la vie » (§ 136)¹⁶⁶⁸.

2/ La Cour admet que la possibilité de mettre fin à ses jours ou de refuser des soins soit ponctuellement refusée dans des contextes spécifiques caractérisés par des indices objectifs de vulnérabilité (en particulier dans les contextes militaires et carcéraux).

3/ Par contre, la Cour refuse avec constance de découvrir une obligation positive substantielle de permettre et d'encadrer le suicide assisté. Tout au plus la Cour impose-t-elle une obligation positive procédurale d'examiner les demandes formulées à cet égard (*Koch*). Il résulte très clairement de l'arrêt *Pretty* que cette option correspond essentiellement au doute qui peut exister sur le consentement à un acte qui met fin à la vie dans un contexte où on peut sans peine imaginer les multiples pressions (psychologiques et financières, notamment) qui peuvent exister sur la personne frappée d'une maladie incurable et fortement incapacitante¹⁶⁶⁹. Il faut bien admettre qu'il s'agit là d'un domaine caractérisé par l'absence complète de consensus européen et tenir compte de ce qu'une recommandation 1418 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préconise expressément « l'interdiction absolue de mettre intentionnellement fin à la vie des malades incurables et des mourants ».

4/ Lorsque les Etats vont au-delà de leurs obligations conventionnelles et permettent et organisent l'assistance au suicide, il leur incombe d'assurer que le droit ainsi offert ne soit pas théorique et illusoire (*Haas*). La Cour avait au surplus condamné l'absence de clarté du droit Suisse avant le renvoi de l'affaire *Gross* devant la grande chambre et la découverte de ce que la requérante était d'ores et déjà morte depuis des années...

¹⁶⁶⁸ Traduction libre.

¹⁶⁶⁹ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme ... », *op. cit.*, pp. 92-93 ; J. COGGON, « Could the right to die with dignity represent a new right to die in English law », *Medical Law Review*, 2006, pp. 225-228

SECTION 2. LA PROCRÉATION

914. La Cour a dégagé au fil de sa jurisprudence un droit de procréer et un droit symétrique de ne pas procréer. Dans un cas comme dans l'autre, les questions de procréation se distinguent de celles relatives à la vie dans la mesure où elles ne concernent plus un rapport de soi à soi et revêtent donc *une portée relationnelle* : sont également concernés, non seulement un autre « procréateur » mais aussi un « autre » en puissance dont les intérêts – s'ils ne s'incarnent pas nécessairement dans des droits – ne doivent pas moins être pris en considération¹⁶⁷⁰. A l'*ambiguïté* fondamentale qui affecte la garantie conventionnelle (qui porte autant sur un *droit de* que sur un *droit de ne pas*), s'ajoutent donc ici potentiellement *des contradictions* entre les aspirations et/ou les intérêts des personnes concernées.

915. Il aurait pu sembler naturel que la jurisprudence de la Cour relative à la procréation s'épanouisse plutôt au départ de l'article 12 de la Convention qui prévoit le droit de se marier et de fonder une famille. Il apparaît toutefois que les tentatives des requérants de nouer le débat sur ce terrain spécifique ont systématiquement été inopérantes¹⁶⁷¹, la Cour privilégiant expressément le terrain de la vie privée garantie par l'article 8¹⁶⁷². Selon la Cour, la procréation constitue « l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains » et a, en tant que telle, « des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale » (**sous-section 1**)¹⁶⁷³.

916. En tout état de cause, il ne paraissait pas envisageable que le droit de fonder une famille puisse être interprété comme incluant un droit de ne pas fonder une famille et servir de terreau au droit de ne pas procréer qui s'est lui aussi – tout naturellement – déployé au départ de la garantie de la vie privée procurée par l'article 8. Selon le juge européen, cette disposition inclut ainsi un « droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent » (**sous-section 2**)¹⁶⁷⁴.

917. La dimension éminemment intime de la procréation induira dans certains cas la mise en œuvre de l'interdiction conventionnelle des traitements inhumains et dégradants prévue par l'article 3¹⁶⁷⁵. Sans mettre directement en œuvre la garantie prévue par l'article 2, la Cour protège l'intérêt et/ou la vie de l'enfant conçu ou à concevoir¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, § 76 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, § 113 ; Cour eur. dr. h., arrêt Costa et Pavan c. Italie du 28 avril 2012, § 61.

¹⁶⁷¹ La Commission avait toutefois pu affirmer, dans sa décision *X. c. Royaume-Uni* du 21 mai 1975, que le droit de fonder une famille était absolu, même s'il n'induisait pas « qu'une personne doive toujours être mise en mesure de procréer ». En l'espèce, la Commission avait conclu à l'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement de la requête d'un prisonnier se plaignant de ce que l'absence de visites conjugales l'empêchait d'exercer son droit de fonder une famille.

¹⁶⁷² M. EIJKHOLT, « The Right To Found a Family as a Stillborn Right To Procreate », *Medical Law Review*, 2010, p. 133 ; C. PETTITI ET C. BRETON, « La Cour européenne des droits de l'homme et la maîtrise de la vie », in *La maîtrise de la vie* (dir. L. KHAÏAT et C. MARCHAL), Paris, Erès, 2012, pp. 79-81. Voy. Cour eur. dr. h., déc. Boso c. Italie du 5 septembre 2002 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, § 86 ; Cour eur. dr. h., arrêt I.G. et autres c. Slovaquie du 13 novembre 2012, § 150.

¹⁶⁷³ Cour eur. dr. h., arrêt V.C. c. Slovaquie du 8 novembre 2011, § 106.

¹⁶⁷⁴ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, § 71.

¹⁶⁷⁵ Voy. not. : Cour eur. dr. h., arrêt V.C. c. Slovaquie du 8 novembre 2011, § 119 ; Cour eur. dr. h., arrêt R.R. c. Pologne du 26 mai 2011, §§ 161-162 ; Voy. *contra* : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Tysiac c. Pologne du 20 mars 2007, § 66 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt A., B. et C. c. Irlande du 16 décembre 2010, §§ 162-164.

¹⁶⁷⁶ Il y a lieu à cet égard de préciser d'emblée que la Cour n'entend à ce stade se prononcer sur le moment précis du commencement de la vie humaine, ce qui ne l'empêche pas de considérer que la vie prénatale mérite en tout état de cause une certaine protection. Voy. : Comm. eur. dr. h., X c. Royaume-Uni du 13 mai 1980 (§§ 11-16), Cour eur. dr.

918. Aux yeux de Ronald DWORKIN, le processus qui fait advenir la vie est un processus qui mérite le respect à un double titre : il y a, d'un côté, un « investissement naturel » qui correspond à la dimension toujours miraculeuse (au sens figuré ou propre) de son surgissement et, de l'autre, un « investissement humain » qui correspond aux émotions et aux aspirations que les procréateurs potentiels insufflent dans le processus. Si sa réflexion se focalise dans *Life's Dominion* sur la question de l'avortement, il n'en reste pas moins que la dialectique de la valeur intrinsèque de la vie est féconde pour l'ensemble des questions procréatives.

Ainsi permet-elle à tout le moins de se figurer comment tout en s'accordant sur le caractère sacré de la vie humaine, les conservateurs et les libéraux peuvent s'opposer en matière de procréation comme ils s'opposent à propos des choix de vie et de mort. Ainsi les conservateurs insisteront-ils sur l'« investissement naturel » qui caractérise le surgissement de la vie et éprouveront-ils, d'une part, des réticences à admettre que l'on produise la vie suivant des modalités s'écartant plus ou moins radicalement de la procréation naturelle et, d'autre part, à accepter que l'on interrompe une vie humaine déjà commencée, fût-ce au stade embryonnaire ou fœtal. Les libéraux, principalement sensibles à l'« investissement humain » qui est au cœur de l'acte de procréer admettront *a priori* avec plus de facilité que la procréation s'émancipe progressivement du modèle naturel de même qu'ils accepteront plus aisément qu'un avortement peut constituer dans certaines conditions une atteinte à la vie moins importante que la poursuite d'une grossesse.

La difficulté vient alors, explique DWORKIN, de ce que, chez la plupart des gens, « la balance est plus complexe et implique des compromis et des accommodements plutôt que la reconnaissance d'une priorité absolue à l'investissement humain ou à l'investissement naturel »¹⁶⁷⁷. En somme, les conservateurs et les libéraux ne s'opposent pas parce que les uns rejetteraient en bloc une valeur que les autres considèrent cardinale, mais parce qu'ils pondèrent différemment – le cas échéant très différemment – des valeurs qu'ils ont en partage. Cette présentation ne constitue pas une « formule » pour la prise de décision, mais tout au plus « un schéma pour la compréhension des arguments et décisions que nous prenons et que d'autres prennent dans la vie réelle ». Ce schéma permet d'appréhender les jugements individuels sur lesquels il y a nécessairement des désagréments non seulement entre conservateurs et libéraux mais également au sein de chacune de ces factions. En réalité, « nous découvrons ce que nous pensons sur ces questions graves non pas avant de décider dans un cas particuliers, mais en prenant cette décision »¹⁶⁷⁸.

919. La complexité mise en exergue par Ronald DWORKIN peut servir de prisme par lequel appréhender tout le contentieux strasbourgeois de la procréation. En effet, si la Cour reconnaît constamment la difficulté éthique et morale des questions posées, force est de constater que le poids alloué au droit de procréer, de ne pas procréer ou au droit à la vie est éminemment variable ce qui s'explique évidemment, dans la perspective ouverte par DWORKIN par la nécessité de prendre en compte autant une dimension biologique relativement stable qu'une dimension humaine intrinsèquement fluctuante. La figure la plus éloquente de l'incertitude radicale qui marque le poids de la vie dans le domaine de la procréation se manifeste sûrement dans la difficulté d'appréhender l'enfant qui n'est pas encore né – soit l'objet même de la procréation – aux différents stades de son développement : simple désir dans le chef de candidats parents, embryon cryoconservé, fœtus... La distinction des dimensions naturelle et humaine explique aussi les difficultés qu'il peut y avoir à réfléchir la différence des sexes en

h. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 85 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 56.

¹⁶⁷⁷ R. DWORKIN, *Life's Dominion ...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 100.

matière de procréation : ainsi, dans une approche mettant l'accent sur la dimension naturelle du processus procréatif, la place de la mère est fondamentalement différente de celle du père (qu'il s'agisse de poursuivre ou d'interrompre un processus procréatif) ; mais si l'on admet que l'investissement humain est une donnée pertinente, cette différence s'estompe radicalement. Même la question de la procréation à plusieurs peut s'appréhender par le biais de la dichotomie dworkinienne : le statut de la mère porteuse, de la donneuse d'ovules et du donneur de sperme ne se conçoivent-ils pas fort différemment selon la dimension biologique ou humaine dont on investit principalement la procréation ? La Cour tâtonne, à la recherche d'équilibres acceptables entre l'affirmation d'un poids fixe de l'avènement de la vie comme processus naturel et la prise en considération de l'investissement humain de ce processus par les personnes. La difficulté radicale viendra alors de la circonstance que l'on est (nécessairement) plusieurs à procréer et qu'un même processus peut-être investi (radicalement) différemment par les différentes personnes impliquées. En cas de conflit, quel est l'intérêt qui doit primer ? Convient-il de donner priorité à la vie ? Faut-il faire prévaloir le choix féminin ? Faut-il faire prévaloir un principe d'autonomie ? Faut-il au contraire promouvoir une éthique de la responsabilité ? Faut-il pouvoir soumettre dans chaque cas la question à une instance au risque d'ouvrir la porte à l'arbitraire ?

Sous-section 1. Le droit de procréer

920. Le droit de procréer, garanti comme il vient d'être dit plutôt par l'article 8 que par l'article 12, constitue lui aussi l'objet d'un mouvement hybride d'extension et d'approfondissement avec un résultat désormais bien connu : l'affirmation par la Cour d'un droit individuel ne donne en soi qu'une indication faible quant aux prérogatives effectivement exigibles de l'Etat et la jurisprudence révèle une grande variabilité de l'intensité des droits depuis la garantie consolidée contre les atteintes à la faculté de procréer naturellement jusqu'aux exigences à ce stade particulièrement évanescences en matière d'assistance à la procréation.

En premier lieu, la Cour s'est attachée à différentes affaires relatives aux atteintes susceptibles d'être portées aux facultés procréatives ou bien aux fœtus. Comme chaque fois que l'on a considéré des atteintes graves au respect de la vie privée ne pouvant se prévaloir d'un quelconque objectif conventionnellement admissibles, les *standards conventionnels applicables sont élevés*. L'Etat doit non mettre en place des mesures de préventions générales, mais également organiser la sanction ou la répression des atteintes portées par ses agents ou par des tiers (§ 1).

En deuxième lieu, des atteintes plus légères, notamment liées à l'incarcération, sont susceptibles d'être portées, cette fois légitimement à la possibilité pour les individus de procréer naturellement. La Cour met en œuvre à cet égard une approche plus souple, caractéristique d'un *niveau intermédiaire* de protection (§ 2).

C'est assurément dans un *troisième champ*, celui de la procréation assistée, que l'intervention de la Cour est à ce stade la plus remarquable, la Cour ayant rendu pas moins de quatre arrêts de grande chambre qui, s'ils traduisent globalement la position de retrait adoptée par la Cour, n'en sont pas moins riches d'enseignements de principe¹⁶⁷⁹. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour en la matière constitue une illustration particulièrement nette du *hiatus* qui peut exister entre la proclamation abstraite de droits individuels et la faible portée des conséquences

¹⁶⁷⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007 ; Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007 ; Cour eur. dr. h., arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011.

effectives que ceux-ci sont à même d'induire¹⁶⁸⁰ (§ 3). Si le droit de procréer se voit allouer un poids décisif dans les affaires qui concernent la procréation naturelle, il faut bien observer qu'il voit cette prééminence émuée dans le contentieux de la procréation assistée, à mesure que s'élèvent en face des intérêts étatiques puissants associés, parfois, à la notion de dignité humaine.

§ 1. Les atteintes aux facultés procréatives ou au fœtus

921. Dans la jurisprudence de la Cour, il apparaît que seules la protection des facultés procréatives (stérilisation involontaire) et l'interruption d'un processus procréatif déjà entamé (avortement involontaire) induisent une extrême vigilance et une extrême sévérité. Si la Cour a affirmé – en matière de stérilisation forcée – que la capacité de procréer est « l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains »¹⁶⁸¹ (i), elle s'est expressément refusée – en matière d'avortement accidentel – à trancher dans un sens ou dans l'autre la question d'un éventuel droit à la vie reconnaître au fœtus (ii). Dans l'un et l'autre cas, les juges de Strasbourg se sont expressément référés à la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997¹⁶⁸².

A. Stérilisation sans consentement : V.C. c. Slovaquie

922. La Cour a ainsi eu à connaître, en premier lieu, de différentes situations dans lesquelles des femmes avaient été stérilisées sans y avoir consenti. Tel fut notamment le cas dans une affaire *V.C. c. Slovaquie* relative à la stérilisation involontaire de femmes roms qui a donné lieu à un arrêt daté du 8 novembre 2011 à l'encontre de la Slovaquie¹⁶⁸³.

923. La Cour a considéré, sur le terrain de l'article 3 de la Convention, que la stérilisation « concerne l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale » (§ 106) en sorte que l'imposition d'un tel traitement « à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement [...] doit être considérée comme incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention » (§ 107).

La Cour s'est référée à une multitude d'instruments internationaux affirmant l'exigence du consentement aux actes médicaux et le principe du respect de la dignité et de l'intégrité (§§ 108 et 115)¹⁶⁸⁴. En l'espèce, nonobstant le consentement formel de la requérante, le personnel hospitalier lui avait en réalité imposé la stérilisation. Ainsi, on lui avait « demandé [...] de donner son consentement par écrit deux heures et demie après son admission à l'hôpital, alors qu'elle était en travail et couchée sur le dos » et « l'entrée correspondante dans le compte rendu d'accouchement était tapée à la machine et indiquait simplement "la patiente demande la stérilisation" » (§ 111).

¹⁶⁸⁰ Comp. P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 186.

¹⁶⁸¹ Cour eur. dr. h., arrêt V.C. c. Slovaquie du 8 novembre 2011, § 106.

¹⁶⁸² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, § 84 ; Cour eur. dr. h., arrêt V.C. c. Slovaquie du 8 novembre 2011, § 108.

¹⁶⁸³ Cour eur. dr. h., arrêt V.C. c. Slovaquie du 8 novembre 2011.

¹⁶⁸⁴ Le § 108 vise ainsi la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, la déclaration de l'OMS sur la promotion des droits des patients en Europe et la Recommandation générale 24 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW).

Selon la Cour, pareil procédé était contraire au « principe de respect de la dignité et de la liberté de l'homme » et à « l'exigence selon laquelle le patient doit donner son consentement éclairé, énoncée dans les documents internationaux » (§ 112). Les juges européens ont pointé au surplus expressément le « paternalisme » du personnel soignant à l'égard de la requérante qui n'avait « d'autre possibilité que d'accepter l'intervention que les médecins jugeaient appropriée dans sa situation » alors qu'« il est nécessaire que le patient donne son consentement éclairé afin qu'il puisse faire des choix d'ordre moral en toute autonomie » (§ 114). Pour la Cour, quelles qu'aient été les intentions du personnel médical, le traitement dénoncé rendait compte d'un « manque total de respect envers [le] droit à l'autonomie et au choix en tant que patiente » en sorte qu'il atteignait le niveau de gravité requis par l'article 3 (§ 119).

La requérante dénonçant les mêmes faits au titre du respect dû à sa vie privée, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu, au regard de ses conclusions sur le terrain de l'article 3, d'examiner séparément le traitement litigieux sous l'angle de l'article 8 (§ 144). Par contre, « il [importait] de rechercher si l'Etat défendeur [s'était] acquitté de l'obligation positive que fait peser sur lui l'article 8 de sauvegarder par le biais de son système juridique les droits énoncés dans cet article en mettant en place des garanties effectives destinées à protéger la santé reproductive des femmes roms en particulier » (§ 145).

La Cour a, à cet égard, renvoyé à plusieurs instruments rendant compte de perceptions négatives de la communauté rom en Slovaquie induisant un traitement différencié en matière de stérilisation. Ainsi, selon le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe « la population rom de Slovaquie orientale y [avait] été particulièrement exposée » en raison en particulier de « l'attitude négative largement répandue face au taux de natalité relativement élevé chez les Roms par rapport aux autres parties de la population, souvent exprimée sous la forme de la crainte qu'une part grandissante de la population ne vive de l'aide sociale » (§ 146)¹⁶⁸⁵. Dans ce contexte, la Cour a relevé l'existence d'« un certain état d'esprit de la part du personnel médical quant à la manière dont il convenait de traiter médicalement une femme rom » (§ 151) et a considéré que la Slovaquie n'avait « pas respecté l'obligation positive qui lui incombait d'octroyer à celle-ci une protection suffisante pour qu'elle puisse jouir effectivement de son droit au respect de sa vie privée et familiale » (§ 154)¹⁶⁸⁶. On retrouve ici la marque de l'attention particulière accordée par la Cour aux atteintes qui touchent des personnes vulnérables et/ou qui présentent un caractère de systématicité (§§ 177 et 179) (voy. *supra* n° 543 et s.)¹⁶⁸⁷.

B. Avortement accidentel : Vo c. France [GC]

924. La Cour de Strasbourg a, en second lieu, été amenée à examiner dans l'affaire *Vo c. France* soldée par un arrêt de grande chambre rendu (sur dessaisissement) le 8 juillet 2004, les griefs d'une femme qui avait subi un avortement involontaire en raison d'une erreur médicale (§§ 9-12). La Cour de cassation française avait censuré, aux termes d'un arrêt du 30 juin

¹⁶⁸⁵ Voy. aussi aux §§ 147-149 les informations émanant de la Commission européenne contre le racisme et la violence (ECRI), du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et du groupe d'expert mis sur pied par le ministre de la santé.

¹⁶⁸⁶ Au regard de cette conclusion, elle n'a – par six voix contre une – pas considéré utile d'examiner le grief articulé par la requérante sous l'angle des articles 3, 8, 12 et 14 combinés de la Convention (§ 180). La juge MIJOVIC a émis sur ce point une opinion séparée. La Cour a atteint des conclusions similaires dans l'arrêt *N.B. c. Slovaquie* du 12 juin 2012. Dans l'arrêt *I.G. et autres c. Slovaquie*, rendu le 13 novembre 2012, elle a aussi relevé une violation substantielle de l'article 3, de même qu'une violation du versant procédural de cette disposition (absence d'enquête effective), outre une violation du volet procédural de l'article 8.

¹⁶⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011, §§ 177 et 179.

1999¹⁶⁸⁸, l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon condamnant le médecin du chef d'homicide involontaire sur la personne de l'enfant à naître (§§ 20-22).

Pour la requérante, le refus de la qualification d'homicide involontaire correspondait à une violation de l'article 2 de la Convention (§ 46)¹⁶⁸⁹. Le caractère involontaire de l'avortement constituait évidemment la singularité de cette affaire dans laquelle la Cour s'est essentiellement posé la question de savoir si l'atteinte au fœtus devait être sanctionnée pénalement au titre de l'article 2 de la Convention. Pour les juges européens, il convenait, préalablement, de se pencher sur « l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie ». La Cour a rappelé la jurisprudence antérieure des organes de la Convention et souligné que leur position devait tenir compte « des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine » en manière telle qu'au regard de « la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux » il y avait lieu de laisser la place à « un large pouvoir discrétionnaire de l'Etat ». Elle a à cet égard expressément renvoyé à l'avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne suivant lequel il fallait aborder ces questions éthiques « en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain » en sorte qu'il était « non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales » mais également « inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres » (§ 82). En conséquence, pour la majorité des juges siégeant dans cette affaire, « le point de départ du droit à la vie [relevait] de la marge d'appréciation » et cela « même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention » dès lors qu'il n'existait pas de consensus européen sur la définition scientifique et juridique du début de la vie ni de consensus en Europe ou en France sur la manière de protéger le fœtus (§§ 82, 83 et 84). Ainsi, « la Cour [était] convaincue qu'il [n'était] ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 » (§ 85).

Dans ce contexte, la Cour a considéré qu'« il [n'était] pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de Mme Vo [entraînait] ou non dans le champ d'application de l'article 2, dans la mesure où, à supposer même que celui-ci s'appliquerait, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique [n'avaient] pas été méconnues par l'Etat défendeur » (§ 85). Ayant rappelé que « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale » (§ 90), la Cour a en effet décidé que l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité pénale du médecin au titre de l'homicide involontaire de l'enfant était contrebalancée par les poursuites qui avaient pu être diligentées au titre des blessures involontaires subies par la requérante et la possibilité qu'elle avait de diligenter une procédure tendant à établir sa responsabilité civile (§ 91). Certes, elle n'avait pas activé cette possibilité qui était désormais prescrite, mais il ne pouvait être considéré que le délai de prescription considéré n'était pas compatible avec les prescriptions de la Convention (§§ 92-93)¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁸ Cette jurisprudence avait par ailleurs été confirmée à deux reprises par la Cour de cassation française (voy. § 29).

¹⁶⁸⁹ L'on peut noter que la Cour atteint cette conclusion après avoir non seulement questionné d'autres instruments internationaux (avis du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne et Convention d'Oviedo : §§ 82 et 84) et évalué le niveau de consensus européen (§ 84). Le consensus joue ici un rôle dans la question même de l'existence d'un droit conventionnel. Le juge RESS, dans son opinion dissidente a manifesté clairement son désaccord avec la prise en considération de la marge d'appréciation en ce qui concerne l'existence du droit (§ 8).

¹⁶⁹⁰ A propos de cet arrêt, voy. : J. PICHON, « Does the Unborn Child Have a Right To Life ? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France », *German Law Journal*, 2006, pp. 433-442 ;

Cette approche « ni oui ni non » de la Cour combinée au choix d'examiner *in fine* l'affaire « comme si » l'article 2 était effectivement applicable ne laisse pas de poser question. Certains juges ont exposé – dans une opinion séparée – qu'il aurait fallu exprimer expressément que l'enfant à naître ne pouvait prétendre au bénéfice des garanties de l'article 2 ce qui n'impliquait pas pour autant qu'il ne puisse bénéficier d'aucune protection quelconque¹⁶⁹¹. D'autres ont, au contraire, exprimé – séparément – la perception qu'il fallait considérer que l'enfant à naître bénéficie de l'article 2 de la Convention ce qui n'impliquait pas pour autant *ipso facto* que ce droit ne puisse connaître aucune limitation¹⁶⁹². Ce mécanisme suivant lequel la Cour refuse de prendre position sur l'applicabilité d'un droit et dissout la difficulté en exposant que « même à » considérer un droit conventionnel applicable, il ne se trouverait pas violé est une stratégie souvent mobilisée par la Cour lorsqu'elle est confrontée à une question de principe épineuse. Elle constitue assurément une manifestation de self-restraint, surtout dans un contexte où l'affirmation d'un droit n'a somme toute en soi qu'une portée essentiellement symbolique.

§ 2. L'accès des détenus à la procréation

925. Il est évident que si l'Etat ne peut porter atteinte au droit de procréer des individus et doit agir afin d'éviter que ce droit soit violé par des tiers, comme nous venons de le voir, la Convention n'empêche pas que certains individus – et notamment les personnes privées de liberté – soient temporairement placés dans l'impossibilité de procréer.

Dans sa jurisprudence, l'ancienne Commission avait examiné la question sous l'angle des articles 8 et 12 de la Convention et avait notamment jugé que l'impossibilité de procréer en raison de l'incarcération d'un époux n'était pas disproportionnée par rapport à l'objectif de prévention du désordre et du crime et que le caractère absolu du droit de fonder une famille n'induisait pas « qu'une personne doive toujours être mise en mesure de procréer ». Dans ce contexte, la Commission a pu – dans deux affaires britanniques – considérer manifestement mal fondées les requêtes formées par des personnes emprisonnées qui souhaitaient bénéficier de visites conjugales à des fins procréatives. Dans une décision de 1975, elle a particulièrement souligné que « la situation [de] détenu régulièrement condamné, qui [était] celle du requérant,

A. PLOMER, « A Fœtal Right to Life ? The Case of Vo v. France », *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 311-338 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Leaving things undecided ... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie », *Le Journal du juriste*, 2004, n° 36, p. 11.

¹⁶⁹¹ Voy. l'opinion séparée de M. ROZAKIS, à laquelle se joignent M. CAFLISCH, M. FISCHBACH, M. LORENZEN et M^{me} THOMASSEN.

¹⁶⁹² Voy. l'opinion séparée de M. COSTA, à laquelle se rallie M. TRAJA, § 12. A propos de la difficulté qu'il y aurait à porter atteinte au caractère absolu du droit à la vie, le juge français observe que « la non-dérogeabilité interdit seulement aux Etats parties, qui peuvent en vertu de l'article 15 se prévaloir d'un état de guerre ou d'un autre danger public menaçant la vie de la nation pour prendre des mesures dérogeant à la Convention, de méconnaître dans ce cas l'article 2 : mais l'hypothèse de l'atteinte portée à l'enfant à naître n'a à l'évidence rien à voir avec ce type de situations, et de circonstances exceptionnelles. Plus troublant sur le plan logique est le raisonnement fondé sur la lettre même de l'article 2. Mais, outre que la Cour a déjà franchi le pas (sans conteste, par sa décision Boso), on ne peut pas déduire avec certitude de cette lettre qu'elle prohibe clairement toute interruption de grossesse volontaire, ne serait-ce que parce que plusieurs Etats contractants ont ratifié sans problèmes apparents la Convention alors que leurs législations admettaient déjà, dans certains cas, une telle interruption. A plus forte raison faut-il tenir compte, dans le cadre d'une interprétation évolutive de l'article 2, du grand nombre de pays européens qui, dans les années 70, ont adopté des lois tolérant l'IVG tout en l'encadrant strictement » (§ 14). Pour le juge RESS, « l'obligation positive de la France de protéger la vie des enfants à naître contre les homicides involontaires » induit la possibilité de poursuites pénales (§ 1). Pour la juge MULARONI et ses cosignataires, l'enfant à naître bénéficie de la protection de l'article 2 et il eut fallu à tout le moins que la requérante puisse prétendre dans des conditions adéquates à une indemnisation. Elle précise à cet égard que « si la personnalité juridique n'apparaît qu'à la naissance, cela ne signifie nullement [...] que "le droit de toute personne à la vie" ne doit pas être reconnu et protégé avant la naissance ».

lui [était] imputable »¹⁶⁹³. Dans une décision de 1997, elle a en outre pu prendre en compte la circonstance que la possibilité d'une fécondation *in vitro* n'était pas exclue cela même si le requérant arguait que cette technique contrevenait à ses convictions religieuses¹⁶⁹⁴.

Il faut néanmoins relever que dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, la grande chambre a exposé que « plus de la moitié des Etats contractants [autorisent] les visites conjugales pour les détenus », mais que la Cour n'était « pas encore » allée jusqu'à considérer que la Convention exigeait des Etats parties qu'ils permettent de telles visites (§ 81). Si l'espèce ne concernait pas directement la question des visites conjugales, mais celle de l'accès des détenus à la procréation assistée (voy. *infra* n° 936), cet *obiter dictum* n'en paraît pas moins accréditer l'idée que les visites conjugales pourraient bientôt constituer une exigence conventionnelle à la faveur de la consolidation progressive d'un consensus européen à leur égard. Il resterait à voir si le droit à de telles visites trouverait sa source plutôt dans le droit des détenus au respect de leur vie familiale conjugale ou dans le droit de procréer (voy. *supra* n° 675 et s.).

§ 3. La procréation assistée¹⁶⁹⁵

926. Ainsi qu'a pu le souligner Pierre MURAT, « l'eugénisme, les limites du pouvoir de l'homme sur sa propre reproduction, les rapports de la personne avec son corps contiennent des enjeux sociaux lourds ». Selon lui, ces enjeux sociaux concernent à la fois « la représentation que l'homme se fait de lui-même » et « les représentation collective des liens fondant la famille »¹⁶⁹⁶. Face à de tels enjeux, la Cour a affirmé que l'intervention de l'Etat en matière de procréation assistée était « légitime et souhaitable »¹⁶⁹⁷ et adopte à ce stade une attitude de grande prudence.

Comme on le sait, l'affirmation de l'existence d'un droit abstrait par le juge européen n'implique *en soi* pas grand-chose d'autre que le caractère discutable d'une question à l'aune des standards posés par la Convention. Ce constat trouve à s'appliquer aussi à la procréation assistée et, par-delà la force apparente de l'affirmation par le juge européen d'un « droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée »¹⁶⁹⁸, force est de constater que la Cour n'a jamais vraiment abandonné l'idée que « si les techniques d'assistance médicale à la procréation ont cours en Europe depuis plusieurs décennies, nombre des questions qu'elles soulèvent, en matière de filiation notamment, font encore l'objet de controverses »¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹³ Comm. eur. dr. h., déc. X. c. Royaume-Uni du 21 mai 1975.

¹⁶⁹⁴ Comm. eur. dr. h., déc. E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni du 22 octobre 1997.

¹⁶⁹⁵ N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007 et *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007 », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 879-899 ; G. TEBoul (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Actes des Rencontres internationales organisées les 16, 17 et 18 septembre 2003 à Marseille par l'Observatoire international du droit de la bioéthique et de la médecine, coll. Droit et Justice, n° 57, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2004.

¹⁶⁹⁶ P. MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *L'assistance médicale à la procréation médicalement assistée*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas du 25 novembre 2013, inédit.

¹⁶⁹⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 84.

¹⁶⁹⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, § 82. Auparavant, la Cour avait d'ores et déjà pu affirmer que « la notion de "vie privée" [...] recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent » (*Evans c. Royaume-Uni*, § 71) et que « le refus [d'une] insémination artificielle concerne [la] vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques » (*Dickson c. Royaume-Uni*, § 66). La Cour cite : E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni ; Kalachnikov c. Russie (déc.) ; Aliev c. Ukraine et *Evans c. Royaume-Uni*.

¹⁶⁹⁹ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, § 44.

Ici encore, la *protection de la morale* est invoquée avec succès, mais il est difficile d'en mesurer le poids autonome, indépendant de celui conféré à la nécessité de protéger les plus fragiles... Ainsi, la Cour prend en considération des motifs entremêlés tirés autant de l'inquiétude que suscitent au sein de la société les techniques de procréation assistées que de la volonté de protéger les personnes vulnérables, soit notamment ceux qui sont amenés à mettre au service d'autrui leurs capacités procréatives et l'enfant à naître. Sur ce dernier point, les appréciations ne sont certainement pas aisées car, d'une part, les explications relatives aux motivations qui conduisent des femmes à participer à la procréation d'autrui sont très diversifiées en sorte qu'il est très difficile de prendre position de manière générale sur les considérations acceptables ou non qui président à la détermination du consentement¹⁷⁰⁰ et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant est en matière de procréation assistée une pure virtualité : c'est « un intérêt de l'enfant projeté et présupposé qui est en réalité une construction intellectuelle abstraite et non une réalité établie ». A défaut d'éléments scientifiques tangibles, il convient sans doute de faire preuve de prudence, mais l'intérêt de l'enfant – ainsi frappé d'incertitude – ne peut imposer à lui seul la clôture du débat¹⁷⁰¹.

On aperçoit immédiatement qu'émerge en la matière une protection des droits de l'homme à *deux vitesses* capable de produire sur les Etats parties un « *chilling effect* ». Ainsi, d'un côté, la Cour manifeste à l'égard des procréations artificielles une réserve considérable et estime qu'il ne lui appartient pas « d'adopter ou d'imposer un point de vue unique »¹⁷⁰² (A). Il n'empêche que, d'un autre côté, il revient à la Cour de contrôler le caractère effectif et non-discriminatoire de l'accès aux techniques de procréation assistée que les Etats décident de mettre bénévolement à la disposition des individus (B). De même, le juge européen est sollicité pour vérifier l'arbitrage des conflits nouveaux que produisent inévitablement les rapports procréatifs inédits créés par la procréation assistée (C).

A. L'interdiction absolue de certaines techniques

927. Sur la question de la procréation médicalement assistée, la Cour « manifeste une approche singulièrement restrictive de son rôle d'harmonisation du droit européen »¹⁷⁰³ ou bien ne souhaite pas « apparaître en première ligne pour forger les choix sociétaux à opérer »¹⁷⁰⁴. La question qui se pose ici est essentiellement celle du degré de différence que l'on accepte entre les procréations assistées et le modèle de la procréation naturelle (différence des sexes, hasard du brassage génétique, ...). Dans un tel contexte, la Cour n'impose finalement aux Etats membres *aucune directive substantielle* : ils peuvent, semble-t-il, interdire toute technique, depuis la FIV hétérologue (i) jusqu'à la gestation pour autrui (iii), en passant par la FIV mise en œuvre au profit d'un couple de lesbiennes (ii), sous réserve que les choix posés par eux en la matière ne recèlent pas de contradiction interne (iv). Pratiquement dans toutes les affaires, affleure la question du « tourisme procréatif » et celle, corrélative, de l'impact que peut avoir sur le test de proportionnalité la circonstance qu'une technique interdite dans les frontières d'un Etat est disponible dans d'autres pays.

¹⁷⁰⁰ M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.*, 2008, p. 41.

¹⁷⁰¹ P. MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *L'assistance médicale à la procréation médicalement assistée*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas du 25 novembre 2013, *inédit*.

¹⁷⁰² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, § 51.

¹⁷⁰³ C. BYK, « Les droits procréatifs et le renversement de la dynamique des droits de l'homme », *Revue générale de droit médical*, 2012, pp. 332-333.

¹⁷⁰⁴ P. MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *op. cit.*

i) *La fécondation in vitro avec don de gamètes : S.H. et autres c. Autriche [GC]*

928. Dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche* qui a donné lieu à un arrêt de chambre du 1^{er} avril 2010 et à un arrêt de grande chambre du 3 novembre 2011, les requérants étaient deux couples mariés autrichiens. Au sein du premier couple, l'homme était stérile tandis que la femme souffrait de stérilité tubaire¹⁷⁰⁵. Ils ne pouvaient procréer que moyennant un don de sperme et une fécondation *in vitro*. Au sein du second couple, l'homme était apte à procréer, mais son épouse était atteinte de dysgénésie gonadique¹⁷⁰⁶. Ils ne pouvaient procréer que moyennant un don d'ovules et une fécondation *in vitro*. Or, l'article 3 de la loi autrichienne sur la procréation artificielle prévoyait qu'en principe seuls les gamètes de personnes mariées ou vivant maritalement pouvaient être utilisés à leur profit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. A titre exceptionnel, le don de sperme était autorisé uniquement dans la perspective d'une insémination artificielle (ou fécondation *in vivo*). Le don d'ovules était quant à lui interdit en toutes circonstances. En conséquence, les deux couples se trouvaient empêchés de recourir à la procréation médicalement assistée¹⁷⁰⁷). La Cour constitutionnelle autrichienne avait validé les options prises par le législateur dans un arrêt du 14 octobre 1999, en exposant que « les choix opérés par le législateur reflétaient l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant que ceux-ci n'étaient pas figés et qu'ils pouvaient connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (§ 22).

La comparaison des arrêts de chambre et de grande chambre est édifiante, tant l'activisme du premier contraste avec la retenue du second. L'abandon, à la charnière des deux instances, de l'approche fondée sur les articles 14 et 8 combinés de la Convention au profit d'une approche fondée sur l'article 8 considéré isolément n'est certainement pas étranger à ce spectaculaire retournement de situation. Tout se passe comme si la grande chambre avait expressément souhaité couper court aux ouvertures induites par un arrêt de chambre investissant d'un poids trop important le « désir d'enfant » comme « aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité de l'individu »¹⁷⁰⁸.

α – L'arrêt de chambre du 1^{er} avril 2010

929. La formation de chambre avait appréhendé l'affaire sous l'angle des articles 14 et 8 combinés de la Convention pour atteindre un double constat de violation de l'exigence de non-discrimination. La Cour avait préalablement relevé qu'il n'existait pas d'approche uniforme de l'assistance médicale à la procréation (§ 68) et que dans un tel contexte, eu égard à la délicatesse des questions morales et éthiques posées, il y avait lieu d'allouer à l'Autriche le bénéfice d'une ample marge d'appréciation (§ 69). Cela étant dit, la Cour avait appréhendé séparément la situation de chacun des couples.

¹⁷⁰⁵ Cette femme produit des ovules, mais ses trompes de Fallope sont obstruées et le passage vers l'utérus est bloqué. La fécondation naturelle est impossible (§ 11).

¹⁷⁰⁶ La dysgénésie gonadique est une pathologie qui empêche l'ovulation (§ 12).

¹⁷⁰⁷ Dans ce contexte, les deux femmes privées d'accès aux techniques de PMA avaient invité la Cour constitutionnelle autrichienne à contrôler la constitutionnalité de l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle. Elles invoquaient l'article 7 de la Constitution fédérale autrichienne qui garantit l'égalité de traitement et les articles 8 et 12 de la Convention. La haute juridiction avait considéré, dans un arrêt du 14 octobre 1999, que l'article 8 de la Convention trouvait à s'appliquer et qu'il était effectivement porté atteinte à la liberté des deux femmes. Elle avait néanmoins décidé qu'en autorisant uniquement les procréations médicalement assistées réalisées avec les gamètes du couple en prévoyant une exception pour l'insémination artificielle (ou fécondation *in vivo*) avec don de sperme, le législateur avait atteint un équilibre acceptable entre les différents intérêts en cause : dignité humaine, intérêt de l'enfant et droit de procréer (§§ 18-25). La Cour constitutionnelle autrichienne avait eu néanmoins le souci de souligner expressément que « les choix opérés par le législateur reflétaient l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant que ceux-ci n'étaient pas figés et qu'ils pouvaient connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (§ 22).

¹⁷⁰⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1^{er} avril 2010, § 93.

A propos du second couple, la Cour – sans s'appesantir sur l'examen de la comparabilité de leur situation à celle d'un couple pouvant recourir à une procréation assistée sans don d'ovules – a envisagé successivement les différents arguments présentés par le gouvernement. En premier lieu, les considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale de la technique considérée ne pouvaient justifier « à elle seule l'interdiction totale de telle ou telle technique » même si elles pouvaient « revêtir une grande importance lorsque l'on se pose la question de savoir s'il convient ou non d'autoriser l'assistance médicale à la procréation de manière générale » (§ 74). Deuxièmement, les risques liés au progrès technologique ne pouvaient justifier eux non plus une interdiction totale du procédé que s'il apparaissait que c'était la seule manière de les prévenir. Or, la loi réservait la pratique de l'assistance médicale à la procréation à des médecins spécialistes avec une pratique et une déontologie (§ 76). Troisièmement, les risques d'exploitation des femmes ne justifiaient pas non plus une interdiction totale dès lors que des « règles précises » et des « garanties » pouvaient empêcher leur réalisation, l'Autriche interdisant d'ailleurs la rémunération du don de gamètes (§ 77). Ensuite, la décomposition de la filiation maternelle en deux composantes « génétique » et « gestationnelle » et les rapports atypiques qui pouvaient s'ensuivre au détriment de la sécurité juridique induite par la règle *mater semper certa est* ne paraissait pas non plus un argument décisif aux yeux de la chambre, suivant laquelle il n'y avait « aucun obstacle insurmontable à l'intégration des rapports familiaux découlant des techniques de procréation artificielle litigieuses dans le régime général du droit de la famille et les branches du droit connexes » (§§ 79-81). S'agissant enfin du droit de connaître ses origines, susceptible d'être méconnu, la Cour a fait remarquer qu'aux termes de l'arrêt *Odièvre*, ce droit n'était pas absolu et qu'à l'instar du législateur français, « le législateur autrichien aurait pu lui aussi parvenir à une solution appropriée » (§ 84).

A propos du premier couple, la Cour a évalué la différence de traitement opérée entre les couples qui peuvent procréer moyennant un don de sperme et une fécondation *in vivo* et ceux qui devraient bénéficier non seulement d'un don de sperme mais aussi d'une insémination *in vitro*. La Cour a pointé que les deux techniques, séparément, étaient autorisées, mais que leur mise en œuvre combinée était interdite (§§ 88-89). La Cour a balayé les arguments du gouvernement relatifs à la procréation assistée en général (dès lors que certaines techniques étaient permises en droit interne) et ceux relatifs au risque eugénique et à l'origine des enfants (qui s'appliquent tout autant au don de sperme en vue d'une fécondation *in vivo*). Quant à l'argument suivant lequel le don de sperme en vue d'une fécondation *in vivo* était permis parce qu'il « se pratiquait depuis longtemps » et était très « facile à mettre en œuvre » en sorte que l'interdiction aurait été inefficace, la Cour a affirmé qu'en présence d'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité, la marge était restreinte et que « le désir d'enfant est l'un de ces aspects particulièrement importants et, dans les circonstances de l'espèce, [l'emportait] sur les considérations d'efficacité » (§§ 90-93).

β – L'arrêt de grande chambre du 3 novembre 2011

930. Dans son arrêt de grande chambre, daté du 3 novembre 2011, la Cour a pris le contrepied complet de l'arrêt rendu par la chambre. Choissant d'écarter la combinaison avec l'article 14, la Cour a appliqué l'article 8 isolément (comp. *Pretty c. Royaume-Uni*). Elle a mis en œuvre un raisonnement pétri de *self-restraint* aux termes duquel elle a donné tort aux requérants en saluant le caractère soigneux de la réflexion interne, mais en invitant l'Etat défendeur à faire preuve de dynamisme et en soulignant que la technique désirée était disponible à l'étranger.

A titre préliminaire, la Cour a pris le parti d'adopter une approche temporelle spécifique, de nature à atténuer l'impact d'un consensus européen en cours de solidification. En effet, elle a

souligné que « depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne, la science médicale [avait] connu maintes évolutions, auxquelles certains Etats contractants ont répondu par des mesures législatives » et que « ces évolutions [pouvaient] donc avoir une influence sur l'appréciation des faits ». Cependant, elle a aussitôt précisé qu'il ne lui revenait pas de « rechercher si l'interdiction du don de gamètes litigieuse serait aujourd'hui justifiée au regard de la Convention » mais plutôt si « cette mesure était justifiée à l'époque où la Cour constitutionnelle autrichienne l'[avait] examinée » même si rien ne lui interdisait de « prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors » (§ 84)¹⁷⁰⁹.

Dans ce contexte, la Cour a encore affirmé que la question de l'accès aux techniques litigieuses pouvait se lire tout autant comme celle de l'existence d'« une obligation positive d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle faisant appel au sperme ou aux ovules d'un tiers » que comme celle d'« une ingérence de l'Etat dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale ». Tout en rappelant que la teneur du test de conventionnalité était identique dans les deux configurations, la Cour a décidé d'opérer son contrôle par le prisme des obligations négatives (§ 88).

Dans un contexte où l'examen des données de droit comparé rendait compte d'une claire faveur – tant au moment de l'examen de l'affaire par la Cour constitutionnelle qu'au moment du contrôle européen – pour les techniques en cause¹⁷¹⁰, la Cour a décidé que cette « tendance claire » n'était pas en mesure de restreindre « de manière décisive » la marge de manœuvre à allouer à l'Autriche. En effet, « le consensus qui [semblait] se dessiner [correspondait] davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres » (§ 96). Dès lors, en présence « de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine » et de questions qui « touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les Etats membres », la Cour a décidé, en renvoyant à *X, Y et Z* et à *Evans*, d'accorder à l'Autriche une ample marge d'appréciation applicable tant à la décision de légiférer ou pas qu'aux règles détaillées édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit » (§ 97). Ayant ainsi déterminé l'amplitude de la marge de manœuvre nationale, la Cour a choisi de procéder séparément à l'examen des situations respectives des deux couples de requérants.

A propos du premier couple, pour lequel un don d'ovule était nécessaire, l'Autriche a fait en premier lieu référence au « caractère moralement et éthiquement délicat des questions qu'elles soulèvent ainsi que de l'inquiétude que suscitent le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans de larges pans de la société » (§ 99). Pour la Cour ces préoccupations liées à la morale ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux, mais ne peuvent pas, en elles-mêmes, justifier « l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation médicalement assistée ». Ainsi, « nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Parties contractantes [bénéficiaient] dans ce domaine, le cadre juridique mis en place [devait] être cohérent et permettre une prise en compte suffisante des

¹⁷⁰⁹ La Cour cite à l'appui de cette position ses arrêts *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010 (§57), *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008 (§91) et *Schalk et Kopf c. Autriche* 24 juin 2010 (§106).

¹⁷¹⁰ Ainsi, « la Cour observe qu'il ressort du rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » établi par le Conseil de l'Europe en 1988 à partir des réponses données par ses Etats membres au Comité directeur pour la bioéthique que, à cette époque, le don d'ovules était expressément prohibé en Allemagne, en Autriche, en Irlande, en Norvège, en Slovaquie, en Slovénie, en Suède et en Suisse, et le don de sperme en Autriche, en Allemagne, en Irlande, en Norvège et en Suède. A l'heure actuelle, outre l'Autriche, seuls trois pays interdisent le don de sperme – l'Italie, la Lituanie et la Turquie. Le don d'ovules est interdit dans ces quatre pays ainsi qu'en Allemagne, en Croatie, en Norvège et en Suisse. Toutefois, les normes qui peuvent exister en matière de procréation médicalement assistée sont très disparates. Certains Etats membres ont adopté une législation précise. D'autres pays n'ont réglementé que certains aspects et plusieurs Etats n'ont rien prévu à ce sujet » (§ 95).

divers intérêts légitimes en jeu » (§ 100). Il convenait donc que l'interdiction du don d'ovules puisse se réclamer d'objectifs déterminés dans le cadre d'un système équilibré et cohérent.

Le gouvernement a présenté deux arguments supplémentaires liés l'un à l'émergence de « relations familiales atypiques » qu'induisait la FIV avec don d'ovules et l'autre relatif aux risques de « “sélection” des enfants à naître » et celui « d'exploitation et d'humiliation des femmes, en particulier celles issues des milieux défavorisés ». Sur le premier point, la Cour a relevé que le droit autrichien procurait « [des] garanties et [des] précautions spécifiques, notamment en réservant l'usage des techniques de procréation artificielle aux médecins spécialistes dotés de compétences et d'une expérience particulières dans ce domaine et soumis aux règles déontologiques de leur profession [...] et en interdisant la rémunération du don de gamètes ». Quant aux « liens familiaux atypiques au sens large, qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct », il a été relevé qu'ils « [n'étaient] pas inconnus des ordres juridiques des Etats contractants » étant entendu cependant que « la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème » (§ 105).

La Cour a souligné la difficulté des choix étatiques en matière de procréation assistée et le caractère compréhensible de la circonspection manifestée par les Etats en la matière (§ 103). Or, le législateur autrichien n'avait « pas interdit totalement la procréation artificielle » et s'était « efforcé de concilier le souhait de donner accès à la procréation médicalement assistée et l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne » (§ 104). Selon la Cour, « la loi autrichienne [reposait] sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle » et « [faisait] en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant, ce afin d'éviter des conflits éventuels entre la filiation utérine et la filiation génétique au sens large ». Le législateur « [s'était] efforcé de concilier le souhait de donner accès à la procréation médicalement assistée et l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne, laquelle soulève de délicates questions d'ordre moral et éthique » (§ 104).

La Cour admet alors expressément que « le législateur autrichien aurait pu donner à la procréation artificielle un autre cadre juridique, qui aurait autorisé le don d'ovules ». Cependant, la question essentielle « [n'était] pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé [sa] marge d'appréciation » (§ 106).

A propos du second couple, pour lequel un don de sperme était suffisant, la Cour a relevé que certains arguments invoqués par le gouvernement à propos du don d'ovules n'étaient pas pertinents pour le don de sperme. Ainsi, le don de sperme n'induisait-il pas la nécessité de prévenir le risque d'exploitation des femmes vulnérables ou les risques sanitaires et n'est pas susceptible de produire des rapports familiaux atypiques liés à la dissociation de la maternité. Demeurent cependant « les préoccupations d'ordre général exprimées par le Gouvernement, à savoir que le don de gamètes impliquant des tiers dans un processus médical hautement technique est controversé et soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche et pour lesquelles il faut faire entrer en ligne de compte la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi conçus et la prévention des inconvénients ou des abus possibles » (§ 113).

La Cour a encore observé que « le droit autrichien [n'interdisait] pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche » (§ 114). De même,

« bien qu'elle ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, [la Cour a observé] que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des Etats contractants » (§ 118). Ces deux derniers arguments, qui accompagnent expressément le verdict strasbourgeois et paraissent, en partie, le soutenir ou le justifier, mettent en perspective la relativité spatio-temporelle de l'équilibre atteint : la solution considérée, fondée sur l'adoption d'une interdiction claire garantissant contre les risques pointés, n'est pas nécessairement celle retenue ailleurs qu'en Autriche et n'a pas non plus vocation à être perpétuelle dans les frontières de cet Etat. Soulignant encore « le soin et [...] la circonspection avec lesquels le législateur autrichien [avait] cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière » (§ 114), la Cour conclut, par treize voix contre quatre, que la prohibition des techniques de fécondation *in vitro* hétérologues n'excédait pas « la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente » (§ 115). L'on retrouve ici semble-t-il l'approche « assurantielle » qui avait prévalu dans la résolution de l'affaire *Pretty* : face aux risques, la possibilité d'autoriser le don d'ovules et de prévoir des garde-fous contre les dérives « potentielles » n'empêchait pas l'Etat défendeur de mettre en œuvre une manière de « principe de précaution » en privilégiant une interdiction claire.

Le juge DE GAETANO a voté avec la majorité, mais il a expressément regretté que l'arrêt donne à penser que la position de la Cour était tributaire du et susceptible de varier avec le consensus européen ou les évolutions de la société. Il aurait fallu placer au premier plan, dans une perspective beaucoup moins relativiste, la nécessité de « se demander si tel ou tel acte, omission ou restriction fait progresser ou reculer la dignité humaine » (§ 4) (comp. op. diss. X., Y. et Z.).

Les quatre juges dissidents ont critiqué à la fois l'appréhension temporelle du consensus (1) et la prévalence donnée aux positions de principe de l'Etat (2).

(1) Selon eux, le choix de cadrage temporel prive l'arrêt de la Cour « de toute portée réelle » alors qu'il ne trouve pas d'appui décisif dans la jurisprudence de la Cour. Il aurait fallu à leurs yeux prendre en considération l'évolution intervenue. Non seulement « l'essentiel de l'argumentaire de la Grande Chambre repose sur le consensus européen concernant le don de gamètes (ovules et sperme) dont nous savons pertinemment qu'il a évolué de manière substantielle » (§ 5) tandis que « la Cour constitutionnelle dès 1999 avait précisé que ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (§ 6). En outre, même à considérer adéquate cette approche temporelle, il y avait lieu de constater qu'en 1999 déjà il existait un consensus européen favorable aux techniques litigieuses¹⁷¹¹. De leur point de vue, la majorité donne ainsi au consensus européen « une dimension nouvelle et fixe à celui-ci un seuil particulièrement bas, laissant à la marge d'appréciation des Etats une extension potentiellement illimitée ». Selon eux, cette position « de retrait » s'explique notamment par « le climat actuel » tandis que les incertitudes jurisprudentielles quant à l'impact du consensus européen « atteignent ici leur limite, créant une profonde insécurité juridique » (§ 8).

(2) Dans semblable contexte, les juges dissidents font valoir que l'octroi à l'Autriche d'une large marge de manœuvre « lui permettant notamment de concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière » donne à penser que « ces éléments doivent désormais prendre le pas sur le consensus européen ». Selon eux, cette prévalence éventuelle des

¹⁷¹¹ Ainsi, « [...] Même sur base de l'étude comparative sur l'assistance médicale à la procréation menée dans 39 pays par le Conseil de l'Europe en 1998, le don d'ovules n'était prohibé à cette époque que dans huit pays et le don de sperme dans cinq pays. Néanmoins, la Cour estime que « le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat » (paragraphe 97 de l'arrêt) [...] » (§ 8).

« positions de principe » sur les « réalités sociales » s’analyse en « un tournant dangereux dans la jurisprudence de la Cour dont une des missions est précisément de contribuer à une harmonisation en Europe des droits garantis par la Convention » (§ 10). A cet égard, la minorité a fermement condamné la référence faite par la majorité à la possibilité laissée aux couples autrichiens de se rendre à l’étranger pour y bénéficier des techniques litigieuses (§ 13).

Cet arrêt *S.H. et autres c. Autriche* traduit d’autant plus une volonté de « retenue judiciaire »¹⁷¹² dans le chef de la Cour qu’il procède d’un désaveu complet tant de la méthodologie que de la solution retenues par la chambre. Nous pensons que la Cour s’est en l’espèce montrée excessivement timide face à des techniques pouvant se revendiquer d’un authentique consensus européen. Semblable « manipulation » du consensus jette le doute sur la technique consensuelle en elle-même, alors que celle-ci est potentiellement un élément structurant de la démarche strasbourgeoise.

Il nous semble que les « exhortations » au dynamisme adressée par la Cour à l’Autriche et le « conseil » adressé au requérant de se rendre à l’étranger sonnent, à cet égard, comme des aveux ou des regrets formulés par le juge européen... Sur ce point d’ailleurs, si le recours aux exhortations – déjà mobilisé dans le contentieux relatif à la transsexualité (voy. *infra* n° 982 et s.) – nous paraît acceptable et contribuer à un dialogue entre Strasbourg et les Etats parties, l’argument du franchissement des frontières – déjà mobilisé dans *Hristozov* (voy. *supra* n° 895) – suscite la perplexité tant il est vrai qu’il déforce les arguments substantiels présentés par la Cour et laisse entrevoir un niveau de garantie des droits variable en fonction de la possibilité – financière – de se déplacer¹⁷¹³. La dimension de mobilité n’est d’ailleurs pas absente, loin s’en faut, des autres affaires de procréation assistée soumises à la Cour ces dernières années et il n’est pas douteux, que d’autres affaires amèneront prochainement la Cour à revenir sur cette question de l’« exil reproductif »¹⁷¹⁴.

ii) *La fécondation in vitro au profit d’un couple de même sexe : Gas et Dubois c. France*

931. La revendication par les homosexuels de l’accès à la procréation assistée n’apparaît à ce stade dans la jurisprudence de la Cour que par la bande, dans l’affaire *Gas et Dubois c. France*, où les requérantes françaises composaient un couple lesbien au sein duquel une des partenaires avait bénéficié, en Belgique, d’une insémination avec don de sperme. La question posée à la Cour ne concernait pas tant le procédé en tant que tel, déjà accompli, que ses conséquences au plan de la filiation et la Cour avait considéré que l’impossibilité pour la « co-mère » d’adopter, en France, l’enfant mis au monde par sa partenaire ne violait pas la Convention (voy. *infra* n° 1103).

Il est d’abord frappant de relever que l’Etat français n’a nullement cherché à prendre argument de ce que les requérantes avaient fait naître l’enfant à l’étranger en y bénéficiant d’un régime plus souple que celui prévu par le droit français. Il est encore plus frappant de constater que malgré cela la Cour s’aventure d’initiative sur le terrain de la procréation assistée pour affirmer que « si le droit français ne prévoit l’accès à [l’insémination avec donneur] que pour les couples

¹⁷¹² C. BYK, « Les droits procréatifs ... », *op. cit.*, p. 340 ; G. WILLEMS, « Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix interprétatifs empreints de *judicial self-restraint* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 509-532 ; A. HOC et G. WILLEMS, « Le cadrage temporel des litiges devant la Cour européenne des droits de l’homme : réflexions au départ de l’arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011 », in *Le temps et le droit : hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, 2013, pp. 283-308.

¹⁷¹³ N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in *Droit des familles, genre et sexualité* (dir. N. GALLUS), Limal, Anthémis-L.G.D.J., 2012, p. 24.

¹⁷¹⁴ S. MCGUINNESS, « Health, human rights and the regulation of reproductive technologies in S.H. and others v. Austria », *Medical Law Review*, 2013, pp. 146-160.

hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique [...]. Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD [n'était] autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes ». Comme le relève Pierre MURAT, il semblerait que la Cour ait choisi là de « désamorcer les critiques de discrimination » en validant, sans que la question lui soit posée, une différenciation fondée sur le caractère thérapeutique de l'intervention¹⁷¹⁵. Voilà qui peut surprendre, de la part d'une juridiction *a priori* plutôt économe de ses affirmations de principe...

iii) *La gestation pour autrui transfrontière : Mennesson c. France*

932. Ici encore, les organes de la Convention ne se sont à ce stade prononcés que de manière indirecte sur la gestation pour autrui, unique méthode de procréation assistée suivant laquelle un couple d'homme peut accueillir un enfant. Alors que la Commission avait validé, au début des années 90, le refus d'inscription d'une association promouvant la gestation pour autrui¹⁷¹⁶, la Cour a pu connaître beaucoup plus récemment d'une affaire *Mennesson c. France* qui concernait la reconnaissance dans l'ordre juridique français des liens de filiations établis aux U.S.A. entre un couple hétérosexuel marié et deux jumelles à la suite de la mise en œuvre d'un processus de gestation pour autrui¹⁷¹⁷.

Si la Cour ne s'est pas directement intéressée, dans son arrêt du 26 juin 2014, à l'acceptabilité conventionnelle de (l'interdiction de) la gestation pour autrui, elle a tout de même avancé quelques considérations de portée plus générale relatives à ladite technique. Dans un contexte marqué par l'absence de consensus européen¹⁷¹⁸, la Cour a affirmé que « le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique » et que « les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention » (§ 79). En l'espèce, la Cour ne devait se prononcer que sur le second aspect, puisque le processus avait été mis en œuvre aux Etats-Unis. Pertinemment, les requérants ont rappelé à la Cour que dans l'affaire *S.H. et autres* (voy. *supra* n° 928 et s.), le verdict de conformité à la Convention atteint par la Cour participait notamment du constat que

¹⁷¹⁵ P. MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *op. cit.*

¹⁷¹⁶ Dans cette décision *Lavissee c. France* du 5 juin 1991, la Commission avait considéré irrecevable la requête introduite par la fondatrice d'une association nommée « Les Cigognes » et ayant pour objet de promouvoir la gestation pour autrui. La requérante dénonçait l'opposition du préfet à l'inscription de celles-ci au registre des associations. Selon la Commission, « les buts de l'association étaient notamment la défense des intérêts moraux et matériels des “mères porteuses” et la promotion et la valorisation morale de cette démarche ». Or, « celle-ci se rattache à une pratique récente qui n'est actuellement régie par aucune loi et fait l'objet de controverses au sein de l'opinion publique ». Dans de telles circonstances, « l'absence d'opposition du préfet à l'inscription de l'association aurait pu apparaître comme une approbation implicite des autorités publiques à l'égard de cette pratique. Sans émettre d'opinion sur le fond de cette question, la Commission [a estimé] que l'opposition du préfet à l'inscription de l'association [pouvait] être considérée comme une mesure nécessaire, dans une société démocratique, compte tenu de la marge d'appréciation dont les Etats bénéficient en la matière ».

¹⁷¹⁷ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014.

¹⁷¹⁸ Voy. le § 78 : « La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept et semble tolérée dans quatre. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphes 40-42 ci-dessus) ».

l’Autriche, si elle interdisait la fécondation *in vitro* hétérologue, permettait qu’il y soit recouru à l’étranger et en organisait ensuite les conséquences dans son ordre juridique interne (§ 69). Dans son arrêt du 26 juin 2014, la Cour a conclu *in fine* à la violation du droit au respect de la vie privée des deux enfants, mais en affirmant tout de même qu’« il [était] concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l’étranger à une méthode de procréation qu’elle prohibe sur son territoire » (§ 99). Il n’empêche, on peut se demander si, à défaut d’obliger les Etats parties à permettre aux individus de recourir sur leur territoire aux techniques de procréation assistée, elle n’est pas en passe de les contraindre à reconnaître dans leur ordre juridique interne les conséquences des processus mis en œuvre à l’étranger (voy. *infra* n° 1094).

iv) *La fécondation in vitro combinée à un diagnostic génétique préimplantatoire : Costa et Pavan c. Italie*

933. Extrêmement réticente sur le terrain des droits procréatifs, la Cour ne s’empêche toutefois pas de censurer des législations étatiques manquant de cohérence. La Cour a à cet égard notamment été amenée à prendre position sur le terrain de l’usage combiné de la fécondation *in vitro* et du diagnostic préimplantatoire en vue d’éviter la transmission de maladies génétiques. Ainsi, dans l’affaire *Costa et Pavan c. Italie*, les requérants étaient tous deux porteurs sains de la mucoviscidose. Ils avaient déjà mis au monde un enfant atteint par cette maladie et voulaient procréer un enfant qui ne serait pas frappé par la pathologie. Pour ce faire, l’idéal eut été de pouvoir bénéficier d’une fécondation *in vitro* et d’un diagnostic génétique préimplantatoire. Cependant, le droit italien restreint l’accès à la PMA aux couples stériles et infertiles tandis que le DPI est interdit à toute catégorie de personnes (§§ 7-12).

Dans son arrêt du 28 avril 2012, la Cour a considéré que le désir des requérants de procréer grâce à l’usage combiné de la fécondation *in vitro* et du diagnostic préimplantatoire un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils étaient porteurs relevait de l’article 8 (§ 57). Or, les requérants ne pouvaient pas accéder à la procréation médicalement assistée tandis que le diagnostic préimplantatoire était interdit en droit interne à toute catégorie de personnes. L’interdiction litigieuse se comprenait comme une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale » (§ 58).

Selon les requérants, « l’Etat devrait s’abstenir de toute interférence dans le choix de l’individu de devenir ou pas le géniteur d’un enfant ; il incombe aussi à l’Etat de mettre en place les mesures pour que le choix en question puisse être fait en toute liberté » (§ 49). Le gouvernement invoquait « le souci de protéger la santé de “l’enfant” et de la femme, la dignité et la liberté de conscience des professions médicales et l’intérêt d’éviter le risque de dérives eugéniques » (§ 61).

La Cour a essentiellement relevé l’incohérence du système italien : en effet, celui-ci interdisait au requérant de recourir à la fécondation *in vitro* et à un dépistage en amont par le biais d’un diagnostic préimplantatoire, mais il leur permettait par contre de décider de procéder à une interruption de grossesse s’il apparaissait en aval que l’enfant présentait la pathologie. Les requérants avaient d’ailleurs déjà pu procéder de la sorte en 2010.

62. [...] Tout en soulignant que la notion d’« enfant » ne saurait être assimilée à celle d’« embryon », [la Cour] ne voit pas comment la protection des intérêts évoqués par le Gouvernement se concilie avec la possibilité ouverte aux requérants de procéder à un avortement thérapeutique lorsqu’il s’avère que le fœtus est malade, compte tenu notamment des conséquences que cela comporte tant pour le fœtus, dont le développement est évidemment bien plus avancé que celui d’un embryon, que pour le couple de parents, notamment pour la femme (voir le rapport du CDBI du Conseil de l’Europe et les données résultant de la proposition de loi belge, paragraphes 25 et 34 ci-dessus).

63. De plus, le Gouvernement omet d'expliquer dans quelle mesure le risque de dérives eugéniques et de toucher à la dignité et à la liberté de conscience des professions médicales serait écarté dans le cas d'exécution légale d'une I.M.G.

64. Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie (voir aussi le rapport de la Commission Européenne, paragraphe 27 ci-dessus).

La Cour a pointé que le DGP posait de « délicates interrogations d'ordre moral et éthique » mais que pour autant la situation n'échappait pas à son contrôle (§ 68). L'Italie se trouvait au demeurant dans une situation isolée en Europe dès lors que seule l'Autriche et la Suisse interdisaient également cette technique (§ 70). La large marge de manœuvre reconnue aux Etats en matière de procréation assistée n'était dans ce contexte pas à même de justifier une solution incohérente.

L'on sait que la Cour peut admettre qu'un Etat se maintienne dans une « position isolée »¹⁷¹⁹ et retienne une solution malgré son abandon progressif par les autres signataires de la Convention. Pareille solution minoritaire ne peut par contre manifestement pas conserver la faveur de la Cour si elle n'est pas à même de contribuer à la réalisation des buts légitimes qui sont vantés par l'Etat. En l'occurrence il est vrai que les deux objectifs vantés par le gouvernement – soit la protection de la vie prénatale et la prévention des risques eugéniques – ne se trouvaient pas davantage menacés par la possibilité réclamée par les requérants que par celle qui leur était déjà ouverte de procéder à une IVG si l'enfant présentait la pathologie. En réalité, la solution demandée par les requérants protégeait davantage la vie prénatale dès lors que le développement de l'embryon est évidemment bien moins avancé que celui du fœtus.

Dans le contexte décrit ci-avant, découlant notamment de l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, il faut bien souligner le risque d'une approche combinant self-restraint et exigence de cohérence. A rebours du but même de la Convention, certains Etats pourraient être tentés de camper sur leur position, même décalée par rapport aux évolutions sociales, plutôt que de risquer, en ouvrant une possibilité nouvelle, de s'engager dans un mécanisme d'engrenage aux développements imprévisibles¹⁷²⁰.

B. L'encadrement de la pratique médicale

934. Lorsqu'allant au-delà de ce qui lui est conventionnellement imposé, un Etat permet l'accès à certaines techniques de procréation assistée, il lui appartient de garantir un accès effectif et non discriminatoire à celles-ci.

i) *L'immobilisation des embryons cryoconservés : Knecht c. Roumanie*

935. Dans l'affaire *Knecht c. Roumanie* qui a donné lieu à un arrêt du 2 octobre 2012, la requérante avait pu bénéficier d'une FIV hétérologue à la suite de laquelle seize embryons surnuméraires avaient été conservés. Lorsqu'elle avait souhaité qu'il soit procédé à une nouvelle implantation d'embryons dans le cadre d'un nouveau projet parental, il était apparu que la clinique avec laquelle traitait la requérante n'avait pas l'autorisation de fonctionner comme banque de matériel génétique et faisait l'objet d'une procédure pénale. Les embryons avaient été

¹⁷¹⁹ Voy. not. : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt F. c. Suisse du 18 décembre 1987 et Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt A., B. et C. c. Irlande du 16 décembre 2010.

¹⁷²⁰ S. BIONDI, « Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian law : a deadly blow to an illiberal statute ? Commentary to the European Court of Human Rights decision *Costa and Pavan v. Italy* », *Medical Law Review*, 2013, p. 486.

saisis et confiés à l'Institut de Médecine Légale. Dans le contexte d'un certain désordre institutionnel, la requérante avait finalement pu obtenir de la Cour de cassation que les embryons congelés puissent être transférés à une clinique bénéficiant des autorisations nécessaires. Les embryons avaient alors été transférés dans une telle clinique, mais la requérante avait exprimé des réticences relativement à l'institution considérée en arguant de mauvaises expériences passées (§§ 7-38).

La requérante considérait que l'impossibilité dans laquelle elle s'était trouvée de pouvoir disposer des embryons constituait une violation de son droit au respect de la vie privée (§ 51). Le gouvernement invoquait le principe *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* dès lors que c'était la requérante qui avait fait initialement le choix de recourir aux services d'une clinique fonctionnant sans autorisation (§ 53). Ayant rappelé l'inclusion du droit de procréer en mobilisant les ressources de la PMA dans le champ de l'article 8 (§ 54), la Cour a décidé d'appréhender la question sous l'angle des obligations négatives dès lors qu'en l'espèce la requérante avait été empêchée d'utiliser ses embryons par les autorités nationales (§ 55). Suivant la Cour, la saisie des embryons et leur conservation par un organisme public poursuivait un objectif légitime de prévention des infractions, de protection de la santé ou de la morale et de protection des droits et libertés d'autrui dans un contexte où une clinique opérait sans autorisation dans le domaine très délicat de la procréation assistée (§ 57). Les autorités étatiques bénéficiaient en outre d'une large marge de manœuvre dès lors que la fécondation *in vitro* donnait lieu à « des questions morales et éthiques sensibles dans le contexte de développements scientifiques et médicaux rapides » (§ 59)¹⁷²¹. Au regard de cette large marge d'appréciation à reconnaître à l'Etat, la Cour a considéré que la saisie des embryons n'était pas « arbitraire ou déraisonnable » mais que, par contre, l'attitude subséquente des autorités avait conduit à l'impossibilité pour la requérante d'obtenir le transfert des embryons dans une clinique spécialisée (§ 60). En mai 2011, la Cour de cassation avait d'ailleurs admis que les droits de la requérante avaient été méconnus et avait ordonné que les embryons soient transférés dans une clinique spécialisée. Il s'ensuivait selon la Cour que la demande de la requérante se trouvait désormais dépourvue d'objet (§ 61).

Cette affaire présente sans doute un caractère assez anodin. Il n'empêche qu'elle confirme, dans un contexte où la Cour estime légitime et souhaitable l'intervention de l'Etat¹⁷²², la possibilité pour l'autorité publique d'encadrer la procréation assistée notamment en désignant les institutions médicales autorisées à la pratiquer. Par-delà, la violation des droits de la requérante, en l'espèce, relève d'avantage du cafouillage ponctuel que d'une difficulté structurelle¹⁷²³.

ii) *L'accès des détenus à la procréation assistée : Dickson c. Royaume-Uni*
[GC]

936. Dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni*, les requérants étaient deux détenus qui s'étaient mariés en prison et souhaitaient avoir un enfant. La seconde requérante avait été libérée. Le premier requérant ne serait libéré qu'à très long terme. Dans ce contexte, une insémination artificielle était la seule manière pour eux de pouvoir concevoir un enfant. La demande qu'ils avaient formulée à cet égard avait donné lieu à une réponse négative du ministre compétent. Les requérants s'étaient alors tournés successivement et en vain vers la *High Court* et la *Court of Appeal*. Devant la juridiction strasbourgeoise, ils soutenaient que le refus opposé à leur demande d'insémination artificielle constituait à leur endroit une violation des articles 8 et 12 de la Convention.

¹⁷²¹ Traduction libre.

¹⁷²² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 84.

¹⁷²³ Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *Hristozov et autres c. Bulgarie* du 13 novembre 2012.

Aux termes d'un arrêt daté du 18 avril 2006, une chambre avait conclu à la non-violation de la Convention en indiquant notamment que « la notion de “respect” de la vie privée et familiale, au sens de l'article 8, manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu, notamment, la diversité des conditions régnant dans les Etats contractants, et les choix opérés par les Etats en fonction de leurs priorités et ressources » (§ 31). La Cour avait également attaché de l'importance à l'absence de consensus européen (§ 31) et souligné la pertinence de la volonté du Royaume-Uni de maintenir « la confiance du public dans le système pénal » et de garantir aux enfants « une protection effective ainsi que de veiller à leur bien-être moral et matériel » (§ 34). Enfin, « les demandes d'insémination artificielle [étaient] soigneusement examinées au cas par cas » (§ 35).

La grande chambre a considéré qu'« il n'y [avait] pas lieu de décider si l'affaire [ressortissait] au contexte des obligations positives ou à celui des obligations négatives » dès lors qu'à son estime « la question cruciale en l'espèce [...] [était] précisément celle de savoir si un juste équilibre [avait] été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés [...] en concurrence » (§ 71).

La Cour a relevé tout d'abord que l'insémination artificielle était le seul espoir des requérants d'avoir un enfant ensemble et que dès lors la question revêtait pour eux une importance vitale (§ 72). Ensuite, elle a écarté les argumentations du gouvernement défendeur suivant lesquelles, d'une part, l'impossibilité de concevoir des enfants découlerait inévitablement et nécessairement de la détention (§ 74) et, d'autre part, la confiance du public dans le système pénitentiaire se trouverait affectée si l'on autorisait les détenus coupables d'infractions graves à concevoir des enfants (§ 75) avant de signaler, relativement à un troisième argument du gouvernement, que si elle était disposée à juger légitime que les autorités se préoccupent du bien-être de tout enfant éventuel lorsqu'elles élaborent et appliquent une politique, cela ne pouvait aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce (§ 76).

La Cour a considéré qu'une large marge de manœuvre devait être reconnue aux Etats membres en la matière dès lors que si « plus de la moitié des Etats contractant [autorisaient] les visites conjugales pour les détenus [...] ce qui pourrait être considéré comme un moyen épargnant aux autorités la nécessité de prévoir la possibilité d'un recours à l'insémination artificielle », elle n'était « pas encore » allée jusqu'à considérer que la Convention exige des Etats parties qu'ils permettent de telles visites (voy. *supra* n° 675 et s. et 925) (§ 81).

La Cour est ensuite parvenue, par douze voix contre cinq, à un constat de violation de la Convention fondé essentiellement sur l'absence de mise en œuvre au plan interne d'une véritable pesée des intérêts concurrents en jeu. Selon elle, la politique ministérielle en la matière, qui imposait au détenu de prouver à la fois « que la conception ne pourrait aucunement avoir lieu » sans l'insémination artificielle et qu'il existe dans son cas des « circonstances exceptionnelles » justifiant que l'on mette en œuvre cette solution, faisait peser sur les requérants « une charge exorbitante »¹⁷²⁴ et excluait concrètement toute mise en balance réelle des intérêts en jeu et ne permettait pas une appréciation adéquate de la proportionnalité dans une affaire donnée (§§ 82-84)¹⁷²⁵. La Cour a également relevé que le processus d'élaboration de la politique litigieuse n'avait au demeurant pas donné lieu dans le chef de l'exécutif à la pesée des intérêts en présence ni à une réflexion sur les questions de proportionnalité qu'elle soulevait. De la même manière, « la politique [n'ayant] pas été transcrite dans une loi, le Parlement [n'avait] jamais mis en balance les intérêts en jeu ni débattu des questions de proportionnalité qui se

¹⁷²⁴ La Cour renvoie à cet égard à l'arrêt *Smith and Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999 (§ 138).

¹⁷²⁵ La Cour n'a, au surplus, pas estimé utile d'examiner le grief formulé par le requérant sous l'angle du droit de fonder une famille garanti par l'article 12 de la Convention (§ 86).

posent à cet égard » (§ 83). Sur ce point, l'affaire se distinguait de l'affaire *Evans* – à laquelle il a renvoyé la Cour – où les enjeux en cause avaient, au contraire, fait l'objet d'une « analyse exceptionnellement minutieuse »¹⁷²⁶.

En conclusion, l'absence de toute pesée des intérêts dans le cas particulier des requérants et l'absence de toute réflexion proportionnaliste dans le cadre de l'élaboration de la règle litigieuse outrepassait, au regard du poids des intérêts individuels en présence, toute marge d'appréciation acceptable (§ 85). Il est intéressant de relever qu'en l'espèce n'était pas en cause à proprement parler une « règle absolue » comme dans *Pretty* (voy. *supra* n° 903) ou *Evans* (voy. *infra* n° 937), mais bien une règle générale assortie d'une clause d'exception particulièrement exigeante et dont la charge probatoire a été considérée excessive par les juges européens (voy. § 84).

Pour les cinq juges dissidents¹⁷²⁷, il n'était pas cohérent de dire, comme le faisait la Cour, « que les détenus n'ont pas droit à des visites conjugales mais que par contre ils peuvent revendiquer la possibilité d'avoir recours à l'insémination artificielle » (ce qui ressortirait implicitement de la motivation retenue par la grande chambre). En outre, la politique litigieuse permettait la mise en balance des intérêts en jeu et ne revêtait pas un caractère global. Dans ce contexte, la minorité a conclu qu'« on ne [pouvait] dire que les autorités britanniques [avaient] agi de manière arbitraire ou ont négligé le bien-être de l'enfant éventuel » en pointant en particulier certains aspects spécifiques de la situation des requérants : « ils [avaient] entamé une relation par correspondance alors que tous deux purgeaient des peines d'emprisonnement ; ils [n'avaient] jamais vécu ensemble ; il y [avait] une différence d'âge de quatorze ans entre eux ; l'homme [avait] un passé violent ; la femme [avait] atteint un âge auquel la procréation naturelle ou artificielle [n'était] plus guère possible et, en tout cas, [était] risquée ; et tout enfant qui viendrait à être conçu devrait vivre sans la présence du père pendant une partie importante de son enfance ». Les juges dissidents semblent dès lors critiquer une appréhension par trop abstraite de l'affaire par la majorité qui s'était livrée à une évaluation de la politique gouvernementale litigieuse alors que son application dans le cas d'espèce ne donnait pas lieu à un résultat incompatible avec la Convention¹⁷²⁸.

C. Les conflits entre procréateurs : *Evans c. Royaume-Uni* [GC]¹⁷²⁹

937. Lorsque la procréation assistée est mise en œuvre au bénéfice d'un couple et en utilisant les gamètes des deux partenaires, la séparation dans le temps de la fécondation (c'est-à-dire de la rencontre des gamètes) et de l'implantation (c'est-à-dire du début de la gestation) rend possible un désaccord entre procréateurs sur la poursuite ou l'abandon du projet procréatif, après la fécondation mais avant l'implantation. L'Etat se trouve alors en position d'arbitre des aspirations respectives des deux adultes. Tel était précédemment l'enjeu de l'importante affaire *Evans c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt de grande chambre du 10 avril 2007. La requérante avait appris en juillet 2000 qu'elle présentait aux deux ovaires des tumeurs précancéreuses et qu'elle devait conséquemment subir une ovariectomie bilatérale. Toutefois, il était possible de prélever, avant l'ablation, quelques ovules afin de procéder à une fécondation *in vitro*. Un tel prélèvement a eu lieu et les ovules prélevés ont été fécondés avec les gamètes du compagnon de la requérante. Six embryons ont ainsi été constitués puis cryoconservés. L'ablation des ovaires de Madame Evans a eu lieu en novembre 2001. Il était ensuite nécessaire

¹⁷²⁶ Cour eur. dr. h. (gde. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 86. Comp. Cour eur. dr. h. (gde. ch.), arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2) du 6 octobre 2005, § 79.

¹⁷²⁷ Opinion dissidente commune à M. WILDHABER, M. ZUPANCIC, M. JUNGWIERT, Mme GYULUMYAN et M. MYJER.

¹⁷²⁸ Comp. avec la critique des juges concordants dans l'arrêt A., B. et C c. *Irlande* (Opinion concordante du juge LOPEZ GUERRA, à laquelle se rallie le juge CASADEVALL, § 5).

¹⁷²⁹ D. ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ? », note sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 810 et s.

de patienter deux ans avant l'implantation des embryons dans son utérus. En mai 2002, toutefois, le couple s'est séparé et l'ex-compagnon de la requérante a informé la clinique qu'il retirait son consentement à l'implantation. La législation britannique autorise chacun des auteurs du projet parental à retirer son consentement jusqu'à l'implantation, cette règle ne souffrant aucune exception. Le désaccord de l'ex-compagnon de la requérante faisait dès lors péremptoirement obstacle à l'implantation des embryons constitués et cryoconservés dans son utérus et la privait conséquemment de tout espoir de mettre un jour au monde un enfant qui soit génétiquement le sien. Madame Evans a alors diligemment, vainement, une procédure devant les juridictions internes.

Ayant écarté d'emblée l'argument de la requérante fondé sur l'article 2 dès lors que « les embryons créés par la requérante et [son compagnon] ne pouvaient se prévaloir du droit à la vie » (§ 56)¹⁷³⁰, la Cour a jugé, sous l'angle de l'article 8, que l'affaire concernait non seulement un conflit entre les droits totalement inconciliables respectivement puisés par la requérante et son compagnon dans l'article 8 de la Convention (§ 73) mais également différents intérêts « plus vastes, d'ordre général soit, par exemple, “le principe de la primauté du consentement” et “la clarté et la sécurité juridique” (§ 74)¹⁷³¹. Dans ce contexte, il était « plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant de savoir [...] si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu » (§ 76)¹⁷³².

La Cour a alors alloué au Royaume-Uni le bénéfice d'une large marge d'appréciation dès lors que l'affaire revêtait un caractère moralement et éthiquement délicat (§ 78)¹⁷³³ et qu'il n'existait pas en Europe de consensus sur l'encadrement de la FIV et la gestion d'éventuelles divergences survenant entre procréateurs quant à la poursuite du processus (§§ 79-80). Non seulement, la Cour a relevé qu'il n'y avait pas d'approche commune à propos du moment où le consentement du donneur de gamète doit être réputé irrévocable (§ 79)¹⁷³⁴, mais en outre, elle a souligné en

¹⁷³⁰ Cour eur. dr. h. (gde. ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 85. S'attachant à l'affaire *Evans*, Michel LEVINET pointe que les juges majoritaires ont retenu une approche « contractualiste » (p. 88). Selon lui ce qui est très interpellant dans l'arrêt c'est le peu de cas qui est du respect de la vie des embryons (alors même que la requérante avait invoqué l'article 2 de la Convention).

¹⁷³¹ La Cour renvoie à cet égard au § 45 de l'arrêt *Odièvre c. France*.

¹⁷³² Ici aussi, il est expressément renvoyé à l'affaire *Odièvre c. France*.

¹⁷³³ La Cour a renvoyé à cet égard expressément aux observations émises, lors de l'examen de l'affaire par la Chambre des Lords, par Lord Bingham. Ainsi, « Lord Bingham décrit le contexte et l'esprit général de la loi de 1990 comme suit : “Le caractère sensible des questions en jeu ne fait aucun doute. D'une part, il y avait ceux qui considéraient la création d'embryons – et donc de la vie – in vitro comme un sacrilège ou comme quelque chose de contestable du point de vue éthique et qui souhaitaient interdire totalement ces pratiques. D'autre part, il y avait ceux qui voyaient dans ces nouvelles techniques, en ce qu'elles offrent aux personnes stériles la possibilité d'avoir des enfants et permettent de faire progresser les connaissances sur les maladies congénitales, des perspectives d'améliorer la condition humaine, et les arguments religieux et moraux étayant ce point de vue ne faisaient pas défaut. On ne peut douter non plus de la difficulté qu'il y a à légiférer sur ces questions, compte tenu de la rapidité des progrès médicaux et scientifiques. Ce n'est pas souvent que le Parlement est appelé à élaborer une législation apte à s'appliquer aux évolutions à la pointe de la science.

La solution recommandée et consacrée par la loi de 1990 ne consiste pas à interdire toute création in vitro d'embryons humains vivants et toute utilisation de pareils embryons, mais plutôt, sous réserve de certaines interdictions expresses, dont quelques-unes ont été mentionnées ci-dessus, à autoriser ces pratiques en les soumettant à des conditions, des restrictions et des délais particuliers, et à des mécanismes de contrôle (...). Il est évident (...) que si le Parlement a décidé de prohiber certaines pratiques manifestement choquantes (telles que l'implantation d'un embryon animal vivant dans le corps d'une femme ou de celui d'un être humain dans le corps d'un animal), il a pour le reste opté pour un régime de contrôle rigoureux. Aucune activité relevant de ce domaine n'a été oubliée. Il s'agissait de ne pas laisser faire n'importe quoi” » (§ 34).

¹⁷³⁴ Ainsi, « [...] Certains Etats ont adopté des lois ou des règlements pour encadrer le recours au traitement par FIV, alors que d'autres s'en remettent en la matière à la pratique et à des directives médicales. Le Royaume-Uni n'est certes pas le seul Etat à permettre la conservation d'embryons et à autoriser les deux donneurs de gamètes à revenir librement et effectivement sur leur consentement tant qu'il n'y a pas eu implantation des embryons, mais d'autres règles et pratiques se rencontrent ailleurs en Europe [...] » (§ 79).

renvoyant à la jurisprudence israélienne et américaine qu'il n'existait de position partagée sur une éventuelle prévalence des droits de la mère liée à « la plus grande ampleur de son investissement physique et émotionnel durant le traitement par FIV et à sa stérilité ultérieure » (§ 80). Il était légitime et souhaitable que les Etats encadrent le recours à la FIV (§ 84) et si des Etats avec des « cultures religieuses, sociales et politiques différentes » avaient retenu des solutions différentes de celles plébiscitées par le Royaume-Uni, il n'en restait pas moins que « [c'était] d'abord à chaque Etat qu'il [appartenait] de décider des principes et politiques à appliquer dans ce domaine sensible » (§ 85).

Pour la Cour, il fallait souligner à cet égard, que « la loi de 1990 [avait] été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle [était] le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats » (§ 86). La Cour a renvoyé sur ce dernier point – *i.e.* le soin apporté par l'Etat à l'élaboration de la solution disputée – à sa jurisprudence *Hatton c. Royaume-Uni* relative aux vols de nuit au-dessus de Londres (voy. *supra* n° 561)¹⁷³⁵.

En outre, l'adoption d'une règle claire ne pouvait être considérée en soi incompatible avec les dispositions de la Convention. Renvoyant une nouvelle fois à l'approche « assurantielle » qui avait prévalu dans *Pretty*, de même qu'à l'arrêt *Odièvre*, la Cour a expressément affirmé que « le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8 » et qu'en l'espèce, l'adoption de « dispositions ne permettant aucune exception » correspondait à la volonté de « faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV » et, au-delà, de « promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts « parfaitement incommensurables » (§ 89).

La Cour avait encore affirmé que « le Parlement aurait pu régler la situation différemment » mais que « la question centrale qui se [posait] au regard de l'article 8 n'est pas de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour d'autres dispositions, mais de déterminer si [...] le Parlement [avait] excédé la marge d'appréciation qui est la sienne en la matière » (§ 91) avant de conclure à l'absence de violation de la Convention (§ 92).

Avant de valider, par treize voix contre quatre, la solution retenue par le Royaume-Uni, la Cour a encore précisé que « quant à l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8, la grande chambre, tout comme les autres juridictions ayant eu à connaître de l'affaire, compatissait à la situation de la requérante, qui désire manifestement par-dessus tout un enfant de son sang » (§ 90). On se souvient que dans l'affaire *Pretty*, les juges européens avaient semblablement offert leur « sympathie » à la requérante¹⁷³⁶. Tout se passe comme si la Cour avait conscience que l'application de la règle générale produisait en l'espèce un résultat peu satisfaisant et que les juges européens, tout en

¹⁷³⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003. Aux termes de cet arrêt, « lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu. Il n'en résulte pas pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher » (§ 128).

¹⁷³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002. La Cour y avait affirmé qu'elle ne pouvait « qu'éprouver de la sympathie pour la crainte de la requérante de devoir affronter une mort pénible si on ne lui donne pas la possibilité de mettre fin à ses jours » (§ 55).

admettant la logique absolutiste du régime litigieux, souhaitaient exprimer leur regret qu'une telle logique induise nécessairement le sacrifice de l'intérêt de la requérante¹⁷³⁷.

Les quatre juges dissidents ont contesté en premier lieu le choix fait par la majorité d'appréhender l'affaire en termes d'obligations positives dès lors que selon eux l'affaire concernait « une atteinte au droit de la requérante au respect de sa décision de devenir parent au sens génétique du terme » (§ 6). En outre, la référence à la marge d'appréciation dans cette affaire était « simpliste et mécanique » et jouait le rôle d'un « simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle » (§ 12). Sur le fond, ils considéraient que tant l'article 8 considéré isolément que les articles 8 et 14 combinés de la Convention avaient été violés. Ainsi, d'une part, le caractère absolu de la règle validée par la majorité induisait l'impossibilité de prendre en considération les circonstances particulières de la situation de la requérante et spécialement le fait que c'était pour elle la dernière possibilité de mettre au monde un enfant génétiquement apparenté et celui que son compagnon lui avait donné des assurances qui avaient déterminé son choix de faire féconder ses ovules avec le sperme de ce dernier (§§ 7 et 8). D'autre part, la législation litigieuse « [faisait] supporter à l'intéressée une charge morale et physique [...] disproportionnée qui ne [pouvait] guère être compatible avec les buts mêmes de la Convention, qui sont de protéger la dignité et l'autonomie humaine » (§ 13). Enfin, selon eux « une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise de méthodes de fécondation artificielle » (§ 15)¹⁷³⁸.

Si la dénonciation des règles absolues nous est désormais familière, il est intéressant de relever qu'aux yeux des juges dissidents, le sexe pourrait ou devrait être un critère décisif dans ce type d'affaires relatif à la procréation en raison des rôles différents que sont appelés à y jouer les hommes et les femmes.

¹⁷³⁷ Laurence AZOUX BACRIE réclame, quant à elle, une approche plus « humaniste et compassionnelle » allant « dans le sens de la vie » (L. AZOUX BACRIE, « Du consentement à la procréation assistée et de son retrait : une approche contestable (à propos de l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007) », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 104). Dans le même sens, Jean-Louis RENCHON relève que, dans cet arrêt, la Cour fait prévaloir « le droit à la liberté absolue de l'un plutôt que pour la responsabilité contractée à l'égard de l'autre ou la solidarité assumée à l'égard de l'autre » (J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions ... », *op. cit.*, pp. 164-165). Pour une réflexion articulée, à propos du même arrêt *Evans*, sur la notion de « confiance » (« *trust* »), voy. : K. LOHMUS, « Autonomy and Care: Rethinking the Right to Autonomy under the European Court of Human Rights Jurisprudence », Background paper, February 4th, 2011 (<https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/7798>).

¹⁷³⁸ Pour Laurence AZOUX-BACRIE, « force est de constater qu'un homme qui féconde l'ovule de sa femme lors d'un rapport sexuel ne peut plus retirer son consentement. Parallèlement, pourquoi pourrait-il le retirer lors d'une fécondation in vitro ? » (L. AZOUX BACRIE, « Du consentement à la procréation assistée et de son retrait ... », *op. cit.*, p. 104). Pour Nicole GALLUS, au contraire, aucun argument déterminant ne joue en faveur de la femme dans le contexte de la procréation assistée, même si « physiologiquement au moins, les investissements de chacun sont très différents » (N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 215).

Sous-section 2. Le droit de ne pas procréer

938. De même qu'ils ont le droit de procréer, les individus bénéficient – au titre du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 – de celui de ne pas procréer. C'est l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 qui a solennellement affirmé le « droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent »¹⁷³⁹. A nouveau cependant, les implications réelles de ce droit abstraitement consacré par le juge européen des droits de l'homme présentent une intensité éminemment variable : si la Convention garantit, à n'en pas douter, le droit de ne pas être forcé à concevoir un enfant, elle refuse avec constance de considérer que le droit de décider de devenir ou de ne pas devenir parent impliquerait un droit à l'avortement. On retrouve à cet égard l'effet de flou présent dans l'affaire *Vo c. France* s'agissant d'un éventuel droit à la vie à reconnaître au fœtus.

En premier lieu, la Cour garantit certainement la liberté de ne pas concevoir un enfant si on ne le souhaite pas, quoiqu'il s'agisse d'un domaine dans lequel la Cour ne s'est encore prononcée que rarement et indirectement. Il semble en tout cas exclu que l'Etat puisse contraindre d'une manière ou d'une autre les individus à procréer tandis qu'affleure un droit d'accéder à la contraception (§ 1).

En deuxième lieu, les divergences qui peuvent aujourd'hui raisonnablement exister quant à la contribution d'un ou de plusieurs enfants à l'épanouissement de l'individu et du couple peuvent faire surgir des conflits entre les partenaires conjugaux et l'arrêt *Evans* – s'il concerne évidemment le cas spécifique de la procréation assistée – n'en constitue pas moins un bon point de départ pour la réflexion sur la façon dont il convient de résoudre de tels conflits ou bien sur la possibilité de régler par contrat cet aspect de la vie privée (§ 2).

En troisième lieu, la Cour maintient, contre vents et marées la possibilité pour les Etats de ne tolérer l'avortement qu'en cas de danger immédiat pour la vie de la mère. Si le droit de ne pas procréer a assurément une certaine épaisseur conventionnelle, il n'empêche qu'il se trouve assez rapidement supplanté par des intérêts jugés systématiquement plus lourds dans la balance des intérêts (§ 3).

Le rôle du consensus européen apparaît ici aussi largement muselé, au moins lorsqu'il s'agit du droit à l'avortement qui constitue l'une des rares applications de la doctrine de la *position isolée*.

§ 1. La liberté de ne pas procréer

939. Il va de soi que les individus sont libres de ne pas se reproduire, sans préjudice de la conduite par l'Etat d'une politique nataliste fondée sur la mise en œuvre d'incitants à la procréation. Ainsi qu'a pu le préciser un juge européen, « [si l'Etat] souhaite encourager la maternité, il accordera les [...] incitations fiscales traditionnelles uniquement aux couples dont les deux membres vivent ensemble et ont des enfants »¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 71.

¹⁷⁴⁰ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, opinion dissidente du juge ZUPANCIC, p. 28.

940. L'exercice par les individus de cette élémentaire liberté peut cependant impliquer l'accès à des informations relatives à la contraception et à la contraception elle-même¹⁷⁴¹. Si la problématique de la contraception affleure dans certaines affaires relatives aux informations mises à la disposition des enfants soit par leurs enseignants¹⁷⁴², soit par des éditeurs privés¹⁷⁴³, la Cour n'a rendu que peu de décisions relatives à la contraception. Tout au plus relèvera-t-on que dans une décision *X. c. Danemark* du 2 mars 1983, la Commission a considéré irrecevable la requête d'une femme se plaignant de ce qu'elle était tombée enceinte, malgré l'opération de stérilisation qu'elle avait subie¹⁷⁴⁴ et que dans une décision *Pichon et Sajous c. France* du 2 octobre 2001, la Cour a également jugé irrecevable la requête de pharmaciens qui souhaitaient au titre de leurs convictions se soustraire à l'obligation de vendre la pilule contraceptive¹⁷⁴⁵. Dans l'affaire *Odièvre c. France*, les juges dissidents ont exposé, à ce propos, que « dans de nombreux pays, comme en France d'ailleurs, le développement de la contraception et du planning familial joue un rôle considérable dans la parenté responsable »¹⁷⁴⁶.

§ 2. Les conflits entre procréateurs (potentiels)

941. Il n'est pas aussi évident que le droit de ne pas procréer implique une obligation positive de l'Etat tendant à en assurer la protection dans les rapports interindividuels.

Pourtant, dans un contexte où la procréation ne représente plus nécessairement la figure incontournable de l'épanouissement humain et le ciment naturel de l'union conjugale, il n'est pas exclu qu'émergent bientôt au sein des couples des contrats portant sur la conception d'enfant : on ne pourrait ainsi exclure l'éventualité d'un engagement à procréer qui serait conclu au sein d'un couple et au terme duquel les partenaires conjugaux s'obligeraient à concevoir un ou plusieurs enfants suivant un calendrier déterminé¹⁷⁴⁷. Il faudrait alors potentiellement s'interroger sur la possibilité pour les individus de renoncer contractuellement à leur droit de ne pas procréer...

Cette question s'est d'ailleurs déjà posée à la Cour, mais uniquement dans le cadre spécifique des procréations assistées. Dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* (voy. *supra* n° 937), si la majorité de la grande chambre a, dans cette affaire, décidé de « faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté » et « le principe de la primauté du consentement »¹⁷⁴⁸,

¹⁷⁴¹ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Etre parent aujourd'hui* (dir. P. JACQUES), coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2010, p. 12.

¹⁷⁴² Cour eur. dr. h., arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark du 7 novembre 1976.

¹⁷⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976.

¹⁷⁴⁴ Dans une décision *X. c. Danemark* du 2 mars 1983, une femme se plaignait sur pied de l'article 3 de l'inefficacité du processus de stérilisation auquel elle s'était soumise : elle était tombée enceinte quelques semaines après l'intervention. En l'espèce, « il [était] vrai que la requérante [n'avait] pas été informée de l'utilisation d'un instrument qui avait subi une modification » et qu'« une étude faite ultérieurement a montré que cet instrument modifié était moins efficace ». Cependant, « la requérante avait subi volontairement une intervention dont il était généralement reconnu qu'elle comportait un taux d'échec de 1 à 2 % » et « l'intervention a été menée conformément à une méthode généralement acceptée et fiable, utilisée depuis 1973 » en sorte que la Convention n'avait pas été violée.

¹⁷⁴⁵ Dans une décision *Pichon et Sajous c. France* rendu le 2 octobre 2001, la Cour a aussi considéré irrecevable la requête de requérants pharmaciens qui arguaient de leurs croyances religieuses pour refuser de vendre la pilule contraceptive. En effet, aux yeux de la Cour, « dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle ».

¹⁷⁴⁶ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003, opinion dissidente commune à M. WILDHABER, Sir BRATZA, M. BONELLO, M. LOUCAIDES, M. CABRAL BARRETO, Mme TULKENS et M. PELLONPÄÄ, § 9.

¹⁷⁴⁷ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie ... », *op. cit.*, pp. 15-17.

¹⁷⁴⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, §§ 89 et 74.

une minorité significative considérait au contraire qu'il y avait lieu de faire primer les intérêts de la requérante pour laquelle l'implantation litigieuse constituait « la dernière possibilité de mettre au monde un enfant génétiquement apparenté » dans un contexte où « son compagnon lui avait donné des assurances qui avaient déterminé son choix de faire féconder ses ovules avec le sperme de ce dernier » (§§ 7 et 8). La majorité avait, dans tous les cas, expressément admis que le législateur aurait pu régler la situation différemment¹⁷⁴⁹, ce qui revient – implicitement mais certainement – à admettre la conformité à la Convention d'une situation dans laquelle une personne qui s'est engagée dans un processus de procréation assistée peut être obligée de procréer. Le droit de ne pas procréer serait alors un droit « renonçable ». La gestation pour autrui, qui n'a fait à ce stade son apparition dans le droit européen des droits de l'homme que sous des angles indirects (voy. *supra* n° 932) est un autre exemple de contrat par lequel on s'engagerait à procréer (fût-ce pour le compte d'un couple de parents d'intention).

§ 3. L'interruption volontaire de grossesse

942. S'il se conçoit que le droit de ne pas devenir parent empêche toute obligation de concevoir un enfant (sous réserve de l'acceptabilité d'une renonciation à ce droit en tout cas dans le cadre spécifique de la procréation assistée), il est ainsi moins évident que le droit de ne pas procréer induirait celui d'interrompre une grossesse déjà en cours. Ainsi la Cour se refuse-t-elle à ce stade expressément à consacrer au bénéfice des individus un quelconque droit à l'avortement.

Il n'en reste pas moins que la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse concerne la sphère de la vie privée, comme la Commission avait pu le relever – dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* – dès 1976. Dans l'affaire *A., B. et C. c. Irlande* soldée par un arrêt du 16 décembre 2010, la Cour a considéré que « si l'article 8 ne [pouvait][...] s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement », il n'en restait pas moins que « l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé et/ou de bien-être dont se plaignent les première et deuxième requérantes, et l'impossibilité dans laquelle la troisième requérante se serait trouvée de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande [étaient] des questions qui [relèvent] du droit des intéressées au respect de leur vie privée, et donc de l'article 8 » (§ 214). Il est alors possible d'examiner, à l'aune des principes du droit de la Convention, les choix étatiques d'interdire certains types d'avortement (A), de régler, comme en matière de procréation assistée, les différends susceptibles de se faire jour entre procréateurs (B) ou d'encadrer la mise en œuvre des interruptions de grossesse licites (C).

A. L'interdiction de l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être : A., B. et C. c. Irlande

943. Les organes de la Convention ont été amenés à s'interroger sur les conditions d'accès à l'avortement dès l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*. Les requérantes y dénonçaient la circonstance que le droit allemand maintenait le principe suivant lequel l'avortement était une infraction pénale tout en prévoyant que dans les cas où la femme concernée pourrait faire état d'une situation de détresse spécifique l'acte ne serait pas punissable (§§ 4-5). Il y a lieu de savoir que le législateur allemand avait initialement décidé de permettre l'avortement durant les douze premières semaines de la grossesse sans nécessité d'indiquer la raison de cette décision. La Cour constitutionnelle allemande avait cependant, dans une décision du 25 février 1975,

¹⁷⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 91.

considéré inconstitutionnel cet aspect du *Criminal Law Reform Act* ensuite de quoi le législateur avait opté pour le maintien de l'incrimination pénale nuancée par la possibilité de faire valoir une situation de détresse spécifique.

Dans son rapport du 17 mars 1978, la Commission a souligné que l'« on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement du domaine de la vie privée » et que « lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe » (§ 59). A cet égard, la Commission a considéré qu'il n'était pas nécessaire de décider si l'enfant conçu devait être considéré comme une « vie » au sens de l'article 2 (voy. *supra* n° 924) ou pouvait constituer un « autre » au sens de l'article 8, § 2, de la Convention. Dans tous les cas, il apparaissait clairement que « certains intérêts liés à la grossesse étaient protégés » dans les Etats parties et que certains droits – notamment celui d'hériter – étaient reconnus à l'enfant déjà conçu mais pas encore né (§ 60).

Dans un contexte où – au surplus – il n'existait pas un seul Etat européen autorisant l'avortement sans autre restriction (§ 61), il ne pouvait être considéré que la réglementation dénoncée par la requérante était contraire à l'article 8 de la Convention (§§ 62-63). Pour la Commission, cela était d'autant plus vrai qu'« au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, les législations sur l'avortement de tous les pays étaient au moins aussi restrictives que celle dénoncée par les requérants » en sorte qu'il n'était pas établi que « c'était l'intention des parties à la Convention d'être liées par une solution particulière – telle que celle prévue par le *Criminal Law Reform Act* – qui ne faisait même pas l'objet d'un débat public au moment où la Convention a été élaborée et adoptée » (§ 64).

Les requérantes ont aussi invoqué sans succès l'article 9 de la Convention en soulignant que la réglementation allemande « les obligeait à adopter des vues qui n'étaient pas les leurs » (§ 40), l'une d'entre elles se prévalant en outre, tout aussi vainement et au titre de l'article 12 de la Convention, de ce qu'« un enfant non-désiré réduirait ses perspectives de mariage » (§ 44).

944. Dans le célèbre arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992 dans lequel la Cour a considéré l'article 10 de la Convention violé par l'interdiction faite par les juridictions irlandaises aux associations requérantes de fournir à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement en dehors d'Irlande (§ 80)¹⁷⁵⁰.

Ayant relevé qu'il y avait eu une ingérence dans le droit à la liberté d'expression (§ 55), la Cour a souligné que les poursuites mises en œuvre à l'encontre de celles-ci reposaient « à l'évidence, sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie [et qui s'étaient] traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais qui, au référendum de 1983, [avait] voté contre l'avortement » en sorte qu'elles poursuivaient « le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect » (§ 63).

La Cour a considéré que l'Etat jouissait d'une large marge d'appréciation « dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine » et dès lors qu'« on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants une notion européenne uniforme de la morale »¹⁷⁵¹. Cela ne signifiait pas, comme il avait pu être souligné dans *Norris* (voy. *supra* n° 575), que les autorités internes jouissaient en la matière d'« un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle » (§ 68). De la même manière, la seule invocation du but légitime de protection de la vie n'impliquait pas que les mesures

¹⁷⁵⁰ Voy. la majorité de quinze voix contre huit et les nombreuses opinions séparées. Comp. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt A., B. et C. c. Irlande du 16 décembre 2010.

¹⁷⁵¹ La Cour renvoie évidemment ici à : Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 48 et Cour eur. dr. h., arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, § 35.

choisies par les autorités internes se justifiaient « automatiquement au regard de la Convention en cas d'allégation d'une atteinte à un droit de moindre envergure » (§ 69).

Ayant ainsi affirmé que la discrétion à consentir à l'Etat n'était pas illimitée et que « la liberté d'expression [valait] aussi pour les "informations" ou "idées" qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population » (§ 71), la Cour souligné en particulier que les requérantes avaient été poursuivies alors même que le droit pénal irlandais n'érigait pas en infraction le fait de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement et que la décision de la Cour suprême irlandaise revêtait un caractère absolu (§§ 72-73). A ce stade, la Cour a relevé qu'« à cet égard déjà, l'ingérence se [révéla]it trop large et disproportionnée » (§ 74). Au surplus, les requérantes « ne préconisaient ni n'encourageaient l'avortement, mais se bornaient à expliquer les solutions » (§ 75) tandis que l'on pouvait se procurer par d'autres biais les informations litigieuses (§ 76). Enfin, « les éléments recueillis [...] [donnaient] à penser que l'injonction [avait] créé un risque pour la santé » en privant certaines femmes de conseils appropriés (§ 77). Par quinze voix contre huit, la Cour a donc considéré que les poursuites mues à l'encontre des requérantes avaient constitué une violation de l'article 10 de la Convention.

Elle n'a ensuite pas souhaité examiner les griefs formulés sur pied des articles 8 et 14 (combinés à l'article 10 ou à l'article 8) de la Convention (§§ 81-83).

Pour quatre des juges dissidents¹⁷⁵², « les restrictions sont justifiées, et en tout cas, ne dépassent pas le seuil admissible. Il s'agit, nettement, d'une compression minimale du droit à la liberté d'expression – dans son aspect relatif à la communication et à la réception des informations – de nature à assurer la primauté de valeurs telles que le droit à la vie de l'enfant à naître selon les conceptions de l'ordre juridique irlandais qu'on ne saurait critiquer à la lumière de conceptions différentes partagées par d'autres systèmes juridiques ».

945. Presque vingt ans plus tard, la Cour a été amenée à examiner la compatibilité avec la Convention du régime irlandais de l'avortement dans une affaire *A., B. et C. c. Irlande* qui a donné lieu à un arrêt du 16 décembre 2010¹⁷⁵³. Les trois requérantes étaient des femmes irlandaises qui s'étaient trouvées enceintes alors qu'elles ne se sentaient pas en mesure, pour diverses raisons, de conduire une grossesse ou d'assumer un enfant. En Irlande, l'interprétation retenue du huitième amendement de la Constitution était interprété comme induisant une interdiction de l'avortement. Dans une affaire *X.*, la Cour suprême d'Irlande avait levé l'interdiction de quitter le territoire qui avait été faite à une jeune fille, victime d'un viol, qui avait manifesté la volonté de subir un avortement en Angleterre. La Constitution irlandaise avait subséquemment été amendée pour intégrer le droit de bénéficier d'informations relatives à l'avortement à l'étranger et celui de se rendre le cas échéant à l'étranger pour y subir un avortement (§§ 27-55). La question de l'avortement avait même justifié un report de la ratification du Traité de Lisbonne et rendu nécessaire la formulation d'un engagement des 27 suivant lequel le Traité ne porterait pas atteinte à la position constitutionnelle de l'Irlande face à l'avortement (§§ 100-104).

La première requérante avait été dépressive pendant ses quatre premières grossesses et luttait de nouveau contre la dépression alors qu'elle était enceinte pour la cinquième fois (§ 14). La deuxième requérante était tombée enceinte par accident alors qu'elle avait pris la « pilule du lendemain » et deux médecins différents lui avaient indiqué qu'elle courait un risque important

¹⁷⁵² Opinion dissidente de MM. PETTITI, RUSSO et LOPES ROCHA, approuvée par M. BIGI.

¹⁷⁵³ Voy. à propos de cet arrêt : B. WEINSTEIN, « Reproductive Choices in the Hands of the States : The Right to Abortion under the European Convention on Human Rights in Light of *A, B & C v. Ireland* », *American University International Law Review*, 2012, pp. 392-437 et F. DE LONDRA et K. DZEHTSIAROU, « Grand Chamber of the European Court of Human Rights, *A, B & C v Ireland*, Decision of 17 December 2010 », *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, pp. 250-262.

de grossesse extra-utérine (§ 19). La troisième requérante était atteinte d'une forme rare de cancer avec des implications potentielles pour le fœtus et sa propre santé (§ 24). Les trois femmes avaient pris le parti de se rendre en Angleterre pour y subir un avortement. A Strasbourg, les deux premières requérantes arguaient que l'interdiction de l'avortement pour motif de santé ou de bien-être était contraire à l'article 8 de la Convention. La troisième se plaignait de n'avoir pas été effectivement en mesure d'obtenir un avortement en Irlande à raison du risque qui existait pour sa vie (§ 113). Cadrant le litige, la Cour a estimé que la première requérante avait avorté pour des raisons de santé et de bien-être, la deuxième pour des raisons de bien-être et la troisième parce qu'elle craignait pour sa vie (§ 125). La Cour a ensuite souligné l'impact psychologique, physique et financier du déplacement à l'étranger.

Les requérantes faisaient valoir en premier lieu que le droit irlandais induisait pour elles un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. Selon elle, « la pénalisation de l'avortement est discriminatoire (en ce qu'elle véhiculerait des stéréotypes et préjugés simplistes à l'égard des femmes) » et « entraîne une atteinte à la dignité des femmes [qu'elle] désigne à la vindicte publique, tout en exacerbant leurs sentiments d'angoisse ». A cet égard, les deux possibilités ouvertes – aller avorter à l'étranger ou poursuivre la grossesse – auraient « un caractère dégradant » et constitueraient « un affront délibéré à leur dignité » (§ 162). Pour la Cour, cependant, le traitement appliqué aux requérantes n'atteignait pas le seuil de gravité requis pour l'application de cette disposition (§ 164).

Sur le plan de l'article 8, les requérantes faisaient valoir que l'Irlande ne pouvait se prévaloir de la poursuite d'un but légitime « compte tenu du point de vue moral opposé défendu par les organes de protection des droits de l'homme dans le monde entier » (§ 170). En outre, elles exposaient que l'interdiction litigieuse ne correspondait plus aux perceptions du peuple irlandais « dont certains éléments [indiquaient] qu'il [était] en faveur d'un accès plus large à l'avortement légal » (§ 170) et qu'elle contrastait vivement avec « les régimes plus souples en faveur desquels il y [avait] selon elles un consensus clair aux niveaux européen et international » (§ 174). A leur estime, il ne revenait pas à la Cour d'« imposer l'application d'un droit de l'avortement particulier dans l'ensemble des Etats contractants » (§ 172) mais « les valeurs essentielles de la Convention [commandaient] à l'Etat d'adopter d'autres méthodes permettant de protéger la vie prénatale » (§ 173).

La Cour a considéré que les questions posées ressortissaient à la protection de la vie privée des requérantes, même si l'article 8 ne pouvait être interprété comme consacrant un droit à l'avortement (§ 214). Elle a dès lors estimé que l'impossibilité pour les première et deuxième requérantes de bénéficier d'une interruption de grossesse pour des motifs de santé et/ou de bien-être s'analysait en une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée (§ 216).

Selon elle, « les restrictions incriminées en l'espèce, quoique différentes de celles qui étaient en cause en l'affaire *Open Door*, [étaient] basées sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie » (§ 226) en sorte que les interdictions contestées poursuivaient le but légitime de protéger la morale « dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande » (§ 227). Il restait alors à déterminer si, compte tenu de la marge de manœuvre à reconnaître à l'Irlande, l'ingérence dans la vie privée des requérantes pouvait être considérée nécessaire dans une société démocratique pour la poursuite de ce but.

A cet égard, il faut en particulier relever que la Cour s'est employée à neutraliser l'effet habituel du consensus européen sur l'ampleur de la marge d'appréciation étatique (voy. *supra* n° 403).

Ayant relevé « l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques soulevées par la question », la Cour a signalé qu'il y avait lieu *a priori* d'accorder à l'Irlande une ample marge

d'appréciation relativement à l'équilibre à aménager entre l'intérêt général qu'il y a à protéger la vie de l'enfant à naître et les droits des requérantes (§ 233). Toutefois, contrairement à ce qui était prétendu par le gouvernement défendeur, il existait « dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais »¹⁷⁵⁴ en sorte que « l'Irlande [était] le seul Etat qui [autorisait] l'avortement uniquement en cas de risque pour la vie de la future mère (y compris le risque de suicide) » (§ 235). Dès lors qu'une tendance existait au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe en faveur d'un accès plus large à l'avortement, la Cour a estimé inutile de s'interroger sur l'existence de semblable tendance au plan international, qui était alléguée par les requérantes et certaines parties intervenantes (§ 235). De manière singulière, la Cour a décidé que le consensus européen dont elle avait constaté l'existence n'était pas susceptible de réduire « de manière décisive » la marge de manœuvre irlandaise » (§ 236).

Pour la Cour, semblable « désactivation » du rôle ordinairement dévolu au consensus européen se justifiait par égard à l'absence de consensus sur « la définition scientifique et juridique des débuts de la vie » telle qu'elle résultait de l'arrêt *Vo c. France*¹⁷⁵⁵ de 2004 (voy. *supra* n° 924). Ainsi, si l'on octroyait aux Etats le bénéfice d'une large marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il fallait « nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte ». Dans ce contexte, « même si l'examen des législations nationales [semblait] indiquer que la plupart des Etats contractants ont résolu le conflit entre les différents droits et intérêts en jeu dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à l'avortement, la Cour ne [pouvait] considérer ce consensus comme un facteur décisif pour l'examen du point de savoir si l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a permis de ménager un juste équilibre entre les droits et intérêts en présence, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention » (§ 237)¹⁷⁵⁶.

L'allocation à l'Irlande d'une large marge de manœuvre n'induisait cependant pas, *ipso facto*, la renonciation de la Cour à toute velléité de contrôle de la position irlandaise. Ainsi, d'une part, « un respect inconditionnel de la protection de la vie prénatale ou l'idée que les droits de la future mère seraient de moindre envergure ne [pouvait] [...] automatiquement justifier une interdiction de l'avortement fondée sur le souci de protéger la vie de l'enfant à naître » et « contrairement à ce que le Gouvernement [soutenait] en s'appuyant sur certaines déclarations internationales[...]»¹⁷⁵⁷, la réglementation du droit à l'avortement ne [relevait] pas non plus des seuls Etats contractants » (§ 238).

¹⁷⁵⁴ La Cour « [...] relève en particulier que les première et deuxième requérantes auraient pu interrompre leur grossesse sur simple demande (sous réserve du respect de certains critères, notamment de délai maximum depuis le début de la grossesse) dans beaucoup de ces Etats. La première requérante aurait pu être autorisée à avorter pour des motifs de santé ou de bien-être dans une quarantaine d'Etats, et la deuxième requérante aurait pu obtenir un avortement en invoquant des motifs de bien-être dans quelque 35 Etats membres. Seuls trois Etats sont encore plus restrictifs que l'Irlande en matière d'accès à l'avortement, puisqu'ils interdisent toute interruption de grossesse quel que soit le risque pour la vie de la femme enceinte. Certains Etats ont élargi ces dernières années les motifs légaux d'avortement (paragraphe 112 ci-dessus) [...] » (§ 235).

¹⁷⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 82.

¹⁷⁵⁶ Voy. S. KIRCHNER, « The Personal Scope of the Right to Life Under Article 2(1) of the European Convention on Human Rights After the Judgment in *A., B. and C. v. Ireland* », *German Law Journal*, 2012, pp. 783-792.

¹⁷⁵⁷ Voy. à cet égard le § 187 de l'arrêt : « [...] Rappelant le principe de subsidiarité et les rôles respectifs de l'Etat et de la Cour dans un contexte aussi particulier, le Gouvernement soutient que le consensus au niveau international, si tant est qu'il faille en tenir compte, tend en réalité vers la direction opposée, c'est-à-dire vers l'idée qu'il convient de laisser à l'Etat son autonomie pour définir ses propres lois en matière d'avortement plutôt que de confier cette tâche à un organe juridictionnel supranational (voir la CIPD tenue au Caire en 1994, la quatrième Conférence mondiale sur les femmes organisée à Pékin en 1995 et la recommandation 1903(2010) de l'APCE, ainsi que les protocoles aux traités de Maastricht et de Lisbonne). La résolution 607(2008) de l'APCE invoquée par les requérantes témoignerait

Les juges européens ont relevé en particulier qu'un « long, complexe et épineux débat » avait été conduit au plan interne relativement à la question de l'avortement au terme duquel il restait interdit d'y recourir pour des raisons de santé ou de bien-être tandis qu'il était par contre possible de se rendre dans un autre Etat à cette fin (§ 239). Au regard de cette possibilité, la Cour a considéré, par onze voix contre six, qu'« en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie [...] et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être sur son territoire, l'Etat irlandais [n'avait] pas excédé la marge d'appréciation dont il [jouissait] en la matière » (§ 241).

Certains juges de la majorité ont fait valoir que la Cour avait adopté une démarche et une conclusion par trop abstraites¹⁷⁵⁸. Selon eux, le raisonnement juridictionnel aurait du se focaliser sur la situation concrète des requérantes afin de ne pas « exclure que, dans d'autres affaires impliquant de graves risques pour la santé ou le bien-être de la femme souhaitant interrompre sa grossesse, l'interdiction de l'avortement décidée par l'Etat puisse être considérée comme disproportionnée et comme ne correspondant pas à la marge d'appréciation des autorités nationales » (§ 5)¹⁷⁵⁹. Pour un autre juge concordant, le consensus européen n'était purement et simplement pas pertinent dès lors qu'« à moins que n'existe dans chacun des Etats contractants un intérêt général à la protection du droit à la vie de l'enfant à naître comparable à celui qui prévaut en Irlande, on voit mal comment les Etats contractants pourraient se livrer à un arbitrage analogue à celui effectué par l'Etat irlandais » (§ 9)¹⁷⁶⁰.

Pour les six juges dissidents¹⁷⁶¹, la solution retenue par la majorité n'est pas adéquate au regard du rôle d'harmonisation qui revient à la Cour dès lors qu'« une des principales fonctions de [sa] jurisprudence est de conduire progressivement à une application harmonieuse de la protection des droits de l'homme qui transcende les frontières nationales des Etats contractants et permette aux personnes relevant de leur juridiction de bénéficier, sans discrimination, d'une protection égale quel que soit le lieu où elles résident » (§ 5). Au regard de cette fonction harmonisatrice, le consensus européen sur la question de l'avortement aurait dû, selon eux, réduire substantiellement la marge de manœuvre de l'Irlande (§ 6).

Outre cette critique de la désactivation du rôle habituel du consensus européen, la minorité a exprimé un vif désaccord avec les soutènements du raisonnement qui avaient conduit la Cour à considérer que l'Irlande avait aménagé un équilibre acceptable entre les intérêts en cause. Ainsi, les juges dissidents n'acceptent ni l'idée que le fait « que le droit irlandais autorise l'avortement aux femmes qui peuvent se rendre à l'étranger à cet effet suffirait à satisfaire aux exigences de la Convention concernant le droit des requérantes au respect de leur vie privée » (§ 6) ni celle suivant laquelle « le fait que les Irlandais ont des valeurs morales profondes quant à la nature de la vie aurait un impact sur le consensus européen et prendrait le pas sur lui, ce qui conférerait à l'Etat une ample marge d'appréciation » (§ 7). Au regard de cette deuxième idée, les juges de la minorité ont expressément affirmé qu'elle « [constituait] un véritable tournant, dangereux, dans la jurisprudence de la Cour [...] qui, [jusqu'alors], ne distinguait pas entre les croyances morales et les autres pour la détermination de la marge d'appréciation à accorder aux Etats dans des situations où il existe un consensus européen » (§ 9).

de la divergence de vues parmi les Etats contractants : le Gouvernement en veut pour preuve que c'est une résolution, et non une recommandation, adoptée à l'issue d'un vote partagé et sans les voix des parlementaires irlandais ».

¹⁷⁵⁸ Comp. avec la critique des juges dissidents dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* (Opinion dissidente commune à M. WILDHABER, M. ZUPANCIC, M. JUNGWIERT, MME GYULUMYAN et M. MYJER).

¹⁷⁵⁹ Opinion concordante du juge LOPEZ GUERRA, à laquelle se rallie le juge CASADEVALL.

¹⁷⁶⁰ Opinion concordante de la juge FINLAY GEOGHEGAN.

¹⁷⁶¹ Opinion en partie dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, FURA, HIRVELÄ, MALINVERNI et POALELUNGI.

La minorité a finalement fait remarquer la « sévérité » et la « rigueur » voire le « relatif archaïsme » des sanctions pénales prévues en cas d'avortement illégal. Cet aspect aurait selon eux dû être pris en considération pour l'appréciation de la proportionnalité (§ 10).

La situation de la troisième requérante, dont la vie (et pas seulement sa santé) se trouvait menacée et qui prétendait s'être trouvée dans l'impossibilité de faire établir qu'elle remplissait les conditions pour avorter légalement en Irlande concerne la mise en œuvre d'un avortement *a priori* permis. Elle est donc examinée dans le cadre du point B ci-dessous (voy. *infra* n° 948).

B. L'encadrement de la pratique médicale

946. La Cour exige que, lorsque l'avortement est permis, il soit en outre effectivement accessible à ceux qui réunissent les conditions légales. A cet égard, il convient que le cadre procédural et institutionnel soit adéquat et que les individus puissent accéder en temps utile aux informations médicales nécessaires à une éventuelle décision d'interrompre la grossesse.

i) *L'absence de cadre procédural et institutionnel adéquat : Tysiac c. Pologne*

947. Dans l'affaire *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, la requérante souffrait d'une forte myopie et il était établi qu'elle était atteinte d'une invalidité de gravité moyenne. Enceinte, alors qu'elle avait déjà deux enfants, et inquiète quant aux conséquences potentielles d'une nouvelle grossesse sur sa santé, elle avait consulté des médecins. Les premiers médecins consultés avaient constaté que la grossesse impliquait un risque important, notamment pour la vue de la requérante, mais n'avaient toutefois pas accepté d'émettre un certificat en vue d'une interruption de grossesse. Un autre médecin avait subséquemment établi un certificat relevant que cette troisième grossesse constituait un risque pour la santé de la requérante. La requérante avait compris que ce certificat lui permettrait de subir un avortement thérapeutique. Cependant, lorsqu'elle s'était présentée dans un hôpital public, il avait été décidé au terme d'un examen sommaire que l'avortement ne se justifiait pas. En conséquence, la requérante avait finalement accouché. Sa vue s'était effectivement détériorée et il avait été constaté que son invalidité était désormais importante. La requérante avait alors cherché, mais sans succès, à mettre en branle des procédures pénale et disciplinaire à l'endroit du médecin qui lui avait refusé l'avortement thérapeutique.

Dans cette affaire, jugée avant l'affaire *A., B. et C.* (voy. *supra* n° 945 et *infra* n° 948), la requérante prétendait également en premier lieu avoir été victime d'une violation de l'article 3 de la Convention. La Cour y avait déjà décidé que les faits dénoncés ne révélaient aucune violation de l'article 3 et se prêtaient par ailleurs mieux à un examen sous l'angle de l'article 8 (§ 66).

Sous l'angle de l'article 8, elle estimait avoir été victime d'une violation des obligations prescrites par la Convention dès lors qu'elle avait couru « un grave risque pour sa santé » (§ 78) tandis que l'Etat ne procurait pas « un cadre juridique complet pour régir les conflits opposant des femmes enceintes et des médecins quant à la possibilité d'interrompre une grossesse en cas de menace pour la santé » (§ 80).

La Cour a d'emblée précisé que, dans la mesure où la loi polonaise permettait l'avortement lorsque la grossesse met en danger la vie ou la santé de la femme, il ne lui revenait pas de rechercher si la Convention garantissait un droit à l'avortement (§ 104). Elle a ensuite rappelé, d'une part, que l'interruption de grossesse touche au domaine de la vie privée étant donné que lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se

développe (§ 106)¹⁷⁶² et, d'autre part, que la notion de vie privée est large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale et le respect effectif de l'intégrité physique et morale des individus (§ 107). Le cas de Madame Tysiak mettait en cause, selon la Cour, une combinaison singulière de droits garantis par l'article 8 de la Convention. Ainsi, « alors que la réglementation de l'Etat sur l'avortement implique de procéder à l'exercice habituel de mise en balance de la vie privée et de l'intérêt public, il faut aussi – en cas d'avortement thérapeutique – l'examiner au regard de l'obligation positive qui incombe à l'Etat de reconnaître aux futures mères le droit au respect de leur intégrité physique » (§ 107).

Les juges de Strasbourg ont considéré plus adéquat d'examiner la cause sous le seul prisme des obligations positives (§ 108). Au plan des principes, la Cour a souligné l'importance que pouvaient revêtir les garanties procédurales dans l'hypothèse d'un désaccord entre patiente et médecin quant à la réunion des conditions légales pour une interruption volontaire de grossesse, notamment dans un contexte où la mise en œuvre de ce procédé hors le cadre tracé par le législateur constitue une infraction pénale (§§ 114-116). En l'occurrence, s'agissant de la Pologne, la Cour a souligné que dans son cinquième rapport au Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, la Pologne avait admis l'existence de lacunes dans l'application de la loi de 1993 (§ 115).

Pour la Cour, « les notions de légalité et de prééminence du droit dans une société démocratique exigent que les mesures touchant les droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuve pertinents ». Transposés à la situation d'espèce, ce principe induit que l'Etat doit « au moins garantir à une femme enceinte la possibilité d'être entendue en personne et de voir son avis pris en compte » tandis que « l'organe compétent devrait aussi mettre par écrit les motifs de sa décision » (§ 117). L'on retrouve ici le motif récurrent – déjà présent dans l'arrêt *Glass c. Royaume-Uni* (voy. *supra* n° 888) – d'une obligation étatique de permettre un arbitrage entre les individus et les représentants du corps médical en cas de dissension relative à un aspect important de la vie privée¹⁷⁶³. En matière d'interruption de grossesse, « le facteur temps revêt une importance cruciale » et les procédures doivent donc être permettre qu'une décision puisse intervenir en temps utile. Dès lors, les mécanismes prévoyant un « contrôle a posteriori » sont insuffisants et des « procédures préventives » sont requises au titre de l'article 8 (§ 118).

La Cour a relevé qu'en l'espèce, les avis des médecins différaient. Elle a souligné qu'il ne lui revenait pas de remettre en cause leur jugement et qu'il lui suffisait de noter que les craintes de la requérante ne pouvaient être considérées irrationnelles (§ 119). Dans ce contexte, alors que dans certains Etats parties, des mécanismes procéduraux et institutionnels avaient été mis en place pour la mise en œuvre des conditions d'accès à l'avortement (§ 123), aucun mécanisme de ce type n'existait en Pologne (§§ 121-122). Il s'ensuivait que la requérante « [s'était] trouvée plongée dans une incertitude prolongée et a éprouvé de grandes angoisses lorsqu'elle envisageait les conséquences négatives découlant de sa grossesse et de son accouchement susceptibles d'affecter sa santé » (§ 124). Les possibilités de recours – civil et pénal – existant en droit polonais ne changeaient rien à cette conclusion (§§ 125-126) dès lors que « de telles mesures rétroactives ne suffisent pas à elles seules à protéger comme il convient l'intégrité physique de personnes se trouvant dans une situation aussi vulnérable que la requérante » (§ 127)¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶² La Cour renvoie à cet égard à l'arrêt *Bruggeman et Scheuten*.

¹⁷⁶³ Comp. Cour eur. dr. h. (gde. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 79.

¹⁷⁶⁴ Le constat de violation atteint par la Cour, par six voix contre une, sous l'angle de l'article 8 rendait inutile un examen sous l'angle de l'article 13 ou sous l'angle des articles 14 et 8 combinés.

Pour le juge dissident¹⁷⁶⁵, la Cour était allée, dans cette affaire *Tysiacy*, bien au-delà de son office (§ 3). En l'occurrence, plusieurs médecins avaient conclu que la santé de la requérante n'était pas menacée par l'accouchement, tandis que seul un médecin généraliste avait cru pouvoir préconiser un avortement (§ 10). En somme, le juge dissident estime que la Cour invite la Pologne à adopter une approche plus permissive en matière d'avortement (§ 13) ce qui ne correspond pas à sa mission (§ 14). Enfin, le juge minoritaire invoque la dignité qui caractérise chaque être humain et déplore que la Cour ait pris le parti de décider qu'un enfant était né à la suite de la violation de la Convention (§ 15)¹⁷⁶⁶.

948. Cette solution a été reconduite, *mutatis mutandis*, dans l'affaire *A., B. et C.*, à propos de la situation de la troisième requérante qui avait souhaité quant à elle pouvoir bénéficier d'un avortement en Irlande dès lors que sa vie (et pas seulement sa santé) se trouvait menacée (voy. *supra* n° 945). L'on se souvient que cette affaire concernait trois requérantes. Les deux premières dénonçaient essentiellement l'interdiction irlandaise de l'avortement pour des motifs de santé ou de bien-être. La Cour avait appréhendé leur grief comme une ingérence dans leur droit au respect de la vie privée. La situation dénoncée par la troisième requérante était, aux yeux des juges européens, différente et posait, comme l'affaire *Tysiacy*, la question de l'existence éventuelle d'une « obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible qui aurait permis à la requérante de faire établir si elle avait ou non le droit de se faire avorter en Irlande, préservant ainsi les intérêts de l'intéressée protégés par l'article 8 de la Convention » (§ 246).

La Cour a immédiatement précisé, en citant son arrêt *S.H. et autres c. Autriche* (voy. *supra* n° 928), que « si l'Etat [jouissait] d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement [...], une fois la décision prise, le cadre juridique correspondant [devait] “présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention” » (§ 249).

La Cour a relevé, en premier lieu, que « le processus ordinaire de consultation médicale entre une femme et son médecin » n'était pas satisfaisant à cet égard en l'absence tant de directives ou de lignes de conduite claires (§ 253) que d'un cadre permettant d'examiner une divergence d'opinion entre la patiente et le médecin (§ 253). En outre, l'incrimination pénale de l'avortement prévue par la loi de 1861 constituait certainement un élément dissuasif pour les uns et les autres (§ 254). Elle a considéré, en second lieu que la possibilité pour la requérante de mettre en œuvre une procédure constitutionnelle (§§ 256-260) ou une procédure fondée sur la loi de 2003 tendant à l'obtention d'une déclaration d'incompatibilité (§ 261) ne constituaient pas non plus des solutions adéquates.

La Cour dès lors conclu que « ni le processus de consultation médicale ni les recours judiciaires invoqués par le Gouvernement ne constituaient des procédures effectives et accessibles propres à permettre à la troisième requérante de faire établir l'existence, dans son cas, d'un droit à avorter en Irlande » (§ 263) ce qui induisait « une discordance flagrante entre le droit théorique reconnu aux femmes d'avorter en Irlande en cas de risque avéré pour leur vie et la réalité de la mise en œuvre concrète de ce droit » (§ 264).

Certes, la mise en œuvre législative des dispositions constitutionnelles considérées est « une tâche délicate et complexe », mais « dans de nombreux Etats parties, des lois ont été adoptées

¹⁷⁶⁵ Opinion dissidente du juge BORREGO BORREGO.

¹⁷⁶⁶ Voy., à propos de cet arrêt : J.-M. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes. Cour européenne des droits de l'homme (4^{ème} section), *Tysiacy c. Pologne*, 20 mars 2007 », *Rev. trim. dr. h.*, pp. 855-874.

qui définissent les conditions d'accès à l'avortement et mettent en place divers mécanismes procéduraux et institutionnels à cet effet » (§ 266) tandis qu'« on ne peut considérer que semblable mise en œuvre occasionnerait un préjudice important au peuple irlandais, puisqu'elle ne ferait que rendre effectif un droit déjà consacré, à l'issue d'un référendum, par l'article 40.3.3 de la Constitution » (§ 266)¹⁷⁶⁷.

- ii) *L'impossibilité d'obtenir en temps utile les informations nécessaires à une décision en matière d'avortement : R.R. c. Pologne*

949. Dans l'affaire *R.R. c. Pologne* qui a donné lieu à un arrêt du 26 mai 2011 était en cause non plus l'effectivité de la possibilité d'avorter reconnue par le droit polonais, mais la possibilité d'accéder en temps utile aux informations nécessaires à la détermination par la femme enceinte de son choix. La requérante avait passé une échographie qui avait révélé un risque de dysfonctionnement génétique. Elle avait subséquemment cherché à pouvoir subir un test génétique qui constituait la seule manière de vérifier l'existence de ce dysfonctionnement. Cependant, la requérante, qui avait pourtant multiplié les démarches, n'avait pu finalement passer l'examen considéré que six semaines après l'échographie qui avait suscité son inquiétude. Il était alors trop tard pour prendre la décision d'avorter. La requérante avait mis au monde, le 11 juillet 2002, un enfant affecté du syndrome de Turner.

Cet arrêt est remarquable en ce qu'il applique pour la première fois l'article 3 à la situation découlant de l'incertitude quant à la possibilité d'avorter. La Cour a tout d'abord relevé que le test génétique sollicité par la requérante était la seule manière pour elle d'être fixée sur la santé du fœtus (§ 154). Elle a également relevé que l'inaccessibilité du test n'était liée en l'espèce à aucun manque de matériel, de compétence ou de moyens financiers (§§ 155), mais à la procrastination des médecins et institutions auxquelles la requérante avait eu affaire (§ 158-159). Selon la Cour, la requérante était particulièrement vulnérable et avait enduré de longues semaines d'incertitude relativement à la santé du fœtus, à la sienne et au futur de sa famille. Elle avait finalement eu confirmation du dysfonctionnement génétique alors que le délai légal pour avorter était dépassé (§ 159). Ces éléments permettaient de conclure à l'existence dans le chef de la requérante de souffrances d'une intensité suffisante pour établir une violation de l'article 3 de la Convention (§§ 161-162)¹⁷⁶⁸.

Ayant semblablement atteint un constat de violation de l'article 3, la Cour n'en n'a pas moins examiné l'affaire aussi sous l'angle de l'article 8¹⁷⁶⁹. Elle a rappelé que la régulation de

¹⁷⁶⁷ L'incertitude relative à la possibilité d'obtenir un avortement a encore été condamnée dans l'arrêt *P. et S. c. Pologne* du 30 octobre 2012.

¹⁷⁶⁸ Voy. sur ce point l'opinion séparée du juge BRATZA : « A mes yeux, ce raisonnement conduit à étendre indûment la portée de cette dernière disposition. S'il est vrai que la requérante a été traitée "de façon odieuse" – selon les termes de l'arrêt – par les médecins qui l'ont prise en charge, que chacune des nombreuses démarches entreprises par elle pour accéder à un examen génétique jugé nécessaire et auquel elle avait indéniablement droit a été mise en échec, et que la Cour suprême a fermement critiqué le traitement réservé à l'intéressée, lui accordant réparation pour la détresse, l'anxiété et l'humiliation subies, il n'en reste pas moins que le seuil de gravité requis par l'article 3 est élevé et doit le demeurer, et que seul un traitement atteignant un degré minimum de gravité peut relever du champ d'application de cette disposition. Les circonstances de la présente affaire sont à mes yeux très éloignées des mauvais traitements physiques ou psychologiques infligés par des agents publics ou des conditions de détention dégradantes qui donnent habituellement lieu à des constats de violation de l'article 3 ».

¹⁷⁶⁹ Voy. sur ce point l'opinion séparée du juge DE GAETANO : « En se plaçant sur le terrain de l'article 8 (comme la Grande Chambre l'avait fait dans l'affaire *A, B et C c. Irlande* [GC], no 25579/05, CEDH 2010), la Cour n'a fait qu'aggraver ses difficultés à prendre position sur les questions de la détermination du début de la vie et celle de la protection de l'enfant à naître sous l'angle d'une disposition « plus fondamentale » de la Convention, à savoir l'article 2. En dépit de toutes les « interprétations évolutives » qu'elle a pu donner de la Convention, la Cour fait preuve d'une exceptionnelle pusillanimité sur la question du droit à la vie de l'enfant à naître, se contentant de vagues formules faisant allusion à une certaine forme de protection (voir, par exemple, *Odièvre c. France* [GC], no 42326/98, § 45, CEDH 2003-III), ou préférant dans la plupart des cas éluder la question (*Vo c. France* [GC], no 53924/00, § 85,

l'interruption volontaire de grossesse relevait de la vie privée garantie par l'article 8 au titre du droit à l'autonomie personnelle et du droit à l'intégrité physique et morale (§§ 180-181). La Cour a ensuite souligné que cette affaire *R.R.* s'inscrivait dans le même contexte que l'affaire *Tysiack*, mais s'en distinguait sur un point essentiel, dès lors que n'était pas en cause l'accès à l'avortement à proprement parler, mais bien la possibilité d'accéder en temps utile à un diagnostic médical qui permettrait d'envisager le cas échéant une interruption volontaire de grossesse (§§ 195-196).

Suivant la Cour, l'affaire mettait en jeu le droit de la requérante d'accéder à des informations sur sa condition, lesquelles étaient nécessaires pour qu'elle puisse exercer effectivement son droit à l'autonomie personnelle (§ 197). Il n'y avait aucune explication objective au délai très long qui s'était écoulé avant que la requérante puisse bénéficier du test nécessaire. Ce retard paraissait imputable aux réticences de certains médecins et à une certaine confusion organisationnelle et administrative dans le système des soins de santé polonais (§ 198). La Cour a alors rappelé que nonobstant l'absence de droit à l'avortement, il y avait lieu, pour un pays qui prend le parti de permettre l'interruption volontaire de grossesse en cas de malformation du fœtus, de permettre la mise en œuvre effective de cette possibilité (§ 200). Suivant la Cour, les autorités polonaises avaient donc échoué à remplir les obligations positives découlant pour elles de l'article 8 de la Convention (§ 214)¹⁷⁷⁰.

C. Les conflits entre procréateurs : *Boso c. Italie*

950. Dans les très nombreux pays où l'avortement est permis, se pose la question – proche de celle posée dans l'affaire *Evans* en matière de procréation – de la manière de trancher les conflits de droits susceptibles de surgir entre les deux adultes qui ont conçu un enfant. A cet égard, force est de constater que, dans la jurisprudence actuelle de la Cour, il est admis que les rôles différenciés joués par les hommes et les femmes dans la procréation humaine puissent conduire à une inégalité de droits au bénéfice des femmes. Le conflit horizontal entre les droits respectifs d'adultes de procréer et de ne pas procréer se trouve évidemment extrêmement complexifié lorsqu'il ne s'agit plus « seulement » d'embryons, mais d'un fœtus se développant dans l'utérus d'une femme (comp. *supra* n° 937).

951. Ainsi, dans l'affaire *W.P. c. Royaume-Uni* tranchée le 13 mai 1980 par l'ancienne Commission, se posait la question du droit au respect de la vie privée du père face à la décision d'interruption de grossesse prise par la mère. Le requérant se plaignait de n'avoir pas été en mesure de s'opposer au choix d'avorter de son épouse et de n'avoir pas pu soumettre la question à un tribunal. La Commission n'a pas formellement exclu, après s'être référée notamment à la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et des cours constitutionnelles allemande et autrichienne (§§ 11-16), la reconnaissance d'un droit à la vie potentiellement limitable dans le chef du fœtus. Elle n'avait

CEDH 2004-VIII), ou encore se retrancher derrière la doctrine de la marge d'appréciation (*Boso c. Italie* (déc.), no 50490/99, 5 septembre 2002). En outre, la Cour semble ne pas accorder le poids et l'importance qu'il conviendrait d'attribuer au principe clairement formulé dans le rapport établi par la Commission le 12 juillet 1977 en l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* (requête no 6959/75), selon lequel « (...) on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement du domaine de la vie privée. Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe (paragraphe 59). En persistant à faire entrer en lice l'article 8, nous "ajoutons la confusion à la confusion". D'un côté, la peine de mort a été abolie, de l'autre, le droit à la vie de l'enfant à naître est laissé en suspens ».

¹⁷⁷⁰ Voy. aussi les opinions partiellement dissidentes du juge BRATZA, d'une part, et du juge DE GAETANO, d'autre part. Le premier considère que seul l'article 8 a été violé, le second estime que seul l'article 3 est violé. Voy. aussi, à propos de cet arrêt : J.-M. LARRALDE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement : entre avancées prudentes et conservatisme assumé. Cour européenne des droits de l'homme, *R.R. c. Pologne*, 26 mai 2011 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 620.

cependant pas estimé utile de le consacrer expressément, puisqu'existant ou pas il n'avait en l'espèce pas été violé (§ 23)¹⁷⁷¹. La Cour a également reconnu le statut de victime du requérant en sa qualité de « père potentiel » et la circonstance que la décision d'avortement de la femme constituait une interférence dans le droit au respect de la vie familiale du père. Cependant, celle-ci se justifiait au regard de l'objectif de protection des intérêts de la mère (§ 26). Par ailleurs, la Commission a considéré que le droit du mari ou du père potentiel au respect de sa vie privée ne pouvait pas être interprété comme incluant un droit procédural de saisir un tribunal à propos de l'avortement projeté (§ 27).

952. Cette solution a été reconduite dans une affaire *H c. Norvège* qui a donné lieu à une décision du 19 mai 1992. Le requérant y invoquait au surplus l'article 9 de la Convention dans la mesure où « donner la mort à un fœtus sans nécessité médicale et refuser au père de lui en remettre les restes pour pouvoir les enterrer étaient contraires à son droit de manifester ses convictions et sa religion » (§ 4). La Commission n'a cependant pas considéré décisifs ces deux arguments supplémentaires et a relevé avant de conclure, à nouveau, à l'irrecevabilité de la requête que « toute interprétation du droit du père potentiel [...], lorsqu'il s'agit d'un avortement que la mère se propose de faire pratiquer sur elle, doit avant tout tenir compte des droits de la mère, puisque c'est elle qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption » (§ X). Le requérant faisait aussi valoir que l'article 14 de la Convention avait été violé dès lors qu'« il [avait] été totalement exclu des décisions prises au sujet du bien-être de son propre enfant » (§ 5). Sur ce point spécifique, la Commission a considéré que le requérant ne se trouvait pas dans une situation analogue à celle de la mère.

953. La même question s'est une nouvelle fois posée dans l'affaire *Boso c. Italie* qui a donné lieu à une décision du 5 septembre 2002. L'originalité résidait ici dans l'invocation de l'article 12 de la Convention. Ayant pour le surplus réaffirmé la jurisprudence de la Commission sur le terrain de l'article 8, la Cour a souligné qu'« une ingérence dans la vie familiale, qui se justifie en vertu du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, ne peut en même temps constituer une violation de l'article 12 » avant de conclure, une nouvelle fois, à l'irrecevabilité des griefs formulés par le requérant.

954. Pareils conflits, aujourd'hui tranchés rapidement au titre de la différence fondamentale des hommes et des femmes sur le plan de la procréation, ne manqueront pas d'être bientôt exacerbés par la remise en question de cette différence, le recours à une gestatrice tierce ou encore le développement rapide de techniques tendant à permettre une gestation en dehors du corps humain¹⁷⁷².

¹⁷⁷¹ Cette approche a ultérieurement été reconduite par la Cour européenne dans l'affaire *Vo c. France* de 2004 (Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 85). Comp. Cour eur. dr. h., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 61.

¹⁷⁷² J. SCHULTZ, « Development of Ectogenesis: How Will Artificial Wombs Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo », *Chicago-Kent Law Review*, 2010, p. 877.

Synthèse de la section 2

955. Outre qu'elles concernent l'existence humaine, les questions de procréations mettent en jeu des relations interindividuelles, tant verticales – entre adulte procréateur et enfant procréé – qu'horizontales – entre procréateurs. Les aspirations de l'individu ne sont plus « *self-regarding* » et l'Etat peut être amené à y apporter des restrictions au titre de la protection des droits des autres : les autres procréateurs et l'enfant. En termes de proportionnalité, il semble que la Cour ne soit pas tout à fait prête à souscrire à un postulat relativiste au terme duquel il appartiendrait à chacun de se forger sa propre éthique procréative, comme en témoigne l'omniprésence des références à l'éthique, la morale et la dignité. En termes de subsidiarité, la Cour laisse une très large marge de manœuvre aux Etats malgré les consensus qui peuvent exister tant en matière de procréation que de non-procréation.

Le droit de procréer

1/ En ce qui concerne, en premier lieu, les atteintes aux facultés procréatives ou au fœtus durant la gestation, l'Etat doit réglementer la pratique médicale afin de prévenir et punir, le cas échéant, les négligences et de protéger contre les décisions arbitraires prises par le corps médical même si celui-ci prétend agir avec bienveillance (V.C., *Glass*). Il n'est guère besoin davantage sur le respect et la protection dus à l'intégrité procréative des personnes, en particulier lorsqu'elles sont vulnérables.

2/ Une zone de négociabilité s'ouvre lorsqu'on envisage les limitations temporaires à la possibilité de procréer. Ainsi les individus ne doivent-ils pas être en permanence en mesure de procréer en sorte que les exigences de la vie carcérale peuvent conduire à une impossibilité temporaire de procréer, à défaut pour la Cour d'imposer à ce stade la possibilité de bénéficier de visites conjugales. A cet égard, l'invocation du droit de procréer n'aura pas eu plus de poids que le droit au respect de la vie familiale. On peut éventuellement se poser ici, à titre prospectif, la question des restrictions conventionnelles qui pourraient être acceptées au droit de procréer notamment à l'égard de l'employeur ou bien même du partenaire¹⁷⁷³.

3/ Enfin la Cour n'impose à l'Etat aucune obligation substantielle quelconque en matière de procréation assistée. Elle fait à cet égard preuve d'une extrême réserve, comme il a maintes fois été soulevé. L'arrêt rendu en formation de chambre dans l'arrêt *S.H. et autres* fait à cet égard figure de « faux départ » tant il est vrai que l'ouverture ébauchée a été fermement censurée par la grande chambre soucieuse peut-être d'étouffer rapidement les potentialités d'un arrêt de principe ancré dans l'approche spécifique de la non-discrimination. Aux yeux de la Cour, les autorités peuvent prendre en considération « l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne, laquelle soulève de délicates questions d'ordre moral et éthique » (*S.H.*, § 104). La procréation médicalement assistée peut aussi légitimement poser question au regard du bien-être de l'enfant à naître, la Cour admettant par ailleurs l'inquiétude liée à la vulnérabilité de ceux qui sont amenés à participer au projet parental d'autrui (*S.H.*, § 113). Les restrictions en matière de procréation assistée peuvent enfin s'articuler aux conceptions relatives aux exigences de la dignité humaine (*S.H.*, § 113). Le débat strasbourgeois n'est cependant pas clôturé : non seulement l'affaire *S.H. et autres* a mis en exergue de profondes divergences au sein de la Cour, mais au surplus, des

¹⁷⁷³ Diane ROMAN relève ainsi que si les conflits entre procréateurs trouvent un terrain d'expression privilégié dans la procréation assistée, il n'empêche que de tels conflits peuvent aussi exister au sein du couple fertile : selon elle, « la logique autonomiste pénètre ainsi très nettement le champ des droits génésiques, posant un double principe d'égalité des donneurs et de respect de la volonté individuelle » (D. ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ? », *op. cit.*, p. 810).

situations « venues d'ailleurs » viennent mettre à l'épreuve les prétentions qu'aurait l'Etat à réprimer certaines techniques mises en œuvre frauduleusement à l'étranger (*Menesson*). Si un pays ouvre des techniques de procréation assistée, le refus de les mettre en œuvre au profit des détenus ne peut découler automatiquement de l'emprisonnement lui-même (*Dickson*).

4/ Lorsqu'elle est permise, la procréation assistée fait intervenir une pluralité d'adultes et des *conflits* sont susceptibles de surgir entre eux avant, pendant ou après la procréation. L'arrêt *Evans* est à cet égard parfaitement emblématique des divergences qui peuvent intervenir durant le temps long de la procréation assistée. La Cour y a accepté à cet égard qu'une priorité soit donnée de manière automatique à l'exigence de maintien du consentement (et donc au droit de ne pas procréer), alors qu'une minorité des juges faisait état de ce qu'« une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise de méthodes de fécondation artificielle » (§ 15).

Le droit de ne pas procréer

956. La Cour reconnaît dans sa jurisprudence un *droit abstrait de ne pas procréer*, dont les implications en termes d'obligations étatiques restent floues, par-delà l'hypothèse spécifique de l'affaire *Evans*.

1/ Certes, les individus ont le droit de ne pas procréer et rien n'oblige *a priori* les couples à procréer. On pourrait ici faire le lien avec le traitement juridique du couple : un couple sans enfant peut-il être plus facilement brisé par une mesure d'expulsion qu'un couple avec enfant ? un couple sans enfant peut-il être considéré insuffisamment effectif pour bénéficier de certains avantages alloués aux couples ?

2/ Si la procréation ne va désormais plus de soi, il convient peut-être que les partenaires évoquent cette question pour dépister les divergences graves qui pourraient exister entre eux sur cette question précise. On peut alors imaginer des litiges relatifs à des situations dans lesquelles un partenaire ferait le choix de procréer un enfant contre la volonté de l'autre...¹⁷⁷⁴.

3/ Même si le droit au respect de la vie privée recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans*), la Cour se refuse catégoriquement à consacrer un droit conventionnel à l'avortement. Tel est l'enseignement de l'arrêt de grande chambre *A., B. et C. c. Royaume-Uni*. Pourtant, au contraire de l'euthanasie, l'avortement pour raisons de santé est une pratique qui fait l'objet d'un indéniable consensus européen.

4/ Dans les pays qui permettent l'avortement, les *conflits* entre procréateurs peuvent être résolus par le biais d'une prévalence absolue conférée aux choix de la femme qui porte l'enfant (*Boso*). On peut s'interroger sur les implications qui pourraient être à terme celles du principe de non-discrimination en la matière. En outre, lorsque l'avortement est permis, les autorités doivent permettre aux individus de savoir s'ils sont en situation de le demander (*Tysiac*) et d'obtenir en temps utiles les informations requises pour la prise de décision (*R.R.*).

¹⁷⁷⁴ D. ROMAN, « L'assistance médicale à la procréation ... », *op. cit.*, p. 810.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

957. Le contentieux dont nous venons d'examiner quelques échantillons paradigmatiques pose *in fine* la question de la légitimité et des modalités de l'intervention de l'Etat dans le champ du début et de la fin de la vie. En termes de *légitimité*, les choses sont claires, protéger la vie humaine est la première mission de l'Etat tandis que la Cour juge expressément souhaitable son intervention dans le domaine de la procréation. En termes de *modalités*, la Cour se refuse manifestement à imposer aux Etats des solutions substantielles déterminées.

Nous reprendrons dans le cadre de cette conclusion le postulat de Ronald DWORKIN par l'exposé duquel nous avons ouvert ce chapitre. La jurisprudence européenne paraît en effet valider l'hypothèse du Professeur américain selon laquelle il existe un vaste consensus sur une *valeur intrinsèque* de la vie humaine, mais également de grandes divergences sur ce qui lui confère une telle valeur. Certains accordent un poids déterminant à la dimension proprement biologique de la vie tandis que d'autres considèrent que l'essentiel réside dans l'investissement humain dans la vie. Certes, le positionnement de la plupart des gens participe d'un alliage de ces deux positionnements antagoniques, mais il n'est en tout cas pas possible de nier que coexistent dans les sociétés contemporaines des perceptions très différentes de ce qu'implique le respect de la valeur de la vie¹⁷⁷⁵.

Le philosophe Jean-Philippe PIERRON affirme lui aussi, sur un mode légèrement différent, le caractère indépassablement dialectique de la valeur de la vie humaine. Ainsi explique-t-il que l'affaire *Pretty* nous amène « aux confins du droit » et nous confronte à un « enjeu ontologique » dès lors qu'on veut « déterminer, soit en un sens matériel (zoé), soit spiritualiste (bios) ce qui est fondamentalement indéterminé et relationnel ». Le mot vie est frappé du sceau de l'ambiguïté : la vie est à la fois un « fait » et un « horizon » en sorte que « je n'ai pas voulu la vie qu'on m'a donné, elle fait de moi un débiteur insolvable, et lorsqu'elle est jugée invivable, on juge que ce n'est pas une vie (bios) d'être ainsi en vie (zoé) ».

Selon lui, « c'est cette difficulté qui ouvre la porte à l'idée d'euthanasie » et « bien que cela soit "coûteux", il [lui] semble qu'il est décisif de maintenir l'indétermination de la dialectique zoé-bios dans les affaires liées au suicide assisté, à l'euthanasie ou à l'interruption volontaire de grossesse ». Il y a là, « un espace de questionnement propre à ce qui fait fondamentalement la vie humaine ». A cet égard, « si toujours les contextes donnent à interpréter en un sens relatif le droit à la vie, parce qu'il faut bien décider, l'universel donne à ce droit à la vie une dimension d'absolu qui préserve l'humanité en l'humanité de la technicisation et de l'aliénation de ses problèmes »¹⁷⁷⁶.

I/ LA FAROUCHE RÉSISTANCE DES PRÉROGATIVES DE L'ÉTAT

958. Dans les sociétés modernes, les individus réclament la possibilité de *maîtriser* la vie et la procréation. Dans ces domaines aussi, ils entendent poursuivre *leur* conception de la vie bonne et refusent que dans un contexte pluraliste, la conception majoritaire leur soit imposée par la voie de normes générales et abstraites s'imposant à chacun de manière absolue. Face à ces velléités individuelles, la Cour se montre à ce stade encline à autoriser le maintien de règles claires départageant rigoureusement le permis et l'interdit.

¹⁷⁷⁵ R. DWORKIN, *Life's Dominion ...*, *op. cit.*, pp. 240-241.

¹⁷⁷⁶ J.-P. PIERRON, « Le droit à la vie ... », *op. cit.*, pp. 82-83.

La jurisprudence passée en revue dans ce chapitre offre quatre exemples paradigmatiques. Ainsi, dans l'affaire *Hristozov c. Bulgarie*, les requérants réclamaient une « exception » à la règle interdisant la mise en œuvre de traitements médicaux expérimentaux et exposaient que « la loi nationale devrait être conçue de façon à leur permettre, à titre exceptionnel, d'accéder à un produit expérimental et encore non testé » (§ 107). Dans l'affaire *Pretty* également, « la requérante s'en [prenait] en particulier à la nature générale de l'interdiction du suicide assisté, en tant que celle-ci omet de prendre en compte sa situation d'adulte saine d'esprit, qui sait ce qu'elle veut, qui n'est soumise à aucune pression » (§ 72). De même dans l'affaire *S.H. et autres*, c'est le caractère absolu de la FIV avec don de gamètes qui se trouvait dénoncé, la Cour reconnaissant elle-même que l'Autriche aurait pu réguler la question au moyen « d'autres mesures ou garanties propres à réduire les risques » (§ 105) et atteindre alors une « autre solution peut-être plus équilibrée » (§ 106). Enfin, dans l'affaire *Evans*, la requérante faisait valoir que « la médecine reproductive aurait en partie pour objectif de fournir une solution possible à ceux qui autrement ne pourraient procréer » et « cet objectif se trouverait réduit à néant si aucune dérogation n'était possible dans des circonstances exceptionnelles » (§ 63). Dans toutes ces affaires cependant, la Cour souscrit au modèle de la règle claire au titre des bénéfices qu'elle procure en termes de sécurité et de garanties contre l'arbitraire. Cette propension à tolérer l'édiction par l'Etat de règles claires, se justifie aux yeux de la Cour par trois types de motifs :

1/ En premier lieu, la Cour a égard *aux risques* induits par les demandes considérées tant pour la personne concernée que pour les tiers. Ainsi, dans l'affaire *Hristozov*, la Cour estime-t-elle que la règle entreprise a vocation à protéger les requérants eux-mêmes, en raison de leur vulnérabilité et malgré le caractère terminal de leur maladie, en l'absence de données claires sur les risques et bénéfices potentiels des traitements (§ 122). Dans *Pretty*, la Cour souligne qu'« il existe des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices » (§ 74) et qu'« il incombe au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe » (§ 74). Le raisonnement de la Cour est alors de nature pratiquement assurantielle : la règle générale et abstraite d'application stricte appréhende les individus comme appartenant à une catégorie et a vocation à protéger la globalité des personnes ressortissant à cette catégorie, au prix éventuel d'un certain nombre d'injustices ou de dommages collatéraux résultant de son inappropriation à un cas particulier¹⁷⁷⁷.

L'édiction d'une règle claire garantirait en somme contre les fragilités du consentement dans des matières caractérisées au premier chef par leur intrinsèque gravité. Ainsi, si Michel LEVINET a pu affirmer que depuis *Evans*, il y a avait dans la jurisprudence de la Cour « une valorisation spectaculaire mais problématique du consentement »¹⁷⁷⁸, la Cour considère dans certains cas qu'il y a un risque à prendre celui-ci comme unique point de référence. Il y a là une oscillation entre les deux manières dont on peut contrôler le consentement : (1) soit de manière objective en désignant des actes dont on considère qu'il ne peut y être valablement consenti ; (2) soit de

¹⁷⁷⁷ Voy. le § 74 : « [...] Sans doute l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie-t-il d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la ratio legis de la disposition en cause. Il incombe au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe. Il existe des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices ».

¹⁷⁷⁸ M. LEVINET in M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2009, p. 35.

manière subjective en évaluant les affirmations d'une personne au risque de les évaluer à la seule aune de ses « propres analyses et présupposés »¹⁷⁷⁹.

2/ En second lieu, la Cour admet l'ancrage de la règle absolue dont la légitimité est questionnée dans la *morale* ou dans son rapport à la conception objective de la *dignité humaine* : la Cour ne souscrit pas à la perception suivant laquelle la valeur de la vie humaine serait entièrement affaire de perception subjective. Les questions de vie et de mort appelleraient de la sorte à la mise en œuvre d'une forme de responsabilité individuelle et collective : une responsabilité à l'égard de ses propres droits et une responsabilité à l'égard de la valeur *en soi* du droit à la vie. Ainsi, dans les affaires *S.H. et autres c. Autriche* et *Mennesson c. France* la Cour admet-elle respectivement la prise en considération de « l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne [qui] soulève de délicates questions d'ordre moral et éthique » (*S.H. et autres*, § 104) et celle du « fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique » (*Mennesson*, § 79). Dans l'affaire autrichienne, la Cour avait d'ailleurs expressément indiqué qu'il « [fallait] faire entrer en ligne de compte la dignité humaine » (§ 113).

3/ En troisième lieu, les règles strictes concourent à la réalisation de l'idéal de sécurité juridique. Ainsi, la Cour précise dans *Pretty* que « des arguments puissants fondés sur l'état de droit pourraient être opposés à toute prétention par l'exécutif de soustraire des individus ou des catégories d'individus à l'application de la loi » (§ 77). Dans *Evans*, la Cour souligne que « [...] le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas » (§ 89).

959. Encore faut-il préciser que la Cour « monnaie » son approbation assez généralisée des options étatiques en mettant en œuvre une série d'obligations « de seconde ligne ».

1/ En premier lieu, la Cour accorde une importance particulière aux *conditions d'élaboration de la norme* litigieuse ou en d'autres termes au processus démocratique qui a conduit au choix sociétal considéré. Ainsi peut-on observer, dans différentes affaires de premier plan, que l'attention de la Cour se focalise sur le soin apporté par le législateur interne à l'élaboration des normes litigieuses et/ou sur l'attention avec laquelle les juridictions internes ont examiné ces normes à l'aune des exigences des droits de l'homme. Dans les affaires *Evans* (§ 86) et *S.H. et autres* (§ 114), la Cour a veillé à souligner la qualité du processus législatif qui avait conduit aux options étatiques litigieuses (l'exigence de persistance du consentement en matière de PMA et l'interdiction des fécondations *in vitro* hétérologues). Dans l'affaire *Dickson*, dans laquelle est intervenu un arrêt de condamnation à l'encontre du Royaume-Uni, la Cour a souligné, au contraire, la pauvreté du processus d'élaboration de la norme contestée qui n'avait pas opéré de pesée des intérêts en présence.

2/ En deuxième lieu, la Cour accepte mieux l'absoluité de la règle retenue par l'Etat lorsqu'il est possible de mettre en œuvre *ailleurs* le choix individuel contrarié. Dans *S.H. et autres* et *A., B. et C.*, apparaît ainsi un argument spatial au terme duquel une solution restrictive semble plus acceptable s'il n'est pas interdit aux individus de passer les frontières pour bénéficier ailleurs du processus interdit. La question n'est pas absente de l'affaire *Hristozov c. Bulgarie* où la juge KALAYDJIEVA se demande, dès lors que certains requérants ont bénéficié à l'étranger du traitement interdit en Bulgarie, si tout cela est en fin de compte une question d'argent (« *only a question of money* »). On le voit, la mobilité des requérants est une considération qui a pénétré

¹⁷⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, in M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2009, p. 42.

l'arène strasbourgeoise et dont il y a lieu de tenir compte, ici comme ailleurs, pour apprécier les équilibres définis par les Etats.

3/ En troisième lieu, la Cour semble exiger que les Etats puissent procéder eux-mêmes au réexamen continu des solutions retenues. Cela implique que les Etats parties doivent veiller à procurer en la matière des recours effectifs permettant aux individus de mettre en question ces solutions. Cela implique également que les Etats demeurent constamment attentifs aux évolutions tant de la technique (médicale) que des perceptions sociales. Dans l'affaire *Koch c. Allemagne*, la Cour a regretté en particulier qu'après que la femme du requérant s'était effectivement suicidée, les juridictions internes avaient refusé de connaître du fond de l'affaire. Pour la Cour, le gouvernement n'avait aucun but susceptible de légitimer le refus de se livrer à semblable examen en manière telle que le volet procédural de l'article 8 avait été violé (§§ 66-67). Dans *S.H. et autres* la Cour souligne que « bien qu'elle ait conclu à la non violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des Etats contractants » (§ 118). Il apparaît alors que la Cour refuse en premier lieu les solutions immuables et/ou dogmatiques et sanctionne en tout cas le refus d'un Etat de procéder à l'« autoévaluation » de ses options, comme ce fut le cas dans l'affaire *Koch c. Allemagne*.

960. Enfin, nonobstant la grande latitude consentie aux Etats, la Cour censure sans hésitation les solutions étatiques incohérentes. Ainsi, dans *Costa et Pavan c. Italie* c'est l'incohérence patente du régime juridique italien qui justifie que la Cour s'écarte d'une attitude globale empreinte de *self-restraint* (§§ 61-62). Encore faut-il expressément souligner que les décisions strasbourgeoises fondées principalement ou essentiellement sur l'incohérence de l'attitude de l'Etat ne disent rien ou très peu de l'interdiction considérée en elle-même (serait-elle acceptable dans un pays dont l'attitude – éventuellement plus restrictive – serait plus cohérente ?).

II/ LE CONTRÔLE DE LA MISE EN ŒUVRE DES OPTIONS ÉTATIQUES

961. Laissant parler le principe de subsidiarité sur le plan de la définition du permis et de l'interdit, la Cour déporte son contrôle sur le terrain de l'effectivité des solutions offertes volontairement par les Etats et de la qualité de leur mise en œuvre.

1/ En premier lieu, la Cour condamne les Etats qui ayant ouvert certaines techniques de procréation assistée y refuse arbitrairement l'accès ou font preuve de négligence dans leur mise en œuvre. D'un côté, la grande chambre a par exemple conclu à la violation de la Convention dans l'affaire *Dickson* au dès lors que les détenus étaient en pratique exclus du bénéfice de la fécondation *in vitro*. De l'autre côté, les juges européens ont atteint un constat de violation de la Convention dans l'affaire *Knecht* en raison des errements du système roumains qui avaient conduit à la longue immobilisation des embryons congelés de la requérante (§§ 60-61).

2/ En second lieu, la Cour condamne les Etats lorsque la formulation et/ou l'application des règles concernées suscite dans le chef des individus une « situation d'incertitude et d'angoisse » sur un aspect essentiel de leur vie privée. Il a ainsi par exemple pu être conclu à la violation de la Convention dans l'affaire *Glass c. Royaume-Uni*, à défaut pour le système anglais de procurer une solution au différend existant entre la mère du requérant et l'hôpital public quant à l'administration de morphine à son fils inconscient (voy. sp. § 89). Jugé, de la même manière, que ne répondait pas aux exigences de la Convention le traitement réservé à la requérante de l'affaire *Tysiac c. Pologne* qui s'était trouvée dans l'impossibilité de savoir si elle pouvait ou pas subir un avortement thérapeutique (§§ 121-124). Dans cette dernière affaire, la Cour souligne d'ailleurs que « les notions de légalité et de prééminence du droit dans une société

démocratique exigent que les mesures touchant les droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuve pertinents » (§ 117).

Par contre, la Cour a expressément affirmé, dans l'arrêt *Haas*, que « lorsqu'un pays adopte une approche libérale, des mesures appropriées de mise en œuvre d'une telle législation libérale et des mesures de prévention des abus s'imposent » étant entendu que « de telles mesures sont également indiquées dans un but d'éviter que ces organisations n'interviennent dans l'illégalité et la clandestinité, avec un risque d'abus considérable » (§ 57).

III/ « NI INDIFFÉRENCE NI PARESSE »

962. Il paraît adéquat de revenir, au terme ultime de ce chapitre consacré au début et à la fin de l'existence humaine, aux conclusions atteintes par Ronald DWORKIN dans *Life's Dominion*. Selon lui, « la plus grande insulte qu'on puisse faire à la sacralité de la vie est l'indifférence ou la paresse face à sa complexité ».

Dans un contexte où s'affrontent de manière particulièrement intense les diverses conceptions de la « vie bonne »¹⁷⁸⁰ et notamment des perceptions très différenciées de ce qu'implique le respect de la valeur de la vie, il n'est pas étonnant que la Cour ne prétende pas imposer d'emblée des solutions substantielles identiques à tous les Etats parties¹⁷⁸¹.

Nous considérons que l'imposition de standards strasbourgeois relatifs au début et à la fin de la vie ne peut en effet emprunter, à la différence de ceux ressortissant à la portée opératoire et pragmatique du droit de la personne et de la famille, une « voie rapide ».

1/ Il n'est cependant pas opportun, à nos yeux, que la réserve aille – comme dans *A., B. et C.* – jusqu'à impliquer la tolérance de solutions uniques à l'échelle européenne, à plus forte raison lorsque la solution étatique s'accommode d'échappatoires liés à la disponibilité des techniques à l'étranger et à la tolérance des déplacements opérés pour les mettre en œuvre. *Mutatis mutandis*, la remarque s'applique aussi à l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* dont l'approche temporelle laisse au lecteur un puissant sentiment d'abandon par la Cour de sa mission d'agglomération des conceptions européennes. En somme, la latitude consentie aux Etats paraît insensible à la dynamique du consensus européen.

Lorsqu'elle est en mesure de se prévaloir d'un important consensus européen favorable à une évolution et à une harmonisation du standard européen de garantie des droits, la Cour pourrait se montrer plus audacieuse et pérenniser certains acquis européens. L'avortement pour des raisons de santé et la fécondation *in vitro* avec donneur constituent des exemples de terrains où semblable évolution aurait été souhaitable.

2/ Il nous semble aussi que les tendances émergentes en faveur de l'accès à des traitements expérimentaux auraient pu être prises en considération par la Cour pour faire droit à la demande des requérants de l'affaire *Hristozov et autres* au titre de la valeur de la vie (dans sa double dimension subjective et objective) conjuguée au droit à l'autonomie personnelle. Enfin, l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* peut laisser l'impression d'un usage étrange de la notion de dignité, au regard du contexte très spécifique de l'affaire, et l'on peut croire que la Cour aurait été bien inspirée d'exiger à tout le moins le principe d'une balance au cas par cas lorsqu'est en jeu pour une femme la dernière opportunité de procréer.

¹⁷⁸⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Conclusions générales », *op. cit.*, pp. 335.

¹⁷⁸¹ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle ... », *op. cit.*, p. 390

CHAPITRE 3

L'INSTITUTION DE LA PERSONNE ET DES RELATIONS FAMILIALES

INTRODUCTION – DES STRUCTURES ÉLÉMENTAIRES ?

FONCTION SYMBOLIQUE ET ANTHROPOLOGICO-PSYCHANALYTIQUE

963. Lorsque le droit de la personne et de la famille touche à l'inscription des individus dans le système de sens et de valeurs que se donne une société (le sexe et les noms et prénoms comme éléments essentiels de l'identité, le mariage et la parenté comme pierres angulaires de la systémique familiale) ou – en d'autres termes – l'enchâssement des individus dans des structures sociales signifiantes, les enjeux se *déplacent* sur un terrain spécifique. Chacun le perçoit *instinctivement* : ce n'est pas la même chose de connaître l'identité de son géniteur et d'établir à son endroit un lien juridique de parenté et, en sens inverse, ce n'est pas la même chose de nouer une relation avec un enfant que d'être désigné en droit comme le père ou la mère de cet enfant ; de même, ce n'est pas la même chose pour un couple homosexuel de pouvoir vivre une vie conjugale sereine et bénéficier d'un ensemble d'avantages socio-économique attaché à la vie conjugale et d'accéder à l'institution du mariage¹⁷⁸²¹⁷⁸³. Les questions relatives à l'intégrité et à l'épanouissement de la personne et de la famille se trouvent ainsi projetées dans *une dimension nouvelle* où est en premier lieu en cause la valeur spécifique représentée par les inscriptions traditionnelles du droit de la personne et de la famille. Les questions posées par la désignation du sexe, la détermination du nom, l'établissement et la rupture des liens du mariage et de la filiation ont en commun l'importante particularité de concerner l'inscription sociale de l'individu par le droit et de mettre corrélativement en cause ce que les anthropologues appellent – à l'instar de LEVI-STRAUSS – les « systèmes symboliques »¹⁷⁸⁴.

Les règles juridiques qui président à l'accès à ou à la dissolution des institutions considérées se trouvent donc investies d'une *fonction symbolique* particulièrement prégnante. Notamment, le mariage et la filiation sont plus que les prérogatives qu'ils contiennent, ils ont une portée « symbolique » et « expressive » en plus de la portée juridique des droits et obligations qu'ils font naître. Ils sont des vecteurs de sens qui – d'une certaine manière – structurent le réel ou le social. Cette signification symbolique n'est pas immuable – affirme Cass SUNSTEIN – et correspond simplement à « une constellation particulière de normes sociales »¹⁷⁸⁵. A propos de la famille, Jean-Philippe PIERRON envisage quant à lui d'un côté la « familialité » qui est « une reprise des données de la nature dans l'univers symbolique des structures d'alliance et de parenté » et les « familles » telles qu'elles sont « historiquement et géographiquement décrites par les sciences humaines »¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸² Par ex. : M. LEVINET, « Couple et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 107-160.

¹⁷⁸³ De même, comme le souligne Pierre MURAT, « le mouvement d'accès aux origines a fait prendre conscience que lien civil se distingue clairement de la connaissance de réalités factuelles » (P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 415).

¹⁷⁸⁴ P. MANIGLIER, « La condition symbolique », *Philosophie*, n° 98, été 2008, pp. 38-42.

¹⁷⁸⁵ C. R. SUNSTEIN, « The Right to Marry », *Cardozo Law Review*, 2005, p. 2098.

¹⁷⁸⁶ J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité ... », *op. cit.*, p. 198.

964. Le contentieux strasbourgeois de l'institution de la personne (**section 1**) est certainement lié aux questions relatives à l'autonomie personnelle et au développement personnel. Il porte cependant les questionnements à un niveau distinct. Il ne s'agit plus seulement de permettre la modification du corps ou de permettre le port d'un nom déterminé, mais d'*instituer le choix individuel* opéré dans le registre symbolique spécifique qui est celui du droit. La modification de l'état civil constitue en somme le plus haut degré de reconnaissance sociale qui est disponible dans une société donnée. Il traduit la reconnaissance par la communauté ou la collectivité de l'identité d'un individu telle que celui-ci a souhaité la définir.

965. La jurisprudence de la Cour relative à l'institution des relations familiales (**section 2**) entretient quant à elle les rapports les plus étroits avec les problématiques examinées au titre de l'intégrité et de l'épanouissement des relations familiales. Les questions institutionnelles sont cependant caractérisées par la circonstance qu'il ne s'agit plus tant (ou en tout cas plus seulement) d'organiser la portée « concrète et vécue » des relations familiales entre adultes ou entre adultes et enfants que de les inscrire dans une *symbolique* commune qui correspond à la reconnaissance la plus plénière de ces relations que le droit puisse offrir. Certes, la frontière est fragile et l'apparition des statuts familiaux dits alternatifs voués *a priori* à des fonctions opératoires mais progressivement investis aussi de significations symboliques impose la conception du rapport entre l'organisation pragmatique de la vie familiale et l'institution symbolique de celle-ci comme *un « continuum »* plutôt que comme une frontière parfaitement nette séparant sans équivoque l'opérateur de ce qui fait sens.

L'OPPOSITION ENTRE LIBÉRAUX ET CONSERVATEURS

966. S'agissant de la question de savoir si la Cour doit ou non prendre la responsabilité d'imposer aux Etats des modifications importantes des institutions cardinales du droit de la personne et de la famille, les opinions se polarisent suivant une ligne de clivage claire opposant les partisans du développement des droits et ceux de la préservation de l'autonomie des Etats.

D'un côté, certains défendent une conception suivant laquelle l'indisponibilité de l'état et l'accès aux institutions du mariage et de la filiation participent d'une nature immuable et des conditions de possibilité de la vie en société. Ainsi Alain SUPLOT affirme-t-il, par exemple, que : « Chez nous comme ailleurs, il n'est pas de "je" possible sans une instance garante du "je", ou pour le dire en termes juridiques, sans une instance garante de l'état des personnes ». On ne peut décider soi-même « souverainement » de son sexe ou de sa filiation : l'Etat garantit l'état des personnes qui est indisponible et réalise l'institution de la personne, c'est-à-dire son « inscription dans une communauté de sens »¹⁷⁸⁷. Il faut alors combattre les « discours délirants » qui prospèrent sur les « résidus du montage anthropologique occidental » et transposent le libéralisme économique dans la sphère privée en postulant « l'abolition de la différence des sexes » et la « désinstitution de la maternité » ou bien encore « le démantèlement du statut spécifique des enfants » et « le remplacement de la filiation par le contrat »¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁸⁷ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, op. cit., p. 58.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, pp. 77-80. Cette conception correspond aux travaux de philosophes tels que Dany-Robert DUFOUR ou Pierre LEGENDRE. Suivant Dany-Robert DUFOUR, « c'est la marchandise et sa nouvelle légitimité qui ont entamé le territoire du Père, qui ont miné les fondements généalogiques de la famille et ses interdits constitutifs, qui ont ruiné le système symbolique des échanges sociétaux » et les ont remplacés par « un nouvel espace sociétal prosaïque, trivial et nihiliste » (D.-R. DUFOUR, *L'individu qui vient... après le libéralisme*, Paris, Denoël, 2011, p. 19). Chez LEGENDRE on dénonce le fantasme ou l'idéologie de « la non-limite » suivant lesquels « nous serions en marche vers un avenir radieux où chaque homme ne serait soumis qu'aux limites qu'il se fixe librement » (P. LEGENDRE, *La passion d'être un autre. Etude pour la danse*, 1978, Seuil, 2000, p. 31).

D'un autre côté, certains refusent aux institutions considérées toute forme de légitimité et les considèrent comme des vecteurs d'oppression profondément inégalitaires qu'il y aurait lieu d'abolir le plus rapidement possible. Chez Yves-Henri LELEU le droit ne peut ni ne doit structurer les psychismes, protéger l'ordre symbolique ou garantir des invariants anthropologiques, mais doit au contraire « exercer sa fonction normative en mode opératoire et réactif »¹⁷⁸⁹. Ainsi, une *institution* comme la filiation accomplit-elle une fonction « pragmatique » de « satisfaction des besoins de l'enfant, éducation, solidarités viagères ... » de même qu'elle « opère la socialisation attendue par la société »¹⁷⁹⁰.

La perspective que nous avons tenté de mettre en évidence dans le chapitre 3 de la première partie et qui suppose la prise de conscience des droits de l'homme comme outil permettant de penser un « monde en tension » impliquant une réflexion rationnelle dans un cadre dialectique, nous invite à écarter *a priori* des positions telles que celles-là qui font prévaloir de manière apparemment absolue l'un des termes du problème sur l'autre.

LE DÉPASSEMENT DE L'OPPOSITION : CLAUDE LÉVI-STRAUSS

967. La pensée de Claude LÉVI-STRAUSS paraît offrir ici un point de départ ou une métrique des institutions susceptible de mettre en perspective, sur un même plan, les positions antagoniques en présence. A cet égard, nous évoquerons brièvement en guise d'introduction au présent chapitre trois textes de l'anthropologue français, le premier très célèbre, très complexe et très long (*Les structures élémentaires de la parenté*), les deux autres, moins connus, très simples et très courts (*Problèmes de société : excision et procréation assistée* et *Trois grands problèmes contemporains : la sexualité, le développement économique et la pensée mythique*) qui donnent à penser que la perspective Lévi-straussienne est très proche dans son mécanisme de la « dynamique structurée » que nous avons identifiée comme enjeu pour la jurisprudence de la Cour européenne.

968. Le plus célèbre ouvrage de l'anthropologue commence par une relativisation de l'opposition entre nature et culture. Dans les chapitres 1 et 2 des *Structures élémentaires de la parenté* (qui en constituent l'introduction), il indique, ainsi, qu'« aucune analyse réelle ne permet [...] de saisir le point de passage entre les faits de nature et les faits de culture, et le mécanisme de leur articulation »¹⁷⁹¹. Selon LÉVI-STRAUSS, tout ce qui est universel est naturel et tout ce qui est réglé par une norme est culturel. La nature correspond à ce qui est spontané et universel. La culture correspond à des règles relatives et particulières. Seule, la prohibition de l'inceste, présente le caractère contradictoire d'une « règle universelle »¹⁷⁹². A cet égard, précise-t-il cependant, « la question n'est pas de savoir s'il existe des groupes permettant des mariages que d'autres excluent, mais plutôt s'il y a des groupes chez lesquels aucun type de mariage n'est prohibé »¹⁷⁹³. LÉVI-STRAUSS s'efforce – dans la suite de l'introduction – de découvrir l'origine, la place et la signification de cet interdit présentant aussi bien les atours d'un fait de nature que d'un fait de culture. « Peu de prescriptions sociales, explique-t-il encore, ont préservé, dans une semblable mesure, au sein de notre société, l'auréole de terreur respectueuse qui s'attache aux choses sacrées »¹⁷⁹⁴. D'emblée, il nous faut souligner que pour LÉVI-STRAUSS, l'essentiel n'est pas tant le contenu de la règle que son existence même.

¹⁷⁸⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 25-26.

¹⁷⁹⁰ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration ... », *op. cit.*, pp. 419-420.

¹⁷⁹¹ C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté, chapitres 1 et 2*, Paris, Flammarion, 2008, p. 63.

¹⁷⁹² *Ibid.*, p. 64.

¹⁷⁹³ Il relève ainsi que même dans les sociétés permettant par exemple le mariage entre frères et sœurs – comme l'Égypte ancienne ou Samoa – seul le mariage avec la sœur aînée est possible, tandis que le mariage avec la sœur cadette est interdit (C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté...*, *op. cit.*, pp. 65-67).

¹⁷⁹⁴ C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté...*, *op. cit.*, p. 68.

Il pointe à cet égard trois types d'explications sociologiques de la prohibition considérée qui cherchent à réduire l'ambiguïté de son caractère à la fois naturel et culturel. Les deux premières insistent sur la dimension naturelle de l'interdit (qui correspondrait soit aux effets néfastes de la consanguinité soit à un sentiment instinctif de l'homme) et ne convainquent guère dès lors que, d'une part, l'argument des nuisances de la consanguinité n'est apparu que tardivement et ne peut donc expliquer l'existence immémoriale de l'interdit¹⁷⁹⁵ et que, d'autre part, l'argument du sentiment instinctif est contredit par le fait que la répulsion pour l'inceste ne se manifeste que quand le lien est connu des intéressés et que même lorsque ce lien est connu l'inceste est parfois accompli (il pourrait même être – suivant FREUD – universellement recherché)¹⁷⁹⁶. Récusant ainsi les explications naturelles, l'anthropologue considère également « fragile et arbitraire » l'explication entièrement culturelle proposée par Emile DURKHEIM et suivant laquelle l'interdit de l'inceste trouverait son origine dans les « croyances et interdictions » qui prévalaient dans les sociétés primitives claniques et suivant lesquelles il importait (en vertu de complexes raisons « magico-religieuses ») de se marier avec une femme d'un autre clan¹⁷⁹⁷.

En somme, selon LÉVI-STRAUSS, ni les explications totalement naturelles ni les explications totalement culturelles n'indiquent les « causes profondes et omniprésentes [qui] font que, dans toutes les sociétés et à toutes les époques, il existe une réglementation des relations entre les sexes ». Il faut donc tenter une « synthèse » et « passer de l'analyse statique à la synthèse dynamique ». Ainsi, « la prohibition de l'inceste n'est ni purement d'origine culturelle, ni purement d'origine naturelle ; et elle n'est pas, non plus, un dosage d'éléments composites empruntés partiellement à la nature et partiellement à la culture. Elle constitue la démarche fondamentale grâce à laquelle, par laquelle, mais surtout en laquelle s'accomplit le passage de la nature à la culture »¹⁷⁹⁸. Tel est donc l'objet des deux chapitres introductifs des *Structures élémentaires de la parenté* : montrer que la prohibition de l'inceste est une transformation dynamique de la nature en culture.

969. Dans *Trois grands problèmes contemporains : la sexualité, le développement économique et la pensée mythique* et *Problèmes de société : excision et procréation assistée*,

¹⁷⁹⁵ Ainsi certains y voient une protection culturelle fondée sur un phénomène naturel résidant dans les effets néfastes de la consanguinité. Or, suivant l'auteur, cette justification de la règle est apparue seulement au XVI^e siècle. Pourtant, la pensée contemporaine refuse avec acharnement d'abandonner l'idée que la prohibition se justifie par des raisons génétiques (C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté* ..., *op. cit.*, pp. 73-81).

¹⁷⁹⁶ Pour d'autres, la prohibition de l'inceste correspondrait à une projection sociale de sentiments instinctifs de l'homme. Cependant, cette explication instinctive – qui fait prévaloir la dimension naturelle de l'interdit – doit être écartée puisque l'horreur de l'inceste ne se manifeste que lorsque la relation de parenté est connue des coupables. En outre, l'existence d'une « répugnance instinctive » est évidemment démentie par la circonstance que quoiqu'interdit l'inceste existe (et serait même plus fréquent qu'une « convention collective de silence » le laisse croire). FREUD a d'ailleurs quant à lui mis en évidence un phénomène universel précisément contraire à l'idée de « répugnance instinctive » pour l'inceste résidant dans sa recherche généralisée. Enfin et surtout explique LÉVI-STRAUSS qu'est-ce qui justifierait la force de l'interdiction si les êtres humains ressentaient congénitalement de la répulsion pour l'inceste ? A cet égard, il admet que l'on pourrait tenter une comparaison avec le suicide dès lors que l'interdit du suicide coexiste avec l'instinct de préservation. Cependant, là où l'interdit de l'inceste frappe un phénomène naturel (commun chez les animaux) celui du suicide correspond à un phénomène social (totalement étranger à la vie animale). Surtout, la société ne condamne pas le suicide parce qu'il est contraire à une tendance congénitale mais parce qu'il est contraire à ses intérêts : il n'est d'ailleurs pas de société ne composant pas avec le suicide quand il se trouve correspondre à ses intérêts (C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté* ..., *op. cit.*, pp. 81-86).

¹⁷⁹⁷ Ainsi, même en acceptant le postulat incertain de l'universalité initiale du modèle totémique, la séquence mise en œuvre entre le culte du totem, la crainte du sang menstruel et l'exogamie, si elle a pu se produire dans une société donnée ne peut fonder le phénomène universel que constitue la prohibition de l'inceste (C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté, chapitres 1 et 2*, Paris, Flammarion, 2008, pp. 86-96).

¹⁷⁹⁸ L'auteur poursuit : « en un sens, elle appartient à la nature car elle est une condition générale de la culture, et par conséquent il ne faut pas s'étonner de la voir tenir de la nature son caractère formel, c'est-à-dire l'universalité. Mais en un sens aussi, elle est déjà la culture, agissant et imposant sa règle au sein de phénomènes qui ne dépendent point, d'abord d'elle » (C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté* ..., *op. cit.*, p. 96).

LÉVI-STRAUSS s'est plus directement intéressé aux questions spécifiquement posées par les familles contemporaines. Ces textes sont très proches – à tout le moins les parties qui nous intéressent le sont-elles – et ils seront donc traités dans un même mouvement. Le premier a été publié en 2011 et constitue le texte d'une conférence donnée au Japon en 1986. Le second a été publié en 2013 et constitue la traduction d'un article paru en 1989 dans la presse italienne.

Il y expose, à propos de la procréation assistée et des défis qu'elle présente aux gouvernements, en particulier sur le plan de la parenté, que les ethnologues sont les seuls à ne pas être pris de court par l'avènement de telles difficultés. L'ensemble des problématiques particulières induites par la procréation assistée se trouvent en effet exister – quoiqu'évidemment sous des formes non technologiques – dans les sociétés qu'ils étudient. L'insémination avec tiers donneur a ainsi un équivalent chez les Samo du Burkina Faso (où l'épouse apporte à son mari l'enfant de son amant). L'insémination post mortem trouve quant à elle une déclinaison dans l'institution du « lévirat » existant chez les anciens hébreux et encore répandue aujourd'hui (suivant cette pratique, un homme épouse la veuve de son frère)¹⁷⁹⁹. Les observations de LEVI-STRAUSS dépassent d'ailleurs très largement le cadre de la procréation assistée dès lors qu'il relève divers exemples de sociétés connaissant un type de mariage homosexuel (les Nuer du Soudan assimilent la femme stérile à un homme en sorte qu'elle peut épouser une femme) et la mise au service des couples considérés de techniques de procréations impliquant des tiers (chez les Yoruba du Nigeria, explique-t-il, les femmes fortunées s'achètent des épouses qu'elles mettent en ménage avec un homme et ont la possibilité de revendiquer l'enfant qu'ils conçoivent)¹⁸⁰⁰. Dans tous les cas, selon l'anthropologue français, « le statut social se détermine en fonction du père légal, même si celui-ci est une femme » et même si « l'enfant n'en connaît pas moins son géniteur ». Il s'ensuit que « le conflit entre parenté biologique et parenté sociale, qui embarrasse chez nous les juristes et les moralistes, n'existe donc pas dans les sociétés connues des ethnologues. Elles donnent la primauté au social sans que les deux aspects se heurtent dans l'idéologie du groupe ou dans la conscience de ses membres ».

970. Quelle conclusion normative tirer de semblable constat ? Les deux textes comportent, en guise de synthèse, des paragraphes quasiment identiques mais qui comportent tout de même une différence importante.

Suivant le texte de 1986, « l'anthropologue *ne propose pas* à ses contemporains d'adopter les idées et les coutumes de telle ou telle population exotique » mais sa contribution, explique Levi-Strauss, est plus modeste : *d'un côté*, l'anthropologie montre que « ce que nous considérons comme “naturel”, fondé sur l'ordre des choses, se réduit à des contraintes et à des habitudes mentales propres à notre culture » et « nous aide donc à nous débarrasser de nos œillères, à comprendre comment et pourquoi d'autres sociétés peuvent tenir pour simples et allant de soi des usages qui, à nous, paraissent inconcevables ou même scandaleux » ; *de l'autre côté*, par la multitude et la diversité spatio-temporelle des expériences humaines examinée, l'anthropologie aide « à dégager ce qu'on peut considérer comme des “universaux” de la nature humaine » et permet de « suggérer dans quels cadres se développeront des évolutions encore incertaines, mais qu'on aurait tort de dénoncer par avance comme des déviations ou des perversions. [...] ».

En conséquence, « aux juristes et aux moralistes trop impatients, les anthropologues prodiguent des conseils de libéralisme et de prudence. Ils font valoir que même les pratiques et les revendications qui choquent le plus l'opinion – procréation assistée permise aux femmes vierges, célibataires, veuves, ou bien aux couples homosexuels – ont leur équivalent dans d'autres sociétés qui ne s'en portent pas plus mal. Ils souhaitent donc qu'on laisse faire, et qu'on

¹⁷⁹⁹ C. LÉVI-STRAUSS, « Problèmes de société : excision et procréation assistée », in *Nous sommes tous des cannibales*, Paris, Seuil, 2013, pp. 81-102.

¹⁸⁰⁰ *Idem*.

s'en remette à la logique interne de chaque société pour créer dans son sein, ou pour en éliminer, les structures familiales et sociales qui se révéleront viables et celles qui engendreront des contradictions dont l'usage seul peut démontrer qu'elles sont insurmontables ».

Dans le texte de 1989, LEVI-STRAUSS réaffirme que l'apport principal de l'anthropologie est d'habituer à l'idée que les problèmes posés notamment par la procréation assistée « admettent un bon nombre de solutions différentes, dont aucune ne doit être tenue pour naturelle et allant de soi ». Le conseil qu'il prodigue est alors pratiquement identique à celui donné en 1986 (le paragraphe entier est pratiquement identique), sous l'importante réserve que la référence au libéralisme et celle, corrélative, au laisser-faire est formellement omise¹⁸⁰¹.

QUELLE DYNAMIQUE STRUCTURÉ ?

971. Nous retiendrons pour notre part, le double conseil de « libéralisme » et de « prudence », une invitation à la fois à prendre conscience de la diversité des options et à prendre en considération la logique interne et le système de valeur de la société. Nous ne pensons pas forcer le trait en mettant en évidence que la réflexion tenue dans ces deux textes de l'anthropologue/ethnologue français constitue – d'une certaine manière – une expression de celle relative aux tensions que nous avons cherché à mettre en évidence à la fin de la première partie de cette dissertation. C'est bien le rapport de l'absolu au relatif et de l'universel au particulier qui est examiné ici, tandis que l'auteur évoque les « cadres » dans lesquels se dérouleront « des évolutions encore incertaines ». Ainsi, si l'œuvre de Claude LEVI-STRAUSS a été utilisée tant par ceux qui récusent les systèmes existants que ceux qui réclament le maintien, force est de constater qu'il s'abstient quant à lui *in fine* de formuler quelque directive substantielle que ce soit.

Le philosophe Patrice MANIGLIER a d'ailleurs pu mettre en évidence la tension entre liberté et limitation qui est au cœur de l'œuvre de LEVI-STRAUSS et exposer que l'anthropologie structurale postule l'existence d'un « un espace fini de possibilités » dont la délimitation est toutefois « équivoque, habitée par un tremblement au bord duquel l'impossible se redéfinit ». En somme, la liberté est réelle mais elle est aussi finie, dans la mesure où elle consiste toujours précisément dans un « déplacement d'une limitation des possibles à une autre ». Dans ce contexte, le droit de la personne et de la famille se comprendrait comme un système « de transformation et de permutation » qui ne se fermerait que par « une sorte de tour de passe-passe, de torsion, de forçage ». Pour le dire plus clairement encore, « que les systèmes symboliques soient finis, ne signifie pas qu'ils soient fermés »¹⁸⁰². L'anthropologie symbolique permettrait « de faire apparaître le sens non pas comme la finalité des systèmes symboliques,

¹⁸⁰¹ Le voici reproduit : « On n'en conclura pas que notre société doit modeler sa conduite sur des exemples exotiques ; mais ceux-ci peuvent néanmoins nous habituer à l'idée que les problèmes posés par la procréation assistée admettent un bon nombre de solutions différentes, dont aucune ne doit être tenue pour naturelle et allant de soi. [...] Au juriste et au moraliste impatients de légiférer, l'ethnologue prodigue donc des conseils de prudence. Il fait valoir que même les pratiques et les revendications qui choquent le plus l'opinion – procréation assistée permise aux femmes vierges, célibataires, veuves, ou bien aux couples homosexuels – ont leur équivalent dans d'autres sociétés qui ne s'en portent pas plus mal. La sagesse est sans doute de faire confiance à la logique interne des institutions de chaque société et de son système de valeurs pour créer des structures familiales qui se révéleront viables, éliminer celles qui engendreront des contradictions. L'usage seul peut démontrer ce qu'à la longue acceptera ou rejettera la conscience collective ».

¹⁸⁰² MANIGLIER récusé le reproche qui est fait à l'anthropologie de LEVI-STRAUSS « de rabattre tout interdit sur un impossible » en prétendant « que si, par exemple, des parents et des enfants ne peuvent pas se marier, ce n'est pas parce que c'est interdit, mais parce que ce serait aussi impossible qu'écrire " $2+3=29$ " ». En effet, si le système symbolique est bel et bien « fini » (au sens où « un système où "tout est possible" serait donc effectivement un système où rien n'a de sens »), cela n'implique pas qu'il est possible de définir de manière absolue ce qui est possible et ce qui est impossible dès lors qu'on ne peut pas « identifier une configuration symbolique déterminée avec les conditions mêmes de la vie symbolique (comme on l'a parfois abusivement tenté pour la parenté et la différence des sexes » (P. MANIGLIER, « La condition symbolique », *op. cit.*, pp. 38-42).

mais comme l'effet de leurs transformations » et partant de « [réintégrer] l'homme dans la nature »¹⁸⁰³. La pensée de LEVI-STRAUSS pourrait alors se comprendre comme un compromis entre les approches absolutistes et antinomiques qui occupent l'essentiel du paysage philosophique.

¹⁸⁰³ « La limite se redouble à l'intérieur, incluant certaines possibilités précisément pour les exclure, non plus cependant sur le mode de l'impossible ou de l'impensable, mais sur celui de l'interdit. Ainsi, pas plus que le fait d'être hors-jeu au football, le fait que deux personnes de même sexe se marient n'est "impensable" ; au contraire, c'est même tellement pensable qu'on peut ne cesser d'en parler pour en exclure la possibilité, c'est-à-dire, précisément, pour l'interdire » (P. MANIGLIER, « La condition symbolique », *op. cit.*, p. 47).

SECTION 1. L'INSTITUTION DE LA PERSONNE : LE SEXE ET LE NOM

972. Si la Cour reconnaît aux individus la possibilité de bénéficier d'une opération de réassignation sexuelle (*L. c. Lituanie*) et celle de se présenter aux autres sous le nom que l'on souhaité (*Taieb dite Halimi c. France*), la jurisprudence strasbourgeoise exige aussi des Etats qu'ils entérinent, via l'administration de l'Etat civil, les préférences ainsi manifestées.

973. La jurisprudence de la Cour en matière de *transsexualisme* a d'ores et déjà fait l'objet de très nombreux développements doctrinaux. Comme on le sait, de manière très progressive, la Cour a finalement reconnu aux individus un véritable droit à la reconnaissance du sexe réassigné. Le rattachement par les juges de Strasbourg de la reconnaissance civile du nouveau sexe des personnes transsexuelles à la notion de dignité humaine dans les arrêts *Christine Goodwin* et *I.* rend suffisamment compte de l'importance reconnue au désir de voir son sexe réassigné « institué » par l'autorité publique (**sous-section 1**).

974. Nous examinerons en second lieu *la question du nom* qui a donné lieu à d'importants développements dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Losonci Rose et Rose*, la Cour a par ailleurs expressément affirmé que le nom était l'« élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société » et appartenait, pour cette raison, « au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale » (**sous-section 2**)¹⁸⁰⁴.

975. Ainsi la Cour fait-elle droit, dans une certaine mesure, aux demandes individuelles ayant pour objet la reconnaissance civile des choix posés par les personnes quant à leur sexe et à leur nom. L'enjeu fondamental réside dans la détermination du niveau d'indépendance que la désignation du sexe ou du nom peut avoir par rapport à la manifestation de ce qui constituait hier des « horizons indépassables » et dont la pertinence même se trouve aujourd'hui contestée au regard de la revendication formulée par certains d'une libre détermination du sexe et du nom civil, radicalement détachée de leurs sources traditionnelles, le sexe biologique et les liens familiaux.

976. On retrouve certainement ici les questionnements qui sont au cœur de l'œuvre de LEVI-STRAUSS. En effet, il s'agit ici de prendre conscience de la dimension à la fois naturelle et culturelle de la désignation du sexe ou du nom et de chercher à réaliser entre les deux facettes un équilibre satisfaisant qui ne saurait procéder de la négation pure et simple de l'une d'entre elles.

¹⁸⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Losonci Rose et Rose* c. Suisse du 9 novembre 2010, § 51.

Sous-section 1. Le sexe

977. S'il a pu être longtemps considéré que le sexe constituait un élément indiscutable de l'identité de l'être humain, l'émergence de la revendication transsexuelle et le développement des *gender studies* ont radicalement remis en cause cette modeste certitude. La Cour européenne des droits de l'homme a pris acte de l'évolution considérée en mettant en œuvre une interprétation dynamique du prescrit conventionnel.

978. La *reconnaissance civile du sexe réassigné* constitue une exigence européenne substantielle à la suite d'une succession de décisions caractérisées par leur dynamisme progressif. Au terme de cette évolution, la Cour a expressément affirmé que l'identité sexuelle est – à l'instar de la vie sexuelle (*Dudgeon*) – un aspect important de l'identité personnelle (*Goodwin*, § 77) et que la possibilité de vivre « conformément à l'identité sexuelle choisie [...] au prix de grandes souffrances » ressortit à la dignité de la personne humaine (§ 1)¹⁸⁰⁵.

979. Un second mouvement, dont on aperçoit encore que les prémisses, pourrait bien concerner un relâchement plus significatif entre le sexe biologique et le sexe civil. Ainsi, la revendication d'une *modification du sexe civil sans réassignation chirurgicale* qui avait a pu faire l'objet d'une décision d'irrecevabilité dans une décision du 23 octobre 1997 se présente à nouveau au juge européen, quoique sous un jour différent. Il faudra voir si la double exigence de modification des caractères physiques et – le cas échéant – d'incapacité de procréer pourra résister à la revendication d'une rupture plus nette entre la vérité de la biologie et l'institution du sexe par le droit (§ 2).

980. C'est, d'une part, le fondement du sexe qui est remis en cause : la conception suivant laquelle « chaque être humain [...] porte sur lui, dans la vie quotidienne, qu'il est un homme ou une femme »¹⁸⁰⁶, ne fait plus l'unanimité. Considéré hier comme le reflet d'un donné purement biologique, le sexe est progressivement envisagé comme étant pour une bonne part une construction culturelle impliquant de multiples facteurs¹⁸⁰⁷. Pareille relativisation de l'ancrage du sexe dans la biologie est vigoureusement promue par les uns¹⁸⁰⁸, qui y voient une autre manifestation de l'émancipation des hommes, et appréhendée avec effroi par les autres qui y voient un nouveau sacrifice à l'« idéologie de la non limite »¹⁸⁰⁹.

981. Ce sont, d'autre part, les fonctions du sexe qui sont en cause. Hier le rôle du sexe dans la structuration psychique de l'individu et son rôle social d'intégration à la collectivité en tant qu'homme ou en tant que femme passaient pour évident, de même que l'assignation civile du sexe induisait un ensemble de conséquences concrètes découlant de règles de droit positif utilisant le sexe comme élément de différenciation¹⁸¹⁰, il faut bien constater qu'aujourd'hui tant son rôle de structuration du psychisme que la légitimité des différences opérées sur sa base par le droit positif sont remis en question¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, § 91.

¹⁸⁰⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1992, p. 111.

¹⁸⁰⁷ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, § 84.

¹⁸⁰⁸ D. BORILLO, « Pour une théorie du droit de la personne et de la famille émancipée du genre », *Droit des familles, genre et sexualités* (dir. N. Gallus), Limal, Anthémis, 2012, p. 19.

¹⁸⁰⁹ A. SUPLOT, *Homo juridicus...*, op. cit., pp. 77-79.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 76.

¹⁸¹¹ D. BORILLO, « Pour une théorie du droit de la personne et de la famille émancipée du genre », op. cit., p. 19.

§ 1. La liberté de l'état : la reconnaissance civile du changement de sexe

982. La question de la reconnaissance par le droit du sexe modifié des transsexuels s'est posée très rapidement au juge européen¹⁸¹². Le contentieux du transsexualisme est marqué à la fois par une approche évolutive fondée sur une « anticipation » du consensus européen (voy. *supra* n° 400) et par l'estompement progressif de la référence aux motifs « subjectifs » de restriction aux droits (voy. *supra* n° 212). Elle rend compte également d'un basculement entre une approche admettant le maintien en l'état du cadre institutionnel, moyennant des compromis destinés à faciliter la vie quotidienne des transsexuels sans leur octroyer la modification de l'état civil et une approche exigeant l'assimilation du transsexuel opéré à une personne du sexe opposé à son sexe originel.

A. L'absence de reconnaissance civile du changement de sexe

- i) *Les accommodements du droit anglais : Rees c. Royaume-Uni [P] et Cossey c. Royaume-Uni [P]*

983. La Cour ayant conclu à l'irrecevabilité de la demande dans *Van Oosterwijck c. Belgique*¹⁸¹³, c'est l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986 qui a donné le coup d'envoi de la jurisprudence de la Cour en la matière. Né en 1942 et enregistré comme un enfant de sexe féminin, le requérant s'était dès l'enfance comporté comme un enfant de sexe masculin (§§ 11-12). En 1970, il avait décidé de se faire traiter et avait subi dans un premier temps un traitement hormonal et ensuite un traitement chirurgical (§§ 13-14). A partir de 1973, il avait initié de multiples démarches pour obtenir la modification de son sexe sur son acte de naissance, lesquelles n'avaient cependant pas abouti, alors que tous ses autres documents officiels le désignaient sous un nouveau prénom masculin et le titre de M. (§§ 15-17). Au titre de l'article 8, il dénonçait les « entraves apportées à sa pleine intégration à la vie sociale [qui] résulteraient de ce que le Gouvernement ne prend pas les mesures propres à lui reconnaître juridiquement la qualité d'homme aux fins de la répartition de tous les citoyens entre personnes de sexe masculin ou féminin » (§ 34).

La Cour a commencé par souligner les importantes spécificités du système britannique : d'une part, il n'y existait « aucun système d'état civil intégré, mais seulement des registres distincts pour les naissances, les mariages, les décès et les adoptions » dans lesquels sont consignés « les événements pertinents tels qu'ils se sont produits, sans mentionner [...] les changements [...] que l'on transcrit dans d'autres États » (§ 39) ; d'autre part, les transsexuels pouvaient, comme tout un chacun, « modifier leurs nom et prénom à leur gré [et] se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom qu'ils ont choisis et indiquant [...], le cas échéant, le sexe qu'ils préfèrent » (§ 40).

La Cour a relevé que, pour les transsexuels, ce système procurait un avantage considérable par rapport aux systèmes où tous les documents officiels doivent refléter les données des registres de l'état civil. Il n'en restait pas moins que l'acte de naissance ne pouvait pas être modifié et que Monsieur Rees n'avait pas le « sexe social » d'homme ce qui avait des conséquences au plan du droit du mariage ou du droit à la retraite (§ 40). Selon les juges de Strasbourg, « le Royaume-

¹⁸¹² L'enjeu ne réside pas ici dans la conversion sexuelle en tant que telle, puisqu'il y avait été procédé par les requérants « en toute légalité », mais bien « la pleine consécration en droit » du changement advenu. Voy. : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 78 et I. c. *Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 58.

¹⁸¹³ Cour eur. dr. (pl), arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique* du 6 novembre 1980.

Uni [s'était] efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait » (§ 42). Aller plus loin et permettre comme le réclamait le requérant la modification en secret de son acte de naissance ou l'émission d'un certificat ne mentionnant que le sexe nouveau impliquait une charge administrative et la possibilité de nuisances quant au rôle rempli par le registre des naissances (en matière de droit de la famille et de successions) et de méconnaissances des droits des tiers qui doivent légitimement pouvoir accéder à certaines indications (services publics ou organismes privés) (§§ 42-43). Au regard de la grande marge d'appréciation à allouer à l'Etat et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui, on ne pouvait considérer que le Royaume-Uni avait méconnu ses obligations positives (§ 44). Il fallait selon la Cour, « pour le moment laisser à l'Etat défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels », même elle avait « conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur » (§ 47). Dès lors, la Cour a expressément souligné que « la nécessité de mesures juridiques appropriées [devait] donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société » (§ 47)¹⁸¹⁴.

Seuls trois juges européens se sont écartés de la majorité, pour conclure, sur le terrain de l'article 8, à la violation de la Convention. Selon eux, un meilleur équilibre, basé sur la modification non-secrète de l'état civil aurait pu être atteint entre les intérêts en cause¹⁸¹⁵.

984. Rendu le 27 septembre 1990, l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* confirme la solution retenue dans *Rees c. Royaume-Uni*. Ayant rappelé la teneur de cet arrêt (§38), la Cour a pris acte d'une certaine évolution, mais a considéré qu'au regard de la diversité prévalant toujours en la matière, il n'y avait pas lieu de s'écarter de la solution atteinte dans cet arrêt. Ainsi :

40. [...] La Cour n'a connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli dans l'intervalle; il demeure vrai, notamment - l'intéressée ne le conteste pas -, qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé.
Une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, les rapports dont s'accompagnent la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 (J.O. no C 256, 9.10.1989, p. 33) et la recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, du 29 septembre 1989 - toutes deux visant à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière - révèlent, le Gouvernement le fait observer, la même diversité qu'à l'époque de l'arrêt *Rees*. Partant, il s'agit toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, en raison du peu de convergence entre eux, jouissent d'une grande marge d'appréciation (arrêt *Rees*, p. 15, par. 37). En particulier, on ne saurait affirmer à présent qu'il échet de s'écarter de la décision alors rendue par la Cour si l'on veut garantir que l'interprétation de l'article 8 (art. 8) sur le point litigieux continue à cadrer avec les conditions actuelles (paragraphe 35 ci-dessus).

La répartition des votes atteste cependant d'une fragmentation de la position du juge européen sur la question : ce n'est que par dix voix contre huit que la Cour a conclu à la non-violation de la Convention.

¹⁸¹⁴ A défaut de mettre encore à la charge des Etats des obligations substantielles ou procédurales déterminées, la Cour impose dans un premier temps une sorte « d'obligation de vigilance » : celle de se poser, en quelque sorte, la question de la reconnaissance du sexe des transsexuels. Les modalités de l'équilibre sont, d'une certaine manière, à la discrétion de l'Etat, mais il doit, à tout le moins, mettre en œuvre un processus de réflexion à son propos. Cette exigence de vigilance a été reformulée par la Cour dans les affaires ultérieures (Cour eur. dr. h., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, § 42 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998, § 60).

¹⁸¹⁵ Ainsi aurait-on pu prévoir la possibilité d'une « annotation dans le registre des naissances [...] selon laquelle il y aurait eu changement d'identité sexuelle » et celle « d'obtenir un extrait du registre qui n'indiquerait que sa nouvelle identité sexuelle ». Toutefois, il n'y avait pas lieu « de garantir à M. Rees qu'il bénéficie du secret en ce sens que seule sa nouvelle identité sexuelle devrait apparaître dans tous les actes officiels : le registre des naissances est public et il y a certainement un intérêt général à lui conserver ce caractère ». Certes, « la solution envisagée par nous ne réglerait certes pas tous les problèmes de M. Rees et ne répondrait pas entièrement à ses espoirs, mais elle pourrait alléger les difficultés qui sont les siennes. Elle supprimerait en tout cas la contradiction existant actuellement entre les divers papiers d'identité dont il est appelé à faire usage ainsi qu'entre son apparence actuelle et la mention contenue dans son acte de naissance concernant son sexe ».

Les juges BINDSCHIEDLER-ROBERT et RUSSO ont considéré qu'un juste équilibre aurait pu être trouvé en la matière entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et cela sans bouleverser le système d'enregistrement en vigueur ; qu'un tel équilibre ne satisfasse pas nécessairement à toutes les revendications de la requérante ne devrait pas empêcher la Cour de le prendre en considération pour apprécier si l'article 8 (art. 8) a été respecté ou non ». Les juges MACDONALD et SPIELMANN ont quant à eux considéré que « si dans le cas Rees le principe de la "grande marge d'appréciation" des États pouvait à la rigueur être accepté, il en est autrement à l'heure actuelle ».

Le juge MARTENS a affirmé, dans son opinion dissidente, que la dignité humaine est « le principe qui se trouve à la base des droits de l'homme et qui sous-tend les divers droits spécifiques énoncés dans la Convention » et induit « se façonner soi-même » et de « modeler sa destinée de la façon qui semble le mieux convenir à sa personnalité » (§ 2.7). Finalement, les juges PALM, FOIGHEL et PEKKANEN ont insisté sur l'accentuation des exigences liées à l'intimité, à l'identité et à la manière de mener sa vie : « cette attitude négative envers les transsexuels se fonde sur des concepts moraux et éthiques profondément enracinés qui, néanmoins, semblent changer peu à peu dans les sociétés européennes. On a une conscience accrue de l'importance de l'identité personnelle de chaque individu et de la nécessité de tolérer et accepter les différences entre les êtres humains. En outre, on admet de plus en plus le droit à l'intimité de la vie privée et celui de mener, dans la mesure du possible, sa propre vie sans être importuné ».

ii) *L'absence d'accommodements en droit français : B. c. France [P]*

985. Deux ans plus tard, la Cour a condamné la France dans un contexte où l'absence d'accommodements semblables à ceux disponibles au Royaume-Uni amplifiait les désagréments causés par l'absence de reconnaissance civile du changement de sexe¹⁸¹⁶. Cet arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992 concernait la situation d'une française qui avait subi une opération de réaffectation au Maroc et souhaitait obtenir la rectification de son acte de naissance en France. La situation prévalant en France était très différente de celle qui avait cours au Royaume-Uni et avait été évaluée dans les deux affaires *Rees* et *Cossey*. En premier lieu, le système de l'état civil français pouvait (à la différence du système britannique) accueillir des changements. Ainsi, des juridictions de première instance et d'appel « [avaient] déjà ordonné pareille insertion dans le cas d'autres transsexuels » et la doctrine de la Cour de cassation « [allait] dans le sens opposé mais elle [pouvait] évoluer » (§ 55). Au surplus, les tribunaux admettaient rarement le changement de prénom tandis que de nombreux documents à présenter dans la vie de tous les jours renseignaient le sexe ancien. Pour la Cour, la requérante, qui n'avait pas pu obtenir le changement de son prénom (§ 58) et qui était amenée à révéler régulièrement la discordance entre son sexe légal et son sexe apparent « se [trouvait] quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée » (§ 63). Il a donc été conclu par quinze voix contre six à la violation de la Convention étant entendu que « plusieurs moyens d'y remédier [s'offraient] au choix de l'État défendeur » et que « la Cour [n'avait] pas à lui indiquer le plus adéquat » (§ 63).

L'enseignement qu'on peut tirer ici est que – dans la dynamique conventionnelle – le choix de l'Etat de ne pas « reconnaître » le changement de sexe se concilie mieux – en tout cas temporairement – avec les exigences des droits de l'homme lorsque par ailleurs il s'est efforcé d'accéder aux revendications du requérant « dans toute la mesure où son système s'y prêtait ».

¹⁸¹⁶ P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », note sous Cour eur. dr. h., arrêts Christine Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1167.

Selon les six juges dissidents, dans « ce domaine du transsexualisme, la large marge d'appréciation reconnue à l'État doit permettre à celui-ci de réguler par voie jurisprudentielle le statut juridique des transsexuels vrais suivant des critères objectifs, en respectant l'article 8 ». L'un d'entre eux, le juge MORENILLA, a expressément souhaité soulever la question de la dimension transnationale de l'affaire. Ainsi, « il y [avait] [...] des contrôles, médical et juridictionnel, du changement de sexe en France, mais de telles précautions ne [pouvaient] [...] être critiquées ni du point de vue juridique – eu égard à la réglementation actuelle de l'état civil en France – ni du point de vue médical – compte tenu des très graves risques que comportent les traitements médicaux hormonaux à vie, les greffes et l'irréversibilité des ablations des organes sexuels. Au contraire, à mon avis, elles méritent d'être louées pour éviter les erreurs, à conséquences irréversibles, les décisions précipitées ou les opérations chirurgicales de nécessité douteuse, voire contre-indiquées, même pour ceux qui de bona fide se croient transsexuels. Cette attitude sert aussi à décourager des prétentions juridiques de rectification de l'état civil fondées sur le fait accompli d'une opération pratiquée sans vérifier sa nécessité irréversible ou sans les garanties médicales de succès, puisque l'expertise médicale doit se prononcer sur sa nécessité thérapeutique » (3.2.). Le juge souligne donc la légitimité qu'a l'Etat à réguler certaines pratiques dangereuses et irréversibles et s'inquiète de ce que l'accomplissement du processus à l'étranger mette les autorités face à un fait accompli à intégrer au mépris des garde-fous expressément mis en place dans l'ordre interne. Cette problématique de l'importation dans l'ordre juridique interne de situations – de fait ou de droit – constituées à l'étranger résonne dans l'ensemble du contentieux des institutions (comp. *infra* n° 1050, 1094 et 1104 et s.).

iii) *La consécration du droit à la reconnaissance du sexe civil : Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC] et I. c. Royaume-Uni [GC]*

986. L'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* de 1998 est le dernier coup de semonce avant le revirement qui s'ensuivra¹⁸¹⁷. La Cour y a affirmé que « le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants » (§ 58). La marge d'appréciation large consentie par l'Etat est donc justifiée dans cet arrêt par égard à la fois à l'absence de consensus et à la dimension morale des questions posées (alors que dans *Rees* et *Cossey*, seule la divergence des approches européennes fondait l'octroi d'une importante latitude aux Etats). Le maintien dans *Sheffield et Horsham* du refus de la Cour d'imposer aux Etats la reconnaissance du sexe modifié a été évidemment salué par les auteurs soucieux de la préservation des « valeurs générales de la société »¹⁸¹⁸.

Le juge VAN DIJK a considéré, dans son opinion dissidente adjointe à l'arrêt, que « l'enjeu ici réside dans le droit fondamental à l'autodétermination : si une personne a le sentiment qu'elle appartient à un sexe autre que celui originellement enregistré et qu'elle a subi un traitement pour obtenir, dans la mesure médicalement possible, les caractéristiques de l'autre sexe, elle a droit à la reconnaissance juridique de son appartenance au sexe qui, d'après elle, correspond le mieux à son identité. Le droit à l'autodétermination n'a pas été inclus explicitement en tant que tel dans

¹⁸¹⁷ Au fil du temps, les majorités dégagées au sein de la Cour au profit du maintien de cette jurisprudence se sont affaiblies. Dans l'affaire *Rees* de 1986, trois juges sur quinze considéraient que l'article 8 avait été violé. Dans l'affaire *Cossey*, huit juges sur dix-huit considéraient que l'article 8 avait été violé et quatre juges sur dix-huit considéraient que l'article 12 avait été violé. Dans l'affaire *Sheffield et Horsham*, neuf juges sur vingt considéraient que l'article 8 avait été violé et 2 juges sur vingt considéraient que l'article 12 avait été violé. Il n'est pas inintéressant de s'attarder aux conceptions qui amènent les juges dissidents, de plus en plus nombreux à s'écarter de la perception majoritaire, notamment en ce qui concerne la nature et la portée des droits tirés par les individus de l'article 8 de la Convention.

¹⁸¹⁸ M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 671-672.

la Convention, mais il se trouve à la base de plusieurs des droits que celle-ci consacre, spécialement le droit à la liberté, garanti par l'article 5, et le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8. De surcroît, il s'agit d'un élément vital de la "dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine" qui, d'après le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » (§ 5).

987. En 2002, la Cour a amendé sa position aux termes des arrêts de grande chambre *Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* en affirmant que la Convention exigeait qu'il puisse être procédé à la pleine reconnaissance du sexe modifié. Quatre années après *Sheffield et Horsham*, ces deux arrêts imposent aux Etats l'obligation d'amender leur système d'état civil pour permettre la pleine reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle. Articulés sur les notions d'autodétermination, d'autonomie personnelle et de développement personnel, les deux arrêts font en outre de « la dignité et la liberté de l'homme » le point de départ de leur raisonnement.

Après avoir rappelé à la fois les vertus de la sécurité juridique et la nécessité de garantir les droits conventionnels de manière concrète et effective (§ 74), la Cour a décidé de rechercher « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » la manière adéquate d'interpréter et d'appliquer la Convention (§ 75). Dans ce contexte, il y avait lieu de relever que « le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité ». Il s'agissait « d'un conflit entre la réalité sociale et le droit qui [plaçait] la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété » (§ 77).

En outre, selon la Cour, « lorsqu'un Etat autorise le traitement et l'intervention chirurgicale permettant de soulager la situation d'une personne transsexuelle, finance tout ou partie des opérations et va jusqu'à consentir à l'insémination artificielle d'une femme qui vit avec un transsexuel [...], il paraît illogique qu'il refuse de reconnaître les implications juridiques du résultat auquel le traitement conduit » (§ 78).

S'agissant de la marge de manœuvre étatique, le juge de Strasbourg a tout d'abord relevé la persistance de l'absence de communauté de vue au plan européen. Pour la Cour, « l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques » (§ 85). Quoi qu'il en soit « pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation » (§ 85). Cependant, « la Cour attache [...] moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés » (§ 85).

La Cour souligne que « dans l'affaire Rees, la Cour avait admis que le Gouvernement pouvait accorder une grande importance à la nature historique du système d'enregistrement des naissances » et que « l'argument selon lequel le fait d'autoriser des exceptions nuirait à la finalité du système avait fortement pesé dans son appréciation » (§ 86). La Cour s'est alors livrée à un véritable déclasserement de cet argument lié à l'intégrité des registres d'état civil. Non seulement, le système connaissait des exceptions en matière de légitimation ou d'adoption (possibilité de délivrer des extraits rendant compte de l'état modifié) et une nouvelle exception

en faveur des transsexuels « ne mettrait pas en péril tout le système », mais au surplus les affirmations générales relatives aux complications et risques ne correspondaient, au regard des informations que la Cour possédait, à « aucun risque réel de préjudice » (§ 87).

Ensuite, ayant conféré un poids très important aux droits des transsexuels (§ 90) et émoussé au contraire les justifications étatiques auparavant acceptées (§ 91), la Cour a souligné que dans sa jurisprudence antérieure, elle avait constamment souligné la nécessité d'une réévaluation permanente de la situation des transsexuels (§ 92) et a accordé une certaine importance à la circonstance qu'un groupe de travail interministériel avait préconisé en 2000 différentes réformes tendant à améliorer la situation des transsexuels, mais que les propositions considérées n'avaient encore donné lieu à aucune réalisation quelconque (§ 92). La Cour a expressément affirmé qu'« il [n'avait] pas été démontré qu'une modification de la condition des transsexuels risquerait d'entraîner des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public » et qu'« on [pouvait] raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances » (§ 91).

B. Les conditions posées à la reconnaissance du changement de sexe

988. Dans un arrêt de grande chambre *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, la Cour a considéré qu'« il [n'était] pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe de la requérante que son mariage soit transformé en partenariat enregistré, celui-ci représentant selon elle une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage » (§ 87). Dans un contexte caractérisé cette fois par l'absence de consensus européen, la Cour a tout de même largement basé sa décision sur l'alternative du partenariat enregistré ouverte à la requérante pour sortir du dilemme entre reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle et maintien de son lien matrimonial (voy. *infra* n° 1056).

§ 2. La stabilité de l'identité : l'irréversibilité du changement de sexe

989. Quid de la revendication formulée par certains de la possibilité d'obtenir une modification de son sexe civil sans modification du sexe anatomique ? Dans les affaires *Christine Goodwin* et *I.* de 2002, il avait été relevé que « toutes les difficultés corollaires qui pourraient en surgir, en particulier dans le domaine du droit de la famille, sont à la fois gérables et acceptables si l'on se limite aux transsexuels opérés ayant pleinement réalisé leur conversion » (*I.*, §§ 70-71 et *Christine Goodwin*, §§ 90-91).

Cette conception suivant laquelle la reconnaissance du nouveau sexe doit se limiter aux personnes ayant « pleinement réalisé leur conversion » nous paraît traduire une exigence de garantie quant au sérieux et à la pérennité de l'investissement du sexe choisi et participer *in fine* d'un hommage à la dimension biologique du sexe. Cette perception est toutefois mise à l'épreuve par la revendication d'un assouplissement supplémentaire du lien entre sexe biologique et sexe juridique qui se traduirait dans la possibilité de choisir son sexe indépendamment de toute transformation morphologique et/ou anatomique, ou bien encore de choisir de n'appartenir à aucun sexe ou bien d'appartenir aux deux sexes. Plus radicalement, certains réclament l'abolition de l'assignation sexuelle civile en dénonçant son caractère profondément arbitraire. A cet égard, la référence à LEVI-STRAUSS rend compte de « précédents » anthropologiques (ainsi les Nuer du Soudan assimilent-ils la femme stérile à un

homme). Reste à voir ce que peut, veut ou doit faire une société (et quand) de cette revendication, en se montrant attentive aux revendications individuelles, mais en respectant aussi les structures qu'elle s'est donnée.

A. La modification du sexe civil sans réassignation chirurgicale : Theodor (Dora) Roetzheim c. Allemagne

990. On se réfèrera à cet égard à l'affaire *Theodor (Dora) Roetzheim c. Allemagne* dans laquelle un homme père d'un enfant et en procédure de divorce avait adopté un rôle féminin mais ne souhaitait pas subir une intervention chirurgicale de réassignation. Dès lors qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de la loi allemande sur les transsexuels, les tribunaux allemands avaient rejeté sa demande de rectification de son acte de naissance. La Cour d'appel de Düsseldorf avait notamment relevé que « l'ordre juridique et moral ainsi que la vie sociale se fondaient sur l'idée de principe qu'une personne était soit de sexe masculin soit de sexe féminin » en sorte que « le sexe ne pouvait pas être librement choisi, indépendamment de l'apparence physique d'une personne, mais il était déterminé par des critères psychologiques et physiques ». La Cour constitutionnelle avait quant à elle affirmé que « s'agissant des personnes qui, selon leurs caractères physiques, appartenaient toujours à leur sexe d'origine et qui, en tant que telles, demeuraient capables de procréer, le législateur n'était pas tenu de les traiter à tous les égards comme appartenant à l'autre sexe correspondant à leur psychisme ». Dans sa décision du 23 octobre 1997, la Commission a souscrit à l'attitude des autorités internes. Elle a relevé que dans sa jurisprudence antérieure « les organes de la Convention [avaient été] saisis de griefs présentés par des transsexuels qui avaient subi des interventions chirurgicales de conversion sexuelle, alors que la présente affaire [concernait] un transsexuel qui [refusait] de se soumettre à une telle intervention » et que le refus des juridictions allemandes refusant de reconnaître l'appartenance du requérant au sexe féminin ne révélait aucune apparence de violation de la Convention.

B. La modification du sexe civil sans garantie de l'infertilité : Y.Y. c. Turquie

991. Des enjeux comparables semblent affleurer dans l'affaire *Y. Y. c. Turquie* actuellement pendante devant la Cour, dans laquelle une requérante se plaint de ne pouvoir être autorisée à subir une réassignation sexuelle et à obtenir la modification de son état civil sans avoir été préalablement diagnostiquée incapable de procréer. Ainsi, l'article 40 du Code civil turc prévoit-il – comme l'indique l'exposé des faits – que « toute personne souhaitant changer de sexe peut, sur requête personnelle, saisir le tribunal d'une demande d'autorisation à cette fin » et que « pour qu'une telle autorisation soit accordée, il faut que le demandeur ait dix-huit ans révolus, qu'il ne soit pas marié, qu'il ait une prédisposition transsexuelle et que celle-ci soit attestée par un rapport d'un institut médical officiel d'un établissement d'enseignement et de recherche, que le changement de sexe soit nécessaire pour la santé psychologique du demandeur et que l'intéressé soit, de manière définitive, incapable de procréer ». En outre, « le tribunal décide de procéder à la rectification des registres de l'état civil lorsqu'un rapport d'un institut médical officiel certifie que l'opération de changement de sexe a été réalisée en conformité avec l'objectif spécifié par l'autorisation judiciaire et les techniques médicales ». Par-delà le soupçon que les transsexuels turcs sont de la sorte complètement empêchés de voir réassigner leur sexe dès lors que la stérilité serait à la fois la condition et la conséquence de l'opération sollicitée¹⁸¹⁹, l'affaire met en perspective une revendication potentielle, proche de celle formulée dans l'affaire *Roetzheim*, de passer du sexe féminin au sexe masculin, sans abandonner ses facultés procréatives. On aperçoit alors l'ampleur des difficultés qui découlent d'un progressif

¹⁸¹⁹ H. FULCHIRON, « Vie privée et familiale », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, pp. 887-888.

relâchement du lien entre le sexe biologique et la consécration civile du statut personnel. On se rappelle aussi le battage médiatique suscité il y a quelques années par l'américain Thomas Beatie, un transsexuel ayant subi une chirurgie « de surface » mais conservé ses fonctions procréatrices...¹⁸²⁰

¹⁸²⁰ P. CURRAH, « Expecting Bodies : the pregnant man and transgender exclusion from the employment non-discrimination Act », *Women's Studies Quarterly*, 2008, p. 330 et s.

Synthèse de la sous-section 1

992. La Cour a élevé la reconnaissance civile du changement de sexe au titre d'élément ressortissant à la dignité de la personne humaine. Le principe fortement affirmé par l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* n'implique cependant pas, à ce stade, une totale disponibilité à la personne de son sexe civil.

La reconnaissance civile du changement de sexe

993. Selon l'arrêt *Goodwin*, on peut « exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances » (§ 91). La Cour a donc progressivement rejoint la position préconisée par le Juge MARTENS dès l'affaire *Cossey* (la « possibilité de se façonner soi-même ») ou défendue par le juge VAN DIJK dans l'affaire *Sheffield et Horsham* (le « droit fondamental à l'autodétermination »).

1/ Il aura fallu près de vingt années pour que la Cour accomplisse le chemin séparant sa position initiale de l'affirmation clôturant l'arrêt *Goodwin*. Sans aucun doute, la possibilité pour l'individu de pouvoir décider de son sexe se heurtait à des impératifs de diverse nature : difficultés administratives ; « questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale » ; nécessité de protéger les intérêts des tiers (comme l'armée ou bien les compagnies d'assurance-décès) (*Rees*, § 43). Le juge PETTITI avait même avancé que la reconnaissance civile du nouveau sexe pouvait nuire aux intérêts des transsexuels eux-mêmes dès lors que « plusieurs cas de demandeurs transsexuels vrais ou faux correspondent à des états psychiatriques qui ne doivent être traités que par la psychiatrie sous peine de catastrophes »¹⁸²¹. Durant une première période, la Cour a considéré que la mise en œuvre d'accommodements dans le cadre du système existant tendant à limiter le désagrément encouru pouvait suffire à atteindre les standards conventionnels (comp. *B. c. France*). Finalement toutefois, le conflit entre la réalité sociale et le droit a paru inacceptable ou, plus précisément, incohérent à la Cour. La Cour a progressivement délaissé « l'approche pragmatique » qui avait auparavant prévalu pour y substituer « une solution de principe »¹⁸²². Cette évolution au terme de laquelle la dignité humaine a paru exiger la reconnaissance du nouveau sexe a procédé comme on le sait certaine « anticipation » du consensus européen.

2/ La position atteinte par la Cour en matière de reconnaissance du transsexualisme n'implique cependant pas que la reconnaissance du sexe chirurgicalement réassigné puisse avoir lieu toujours et sans condition. L'arrêt *Hamalainen* rendu le 16 juillet 2014 en rend suffisamment compte : la reconnaissance souhaitée peut être conditionnée à une modification du statut conjugal dans les Etats parties qui n'ont pas entendu à ce stade ouvrir le mariage aux personnes de même sexe.

L'irréversibilité du changement de sexe

994. Ce n'est pas à dire pour autant que la Cour considère illimitée la possibilité pour l'individu de « modeler sa destinée de la façon qui lui semble le mieux convenir à sa

¹⁸²¹ P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi... », *op. cit.*, p. 1169 ; G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 307.

¹⁸²² P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », note sous Cour eur. dr. h., arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1166.

personnalité »¹⁸²³. Ainsi, la Cour admet-elle que les Etats ne permettent le changement de sexe que moyennant une certaine fidélité au modèle biologique et, par voie de conséquence, à une certaine irrévocabilité du changement opéré.

1/ Dès 1997, la Commission avait distingué les « griefs présentés par des transsexuels qui avaient subi des interventions chirurgicales de conversion sexuelle » et celui présenté par « un transsexuel qui refuse de se soumettre à une telle intervention ». Dans *I. et Christine Goodwin*, la grande chambre a subséquemment affirmé que « toutes les difficultés corollaires qui pourraient en surgir, en particulier dans le domaine du droit de la famille, sont à la fois gérables et acceptables si l'on se limite aux transsexuels opérés ayant pleinement réalisé leur conversion » (*I.*, §§ 70-71 et *Christine Goodwin*, §§ 90-91). La Cour n'est donc pas (encore) prête à souscrire à la revendication émergente d'un retrait « total » de l'Etat dans la désignation sexuée des individus aux termes de laquelle l'Etat devrait cesser de répartir « arbitrairement » les individus entre deux catégories de sexes dont certains travaux tendraient à démontrer le caractère arbitraire¹⁸²⁴.

2/ Plus récemment, affleure – dans l'affaire *Y. Y. c. Turquie* – la question de la possibilité de passer du sexe féminin au sexe masculin en conservant ses facultés procréatives. La jurisprudence de la Cour a d'ores et déjà entériné un détachement partiel du sexe civil et du sexe biologique ou a à tout le moins imposé une définition plus souple du sexe biologique, cette affaire actuellement pendante rend bien compte des nouvelles questions qui pourraient se poser bientôt dans son prétoire.

¹⁸²³ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, opinion dissidente de M. MARTENS.

¹⁸²⁴ D. BORILLO, « Pour une théorie du droit de la personne et de la famille émancipée du genre », *Droit des familles, genre et sexualités* (dir. N. Gallus), Limal, Anthémis, 2012, p. 19.

Sous-section 2. Le prénom et le nom

995. Par la conjonction de fondements et de fonctions pluriels, les noms et prénoms sont l'autre élément fondamental de l'*identité sociale* de la personne.

996. Dans l'affaire *Burghartz c. Suisse* de 1994, la Cour a expressément considéré que si la Convention ne visait pas un *droit au nom* en tant que tel, le nom n'en concernait pas moins la vie privée et familiale « en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille ». Dans leur opinion dissidente adjointe à l'arrêt, les juges PETTITI et VALTICOS s'étaient opposés à l'inclusion du droit au nom sous la bannière de l'article 8 en invoquant à la fois un argument tiré de la lettre de la Convention et un argument tiré du pluralisme européen : de leur point de vue que « la législation sur l'attribution des noms doit rester du domaine de l'Etat et n'entre pas dans le champ d'application de la Convention »¹⁸²⁵. Dès 1996 et l'arrêt *Guillot c. France*, le juge strasbourgeois a cependant persévéré en considérant que « le prénom d'une personne, comme son patronyme, concerne sa vie privée et familiale » (§§ 21-22) (§ 1).

997. La Cour a par ailleurs été amenée à rendre plusieurs arrêts à propos des *modifications des noms et prénoms*, de telles affaires posant inévitablement la question du juste équilibre à aménager entre l'impératif de stabilité de l'identité personnelle et la volonté individuelle. La modification du prénom ou du nom traduit à la fois les velléités individuelles de maîtriser les éléments de leur identité et les mutations de la vie familiale : dans un contexte où l'identité personnelle et les liens familiaux sont caractérisés par une plus grande mobilité ou une plus grande fluidité, des *hiatus* apparaissent nécessairement entre la fixité de principe des noms et prénoms et la réalité fluctuante des identités concrètes (§ 2).

998. Ce sont, d'un côté, les fondements du nom qui sont remis en cause. Le nom de la famille est, par tradition, le moyen de conserver la « trace » généalogique des « liens de sang » dont la personne est le résultat, mais cette conception originelle n'est pas la seule possible et les systèmes juridiques anglo-américains souscrivent d'ores et déjà à une conception nettement plus libérale que les pays de tradition civiliste¹⁸²⁶.

999. Ce sont aussi les fonctions du nom qui sont mises en question. La réglementation de nom par l'Etat est une affaire complexe, souligne ainsi Julia SHEAR KUSHER, tant il est vrai que celui-ci revêt un caractère multifonctionnel à l'intersection du privé et du public¹⁸²⁷. Le nom aurait ainsi à la fois deux fonctions privées (une fonction d'expression personnelle et une fonction de formation de l'identité) et deux fonctions publiques (une fonction d'identification de la personne et une fonction de communication entre les personnes, les organisations et les institutions)¹⁸²⁸. Le nom constituerait même, selon Pascaline GEORGIN, « une institution juridique dichotomique »¹⁸²⁹.

¹⁸²⁵ Selon eux, « non seulement cet article ne se réfère pas expressément à [la question du nom], mais les conceptions politiques, juridiques, sociales et religieuses varient encore tellement d'un pays à l'autre dans cette matière, encore en pleine évolution, que ce serait aller certainement au-delà du texte et des engagements assumés par les Etats que de prétendre imposer en l'occurrence telle ou telle conception relative aux règles qui devraient être suivies en matière de nom de famille en cas de mariage et de divorce ».

¹⁸²⁶ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, §§ 39-40.

¹⁸²⁷ J. SHEAR KUSHER, « The Right to Control One's Name », *UCLA Law review*, 2009, p. 318.

¹⁸²⁸ *Idem*.

¹⁸²⁹ P. GEORGIN, « La liberté de choix du nom de famille des époux », note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 57.

§ 1. Le choix du prénom et du nom

1000. Si le nom et le prénom concourent tous deux à l'identification des individus et, partant, à l'administration de l'Etat, le premier revêt une portée plus clairement individuelle d'expression de la personnalité, là où le second tend davantage à inscrire la personne dans une galaxie familiale à laquelle il appartient. Le choix du prénom est donc par essence un lieu de plus grande *liberté* (A) que le choix du nom qui fait l'objet d'un encadrement moins lâche au titre de son caractère fondamentalement *multifonctionnel* (B).

A. Le choix du prénom

1001. Le choix, par les parents, du prénom de l'enfant a fait l'objet de quelques décisions strasbourgeoises qui valident la volonté étatique de protéger l'enfant qui devra assumer le prénom en question et de sauvegarder la pratique nationale en matière de noms. Encore faut-il cependant que l'attitude des autorités soit proportionnée à ces objectifs, dépourvue d'arbitraire et empreinte de cohérence.

1002. La première jurisprudence des organes de la Convention en matière de choix du prénom rend compte d'une différenciation opérée entre la possibilité de porter en fait un prénom déterminé et celle d'être désigné en droit par ce prénom précis.

Ainsi, dans l'arrêt *Guillot c. France* du 25 octobre 1996, la Cour a considéré que les désagréments résultant de l'impossibilité pour les requérants de prénommer leur fille « Fleur de Marie » n'étaient pas suffisants pour « poser une question de manquement au respect de la vie privée et familiale sous l'angle du paragraphe 1 de l'article 8 » dès lors que l'enfant portait sans entrave le prénom litigieux et que les autorités françaises avaient accepté l'enregistrement du prénom Fleur-Marie (§ 27). En un sens, la Cour a considéré que puisque, dans les faits, l'enfant pouvait porter le prénom choisi par ses parents, tandis qu'elle était enregistrée officiellement sous un prénom proche, il n'y avait pas d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁸³⁰. L'on retrouve ici la conception « pragmatique » qui prévalait dans la première jurisprudence relative au transsexualisme et suivant laquelle il s'agissait essentiellement de mesurer les inconvénients concrètement subis par les requérants.

Dans la décision d'irrecevabilité *Salonen c. Finlande* du 2 juillet 1997, la Commission a poussé un peu plus loin l'examen et a considéré que le refus des autorités opposé au prénom litigieux – Ainut Vain Marjaana¹⁸³¹ – pouvait constituer une ingérence dans les droits des requérants tout en reconnaissant, dans le domaine considéré, une large marge de manœuvre aux autorités étatiques. Toutefois, la circonstance que le prénom considéré pouvait être porté, même en

¹⁸³⁰ Voy. cependant aussi l'opinion dissidente des juges MACDONALD et MEYER, annexée à l'arrêt, suivant laquelle : « Nous regrettons de ne pas pouvoir approuver le présent arrêt. Il y a certainement eu ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie privée et familiale, dont le choix d'un prénom relève sans aucun doute. On a prétendu restreindre la liberté de ce choix, en refusant d'inscrire à l'état civil le prénom donné à l'enfant par ses parents. Nous admettons sans difficulté que cette ingérence, fondée sur la loi du 11 germinal an XI, en vigueur à l'époque des faits, était légale et qu'elle poursuivait un but légitime, la protection des intérêts de l'enfant. Mais nous estimons qu'il n'a pas été démontré qu'elle était "nécessaire dans une société démocratique". Nous ne voyons d'ailleurs pas en quoi un prénom tel que "Fleur de Marie" pourrait faire du tort à la personne qui le porte. Probablement moins que les noms de saints et de saintes cités dans l'opinion dissidente de M. Geus ou que des noms comme ceux de "Cléopâtre", d'"Hérodiade", ou de "Messaline", de "Pilate", de "Caligula", ou de "Néron", illustrés à divers titres par des "personnages connus dans l'histoire ancienne" et donc parfaitement autorisés selon la loi précitée. Nous observons au surplus qu'en droit français quiconque n'est pas satisfait de son prénom peut toujours en demander la modification s'il justifie d'un "intérêt légitime" ».

¹⁸³¹ Ce prénom signifierait en français « La seule et unique Marjaana ».

l'absence d'enregistrement à l'état civil, a à nouveau été mise en évidence – avec renvoi exprès à l'arrêt *Guillot* – mais dans le contexte cette fois de la confrontation du droit des requérants aux justifications présentées par l'Etat.

1003. Manifestement réticente, dans un premier temps, à censurer les décisions prises par les autorités nationales en la matière, la Cour a cependant conclu, pour la première fois à la violation de la Convention dans un arrêt *Johansson c. Finlande* du 6 septembre 2007. Eprouvant quelque difficulté à déterminer si le refus du prénom « Axl » opposé aux requérants concernait les obligations négatives ou positives de la Finlande, la Cour a décidé de ne pas trancher la question en soulignant que le régime applicable était semblable (§§ 29-30). Elle a rappelé que dans les affaires *Guillot* et *Salonen*, elle avait admis que les prénoms choisis par les parents pouvaient être considérés comme ridicules ou fantaisistes en sorte qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice à l'enfant et que le refus des autorités nationales se justifiait (§§ 32 et 33). Elle a convenu que la protection de l'enfant contre les désagréments liés à un prénom inapproprié et la volonté de sauvegarder la pratique nationale en matière de noms invoqués par le gouvernement finnois étaient des buts légitimes au sens du § 2 de l'article 8 (§ 36). En l'espèce, l'enfant avait été prénommé Axl dans son entourage depuis sa naissance sans que cela pose aucun problème et Axl ressemblait à des prénoms répandus en Finlande. Il n'était ni ridicule ni fantaisiste et n'était pas de nature à porter préjudice à l'enfant. En outre, il était prononçable en finnois et répandu dans d'autres pays. Si une voyelle n'avait pas été supprimée, il aurait été accepté sans difficulté. Surtout, trois personnes en Finlande avaient été enregistrées sous le prénom Axl (§ 38). Elle a estimé qu'au regard de ces différents éléments et nonobstant la large marge d'appréciation reconnue aux Etats membres en la matière il était difficile de justifier le refus des autorités et en a conclu que l'article 8 de la Convention avait été violé (§ 39)¹⁸³².

B. Le choix du nom de famille

1004. Les affaires relatives au nom de famille sont le lieu d'une confrontation entre les systèmes traditionnels de détermination du nom de famille et l'exigence d'égalité. En particulier, c'est la hiérarchie au sein de la famille – dominée, en la matière, par le mari et le père – qui se trouve remise en cause, tant dans les relations horizontales (i) que dans les relations verticales (ii). Il apparaît qu'une interprétation évolutive de la Convention commande l'abolition de cet ordre hiérarchique présidant à la détermination du nom, tandis que restent pertinentes les restrictions tendant à assurer la manifestation de l'unité de la famille. En outre, la Cour, si elle accompagne et accentue l'évolution à l'œuvre (dont elle trouve parfois l'indice dans l'attitude des Etats entrepris).

i) Le nom du couple

1005. Dans *Burghartz*, la Cour a inscrit le droit au nom dans le sillage du droit « de nouer et de développer des relations avec ses semblables » hérité de l'arrêt *Nimietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992¹⁸³³. Environ vingt ans plus tard, elle a affirmé sans ambiguïté, dans *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, que « le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au

¹⁸³² Dans un arrêt *Znamenskaya c. Russie* la Cour a estimé d'emblée que sa jurisprudence en matière de nom n'était pas applicable, notamment parce qu'un enfant mort-né ne peut être considéré comme bénéficiant d'un droit au respect de la vie privée et familiale différent de celui de sa mère (§§ 23-24).

¹⁸³³ Cela est peut-être lié à la circonstance que dans l'affaire *Burghartz*, le requérant alléguait notamment que l'impossibilité pour lui de faire précéder le nom de la famille « Burghartz » de son nom « Schnyder » emportait pour lui un préjudice professionnel dès lors qu'il était connu sous ce nom dans le milieu académique au sein duquel il déployait son activité professionnelle.

respect de la vie privée et familiale » (§ 51)¹⁸³⁴. En la matière, les arrêts de la Cour traduisent une conception émergente à l'échelle internationale – découlant notamment de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 16) – suivant laquelle chaque conjoint doit être en mesure soit de conserver l'usage de *son nom* de famille original soit de participer sur un *pied d'égalité* au choix d'un nouveau nom de famille¹⁸³⁵.

α – L'imposition du nom du mari

1006. La pratique suivant laquelle le nom du mari est imposé à l'épouse en vertu du mariage a été fermement condamnée par la Cour dans trois arrêts de violation rendus à l'encontre de la Turquie. Dans l'arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004 était en cause l'obligation pour les femmes mariées de porter le nom de leur époux après le mariage prévue par l'article 153 de la Constitution turque¹⁸³⁶. La requérante, qui était avocate stagiaire à l'époque, était connue sous son nom de jeune fille dans son milieu professionnel. Elle avait alors continué à utiliser celui-ci devant son nom de famille légal mais elle ne pouvait par contre pas user des deux noms en même temps sur les documents officiels (§§ 9-10). Madame Ünal Tekeli avait introduit un recours et avait été successivement déboutée de ses prétentions par le tribunal de grande instance de Karşıyaka et la Cour de cassation (§§ 11-12). Subséquemment, une modification constitutionnelle avait permis aux femmes turques de porter le nom de leur mari précédé de leur nom de jeune fille, mais elle n'avait pas mis en œuvre cette option dès lors que sa revendication portait sur le fait de pouvoir porter son seul nom de jeune fille (§ 13). A Strasbourg, elle dénonçait une violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention.

La Cour a considéré que les hommes mariés et les femmes mariées pouvaient être comparés et qu'il existait entre une distinction de traitement fondée sur le sexe (§§ 55-56). Elle a rappelé, en premier lieu, que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe » (§ 59)¹⁸³⁷ et qu'« à l'échelle internationale, les développements au sein des Nations unies quant à l'égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille » (§ 60). Enfin, « un consensus se dessine au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité » dès lors que « la Turquie est le seul pays qui impose légalement – même si le couple prévoit une autre formule – le nom du mari en tant que nom du couple, et donc la perte automatique par la femme de son nom d'origine lors d'un mariage ». A ce propos, « la possibilité reconnue par le législateur turc en novembre 2001 d'utiliser son nom de jeune fille en le plaçant devant le nom de son mari n'y change rien. Les intérêts des femmes mariées qui ne désirent pas que le mariage ait des effets sur leur nom n'ont pas été pris en considération » (§ 61).

Il convenait toutefois de relever que plusieurs évolutions du droit interne démontraient que la Turquie « ne se [situe] pas en dehors de la tendance générale de placer l'homme et la femme

¹⁸³⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010, *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 999.

¹⁸³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, §§ 28-29 et 60.

¹⁸³⁶ Suivant cette disposition (telle qu'en vigueur à l'époque des faits) : « La femme mariée porte le nom de son époux [...] ».

¹⁸³⁷ La Cour expose à cet égard que « deux textes du Comité des Ministres, la Résolution (78) 37 du 27 septembre 1978 sur l'égalité des époux en droit civil, ainsi que la Recommandation R (85) 2 du 5 février 1985 relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe, en sont des principaux exemples. Ces textes appellent les Etats membres notamment à éliminer toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Cet objectif a été également énoncé lors de travaux de l'Assemblée parlementaire (paragraphe 19-22 ci-dessus) et le Comité européen de la coopération juridique (paragraphe 23-27 ci-dessus) » (§ 59).

sur un pied d'égalité dans la famille ». En particulier, le nouveau Code civil promulgué en 2001 avait supprimé le rôle de chef de famille de l'époux et chacun des époux avait désormais le pouvoir de représenter la famille. Toutefois, la disposition imposant à la femme mariée le port obligatoire du patronyme de son mari était restée inchangée (§ 62).

Le contexte ayant ainsi été décrit, la Cour a considéré adéquat de se poser deux questions précises : (1) la tradition de manifester l'unité de la famille à travers le patronyme de l'époux pouvait-elle être considérée comme un élément déterminant ? (2) l'unité de la famille doit-elle être exprimée par un nom de famille commun et, en cas de désaccord, le nom de l'époux peut-il être préféré ?

A la première question, la Cour a répondu par la négative. En effet, si la tradition en question trouve son origine dans le rôle primordial et le rôle secondaire de la femme dans la famille, il n'en restait pas moins que la progression vers l'égalité des sexes et l'importance attachée au principe de non-discrimination excluaient que cette tradition puisse encore être imposée aux femmes mariées. L'unité de la famille pouvait tout aussi bien être exprimée par le choix comme nom de la famille du nom de l'épouse ou par un nom commun choisi par le couple (§§ 63-64).

La réponse des juges européens à la seconde question a également été négative. Ainsi, l'unité de la famille pouvait aussi bien s'exprimer en l'absence de nom de famille commun comme en attestait la variété des systèmes applicables en Europe. Au surplus, rien ne démontrait que l'absence d'un nom de famille commun engendrerait des difficultés concrètes importantes pour les époux ou des tiers ou une atteinte à l'ordre public, en sorte que l'obligation litigieuse ne pouvait être considérée comme justifiée par des raisons objectives et raisonnables (§ 66).

La Cour conclut, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, que malgré « les importantes répercussions qu'un changement du système, à savoir le passage d'un système traditionnel de nom de famille basé sur le patronyme de l'époux à d'autres systèmes, permettant soit à chacun des époux de garder son nom patronymique, soit au couple de choisir librement un nom de famille commun, aura inévitablement dans la tenue des registres d'état civil » mais qu'« on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi » (§ 67).

Il faut souligner l'importance de cette relativement discrète affaire *Ünal Tekeli* qui importe dans le contentieux du nom de famille les éléments essentiels de son arrêt *Goodwin*¹⁸³⁸. La Turquie n'a cependant pas amendé son droit interne et dans plusieurs affaires ultérieures dénonçant précisément la même situation, la Cour a confirmé que les règles du droit turc impliquaient une violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention¹⁸³⁹.

β – Le choix d'un nom de famille : *Burghartz c. Suisse* et *Losonci-Rose et Rose c. Suisse*

1007. Dans deux importantes affaires suisses, la Cour a été amenée à prendre position sur les restrictions apportées au droit des époux de choisir un nom de famille combinant, dans diverses configurations, leurs noms respectifs.

¹⁸³⁸ Sa contribution significative à la progression vers l'égalité de genre a pu être pointée : F. GIRARD, « Obliging Married Women to Change Their Surname is Sex Discrimination », *Suffolk Transnational Law Review*, 2006, p. 250.

¹⁸³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie* du 28 mai 2013 et Cour eur. dr. h., arrêt *Tüten c. Turquie* du 10 décembre 2013.

1008. En 1994, dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*, des époux suisses dénonçaient la circonstance que s'ils prenaient comme nom de famille le nom de l'époux (Schnyder) l'épouse pouvait faire précéder celui-ci de son propre nom (Burghartz) tandis que s'ils choisissaient – comme les requérants – de porter le nom de l'épouse, l'époux n'avait par contre pas la possibilité symétrique de faire précéder celui-ci de son nom à lui (§ 25). En l'espèce, les requérants s'étaient mariés en Allemagne où une telle option était ouverte en sorte que le nom de la famille était Burghartz et que le requérant s'appelait Schnyder-Burghartz. Les autorités suisses n'avaient cependant pas accepté la transposition de ce nom (§§ 6-7)

La Cour a considéré que contrairement à ce qu'affirmait le gouvernement l'adjonction par le mari de son patronyme au nom commun ne reflétait pas moins « l'unité de la famille » que l'hypothèse inverse où l'épouse fait précéder par le sien le nom de son mari choisi comme nom de famille. Par ailleurs le système considéré ne pouvait se prévaloir d'une « véritable tradition » puisque la possibilité dont la « bilatéralisation » avait été introduite au bénéfice des femmes en 1984. Dans tous les cas, la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination. Finalement « rien ne différencie non plus le choix, par les époux, de l'un de leurs patronymes, de préférence à l'autre, comme nom de famille » et « contrairement à ce que prétend le Gouvernement, il n'est pas plus délibéré dans le chef du mari que dans celui de la femme. Il ne se justifie donc pas de l'assortir de conséquences variant selon le cas » (§ 28). Il y avait donc bel et bien eu une violation des articles 8 et 14 combinés (§ 29).

Pour les juges dissidents PETTITI et VALTICOS, « ouvrir un droit au libre choix des noms à partir d'un cas aussi minime que celui des époux Burghartz aurait des conséquences excessives et pourrait entraîner de multiples requêtes sans fondement sérieux. Les époux avaient déjà obtenu l'autorisation de substituer le nom de Burghartz au nom de Schnyder ». Le juge THÓR VILHJÁLMSOHN a considéré quant à lui que « les dispositions de droit interne contestées en l'espèce n'ont pas causé aux requérants un préjudice assez grave pour tomber sous l'empire de la protection internationale des droits de l'homme. Dès lors, l'article 8 de la Convention ne me paraît pas applicable et il n'y a donc pas eu violation ».

1009. Dans une affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, les requérants exposaient qu'une femme étrangère pouvait si les époux choisissaient de porter le nom de l'époux réclamer dans un second temps l'application de son droit national, tandis qu'un homme étranger ne pouvait pas, si les époux choisissaient de porter le nom de l'épouse, réclamer en deuxième lieu l'application pour son nom de son droit national¹⁸⁴⁰. En l'occurrence, Monsieur Losonci était hongrois et avait épousé Madame Rose qui était de nationalité suisse. Ils avaient choisi de prendre dérogatoirement comme nom de famille le nom Rose. Après mariage, les deux époux s'appelaient donc Monsieur Losonci-Rose et Madame Rose (voy. *Burghartz*). Ultérieurement, Monsieur Losonci-Rose avait souhaité mobiliser la règle dérogatoire suivant laquelle il est loisible aux étrangers de solliciter que leur nom de famille soit fixé par égard aux règles de leur droit national. De cette manière, les époux se seraient appelés Monsieur Losonci et Madame Rose, ce qui était leur objectif depuis le début. Les autorités suisses avaient toutefois refusé pareil « cumul » de dérogations.

¹⁸⁴⁰ De manière inédite, dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, la Cour a considéré que la discrimination ne frappe pas l'individu, victime directe, mais bien le couple qu'il compose avec son épouse, victime par ricochet. Le couple serait donc un nouveau sujet de droits de l'homme (§ 53). Cette prise en compte du couple comme sujet des droits n'est pas inconnue dans d'autres domaines puisqu'elle avait déjà été mobilisée dans l'arrêt *Schalk et Kopf*. Elle l'était aussi dans l'affaire *S.H. et autres* en tout cas au niveau de l'arrêt de chambre. Pour Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « l'arrêt *Losonci Rose et Rose* [contribue] à accréditer l'idée suivant laquelle le couple qui, au regard de l'article 34 ne peut passer ni pour une personne physique, ni pour un groupe de particuliers, est sur le point de devenir un nouveau sujet atypique des droits de l'homme ». Cela est à mettre en relation avec l'article 16 de la Charte sociale européenne et avec l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (J.-P. MARGUÉNAUD, « Le nom du couple binational ... », *op. cit.*, p. 999).

Dans son arrêt du 9 novembre 2010, la Cour a relevé que si c'était Madame Rose qui avait été étrangère, elle aurait pu, ayant pris comme nom de famille le nom de son mari, solliciter néanmoins l'application de son droit national (§§ 48-49). Par ailleurs, le Tribunal fédéral suisse avait lui-même admis que les dispositions critiquées étaient contraires au principe d'égalité (§ 50) tandis que l'argument du gouvernement suivant lequel le requérant ne subissait aucun préjudice au titre de l'adjonction du nom de son épouse au sien devait être écarté dès lors que le nom relève du « noyau dur » de la vie privée et familiale (§ 51). La Cour a conclu, unanimement, à la violation de la Convention (§ 52).

ii) *Le nom des enfants*

1010. La question du choix du nom des enfants du couple s'est posée dans la jurisprudence de la Cour à la fois sous l'angle de la contestation de la transmission obligatoire du nom du père (i) et sous celui de la volonté d'attribuer aux enfants des noms différents de celui porté par leurs parents ou leurs frères et sœurs (ii).

α – La transmission obligatoire du nom du père : Cusan et Fazzo c. Italie

1011. La question de la transmission obligatoire du nom du père a été appréhendée par la Cour d'abord sous l'angle indirect des difficultés transitoires induites par l'évolution du droit français puis plus frontalement sous celui du maintien de la règle en droit italien. La Cour admet le maintien de la règle de la transmission du nom du père seulement à défaut d'accord et n'exclut pas non plus le maintien de différences, à titre transitoire, dans la mise en œuvre des législations traduisant la progression vers l'égalité des sexes¹⁸⁴¹.

1012. La France a abandonné en 2005 le système de la transmission obligatoire aux enfants du nom de l'époux, mais dans une affaire *De Ram et autres c. France*, des requérants ont dénoncé le régime antérieur et l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient – en raison des dispositions transitoires de la loi nouvelle – de bénéficier du régime amende¹⁸⁴². Ainsi la loi française permet-elle désormais aux parents de choisir de transmettre à l'enfant le nom du père, celui de la mère ou bien les deux dans l'ordre de leur choix. Cependant, cette possibilité n'est pas ouverte pour les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} janvier 2005. Pour ceux-ci, la loi prévoyait un régime transitoire suivant lequel durant les dix-huit mois suivant l'entrée en vigueur, les parents d'enfants âgés de moins de 13 ans au 1^{er} janvier 2003 pouvaient solliciter l'adjonction au nom de l'enfant du nom du parent qui ne lui avait pas transmis le sien (§ 12).

En l'espèce, Monsieur De Ram et Madame Berou avaient deux filles nées respectivement en 1986 et 1989 (§ 2). Le premier avait introduit après l'adoption de la loi de réforme (4 mars 2002), mais avant son entrée en vigueur (1^{er} janvier 2005), au nom et pour le compte de ses filles, une demande de changement de nom auprès du Garde des Sceaux pour obtenir qu'elles soient enregistrées à l'état civil sous le nom de De Ram-Berou. En mars 2004, la demande avait été rejetée à défaut d'intérêt légitime au sens de l'article 61 du Code civil régissant le changement de nom (§ 5). Les juridictions administratives françaises avaient par la suite rejeté le recours diligenté contre le refus du Garde des Sceaux (§§ 7-9).

La Cour a considéré qu'il y avait lieu de s'interroger sur l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge : parce qu'elles avaient 13 ans ou plus au 1^{er} janvier 2003, les deux jeunes femmes ne

¹⁸⁴¹ Comp. Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Fabris c. France du 7 février 2013.

¹⁸⁴² Cour eur. dr. h. décision De Ram c. France du 27 août 2013. Voy. aussi : A.-S. BRUN-WAUTHIER, « Le nom de famille sous les fourches caudines de la Cour EDH », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013 (<http://www.revuedlf.com/cedh/le-nom-de-famille-sous-les-fourches-caudines-de-la-cour-edh-commentaire/>).

pouvaient obtenir, sur base des dispositions transitoires, l'adjonction du nom de leur mère à celui de leur père au titre de la loi nouvelle, tandis que le changement de nom leur avait également été refusé dans le cadre de la procédure prévue par l'article 61 du Code civil à défaut d'intérêt légitime (§ 20). La Cour a relevé que les dispositions transitoires tendaient à opérer « une mise en balance entre, d'une part, le principe de l'immutabilité de l'état civil, dans un souci de sécurité juridique, compte tenu des importantes répercussions que le changement de législation aurait inévitablement dans la tenue des registres d'état civil [...] et d'autre part, l'intérêt des enfants à compléter conformément à la loi nouvelle le nom transmis à la naissance » et que « le critère de l'âge fixé par le législateur, qui conditionne la possibilité de l'ajout du nom du parent qui n'a pas transmis le sien, coïncide avec le droit octroyé par ailleurs à l'enfant mineur de plus de treize ans de consentir au changement de son nom [...] [en sorte que] cette distinction entre enfants âgés de moins ou de plus de treize ans ne saurait passer pour arbitraire » (§ 23). Dans ce contexte, les dispositions incriminées poursuivaient un but légitime.

Elles n'emportaient au demeurant pas, selon la Cour, une différence de traitement disproportionnée. Ainsi, les juges européens ont affirmé, non sans souligner préalablement que « les deuxième et troisième requérantes [avaient] utilisé leur nom d'usage tout au long de leur scolarité [...] et qu'elles [n'alléguaient] pas être dans l'impossibilité de pouvoir continuer à le faire » et que « la différence de traitement dont les requérants avaient fait l'objet était raisonnablement et objectivement justifiée par la nécessité d'assurer la transition dans le temps de l'évolution des règles de dévolution du nom de famille, et par la légitimité du choix de tenir compte du respect dû aux principes de sécurité juridique et d'immutabilité du nom » (§ 26)¹⁸⁴³.

1013. Dans l'affaire *Cusan et Fazzo c. Italie* qui a donné lieu à un arrêt daté du 7 janvier 2014 les requérants étaient des époux milanais qui se plaignaient du refus des autorités étatiques d'inscrire leur fille Maddalena, née le 26 avril 1999, dans les registres de l'état civil sous le nom de leur mère (Cusan), plutôt que sous celui de leur père (Fazzo). Bien qu'aucune disposition légale n'impose cette solution, le tribunal de Milan avait rejeté le recours formé contre le refus de l'officier de l'état civil en soulignant que « cette règle correspondait à un principe bien enraciné dans la conscience sociale et dans l'histoire italienne » (§§ 6 à 10). Après confirmation en appel, la Cour de cassation avait saisi la Cour constitutionnelle d'une question incidente de constitutionnalité à laquelle la haute juridiction avait répondu que « le système en vigueur résultait d'une conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari, qui avait ses racines dans le droit romain et n'était plus compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme ». La règle non-écrite litigieuse paraissait en outre contraire tant à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qu'aux recommandations du Conseil de l'Europe et à la jurisprudence de la Cour. L'amendement de cette règle appartenait cependant, aux yeux des juges constitutionnels italiens, au législateur au regard notamment de la diversité des solutions possibles (§§ 11-20). La Cour de cassation avait alors débouté les requérants qui avaient sollicité et obtenu du ministre de l'intérieur la possibilité de faire suivre le nom Fazzo de celui de Cusan (§§ 21-22).

La Cour ayant estimé que cette mesure ne privait pas les requérants de leur qualité de victime (§ 32), a encore écarté l'argument du gouvernement suivant lequel les requérants n'avaient pas subi de « préjudice important » au sens de l'article 35¹⁸⁴⁴ de la Convention. Si l'affaire ne

¹⁸⁴³ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. décision Duda c. France du 17 mars 2009 et Cour eur. dr. h., décision Dayras et autres c. France du 6 janvier 2005.

¹⁸⁴⁴ Suivant les paragraphes 2 et 3 de cette disposition, « 2. La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque a) elle est anonyme ; ou b) elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux. 3. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : a) que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou b) que le requérant n'a subi aucun

comportait pas d'enjeu financier, « l'importance subjective de la question [paraissait] évidente pour les requérantes » tandis qu'en outre l'examen de l'affaire se justifiait également « au nom du respect des droits de l'homme » (§§ 36-39).

Les articles 14 et 8 combinés étant indéniablement applicables (§§ 54-57), la Cour a considéré qu'en l'espèce des personnes se trouvant dans des situations similaires, soit le père et la mère de l'enfant, avaient été traitées de manière différente ce qui appelait une justification objective et raisonnable (§ 63). A cet égard, les juges européens ont rappelé en premier lieu que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe » (§ 64). Ils ont aussi mis en évidence que dans les précédentes affaires soumises à la Cour qui concernaient le nom de famille des époux ensuite du mariage, la Cour avait systématiquement conclu au non-respect de l'exigence de non-discrimination et souligné « l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes » (§ 66). Dès lors, la Cour ne pouvait conclure qu'à la violation de la Convention, à plus forte raison dans un contexte où la Cour constitutionnelle italienne avait elle-même stigmatisé la « conception patriarcale de la famille et des pouvoirs du mari » sous-jacente à la règle critiquée. La Cour a cependant précisé – en renvoyant à *Losonci Rose* (§ 49) – que « si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux “enfants légitimes” [pouvait] s'avérer nécessaire en pratique et [n'était] pas forcément en contradiction avec la Convention [...], l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes » (§ 67). La Cour n'a pas jugé utile d'examiner par ailleurs l'affaire sous l'angle de l'article 5 du Protocole 7 (envisagé seul ou en combinaison avec l'article 14) (§§ 70-73)¹⁸⁴⁵.

Le juge POPOVIC a manifesté son désaccord avec les conclusions atteintes par ses collègues. Selon lui, les requérants étaient irrecevables soit au titre de l'absence de préjudice important soit au titre de la perte de la qualité de victime suite à l'octroi de la possibilité de faire suivre le nom Fazzo de celui de Cusan. Au surplus, en prenant l'exemple de la singularité des règles espagnoles relatives à la question, il a exposé que « le problème dans cette affaire [...] porte sur la tradition de chaque pays et la pratique mise en cause ne devrait pas être soumise à harmonisation au niveau européen ».

β – La différenciation des noms au sein d'une même famille : *Bijleveld c. Pays-Bas* et *G.M.B. et K.M. c. Suisse*

1014. Accordant de l'importance à la volonté de l'Etat que le nom puisse manifester l'unité de la famille, la Cour a débouté les requérants qui souhaitaient donner un nom de famille différent à leurs enfants ou qui réclamaient la possibilité de porter en tant que couple un nom différent de celui attribué à leurs enfants.

préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

¹⁸⁴⁵ Les requérants demandaient encore à la Cour, sur pied de l'article 46 de la Convention, « d'inviter le gouvernement à introduire, en la matière, les réformes législatives nécessaires pour garantir l'égalité entre les sexes et entre les époux » (§ 77). La Cour a accédé à cette demande et considéré que si « en principe, il n'appartient pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées de la part de l'Etat défendeur pour s'acquitter de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention. Cependant, lorsqu'un dysfonctionnement a été décelé dans le système national de protection des droits de l'homme, la Cour a le souci d'en faciliter la suppression rapide et effective » (§ 80) et que « compte tenu de la situation constatée ci-dessus, la Cour estime que des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt, et d'assurer le respect des exigences des articles 8 et 14 de la Convention (voir, mutatis mutandis, *Vyerentsov*, précité, § 95) » (§ 81).

1015. Dans une affaire *Bijleveld c. Pays-Bas* soldée par une décision d'irrecevabilité du 27 avril 2000, a été confrontée aux griefs articulés par des époux néerlandais à l'encontre de leur droit national qui, depuis le premier janvier 1998, leur permettait de décider du nom qui serait transmis à leurs enfants, mais ne leur permettait pas de nommer leur fille différemment de leurs fils. En l'espèce, les requérants souhaitaient que leur fils porte le nom du père et leur fille le nom de la mère. Ayant rappelé que des restrictions en matière de nom pouvaient être justifiées par l'intérêt public et que les Etats bénéficient à ce propos d'une large marge de manœuvre, la Cour a considéré qu'au regard du choix laissé aux parents néerlandais l'impossibilité dénoncée par les requérants était justifiée par la volonté de l'Etat de préserver la stabilité requise dans les règles légales relatives aux noms. Sur le terrain de l'article 14 la Cour a admis qu'il existait une différence de traitement fondée sur le sexe, puisqu'à défaut d'accord, c'est le nom du père qui était transmis aux enfants. La Cour a relevé que cette règle automatique tendait à éviter que l'enfant se trouve longtemps sans nom déterminé en attendant qu'un éventuel accord intervienne entre ses parents et qu'il existait un rapport de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et le moyen employé.

1016. Dans l'affaire *G.M.B. et K.M. c. Suisse*, les requérants, des époux suisses, dénonçaient la circonstance qu'ils n'avaient pas pu donner à leur fille, comme ils le souhaitaient, le nom de leur mère plutôt que celui de leur père. Dans une décision du 27 septembre 2001, la Cour a considéré leur requête manifestement mal fondée. Dans un contexte caractérisé par la possibilité pour les époux suisse de choisir comme nom de famille le nom de l'épouse plutôt que celui de l'époux (et corrélativement de transmettre ce nom aux enfants du couple), la Cour a relevé qu'il apparaissait de l'examen des solutions nationales qu'en Europe il n'était pas possible de choisir le nom d'un des époux comme nom de famille et de donner le nom de l'autre époux aux enfants. Au contraire, si les époux ont un nom de famille commun, c'est ce nom qui est transmis aux enfants. Il s'ensuivait selon la Cour que la revendication des requérants ne pouvait se prévaloir d'aucun consensus européen et que la matière paraissait traverser une phase de transition en sorte qu'une large marge de manœuvre devait être consentie aux Etats. La Cour a encore relevé l'insistance du gouvernement sur l'importance de manifester au moyen du nom de la famille l'unité de celle-ci et expressément renvoyé à l'affirmation de l'arrêt de grande chambre *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* suivant laquelle « il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant » avant de considérer que l'article 8 de la Convention n'avait pas été violé. L'exigence de non-discrimination n'était pas non plus méconnue dès lors qu'un des noms se trouvait nécessairement écarté et qu'en l'occurrence le nom transmis à la fille des requérants était celui qu'ils avaient eux-mêmes choisi.

§ 2. La stabilité de l'identité : la modification subséquente du prénom et du nom

1017. Dans un contexte de constant accroissement de la mobilité ou de la fluidité des identités et des liens, la question se pose de la réactivité qui devrait être affichée par les noms et prénoms, reflets privilégiés de ceux-ci. Qu'il s'agisse du changement de prénom (A) ou du changement de nom (B), la Cour admet la prise en considération de la sécurité juridique et du principe d'immutabilité de l'état civil¹⁸⁴⁶.

A. Le changement du prénom

1018. La Cour impose aux Etats de permettre un changement de prénom notamment si le prénom indiqué dans les registres de l'état civil ne correspond pas à celui employé par la personne dans sa vie quotidienne. A cet égard, le juge européen exige surtout qu'il existe un cadre juridique adéquat propre à prévenir l'arbitraire.

Jugé ainsi que la Convention avait été violée dans un arrêt *Güzel Erdagöz c. Turquie* du 21 octobre 2008, dans la mesure où les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités turques dans le domaine des restrictions à la possibilité de modifier le prénom n'étaient pas indiquées de manière suffisamment claire et où il n'existait aucune mesure de sauvegarde contre les abus potentiels dans le cadre de la mise en œuvre de ces restrictions (§54)¹⁸⁴⁷. Par contre, le juge européen refuse normalement de prendre position sur les conclusions factuelles atteintes par le juge interne quant au port de tel ou tel prénom dans la vie de tous les jours. Ainsi, dans l'arrêt *Golemanova c. Bulgarie* du 17 février 2011, la Cour a conclu à l'absence de violation dans un contexte où les autorités avaient considéré qu'il n'était pas suffisamment démontré que la requérante était largement connue dans ses relations sociales sous le prénom qu'elle réclamait (§ 45)¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁶ Cour eur. dr. h., décision *De Ram et autres c. France* du 27 août 2013, § 23.

¹⁸⁴⁷ La requérante était une agricultrice qui avait été enregistrée à l'état civil sous le prénom Güzel et dans les registres de propriété sous le prénom Gözel. Güzel était la transcription turque de Gözel qui était la prononciation régionale que la requérante tenait pour son véritable prénom. Découvrant ultérieurement cette inscription différenciée, elle avait intenté une action en rectification de prénom dont elle avait été déboutée. Elle se plaignait à Strasbourg de n'avoir pu obtenir la rectification de l'orthographe de son prénom. La Cour a pointé tout d'abord que le refus des autorités nationales de modifier l'orthographe du prénom de la requérante ne pouvait passer nécessairement pour une ingérence dans son droit au respect de la vie privée, mais en soulignant toutefois que l'article 8 pouvait engendrer des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée (§ 45). Elle a constaté ensuite que les juridictions nationales n'avaient mentionné ni disposition légale, ni intérêt public ou privé en concurrence avec l'intérêt légitime de la requérante (§ 51). Le refus était essentiellement justifié par la circonstance que le prénom postulé ne figurait pas dans le dictionnaire turc, sans qu'aient été pris en considération les arguments de la requérante (§ 52). Elle a également relevé que le droit turc ne prévoyait aucune forme d'interdiction générale d'enregistrer des prénoms qui n'existent pas dans le dictionnaire (ce qui serait par ailleurs contraire au prescrit de l'article 8 de la Convention) et constaté dès lors que la motivation des autorités nationales ne semblait pas se fonder sur l'application d'une législation clairement établie (§ 53).

¹⁸⁴⁸ La requérante, prénommée Donka suivant les registres de l'état civil, prétendait être en réalité appelée Maya par son entourage. Elle n'avait pu convaincre les autorités nationales de procéder au changement de son prénom. La Cour a tout d'abord rappelé que s'il peut y avoir de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la possibilité d'un tel changement peut faire l'objet de restrictions, notamment afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle (§ 39). La Cour a ensuite relevé que la loi bulgare permettait de changer de prénom soit s'il était « ridicule, déshonorant ou socialement inacceptable », soit pour « d'autres raisons sérieuses », et que la jurisprudence des juridictions bulgares admettait que la circonstance qu'une personne soit connue dans son entourage sous un prénom déterminé différent de celui connu à l'état civil constituait de telles « raisons sérieuses » (§ 44-45). Elle a cependant souligné qu'en l'espèce les juridictions nationales, au terme d'une procédure procurant des garanties adéquates (§ 42), avaient considéré qu'il n'était pas suffisamment démontré que la requérante était largement connue dans ses relations sociales sous le prénom qu'elle réclamait (§ 45), en manière telle que c'est avec les « conclusions factuelles » atteintes par les juges bulgares que l'intéressée se trouvait en désaccord (§ 46). Dans ce contexte spécifique, la Cour a considéré, par quatre voix contre

B. Le changement du nom de famille

1019. La Cour a affirmé que s'« il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom [...] des restrictions légales à pareille possibilité [peuvent] se justifier dans l'intérêt public ; par exemple, afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné ». A cet égard, « il n'existe guère de points de convergence entre les systèmes internes des Etats parties à la Convention quant aux conditions auxquelles un changement de nom peut s'effectuer légalement »¹⁸⁴⁹. Si le nom peut en premier lieu être affecté par la rupture des liens familiaux (i), il peut aussi bien être altéré – par exemple – par l'écoulement du temps où le franchissement des frontières (ii). La Cour a pu relever que « les législations régissant les noms dans les douze Etats membres de la Commission internationale de l'état civil, tous membres du Conseil de l'Europe, soumettent à plusieurs conditions la possibilité pour une personne de changer de nom »¹⁸⁵⁰.

i) *Changement lié à une modification de la situation familiale*

1020. Le nom participant à la fois de l'identité individuelle et des liens familiaux, sa persistance au-delà du délitement de la relation familiale peut poser de difficiles questions soit que l'on souhaite conserver le nom longtemps porté, soit que l'on souhaite en sens inverse exprimer par un nouveau nom la réalité vécue des relations familiales.

α – La rupture de la relation conjugale

1021. Nous ne ferons que mentionner ici l'affaire *Taieb dite Halimi c. France* soldée par une décision d'irrecevabilité du 20 mars 2001 et qui a déjà été évoquée (voy. *supra* n° 653) dans la mesure où elle mettait en exergue la différenciation entre l'usage professionnel du nom, son usage privé et sa mention dans les registres d'état civil. On se souvient que la Cour a décidé que « la requérante [n'établissait pas clairement en quoi l'impossibilité d'utiliser [le nom Halimi] dans le cadre de sa vie privée [portait] atteinte à sa personnalité » dès lors que « la requérante [portait] couramment et sans entrave le nom litigieux dans sa vie publique et professionnelle [dès lors que] son ex-mari ne s'y est jamais opposé ». L'affaire montrait bien qu'une chose est de pouvoir porter sans entrave un nom dans ses relations avec autrui et une autre chose d'obtenir la reconnaissance légale de ce nom, notamment dans le contexte d'une rupture conjugale.

trois, qu'« il ne lui appart(enait) pas de se substituer aux juridictions internes pour examiner la pertinence de telle ou telle preuve présentée par les parties à une procédure » (§ 47) et que la convention n'avait pas été violée (§ 48).

¹⁸⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, § 40.

¹⁸⁵⁰ Selon la Cour, « en Belgique, au Portugal et en Turquie, n'importe quel motif peut être avancé à l'appui d'une demande de changement de nom. En France, en Allemagne, au Luxembourg et en Suisse, il faut des motifs convaincants. Dans certains pays, il faut des raisons précises: par exemple, le nom actuel est difficile à prononcer ou à orthographier (Autriche), cause à l'intéressé des difficultés d'ordre juridique ou social (Autriche et Grèce); il est contraire à la bienséance (Pays-Bas et Espagne), est ridicule (Autriche, Italie et Pays-Bas) ou est par ailleurs contraire à la dignité de la personne concernée (Espagne) (Guide pratique international de l'état civil, Paris). Le changement de nom est transcrit dans les registres d'état civil, à la demande de l'intéressé (Belgique et France) ou d'une autorité publique (France), ou automatiquement (dans les dix autres Etats membres de la Commission internationale) » (§ 29). Par exception, le droit anglais « autorise chacun à choisir le nom qu'il veut et à l'utiliser sans aucune restriction ou formalité, sauf pour l'exercice de quelques professions ». Dès lors, « le nouveau nom est valable aux fins de l'identité juridique, on peut s'en servir dans des documents officiels et il figure sur la liste électorale [...]. Les extraits d'état civil ou des papiers d'identité équivalents ne sont ni en usage ni exigés au Royaume-Uni [...]. La quasi-absence en droit anglais de formalités régissant les changements de nom ne s'est toutefois pas traduite par un grand nombre de changements de la sorte » (§ 30).

1022. Les discordances entre la filiation juridique des enfants et la manière dont ils sont effectivement pris en charge par des adultes les amène parfois à prétendre utiliser le nom comme mode d'expression de la rupture du lien avec le parent ou au contraire comme manifestation du lien noué avec un autre adulte de référence. La Cour a pu à ce stade censurer les législations insuffisamment cohérentes (*Garnaga*) ou les procédures empreintes d'arbitraire (*Kismoun*).

1023. Dans son arrêt *Garnaga c. Ukraine* du 16 mai 2013 la Cour a été amenée à prendre position sur le refus des autorités ukrainiennes de permettre à une jeune femme ukrainienne de changer son nom patronymique – de « Volodymyrivna » en « Yuriyivna » afin qu'il reflète son attachement à son beau-père et à son demi-frère. Dans le système ukrainien, comme dans le système russe par exemple, les individus ont un prénom (*forename*), un patronyme (*patronymic*) et un nom de famille (*surname*). En l'espèce, la requérante avait pu obtenir le changement de son nom de famille (en *Garnaga*), mais pas celui de son patronyme (§§ 7-8)

La Cour a relevé que le patronyme dérivait du prénom du père (« Yuri » donnant par exemple lieu à « Yuriyivna » en l'espèce) et que si le père changeait de prénom, l'enfant pouvait soit garder son patronyme, soit en changer. Une rupture était donc possible dans certains cas, entre le patronyme et le prénom du père dont il dérive (§ 40). Le cœur du problème était dans ce contexte de savoir si cette règle impliquait qu'un changement ne pouvait intervenir que dans cette seule circonstance ou bien aussi dans le cas où – comme en l'espèce – un individu souhaite prendre un patronyme dérivé du prénom de son beau-père. A cet égard, la Cour a relevé la flexibilité du droit ukrainien qui permettait assez libéralement les changements de noms. En particulier, « aucune considération liée à l'enregistrement de la population ou au lien entre les porteurs d'un certain nom et une famille n'était avancée pour justifier les restrictions ». Dans ce contexte de « liberté presque totale » s'agissant de changer son prénom ou son nom, les restrictions en matière de patronyme apparaissaient peu – ou pas – justifiées et la Convention avait été violée (§ 41).

1024. Dans son arrêt *Henry Kismoun c. France* du 5 décembre 2013, la Cour a été amenée à évaluer la conventionnalité du refus du Garde des sceaux de modifier le nom patronymique du requérant. Celui-ci était né d'une femme non-mariée qui lui avait donné son nom (Henry) et qui l'avait confié à la DDASS alors qu'il était âgé de trois ans. Le requérant avait été ultérieurement recueilli par son père qui l'avait emmené en Algérie et dont il avait dès lors porté le nom (Kismoun). Âgé d'environ 20 ans le requérant avait cherché à reprendre contact avec sa mère, mais le consulat de France à Alger lui avait annoncé que celle-ci ne le souhaitait pas. Incidemment, il avait appris qu'il portait toujours, aux yeux de l'état civil français, le nom Henry. Le requérant était par la suite rentré en France où il avait obtenu que le nom Kismoun soit ajouté au nom Henry, à défaut d'obtenir un véritable changement de nom. Malgré cela, il avait contracté mariage sous le nom de Kismoun et donné ce nom à quatre enfants. A l'initiative du Parquet de Lyon, le mariage avait été annulé et les actes de naissance modifiés pour mentionner le nom Henry. En 2003, le Garde des sceaux avait rejeté une nouvelle demande de changement de nom. Sa décision avait été infirmée par le tribunal administratif de Paris en 2007 puis validée par la Cour administrative d'appel de Paris en 2008. En 2009, le Conseil d'Etat avait rejeté le pourvoi en cassation formé par le requérant (§§ 6-13).

La Cour a relevé que le Garde des Sceaux avait fondé en partie sa décision sur le défaut de preuve du désintérêt de la mère du requérant (Madame Henry) tandis qu'aucun examen n'avait porté sur la volonté du requérant de porter le nom de son père (Monsieur Kismoun). Par la suite, a encore souligné la Cour, « les juridictions nationales [n'avaient] jamais expliqué en quoi la

demande du requérant, qui contenait des motivations personnelles et individuelles susceptibles d'être prises en compte dans l'examen du bien-fondé d'un motif affectif [...], se heurtait à un impératif d'ordre public » (§ 35). Au surplus, les autorités françaises n'avaient accordé aucun poids au désir du requérant de porter un nom unique (identique en France et en Algérie). La Cour a rappelé à cet égard, l'appartenance du nom au « noyau dur » de la vie privée et familiale et l'importance d'avoir un nom unique (soulignée notamment par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne). Il s'ensuivait que « le processus décisionnel de la demande de changement de nom n'a pas accordé aux intérêts du requérant la protection voulue par l'article 8 de la Convention » (§ 36).

ii) *Changement lié au passage du temps ou au franchissement des frontières*

1025. Le nom n'est pas seulement affecté par les vicissitudes des relations familiales : il peut aussi être altéré par le passage du temps et des frontières ou bien par les erreurs commises par l'administration.

α – Le passage du temps

1026. Dans l'affaire *Stjerna c. Finlande* était en cause le désir du requérant, de changer son nom de famille en « Tawaststjerna » lequel avait été porté par ses ancêtres, Monsieur Stjerna ayant « toujours ressenti comme une injustice d'avoir à porter la moitié du nom original » tandis qu'en outre l'usage du patronyme amputé créait « des difficultés pratiques car, ancienne forme suédoise, il [était] peu courant » et partant peu facile à prononcer et orthographier (§ 9).

Selon le requérant, le refus des autorités emportait violation de son droit au respect de la vie familiale de même que de la règle de non-discrimination. La Commission ayant conclu à la non-violation de la Convention (§ 32), la Cour s'est montrée peu convaincue que « les difficultés prétendues d'orthographe et de prononciation du nom [puissent] être très fréquentes ou plus importantes que celles rencontrées aujourd'hui par un grand nombre de personnes en Europe, où les mouvements de population entre les pays et les zones linguistiques sont de plus en plus courants » et que « les autorités nationales sont en principe mieux placées pour apprécier le niveau de désagrément imputable à l'usage d'un nom plutôt que d'un autre dans leur société nationale » (§ 42). Quant à l'« attachement » du requérant au nom prétendument porté par ses ancêtres, les juges de Strasbourg ont relevé que « le dernier ancêtre à avoir porté ce nom est mort plus de deux cents ans avant que le requérant ne demandât à en prendre le patronyme » en sorte que « nonobstant les sentiments personnels de M. Stjerna sur sa parenté avec les aïeux en question, ceux-ci ont vécu à une époque si reculée qu'on ne saurait accorder un grand poids à ces liens » (§ 43). La Cour a encore relevé que le droit national permettait au requérant de « s'inventer un nouveau nom ou s'approprier un nom pas encore en usage » (§ 44) avant de conclure unanimement à l'absence de violation de la Convention¹⁸⁵¹.

β – Le passage des frontières

1027. Les décisions d'irrecevabilité *Mentzen alias Mencena c. Lettonie* et *Kuharec alias Kuhareca c. Lettonie* toutes deux rendues en 2004, sont représentatives d'une jurisprudence

¹⁸⁵¹ Au paragraphe 10, l'on apprend que le retranchement d'une partie du nom aurait été liée à la circonstance que l'ancêtre dont descendait le requérant était né hors mariage. La préfecture d'Uusimaa avait rejeté sa demande (après avis du comité consultatif sur les noms) et la Cour suprême administrative avait validé ce refus dès lors que le nom postulé n'avait pas été porté de manière constante par les ancêtres du requérant comme l'exigeait l'article 10 de la loi sur les patronymes (§§ 14-15). La Cour a également écarté le grief suivant lequel le refus des autorités finlandaises était discriminatoire dès lors que le retranchement d'une partie du nom aurait été lié à la circonstance que l'ancêtre dont descendait le requérant était né hors mariage (§ 51).

développées par les juges strasbourgeois relativement à la problématique plus spécifique à la transcription des noms et prénoms étrangers. Dans ces deux arrêts, la Cour a pu considérer que la simple transcription phonétique dans la langue nationale des noms étrangers ne contrariait pas le prescrit conventionnel. Des modifications plus substantielles, comme celles induites – par exemple – par le système ukrainien, peuvent par contre conduire à un constat de violation, s’il n’existe pas de possibilité pour l’individu de retrouver son nom originel. En tout état de cause, dans la majorité des cas, il peut être accepté qu’une mesure prise en vue de protéger et de promouvoir une langue nationale correspond à la protection des droits et libertés d’autrui ; la manière dont les noms et prénoms sont donnés, reconnus et utilisés constitue l’un des domaines dans lesquels les particularismes nationaux sont les plus forts en manière telle qu’il est difficile ou impossible de trouver un dénominateur commun et que subséquemment la marge de manœuvre des Etats membres en la matière est très large¹⁸⁵².

- Les transpositions phonétiques : *Kemal Taskin et autres c. Turquie*

1028. Dans l’affaire *Kemal Taskin et autres c. Turquie* sanctionnée par un arrêt du 2 février 2010, des ressortissants turcs d’origine kurde (huit au total) souhaitaient obtenir la modification de leur prénom et porter à l’avenir des prénoms kurdes (ceux utilisés au quotidien dans leur entourage) comportant les caractères « q », « w » et « x » qui n’existent pas dans l’alphabet turc. Au motif, précisément, que ces caractères sont inexistantes dans l’alphabet turc, les autorités nationales avaient refusé d’opérer le changement considéré. Ce refus constituait pour les requérants une ingérence injustifiée dans leur droit au respect de leur vie privée. Ce type d’affaires confronte le droit tiré par les individus de l’article 8 de la Convention (§ 45), la protection et la promotion de la langue nationale (§ 56) et la garantie du fonctionnement normal du système institutionnel (§ 57). La Cour a spécialement pointé la possibilité qu’avaient les requérants de voir le prénom kurde souhaité transposé phonétiquement en mobilisant les lettres disponibles dans l’alphabet turc (§§ 67-68). Au regard de cette possibilité spécifique, refusée par les requérants (§ 69), la Cour a considéré qu’en refusant d’opérer le changement considéré les autorités turques n’avaient pas outrepassé la marge de manœuvre qui est la leur en la matière (§ 72). Les requérants arguaient également de ce qu’ils avaient fait l’objet d’une discrimination fondée sur l’appartenance ethnique. La Cour a considéré que, dès lors que, d’une part, il était loisible aux requérants de porter un prénom kurde mais orthographié suivant les règles turques et que, d’autre part, rien n’indiquait qu’une demande de changement de prénom impliquant la mobilisation de caractères inexistantes émanant d’une personne non kurde aurait induit une décision différente dans le chef des autorités turques (§ 78), il n’y avait pas eu de discrimination (§ 80)¹⁸⁵³.

- L’ukrainisation du nom : *Bulgakov c. Ukraine*

1029. Dans un arrêt *Bulgakov c. Ukraine* du 11 septembre 2007, la Cour a été amenée à envisager la question de la transcription en ukrainien du nom russe du requérant. Citoyen ukrainien d’origine russe, il avait obtenu en 1997 un passeport « interne » qui comportait à la fois son nom originel russe et sa version ukrainienne. En 1998, il avait sollicité la délivrance d’un passeport pour l’étranger et ce document ne comportait que la version ukrainienne de son nom. Le requérant avait ensuite diligemment sans succès diverses procédures internes, arguant de ce que son droit à l’intégrité de son nom avait été violé, pour se tourner ensuite vers la Cour européenne. La Cour a relevé que l’« ukrainisation » litigieuse du nom du requérant dépassait la simple transcription phonétique (§§ 44, 46 et 47). Elle a pointé que le système ukrainien était unique en Europe et estimé qu’il n’était pas en soi contraire à l’article 8 pour autant qu’une

¹⁸⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Bulgakov c. Ukraine* du 11 septembre 2007, § 43.

¹⁸⁵³ Voy. aussi l’opinion concordante du juge SAJÓ qui revient sur les principes applicables en matière de transcription des noms et prénoms selon les règles de la langue d’Etat.

personne appartenant à une minorité nationale puisse utiliser son nom originel et y revenir s'il avait été changé (§ 48)¹⁸⁵⁴. Or, la Cour a constaté qu'une procédure de changement de nom existait qui n'était pas déraisonnablement lourde pour le requérant mais qu'il s'était refusé à mettre en œuvre excipant de ce qu'il ne s'agissait pas d'un véhicule processuel approprié puisqu'il ne souhaitait pas « changer » de nom mais « restaurer » son nom originel (§§ 52-53). La Cour a dès lors estimé que le refus des juridictions ukrainiennes d'ordonner la délivrance de nouveaux passeports n'avait pas constitué une violation de l'article 8 puisqu'il lui était loisible d'obtenir ce changement par le biais d'une procédure spécifique qu'il n'avait pas souhaité mobiliser (§ 54) (comp. *infra* n° 1100)¹⁸⁵⁵.

γ – Les erreurs administratives

1030. Dans une affaire *Daroczy c. Hongrie* ayant donné lieu à un arrêt du 1er juillet 2008, la Cour a été amenée à connaître du refus des autorités hongroises de permettre à une femme de porter le nom qu'elle souhaitait porter et qu'elle portait effectivement depuis cinquante-quatre années y compris dans ses rapports avec l'administration. Lors de son mariage, elle avait ainsi pris le nom Tiborné Daroczy plutôt que le nom Tibor Ipolyné Daroczy conforme au droit hongrois. En 2004, ayant perdu sa carte d'identité, elle s'en était fait délivrer une nouvelle. Cette nouvelle carte d'identité indiquait le nom de la requérante tel qu'il résultait des règles du droit hongrois, soit Tibor Ipolyné Daroczy, plutôt que le nom Tiborné Daroczy qu'elle avait toujours porté. Elle avait alors, sans succès, sollicité l'autorisation de continuer à porter le nom Tiborné Daroczy.

Selon la requérante, la circonstance qu'elle avait été obligée de changer le nom qu'elle avait porté durant plus de cinquante années constituait une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour a constaté que le refus des autorités hongroises constituait une ingérence dans la vie privée de la requérante (§ 28). Elle a relevé que l'usage prétendument erroné du nom Tiborné Daroczy n'avait suscité durant plus de cinquante ans aucune réaction quelconque dans le chef des autorités nationales en manière telle qu'il était difficile de prétendre que cet usage incorrect aurait préjudicié au système hongrois d'enregistrement (§ 30). De la même manière, elle n'a pas aperçu comment les intérêts du mari de la requérante, Monsieur Tibor Ipoly Daroczy, décédé au moment de la demande de la requérante, auraient pu être préjudiciés (§ 31). La Cour en a conclu que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la requérante ne trouvait aucune justification dans la préservation des intérêts des tiers ou de la société globalement considérée et méconnaissait complètement ses intérêts en lui imposant une modification du nom qu'elle avait porté pendant plus de cinquante ans (§ 33) et que l'article 8 de la Convention avait été violé (§ 35).

¹⁸⁵⁴ Elle a souligné que le requérant ne s'était pas immédiatement plaint de l'« ukrainisation » de son nom mais avait attendu deux ans pour formuler formellement un grief à cet égard et que si le procédé d'« ukrainisation » pouvait raisonnablement être conçu comme un changement forcé de son nom originel la question centrale n'était pas la légitimité de la pratique elle-même mais bien la possibilité pour le requérant de retrouver son nom originel (§ 50).

¹⁸⁵⁵ Le requérant estimait qu'en outre les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés. La Cour n'a pas accueilli ce grief formulé à l'endroit du système de l'« ukrainisation » des noms et a précisé qu'elle acceptait qu'un Etat partie puisse établir une telle règle automatique, fondée sur la tradition, et applicable par défaut en l'absence de souhait contraire clairement exprimé par la personne concernée (§§ 58-59). Voy. par ailleurs l'opinion concordante conjointement émise par les juges CABRAL BARRETO, MULARONI et JOCIENE.

Synthèse de la sous-section 2

1031. C'est encore au titre de la dignité que la Cour a progressivement fait croître dans sa jurisprudence le poids des droits individuels en matière de nom. Selon le juge de Strasbourg « on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi » (§ 67) (*Ünal Tekeli*). En outre, la problématique du nom ressortit expressément, suivant les arrêts *Losonci Rose et Rose* et *Henry Kismoun* au noyau dur de la vie privée et familiale. Pareille importance conférée au droit au nom peut surprendre dans un contexte où l'on s'est parfois demandé si le nom pouvait véritablement se prévaloir de la protection de la Convention européenne (on se rappelle par exemple des controverses, à cet égard, dans *Burghartz*). On aperçoit en outre ici aussi la question de la plus-value exacte procurée par l'institution par le droit par rapport à la simple possibilité de pouvoir utiliser, dans la vie quotidienne, le nom sollicité (par ex. *Taieb* ou *De Ram*).

Le choix initial du prénom et du nom

1032. Expressément important pour les individus, au titre respectivement des arrêts *Guillot* et *Burghartz*, le choix du prénom ou du nom peut cependant donner lieu à des restrictions étatiques.

1/ Le choix du prénom a donné lieu à quelques arrêts strasbourgeois qui admettent par principe la possibilité pour l'Etat d'opérer un contrôle marginal sur les prénoms attribués aux enfants. Ce contrôle est légitime s'il tend à protéger l'enfant contre les désagréments causés par un prénom difficile à porter ou bien à protéger l'intégrité de la langue nationale. Dans un contexte où la marge accordée aux Etats est large et où il faut prendre en considération la possibilité de porter dans la vie quotidienne, un prénom différent de celui renseigné à l'état civil, la Cour s'attache à vérifier la volonté de compromis (*Guillot*) et de cohérence (*Johansson*) dans le chef de l'Etat. En tant qu'élément identitaire strictement individuel, le prénom fait l'objet de moins de contraintes étatiques et n'a donné lieu qu'à peu de décisions de la Cour.

2/ La jurisprudence plus abondante relative à la détermination du nom de famille donne au contraire la mesure de sa dimension relationnelle et de ses multiples fonctions : c'est un élément de l'identité de la personne qui rend compte de sa place au sein d'une famille et permet son identification au sein de la société. Si la Cour admet – exactement comme en matière de sexe – la difficulté qu'il peut y avoir à passer d'un système traditionnel d'enregistrement du nom à un modèle différent, il n'en reste pas moins que les justifications tirées de la traditionnelle prééminence de l'homme au sein du couple et de la famille sont *a priori* exclues. Ainsi, sur la base d'un important consensus européen, il ne peut être imposé à l'épouse de porter le nom de son mari (*Ünal Tekeli*), de même que les époux doivent pouvoir, s'ils le souhaitent, choisir de transmettre à leur enfant un autre nom que celui du père. Cependant, la Cour a affirmé qu'à défaut d'accord entre les parents, l'attribution par défaut du nom du mari n'était « pas nécessairement contraire » à la Convention (*Cusan et Fazzo*). De même, la Cour admet la volonté étatique que le nom reflète l'unité de la famille (*Bijleveld et G.M.B. et K.M.*).

Les modifications subséquentes du nom

1033. En matière de changement de prénom et de nom, la Cour admet des restrictions à la liberté individuelle à plusieurs titres. En particulier, le juge strasbourgeois admet le souci de la sécurité juridique, le principe de l'immutabilité du nom (*De Ram et autres*), de même que la nécessité de protéger les droits d'autrui (*Taieb*), même si elle réclame des Etats une certaine souplesse (*Henry Kismoun*).

1/ La Cour exige des Etats que la possibilité du changement de prénom soit organisée d'une manière claire et non arbitraire, même si les autorités internes sont les mieux placées pour apprécier la réalité de l'emploi quotidien du prénom dont l'officialisation est recherchée.

2/ En matière de changement de nom de famille, la Cour censure en premier lieu les situations dans lesquelles les autorités nationales se refusent à prendre en considération les spécificités d'une situation (*Henry Kismoun*). La Cour fait par contre preuve de bienveillance à l'égard des options internes quand des solutions intermédiaires sont mises en œuvre afin de préserver à la fois les droits des requérants et les intérêts qui viennent en concours avec eux (*Stjerna, Boulgakov, Kemal Taskin*).

SECTION 2. L'INSTITUTION DES RELATIONS FAMILIALES : LE MARIAGE ET LA FILIATION

1034. La jurisprudence de la Cour a progressivement fait émerger – tant en matière de relations conjugales qu'en matière de relations parentales – l'exigence que toute vie familiale effective puisse se trouver respectée, protégée et promue. A cet égard, l'accès aux institutions constitue dans un certain sens la reconnaissance « la plus plénière » qui puisse être consentie à une relation interpersonnelle. Force est de constater que la jurisprudence européenne a considérablement élargi le champ du discutable ou du négociable : il n'est aujourd'hui aucun aspect du cadre institutionnel dans lequel se nouent les relations familiales qui ne puisse être mis en question à l'aune des principes du droit de la Convention¹⁸⁵⁶. Il n'empêche, ici encore, cette formidable extension du domaine d'intervention du juge européen des droits de l'homme n'est qu'un indice ténu des potentialités réelles qui en résultent pour les individus.

1035. Nous nous pencherons en premier lieu sur *l'institution du mariage* et prendrons la mesure de l'évolution considérable des positions du juge européen à son égard. En tout état de cause, on imagine bien que les turbulences affectant les devenirs conjugaux, extraconjugaux, non conjugaux ne pouvaient rester sans impact sur l'institution qui a si durablement servi de cadre aux relations de couples (**sous-section 1**).

1036. Nous examinerons en second lieu *l'institution de la filiation* dont le traitement strasbourgeois a également remarquablement évolué, ce qui ne saurait pas non plus surprendre, quand on sait à quel point le modèle familial unique qui prévalait autrefois s'est effacé au profit de configurations aussi nombreuses que fluides (**sous-section 2**).

1037. La question est alors de savoir jusqu'à quel point ces deux institutions doivent épouser les contours des familles nouvelles alors même qu'hier elles avaient pour objet précis de modeler la vie familiale. En d'autres termes, si ces institutions fondatrices ont encore un rôle social à jouer, comment concilier cette dimension sociale avec les aspirations individuelles qui caractérisent la postmodernité ?

Selon Nicole GALLUS, l'« évolution sociologique implique une reconnaissance juridique des structures nouvelles par application des principes fondateurs des droits de l'homme que sont le droit au respect de la vie familiale [...] et l'interdiction de toute discrimination » et « il apparaît immédiatement que le droit ne peut plus imposer un modèle préférentiel unique de structure familiale : l'équilibre entre le rôle de la loi et celui de la liberté individuelle s'est profondément modifié »¹⁸⁵⁷.

Mais les institutions familiales n'ont a priori pas une capacité d'intégration illimitée, sans quoi elles perdent nécessairement toutes leurs potentialités signifiantes. Ainsi, si le mariage et la parenté ont une signification sociale qui n'est pas immuable, celle-ci n'a pas pour autant une capacité infinie et ne peut pas nécessairement accueillir d'emblée de très nombreuses sortes de mariages différents ou de très nombreuses sortes de parentés¹⁸⁵⁸. De même, « la revendication

¹⁸⁵⁶ A preuve, d'un côté, la volonté fermement manifestée par le juge européen de faire entrer la question du mariage des couples de même sexe dans le domaine de délibération (*Schalk et Kopf*) et une incursion beaucoup plus timide sur le terrain du mariage des ecclésiastiques (*Fernandez Martinez*). A preuve, de l'autre côté, les décisions rendues par la Cour en matière de parenté homosexuelle (*X. et autres* et *Gas et Dubois*) ou en matière de gestation pour autrui (*Mennesson*).

¹⁸⁵⁷ N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁵⁸ K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood as Status and Rights : The Growing, Problematic and Possibly Constitutional Trend to Disaggregate Family Status from Family Rights », *Ohio State Law Journal*, 2010, p. 139.

d'un statut est nécessairement limitée par la signification sociale de ce statut, [même si] les relations non-traditionnelles peuvent mettre les tribunaux sous pression et les forcer à affronter ces significations sociales »¹⁸⁵⁹.

1038. La réflexion sur la régulation juridique des institutions doit, dans la perspective de LEVI-STRAUSS, prendre en considération tout autant « la diversité des options » que « la logique interne et le système de valeur de la société ». En somme, en matière d'institutions, si rien n'est *a priori* impossible, tout n'est pas nécessairement et/ou immédiatement souhaitable, dans le cadre d'une société donnée. Les individus sont globalement d'accord pour reconnaître un poids symbolique considérable aux institutions familiales que représentent le mariage et la filiation, mais ils le font désormais sur base de raisons personnelles et variables. Pour les uns, cette importance tient à l'investissement personnel, à l'échange des paroles et à l'engagement de volonté (*culture*) ; pour les autres, elle participe dans une mesure importante d'un donné naturel résidant dans l'expression par le mariage de la différence et à la complémentarité des sexes (*nature*). La jurisprudence de la Cour fait apparaître la régulation des institutions familiales comme un *processus historique* dans le cadre duquel les institutions familiales sont remises en question autant du point de vue de leur accessibilité que de leur fluidité.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 152.

Sous-section 1. Le mariage

1039. Le mariage n'est pas un simple ensemble substantiel de droits et obligations auxquelles souscrivent les époux, il comporte aussi une dimension symbolique : il correspond à une forme d'*investiture sociale* qui est la marque même de sa dimension ou de sa portée proprement institutionnelle. Le mariage est le mode de reconnaissance le plus abouti ou la marque d'approbation sociale la plus complète de la relation conjugale¹⁸⁶⁰ et cette reconnaissance emporte à la fois des « bénéfices expressifs et matériels »¹⁸⁶¹.

La Cour n'est pas totalement étrangère à ce *lexique* « *émotionnel* », « *social* » ou « *expressif* ». Ainsi avait-elle pu souligner dans une décision d'irrecevabilité *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, que « les requérantes [avaient] fortement insisté sur la valeur historique et sociale que revêt l'institution du mariage et qui [expliquait] l'importance émotionnelle qu'elles [attachaient] à cette institution ». Aux yeux de la Cour cependant, « [c'était] toutefois précisément cette valeur, telle qu'elle est [était alors] par les lois nationales, qui [mettait] obstacle à la satisfaction de leur demande par les autorités britanniques ».

1040. Dès l'origine, la Convention a expressément garanti *le droit de se marier* au moyen d'une disposition spécifique constituant une sorte de *lex specialis* de la garantie plus large du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁸⁶². On apprend tout de même, par Montserrat ENRICH MAS, qu'au sein de la commission des questions juridiques de l'Assemblée chargée d'étudier le projet de Convention, il a été envisagé d'exclure cet article au motif qu'il ne protégeait pas un droit politique fondamental ou essentiel¹⁸⁶³. Dans l'affaire *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, la Cour a pourtant réaffirmé que « le caractère fondamental du droit de se marier » attesté par la circonstance que contrairement à l'article 8 de la Convention (auquel il est étroitement lié), l'article 12 ne prévoit pas de motif légitime d'ingérence (§ 84). Encore faut-il préciser que dans *Fernandez Martinez c. Espagne* la Cour a expressément inclus le droit de se marier dans le champ de l'article 8 (§ 126). Peut-être y a-t-il là le signe que le mariage perdrait progressivement sa singularité et serait appelé à voir son régime purement et simplement calqué sur celui découlant de la protection « ordinaire » de la vie privée et familiale... (§ 1).

1041. La Convention garantit aussi *un droit de ne pas se marier* même si le droit au divorce quant à lui n'a jamais fait l'objet d'une affirmation claire par la Cour et n'est en tout cas pas susceptible de trouver un fondement dans l'article 12 de la Convention sous la forme d'un « droit de ne pas »¹⁸⁶⁴. Il n'empêche que l'analyse de la jurisprudence de la Cour révèle les linéaments d'un droit conventionnel au divorce, même si un tel droit n'est affirmé, à ce stade que par des voies (procédurales) détournées (§ 2).

¹⁸⁶⁰ J. EEKELAAR, *Family Law and Personal Life...*, *op. cit.*, p. 89. Voy aussi : W.K. Wright, « The Tide in Favour of Equality : Same-Sex Marriage in Canada and England and Wales », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, p. 249.

¹⁸⁶¹ C. SUNSTEIN, « A right to Marry ? », *op. cit.*, p. 2081.

¹⁸⁶² D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 549.

¹⁸⁶³ M. ENRICH MAS, « Article 12 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la dir. de L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 437-439.

¹⁸⁶⁴ Pourtant, Thomas JEFFERSON aurait lui-même affirmé que le divorce était un droit naturel dès lors que les contrats sont par nature dissolubles en cas de rupture des engagements et que le divorce permettrait « la liberté de l'affection » et la « poursuite du bonheur » (L. HUNT, *Inventing Human Rights. A history*, New York/London, Norton & Company, 2007, pp. 61-64).

1042. La Cour doit en premier lieu se mesurer à la question du fondement du mariage : à cet égard force est de constater qu'à une conception naturaliste qui voyait dans l'union hétérosexuelle féconde le cœur de l'institution, la Cour a progressivement substitué une vision différente, beaucoup plus relativiste, dans le cadre de laquelle ni la production d'enfants ni la complémentarité des sexes n'apparaît consubstantielle à l'union matrimoniale. A la différence du droit de fonder une famille, le droit de se marier a pu donner lieu à une jurisprudence abondante, les deux « versants » de l'article 12 ayant par ailleurs pu être expressément « désolidarisés » par le juge européen¹⁸⁶⁵.

Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* la Cour a affirmé : d'une part, que si l'article 12 « [visait] expressément le droit pour un homme et une femme de se marier », il n'était pas certain que « l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques » (§ 100) ; d'autre part, que « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause » (§ 98). Dans *Schalk et Kopf*, la Cour a franchi une étape importante en affirmant ne plus considérer « que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention [doit] en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé » (§§ 60-61).

1043. On observe en second lieu une hésitation sur les fonctions du mariage. Ainsi, dans *Parry c. Royaume-Uni*, comme on l'a vu, il avait été insisté sur la « valeur historique et sociale du mariage » et son « importance émotionnelle ». Dans l'arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, la Cour a cependant estimé – à propos de la différence entre mariage et partenariat enregistré – qu'« il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré » (§ 85) tandis qu'« aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 12 de la Convention » (§ 97).

1044. Vecteur de reconnaissance sociale comme de prérogatives matérielles, le mariage était hier la pierre angulaire du droit de la famille, son importance étant attestée tant par la *rigueur* des conditions pour y entrer que par la *fermeté* des règles présidant à sa dissolution. Le pluralisme familial d'aujourd'hui soumet toutefois la vénérable institution à l'épreuve d'une réévaluation permanente rythmée par l'occurrence de « cas limites » qui, à l'instar de l'affaire *Hamalainen* portant sur la résistance du mariage au changement de sexe d'un des époux, viennent questionner les certitudes (voy. *infra* n° 1056).

§ 1. Le droit de se marier

1045. Nous avons déjà précisé que l'article 12 est une disposition conventionnelle singulière, à plusieurs égards. D'un côté, il ne vise pas, à la différence des onze articles qui le précèdent, un droit relativement évanescent invitant la Cour à déterminer prétoriennement son assiette matérielle, mais bien un droit à une institution juridique précisément déterminée. De l'autre, nous l'avons déjà précisé, le régime des restrictions au droit de se marier est également unique à l'échelle de la Convention et repose sur une formule sibylline (on a le droit de se marier ...

¹⁸⁶⁵ La formulation de l'article 12 n'implique pas que le droit de se marier est lié à celui de fonder une famille au point que seuls les couples potentiellement féconds pourraient prétendre en bénéficier (J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale ... », *op. cit.*, p. 17). La Cour a admis que le droit de se marier existait même en l'absence d'intention ou de possibilité de procréer, mais en sens inverse elle n'a pas considéré qu'il existe un droit de fonder une famille en dehors du mariage (D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES et C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights ...*, *op. cit.*, p. 549).

« selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ») qui a pu être initialement interprétée comme un blanc-seing consenti, en la matière, aux Etats¹⁸⁶⁶. Dans *F. c. Suisse*, la Cour a précisé que l'exercice du droit de se marier « entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique » (§ 32) et que « dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, ces "limitations" apparaissent comme autant de conditions et figurent dans des règles soit de forme, soit de fond. Les premières portent notamment sur la publicité et la célébration du mariage ; les secondes ont trait surtout à la capacité, au consentement et à certains empêchements » (§ 32). En outre, le mariage est « étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale » (§ 33).

En premier lieu, la réglementation de l'accès au mariage qui est l'une des expressions de son caractère institutionnel prévoit en premier lieu qu'un certain nombre d'unions sont purement et simplement exclues de l'investiture sociale procurée par celui-ci. Le trait le plus saillant de la jurisprudence européenne est l'entrée dans le domaine du discutable de questions qui en étaient *a priori* exclues au titre de la nature même des choses (A).

En second lieu, des restrictions moins fortes au droit de se marier sont induites par les nécessités du maintien de l'ordre et des politiques migratoires. L'interdit est ici provisoire et/ou local, il n'empêche le mariage que dans une zone temporelle ou géographique déterminée. Il s'agit ici d'une zone de plus grande négociabilité : ce n'est pas l'institution du mariage elle-même qui justifie les restrictions, mais bien des intérêts collectifs ou individuels concurrents (B).

A. Les conditions d'accès au mariage et les empêchements à mariage

1046. Certaines relations conjugales sont privées d'accès à l'institution matrimoniale : les règles prévoyant ainsi l'impossibilité de se marier sont celles qui tracent les contours du mariage et qui en révèlent la *signification*. Ainsi, le droit positif de nombreux Etats parties à la Convention interdit-il le mariage entre proche parents (i). En outre, si le mariage avec une personne de sexe opposé au sexe réassigné est désormais imposé par la Cour (ii), le mariage homosexuel reste exclu dans de nombreux Etats parties (iii). Le mariage polygame se présente aux ordres juridiques européens par le biais des migrations (iv), tandis que des circonstances historiques ont porté jusqu'à Strasbourg la question du mariage posthume (v). Enfin, la question du mariage des ecclésiastiques pourrait bien se présenter précocement au juge européen des droits de l'homme (vi).

L'une des questions principales est de savoir si les individus doivent simplement être dans une position voisine ou bien accéder à l'institution en tant que telles. C'est le poids symbolique qui peut conduire à considérer insuffisantes les formules de partenariat enregistré, indépendamment

¹⁸⁶⁶ Comme le relève Jean-Pierre MARGUÉNAUD, la circonstance que l'article 12 a une « structure atypique » en cette mesure qu'il ne comporte pas, comme l'article 8, l'habituelle clause d'ordre public, mais comporte, en lieu et place, une référence aux législations nationales. C'est l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986 qui a ouvert la voie en relevant que les lois nationales ne doivent pas mettre en place des limitations qui restreindraient ou réduiraient le droit de se marier d'une manière ou à un degré qui l'attendraient dans sa substance-même (J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale ... », pp. 16-17). Voy. à cet égard : Cour eur. dr. h., arrêt *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, § 84 (« Le caractère fondamental du droit de se marier trouve un appui dans le libellé de l'article 12. Contrairement à l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, avec lequel le droit "de se marier et de fonder une famille" présente d'étroites affinités, l'article 12 ne prévoit pas de motif légitime d'ingérence de la part de l'Etat, alors que le deuxième paragraphe de l'article 8 autorise des ingérences "prévues par la loi" et "nécessaires dans une société démocratique" à la poursuite de buts tels que "la protection de la santé ou de la morale" ou "la protection des droits et libertés d'autrui". En conséquence, lorsqu'elle est appelée à examiner une affaire sur le terrain de l'article 12, la Cour doit rechercher, sans avoir égard aux critères de la "nécessité" et du "besoin social impérieux" utilisés dans le contexte de l'article 8, si l'ingérence critiquée était arbitraire ou disproportionnée au regard de la marge d'appréciation de l'Etat »).

de leur contenu juridique substantiel. Il serait dans ce contexte, suivant Erez ALONI, « beaucoup plus simple de demander l'égalité en matière d'avantages et de protection qu'en termes d'égalité émotionnelle »¹⁸⁶⁷. Ce que désirent ceux qui sont tenus en dehors du mariage et ce que refusent de partager certains de ceux qui y ont accès, c'est précisément la « reconnaissance émotionnelle » ou « l'approbation sociale » ou encore – suivant les termes de SUNSTEIN – les « bénéfices expressifs » du mariage. Selon la grande chambre, pourtant, « il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation [...] soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré »¹⁸⁶⁸ (§ 85) (comp. *supra* n° 704).

La jurisprudence examinée ci-dessous met en exergue différents principes fondamentaux : (1) la Cour accepte encore des situations dans lesquelles le mariage est *absolument impossible* ; (2) elle le fait d'autant plus volontiers que la vie familiale n'est *pas effectivement troublée* ou que des *solutions alternatives* existent ; (3) le mariage est pétri de connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre¹⁸⁶⁹ et induit des choix moraux délicats¹⁸⁷⁰.

i) *Le mariage incestueux : B. et L. c. Royaume-Uni*

1047. En matière d'inceste, l'absence d'accès au mariage se distingue de la répression pénale (voy. *supra* n° 151). Dans l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 13 septembre 2005, la Cour a été amenée à se prononcer sur l'empêchement à mariage prévu par la législation britannique entre beaux-parents et beaux-enfants du vivant des ex-conjoints respectifs. En l'occurrence, les requérants étaient nés respectivement en 1947 et 1968. Le premier requérant (B) s'était marié et avait divorcé deux fois. De son premier mariage, il retenait un fils (C). La seconde requérante (L) avait épousé le fils du premier requérant, avait eu un fils avec lui (W) puis avait divorcé. B et L, les requérants, étaient donc beaux-parents. B était le beau-père de L et L la belle-fille de B. Une relation s'était nouée entre eux en 1995 après que C ait quitté L. Ils avaient cohabité dès 1996 et W (le fils de L et C) vivait avec eux. L'enfant n'avait que de sporadiques contacts avec son père (C) et son grand-père (B) pensait à l'adopter. Les requérants avaient interrogé l'état civil pour savoir s'il leur serait permis de se marier et avaient été avisés de ce que cela serait totalement impossible avant que leurs ex-conjoints respectifs soient tous deux décédés.

La Cour a souligné « les choix moraux délicats concernés et l'importance qui doit être attachée à la protection des enfants et la favorisation d'environnements familiaux sûrs » (§ 36)¹⁸⁷¹ et relevé que de nombreux Etats prévoyaient l'empêchement considéré ce qui traduisait des préoccupations similaires à propos de la possibilité de se marier à un tel degré de proximité (§ 36). Quoi qu'il en soit de ce consensus européen, la Cour a souligné qu'il lui revenait d'envisager l'empêchement « dans le contexte propre au Royaume-Uni » (§ 37) où il avait pour objet « de protéger l'intégrité de la famille (en prévenant la rivalité sexuelle entre parents et enfants) et de prévenir un préjudice pour les enfants qui peuvent être affectés par les relations changeantes des adultes autour d'eux » (§ 37)¹⁸⁷². Deux motifs ont conduit la Cour à atteindre un verdict de violation. D'une part, l'interdiction litigieuse était inefficace : elle prétendait protéger l'intégrité de la famille de la rivalité sexuelle intergénérationnelle, mais n'empêchait nullement les rapports concernés de se nouer dès lors qu'« il n'y avait pas de dispositions pénales tendant à prévenir les relations extraconjugales entre beaux-parents et beaux-enfants

¹⁸⁶⁷ E. ALONI, « Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage », *op. cit.*, p. 151.

¹⁸⁶⁸ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Hamalainen c. Finlande du 16 juillet 2014, § 85.

¹⁸⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Allemagne du 24 juin 2010, § 62.

¹⁸⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt B. et L. c. Royaume-Uni du 13 septembre 2005, § 36.

¹⁸⁷¹ Traduction libre.

¹⁸⁷² Traduction libre.

même si des enfants peuvent vivre dans leur foyer » (§ 38). D'autre part, l'empêchement considéré – dont l'abolition avait été envisagée¹⁸⁷³ – n'était pas absolu dès lors qu'une dispense pouvait être individuellement octroyée – et l'était parfois – à l'issue d'une procédure d'*Act of Parliament*. Des personnes dans la situation des requérants s'étaient d'ailleurs effectivement mariées. Selon le gouvernement, la (coûteuse) procédure d'exception permettait de réserver la levée de l'empêchement aux situations où aucun dommage n'en résulterait. Pour la Cour, non seulement, il n'y avait pas d'indication relative à de telles investigations, mais au surplus il y aurait lieu de considérer avec réserve « un système qui exigerait d'une personne majeure et en pleine possession de ses facultés mentales de se soumettre à une enquête potentiellement intrusive pour vérifier qu'il est convenable pour elle de se marier » (§ 40). Au regard de l'ensemble de ces considérations, l'article 12 de la Convention avait été violé.

La portée de l'arrêt *B. et L.* doit être précisément circonscrite : ce n'est pas en tant que tel l'empêchement à mariage fondé sur un rapport de beau-parenté qui a été sanctionné par la Cour de Strasbourg, mais bien plutôt l'inefficacité et – surtout ? – l'incohérence du droit anglais. L'interprétation à retenir de cet arrêt pourrait alors être que la prohibition du mariage entre beaux-parents et beaux enfants est légitime mais doit être mise en œuvre de manière efficace et cohérente¹⁸⁷⁴. On pourrait même déduire de cette décision une forme d'invitation à pénaliser la relation considérée (afin de conférer à l'interdit l'effectivité qui lui fait défaut)¹⁸⁷⁵ et/ou à ne faire aucune exception (afin d'assurer la cohérence du régime) (il y aurait là alors une nouvelle possibilité de *chilling effect* : voy. *supra* n° 902 et 926). Il semble en tout cas qu'on ne puisse pas tirer de l'arrêt des réflexions de très longue portée en raison précisément de son ancrage dans la spécificité de l'attitude de l'Etat défendeur (voy. *supra* n° 303). La Cour a d'ailleurs affirmé de manière assez claire se considérer dispensée d'examiner en profondeur l'argument tiré de la référence à la famille traditionnelle et à la prévention des « dynamiques familiales malsaines » dès lors qu'elle disposait déjà d'autres motifs conduisant à relever une violation de la Convention (§ 39). Il n'empêche que des auteurs ont pu raisonnablement y relever une désactivation du mécanisme du consensus européen¹⁸⁷⁶ ou bien à une relégation « aux oubliettes » de toute dimension de moralité publique ou à l'absoluité de la liberté face à « la responsabilité contractée à l'égard de l'autre ou la solidarité assumée à l'égard de l'autre »¹⁸⁷⁷.

ii) Le mariage des transsexuels : *Goodwin c. Royaume-Uni* [GC]

¹⁸⁷³ Voy. § 39.

¹⁸⁷⁴ Relevons que dans l'affaire *Stübing* des considérations d'efficacité et de cohérence avaient également été soulevées par le requérant (voy. *supra* n° 586). Monsieur Stübing présentait un argumentaire solide à l'appui de son allégation de violation de l'article 8 de la Convention. Notamment, il faisait valoir qu'une majorité des scientifiques allemands préconisait la suppression de l'incrimination dénoncée (§ 35). Le requérant dénonçait aussi l'incohérence de la position de la Cour constitutionnelle allemande. D'abord, l'argument lié à la protection contre les maladies génétiques était inconstant dès lors que des recherches scientifiques avaient démontré que les relations incestueuses ne menaient pas à la propagation des maladies génétiques, tandis que d'autres comportements dont il était démontré qu'ils pouvaient contribuer à ce phénomène n'étaient quant à eux pas réprimés (§ 36). Ensuite, en ce qui concerne la protection de l'unité familiale, il était incohérent de poursuivre les frères et sœurs adultes qui précisément étaient généralement sur le point de quitter la cellule familiale et également de ne pas poursuivre les « frères et sœurs » dans le contexte de famille recomposées, adoptives ou d'accueil (§ 37). Sur ce même terrain de l'unité familiale, le requérant a souligné que lui et sa sœur n'avaient absolument pas été élevés ensemble dès lors qu'il avait été placé puis adopté (§ 38). Pour un auteur, il aura à tout le moins fallu exclure les frères et sœurs incestueux de la pénalisation automatique (P. THIELBÖRGER, « Judicial passivism ... », pp. 341-347).

¹⁸⁷⁵ Ainsi, Yves-Henri LELEU et E. LANGENAKEN ont-il pu affirmer à propos de l'arrêt *B. et L.* que la Cour avait « raisonné sans tabou, dans une perspective égalitaire et pragmatique, sur les conséquences pratiques des empêchements à mariage et leur ineffectivité en l'absence de sanction pénale » (Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation: les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, p. 274).

¹⁸⁷⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁸⁷⁷ J.-L. RENÇON, « Considérations en forme de conclusion ... », *op. cit.*, p. 165.

1048. Sur le plan du sexe, les limitations du droit de se marier ont en premier lieu considérées « constitutives » de la notion même de mariage : le mariage étant l'union d'un homme et d'une femme, le droit au mariage ne pouvait par son objet même être reconnu aux couples autrement composés. Dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, la Cour a exposé qu'« en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (§ 49). Dans l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, elle a réitéré que, que « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille » (§ 32)¹⁸⁷⁸.

α – L'attachement au concept traditionnel de mariage : *Rees c. Royaume-Uni* et *Cossey c. Royaume-Uni*

1049. Expéditivement écartée dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, la question du mariage des transsexuels est à nouveau tranchée en défaveur de ceux-ci dans l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, quoi que la Cour ait expressément pris acte de premières évolutions favorables aux unions considérées. Cependant, cette évolution ne pouvait passer pour « la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage » en sorte qu'il n'était pas loisible à la Cour « d'adopter une démarche nouvelle en interprétant l'article 12 ». En outre, « l'attachement [au concept traditionnel de mariage] était un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage » (§ 46).

Cette décision n'a cependant pu être prise qu'à une majorité de 12 voix contre 4. Ainsi, selon le juge MARTENS, même à considérer que « la capacité d'avoir des rapports hétérosexuels naturels est essentielle au mariage », il faut prendre acte de ce qu'une femme et un transsexuel opéré « sont [tous deux], en ce qui concerne leur aptitude à avoir des rapports hétérosexuels, capables d'assumer le rôle essentiel de la femme » et que par contre « les chromosomes sont dépourvus de pertinence pour ce rôle » (§ 4.4.3.). Quant à eux, les juges PALM, FOIGHEL et PEKKANEN ont affirmé que la seule solution humainement acceptable résidait dans l'acceptation sociale de la nouvelle appartenance sexuelle des transsexuels opérés, tandis que Madame Cossey « si on ne [l'autorisait] pas à épouser un homme ainsi qu'elle le souhaite, [...] [n'avait] aucune possibilité de se marier » puisqu'« elle ne [pouvait], tant psychologiquement que physiquement, épouser une femme [tandis qu'il] y aurait certainement [eu] des doutes quant à la validité d'un tel mariage » (§ 5).

On sait qu'en 1992, l'arrêt *B. c. France* a condamné l'Etat défendeur au titre de l'insuffisance des accommodements mis en œuvre au bénéfice des transsexuels (voy. *supra* n° 985). Cependant, la Cour avait expressément affirmé qu'à propos du mariage notamment « il ne [règnait] pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celles de ses arrêts *Rees* et *Cossey* » (§ 48), ce qui laissait tout de même déjà entendre que l'évolution du consensus européen pouvait être de nature à avoir une influence sur le droit de se marier. Plusieurs juges européens se sont inquiétés de cette ouverture¹⁸⁷⁹ et dans son opinion concordante, le juge WALSH a souhaité réinscrire la condition

¹⁸⁷⁸ Cour eur. dr. h., *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 100 ; Cour eur. dr. h., *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, § 61.

¹⁸⁷⁹ Voy. à cet égard l'opinion du juge PINHEIRO FARINHA : « Parmi les situations prévisibles de l'application du présent arrêt (voir les paragraphes 52 à 55), j'en noterai deux : - Un enfant naturel voudra engager une action en recherche de paternité, mais après sa naissance l'homme qui l'avait engendré a été opéré pour changer de sexe et l'état civil a été rectifié; il demandera qu'une femme soit reconnue pour son père ! - Après la rectification de l'état civil, le transsexuel pourra épouser quelqu'un de son vrai sexe (le sexe originaire); or la Cour "voit (...) dans l'attachement [au] concept traditionnel [de mariage] un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères

de différence des sexes dans une absoluité universelle et a-historique. Selon lui, en effet, « un des domaines de la vie où le sexe biologique d'une personne revêt une importance vitale est celui du mariage. Traduisant la conception universellement admise depuis le début de l'histoire de l'humanité, la Cour a déjà déclaré dans l'affaire Cossey que l'article 12 (art. 12) de la Convention vise uniquement le mariage de deux personnes dont l'une est de sexe biologique opposé » (§ 4).

β – La reconnaissance d'un mariage transsexuel célébré à l'étranger : Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni

1050. La question a resurgi, sous un angle un peu différent, dans l'affaire *Sheffield et Horsham Royaume-Uni* tranchée par un arrêt du 30 juillet 1998. Ainsi la requérante affirmait-elle avoir « l'intention d'épouser un partenaire de sexe masculin aux Pays-Bas, où son mariage serait réputé valide » mais craindre « toutefois de ne pouvoir s'établir par la suite au Royaume Uni, dès lors qu'il n'est pas certain que les tribunaux anglais reconnaîtraient la validité du mariage » (§ 63). La Cour a confirmé sa jurisprudence suivant laquelle « l'attachement au concept traditionnel de mariage [...] fournissait un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage » (§ 68) avant d'exposer à propos de l'éventualité d'un mariage aux Pays-Bas que, « la Cour n'est pas persuadée que le grief de Mlle Horsham soulève une question relevant de l'article 12 qui engage la responsabilité de l'Etat défendeur. Il se rapporte en effet à la reconnaissance par ledit Etat d'un mariage contracté à l'étranger par un transsexuel opéré plutôt qu'aux règles régissant le droit de se marier des individus placés sous la juridiction dudit Etat » (comp. *infra* n° 1094 et 1104 et s.). Dans tous les cas, a poursuivi la Cour, « Mlle Horsham n'a pas fourni la moindre preuve de son intention d'établir son domicile matrimonial au Royaume-Uni et de vivre dans ce pays sa vie de femme mariée. De surcroît, il n'est pas possible de prédire avec certitude quelle serait l'issue de l'affaire si la validité dudit mariage venait à être examinée par les tribunaux anglais » (§ 69).

γ – Le dépassement de la conception purement biologique du sexe : Goodwin c. Royaume-Uni [GC]

1051. Quoiqu'il en soit, le basculement intervient en 2002 avec les affaires *Goodwin* et *I* dans lesquelles la Cour a affirmé que « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille » mais que « le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause » (§ 98). Elle a ajouté que si « la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier », elle n'était pas convaincue que « l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques » dès lors que « depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité » (§ 100). Ainsi, la désolidarisation du mariage et de la fondation de la

biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage'' (arrêt Cossey, p. 18, par. 46) et ''Aux yeux de la Cour, en garantissant le droit de se marier, l'article 12 (art. 12) vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme: il ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille'' (arrêt Rees, p. 19, par. 49). A mon avis, la Cour devrait dire dans le présent arrêt que sa décision n'a aucune incidence sur le droit de se marier, lequel constitue pourtant la raison d'être de la requête de B. à la Commission. Je conclus donc à l'absence de violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention et je crois que la réglementation légale du transsexualisme reste de la compétence de chaque État - compte tenu des mœurs et des traditions, bien que les avis des experts médicaux et scientifiques diffèrent ».

famille sous-tendue par l'évolution de la société et de la science et la disqualification corrélative de la conception purement biologique du sexe permet-elle de convoquer les personnes transsexuelles au bénéfice de l'article 12 de la Convention. Progressivement, entre 1986 et 2002, la Cour a donc patiemment réévalué l'état des sociétés européennes et la pertinence de sa propre jurisprudence pour finalement, en puisant sa légitimité à la source de tendances internationales émergentes, imposer aux Etats la possibilité pour les transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, en même temps que la possibilité pour eux de voir leur nouveau sexe reconnu par l'état civil¹⁸⁸⁰. Quoi qu'il en soit, l'admission des transsexuels au mariage avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe apparaît *in fine* comme une conséquence somme toute relativement banale de la pleine reconnaissance du changement de sexe. Il en va différemment du mariage homosexuel qui implique quant à lui une remise en question radicale de l'ancrage de l'institution dans la différence et la complémentarité des sexes.

iii) *Le mariage des homosexuels*

1052. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels diffère en sa nature de l'acceptation de la sexualité homosexuelle et de l'adoption et la mise en œuvre de normes interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voy. *supra* n° 274 et s.)¹⁸⁸¹. Comme le souligne un auteur, alors que la répression pénale de l'homosexualité ou les discriminations à l'égard des homosexuels correspondent uniquement à un refus au nom de la religion ou de la morale de cette sexualité, les arguments contre le mariage des couples de même sexe vont parfois plus loin et impliquent en conséquence un « véritable défi juridique et sociétal »¹⁸⁸².

On retrouve ici en premier lieu la question des *fondements du mariage* et l'oscillation entre la perception de celui-ci comme participant à l'essence des choses et comme produit de la culture humaine pétri de relativité. Si la différence des sexes a été très longtemps considérée comme participant de *la nature* même du mariage ou comme constituant l'horizon indépassable de cette institution¹⁸⁸³, cette évidence est aujourd'hui largement contestée au titre du caractère *arbitraire* de son assertion¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁸⁰ Si Michel LEVINET reconnaît aux transsexuels un argument de poids en faveur de l'option finalement prise par la Cour dès lors qu'ils étaient jusqu'alors des « ilotes matrimoniaux » empêché d'épouser tant un homme qu'une femme, Gregor PUPPINCK dénonce quant à lui une adhésion à la « gender theory » qui constitue un « choix idéologique » dans le chef de la Cour. Selon lui, « en prenant cette position, la Cour a interprété les mots homme et femme dans un sens non-ordinaire contraire au contexte dans lequel ces mots ont été utilisés dans l'article 12 qui concerne la fondation d'une famille » (G. PUPPINCK, « Joanne Cassar v. Malta : on the Deconstruction of the Right to Marry by the European Court of Human Rights », *Ave Maria International Law Journal*, 2013, p. 118).

¹⁸⁸¹ E. ALONI, « Incrementalism ... », *op. cit.*, p. 109.

¹⁸⁸² *Ibid.*, pp. 147-148.

¹⁸⁸³ Pour Michel LEVINET le dynamisme de la Cour de Strasbourg, s'il peut changer le sens du mot « couple » ne peut pas faire changer la « nature des choses ». La revendication de l'équivalence des sexualités et, dans son sillage, celle de l'équivalence des couples contredit le « noyau dur » de la notion juridique de couple soit « un homme et une femme vivant ou ayant vécu une vie maritale » et ignore « la nécessaire hiérarchisation des modèles de vie conjugale ». Il s'agit là d'une question de « politique au sens le plus élevé du terme » et d'un « débat moral et politique dès lors que c'est la conception même du lien social qui est mise en question aux yeux d'une partie de l'opinion qui admet mal que l'altérité fondatrice de ce lien puisse s'exprimer autrement que par la différenciation sexuelle » (M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 114). A propos de la jurisprudence de la CJCE, il note « cette réaffirmation de la jurisprudence des organes de la CEDH peut rassurer. Il semble pourtant peu réaliste d'imaginer qu'elle sera susceptible d'endiguer la dynamique induite par le développement de partenariats homosexuels s'inscrivant dans une recherche obstinée d'inversion de la normalité visant à délégitimer la famille » et « comment sera-t-il possible d'endiguer l'arme absolue, la machine infernale que représente la récurrence du discours sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ? » (M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 155).

¹⁸⁸⁴ C. R. SUNSTEIN, « The Right to Marry », *op. cit.*, p. 2085. Selon Paul MARTENS, le mouvement homosexuel a peu après mai 68 perdu sa dimension révolutionnaire pour formuler une revendication d'intégration qui « [effraierait] davantage les conservateurs que l'ancienne contestation ». Parallèlement, le mariage s'est trouvé progressivement

On retrouve en second lieu la question des *fonctions du mariage* entre « package » d'avantages socio-économiques et éléments constitutifs de l'identité individuelle. Le mariage a donc une portée économique et une portée symbolique.

Selon l'aspect – opératoire ou symbolique – sur lequel *on met l'accent*, les formules de partenariat enregistré qui sont ouvertes dans certains pays aux couples de même sexe suffisent ou non à rencontrer les revendications des couples homosexuels. Ainsi, si l'on insiste sur la portée « opératoire » du mariage, l'ouverture du partenariat enregistré est en mesure de diminuer le poids de la revendication du mariage et de différer une éventuelle ouverture du mariage¹⁸⁸⁵. Si, au contraire, on met en exergue « les avantages intangibles du mariage » c'est-à-dire « l'estime, l'autodéfinition et l'influence stabilisante des attentes sociales », la revendication d'accéder au mariage garde toute sa pertinence et son intensité, même lorsqu'une formule de partenariat est accessible¹⁸⁸⁶. En somme, toute la difficulté est là : la portée symbolique du mariage (sa fonction « émotionnelle » ou « expressive » a-t-on pu dire auparavant) c'est à la fois « frivole » et « significative » ; c'est à la fois moins que les avantages substantiels et plus que ces avantages ; c'est à la fois « pas grand-chose » et « presque tout ».

L'équation se complexifie encore si on admet que, progressivement, les partenariats civils se voient investis eux-aussi d'une portée immatérielle¹⁸⁸⁷ tandis que la force symbolique du mariage s'émousse. La pluralité de statuts rend difficile l'internalisation des normes sociales applicables à chaque type de relation¹⁸⁸⁸ et les perceptions qu'ont les individus de la signification du mariage ou du partenariat enregistré qu'ils ont souscrit sont extrêmement variables, y compris au sein d'un même couple. Certains sociologues mettent ainsi en évidence une extrême volatilité des perceptions des statuts conjugaux y compris d'un individu à l'autre (y compris au sein du couple), même si ces perceptions sont tout de même influencés sinon déterminés par les « caractéristiques officielles » notamment en termes de conclusion et de dissolution¹⁸⁸⁹. Impossible de ne pas faire ici l'expérience d'une nouvelle réminiscence « dworkinienne » : si le sens de statuts conjugaux sont différents pour chacun, comment est-il possible de tracer pour tous les mêmes frontières ?

Katharine BAKER relève que la dissociation entre *les droits et avantages* associés au mariage et le droit au « nom » affaiblit nécessairement le « label matrimonial »¹⁸⁹⁰

L'équation se complexifie aussi si l'on admet que le mariage a à la fois *une portée individuelle et une portée sociale*, tant sous son versant opératoire que sous son versant symbolique. C'est

« dépouillé des parures de son ancienne sacralité » et serait devenu « un mode de conjugalité affective par lequel des conjoints qui parfois choisissent de ne pas être parents se protègent des éventuels méfaits de leurs familles respectives ou des périls du monde extérieur ». Dès lors, « le mariage s'étant contractualisé et l'homosexualité normalisée, l'un et l'autre devaient finir par se rencontrer » (P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ? Six leçons sur le désenchantement du droit*, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 100).

¹⁸⁸⁵ K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood... », *op. cit.*, p. 178. Suivant Erez ALONI, en Europe, certaines associations LGB s'opposeraient d'ailleurs au mariage homosexuel et seraient davantage mobilisée par l'accès à des partenariats sécurisés (E. ALONI, « Incrementalism ... », *op. cit.*, p. 109).

¹⁸⁸⁶ M. ISAAK, « What's in a Name ? Civil Unions and the Constitutional Significance of "Marriage" », *U. PA. J. Const. L.*, 2008, pp. 607-612 cité par E. ALONI, « Incrementalism ... », *op. cit.*, p. 151 (traduction libre). A cet égard, Jean-Louis RENCHON a relevé, à propos du débat qui a précédé, en Belgique, l'ouverture du mariage au couple de même sexe qu'« une institution juridique spécifique aux homosexuels aurait pu, selon la majorité des parlementaires, continuer à faire croire que cette institution juridique avait une moindre valeur que le mariage » (J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel ... », *op. cit.*, pp. 463-464).

¹⁸⁸⁷ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁸⁸ K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood ... », *op. cit.*, p. 178.

¹⁸⁸⁹ W. RAULT, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », *Revue française de sociologie*, 2007, pp. 578-581.

¹⁸⁹⁰ K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood ... », *op. cit.*, p. 178.

précisément en ce sens que le professeur Mary-Ann GLENDON avait quant à elle pris position contre l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en invoquant à la fois le coût économique et social de l'ouverture du mariage et le bouleversement de la philosophie du mariage¹⁸⁹¹.

α – L'ouverture du mariage aux couples de même sexe : *Schalk et Kopf c. Autriche*

1053. La Cour européenne s'est trouvée confrontée frontalement à la revendication homosexuelle portant sur l'ouverture du mariage dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, qui a donné lieu à un arrêt de chambre du 24 juin 2010. Les requérants étaient deux hommes autrichiens formant un couple homosexuel et qui avaient demandé au bureau de l'état civil de procéder aux formalités nécessaires pour leur permettre de se marier. Cette sollicitation avait été rejetée le 20 décembre 2002 par la mairie de Vienne. Le chef du gouvernement de Vienne avait confirmé cette décision le 11 avril 2003 et la Cour constitutionnelle autrichienne avait, le 12 décembre de la même année, débouté les deux hommes du recours articulé devant elle. Entre la saisine de la Cour européenne le 5 août 2004 et l'arrêt de chambre du 14 juin 2010, était entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, la loi autrichienne sur le partenariat enregistré. Le gouvernement autrichien a dès lors cherché à se prévaloir de ce que le litige était résolu par l'ouverture de ce partenariat au contenu proche de celui du mariage afin d'obtenir la radiation de l'affaire du rôle (art. 37, § 1^{er}). La Cour n'a cependant pas accédé à cette demande, dès lors que les requérants se plaignaient en substance de ne pouvoir accéder au mariage, tandis que la loi de 2010 n'avait ouvert aux couples homosexuels que la possibilité de bénéficier d'un statut seulement « similaire ou comparable au mariage » (§ 37).

Les requérants faisaient valoir en premier lieu, sous l'angle de l'article 12, que « l'institution du mariage ayant connu des changements considérables, il n'y aurait plus aucune raison de refuser l'accès au mariage aux couples homosexuels » (§ 44). Tout en admettant les bouleversements de l'institution du mariage, le gouvernement défendeur soulignait qu'« il n'existait pas encore de consensus en Europe pour octroyer le droit de se marier aux couples homosexuels » (§ 43).

La Cour d'abord a pris soin de distinguer la question qui lui était posée de celle qui se posait dans l'affaire *Goodwin*. Celle-ci ne concernait pas le mariage entre personnes de même sexe, mais bien la pleine reconnaissance du changement d'identité sexuelle et la possibilité corrélatrice pour un transsexuel d'épouser une personne de sexe opposé à son nouveau sexe. La Cour avait à cet égard pu s'appuyer sur la « grande adhésion » recueillie par le mariage des transsexuels pour aboutir à un constat de violation¹⁸⁹².

La Cour s'est ensuite penchée sur l'impact potentiel des changements à l'œuvre en Europe s'agissant de l'accès au mariage des couples homosexuels. D'un côté, « bien que l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six Etats contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe » (§ 58). De l'autre côté, « l'article 9 [de la Charte des droits fondamentaux] est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme » mais « en même temps, la référence qu'il contient aux lois nationales reflète la diversité des législations de chaque pays, qui vont d'une autorisation du mariage homosexuel à une interdiction explicite de celui-ci ». En somme, « l'article 9 de la Charte laisse les Etats décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel » (§ 59). Quoi qu'il en soit, la Cour a affirmé que si cette disposition de la Charte s'inscrit manifestement dans une perspective contemporaine dans laquelle il n'a pas été jugé opportun de

¹⁸⁹¹ M.-A. GLENDON, « For Better or for Worse ? », *The Wall Street Journal*, 25 février 2004.

¹⁸⁹² Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 103.

maintenir une référence au sexe, cela implique simplement qu'il est possible aux Etats d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe et non pas que pareille ouverture serait obligatoire (§ 60). Dans ce contexte, la Cour a exposé qu'elle ne concevait plus le droit de se marier comme limité en toutes circonstances au mariage entre deux personnes de sexe opposé, en sorte que la situation des requérants relevait bien du champ d'application de l'article 12 (§ 61). Elle a aussitôt souligné, cependant, que l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel n'en demeure pas moins, à ce stade, régie par la loi nationale des Etats membres (§ 61), au regard notamment de « connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (§ 62)¹⁸⁹³.

Le juge MALINVERNI, rallié par le juge KOVLER, s'est vivement opposé à l'interprétation évolutive de l'article 12. Selon lui, la jurisprudence Goodwin ne mettait pas en cause la circonstance que l'on ne pouvait déceler dans l'article 12 un droit qui n'y existait pas au départ, même dans le cadre d'une interprétation dynamique et cela, sans qu'une référence à l'article 9 de la Charte puisse y changer quoi que ce soit.

Les requérants ont aussi dénoncé l'impossibilité de se marier sous l'angle des articles 14 et 8 combinés de la Convention¹⁸⁹⁴.

C'est au stade de l'examen de l'applicabilité des articles 14 et 8 combinés à la situation des requérants que la Cour a expressément relevé qu'au regard de l'évolution intervenue dans la société depuis les affaires *Mata Estevez* et *Karner*¹⁸⁹⁵ et traduite dans le droit des Etats membres¹⁸⁹⁶ et dans le droit de l'Union européenne¹⁸⁹⁷, il serait « artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8 » et a conclu que la relation des requérants relevait tout à la fois de la vie privée et de la vie familiale protégée par la Convention (§§ 94-95). Il est également remarquable que la Cour ait expressément souligné, cette fois au moment

¹⁸⁹³ Cette référence aux spécificités socio-culturelles nationales est critiquée par certains auteurs (voy. not. A. TIMMER, « Genderstereotypen en het EHRM », in *Recht en gender in België* (dir. E. BREMS et L. STEVENS), Brugge, Die Keure, 2011, p. 229 et L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name ? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, pp. 173-174). Pour Jean-Pierre MARGUÉNAUD, le recours à pareil soutènement soustrait la question du mariage homosexuel au mécanisme du consensus européen en sorte que les Etats parties conserveraient la possibilité de maintenir le caractère nécessairement hétérosexuel du mariage, même si l'ouverture du mariage aux couples homosexuels venait à constituer un dénominateur commun (J.-P. MARGUÉNAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *op. cit.*, p. 740 ; voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *F c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 33). Pour Valérie AVENA-ROBARDET et Nicolas HERVIEU, par contre, nonobstant cette référence explicite à l'ancrage du mariage dans la singularité socio-culturelle de chaque Etat partie, la Cour pourrait dans le futur consacrer un droit au mariage aux couples de même sexe à la faveur de l'émergence et du renforcement d'un consensus européen (V. AVENA-ROBARDET, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *AJ Famille*, 2010, p. 333 et N. HERVIEU, « Absence, à l'heure actuelle, d'un droit au mariage et d'un droit à un statut équivalent pour les couples de même sexe », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 juin 2010, <http://credof.u-paris10.fr>).

¹⁸⁹⁴ Certains regrettent que la Cour n'ait pas envisagé l'affaire sous l'angle des articles 14 et 12 combinés (A. TIMMER, « Genderstereotypen en het EHRM », *op. cit.*, p. 234 et T. THIENEL, « Gay Marriage and the ECHR », (<http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl>).

¹⁸⁹⁵ Dans sa décision d'irrecevabilité *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001 (relative au refus du bénéfice de la pension de survivant au compagnon homosexuel), la Cour considérait que « d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, des relations homosexuelles durables entre deux hommes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention » (p. 4) ; dans son arrêt de violation *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 (relatif à la limitation de la transmission du droit au bail aux couples hétérosexuels), la Cour estimait qu'il n'était « pas nécessaire de définir les notions de « vie privée » ou de « vie familiale » puisque, en tout état de cause, le grief exprimé par le requérant concernait la manière dont la différence de traitement alléguée portait atteinte à la jouissance du droit au respect de son domicile, garanti par l'article 8 de la Convention » (§ 33) (voy. *supra* n° 690 et 692).

¹⁸⁹⁶ Voy. les §§ 27 à 34 de l'arrêt.

¹⁸⁹⁷ Voy. le § 26 de l'arrêt qui vise la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004.

d'apprécier la comparabilité de la situation des requérants à celle des partenaires d'un couple hétérosexuel, que « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables » en manière telle que la situation des requérants et celle d'un couple hétérosexuel sont comparables s'agissant du « besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation » (§ 99). La Cour a toutefois écarté d'emblée le grief tiré des articles 14 et 8 combinés de la Convention s'agissant de l'accès au mariage, au motif que dès lors que le droit au mariage homosexuel ne pouvait être déduit de l'article 12 de la Convention, il ne pouvait pas non plus être inféré de la conjonction des articles 14 et 8, les articles de la Convention devant se lire en harmonie les uns avec les autres (§ 101)¹⁸⁹⁸.

A ce stade, la référence aux « connotations sociales et culturelles » du mariage semble en mesure d'interrompre immédiatement le débat : aucun test de proportionnalité à proprement parler n'intervient. Il n'est pas interdit de penser que ce simple renvoi à l'enracinement du mariage dans les sociétés nationales ne suffira pas toujours : il faudra dans ce cas s'interroger sur le poids relatif de la volonté d'accéder au mariage et de la volonté de préserver son caractère hétérosexuel et cette opération de pesée devra nécessairement prendre en considération l'ouverture, dans de nombreux pays, de formule de partenariat « civil » ou « enregistré ».

Alors que, souvent, le refus d'accès à l'institution s'accompagne d'une référence à des formules alternatives offertes par le droit interne, on sait que la Cour n'a pas saisi l'occasion offerte par l'affaire *Schalk et Kopf* pour affirmer l'existence d'une obligation des Etats d'organiser la reconnaissance et la protection des couples de même sexe par le partenariat (voy. *supra* n° 703). Dans leur opinion séparée, les juges ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS ont d'ailleurs souligné qu'« il est aujourd'hui largement reconnu et admis par la société que les couples homosexuels nouent des relations stables. L'absence de tout cadre juridique leur offrant, au moins dans une certaine mesure, les mêmes droits et avantages que ceux qui accompagnent le mariage (voir paragraphe 4 ci-dessus) doit être justifiée par des raisons solides, surtout si l'on tient compte de la tendance croissante en Europe à prévoir des moyens permettant de bénéficier de tels droits et avantages » (§ 9).

β – La résistance du mariage au changement de sexe : *Hämäläinen c. Finlande* [GC]

1054. Dès 2006, la Cour s'était trouvée confrontée à la question du mariage homosexuel par le biais indirect d'affaires dans lesquelles une personne qui avait contracté un mariage hétérosexuel puis changé de sexe souhaitait pouvoir rester mariée malgré le caractère désormais homosexuel de la relation considérée. Initialement bloquée au stade de la recevabilité, la requête considérée a tracé, en 2014, son chemin jusqu'à la grande chambre.

- La valeur historique et sociale du mariage : *Parry c. Royaume-Uni* et *R. et F. c. Royaume-Uni*

1055. Dans les décisions *Parry c. Royaume-Uni* et *R. et F. c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, la Cour a considéré que l'impossibilité de maintenir le mariage, qui était liée à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe ne contrevenait pas aux engagements conventionnels du Royaume-Uni. La Cour s'est fondée à cet égard sur « la valeur historique et sociale » du mariage et l'absence de trouble dans la vie familiale en attachant, en termes de proportionnalité, un poids importants à l'alternative du partenariat, expressément ouverte aux intéressés.

¹⁸⁹⁸ La Cour s'est ici référée à son arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986 aux termes duquel : « la Cour ne croit pas que l'on puisse logiquement déduire de l'article 8 (art. 8), texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12 (art. 12) » (§ 57).

Ainsi, sous l'angle du droit au mariage, la Cour a affirmé que si « les requérantes avaient fortement insisté sur la valeur historique et sociale que revêt l'institution du mariage et qui explique l'importance émotionnelle qu'elles attachent à cette institution » c'était « précisément cette valeur, telle qu'elle est actuellement reconnue par les lois nationales, qui [mettait] obstacle à la satisfaction de leur demande par les autorités britanniques ». En outre et « même si cela [n'était] d'aucun réconfort pour les requérantes en l'espèce, il [fallait] souligner, en ce qui concerne la proportionnalité [...] que les dispositions relatives au partenariat civil permettent aux partenaires qui contractent une telle union de bénéficier de bon nombre des protections et avantages offerts par le mariage ».

Sous l'angle de la vie familiale, la Cour a pointé que « les requérantes [pouvaient] poursuivre leur relation dans tous ses aspects essentiels » et étaient par ailleurs en mesure de « lui conférer un statut juridique qui, s'il [n'était] pas totalement identique au mariage, y [était] semblable, en concluant un partenariat civil emportant pratiquement les mêmes droits et obligations que le mariage ».

- L'équivalence « essentielle » ou « substantielle » du mariage et du partenariat : *Hämäläinen c. Finlande* [GC]

1056. Dans une affaire *Hamalainen c. Finlande* qui concernait la même problématique, la grande chambre a approuvé, aux termes de son arrêt du 16 juillet 2014, le constat de non-violation auquel était parvenue la formation de chambre en novembre 2012¹⁸⁹⁹. Cependant la justification offerte à ce constat de non-violation n'est plus liée à la « valeur historique et sociale » du mariage, mais uniquement au caractère marginal des différences existant en termes de droit et obligations entre le statut d'époux et celui de partenaires enregistrés. Dans ce contexte, où le mariage quitte en quelque sorte les sphères immatérielles de la « valeur symbolique » pour n'être plus envisagé qu'au titre subalterne de simple « technique juridique », il n'est pas étonnant que l'examen de proportionnalité ait été plus poussé et que des juges dissidents aient expressément considéré qu'il s'imposait à l'Etat de tolérer, dans ce seul cas, le mariage homosexuel.

Sous l'angle de l'article 8 de la Convention, la grande chambre a réaffirmé les principes dégagés dans les affaires *Schalk et Kopf* et *Parry*. La Convention n'implique pas l'obligation d'ouvrir en général le mariage aux couples homosexuels et n'implique pas non plus « des dispositions spéciales » pour les situations semblables à celle de l'espèce. Il est suffisant, à cet égard, que « les requérantes [puissent] poursuivre leur relation dans tous ses aspects essentiels et lui conférer un statut juridique qui, s'il [n'est] pas totalement identique au mariage, y était semblable, en concluant un partenariat civil qui [emporte] pratiquement les mêmes droits et obligations que le mariage » (§ 71). S'agissant cependant d'un domaine en évolution constante, la Cour s'est penchée sur la situation prévalant dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe et a constaté l'absence de consensus européen, tant sur le mariage homosexuel lui-

¹⁸⁹⁹ Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la Cour avait considéré qu'il s'agissait en l'espèce de « deux droits concurrents qui nécessitent d'être mis en balance, à savoir le droit de la requérante au respect de sa vie privée par l'obtention d'un nouveau numéro d'identité féminin et l'intérêt de l'Etat à maintenir intacte l'institution traditionnelle du mariage » (§ 48) et que « le niveau de consensus sur le mariage entre partenaires du même sexe évolue au niveau européen » tandis qu'en Finlande « pareille possibilité n'existe pas même si un projet en ce sens est actuellement examiné par le Parlement » et « les droits des couples de même sexe sont à l'heure actuelle protégés par la possibilité d'enregistrer un partenariat civil » (§ 49). Dans ce contexte, elle avait décidé que « [le] mariage peut être transformé à tout moment, ex lege, en partenariat civil avec le consentement de son épouse. Si pareil consentement n'est pas obtenu, la requérante a la possibilité de divorcer » et qu'« il n'est pas disproportionné d'exiger que l'épouse donne son consentement à un tel changement, puisque ses droits sont également en jeu » ni que « le mariage de la requérante doit être transformé en un partenariat civil puisque celui-ci représente un choix réel offrant une protection juridique pour les couples de même sexe qui est pratiquement identique à celle du mariage » (§ 50).

même que sur les conséquences d'un changement de sexe sur celui-ci (§§ 73-74)¹⁹⁰⁰. Dans le contexte de questions morales et éthiques délicates, pareille disharmonie des solutions européennes justifiait l'allocation aux Etats d'une large marge de manœuvre (§ 75).

Dans ce contexte, plusieurs options étaient ouvertes à la requérante : (1) elle pouvait rester mariée sans reconnaissance de son nouveau sexe ; (2) elle pouvait obtenir la reconnaissance de son nouveau sexe moyennant la transformation de son mariage en partenariat et (3) elle pouvait obtenir la reconnaissance de son nouveau sexe après avoir divorcé de son épouse. La question centrale était alors de « savoir si le système dont s'est doté l'État finlandais permet aujourd'hui à celui-ci de respecter ses obligations positives en la matière ou si la requérante devrait être autorisée à conserver ses liens maritaux tout en bénéficiant de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe, alors même que cette solution impliquerait un mariage homosexuel entre l'intéressée et son épouse » (§ 79).

La Cour a relevé à cet égard que la Finlande faisait partie des rares pays ayant réglementé les conséquences du changement de sexe sur le statut conjugal : le mariage était transformé en partenariat et le partenariat en mariage suivant la condition initiale des intéressés. Ce système « [avait] pour but d'unifier les diverses pratiques ayant cours dans le pays et d'établir des critères cohérents en matière de reconnaissance juridique du genre » et de « concilier la reconnaissance juridique du changement de sexe et la protection juridique de la relation ». Dans le cadre de cette approche, « le législateur finlandais [avait] choisi de réserver le mariage aux couples hétérosexuels, cette règle ne souffrant aucune exception » (§§ 80-81).

A propos des préoccupations de la requérante relatives aux différences entre mariage et partenariat enregistré, la Cour a affirmé que « les différences entre mariage et partenariat enregistré ne sont pas de nature à entraîner un changement substantiel dans la situation juridique de la requérante. En pratique, celle-ci pourrait donc continuer à bénéficier dans le cadre d'un partenariat enregistré essentiellement de la même protection juridique que celle qui lui est assurée par le mariage » (§ 83). La Cour y a insisté, « la requérante et son épouse ne perdraient aucun autre droit si leur mariage était transformé en partenariat enregistré » dès lors que « la relation juridique initiale se poursuit simplement sous une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié » (§ 84). Ainsi, « il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré » (§ 85) tandis qu'« en vertu du droit positif finlandais une éventuelle transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille » (§ 86)¹⁹⁰¹.

¹⁹⁰⁰ Voy. les §§ 73 et 74 : « 73. D'après les informations dont la Cour dispose, il apparaît qu'à l'heure actuelle dix États membres autorisent le mariage entre personnes de même sexe. En outre, dans la majorité des États membres qui interdisent le mariage homosexuel il n'existe pas de cadre juridique précis réglementant la reconnaissance juridique du genre ni aucune disposition juridique traitant spécifiquement la situation des personnes mariées ayant subi une opération de conversion sexuelle. Parmi les États membres qui interdisent le mariage homosexuel, seuls six se sont dotés d'une législation applicable à la reconnaissance du genre. Dans ces pays, soit la loi pose spécifiquement une condition de célibat ou de divorce, soit des dispositions générales énoncent qu'après un changement de sexe tout mariage préexistant est annulé ou dissous. Il semble que seuls trois États membres ont ménagé des exceptions permettant à une personne mariée ayant changé de sexe d'obtenir la reconnaissance juridique de ce changement tout en conservant ses liens maritaux ». 74. Dès lors, on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants. La majorité des États membres n'ont adopté aucune législation sur la reconnaissance des changements de sexe. Il apparaît qu'outre la Finlande six autres États seulement se sont dotés d'une telle législation. Les exceptions ménagées pour les transsexuels mariés sont encore plus rares. Ainsi, rien n'indique que la situation dans les États membres du Conseil de l'Europe ait évolué de manière significative depuis que la Cour a rendu ses dernières décisions sur ces questions ».

¹⁹⁰¹ La Cour a précisé à cet égard que « l'enfant continuerait donc à être considérée comme étant née dans le mariage. En outre, ainsi que l'expose le Gouvernement, dans le système finlandais la paternité présumée sur la base du mariage ou la paternité établie ne peuvent être annulées au motif que l'homme est ultérieurement devenu une femme

Indéniablement, ce passage est de nature à relativiser sensiblement la valeur conférée par la Cour à l'accès à l'institution spécifique du mariage. En effet, la Cour y insiste lourdement sur l'équivalence « substantielle » ou « essentielle » du partenariat et du mariage. On ne retrouve donc pas ici les considérations, très présentes dans *Parry et R. et F.*, relatives à la « valeur historique et sociale » du mariage. Au regard d'une telle conception, on ne s'étonnera pas de ce que la Cour ait considéré, finalement que les effets du système finlandais sur les requérantes n'étaient en l'espèce pas disproportionnés. Plus encore que dans l'arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Schalk et Kopf* la Cour paraît considérer que la reconnaissance et la protection du couple n'implique pas forcément la possibilité de se marier et peut s'accommoder d'« une dénomination différente » et même d'« un contenu légèrement modifié ».

C'est d'ailleurs essentiellement au titre de l'existence d'une solution de compromis conjuguée à la recherche par l'Etat finlandais d'une réglementation cohérente applicable à une question moralement et éthiquement complexe qui conduit la grande chambre à conclure qu'« on ne [pouvait] [...] dire que, du fait des différences mineures qui [existaient] entre ces deux formes juridiques, le système en vigueur ne [permettait] pas à l'État finlandais de remplir les obligations positives qui lui incombent » (§ 87). Il faut aussi s'interroger sur l'impact que peut avoir l'affirmation qu'« il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation [...] soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré » (§ 85) sur la prééminence habituelle du mariage dans la quasi-totalité du contentieux familial (voy. *supra* n° 684 et s. et *infra* n°1103).

Encore faut-il préciser que la Cour n'a pas été unanime en l'espèce, trois juges dissidents ayant conclu à la violation de la Convention en développant un argumentaire détaillé.

S'agissant de technique interprétative, ils ont regretté que la Cour se positionne sur le terrain des obligations positives (la revendication de la requérante n'impliquant selon eux pas de « démarches importantes des autorités de l'Etat » ou de « conséquences sociales ou économiques majeures ») et accorde un poids décisif au consensus européen (en faisant dépendre le consensus d'une « communauté de vue dans une super-majorité d'Etats »). Ils ont aussi relevé qu'il était « hautement problématique d'opposer deux droits de l'homme – en l'occurrence, le droit à la reconnaissance de son identité de genre et le droit de maintenir une situation matrimoniale » (§§ 4-6).

Sur le fond, les juges SAJO, KELLER et LEMMENS ont considéré d'une part qu'en l'occurrence les seuls motifs susceptibles de justifier l'ingérence étaient la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de la morale. A cet égard, ils ont considéré que les droits et libertés d'autrui ne seraient nullement affectés si les requérantes étaient autorisées à rester mariées et que « si la protection de la famille traditionnelle [pouvait] se justifier par certaines préoccupations morales, [...] la protection de la morale ne [fournissait] pas une justification suffisante de la restriction [...] en l'espèce ». Ayant affirmé que « le seul intérêt en jeu [était] l'intérêt général à exclure les couples homosexuels de l'institution du mariage » et souligné qu'ils ne voulaient pas nier cet intérêt, les dissidents ont exposé deux arguments qui plaident, à leurs yeux, pour un constat de violation : (1) d'un côté, « l'institution du mariage ne serait pas mise en danger par un petit nombre de couples qui souhaiteraient conserver leurs liens maritaux

à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Cela est confirmé par le fait, évoqué par le Gouvernement, que dans aucun des cas où une conversion sexuelle a eu lieu en Finlande il n'y a eu de modification des liens de filiation préexistants. De même, le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Partant, la Cour juge établi que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de l'intéressée telle que protégée par l'article 8 de la Convention » (§ 86).

dans une situation telle que celle de la requérante » ; (2) de l'autre, il n'était pas établi que « le risque pour la morale était assez substantiel pour mériter l'ingérence en question » dès lors notamment qu'à ce stade les requérantes « [continuaient] de vivre ensemble comme un couple marié en parfaite conformité avec le droit finlandais, alors même que, aux yeux de nombreuses personnes, elles forment un couple homosexuel ».

Pour finir, la minorité a renvoyé à un arrêt récent de la Cour suprême indienne qui affirme que « la société maltraite les personnes transgenre tout en “oubliant que la faillite morale tient à la mauvaise volonté de la société d'intégrer ou d'accueillir différentes identités et expressions de genre, un paradigme qu'il faut changer” ». Ainsi, « comme l'a dit un auteur, la réaction problématique de « haut-le-cœur » de la société vis-à-vis des personnes transgenres n'est pas une notion normative devant être soutenue par la loi ».

Il convient pour terminer de faire état d'un argument avancé par la requérante auquel la Cour n'a semble-t-il pas accordé d'importance, mais qui a retenu l'attention de la minorité. Ainsi Madame Hamalainen plaidait-elle que « son passage d'un sexe à l'autre [n'avait] pas nécessairement transformé son couple en un couple homosexuel » dès lors que « son épouse [s'était] engagée dans une relation hétérosexuelle il y a dix-sept ans et [...] [continuait] d'être hétérosexuelle ». Il s'ensuivait que « dégrader la relation du couple en un partenariat enregistré ne [correspondait] pas à la réalité de l'hétérosexualité de l'épouse de la requérante » (§ 44). Les juges SAJO, KELLER et LEMMENS paraissent souscrire, dans une certaine mesure, à cette conception dès lors qu'ils affirment que « ce serait simplifier à l'excès la situation que de traiter leur relation comme une relation homosexuelle, même si l'on se situe après la conversion sexuelle de la requérante » (§ 20). Pareil positionnement va bien au-delà de l'idée qu'il y aurait lieu d'imposer à l'Etat d'accepter pour quelques cas exceptionnels une dérogation à la règle de l'hétérosexualité du mariage. Il implique en effet un basculement radical dans l'équilibre des dimensions naturelle et culturelle de l'union matrimoniale : dans le sillage de l'estompement des frontières entre les sexes, un mariage pourrait – suivant la perception subjective qu'en ont les époux – être à la fois hétérosexuel et homosexuel ou bien ni hétérosexuel ni homosexuel. Le processus d'autonomisation du mariage par rapport au sexe serait alors poussé dans son développement ultime : l'affirmation que la question du sexe est – tout simplement – sans rapport avec l'institution du mariage. Il est certain que ce ne peut pas être aujourd'hui le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme que de commander aux Etats semblable évolution.

iv) *Le mariage polygame (contracté à l'étranger) : Bibi c. Royaume-Uni*

1057. La polygamie ne s'est manifestée à ce jour dans le prétoire strasbourgeois que sous sa forme traditionnelle que ne connaissent pas les Etats parties mais à laquelle ils sont confrontés en raison des mouvements migratoires. Sous cette forme traditionnelle (polygynie), la polygamie est expressément condamnée par la Recommandation générale n° 21 du Comité des Nations-Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹⁹⁰².

Dans une décision *Bibi c. Royaume-Uni* de 1992, l'ancienne Commission avait été amenée à examiner la requête d'une femme britannique née au Bangladesh et dont la mère avait été empêchée d'entrer au Royaume-Uni dès lors que leur père avait également épousé une autre femme déjà établie au Royaume-Uni. Suivant la Commission, il y avait bien eu une ingérence dans la vie familiale des requérants, mais celle-ci « [avait] pour objet de prévenir la formation de ménages polygames, la pratique de la polygamie étant jugée inacceptable par la majorité des personnes qui vivaient là »¹⁹⁰³. Or, les Etats parties n'étaient pas tenus de reconnaître pleinement les mariages polygames tandis que depuis des siècles le fait de se marier avec plusieurs femmes

¹⁹⁰² A. LAQUER ESTIN, « Family Law, Pluralism and Human Rights », *Emory International Law Review*, 2011, p. 823.

¹⁹⁰³ Traduction libre.

faisait l'objet d'une incrimination pénale au Royaume-Uni. Dès lors, la restriction litigieuse se justifiait au regard de la légitimité d'une politique migratoire rejetant la polygamie au titre de l'identité culturelle du Royaume-Uni¹⁹⁰⁴.

Dans la jurisprudence de la Cour, la question de la monogamie a aussi été envisagée à la marge des affaires relatives aux obstacles au divorce (voy. *infra* n° 1069 et s.). Dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande* la Cour a affirmé que si « l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 ». De même, dans l'arrêt *Ivanov et Petrova c. Bulgarie* du 14 juin 2011, la Cour a affirmé que l'impossibilité de contracter mariage avant d'avoir obtenu la dissolution d'un mariage antérieur participait du « principe de la monogamie » qui est « un des principes fondamentaux de la législation dans le domaine des relations familiales des pays signataires de la Convention » (§ 60).

Si un tel principe fondamental semble à ce stade constituer une évidence aux yeux du juge européen, il faut bien prendre acte de ce que des débats ont d'ores et déjà lieu outre-Atlantique sur l'acceptabilité d'une polygamie « postmoderne » dégagée de la discrimination fondée sur le sexe ou sur un concept encore plus original de « polyamory ». Nul doute donc qu'un jour ou l'autre ces enjeux nouveaux trouveront leur chemin jusqu'au Palais des droits de l'homme¹⁹⁰⁵.

v) *Le mariage posthume (temporairement autorisé) : M. c. République fédérale d'Allemagne*

1058. Connu du droit français, le mariage posthume n'est *a priori* par contre pas inclus dans le champ de l'article 12 de la Convention.

Tel est en tout cas le principe affirmé le 13 décembre 1984 par la Commission dans l'affaire *M. c. République fédérale d'Allemagne* qui s'inscrivait dans le contexte de l'immédiat après-guerre et concernait la possibilité laissée un temps aux femmes d'épouser leur fiancé mort à la guerre. Un tel mariage avait été refusé à la requérante, en 1944, en l'absence de certitude sur le sort de la personne qu'elle souhaitait épouser. Le fiancé avait finalement été déclaré décédé en 1950 et la requérante avait réitéré sa demande, dont elle avait cependant été déboutée, les dispositions permettant le mariage posthume ayant été supprimée en 1946. La Commission a souligné que selon l'article 12 seuls les hommes et les femmes d'âge nubile ont le droit de contracter mariage et de fonder une famille et jugé que la Convention ne garantissait pas parmi ses droits et libertés d'épouser une personne décédée. Il s'ensuivait que la requête était incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

vi) *Le mariage des ecclésiastiques : Fernandez Martinez c. Espagne [GC]*

1059. Dans un contexte où la Cour fait pénétrer toujours plus loin les exigences de la Convention y compris dans certains pans de la réalité sociale qui passaient initialement pour des poches de résistance naturelle auxdites exigences, il n'est pas exclu que la Cour s'aventure un jour sur le terrain du droit au mariage des ecclésiastiques. L'opinion dissidente très virulente du juge DEDOV dans l'affaire *Fernandez Martinez c. Espagne* (voy. *supra* n° 674) constitue à cet égard un premier indice de l'évolution qui pourrait intervenir. Ainsi, selon lui, « la Convention protège la liberté de religion, de sorte que nul ne puisse être persécuté pour ses convictions

¹⁹⁰⁴ Voy. aussi : Comm. eur. dr. h., déc. A et A c. Pays-Bas du 6 janvier 1992.

¹⁹⁰⁵ M. NUSSBAUM, « Debating Polygamy », The University of Chicago Law School Faculty Blog, 2008 (<http://uchicagolaw.typepad.com/faculty/2008/05/debating-polyga.html>) ; T. BROOKS, « The Problem with Polygamy », *Philosophical Topics*, 2009, pp. 109-122 ; E. ALONI, « Incrementalism ... », *op. cit.*, p. 143.

religieuses ; mais elle n'autorise pas les organisations religieuses, fût-ce au nom de l'autonomie, à persécuter leurs membres parce qu'ils exercent leurs droits fondamentaux. Si le système de la Convention est destiné à combattre le totalitarisme, alors il n'y a aucune raison de tolérer le type de totalitarisme que l'on peut déceler dans la présente affaire ». De son point de vue, « depuis des siècles le célibat constitue un problème notoire et sérieux pour des milliers de prêtres qui souffrent toute leur vie en cachant à l'Église catholique la vérité sur leur vie familiale et en redoutant les sanctions ».

B. L'encadrement du droit de se marier

1060. Les Etats peuvent prévoir différentes restrictions au droit de se marier tendant à garantir le caractère volontaire de l'adhésion à l'institution matrimoniale (i) et/ou à promouvoir la stabilité du mariage (ii). En ce qui concerne les détenus (iii) et les étrangers (iv), les restrictions imposées doivent être directement liées respectivement au souci d'assurer l'ordre et la sécurité et à la volonté de prévenir les mariages de complaisance. En somme, lorsque les personnes ont atteint l'âge nubile et sont capables, les Etats ne peuvent opposer à la volonté de se marier que des arguments liés à la sécurité ou à l'immigration, à l'exclusion de motifs liés aux conceptions subjectives dominantes sur l'opportunité du mariage dans des circonstances données.

i) *Le mariage des mineurs et des incapables : Janis Khan c. Royaume-Uni et Lashin c. Russie*

1061. Dans l'affaire *Khan c. Royaume-Uni*, le requérant, musulman, dénonçait l'impossibilité d'épouser son amie de 14 ans également musulmane alors que le droit islamique permettait à une jeune fille de se marier dès l'âge de 12 ans. Il voyait dans pareille impossibilité une violation des articles 9, 12 et 14 de la Convention. Dans sa décision du 7 juillet 1985, la Commission a considéré que l'imposition par l'Etat de l'âge nubile fixé par la loi nonobstant les préceptes religieux auxquels souscrivait le requérant traduisait l'adhésion des organes conventionnels à la lutte contre les mariages forcés. Il s'ensuivait que la requête était manifestement mal fondée.

1062. Dans l'affaire *Lashin c. Russie* le requérant se plaignait, sur le fondement de l'article 12, de l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé, en raison de la mesure d'incapacité qui le frappait, de se marier avec sa fiancée. Malheureusement la Cour a considéré, dans son arrêt du 22 janvier 2013, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cette question dès lors qu'elle avait déjà stigmatisé, sous l'angle de l'article 8, l'absence de souplesse du droit russe des incapacités s'agissant en particulier de la possibilité d'obtenir la réévaluation de la nécessité de la mesure de protection (§ 124) (voy. *supra* n° 513).

ii) *L'interdiction temporaire de remariage : F. c. Suisse*

1063. Dans l'affaire *F. c. Suisse*, le requérant dénonçait l'interdiction temporaire de remariage qui avait été prononcée contre lui à la suite de son troisième divorce. La Cour a souligné que même si un tel délai d'attente n'existait plus dans les autres Etats parties, « le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans un domaine – le mariage – aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale » (§ 33).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que « la stabilité du mariage représente un but légitime et conforme à l'intérêt public » mais que « l'adéquation du moyen utilisé en l'occurrence pour y

parvenir lui inspire des doutes ». Par ailleurs, « la Cour ne saurait souscrire à la thèse selon laquelle l'interdiction temporaire de remariage vise à préserver les droits d'autrui, en fait ceux du futur conjoint de l'époux divorcé » (§ 36)¹⁹⁰⁶. Enfin, la Cour n'a pas accepté l'argument du gouvernement suivant lequel la règle contestée avait aussi vocation à protéger le requérant contre lui-même. Ainsi, à ses yeux, « pareil argument n'a pas assez de poids pour justifier l'ingérence litigieuse dans le cas d'une personne majeure et jouissant de ses facultés mentales » (§ 37).

Les juges de Strasbourg ont finalement relevé que les enfants à naître étaient potentiellement atteints par l'interdiction litigieuse dès lors que même s'il était pourvu désormais des mêmes droits que l'enfant légitime, l'enfant naturel « [pouvait] avoir à pâtir de certains préjugés et donc subir un handicap social » (§ 36). La Cour – refusant encore la comparaison avec l'absence de droit au divorce ou l'imposition d'un délai de séparation de corps (§§ 38-39) – a considéré à la fois que la mesure touchait à la substance du droit de se marier et n'était pas proportionnée au but poursuivi.

iii) *L'accès au mariage des détenus : Frasik c. Pologne*¹⁹⁰⁷

1064. La condition de détenu n'est pas *en soi* susceptible de justifier une exception au droit de se marier et de fonder une famille contenu dans l'article 12 de la Convention¹⁹⁰⁸. Le détenu ne perd ni le ni le droit à la vie familiale consacré à l'article 8, ni le droit de se marier et de fonder une famille visé à l'article 12. Certes, ces droits sont susceptibles d'être limités et encadrés, mais ils ne peuvent l'être par principe, au seul motif de l'incarcération¹⁹⁰⁹¹⁹¹⁰. Dans deux arrêts du 5 janvier 2010, la Cour a été amenée à examiner des situations dans lesquelles des prisonniers polonais s'étaient vu dénier la possibilité de se marier. Dans les deux cas, conformément à sa jurisprudence, elle s'est interrogée sur les raisons – distinctes de l'incarcération – qui avaient motivé les autorités.

Dans l'arrêt *Frasik c. Pologne*, la justification avancée par les autorités était que le mariage considéré empêcherait la compagne en question de témoigner dans le procès pénal dans l'attente duquel le requérant était emprisonné (la future épouse potentielle était aussi la victime présumée des faits de viol et de menace pour lesquels le requérant était poursuivi). La Cour a relevé que la seule raison invoquée par le gouvernement pour se justifier était la volonté d'éviter qu'en épousant le requérant sa compagne perde le droit de témoigner contre lui (§ 96). A cet égard, la

¹⁹⁰⁶ Ainsi, « dès le 22 mai 1986, la compagne de F. obtint l'abrégement du délai de viduité consécutif à son propre divorce, devenu définitif un mois plus tôt (paragraphe 18 ci-dessus). De son côté, F. vit son interdiction expirer le 21 décembre 1986, après quoi l'officier d'état civil put procéder aux formalités nécessaires (paragraphe 19-20 ci-dessus). Le mariage eut ainsi lieu le 23 janvier 1987. Dans l'intervalle - de l'ordre de sept à huit mois -, la future épouse du requérant a pu s'estimer personnellement et directement lésée par la mesure frappant F. Dès lors qu'elle n'était ni mineure ni aliénée, ses droits ne se trouvaient nullement protégés par ladite mesure » (§ 36).

¹⁹⁰⁷ Voy. : J.-P. CÉRÉ, « Le droit à une vie familiale pour les détenus », in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, pp. 17-25 ; M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 241-285 ; F. TULKENS, « Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. La pensée juridique, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2002, p. 254 et s.

¹⁹⁰⁸ L'ancienne Commission l'a affirmé il y a déjà longtemps dans le cadre de ses rapports *Hamer c. Royaume-Uni* du 13 décembre 1979 et *Draper c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1980 (voy. J.-P. CÉRÉ, « Le droit à une vie familiale pour les détenus », *op. cit.*, p. 18).

¹⁹⁰⁹ M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁹¹⁰ Ainsi, dans son arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* du 6 octobre 2005, la Grande chambre a précisé que toute restriction aux droits protégés par la Convention doit être justifiée, par exemple, « au regard des considérations de sécurité, notamment la prévention du crime et la défense de l'ordre, qui découlent inévitablement des circonstances de l'emprisonnement » (§ 69).

Cour a souligné que le choix d'un partenaire et la décision de se marier étaient éminemment personnels. Si l'on pouvait admettre que la prison n'était pas un endroit adéquat pour un mariage (§ 95), il n'en restait pas moins que l'union envisagée ne contrevenait à aucune règle du droit polonais et que si le requérant n'avait pas été détenu, il n'y aurait eu aucun moyen de l'empêcher de se marier avec sa compagne (§ 96). Dès lors, il y avait eu une violation de l'article 12 de la Convention (§ 100).

Dans l'affaire *Jaremowicz c. Pologne*, la Cour a considéré insatisfaisante la justification des autorités polonaises fondée sur la circonstance que le requérant et la femme avec laquelle il souhaitait se marier s'étaient rencontrés à un moment où ils étaient l'un et l'autre détenus et avaient noué une relation en communiquant suivant des procédés interdits au sein de la prison (§ 56). La Cour a considéré ces motifs illégitimes pour les raisons développées ci-dessus relativement à l'affaire *Frasik*. Elle a rappelé que les justifications que les autorités peuvent légitimement avancer dans ce type d'affaires sont celles liées à la sécurité et à la prévention du désordre, à l'exclusion des considérations subjectives relatives à la qualité du lien qu'on se propose de consacrer par le mariage (§§ 57-58).

iv) *L'accès au mariage des étrangers : O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*

1065. La prévention des mariages de complaisance constitue une autre limitation classique au droit de se marier, parfaitement acceptable pour autant que les restrictions apportées au droit de se marier des étrangers soient liées directement à ce souci de prévention.

Dans l'affaire *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* qui a donné lieu à un arrêt du 14 décembre 2010, la Cour s'est penchée sur la problématique de la délivrance des certificats d'approbation requis pour les mariages impliquant un étranger à la faveur de la requête déposée par des candidats époux ayant respectivement la nationalité nigérienne et la double nationalité britannique et irlandaise (§ 1). Le régime prévu par le droit interne avait connu une évolution en trois temps : dans un premier temps, la réglementation nationale suspendait la possibilité d'obtenir un certificat d'approbation à la possession d'un titre d'entrée ou de séjour suffisant (durée totale de plus de six mois et expiration plus de trois mois après la demande) ; dans un second temps, cette possibilité avait été étendue aux personnes ne disposant pas d'un titre de séjour suffisant, mais celles qui ne possédaient pas de titre d'entrée valable en demeuraient exclues ; dans un troisième temps, la possibilité de demander le certificat d'approbation avait été étendue aux personnes qui, comme le deuxième requérant, n'étaient pas titulaires d'un titre d'entrée valable (§ 89).

En s'appuyant sur sa jurisprudence *Hirst* (voy. *supra* n° 203), la Cour a rappelé qu'« une restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassait une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle ». Sur la base de ce principe, elle a considéré qu'il « [n'était] nullement justifié en l'espèce d'imposer aux personnes relevant des catégories précitées une interdiction générale de se marier ». En effet, « à supposer même qu'il existe des raisons de penser que ces personnes sont plus enclines que d'autres à contracter des mariages de complaisance à des fins d'immigration – ce que le Gouvernement n'a pas démontré devant la Cour –, [...] l'imposition d'une interdiction générale sans qu'aucune enquête n'ait été menée sur l'authenticité des mariages projetés restreint le droit de se marier au point de porter atteinte à la substance même de celui-ci ». Ne changeait rien à ce constat la circonstance qu'une « une dérogation fondée sur des motifs humanitaires » était possible dès lors qu'il s'agissait d'« un dispositif exceptionnel laissé à l'entière discrétion du ministre de l'Intérieur » (§ 89).

Au regard de ces différents éléments, la Cour a considéré que l'essence même du droit de se marier du requérant avait été atteinte (§ 91). Elle a également considéré les articles 12 et 14 combinés et 9 et 14 combinés de la Convention violés.

§ 2. Le droit de ne pas se marier et/ou de ne plus être marié

1066. Alors que le droit de ne pas se marier pourrait amorcer une mutation, de la simple garantie contre le mariage forcé à la possibilité d'exiger, en dehors du mariage, les avantages qui y sont traditionnellement attachés (A), la Cour refuse de garantir un droit au divorce (B) même si elle s'autorise à évaluer la mise en œuvre de ce droit s'il est reconnu par l'Etat (C).

A. Le droit de ne pas se marier

i) La protection du consentement : A.A. et autres c. Suède

1067. Le droit de se marier a comme d'autres droits conventionnels un versant négatif au titre duquel on a en substance « le droit de ne pas se marier avec qui que ce soit et, en tout cas, pas avec quelqu'un que l'on n'aime pas »¹⁹¹¹. A cet égard, la Cour a pu se prononcer à différentes occasions sur des problématiques liées au mariage forcé. Tel est le cas de la décision rendue par la Commission dans l'affaire *Khan c. Royaume-Uni* le 7 juillet 1985 qui valide l'imposition par l'Etat de l'âge nubile fixé par la loi nonobstant les préceptes religieux auxquels souscrivait le requérant et traduit l'adhésion des organes conventionnels à la lutte contre les mariages forcés. Dans un arrêt *A.A. et autres c. Suède* du 28 juin 2012, la Cour a cependant validé le refus de la demande d'asile présentée aux autorités suédoises par une femme yéménite et ses cinq filles alors que la cadette des filles était susceptible – en cas de retour au Yémen – de subir un tel mariage.

ii) Le droit d'être en couple sans se marier

1068. La Cour semble même encline à affirmer – certes timidement – l'existence d'un droit de ne pas se marier du tout, même avec quelqu'un que l'on « aime » ou avec qui à tout le moins on entend mener un projet de vie durable¹⁹¹².

Dans l'affaire *Emonet et autres c. Suisse* où les requérants réclamaient la possibilité de mettre en œuvre l'adoption coparentale de l'enfant de l'un par l'autre, le gouvernement affirmait que les requérants auraient pu accéder à cette possibilité en se mariant. La Cour a répondu qu'« il [n'appartenait] pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter » (§ 82) (voy. *infra* n° 1096). De même, dans l'affaire *Kroon* où les requérants se plaignaient de l'impossibilité pour un homme d'établir sa filiation à l'égard d'un enfant qu'il avait conçu avec une femme mariée à un autre que lui, le gouvernement prenait argument de ce qu'en se mariant, ils rendraient possible une adoption coparentale. Ici aussi, la Cour a considéré que ce n'était pas une solution

¹⁹¹¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale ... », *op. cit.*, p. 16.

¹⁹¹² Déjà dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, la requérante exposait que « le code civil belge [méconnaissait] en la personne de Paula Marckx le droit de ne pas se marier, inhérent d'après elles à la garantie de l'article 12 : pour conférer à Alexandra le statut d'enfant "légitime", il [lui fallait] la légitimer, donc se marier ». La Cour a relevé que « nul obstacle légal ne [s'opposait] à l'exercice de la liberté, pour [Paula Marckx], de se marier ou de rester célibataire » et qu'« elle [n'avait] donc pas besoin de rechercher si la Convention consacre le droit de ne pas se marier » (§ 67).

puisque « pour une raison quelconque » ils ne souhaitent pas le faire (§ 38) (voy. *infra* n° 1091).

Les linéaments d'un droit de ne pas se marier pourraient aussi se manifester dans le cadre de la jurisprudence qui se développera éventuellement au départ de la revendication de certains couples hétérosexuels d'avoir accès à une formule de partenariat enregistré car ils ne souhaitent pas adhérer à l'institution matrimoniale (voy. *supra* n° 700 et s.). On se trouve inexorablement ramené alors à la question de savoir si ceux qui font le choix de ne pas souscrire à l'institution du mariage doivent assumer les conséquences de leur choix ... (voy. *supra* n° 684 et s.).

B. L'interdiction du divorce : Johnston et autres c. Irlande

1069. En matière de divorce, la question fondamentale qui s'est posée à la Cour est – classiquement dans ce contentieux des institutions – celle de savoir si la désunion du couple doit nécessairement pouvoir se traduire dans la rupture du lien matrimonial ou si des accommodements sont potentiellement suffisants. L'examen de la jurisprudence rend compte de ce que la Cour n'a jamais entendu affirmer frontalement l'existence d'un droit au divorce, même si elle a expressément indiqué qu'il convenait de permettre aux époux de se séparer.

Dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande* qui a donné lieu à un arrêt du 18 décembre 1986, le premier requérant et son épouse s'étaient rendu compte, en 1965, après treize années de mariage au cours desquelles ils avaient eu trois enfants, de ce que leur union était irrémédiablement brisée. Ils avaient d'abord décidé de loger séparément dans la maison familiale et s'étaient ensuite, de commun accord, engagés dans des relations de concubinage avec des tiers. La nouvelle compagne de Monsieur Johnston et seconde requérante devant la Cour, Janice Williams, avait mis au monde la troisième requérante, une petite fille nommée Nessa, en 1978 (§§ 10-11).

Les requérants réclamaient de la Cour une interprétation évolutive de l'article 12 et la consécration d'un droit au divorce qui leur était refusé au plan interne.

La Cour a cependant procédé à une interprétation fondée sur les travaux préparatoires (qui excluaient expressément la garantie d'un tel droit) et sur le rapport explicatif du Protocole n° 7 (qui réitérait la volonté de ne pas le garantir) et a considéré que « la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [...], mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée (§ 53). Les difficultés rencontrées par le nouveau couple formé par Monsieur Johnston et Madame Williams, ne permettaient pas non plus de « déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12 » (§ 57) (comp. *supra* n° 903).

Toutefois la Cour avait déjà relevé dans l'arrêt *Airey* que le droit irlandais, en permettant d'obtenir un jugement de séparation de corps, reconnaissait que la protection de la vie privée ou familiale exige parfois de relever les époux du devoir de cohabitation (§ 33). Dans *Johnston*, la Cour a expressément confirmé que, selon elle, « la protection de la vie privée ou familiale peut parfois exiger des moyens permettant de relever les époux du devoir de cohabitation » (§ 57) (voy. *supra* n° 681).

On peut cependant souligner que le principe de cohérence dégagé dans l'affaire *Goodwin* (voy. *supra* n° 987) pourrait conduire un jour ou l'autre à considérer inacceptable une situation où deux personnes peuvent vivre séparément avec une organisation juridique de la séparation mais

sans pouvoir obtenir la dissolution de l'institution matrimoniale en tant que telle... Un tel principe de cohérence pourrait d'ailleurs à terme trouver à s'épanouir dans le contentieux de l'encadrement du divorce par exemple si les obstacles posés aux candidats au divorce implique la persistance (trop longue) d'un lien de droit totalement déconnecté de la réalité vécue (voy. ci-dessous).

C. L'encadrement du divorce

i) *Les conditions de fond du divorce*

α – L'exigence d'« altération profonde » du lien conjugal : *Ivanov et Petrova*

1070. Dans une affaire *Ivanov et Petrova c. Bulgarie*, les requérants (un homme marié et sa compagne) se plaignaient de ce que les juridictions bulgares avaient refusé de faire droit à la demande en divorce articulée par le premier ce qui l'empêchait d'épouser la seconde. Il faisait valoir que bien qu'il ait sollicité le divorce et exposé qu'il vivait avec une autre femme avec qui il avait eu un enfant en s'appuyant sur les dispositions législatives pertinentes et la jurisprudence de la Cour suprême (qui permettaient le divorce face à de telles raisons sérieuses, même en cas d'opposition de l'époux non-fautif), les juges internes avaient refusé de prononcer son divorce. Il voyait là une violation de l'article 6 de la Convention et des articles 8 et 12 de celle-ci.

Dans son arrêt du 14 juin 2011, la Cour a constaté, sous l'angle de l'article 6, que les juridictions bulgares n'avaient pas failli à leur obligation de motivation (§§ 50-54). Selon la Cour, « en l'espèce le tribunal régional a estimé que la séparation du couple était une difficulté surmontable et que, dès lors, le mariage n'était pas irrémédiablement altéré [...]. Ainsi, ce constat rendait superflue au regard du droit interne la recherche portant sur la question de savoir s'il existait des raisons sérieuses qui imposaient le divorce » (§ 50). Néanmoins, le juge interne avait « estimé opportun de développer davantage son raisonnement pour répondre pleinement aux arguments présentés dans l'appel du requérant » (§ 51). La Cour a constaté que, « contrairement aux affirmations [du requérant] ni la longue séparation du couple ni l'existence d'un enfant né d'un lien extraconjugal n'[avaient] été passées sous silence dans les motifs du jugement du tribunal régional : la juridiction d'appel [avait] au contraire amplement motivé son constat selon lequel, dans cette affaire, ces mêmes faits ne s'analysaient pas en des « raisons sérieuses » au sens du droit interne (§ 51)¹⁹¹³. Ainsi, « le tribunal régional [avait] exposé les motifs qui [l'avaient] poussé à rejeter l'argument du requérant concernant l'importance particulière qu'il attachait à la durée de la séparation de son couple ; parmi ces motifs figuraient la nécessité de sauvegarder les intérêts légitimes des enfants issus de ce mariage et la capacité des deux parties à la procédure de parvenir à un commun accord sur leur lieu de résidence » (§ 53).

La Cour n'a cependant pas exclu que puisse poser problème, au regard des articles 8 et 12, la situation dans laquelle l'opposition de l'époux non-fautif est un obstacle absolu au divorce malgré l'altération irrémédiable du lien conjugal (§ 61). En l'espèce cependant, le tribunal

¹⁹¹³ Voy. le § 22 : « Le tribunal constata enfin que la séparation du couple avait effectivement duré plusieurs années. Il estima toutefois que ce fait n'était pas d'une importance décisive et que cette difficulté était surmontable puisque l'épouse désirait la réconciliation du couple et que les enfants mineurs nés de ce mariage avaient besoin de la présence et du soutien de leur père. Il ajouta que l'existence d'un enfant né d'un lien extraconjugal du demandeur n'était pas non plus un obstacle au rétablissement de la vie commune entre les époux dès lors que cela n'avait pas provoqué de conflits entre eux et que M. Ivanov n'avait pas démontré s'être établi avec la mère de cet enfant. Le tribunal conclut qu'il n'y avait pas non plus de raisons sérieuses, aux termes de l'article 99 (4) du code de la famille, susceptibles de justifier le divorce malgré l'opposition de l'époux non fautif ».

régional avait rejeté la demande non pas à cause de l'opposition de l'époux non fautif, mais bien en raison de l'absence d'altération « profonde et irrémédiable » du lien conjugal (§ 62). Cela distinguait l'espèce de l'affaire *Johnston*, dès lors que « l'impossibilité pour M. Ivanov et Mme Petrova de se marier [découlait] non pas de l'absence de toute possibilité de demander le divorce, mais du rejet de la demande formulée à cet effet par le premier requérant à la suite d'un examen sur le fond de celle-ci par les juridictions internes » (§ 64).

La Cour mobilise ensuite un double argument pour repousser les griefs formulés par le premier requérant.

D'un côté, si les dispositions de la Convention « ne peuvent pas être interprétées de manière à garantir l'existence même d'un droit au divorce au profit des particuliers [...], elles ne sauraient, a fortiori, garantir l'exercice d'un tel droit et encore moins une issue favorable de la procédure de divorce pour tel ou tel époux ». Il y avait donc lieu de conclure à l'incompatibilité *ratione materiae* du grief du premier requérant tiré de l'impossibilité d'officialiser sa relation *de facto* avec la deuxième requérante (§ 64).

D'un autre côté, la Cour a aussi écarté – cette fois pour défaut manifeste de fondement – la dénonciation par le requérant de la persistance de son régime matrimonial de communauté réduite aux acquêts et de l'impact successoral du maintien du lien matrimonial. A cet égard, la Cour a observé, d'une part, que cette situation était la conséquence du refus de prononcer le divorce et était liée aux règles internes applicables aux relations patrimoniales entre époux, « ce qui [relevait] de la compétence du législateur national ». Elle a souligné d'autre part, que les règles litigieuses étaient réciproques et que les époux pouvaient au surplus décider de changer de régime matrimonial (§§ 65-66).

Finalement, la Cour a affirmé, de manière lapidaire, que les conséquences induites pour la seconde requérante par le rejet – bien motivé – de la demande du premier requérant ne pouvaient être considérées comme « une restriction déraisonnable au droit garanti par l'article 12 » (§ 67).

L'arrêt contient des enseignements intéressants. D'un côté, comme à propos du droit à la mort, la Cour fait prévaloir une interprétation « systémique » de la Convention. Il semble cependant qu'elle pousse ici plus loin les conséquences de cette lecture « en harmonie » de la Convention, puisqu'elle exclut que l'article 8 puisse abriter le « contraire » du droit de se marier, alors qu'il ne paraît pas exclu, dans le principe, qu'un droit de mourir puisse un jour se développer dans le contexte de la garantie de la vie privée ... (voy. *supra* n° 903 et 904). D'un autre côté, la Cour souligne les possibilités alternatives qui sont à la disposition du requérant et l'atténuation des difficultés subies par leur réciprocité. Quant à l'affirmation suivant laquelle les relations patrimoniales entre époux « relèvent de la compétence du législateur national », elle est surprenante et paraît manifester la volonté de la Cour de donner à cette matière le statut provisoire d'un « pré carré » ressortissant à la compétence exclusive des autorités nationales ...

β – L'exigence d'un délai de séparation : *Bacuzzi c. Italie*

1071. Dans l'affaire *Bacuzzi c. Italie*, Le requérant dénonçait, sous l'angle des articles 8 et 12 de la Convention le délai de séparation judiciaire préalable à l'introduction d'une demande en divorce prévu par le droit italien. Le requérant et son épouse avait introduit une demande en séparation de corps par consentement mutuel. Ils avaient comparu en mars 2004 et été séparé de corps le même mois. Suivant le droit italien, « la demande de divorce ne peut être introduite qu'après trois ans de séparation ininterrompue à compter de la date de comparution des époux

devant le Président du tribunal ». Plusieurs propositions de loi tendaient à réduire le délai considéré. Selon le requérant, le délai litigieux – qui impliquait pour lui l'impossibilité de demander le divorce avant le 1^{er} mars 2007 – préjudiciait à « la possibilité de se remarier, d'avoir des enfants légitimes et, en général, de reconstruire sa vie et voir son union reconnue socialement ». De manière surprenante, cependant, le requérant n'avait demandé le divorce le que le 29 février 2008 et celui-ci avait été finalement prononcé le 21 avril 2009.

Dans sa décision d'irrecevabilité du 24 mai 2011, la Cour a relevé, sur le terrain de l'article 12, que l'affaire se distinguait de l'affaire *F. c. Suisse*. Ainsi, cette dernière portait sur « le droit des divorcés de se remarier sans subir des restrictions déraisonnables », tandis qu'était en cause en l'espèce « le délai pour l'introduction d'une demande en divorce à la suite d'une séparation de corps ». D'ailleurs, a-t-elle poursuivi, elle avait déjà distingué les deux hypothèses dans *F. c. Suisse* et souligné que « la question du délai d'attente courant de la séparation de corps en vue d'obtenir un jugement de divorce se plaçait "en amont" de ce dernier ». Plus fondamentalement, la Cour a relevé que « même à vouloir considérer que le requérant n'aurait pu introduire une demande en divorce qu'à partir du 1^{er} mars 2007, ce dernier [n'avait] saisi le tribunal de cette demande que le 29 février 2008, c'est-à-dire, environ un an plus tard » tandis qu'il « [n'avait] fourni aucune preuve concernant l'éventualité de se remarier et d'avoir des enfants légitimes, notamment au courant du délai de trois ans litigieux ». Pour ces deux raisons, sa demande était irrecevable *ratione personae*.

Sur le terrain du respect de la vie familiale, les juges européens ont atteint la même conclusion sur base des mêmes motifs en ajoutant encore qu'« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille » et que « le requérant ne fait pas allusion à une famille existante dont il pourrait revendiquer le droit au respect au titre de l'article 8 de la Convention ».

ii) *La durée de la procédure en divorce*

1072. Dans l'affaire *Aresti Charalambous c. Chypre*, un homme dénonçait sous l'angle des articles 6, 8 et 12 de la Convention la durée de sa procédure en divorce. Il avait introduit sa demande en septembre 1998 et le divorce avait été finalement prononcé en mai 2004.

Dans son arrêt du 19 juillet 2007, la Cour a considéré que l'article 6 de la Convention avait été violé. En renvoyant à l'affaire *Laino c. Italie*, elle a affirmé que les autorités judiciaires avaient dans les affaires qui concernent l'état civil une obligation de diligence particulière, au regard notamment des conséquences dommageables qu'une procédure excessivement longue peut avoir sur la jouissance du droit au respect de la vie familiale (§ 44). En l'espèce, le litige n'était pas particulièrement complexe (§ 45) et les longues périodes d'inactivité des juridictions de première instance et d'appel avaient allongé la procédure d'une manière incompatible avec l'obligation spéciale de diligence requise en la matière (§ 46).

Elle a par contre considéré manifestement mal fondés les griefs articulés sur les articles 8 et 12 de la Convention. Ainsi, sur le terrain de l'article 8, la Cour a souligné qu'« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille » et que « le requérant ne fait pas allusion à une famille existante dont il pourrait revendiquer le droit au respect au titre de l'article 8 de la Convention et la requête était sur ce point manifestement mal fondée (§§ 51-52). Sous l'angle de l'article 12, la Cour a considéré que s'il était possible que la durée de la procédure en divorce pose question au regard de l'article 12 de la Convention, mais ce n'était pas le cas en l'espèce dès lors qu'en ayant égard à l'ensemble des circonstances et à la durée totale des procédures, il n'y avait pas eu d'atteinte à l'essence du droit de se marier garanti par la Convention (§ 56).

1073. Dans l'affaire *V.K. c. Croatie*, le requérant avait initié une procédure en divorce en avril 2004 (§ 6). Lui et son épouse avaient annoncé dès la première audience, en décembre 2004, qu'ils étaient d'accord pour divorcer (§ 7). Le requérant avait, par la suite, introduit une procédure en contestation de sa paternité établie à l'égard de de l'enfant K. né en 2003 (§ 10). En 2006, il avait demandé que la procédure en contestation de paternité soit jointe à la procédure en divorce (§ 18). Subséquemment, il avait sollicité à plusieurs reprises, mais sans succès, un jugement partiel relatif à la seule question du divorce. Il avait finalement dû abandonner sa demande en contestation de paternité pour que celui-ci soit finalement prononcé, en 2010 (§§ 54-55). Il alléguait donc, outre une violation de l'article 6 de la Convention, une violation des articles 8 et 12 de celle-ci.

Dans son arrêt du 27 novembre 2012, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention. En renvoyant aux affaires *Bock, Mikulic* et *Laino*, la Cour a rappelé l'exigence de diligence qui pèse sur les Etats en matière de capacité et d'état de la personne (§§ 78-79). En l'occurrence la Cour a considéré que la durée de la procédure – qui avait commencé en 14 avril 2004 et s'était achevée le 14 janvier 2010 – ne pourrait être considérée acceptable qu'au titre de circonstances exceptionnelles (§ 81). En l'espèce le délai était essentiellement dû à la circonstance que l'autre partie ne souhaitait pas – dans le cadre de la procédure relative à la filiation jointe à la procédure en divorce – se soumettre au test ADN et à l'absence de réponse adéquate à cette difficulté par le juge interne (§ 81). Le requérant ne pouvait au demeurant pas être critiqué pour avoir demandé l'écartement des juges qui n'avaient selon lui pas traité le dossier diligemment (§ 82). Enfin, le fait que le requérant avait finalement retiré sa demande en contestation de paternité ne pouvait pas non plus être pris en compte dès lors qu'il l'avait en vue de pouvoir obtenir le prononcé du divorce (§ 83). Dans ce contexte l'article 6 avait été violé.

Sur le terrain de l'article 12, la Cour a considéré que les droits conventionnels du requérant avaient été méconnus¹⁹¹⁴. La Cour a relevé que le droit croate prévoyait le divorce et notamment que les procédures de divorce soient traités comme des cas urgents (§ 100). En outre, en l'espèce, le requérant et son épouse avaient annoncé dès la première audience en décembre 2004 qu'ils étaient d'accord pour divorcer. Certes, le requérant avait demandé que la question de la contestation de paternité soit jointe à la procédure en divorce, mais il avait subséquemment demandé à plusieurs reprises un *partial judgment* sans que cette demande soit jamais sérieusement examinée (§ 101). Le requérant avait signalé son désir de se remarier et ses convictions religieuses et s'était d'ailleurs marié immédiatement après que le divorce ait été finalement prononcé le 14 janvier 2010 (§ 103). Enfin, la Cour a eu égard à la circonstance qu'elle avait pu conclure en l'espèce à la violation de l'article 6 (§ 106). Il s'ensuivait, pour la Cour, qui a renvoyé à *F. c. Suisse* et à *Mikulic*, que, dans les circonstances spécifiques de l'affaire, le requérant avait été laissé dans une situation d'incertitude prolongée qui correspondait à une restriction déraisonnable à son droit de se marier (voy. *infra* n° 1142)¹⁹¹⁵.

¹⁹¹⁴ Ainsi le requérant exposait qu'il entretenait une relation avec une nouvelle compagne et qu'en tant que chrétien, il souhaitait pouvoir épouser cette femme le plus vite possible, ce qui était impossible tant que les juridictions croates n'avaient pas prononcé son divorce (§ 96). Suivant le gouvernement, le refus des juridictions nationales de prononcer le divorce tenait à la circonstance que le divorce ne pouvait être prononcé sans qu'il soit aussi décidé sur le meilleur intérêt de l'enfant (soit sur les actions relatives aux aliments et aux contacts et à la filiation). Dès que les parties avaient trouvé un accord sur les aliments et les contacts et que le requérant avait retiré son action en matière de filiation, le divorce avait été prononcé (§ 97).

¹⁹¹⁵ La Cour a par contre considéré que l'article 8 était applicable mais pas violé, dès lors que c'est le requérant qui de son propre chef, pour que son divorce soit enfin prononcé, avait renoncé à son action en contestation de paternité (§ 87-93).

Synthèse de la sous-section 1

1074. Au même titre que le droit à la vie, le droit de marier bénéficie assurément d'une « place à part » dans le droit européen des droits de l'homme. Au titre de sa « prégnance historique » dans l'organisation des sociétés humaines, il s'est trouvé d'emblée garanti par une disposition spécifique et séparée des autres garanties conventionnelles. Ce sont sans doute cette historicité et cette singularité textuelle qui expliquent que le mariage (et sa dissolution) font preuve d'une certaine résistance aux principes qui se dégagent dans le reste du contentieux. Les questions liées à l'accès au mariage mettent en jeu la tension entre égalité et identité, celles liées au divorce posent des questions sur le rapport liberté / solidarité. Ces questions s'inscrivent au demeurant dans un contexte pétri de pluralisme où le mariage revêt potentiellement pour les individus des significations très différentes, entre simple technique et institution chargée de sens.

Le droit de se marier

1075. L'arrêt *Fernandez Martinez*, qui place le droit de se marier sur le terrain de l'article 8 de la Convention, relativise quelque peu la singularité de l'institution. On peut certainement penser que l'inclusion de la garantie du droit de se marier dans le champ de l'article 8 est en mesure de contribuer à la fluidification du rapport de la Cour de Strasbourg à l'institution du mariage.

1/ Les conditions d'accès au mariage et les empêchements à mariage tracent les contours de l'institution matrimoniale. Au départ d'une conception ancrée dans la nature même du mariage qui se comprenait comme l'union d'un homme et d'une femme, la Cour adopte aujourd'hui une approche culturelle de l'institution qui laisse une plus grande place à la discussion. Les Etats peuvent exclure certains mariages incestueux (*B. et L.*), le mariage polygame et le mariage posthume, de même qu'ils peuvent admettre et même sanctionner l'interdiction ecclésiastique du mariage. C'est la question du mariage des couples de même sexe qui se pose aujourd'hui avec le plus d'intensité dans l'arène strasbourgeoise. A ce stade, la Cour n'a pas retenu l'idée que la dignité humaine pourrait, comme en matière de sexe ou de nom, justifier une extension au couple de même sexe du droit garanti par l'article 12¹⁹¹⁶. L'arrêt *Hamalainen c. Finlande* donne à l'arrêt *Schalk et Kopf* le poids d'une confirmation par la formation solennelle de la Cour de Strasbourg en adjoignant à l'argument de l'enracinement culturel celui de la protection de la morale. Il n'empêche que cet arrêt dévalorise aussi indirectement le droit de se marier en affirmant sa proximité par rapport au partenariat enregistré (dans un contexte certes singulier). Il conviendra alors de voir quel pourra être l'impact de l'éventuelle consolidation de consensus européens favorables à une plus grande ouverture de l'institution. En outre, l'opinion dissidente adjointe à l'arrêt montre bien comment une situation hautement spécifique est potentiellement

¹⁹¹⁶ Une telle transplantation n'est pas à exclure dès lors que – dans d'autres cénacles judiciaires – c'est d'ores et déjà au nom de cette notion qu'on a pris le parti d'imposer l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. On peut alors se référer à l'usage fait par la Cour Suprême de Californie de la notion de dignité dans son arrêt *In re Marriage cases* du 15 mai 2008. La Cour a ainsi considéré que « donner une autre désignation aux relations familiales des couples de même sexe et réserver la désignation historique de “mariage” exclusivement aux couples de sexe différent induit à tout le moins un sérieux risque de dénier à la relation familiale du couple de même sexe une égale dignité et un égal respect » (*In re Marriage cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008)) (traduction libre). Voy. aussi à propos de cette jurisprudence californienne : K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood ... », *op. cit.*, p. 127 et s. ; G. N. STARK, « State Constitutional Law – Equal protection and fundamental rights – Analogizing same-sex marriage exclusions and anti-miscegenation laws : California offers a model for subjecting same-sex marriage exclusions to strict scrutiny », *Rutgers Law Journal*, 2009, p. 1033 et s. Pour Rex GLENSY, professeur à Philadelphie, il s'agit là d'un usage judiciaire de la notion de dignité particulièrement significatif dans le cadre duquel deux aspects distincts de celle-ci entrent en jeu : d'une part celle associée à un statut déterminé (la dignité « statut ») et d'autre part la possibilité pour chacun d'y accéder (la dignité « égalité ») (R. D. GLENSY, « The Right to Dignity », *op. cit.*, pp. 94-95).

en mesure de justifier une exception au principe de l'hétérosexualité sans modification du cadre général.

2/ Le mariage peut faire l'objet de certaines restrictions plus conjoncturelles. Ainsi, certaines limitations peuvent être justifiées par des raisons liées à la sécurité ou pour garantir le respect de la réglementation en matière d'immigration. Les arrêts *Frasik* et *Jaremowicz* montrent bien qu'en matière d'emprisonnement toute restriction doit être justifiée par des justifications spécifiques liées par exemple à la sécurité. En particulier, les autorités ne sont pas admises à prendre en compte des « considérations subjectives relatives à la qualité du lien qu'on se propose de consacrer par le mariage » (*Jaremowicz*, §§ 57-58). Semblablement, la Cour suspend l'acceptabilité conventionnelle de restrictions au droit de se marier des étrangers à un examen *in concreto* de l'authenticité des mariages projetés (*O'Donoghue*).

Le droit de ne pas se marier (ou de divorcer)

1076. Alors que certains font le siège de l'institution du mariage, d'autres réclament le droit de ne pas s'y inscrire (sans être pénalisé d'aucune manière) ou le droit de sortir de l'institution (quand elle ne correspond plus à l'effectivité des sentiments).

1/ On peut ainsi voir émerger un droit de ne pas se marier lorsque des individus prétendent bénéficier des avantages matériels habituellement associés au mariage sans pour autant souscrire à cette institution. Tel était le cas dans l'affaire *Emonet* et également, dans un certain sens, dans l'affaire *Marckx*.

2/ Dans *F. c. Suisse*, la Cour avait affirmé que « la stabilité du mariage représente un but légitime et conforme à l'intérêt public » et elle n'a jamais depuis expressément renié l'affirmation que la Convention ne garantit aucun droit au divorce (il en avait été expressément exclu aux termes des travaux préparatoires de la Convention).

3/ Cependant, la Cour accepte d'envisager sous l'angle des exigences de l'article 8 (et de l'article 6), l'encadrement du droit de divorcer bénévolement ouvert par les Etats, même si elle se montre encore très timide sur ce terrain. Il n'empêche que la situation dans laquelle l'opposition d'un époux est un obstacle absolu au divorce peut poser problème au regard de l'article 8 (*Ivanov et Petrova*), alors que l'irrecevabilité de l'affaire *Bacuzzi* a privé ceux qui s'intéressent à l'évolution du droit de la Convention d'un arrêt relatif à l'exigence d'un délai de séparation pour obtenir le prononcé du divorce. D'ores et déjà, une procédure en divorce excessivement longue a pu être considérée contraire à la Convention en raison en particulier de l'incertitude prolongée dans laquelle s'était trouvé le requérant qui souhaitait se remarier (*V.K.*). Réticente auparavant à mettre le pied sur le terrain du divorce, la Cour semble aujourd'hui prête à soumettre à son contrôle d'une manière plus significative sa régulation par les Etats parties.

Sous-section 2. La filiation

1077. La filiation juridique a une portée qui dépasse largement la simple technique juridique au sens où elle comporte une dimension de *construction sociale*. Ainsi, « entre la simple production de l'espèce humaine et la reproduction sociale se glisse une opération intellectuelle, une œuvre de construction de la réalité » et il y a « dans cette métamorphose toujours tue de la production en reproduction comme un tour de passepasse, car l'une doit prendre la place de l'autre, la reproduction doit recouvrir la production »¹⁹¹⁷. Certes, le droit positif y attache des prérogatives substantielles (telles que par exemple la connaissance d'un lien biologique et/ou la protection et la reconnaissance d'un lien socio-affectif)¹⁹¹⁸, mais celles-ci sont disponibles aussi en dehors de la filiation. La spécificité de celle-ci, en tant qu'institution, réside dans cette vocation à la construction du réel et à la reproduction du social.

On retrouve dans le corpus jurisprudentiel le même *lexique* « émotionnel » et « social » qui prévalait déjà en matière de mariage. La Cour a ainsi pu affirmer que l'établissement de la filiation, « au-delà de ses objectifs financiers et émotionnel, pouvait aussi être important du point de vue de l'image sociale de [la mère], de l'histoire médicale de sa famille et du réseau de droits et devoirs noués entre la mère biologique, le père biologique et l'enfant concerné »¹⁹¹⁹. De même le juge européen a-t-il pu souligner, à propos de la rupture du lien que « les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer » et qu'« ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux »¹⁹²⁰.

1078. C'est au départ des ressources de l'article 8 que la Cour a progressivement fait émerger un droit à l'intégration de l'enfant dans sa famille qui implique – dans certains cas – l'exigence qu'il soit possible *d'établir un lien juridique de filiation*¹⁹²¹. On sait cependant qu'à l'occasion de l'affaire *Marckx*, le juge FITZMAURICE s'est opposé à l'inclusion des questions de filiation dans le champ de l'article 8 de la Convention. Les arguments qu'il a proposés à cet égard tenaient à la portée ordinaire de l'expression « vie familiale » et aux choix de légistique posés par les auteurs de la Convention : seule la vie familiale « quotidienne », à l'exclusion de l'état civil, relève de l'article 8, la Cour ayant d'ailleurs choisi, pour la seule question d'état qu'elle désirait expressément traiter (le mariage) de prévoir une disposition spécifique¹⁹²². Dans la

¹⁹¹⁷ A. CADORET, « L'apport des familles homoparentales ... », *op. cit.*, p. 62.

¹⁹¹⁸ Katharine BAKER pointe différentes affaires de filiation tranchées par la Cour Suprême des Etats-Unis entre la fin des années 70 et la fin des années 80, pour souligner que les hommes qui sollicitaient l'établissement de leur filiation ne pouvaient espérer au regard du droit applicable à l'époque assez peu de droits substantiels relativement à l'enfant, ce qu'ils poursuivaient dès lors essentiellement, c'était le « label » de parent au sens juridique du terme ce qui accrédite l'idée que le symbole a un poids qui lui est propre (K. K. BAKER, « Marriage and Parenthood », *op. cit.*, 2010, p. 179).

¹⁹¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Kalacheva c. Roumanie* du 7 mai 2009, § 29 (traduction libre).

¹⁹²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, § 46 (traduction libre).

¹⁹²¹ Ainsi, aux termes de l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, « l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 » (§ 31).

¹⁹²² Ainsi, d'un côté, « l'expression "vie familiale" au sens qu'elle a normalement (et exclusivement) dans le vocabulaire de M. Tout-le-monde [...] recouvre la vie quotidienne de la famille à la maison ou, à l'égard de la parenté ou des amis, dans le foyer des uns ou des autres à l'occasion de visites ou de séjours » et ne concerne pas « le moins du monde des concepts comme ceux d'état, de filiation douteuse, de droits patrimoniaux et de propriété ». Selon le juge FITZMAURICE, l'inclusion desdites questions dans le champ de l'article 8 procède d'une « interprétation forcée et artificielle » car il s'agit d'« éléments appartenant à un tout autre ordre, à une tout autre catégorie » (§ 13). De l'autre côté, « si le mariage et la fondation d'une famille exigeaient un traitement particulier dans la Convention, pourquoi n'en [n'a-t-il] pas été de même des notions beaucoup plus abstruses de filiation et d'état en raison des

même affaire, alors que les requérantes faisaient valoir une atteinte à leur dignité, la Cour a par ailleurs considéré que l'impossibilité d'établir un lien de filiation pouvait être ressentie comme humiliante, mais ne pouvait atteindre le degré requis pour la mise en œuvre de l'article 3 (§ 1).

1079. La Cour a aussi rapidement admis que *la rupture des liens de filiation* relevait de l'article 8 de la Convention, au titre non pas de la vie familiale, mais de la vie privée. Dès l'arrêt *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, la Cour a considéré l'article 8 applicable à la question de la contestation d'un lien de filiation paternel découlant de la présomption de paternité du mari de la mère. En effet, « si l'instance [...] avait assurément pour but la dissolution légale de liens de famille existants, la détermination du régime juridique des relations [entre l'enfant et son père légal] concernait sans nul doute sa vie privée » (§ 33). Le juge GERSING a cependant souhaité manifester dans une opinion dissidente adjointe à l'arrêt un positionnement différent de celui de la majorité. Selon lui, la position retenue par celle-ci participait d'une « conception beaucoup trop large du droit garanti par cette disposition » (§ 2).

1080. Les fondements de la filiation juridique sont d'emblée caractérisés par une complexité plus grande que ceux du mariage. Ainsi, suivant Pierre MURAT, la filiation est sans doute « une réalité impossible à définir » et la seule chose certaine serait peut-être que « la filiation est une donnée éminemment culturelle, impossible à ramener à l'enregistrement d'un facteur purement biologique, parce qu'il ne s'agit pas d'assurer de manière fiable une simple "traçabilité" de la reproduction humaine, mais bien plutôt d'instituer les individus dans un ordre social »¹⁹²³.

La jurisprudence de la Cour rend compte de l'hésitation entre un « modèle naturel » et le « modèle social ». Ainsi, la Cour a-t-elle très récemment encore insisté fortement sur « l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun »¹⁹²⁴. Dans le même temps, elle a déjà affirmé aussi que « les liens familiaux atypiques [...] qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, ne sont pas inconnus des ordres juridiques des Etats contractants »¹⁹²⁵.

Ainsi dotée de fondements hybrides, la filiation se noue aussi suivant deux modalités différentes, la filiation dite « charnelle » et la filiation adoptive, entre lesquelles les différences tendent à s'estomper progressivement¹⁹²⁶. La jurisprudence de la Cour rend compte des rapports entre ces deux « modèles » – charnel et adoptif – d'établissement de la filiation. On en veut pour preuve le renvoi du père biologique à la possibilité d'adopter dans l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* ou encore l'indifférence de la Cour à l'égard de la manière d'établir la filiation dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* (voy. *infra* n° 1100)¹⁹²⁷.

1081. La filiation assure aussi une « double fonction » : elle « joue un rôle opératoire », mais elle « produit aussi du sens »¹⁹²⁸. L'examen du contentieux de la filiation fait, à cet égard, apparaître une certaine tendance à la confusion entre les questions de l'accès aux origines et de la matérialité de la relation parentale et celle de la filiation juridique qui s'en distingue pourtant au titre de cette institution qu'elle prétend opérer de la relation interindividuelle.

Dans certains cas, la compénétration des volets quête des origines et du volet statut juridique apparaît compréhensible, même s'il convient, dans ces cas-là aussi de les distinguer

circonstances de la naissance » ? Pour lui, « la réponse toute naturelle est qu'on a voulu aborder le premier aspect et non le second » (§ 14).

¹⁹²³ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 161.

¹⁹²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, § 100.

¹⁹²⁵ Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 105.

¹⁹²⁶ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration ... », *op. cit.*, p. 415.

¹⁹²⁷ Voy. aussi : Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 105.

¹⁹²⁸ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration ... », *op. cit.*, p. 416.

soigneusement¹⁹²⁹. Il n'est par contre pas possible d'affirmer comme la Cour l'a parfois fait, qu'un requérant concrétise sa quête des origines dans une action en recherche de paternité alors même que l'identité de son géniteur lui est déjà connue¹⁹³⁰. De même, la Cour a-t-elle pu estimer dans son arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010 que « le but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique » était « d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants » (§ 50). Or, le lien de filiation ne se résume pas à la connaissance des origines ou à l'établissement de relations « personnelles et familiales », ni d'ailleurs à des conséquences alimentaires ou patrimoniales : il est à la fois tout cela et plus que cela.

1082. La filiation participe donc d'un *mélange ambigu* de nature et de culture, de biologie et de volonté et elle a vocation autant à donner accès à un ensemble de droits et obligations qu'à l'inscription identitaire dans une généalogie¹⁹³¹. Elle a longtemps pu – à l'instar du mariage – être considérée comme un pilier du droit de la famille, caractérisé par une certaine *rigidité* des règles présidant à l'établissement et à la rupture du lien. L'exigence de réalisme portée, notamment, par la Cour européenne implique une remise en question des certitudes en la matière, à l'aune du principe de prééminence de l'intérêt de l'enfant.

§ 1. Le droit d'établir un lien de filiation

1083. La jurisprudence de la Cour en matière d'établissement du lien de filiation s'est rapidement développée. Elle rend compte d'une approche évolutive dont le trait principal réside dans une oscillation entre une approche dans laquelle le principe de l'intégration de l'enfant dans sa famille est suffisamment respecté quand la vie familiale effective n'est pas troublée et une approche dans laquelle semblable intégration exige l'établissement du lien de filiation. Dans sa dernière jurisprudence, la Cour paraît même situer les deux questions, celle de l'effectivité et celle de l'identité respectivement sur les plans de la vie familiale et de la vie privée¹⁹³².

La jurisprudence de la Cour pose, *en premier lieu*, la question de la hiérarchie des modèles familiaux : l'Etat peut-il refuser la possibilité d'établir un lien de filiation lorsque tous les protagonistes de la situation s'accordent sur l'opportunité de l'établissement de ce lien ou bien est-il contraint, en présence d'une vie familiale de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille au moyen de l'adoption ? S'agissant, d'une part, des obstacles à l'établissement d'un lien de filiation charnelle la question est celle de l'opportunité de maintenir une filiation légale différente des liens biologiques au titre de la protection de l'institution de la filiation¹⁹³³ (A). S'agissant, d'autre part, des obstacles à l'établissement d'un lien de filiation adoptive la question devient celle des éventuelles limites à la capacité de cette institution à absorber la pluralité des nouveaux liens familiaux (B).

¹⁹²⁹ La confusion est flagrante dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, où la Cour a relevé que la possibilité de rechercher la paternité juridique de son géniteur relève de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. Selon la Cour, « la requérante est une enfant née hors mariage qui cherche, par la voie judiciaire, à établir qui est son géniteur. En quête de la vérité biologique, son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P. En conséquence, il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de la requérante » (§ 55).

¹⁹³⁰ Tel était le cas dans l'affaire *Pascaud c. France* où la Cour a considéré qu'elle n'était « pas appelée à déterminer si la procédure visant le lien de filiation entre le requérant et son père présumé relève de la “vie familiale” au sens de l'article 8, puisqu'en tout état de cause le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de “vie privée”, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie » (§ 48).

¹⁹³¹ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration ... », *op. cit.*, p. 408.

¹⁹³² Cour eur. dr. h., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, § 86.

¹⁹³³ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 181.

Le corpus jurisprudentiel pose, *en second lieu*, la question de la hiérarchie au sein de la famille, corrélative à la multiplication des liens familiaux protégés. Face à semblable profusion de liens, il faut bien, *a priori*, se donner les moyens de décider lequel devra, en cas de conflit, être institué dans un lien juridique de filiation. Le plus classique des conflits qui peuvent intervenir est celui qui se noue entre les parents biologiques de l'enfant, père et mère ayant des visions différentes des liens qu'il y a lieu de nouer ou de ne pas nouer avec lui (C). Mais on peut tout autant imaginer aujourd'hui que des conflits se nouent entre plusieurs parents socio-affectifs tous désireux de voir l'enfant désigné comme le leur au titre de l'adoption (D). Enfin, les deux types de liens – biologique et socio-affectif – peuvent venir en concours, obligeant à un toujours délicat arbitrage entre ces deux fondements possibles de la filiation (E).

Enfin, *en troisième lieu*, lorsque c'est l'enfant qui agit afin d'établir sa filiation, il apparaît que peu d'obstacles sont susceptibles de trouver grâce aux yeux du juge de Strasbourg. *In fine*, la jurisprudence de la Cour laisse entrevoir la consécration d'une conception suivant laquelle c'est la perception subjective de l'enfant qui détermine la « causalité » de la filiation : tantôt il est insisté sur la prééminence des liens familiaux effectifs, tantôt l'accent est mis sur la réalité biologique (F).

A. Les obstacles à l'établissement d'un lien de filiation fondé sur le lien biologique

1084. Lorsque, d'une part, les fondements biologique et socio-affectif de la filiation sont réunis dans le chef d'une même personne et que, d'autre part, chacune des personnes concernées appelle de ses vœux (ou du moins ne s'oppose pas à) l'établissement d'un lien juridique la Convention impose aux Etats l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à l'intégration de l'enfant dans sa famille. La question s'est posée à la Cour sous deux angles distincts : celui de l'établissement de la filiation hors-mariage (i) et celui de la pénétration dans l'ordre juridique interne de liens établis à l'étranger ensuite d'un processus de procréation assistée interdit (ii). La principale difficulté est de savoir si l'intégration dans la famille qui est requise se contente d'une « position voisine » ou si elle réclame l'institution en tant que telle... Comme on le verra cette question ne trouve pas de réponse véritablement univoque dans la jurisprudence de la Cour étant entdu, au surplus, qu'une hésitation supplémentaire peut exister entre modes d'établissement de la filiation (charnelle ou adoptive)¹⁹³⁴.

La jurisprudence que nous examinons ici met à notre avis en exergue plusieurs principes : (1) la Cour ne s'accommode plus des situations dans lesquelles l'établissement de la filiation est absolument impossible ; (2) les obstacles à l'établissement de la filiation se tolèrent mieux quand des solutions alternatives et/ou des demi mesures peuvent être mobilisées ici et maintenant ; (3) il faut aussi prendre en considération la possibilité éventuelle qu'un lien soit puisse être établi ultérieurement ; (4) elle ne se montre pas nécessairement plus tolérante si le lien a pu être établi ailleurs et (5) l'exigence d'une intégration pleine et entière dans la famille par le biais de la filiation est plus forte quand ce sont les enfants qui réclament l'établissement du lien de filiation que lorsque ce sont seulement les adultes qui en font la demande.

i) La filiation hors mariage et en marge du mariage

1085. La question s'est, dans un premier temps, posée à propos des naissances en dehors du mariage et de celles intervenant en marge d'un mariage. Globalement, l'exigence d'intégration

¹⁹³⁴ Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, § 38 et Cour eur. dr. h., arrêt Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, § 53.

de l'enfant dans sa famille a progressivement pris le dessus sur les velléités de protéger la conception traditionnelle de la famille fondée sur le mariage¹⁹³⁵ qu'il s'agisse de l'établissement de la filiation maternelle naturelle (α) ou de la filiation paternelle adultérine (β et γ). A cet égard, dans un contexte où il appartient *a priori* à l'Etat – qui dispose d'une large marge d'appréciation en la matière¹⁹³⁶ – de choisir les moyens de remplir son obligation de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille, la Cour a mis en œuvre une interprétation dynamique fondée sur un consensus européen enrichi à la source du droit du Conseil de l'Europe.

α – La filiation maternelle naturelle : *Marckx c. Belgique*

1086. La question de l'établissement de la maternité s'est posée pour la première fois dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* de 1979. Les requérantes étaient une femme belge et la petite fille qu'elle avait du reconnaître, en octobre 1973, pour établir sa filiation dès lors que l'enfant était née en dehors des liens du mariage (§ 10). En 1974, la première requérante avait adopté la seconde afin de lui permettre de bénéficier de droits plus étendus (§ 11). Devant la Commission puis la Cour, elles dénonçaient le mode d'établissement de la filiation « naturelle » de même que ses effets (§ 13).

1087. La Cour a en premier lieu considéré que le régime belge violait l'article 8 considéré isolément lequel oblige l'Etat à permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 31). En effet, si la mère célibataire d'un enfant pouvait simplement et sans frais procéder à la reconnaissance de celui-ci, il n'en restait pas moins que « la nécessité de recourir à un tel expédient dérivait d'un refus de consacrer pleinement la maternité de Paula Marckx dès la naissance » et que la reconnaissance maternelle produisait des conséquences successorales défavorables pour Alexandra Marckx. La Cour a alors considéré, par dix voix contre cinq¹⁹³⁷, que la nécessité de recourir à la reconnaissance et le dilemme qui se présentait à la requérante à cet égard emportaient une violation de l'article 8 à l'égard de Paula Marckx (§ 36). La Cour a alors envisagé la possibilité d'une recherche de maternité à diligenter par Alexandra Marckx. Elle a relevé à cet égard qu'il s'agissait d'une procédure « beaucoup plus complexe » que la reconnaissance maternelle. Il s'ensuivait que l'article 8, pris isolément, avait également été méconnu à l'égard d'Alexandra Marckx (§ 37).

Pour la Cour, « en agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant [...], l'Etat [devait] se garder de toute discrimination fondée sur la naissance » par égard aux articles 14 et 8 combinés (§ 34). Pour le gouvernement belge, il se justifiait de faire une différence entre mère célibataire et mère mariée dès lors qu'« il n'y aurait pas de certitude que la mère célibataire consente à supporter seule la charge de la maternité » (§ 39). En outre, la faveur manifestée par le droit belge pour la famille traditionnelle

¹⁹³⁵ Voy. cependant l'opinion dissidente du juge FITZMAURICE dans l'affaire *Marckx c. Belgique* et celle du juge MORENILLA dans l'affaire *Kroon c. Pays-Bas*.

¹⁹³⁶ Cour eur. dr. h. (pl.), arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, § 75.

¹⁹³⁷ Il est intéressant de faire état ici du point de vue différent exprimé par le juge THÓR VILJÁLMSSON dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt :

2. [...] La procédure de reconnaissance ouverte à Paula Marckx, la première requérante, qui souhaitait établir la filiation maternelle de sa fille Alexandra, la seconde requérante, frappe par sa simplicité. En réalité, elle était si simple que je ne vois pas comment la nécessité de s'y conformer violerait en soi la Convention dans le chef de la première requérante.

Le fait qu'en droit belge une mère célibataire qui envisage de reconnaître officiellement son enfant soit placée devant une alternative constitue une autre question. Elle touche aux relations financières entre mère et enfant. Certes, il se peut que l'existence de l'alternative fasse hésiter la mère et que finalement la reconnaissance n'ait pas lieu. Comme je le dis au paragraphe 5 de la présente opinion séparée, je suis arrivé à la conclusion que les incidences financières de la vie familiale sortent du cadre de l'article 8 (art. 8). J'estime en conséquence que le problème de l'alternative devant laquelle se trouve la mère, expliqué en détail au paragraphe 36 de l'arrêt, n'a pas de rapport avec la question que nous examinons. Selon moi, il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 (art. 8), pris isolément, dans le chef de la première requérante [...].

avait « pour but d'en assurer le plein épanouissement et se [fondait] en cela sur des motifs objectifs et raisonnables touchant à la morale et à l'ordre public » (§ 40). La Cour n'a accordé grand poids ni à l'un ni à l'autre de ces arguments. D'un côté rien ne démontrait que, de manière générale, les mères célibataires ne souhaitent pas prendre soin de leur enfant, tandis que les mères mariées pouvaient, en sens inverse, parfois ne pas assumer cette charge (§ 39). De l'autre, s'« il [était] en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle [,] encore [fallait]-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille "naturelle" » (§ 40).

Abandonnant l'argumentation sur le terrain substantiel, le gouvernement avait alors fait valoir que « le problème d'une réforme n'a surgi que plusieurs années après l'entrée en vigueur de la Convention européenne des Droits de l'Homme à l'égard de la Belgique » le 14 juin 1955 (§ 41). Pour la Cour, cette circonstance n'était pas décisive, dès lors qu'il y avait lieu, comme il avait été mis en évidence dans l'arrêt *Tyrer* (voy. *supra* n° 544), d'interpréter la Convention de manière évolutive et que les droits internes des Etats membres (Belgique comprise) et les instruments internationaux pertinents évoluaient dans le sens d'une consécration de l'adage « mater semper certa est ». La Cour s'est référée à cet égard à la convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 sur l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels et à la Convention du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage. Elle n'a pas souhaité conférer un poids significatif au très faible taux de ratification de ces deux instruments. Ainsi, « les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des États contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants "naturels" et "légitimes" sur le point considéré. En réalité, l'existence de ces deux traités dénote en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes » en outre « l'exposé des motifs du projet de loi dont le gouvernement belge a saisi le Sénat le 15 février 1978 (paragraphe 21 ci-dessus) illustre cette évolution des normes et des idées » (§ 41). Dans cette affaire, comme dans *Christine Goodwin*, la Cour a donc en quelque sorte « anticipé » le consensus européen (voy. *supra* n° 400).

Enfin, le gouvernement belge faisait valoir que la mise en œuvre de l'adage « mater semper certa est » devait être accompagnée d'une révision des règles applicables à la recherche de paternité. Ainsi, « il [s'agissait] d'un problème d'ensemble qu'il [était] dangereux de ne pas résoudre en entier ». La Cour a considéré qu'« elle se trouve saisie de certains aspects seulement de la filiation maternelle "naturelle" en droit belge. Elle n'exclut pas qu'un arrêt constatant une violation de la Convention sur tel d'entre eux puisse rendre souhaitable ou nécessaire une réforme législative sur d'autres points non soumis à son examen en l'espèce. Il appartient à l'État en cause, et à lui seul, de prendre les mesures qu'il estime appropriées pour assurer la cohérence et l'harmonie de son droit interne » (§ 42).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a décidé que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés, dans le chef des deux requérantes. Le juge FITZMAURICE a manifesté un vif désaccord avec les conclusions atteintes par la majorité. Selon lui, même à considérer – *quod non* (voy. *supra* n° 1078) – que les dispositions de la Convention étaient applicables, « le gouvernement belge ne devait pas être condamné pour l'application d'une loi qui, si d'aucuns peuvent la trouver défectueuse ou inéquitable, a en réalité beaucoup de mérites (comme cela est clairement apparu au cours de la procédure) et, en tout cas, se situe dans cette marge d'appréciation ou de discrétion à reconnaître à tout gouvernement agissant de bonne foi . Je ne vois pas [a-t-il poursuivi] comment on pourrait exiger des États qu'ils aient des lois uniformes sur des questions comme celles-là. Il me semble exagéré de dire, comme on l'a prétendu pour le compte des requérantes, que les formes anciennes des liens familiaux, en particulier la distinction traditionnelle entre enfants légitimes et enfants illégitimes, sont sur le point de disparaître. Quoi qu'il en soit, il faut laisser aux États le soin de changer d'attitude au

moment qu'ils jugent opportun, à leur manière et par des moyens raisonnables. Il faut leur laisser une certaine latitude ».

Il est intéressant de relever pour terminer que les deux requérantes considéraient aussi leur situation constitutive d'une atteinte à leur dignité humaine et d'un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. La Cour ne les a cependant pas suivies sur ce terrain spécifique et a considéré que « le régime juridique en litige présente sans doute des aspects que les intéressées peuvent ressentir comme humiliants, mais il ne constitue pas un traitement dégradant tombant sous le coup de l'article 3 » (§ 67).

β – La filiation paternelle de l'enfant adultérin a patre : *Johnston c. Irlande*

1088. Lorsqu'un homme marié conçoit un enfant avec une autre femme que son épouse, la question se pose de la possibilité d'établir un lien de filiation entre cet homme et l'enfant qui constitue le fruit de son adultère.

1089. Dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande*, que nous avons déjà évoquée, les requérants (un homme marié mais séparé de sa femme, sa compagne et l'enfant qu'ils avaient conçu ensemble) dénonçaient non pas seulement l'impossibilité pour le premier requérant de divorcer (voy. *supra* n° 1069), mais également l'impossibilité pour lui d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant commun. Ainsi, si Monsieur Johnston et sa compagne avaient mis en œuvre divers aménagements, notamment au plan successoral, leur fille Nessa demeurerait, en droit irlandais, un enfant illégitime et ne pouvait consécutivement être reconnue par son père (§§ 13-14). Sa filiation maternelle avait pu être établie en vertu du principe *mater semper certa est*, mais sa filiation paternelle ne pouvait être établie d'aucune manière. Il n'y avait aucune autre solution en termes de tutelle, de légitimation ou d'adoption (§ 70).

La Cour a souligné que les deux premiers requérants avaient pu « prendre plusieurs mesures pour intégrer leur fille à la famille » mais qu'il fallait « se demander si un "respect" effectif de la vie familiale [entraînait], pour l'Irlande, l'obligation positive d'améliorer la situation juridique de Nessa » (§ 71). Aux yeux des juges strasbourgeois, si « l'affaire *Marckx* portait uniquement sur les relations entre mère et enfant [...] ses observations sur l'intégration d'un enfant dans sa famille [valaient] également pour une cause comme celle-ci, relative à des parents qui vivent avec leur fille une relation familiale depuis nombre d'années mais ne peuvent s'épouser en raison de l'indissolubilité du mariage de l'un d'eux » (§ 72).

Comme dans l'affaire *Marckx*, la Cour a eu égard aux évolutions en cours dans les Etats membres (y compris en Irlande) et cristallisées notamment dans la Convention de 1975 sur le statut des enfants nés hors mariage. Dans le contexte d'une telle évolution, « le "respect" de la vie familiale, entendue comme englobant les rapports entre proches parents, [impliquait] pour l'État l'obligation d'agir de manière à permettre leur développement normal » et « aux yeux de la Cour, le développement normal des liens familiaux naturels entre les deux premiers requérants et leur fille [exigeait] que cette dernière soit placée, juridiquement et socialement, dans une position voisine de celle d'un enfant légitime » (§ 74). En l'espèce, l'absence d'un régime approprié emportait violation de la Convention :

75. Étudiée dans son ensemble, la situation juridique actuelle de la troisième requérante se révèle pourtant très différente de celle d'un enfant légitime; en outre, il n'est pas établi que Nessa elle-même ou ses parents disposent de moyens d'éliminer ou réduire les disparités. Dans les circonstances de la cause, et nonobstant la large marge d'appréciation dont l'Irlande jouit en la matière (paragraphe 55 c) ci-dessus), l'absence d'un régime juridique approprié reflétant les liens familiaux naturels de la troisième requérante constitue un manque de respect pour la vie familiale de l'intéressée.

Elle représente nécessairement aussi un manque de respect pour celle de chacun des deux premiers requérants, eu égard à leurs rapports étroits et intimes avec leur fille. Contrairement à l'opinion du

Gouvernement, pareil constat n'équivaut pas à conclure, de manière indirecte, que Roy Johnston devrait avoir le droit de divorcer et de se remarier; la Cour en veut pour preuve le fait que l'Irlande elle-même envisage d'améliorer la situation juridique des enfants naturels tout en maintenant l'interdiction constitutionnelle du divorce.

La Cour ne semble pas imposer qu'un lien de filiation soit établi entre Monsieur Johnston et sa fille Nessa. L'exigence qu'elle formule est que cette dernière puisse se trouver « dans une position voisine de celle d'un enfant légitime » (§ 74). Les juges européens ont d'ailleurs exprimé, après avoir, à l'unanimité, conclu que « la situation de la troisième requérante » violait l'article 8 de la Convention (§ 76) qu'il « [n'appartenait] pas à la Cour d'indiquer les mesures à prendre par l'Irlande sur le point considéré » et qu'« elle [laissait] à l'État concerné la détermination des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 » (§ 77).

Eu égard aux conclusions atteintes sous l'angle de l'article 8, la Cour n'a pas estimé utile d'examiner le grief articulé par les requérants, relativement aux aspects spécifiquement successoraux de la situation de Nessa, sur le fondement des articles 14 et 8 combinés de la Convention (§ 79).

Il faut relever que le juge DE MEYER, dans son opinion séparée, a exposé qu'il y avait lieu d'exiger non pas seulement que l'enfant adultérin soit placé dans une « position voisine » de celle des enfants légitimes, mais bien qu'il soit placé dans une situation proprement identique à celle de ces enfants dès lors qu'« il ne peut y avoir, quant aux rapports avec un enfant ou relatifs à un enfant, aucune différence entre la situation juridique de ses auteurs, ainsi que des familles de ceux-ci, selon qu'il s'agit d'un enfant issu d'un couple marié ou d'un enfant conçu hors mariage ».

γ – La filiation paternelle de l'enfant adultérin a matre

1090. La circonstance qu'un enfant naît pendant le mariage des œuvres d'un autre homme que le mari de la mère complexifie la situation à raison du lien de filiation qui se noue automatiquement entre le mari de la mère et l'enfant.

- Le père présumé « disparu » : Kroon c. Pays-Bas

1091. Dans l'affaire *Kroon et autres c. Pays-Bas* tranchée par la Cour dans un arrêt du 27 octobre 1994, les requérants étaient aussi une femme, son compagnon et l'enfant qu'ils avaient conçu ensemble. C'est ici Madame Kroon qui était mariée à un autre homme que le père de l'enfant dont elle était néanmoins séparée depuis plusieurs années au moment de la naissance et dont on ignorait par ailleurs le lieu de résidence (§§ 7-8). A la naissance de l'enfant, prénommé Samir, celui-ci avait été inscrit au registre des naissances comme l'enfant du mari de sa mère. Madame Kroon avait subséquemment diligenté avec succès une procédure en divorce (sans défendeur) et sollicité que l'officier de l'état civil qu'il indique dans ses registres que l'ex-mari de la requérante n'était pas le père de Samir, afin que son compagnon, Monsieur Zerrouk, puisse procéder à sa reconnaissance. L'officier de l'état civil avait cependant refusé de procéder de la sorte dès lors qu'en droit néerlandais, un enfant né dans le mariage ne pouvait être reconnu par un autre homme qu'après une procédure de désaveu de paternité (§§ 9-10). Les deux parents avaient alors saisi successivement, mais vainement, le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, la Cour d'appel d'Amsterdam et la Cour de cassation néerlandaise¹⁹³⁸ en se prévalant

¹⁹³⁸ Il est intéressant de relever que la Cour d'appel avait relevé une violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention mais souligné que « il n'appartenait pas au pouvoir judiciaire de faire droit à la demande des requérants, dès lors que cela nécessitait une création de droit néerlandais, y compris de procédure administrative, allant au-delà des limites des pouvoirs créateurs des cours et tribunaux » (§ 12). Cette approche avait été également retenue par la

expressément des dispositions de la Convention. Samir était âgé d'un peu moins de 4 ans au moment de la saisine de la Cour¹⁹³⁹.

Ayant conclu à l'existence d'une vie familiale protégée dans le chef des trois requérants (§ 30)¹⁹⁴⁰, la Cour a rappelé que l'article 8 de la Convention exige des Etats qu'ils prennent les mesures nécessaires pour permettre dès la naissance ou dès que possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 32)¹⁹⁴¹. Il existait donc en l'espèce, selon les juges européens, à charge de l'Etat défendeur, « une obligation positive d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets entre M. Zerrouk et son fils Samir » (§ 36).

Selon le gouvernement néerlandais, le droit interne procurait par d'autres biais que la reconnaissance un « résultat équivalent ». Il y avait à cet égard deux options, à savoir l'adoption et le partage de l'autorité parentale, que la Cour a toutes deux considérées insuffisantes. La voie de l'adoption n'était pas acceptable parce qu'elle obligeait M. Zerrouk et Madame Kroon à se marier alors que « pour une raison quelconque » ils ne souhaitaient pas le faire (§ 38) (voy. *infra* n° 1096). Celle de l'autorité parentale partagée « laissera intacts les liens légaux entre Samir et M. Omar M'Halleem-Driss et continuera d'empêcher la formation de semblables liens entre Samir et M. Zerrouk » (§ 39).

C'est seulement après avoir posé ces jalons importants que la Cour a affirmé que « le "respect" de la "vie familiale" exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » et conclu que « même eu égard à la marge d'appréciation dont ils jouissent, les Pays-Bas [avaient] omis de garantir aux requérants le "respect" de leur vie familiale auquel ils peuvent prétendre en vertu de la Convention » (§ 40).

Les requérants dénonçaient aussi, sous l'angle des articles 14 et 8 combinés, la circonstance que le droit des femmes de contester la paternité était beaucoup moins large que la possibilité de désaveu reconnue aux hommes. La Cour a cependant décidé qu'il n'était pas intéressant de procéder à un examen de la conventionalité de cette différence, dès lors qu'il avait déjà été conclu à une violation de l'article 8 (§§ 41-42).

Cour de cassation qui avait considéré que « même à reconnaître l'existence [d'une] violation, la résolution du problème [...] dépassait les limites des pouvoirs de création du droit des cours et tribunaux » (§ 14).

¹⁹³⁹ Voy. les §§ 1 et 9.

¹⁹⁴⁰ Le juge Misfud BONNICI a émis une opinion dissidente dans laquelle il a fait valoir qu'à défaut de cohabitation la situation des requérants ne correspondait pas à une vie familiale protégée tandis que l'intérêt de l'enfant n'était pas suffisamment pris en considération :

« 2. [...] L'allégation de "non-respect" en l'espèce, par le droit néerlandais, de la "vie familiale" au sens de l'article 8 (art. 8) de la Convention tient au fait que la mère et le "père" autoproclamé d'un enfant d'un an (l'âge de Samir quand tout ceci a commencé) qui a) refusent de se marier (c'est leur droit) et b) refusent de cohabiter avec leurs enfants (c'est également leur "droit") ne seraient pas autorisés, en droit néerlandais, à priver l'enfant de son statut juridique pour le remplacer par un statut "biologique" (comme ils le prétendent). En l'état actuel des choses (avant que Samir puisse réellement veiller lui-même à ses intérêts), je ne vois pas ce que l'intéressé gagnerait, de manière certaine et irrécusable, en perdant son actuel statut juridique [...]. 3. [...] A mon avis, la "vie familiale" suppose nécessairement "cohabitation en famille". L'exception vise des circonstances dues à la nécessité, par exemple des séparations occasionnées par le travail, la maladie ou d'autres contraintes de la famille elle-même. Une absence, forcée ou imposée, de cohabitation constitue donc clairement une exception admise. Mais, tout aussi clairement, cela ne vaut pas lorsque la séparation est totalement volontaire. Dans ce cas, bien sûr, le ou les membres de la famille qui vivent séparés ont opté contre une vie familiale, contre la cohabitation en tant que famille. Et puisque c'est le cas en l'espèce - les deux premiers requérants ayant volontairement choisi de ne pas vivre une "vie familiale" -, je ne puis comprendre comment ils peuvent exiger du droit néerlandais qu'il respecte quelque chose qu'ils ont volontairement refusé. Le caractère artificiel de la démarche est en contradiction criante avec la valeur naturelle de la vie familiale que garantit la Convention ».

¹⁹⁴¹ La Cour s'est à cet égard référé à son arrêt *Keegan c. Irlande* rendu quelques mois plus tôt et relatif à une situation dans laquelle la mère de l'enfant avait consenti à son adoption sans que le père biologique soit en mesure de s'y opposer (voy. *infra* n° 1110).

Le juge MORENILLA a émis une opinion dissidente au terme de laquelle il a fait valoir que ce qu'il estimait être une ingérence dans la vie familiale des requérants se trouvait justifié au titre du deuxième paragraphe de l'article 8, tandis que les solutions avancées par le gouvernement néerlandais (soit l'adoption et le partage de l'autorité parentale) fournissaient « une solution de rechange à la demande des requérants, tout en protégeant l'intérêt de la communauté ». Selon lui, la Cour « se trouve confrontée à un épineux dilemme: "éviter le risque d'excéder le rôle judiciaire d'interprétation qui lui a été conféré en mettant à mal des décisions politiques prises par des corps représentatifs élus, qui, dans les sociétés démocratiques, assument la responsabilité principale pour ce qui est de la réalisation des changements législatifs importants, tout en n'abdiquant pas sa propre responsabilité, consistant à contrôler de manière indépendante l'action des gouvernements » et « ce dilemme est encore plus grand dans les matières, comme le mariage, le divorce, la filiation ou l'adoption, car elles mettent en jeu les conceptions religieuses, idéologiques ou traditionnelles existantes de la famille dans chaque communauté ». Outre que la conclusion atteinte par la majorité impliquait « une généralisation dangereuse des circonstances spéciales de la présente espèce, généralisation qui impose aux Etats contractants une obligation ne figurant pas dans le texte de l'article 8 et fondée sur des critères moraux ou des opinions sur des valeurs sociales sujets à changement », il fallait selon lui « tenir compte de l'importance de la famille dans beaucoup d'Etats contractants, de la persistance dans ces pays d'un rejet social de l'adultère, et de la croyance commune qu'une famille unie facilite le développement harmonieux de l'enfant » et prendre acte de ce que « les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier, dans l'exercice de l'ample marge d'appréciation qui leur est conférée, les conséquences sociales d'une contestation de la paternité légale sur la cohésion et l'harmonie de la famille ou sur la sécurité juridique en matière de filiation et de droits parentaux ».

A juste titre, le professeur MURAT considère que le raisonnement déployé dans l'affaire *Kroon* doit être approuvé : « il contient simplement l'idée que la réalité sociale jointe à la véracité biologique doit être tenue pour supérieur au titre légal nu ». Evidemment, l'institution de la filiation s'en trouve éventuellement affaiblie, mais sans doute l'est-elle moins que par le maintien de filiations juridiques qui ne sont rien d'autres que des coquilles vides¹⁹⁴².

- Le père présumé « passif » : Chavdarov c. Bulgarie

1092. La Cour semble toutefois valider dans un arrêt ultérieur le maintien d'un lien de filiation totalement dépourvu de consistance biologique ou affective. Dans cette affaire *Chavdarov c. Bulgarie*, soldée par un arrêt du 21 décembre 2010, le requérant était un homme qui avait vécu avec une femme mariée à un autre homme entre 1989 et 2002. Il avait eu avec cette femme trois enfants nés respectivement en 1990, 1995 et 1998. En 2002, sa compagne l'avait quitté et s'était établie avec un autre partenaire. Depuis cette date, il vivait avec les trois enfants (§§ 5-7). En 2003, il avait pris contact avec un avocat en vue d'obtenir la reconnaissance de sa paternité. Celui-ci lui avait toutefois fait savoir que le droit bulgare ne lui offrait à cet égard aucune possibilité dès lors que le droit de contester la paternité du mari n'était prévu qu'au bénéfice du père présumé et de la mère de l'enfant (§§ 8-9). Devant la Cour, Monsieur Chavdarov faisait valoir que l'impossibilité d'établir sa filiation à l'égard des trois enfants constituait une atteinte injustifiée à son droit au respect de la vie familiale (§ 26).

La Cour a à nouveau rappelé, en renvoyant à *Kroon et autres c. Pays-Bas*, l'exigence suivant laquelle « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant

¹⁹⁴² P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 181.

dans sa famille » (§ 37) et la nécessité que « la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » (§ 38).

Ayant considéré qu'il existait en l'espèce une vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention (§ 45), la Cour a relevé que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46) tandis qu'il n'existait pas d'« approche commune dans la législation de vingt-quatre pays signataires de la Convention quant au point de savoir si le père biologique doit être autorisé à contester la filiation paternelle présomptive de ses enfants naturels » (§ 47)¹⁹⁴³.

Ayant signalé qu'il ne lui appartenait pas d'appréhender *in abstracto* les dispositions litigieuses (§ 48), la Cour a alors procédé à un découplage de l'effectivité de la vie familiale et de sa traduction dans le lien juridique de filiation qui paraît totalement opposé à l'approche retenue dans l'affaire *Kroon* où d'emblée avait été mise en évidence une obligation étatique de permettre la formation de « liens familiaux légaux complets » entre le père biologique et l'enfant (*Kroon*, § 36).

En premier lieu, la Cour a relevé que la vie familiale « de facto » du requérant et de ses enfants n'avait jamais été « empêchée » ou « menacée » tandis que le « but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique » était « d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants » (§ 50).

En deuxième lieu, à propos des problèmes pratiques pointés par Monsieur Chavdarov s'agissant des démarches nécessaires à l'éducation et à l'entretien des enfants, il a été pointé que « le droit interne offrait au requérant des possibilités pour pallier ces inconvénients » (§ 51). Ainsi, là où, dans l'affaire *Kroon et autres*, la possibilité d'adopter et le partage de l'autorité parentale avaient été considérés insuffisants, les juges européens prennent le parti, dans l'affaire *Chavdarov*, de renvoyer le requérant à la possibilité d'adopter¹⁹⁴⁴ ou de faire placer les enfants sous sa responsabilité au titre de mesure de protection de la jeunesse¹⁹⁴⁵. Dès lors qu'en outre les

¹⁹⁴³ Voy. le § 47 : « La législation interne de huit des vingt-quatre pays permet au père biologique de contester la présomption de paternité du mari (voir paragraphe 24 ci-dessus), tandis que dans dix autres pays le père biologique ne dispose pas de ce droit procédural (voir paragraphe 25 ci-dessus). Dans quatre des vingt-quatre pays en cause, le législateur a opté pour restreindre ce droit du père biologique seulement dans des cas où la réalité sociale ne correspondrait pas à la filiation légalement établie (voir paragraphe 24 ci-dessus). Dans deux autres pays, ce sont les autorités publiques qui peuvent intervenir sur la demande du père biologique et éventuellement contester la filiation paternelle de ses enfants naturels (voir paragraphe 24 in fine ci-dessus) ».

¹⁹⁴⁴ Voy. le § 53 : « Il apparaît que le droit interne ne privait pas le requérant de toute possibilité d'établir un lien juridique de parenté avec les trois enfants. Jusqu'à son abrogation, l'ancien code de la famille permettait à l'intéressé de se porter candidat à l'adoption des trois mineurs et il lui est encore possible de demander l'adoption des deux plus jeunes enfants sous le régime du nouveau code de la famille (paragraphe 20 et 21 ci-dessus). Il apparaît également que, sous les deux régimes en question, l'accord des parents légitimes pour l'adoption des trois enfants n'était pas exigé, étant donné que leur mère les avait abandonnés et que leur père légitime n'avait manifesté aucun intérêt à leur égard [...]. La Cour observe à cet égard que même l'adoption simple aurait eu pour effet le transfert de l'autorité parentale sur le requérant et aurait créé des liens juridiquement reconnus entre l'intéressé et I., V. et T. [...]. Une éventuelle adoption plénière aurait entièrement remplacé la filiation déjà établie des enfants et le requérant se serait vu inscrire en tant que père des enfants dans leurs actes de naissance ».

¹⁹⁴⁵ Voy. le § 52 : « La Cour note que l'intéressé aurait pu demander aux services sociaux de placer temporairement les enfants sous sa responsabilité en tant que proche personne des mineurs abandonnés par leurs parents légitimes et qu'il pouvait demander à ces derniers, voire au parquet, d'entamer une procédure de placement judiciaire [...]. S'il est vrai qu'une éventuelle décision en sa faveur n'aurait pas conféré au requérant les droits parentaux, il n'en reste pas moins qu'une telle décision lui aurait permis d'agir en toute légalité au nom des enfants et dans leur intérêt devant l'administration de l'Etat. Cette décision lui aurait permis également de demander aux autorités de retrouver et de lui

enfants étaient en mesure de contester eux-mêmes, durant l'année de leur majorité, la paternité du mari de leur mère (l'aîné était âgé d'environ 13 ans au moment de la saisine de la Cour en 2003 et de 20 ans quand la Cour a statué sept années plus tard¹⁹⁴⁶), la Cour a considéré, à l'unanimité des juges qui composaient la chambre, que l'article 8 de la Convention n'avait pas été violé (§§ 55-56).

L'affaire *Chavdarov c. Bulgarie* est certainement une singulière affaire, tant par l'étrangeté de ses faits (en particulier la passivité apparemment totale des parents juridiques) que par la prise de distance avec les enseignements que l'on croyait pouvoir tirer de l'arrêt *Kroon*. En effet, le juge européen des droits de l'homme semble ici faire de l'adoption un « palliatif à la non-contestation de la filiation »¹⁹⁴⁷ et/ou considérer qu'une mesure de protection de la jeunesse constituerait une solution adéquate. C'est donc à la fois la plus-value de la filiation par rapport au simple fait de pouvoir vivre ensemble « de facto » qui est mise en question et celle de l'interchangeabilité de ses modes d'établissement (voy. *infra* n° 1100). Dans un contexte où, au surplus, apparaît une référence inédite aux onceptions morales, éthiques, sociales ou religieuses, on peut vraiment s'interroger sur le sens précis à donner à cet arrêt *Chavdarov*. Mais il est possible aussi que le « nœud » de l'arrêt réside simplement dans la possibilité ouverte aux enfants d'agir ultérieurement pour établir leur filiation...

- Le père présumé décédé : Znamenskaya c. Russie

1093. Dans un arrêt *Znamenskaya c. Russie* du 2 juin 2005, la Cour a été amenée à envisager une autre situation éminemment complexe. La requérante avait donné naissance, en août 1997, à un enfant mort-né (§ 10). L'enfant avait été inscrit dans les registres comme le fils de son ex-mari dont elle avait divorcé au mois de mars 1997 (§ 11). Or, c'était en réalité l'enfant du nouveau compagnon de la requérante qui l'avait attendu avec la requérante et en parlait comme de son enfant. Le couple n'avait cependant pas pu procéder à la déclaration conjointe susceptible d'établir la paternité de l'enfant dès lors que le compagnon de la requérante avait été placé en détention en juin 1997 et était décédé alors qu'il était toujours détenu le 12 octobre de la même année (§ 12). Madame Znamenskaya n'avait pas souhaité que le nom de son ex-mari apparaisse comme le nom de l'enfant sur la pierre tombale et l'avait laissée vierge (§ 13). Elle avait subséquemment introduit une action pour voir établie la paternité de son compagnon décédé à l'égard de l'enfant (§ 14), mais les juridictions nationales successivement saisies l'avaient déboutée au motif que l'enfant n'avait pas encore acquis les droits civils (§§ 16-17). Son ex-mari était mort en novembre 2000, alors que les procédures étaient en cours (§ 15).

La Cour a considéré que la question centrale dans cette affaire était la possibilité pour la requérante d'obtenir la reconnaissance de son compagnon décédé comme père de son enfant mort-né malgré la présomption de paternité de l'ancien mari (§ 25). Ayant conclu que le lien entre la requérante et son enfant mort-né relevait de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention (§ 27), la Cour a relevé que ni la relation entre la requérante et son compagnon décédé et ni le lien biologique entre ce dernier et l'enfant n'était contesté (§ 28). Les juges de Strasbourg ont aussi souligné que, dès lors que l'enfant était mort-né, aucun effet alimentaire ne pouvait découler de l'établissement du lien de filiation avant de conclure qu'il n'y avait en l'espèce aucun intérêt en conflit avec celui de la requérante (§ 29).

remettre les enfants si ceux-ci s'étaient absentés du domicile familial sans sa permission. Or l'intéressé n'a pas indiqué avoir entrepris une quelconque démarche dans ce sens ».

¹⁹⁴⁶ Voy. §§ 1 et 6.

¹⁹⁴⁷ M. DOURIS, « L'adoption, palliatif à la non-contestation de la filiation biologique. Cour européenne des droits de l'homme, 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie* », *AJ Famille*, 2011, pp. 108-109.

Il faut cependant faire état de l'opinion dissidente émise par les juges ROZAKIS, BOTOCHAROVA et HAJIYEV. Selon eux, non seulement, il est douteux que le droit au respect de la vie privée de la mère comprenne un droit à la reconnaissance de son enfant mort-né, tandis qu'en tout état de cause, même si tel était le cas, l'interférence dans les droits de la requérante pourrait être justifiée par la circonstance que « la partie la plus intéressée – le père de l'enfant – n'était pas en vie au moment de la requête et, en conséquence, était incapable de protéger son droit au respect de son nom et de sa vie familiale ».

ii) *La réception d'une filiation établie à l'étranger à la suite d'un processus de gestation pour autrui prohibé en droit interne : Mennesson c. France*

1094. Alors que la Cour avait surtout été confrontée à des filiations étrangères adoptives (voy. *infra* n° 1106 et s.), elle a, dans l'affaire *Mennesson c. France*, été amenée à statuer sur le refus des autorités françaises de reconnaître le lien de filiation établi en Californie entre deux époux de sexe différent et des jumelles nées ensuite d'un processus de gestation pour autrui. Le mari était le père biologique des jumelles.

La Cour a considéré à l'unanimité – dans un arrêt daté du 26 juin 2014 – qu'il n'avait pas été porté atteinte par les juridictions françaises au droit au respect de la vie familiale des requérants (les deux parents et les deux enfants), mais que par contre les décisions rendues par ces mêmes juridictions avaient porté atteinte au droit au respect de la vie privée des deux adolescentes.

Au plan de la vie familiale, le raisonnement tenu par la Cour renvoie expressément à l'arrêt *Chavdarov* dont il reproduit exactement la démarche : à défaut de trouble majeur dans la vie familiale *de facto*, le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 n'était pas atteint :

92. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, X, Y et Z, précité, § 48). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov c. Bulgarie*, no 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010).

C'est par le biais surprenant du droit à la vie privée des seuls enfants que la Cour a finalement conclu à la violation de la Convention, la Cour considérant que la contradiction entre leur statut civil à l'étranger et leur statut en France portait atteinte à « leur identité au sein de la société française » :

96. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française¹⁹⁴⁸.

Selon la Cour, les conséquences de l'absence de filiation en matière nationalité (§ 97) et de successions relevaient aussi de l'identité et de la vie privée des filles (§ 98). Selon la Cour, « il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§ 99).

La Cour a particulièrement insisté sur la circonstance qu'en l'occurrence, « l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant » et qu'« au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ». Dans ce contexte, « non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus) ». En conclusion, « compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation » (§ 100).

L'arrêt *Mennesson* emprunte certainement un cheminement singulier et tortueux, abordant l'affaire par le biais plus fédérateur de l'intérêt de l'enfant, mais en insistant davantage sur la dimension identitaire de la vie privée que sur l'intégration dans la famille. Il est étonnant de rabattre de la sorte et dans semblable contexte la vie familiale sur la vie privée. Au surplus, la Cour marque une déférence spécifique pour le lien biologique et hiérarchise de la sorte les filiations au sein de la famille des requérants. L'arrêt, s'il leur donne gain de cause participe d'une vision bien individualiste et biologisante de la filiation, à rebours de certaines évolutions observables dans le corpus jurisprudentiel (voy. *infra* n° 1100).

B. Les obstacles à l'établissement d'un lien de filiation fondé sur le lien électif

1095. Lorsqu'un adulte peut uniquement se prévaloir d'un lien socio-affectif avec l'enfant et même si toutes les personnes concernées réclament sa reconnaissance juridique, se pose aussi la question de savoir dans quelles circonstances et suivant quelles conditions ce lien doit pouvoir se traduire dans un lien de filiation au titre de l'obligation positive de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille¹⁹⁴⁹. Ici aussi la question s'est posée à la Cour de Strasbourg sous deux angles distincts : celui de l'adoption d'un enfant par le partenaire non-marié (i), transsexuel (ii) ou homosexuel (iii et iv) du parent et celui de la pénétration dans l'ordre juridique interne de liens établis à l'étranger dans des conditions contraires au droit interne (v).

¹⁹⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, § 64.

Si ici aussi, se pose la question de la légitimité de protéger *le système juridique* pour lui-même, on aperçoit immédiatement que les règles faisant obstacle à l'établissement de la filiation peuvent intégrer des une certaine *préconception de l'intérêt* de l'enfant et/ou de celui des tiers au rang desquels les parents biologiques de l'enfant. La Cour se réfère régulièrement à la Convention européenne en matière d'adoption des enfants¹⁹⁵⁰.

Ici aussi, l'examen de la jurisprudence pertinente permet de dégager un certain nombre de principes : (1) dans le principe, la volonté de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille est un objectif légitime ; (2) le critère du mariage peut justifier l'impossibilité d'établir un lien de filiation ; (3) le critère de l'orientation sexuelle ne peut pas justifier l'impossibilité d'établir un lien de filiation ; (4) une contradiction est inévitable en raison de la corrélation tolérée entre mariage et orientation hétérosexuelle et (5) l'Etat reste libre de refuser (ou simplement de différer ?) l'établissement du lien de filiation noué irrégulièrement à l'étranger pour autant que son attitude ne soit pas entachée d'incohérence.

i) *L'adoption hors-mariage : Emonet et autres c. Suisse*

1096. L'arrêt *Emonet et autres c. Suisse* en matière de filiation adoptive est certainement à lire au prisme de la singularité des faits qui y ont donné lieu. Il n'empêche que, sous cette réserve indispensable, il met incontestablement en question le surcroît de stabilité conjugale procuré par le mariage et refuse de prendre en considération le refus du couple parental de se marier. En l'espèce, les requérants étaient une jeune femme, sa mère et le compagnon de celle-ci. La première requérante, Isabelle Emonet, née en 1971, avait été, à partir du divorce intervenu entre ses parents en 1986, élevée par sa mère et son nouveau compagnon (§§ 8-9). En 2000, alors qu'elle était âgée de 29 ans, et avait quitté la résidence des deux autres requérants, Isabelle Emonet était devenue tétraplégique. Elle avait continué à vivre séparément mais bénéficiait des soins et de l'attention constants de sa mère et de son compagnon qu'elle considérait comme son père. Dans ce contexte spécifique, il avait été convenu de mettre en œuvre l'adoption de la jeune femme par son beau-père afin « qu'ils puissent légalement former une véritable famille » (§ 11). L'adoption avait été prononcée le 8 mars 2001, mais en juin de la même année l'état civil avait informé la seconde requérante que cette adoption avait eu pour effet de rompre le lien de filiation entre elle et sa fille (§§ 13-14). En effet, aux termes de l'article 267 du code civil suisse, les liens de filiation antérieurs sont rompus lors d'une adoption, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant (§ 15).

Les requérants avaient cherché à s'opposer à cette conséquence imprévue de l'adoption. Cependant, dans son arrêt du 28 mai 2003, le Tribunal fédéral suisse avait expressément confirmé l'adéquation des règles du Code civil. Suivant la haute juridiction suisse, l'adoption par une personne seule n'était soumise à aucune condition, à part le souci de favoriser le bien-être de l'enfant. Or, « l'adoption ne pouvait répondre à cette exigence que si le lien entre les partenaires était fort et durable, ce qui excluait a priori les concubins, dont le lien est plus instable que celui existant chez les couples mariés » (§ 19).

Dans son arrêt du 13 décembre 2007, la Cour a répondu au gouvernement suisse, qui faisait valoir que le droit suisse tendait à protéger l'intérêt de l'enfant, que si « la logique de cette conception de l'adoption [était] valable pour les personnes mineures et [constituait], d'ailleurs, la solution retenue par la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe pour ce type d'adoption » elle n'était pas transposable « aux circonstances particulières de la présente affaire, qui [concernaient] une personne adulte, mais handicapée, à l'adoption de laquelle tous les intéressés [avaient] donné leur consentement libre et éclairé » (§ 80).

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, § 84.

En tout état de cause, a ajouté la Cour, l'idée selon laquelle « l'institution du mariage [garantirait] à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins [n'était] plus forcément pertinente » (§ 81). La Cour n'a par ailleurs pas suivi l'argument du gouvernement suivant lequel il aurait suffi aux deuxième et troisième requérants de se marier pour éviter la rupture du lien de filiation (voy. *supra* n° 1068). Ainsi, « il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter » (§ 82).

Elle a par ailleurs fait grief au gouvernement de se fonder essentiellement dans ses explications sur les travaux préparatoires de la révision du droit suisse de l'adoption opérée en 1972 et souligné « l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écartant ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique » (§ 83). Renvoyant encore au projet de révision de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (§ 84), la Cour a conclu, en renvoyant à *Kroon et autres* (voy. *supra* n° 1091), que « le “respect” de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte [avait] heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » (§ 86)¹⁹⁵¹.

ii) *L'établissement d'un lien de filiation entre le partenaire transsexuel du parent et l'enfant : X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*

1097. Le droit pour un transsexuel d'être désigné par le droit comme le parent de l'enfant de son partenaire de sexe opposé au nouveau sexe a été très tôt revendiqué devant la Cour. Dans l'arrêt de grande chambre *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, la Cour a été amenée à évaluer la conformité à la Convention de l'impossibilité pour un homme transsexuel (X) d'être désigné comme le père de l'enfant (Z) mis au monde par sa compagne (Y) grâce à une insémination artificielle. Le premier requérant était né de sexe féminin mais avait souffert de dysphorie sexuelle à partir de l'âge de quatre ans. En 1975 il avait commencé un traitement hormonal et en 1979 il avait subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. A partir de cette même année, il avait vécu avec une femme, Y. En 1992, celle-ci avait donné naissance à Z ensuite d'une insémination artificielle avec donneur. A la naissance de l'enfant, X n'avait pas pu être enregistré à l'état civil comme le père de l'enfant (§§ 12-18).

La Cour a relevé que X était un transsexuel qui avait subi une opération de réassignation, qu'il vivait avec Y depuis 1979 et qu'il assumait aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin. Ensemble, ils avaient demandé et obtenu un traitement IAD qui avait permis de donner naissance à Z. Enfin, X avait soutenu Y pendant le processus considéré et se comportait à tout point de vue comme le père de Z. Il s'ensuivait selon la Cour qu'il existait des liens familiaux *de facto* et que l'article 8 trouvait à s'appliquer (§§ 36-37).

Il fallait alors s'interroger sur les implications de l'obligation étatique de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille, étant entendu cependant qu'« elle [n'avait] eu [jusqu'alors] à connaître que de liens familiaux entre des parents et leurs enfants conçus naturellement » (voy. not. *supra* n° 1091 et *infra* n° 1109) et que « l'espèce soulève des questions différentes, puisque Z a été conçue par IAD et n'a pas de lien de sang avec X, qui est un transsexuel » (§ 43). La Cour a donc clairement considéré que l'absence de lien biologique pouvait conduire à une

¹⁹⁵¹ Au second grief des requérants, articulés sur le droit de fonder une famille garanti par l'article 12 de la Convention, la Cour a par contre répondu que « les requérants, en tant que couple non marié, ne sauraient en aucun cas déduire de l'article 12 un droit à l'adoption sous une forme non prévue par la loi (voir, *mutatis mutandis*, Johnston et autres, précité, §§ 51-54) ».

interprétation différente de l'obligation de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille. En outre, il fallait concéder au Royaume-Uni une large marge de manœuvre en raison de l'absence de consensus tant sur « les droits parentaux des transsexuels » que sur la façon « de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père » (§ 44).

La Cour a affirmé qu'« il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant ». Ainsi, « s'il n'est pas été suggéré que l'amendement du droit recherché par les requérants est contraire à l'intérêt de Z ou des enfants conçus par IAD en général, il n'est pas évident que cela serait nécessairement favorable à ces enfants ». En conséquence, « l'Etat peut avoir de bonnes raisons de se montrer prudent dans ses réformes du droit, car il est possible que l'amendement recherché puisse avoir des conséquences indésirables ou imprévues pour les enfants se trouvant dans la même situation que Z ». D'ailleurs « un tel amendement pourrait avoir des incidences sur d'autres branches du droit de la famille. Le droit pourrait par exemple être taxé d'incohérence si un transsexuel femme-homme pouvait légalement devenir "père" tout en continuant à être considéré en droit, à d'autres fins, comme étant de sexe féminin et pouvant contracter mariage avec un homme » (§ 47).

Face à « ces intérêts d'ordre général », les requérants faisaient valoir que l'absence de lien de filiation entre X et Z emportait des conséquences d'ordre social et d'ordre personnel.

D'un côté, Z était exclue du bénéfice de certains avantages matériels (en matière de succession, de baux ou de nationalité par exemple) et pouvait rencontrer des difficultés dans son développement ou sa vie sociale notamment lorsqu'elle devrait présenter son acte de naissance. La Cour a estimé : d'une part, à propos des avantages dont Z était exclue, qu'aucun d'entre eux n'était déterminant au regard notamment de la possibilité pour X de faire un testament et de la circonstance qu'en l'espèce il n'y avait aucun bail à transmettre tandis que Z jouissait déjà de la nationalité britannique (§ 48) ; d'autre part, à propos des difficultés de la vie sociale, qu'aucun tiers ne connaîtrait la raison de l'absence de mention de X sur l'acte de naissance de Z tandis que les actes de naissance n'étaient pas souvent réclamés par l'administration ou pour l'établissement de l'identité (§ 49).

D'un autre côté, les requérants craignaient que « le sentiment d'identité personnelle et de sécurité que Z ressent au sein de sa famille ne soit amoindri parce que X n'est pas reconnu légalement comme son père ». Suivant la Cour, cependant, « rien [n'empêchait] X de se comporter comme le père de Z en société ». Notamment, « il [vivait] avec elle, lui [apportait] un soutien affectif et financier, ainsi qu'à Y, et il [était] libre de se présenter comme son "père", à ses yeux et devant autrui, et de lui donner son patronyme ». En outre, il lui était loisible d'obtenir une « ordonnance de garde conjointe » qui lui conférerait automatiquement l'autorité parentale à son égard en vertu du droit anglais (§ 50). Au surplus, « il [était] impossible de prévoir dans quelle mesure l'absence de lien juridique entre X et Z aura des répercussions sur le développement de cette dernière. Comme indiqué précédemment, il subsiste actuellement des incertitudes quant à la meilleure manière de protéger les intérêts des enfants se trouvant dans la même situation que Z [...] et il n'appartient pas à la Cour d'adopter ou d'imposer un point de vue unique » (§ 51).

La Cour a conclu, par quatorze voix contre six, que qu'« étant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants, l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique ». Dès lors, « le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation

unissant X et Z ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition » (§ 52). Au regard de cette conclusion, la Cour a ensuite estimé inutile d'examiner le grief de violation des articles 8 et 14 combinés.

Les opinions concordantes des juges PETTITI et DE MEYER sont intéressantes : le premier a souligné la nécessité d'une réflexion globale et pluridisciplinaire sur les nouvelles situations familiales tournée vers l'intérêt de l'enfant¹⁹⁵² ; le second a estimé inutiles les renvois opérés à la marge de manœuvre ou au consensus dès lors qu'il allait de soi qu'une personne qui n'est pas le père d'un enfant n'a pas le droit d'être reconnu comme tel¹⁹⁵³.

Trois juges dissidents ont quant à eux estimé pouvoir relever un problème de cohérence dans l'attitude des autorités nationales. Ainsi « à partir du moment où l'Etat autorise X à subir un traitement hormonal puis, après une procédure définie et des tests psychologiques, permet et même finance une intervention chirurgicale irréversible, délivre des documents mentionnant sa nouvelle identité sexuelle, autorise Y (après avoir obtenu d'X une reconnaissance de paternité imposée par la loi) à se soumettre à une fécondation artificielle qui conduit à la naissance de Z puis d'un deuxième enfant, cet Etat doit en tirer les conséquences et prévoir toutes les dispositions nécessaires afin de permettre à ces personnes de vivre normalement, sans discrimination, sous leur nouvelle identité et dans le respect du droit à une vie privée et familiale » (§ 6)¹⁹⁵⁴. Une autre opinion dissidente pose la question de cohérence sous un autre angle. Ainsi, suivant le juge Thór VILHJÁLMSOHN, « dans un pays où la législation prévoit que le partenaire d'une femme qui donne naissance à un enfant conçu par IAD peut se faire enregistrer comme le père de cet enfant, il est à l'évidence admis que les liens familiaux entre les personnes concernées ont de l'importance. Je ne vois pas pourquoi il en irait autrement en l'affaire devant la Cour, où le partenaire est un transsexuel. Partant, je conclus à la violation de l'article 8.

Souscrivant à ce double grief d'incohérence, le juge FOIGHEL, également dissident, insiste en outre sur l'idée que « les derniers développements intervenus en matière de reconnaissance du transsexualisme [...] donnent du poids à l'argument [...] selon lequel “On a une conscience accrue de l'importance de l'identité personnelle de chaque individu et de la nécessité de tolérer et accepter les différences entre les êtres humains. Enfin, de manière plus lapidaire, le juge GOTCHEV a affirmé qu’« en pesant [les intérêts antagonistes], il convient de tenir compte avant tout du bien de l'enfant, quelle que soit la manière dont il a été conçu et que son "père social" soit transsexuel ou non ».

Pierre MURAT considère cet arrêt laisse un fort sentiment d'insatisfaction devant les méandres du raisonnement développé et ses incohérences ». Il ainsi y avoir une forme de schizophrénie à reconnaître qu'une relation entre un adulte et un enfant correspond à une vie familiale garantie par la Convention pour ensuite dénier aux protagonistes de cette relation le bénéfice des prérogatives qui y sont normalement associées soit en l'espèce l'intégration de l'enfant dans la

¹⁹⁵² Le juge PETTITI a ainsi ajouté que « la conclusion de la Cour [...] était donc justifiée et prudente, mais elle pouvait être complétée [...] par une prise en considération juridique, sociologique et éthique de l'ensemble du problème et de la diversité des droits et des valeurs à attribuer à chacune des personnes appelées à constituer une famille » dès lors que « la multiplication des situations familiales précaires, instables, soulève de nouvelles difficultés pour les enfants des première et seconde familles légitimes, naturelles, successives ou superposées et appellera dans l'avenir une réflexion en profondeur sur l'identité de la famille, le sens de la vie familiale à protéger au sens de l'article 8 en prenant en compte l'intérêt majeur de l'enfant et de son avenir ».

¹⁹⁵³ Le juge DE MEYER a ainsi exposé qu'il n'y avait pas lieu « de mentionner encore une fois la prétendue marge d'appréciation de l'Etat » ou de « constater que, en ce qui concerne les questions à l'étude, il n'existe pas de “norme européenne” ». En effet, « il va de soi qu'une personne qui n'est manifestement pas le père d'un enfant n'a aucunement le droit d'en être reconnue comme le père ».

¹⁹⁵⁴ Opinion partiellement dissidente de M. CASADEVALL, à laquelle MM. RUSSO et MAKARCZYK déclarent se rallier.

famille¹⁹⁵⁵. Il est vrai que l'arrêt est intervenu dans un contexte « pré-Goodwin » où la Cour se contentait encore, en matière de reconnaissance du changement de sexe, de simples accommodements sans exiger ni la modification de l'état civil, ni la possibilité d'épouser une personne de sexe opposé au nouveau sexe (voy. *supra* n° 982 et s.). Dans un contexte « post-Goodwin », la solution inverse paraît s'imposer mécaniquement comme simple conséquence de la reconnaissance pleine et entière du changement de sexe (voy. *supra* n° 986).

iii) *L'établissement d'un lien de filiation entre le partenaire homosexuel du parent et l'enfant*

α – La voie de l'adoption : X. et autres c. Autriche [GC]

1098. La question de l'adoption homosexuelle est certainement l'une des expressions les plus marquantes des interrogations que suscite la pluralité des fondements et des fonctions de la filiation. Elle suscite de vifs débats¹⁹⁵⁶, opposant les partisans d'une approche de la filiation fermement chevillée au modèle constitué par la procréation naturelle et la différenciation des sexes¹⁹⁵⁷ et ceux d'une approche culturelle de la filiation des enfants¹⁹⁵⁸. Il y a certainement plusieurs manières de résoudre l'opposition des conceptions soit en entérinant la prévalence absolue de l'une sur l'autre soit en cherchant les termes d'un compromis entre elles. A la lumière de l'exigence d'égalité, seule deux voies paraissent praticables, comme il est souligné par Pierre MURAT : soit on choisit de maintenir un principe de différenciation, mais à charge alors d'« [organiser] parallèlement une véritable institution à finalité purement éducative qui [...] pourra fort bien être indifférente au sexe, puisque déconnectée de la parenté »¹⁹⁵⁹ ; soit on accepte de gommer la place d'un des sexes à l'origine de la naissance en opposant « un système social de filiation rattachant l'enfant à deux personnes de même sexe » au « fait biologique de la procréation nécessairement bisexuée »¹⁹⁶⁰. C'est cette seconde approche que la Cour semble avoir décidé de mettre en œuvre sans se poser trop de questions (ni y répondre).

Dans l'affaire *X. et autres c. Autriche*, les requérants étaient deux femmes vivant ensemble de manière stable et l'enfant que l'une d'elles retenait d'une relation hétérosexuelle antérieure. L'enfant, né en 1995, avait été reconnu par son père mais demeurait sous l'autorité parentale exclusive de sa mère¹⁹⁶¹ en sorte que les deux femmes l'éduquaient ensemble depuis ses cinq ans (§ 10). En février 2005, ayant auparavant vainement tenté d'obtenir un transfert partiel de l'autorité parentale (§ 15), elles avaient signé une convention d'adoption de l'enfant par la compagne de sa mère et, en septembre de la même année, elles avaient sollicité que cette convention soit homologuée par le tribunal de district (§§ 11-14). Leur demande avait été rejetée dès octobre 2005, dès lors qu'au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, l'adoption considérée aurait eu pour effet de rompre le lien de filiation maternel de l'enfant en laissant subsister son lien de filiation paternel, alors que le résultat recherché était précisément la consécration d'un double lien de filiation maternel entre l'enfant et les deux femmes (§ 15).

¹⁹⁵⁵ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 177.

¹⁹⁵⁶ P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁵⁷ M. LEVINET, « Le principe de la libre disposition de son corps ... », *op. cit.*, pp. 72-110.

¹⁹⁵⁸ A. CADORET, « L'apport des familles homoparentales ... », *op. cit.*, p. 73.

¹⁹⁵⁹ Dans cette première approche, « de telles institutions donnant à des adultes un pouvoir juridique sur la vie quotidienne de l'enfant tirent leur légitimité de la communauté de vie avec celui-ci et ne reposent pas sur le concept de parenté et de lignage » (P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 205).

¹⁹⁶⁰ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, pp. 161-208.

¹⁹⁶¹ Selon l'article 166 du code civil autrichien, un enfant né hors mariage est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Suivant l'article 167 du même code, les parents d'un enfant né hors mariage peuvent décider d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leur enfant. La convention d'exercice conjoint doit être homologuée par un juge (§§ 44 et 45).

Les requérants avaient fait appel de cette décision, en dénonçant expressément une violation des articles 8 et 14 de la Convention (§§ 16-17). En février 2006, le tribunal régional les avait déboutées de leur recours en soulignant que l'impossibilité pour le partenaire homosexuel d'adopter l'enfant de son compagnon constituait une mesure qui de manière proportionnée tendait légitimement à protéger la famille traditionnelle (§ 18). Les requérants avaient alors formé un pourvoi devant la Cour suprême en arguant, en particulier, qu'il n'était pas démontré qu'il était nécessaire de refuser l'adoption coparentale aux familles homosexuelles pour protéger la famille traditionnelle (§ 19). Leur recours avait cependant été rejeté par une décision datée du 27 septembre 2006.

Devant la Cour, elles faisaient valoir que l'impossibilité dans laquelle elles se trouvaient, au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, de mettre en œuvre une adoption coparentale constituait une violation des articles 14 et 8 combinés dès lors qu'une telle adoption était possible pour les couples hétérosexuels mariés ou non mariés (§ 58). La Cour a considéré que la situation des requérantes n'était pas comparable au titre de l'article 14 à celle d'un couple (hétérosexuel) marié, mais que par contre les requérantes faisaient l'objet d'une différence de traitement par rapport aux couples hétérosexuels non mariés (§ 112).

La Cour a confirmé que l'affaire concernait la vie familiale des requérants (§ 93) et réitéré, en termes de comparabilité, la position circulaire qu'elle a adoptée en matière d'avantages socio-économiques. Ainsi la situation des requérantes n'était-elle pas comparable à celle d'un couple marié dès lors que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent et que le droit de se marier, expressément protégé par l'article 12, emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (§ 106) (voy. *supra* n° 684 et s.). Par contre, il ne faisait aucun doute que la teneur de l'article 182, § 2, du Code civil induisait un traitement différencié des requérantes et des couples hétérosexuels non mariés, qui étaient quant à eux susceptibles de mettre en œuvre une adoption coparentale (§§ 114 et 116) (voy. *supra* n° 690).

Le gouvernement autrichien a bien plaidé que c'était en réalité, en l'espèce, au regard de la circonstance que l'enfant avait un père qui n'envisageait pas de consentir à l'adoption litigieuse que les juridictions internes avaient débouté les requérantes de leur demande d'adoption et qu'elles n'auraient pas décidé autrement si le candidat adoptant avait été un homme plutôt qu'une femme (§ 117). La Cour a cependant relevé qu'en réalité les tribunaux autrichiens avaient rejeté la demande considérée au seul motif que l'article 182, § 2, du Code civil s'opposait en toute hypothèse à l'établissement d'un second lien de filiation maternel à l'égard de l'enfant (§§ 118-124). Elle a aussi pointé que, contrairement aux affirmations de l'Etat défendeur, « si la demande d'adoption [...] avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du Code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt [de l'enfant] » (§ 125)¹⁹⁶².

Le gouvernement faisait aussi valoir que la disposition litigieuse n'induisait pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que l'obstacle qui en découle empêche en réalité de manière générale n'importe quelle femme d'adopter un enfant lorsque des liens de droit sont appelés à subsister entre cet enfant et sa mère (ainsi, il aurait, par exemple, également été impossible que l'enfant soit adopté par sa tante) (§ 128). La Cour n'a pas non plus été sensible à ce deuxième argument et a expressément souligné que la relation entre deux sœurs

¹⁹⁶² Cette stratégie étatique et le refus qui y est opposé par la Cour n'est pas sans évoquer la problématique qui était au cœur de l'affaire E.B. c. France soldée par un arrêt de grande chambre daté du 22 janvier 2008. La Cour n'avait dans cette espèce pas suivi le gouvernement français qui prétendait que le refus d'agrément pour adopter opposé à la requérante n'était pas fondé sur son homosexualité (voy. *supra* n° 825). Voy. aussi : M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle ... », *op. cit.*, pp. 147-148 et G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne ... », *op. cit.*, pp. 947-948.

adultes ou entre une tante et son neveu échappent *a priori* au champ d'application de la vie familiale dont le respect est garanti par l'article 8 et qu'en tout état de cause, quand bien même elles en relèveraient, les effets produits sur elles par la disposition litigieuse ne seraient pas comparable à ceux subis par un couple de femmes et l'enfant qu'elles élèvent (§ 129).

Ayant ainsi écarté les arguments du gouvernement qui tendaient à éluder la question d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour a souhaité délimiter très étroitement la portée de son arrêt. Ainsi a-t-elle exposé, d'une part, que la question qui se posait à elle était très précisément celle de la légitimité de l'impossibilité absolue pour les requérantes de voir examinée la demande d'adoption, en sorte qu'il ne s'agissait pas de déterminer si l'adoption aurait du être permise malgré le refus du père de l'enfant d'y consentir. En conséquence, la Cour n'avait pas à examiner le rôle joué par le père dans la vie de l'enfant ni les raisons justifiant éventuellement son refus de consentir à l'adoption (§§ 132-133). Elle a précisé, d'autre part, qu'il ne s'agissait pas non plus de « se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général » mais bien sur « un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale » (§ 134)¹⁹⁶³. Les deux positionnements paraissent difficilement conciliables et la démarche de la Cour s'en trouve empreinte d'un minimalisme judiciaire de façade : en effet, se prononcer sur la légitimité d'une impossibilité absolue pour un homosexuel d'adopter l'enfant de son partenaire implique nécessairement de prendre une position de principe sur l'adoption coparentale. C'est d'ailleurs précisément ce que fait la Cour dans la suite de sa motivation, malgré sa volonté affichée de juger serré (voy. *supra* n° 436).

Par delà la tentative – vaine – du gouvernement de « masquer » la différenciation fondée sur l'orientation sexuelle opérant en l'espèce et la tentative – non moins vaine – de la Cour de « minimiser » la portée de son arrêt, le raisonnement s'est focalisé, exactement comme dans l'arrêt *Goodwin* sur une question de cohérence (voy. *supra* n° 1048 et 1097).

Le gouvernement défendeur affirmait que le droit autrichien de l'adoption coparentale tendait à « la reconstitution d'une famille biologique et la protection du bien-être de l'enfant » (§ 76). Cependant, sa position était plus complexe que ce que cette affirmation pouvait le laisser penser. Ainsi, il ne prétendait pas que les couples homosexuels étaient incapables d'élever un enfant et soulignait même que « les couples homosexuels ou hétérosexuels [étaient] en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier » (§ 72), mais il lui apparaissait que, dans le même temps, il y avait lieu d'« empêcher qu'un enfant ait deux pères ou deux mères du point de vue juridique » sans néanmoins négliger de « [protéger] les intérêts du partenaire du parent de l'enfant par d'autres moyens » (§ 76). La position du gouvernement traduisait donc une option pour le maintien d'un principe de différenciation sexuelle assorti de l'ouverture de solutions alternatives.

La Cour a considéré que la position du gouvernement « [s'appuyait] sur la protection de la famille traditionnelle, basée sur l'affirmation tacite que seule une famille avec des parents de sexe différent peut répondre adéquatement aux besoins d'un enfant » (§ 137). Elle a certes confirmé la légitimité de ces objectifs (§ 138), mais elle a aussi souligné que les autorités ne disposaient en la matière que d'une marge étroite et devaient démontrer la nécessité de l'exclusion litigieuse suivant le critère dégagé dans *Karner* (voy. *supra* n° 690) (§ 140). Il revenait en somme à l'Etat défendeur de convaincre de ce que « la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, [commandait] d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale » (§ 141). La Cour a alors mis en exergue

¹⁹⁶³ Voy. à ce propos : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 572 et s.

l'incohérence du système autrichien qui « [admettait] qu'un enfant [pouvait] grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation [n'était] pas préjudiciable à l'enfant » mais dans le même temps « [prévoyait] explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux pères ou deux mères » (§ 144).

L'argumentaire de la Cour relatif à l'incohérence supposée du système autrichien (et qui correspond *mutatis mutandis* à celui des juges dissidents dans *X., Y. et Z.*) n'est pas satisfaisant. Du point de vue de la cohérence – précisément – de la jurisprudence strasbourgeoise, il est difficile d'affirmer, dans le même temps que l'acceptation et la reconnaissance des couples homosexuels ne doit pas nécessairement s'incarner dans le mariage (voy. *supra* n° 1053) et que par contre il n'y aurait aucun sens à accepter et reconnaître les relations homoparentales sans permettre *ipso facto* l'adoption et la filiation monosexuée. On a, *in fine*, l'inconfortable sentiment que la Cour reproche à l'Autriche un positionnement qu'elle a elle-même adopté dans sa jurisprudence récente.

Forte de ce premier constat, la Cour a avancé deux autres arguments défavorables au gouvernement défendeur.

D'un côté, la Cour a relevé que l'impossibilité pour les couples homosexuels de mettre en œuvre une adoption coparentale avait été réclamée à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure de consultation préalable à l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré. Selon la Cour, ces « demandes réitérées formulées au cours de la procédure de consultation » ne faisaient « que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels » (§ 143). Le moins qu'on puisse dire – au regard en particulier des affirmations de l'arrêt *Schalk et Kopf* (voy. *supra* n° 1053) – est que la prise en considération par la Cour des perceptions qui prévalent dans une société déterminée n'est pas particulièrement constante¹⁹⁶⁴. Au final, on peut se demander comment des perceptions propres à un ordre juridique national et relatives à des objets aussi intimement liés que le mariage et la filiation peuvent être valorisées en tant qu'elles sont « profondément enracinées » et tantôt être reléguées au rang de simples stéréotypes de genres sévissant dans « certains pans de la société » autrichienne.

De l'autre côté, la Cour estime par contre devoir reconnaître un poids important à l'argument des requérantes suivant lequel « les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas » (§ 145) dès lors notamment qu'elle a elle-même « fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait » (§ 145). A nouveau cependant, l'on ne peut pas ne pas remarquer que l'affirmation de la nécessité de traduire la vie familiale *de facto* dans des statuts juridiques n'est pas constante dans la jurisprudence récente de la Cour européenne. Si dans *Kroon*, la Cour avait affirmé que l'obligation étatique de prendre les mesures nécessaires pour permettre dès la naissance ou dès que possible l'intégration de l'enfant dans sa famille imposait « d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets » (voy. *supra* n° 1091), plus récemment, l'insistance sur « les liens familiaux complets » paraissait avoir cédé le pas à une perception différente suivant laquelle l'essentiel pour un parent et son enfant est que la vie familiale effective ne soit ni entravée ni empêchée ou tel est en tout cas le sentiment que l'on pouvait avoir à la lecture de l'arrêt *Chavdarov* (voy. *supra* n° 1092).

¹⁹⁶⁴ Ainsi, si la grande chambre a pu récemment affirmer dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 que « des références aux traditions, présumées d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe », elle a par contre, dans ses arrêts *A., B. et C. c. Irlande* de 2010 et *S.H. et autres c. Autriche* de 2011, attribué un poids véritablement décisif respectivement aux « valeurs morales profondes de la majorité du peuple irlandais » et à l'inquiétude ressentie par « de larges pans de la société » autrichienne (§ 104).

A ce stade, la Cour a déjà exposé qu'il existait « de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale » pour les couples de même sexe (§ 146).

Ce quasi-constat de violation déjà atteint, la Cour a examiné – comme par acquit de conscience – la question du consensus européen.

La Cour a classiquement commencé par s'interroger sur le contenu des ordres juridiques internes des Etats parties. Elle a à cet égard fait le choix de limiter expressément son examen de droit comparé aux dix Etats parties qui permettent l'adoption par les couples non mariés (§ 150)¹⁹⁶⁵. Dans un contexte où six pays traitaient les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière et quatre avaient adopté la même position que l'Autriche, la Cour a jugé que « l'étrécissement de cet échantillon ne [permettait] de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe » (§ 149). Les choix de cadrage du litige opérés par la Cour conduisent à une appréhension tronquée de la question sous examen : alors que les questionnements substantiels auxquels s'attache la Cour portent sans ambiguïté sur la possibilité d'établir un double lien de filiation monosexué, laquelle donne lieu à des positionnements identifiables dans tous les Etats parties, seuls dix pays sont pris en considération. On ne peut à cet égard que souscrire aux interrogations des juges dissidents : « fallait-il se limiter aux seuls Etats dont l'ordre juridique se prêtait à une comparaison quasi-automatique avec celui de l'Etat défendeur ou bien fallait-il aussi prendre en compte les législations qui s'inscrivaient dans le contexte plus large de l'affaire ? »¹⁹⁶⁶.

La Cour a aussi examiné les instruments pertinents issus du droit du Conseil de l'Europe soit Convention européenne de 2008 en matière d'adoption des enfants et la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. En premier lieu, il a été relevé que la Convention de 2008 prévoyait seulement la possibilité et non pas l'obligation pour les Etats de permettre l'adoption par les couples homosexuels et par les concubins (art. 7, § 2). La Cour a cependant relativisé l'impact de ce texte en tirant argument de sa non-ratification par l'Autriche et plus généralement de son faible taux de ratification. Il faut relever que cette démarche est contraire à celle adoptée par l'arrêt *Marckx* où le faible niveau de ratification des textes pertinents n'avait pas fait obstacle à leur prise en considération¹⁹⁶⁷. En second lieu, les juges européens ont relevé que le paragraphe 23 de la Recommandation du Comité des ministres « [invitait] les Etats membres à garantir l'application des droits et obligations conférés aux couples non mariés sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexe différent » (§ 150). La Cour a cependant omis de préciser que le paragraphe considéré concernait en particulier « les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs ». Le § 27 qui concernait les questions d'adoption disposait quant à lui que « les Etats membres dont la législation nationale

¹⁹⁶⁵ La Belgique, l'Espagne, l'Islande, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni (sauf l'Irlande du Nord), la Russie, la Slovaquie et l'Ukraine (voy. le § 57 de l'arrêt).

¹⁹⁶⁶ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOS, § 13.

¹⁹⁶⁷ Dès *Marckx c. Belgique*, en effet, la Cour avait affirmé, à propos du faible taux de ratification de la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 et de la Convention européenne du 15 octobre 1975 que l'« on ne saurait [...] invoquer cet état de choses à l'encontre de l'évolution constatée plus haut. Les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des Etats contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants "naturels" et "légitimes" sur le point considéré. En réalité, l'existence de ces deux traités dénote en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes » (§ 41). A propos de la Convention européenne de 2009, la Cour a au surplus relevé qu'en tout état de cause les dispositions de l'article 7 de la Convention n'impliqueraient pas que les Etats seraient libres de traiter différemment les « couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable » (§ 150). Manifestement peu sûre de cette lecture (difficile à combiner avec l'option laissée par le § 2 aux Etats d'ouvrir ou pas l'adoption aux époux ou aux partenaires enregistrés homosexuels, alors que pareille ouverture est imposée pour les époux et les partenaires hétérosexuels), elle a finalement exposé que « les Etats demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention » (§ 150).

permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre », sans rien dire de l'éventualité d'une adoption par ou au sein d'un couple de même sexe. En somme, la prise en compte de ces deux instruments donne l'impression d'une disqualification et/ou d'une distorsion de textes *a priori* plutôt enclins à contribuer à une approche strasbourgeoise plus réservée.

Quoi qu'il en soit, conformément à l'indication qu'elle avait pu donner dès avant ce détour peu concluant par la question du consensus, la Cour a conclu que le gouvernement autrichien « [n'avait] pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant » en sorte que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés (§ 146).

β – La voie de la filiation charnelle : *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*

1099. Selon Pierre MURAT, les couples de même sexe n'ont rien à gagner à vouloir inscrire leurs rapports parentaux dans le moule de la filiation charnelle. Dans un sens, il y aurait là « un manque d'imagination, mais surtout un manque de confiance dans la possibilité de nos sociétés d'assumer ouvertement les réalités revendiquées »¹⁹⁶⁸. A ce stade, la Cour souscrit semble-t-il à cette conception, tandis que le changement de sexe d'un parent produit nécessairement un cas exceptionnel de filiation charnelle monosexuée.

La revendication spécifique de l'accès à la filiation charnelle : *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*

1100. La Cour a par ailleurs été appelée à statuer – quelques mois plus tard – sur la question de la manière dont la filiation peut être établie dans le chef du partenaire homosexuel du parent : tel était l'enjeu d'une affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* soldée par une décision d'irrecevabilité du 7 mai 2013. Cette affaire qui concernait non pas le principe même, mais les modalités de l'établissement de la filiation présente une certaine proximité avec la cruciale affaire *Marckx* de 1979 (voy. *supra* n° 1087).

En l'espèce, les requérantes étaient deux femmes vivant dans les liens d'un partenariat enregistré (*eingetragene Lebenspartnerschaft*). La première requérante avait donné naissance à un enfant et son nom avait été porté sur le certificat de naissance de l'enfant. Le nom de la seconde requérante n'avait été indiqué nulle part, l'emplacement prévu pour le nom du père demeurant vierge (§§ 3-4). Elles avaient entamé des démarches en vue de l'adoption en février 2009 (§ 5). En mars de la même année, elles avaient cependant réclamé l'insertion directe du nom de la seconde requérante sur le certificat de naissance de l'enfant (§ 6). En juin leur demande avait été rejetée par le tribunal de district de Hambourg dès lors que le certificat n'était ni incorrect ni incomplet et qu'il n'y avait pas de base légale justifiant l'insertion dans le document considéré du nom de la seconde requérante comme seconde mère. En outre, le législateur permettait l'adoption dans la situation des requérantes, ce qui rendait compte de ce qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer par analogie les règles de l'article 1592 du *Personenstandsgezet*s relatif à l'établissement de la filiation paternelle (§§ 7-9). La décision avait été confirmée par le tribunal régional puis par la Cour d'appel (§§ 10-12). La Cour constitutionnelle avait refusé de recevoir le recours articulé par les requérantes (§§ 13-15). L'adoption de l'enfant avait été prononcée le 27 janvier 2010 (§ 5). Devant la Cour, celles-ci dénonçaient la nécessité de passer par l'adoption et affirmaient que la maternité de la seconde

¹⁹⁶⁸ P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration ... », *op. cit.*, p. 422.

requérante aurait du être établie par présomption de même manière que s'établissait par présomption le lien de filiation paternelle dans le cadre du mariage. A cet égard, le législateur allemand n'avait pas pris les mesures nécessaires et l'article 1592 aurait du leur être appliqué, *mutatis mutandis* (§ 23).

La Cour s'est interrogée sur le point de savoir si les requérantes, qui avaient pu mettre en œuvre une adoption et qui ne faisaient valoir aucune difficulté pratique ou légale spécifique à laquelle elles auraient été confrontées, pouvaient se prévaloir de la qualité de victime. Elle finalement a considéré à cet égard qu'au regard de la nature du grief des requérantes, elle allait partir du principe qu'elles pouvaient effectivement se prévaloir d'une telle qualité en raison de la nécessité de passer par l'adoption pour être reconnue comme le second parent (§§ 25-26).

La suite du raisonnement des juges européens est intéressante en ce qu'il concerne l'articulation des différents fondements de la filiation :

30. The Court takes note of the domestic courts' reasoning according to which section 1592 § 1 of the Civil Code contained the – rebuttable – presumption that the man who was married to the child's mother at the time of birth was indeed the child's biological father. This principle is not called into question by the fact that this legal presumption might not always reflect the true descent. The Court also notes that it is not confronted with a case concerning transgender or surrogate parenthood. Accordingly, in case one partner of a same-sex partnership gives birth to a child, it can be ruled out on biological grounds that the child descended from the other partner. The Court accepts that, under these circumstances, there is no factual foundation for a legal presumption that the child descended from the second partner.

La Cour a donc souligné que le droit allemand prévoyait une présomption réfragable suivant laquelle l'homme marié à la mère au moment de la naissance est le père biologique de l'enfant et a considéré que le principe n'était pas mis en cause par le fait que la présomption légale ne reflétait pas toujours l'origine véritable de l'enfant. La Cour relève ensuite que l'affaire ne concerne ni la « parenté transsexuelle » ni la gestation pour autrui en sorte que lorsqu'un partenaire enregistré homosexuel donne naissance à un enfant, il est exclu que l'autre partenaire soit le parent biologique de l'enfant. Dès lors, « il n'y a pas de fondement factuel pour une présomption légale que l'enfant descend du second partenaire ». Pour cette raison, les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle d'un couple marié de sexe différent.

Ce passage est important et traduit au sein de la chambre qui a statué en l'espèce une conception de la filiation charnelle entretenant encore un rapport de grande proximité avec l'origine biologique (voy. *supra* n° 1094). On aurait pu souhaiter que la Cour soit plus explicite sur sa compréhension des questions de transsexualisme et de gestation pour autrui.

La résistance de la filiation au changement de sexe : Hamalainen c. Finlande [GC]

1101. Dans l'affaire *B. c. France*, le juge Walsh avait affirmé dans son opinion concordante qu'en cas de changement de sexe, ce serait « le comble de l'absurdité » d'imaginer que le père deviendrait la mère ou la mère le père de son enfant :

« Le fait que quelques États permettent et reconnaissent à présent dans leur législation interne la possibilité d'une relation ou union entre personnes du même sexe biologique, entraînant les mêmes effets juridiques que le mariage, ne saurait, même lorsque le terme "mariage" est utilisé, faire de semblables conventions des mariages entre personnes de sexe biologique opposé, au sens de l'article 12 (art. 12) de la Convention. A supposer qu'un parent de l'un ou de l'autre sexe subisse une opération de conversion sexuelle afin d'acquérir l'apparence, anatomique ou autre, d'une personne du sexe biologique opposé, ce serait le comble de l'absurdité de considérer qu'un père est devenu la mère ou la tante, ou qu'une mère est devenue le père ou l'oncle de son propre enfant » (§ 4).

1102. Dans son arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, la requérante s'inquiétait, outre du choix qu'il lui était imposé de faire entre le maintien de son mariage et la pleine reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle (voy. *supra* n° 988), du sort de son lien de filiation à l'égard de sa fille. Selon la Cour :

86. Les aspects relatifs à la vie familiale se retrouvent aussi dans la relation de la requérante avec sa fille. La paternité de la requérante ayant déjà été valablement établie pendant le mariage, la Cour estime qu'en vertu du droit positif finlandais une éventuelle transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille. L'enfant continuerait donc à être considérée comme étant née dans le mariage. En outre, ainsi que l'expose le Gouvernement, dans le système finlandais la paternité présumée sur la base du mariage ou la paternité établie ne peuvent être annulées au motif que l'homme est ultérieurement devenu une femme à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Cela est confirmé par le fait, évoqué par le Gouvernement, que dans aucun des cas où une conversion sexuelle a eu lieu en Finlande il n'y a eu de modification des liens de filiation préexistants. De même, le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Partant, la Cour juge établi que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de l'intéressée telle que protégée par l'article 8 de la Convention.

iv) *Les difficultés liées à la corrélation du statut conjugal et de l'orientation sexuelle : Gas et Dubois c. France*

1103. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* qui a donné lieu à un arrêt du 15 mars 2012¹⁹⁶⁹, les requérantes étaient deux femmes françaises, Valérie Gas et Nathalie Dubois, vivant en concubinage depuis 1989. A la suite d'un processus de procréation médicalement assistée avec donneur de sperme conduit en Belgique, Madame Dubois avait donné naissance à une petite fille en septembre 2000. Les deux femmes s'étaient ensuite pacées en avril 2002 (§§ 9-10).

Quatre ans plus tard, Madame Gas avait déposé devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa compagne. Le procureur de la République s'était opposé à cette demande et, en juillet 2006, le tribunal avait refusé d'y faire droit au motif que, si les conditions légales de l'adoption étaient remplies, les conséquences de celle-ci auraient été contraires aux intentions des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, dès lors que l'autorité parentale aurait été transférée à l'adoptante Madame Gas privant Madame Dubois de ses droits parentaux (§ 13).

Ainsi, aux termes de l'article 365 du Code civil français :

L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité [...].

Madame Gas avait fait appel de la décision et Madame Dubois avait fait intervention volontaire. Les deux femmes avaient expliqué que l'adoption projetée aurait permis d'établir « un cadre juridique sécurisant pour l'enfant conforme à la réalité sociale vécue par lui » et que la perte de l'autorité parentale par la mère de l'enfant pouvait être corrigée par le mécanisme de la

¹⁹⁶⁹ A propos de cet arrêt, voy. aussi : A. GOUTTENORE et F. SUDRE, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, *JCP G*, n° 19, 7 mai 2012, 589, pp. 961-964 ; N. HERVIEU, « Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles à l'heure d'assurer l'égale protection des cellules familiales homoparentales », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 mars 2012, (<http://credof.u-paris10.fr>).

délégation partielle ou totale de cette autorité (§ 14). La cour d'appel de Versailles avait cependant confirmé la décision du tribunal de grande instance (§ 15). Les requérantes avaient alors formé un pourvoi en cassation mais n'avaient pas conduit cette procédure à son terme (§ 16)¹⁹⁷⁰.

Les requérantes se plaignaient d'une atteinte discriminatoire à leur droit au respect de la vie privée et familiale. L'adoption qu'elles projetaient et qui aurait permis de sécuriser la situation de l'enfant leur avait été refusée alors que d'une part, une telle adoption est organisée au bénéfice des époux par l'article 365 du Code civil français qui prévoit le maintien des prérogatives parentales du conjoint de l'adoptant simple (discrimination directe) et que, d'autre part, les concubins et les pacsés hétérosexuels peuvent bénéficier de cette même possibilité en se mariant (discrimination indirecte) (§§ 42-45). Pour les requérantes, la différence de traitement dénoncée ne poursuivait aucun but légitime et « l'intérêt de l'enfant commanderait de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul ». Elles ont relevé à cet égard que le mécanisme de la délégation partage de l'autorité parentale avait pu être mobilisé dans certains cas pour organiser un certain partage des prérogatives parentales entre la mère d'un enfant et sa compagne. Cela étant, la mise en œuvre de ce mécanisme, prévu à l'article 377, al. 1^{er}, du Code civil français, ne serait pas aisément obtenue des juridictions nationales et ne serait en outre pas suffisante dès lors qu'elle ne concerne que l'autorité parentale (§ 46)¹⁹⁷¹.

Pour le gouvernement, il appartenait aux requérantes de tenter de mettre en œuvre une telle délégation partage de l'autorité parentale. Pour le surplus, les requérantes n'étaient pas traitées différemment de n'importe quel autre couple non marié tandis qu'il n'y avait pas non plus de discrimination par ricochet découlant de ce que le mariage n'était ouvert en France qu'aux seuls hétérosexuels. La règle litigieuse correspondait à un souci de protection des enfants dès lors que « le mariage demeure une institution garantissant une stabilité du couple plus importante que d'autres types d'unions » (§ 49) tandis que le droit français de la filiation reposait sur un principe d'altérité sexuelle qui participait d'un « choix de société » et ne pouvait être remis en cause que dans le cadre d'un « débat démocratique » parlementaire (§ 52).

La Cour a rappelé que la marge d'appréciation était *a priori* étroite lorsqu'était en cause une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§ 59) et, par contre, normalement large quand il s'agissait de mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (§ 60).

D'une part, s'agissant du grief lié à l'existence d'une discrimination directe subie par les requérantes par rapport aux couples mariés, la Cour a signalé que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent » et que « l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques » en sorte que « l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les

¹⁹⁷⁰ La Cour n'accueillera pas l'exception de non-épuisement des voies de recours interne soulevée par le gouvernement français dès lors qu'au regard de deux arrêts dépourvus d'équivoque rendus par la Cour de cassation française sur la même question de droit et confirmés par des arrêts du 19 décembre 2007 et 6 février 2008, le pourvoi des requérantes était voué à l'échec (Cour eur dr. h., déc. Gas et Dubois c. France du 31 août 2010, pp. 8-10).

¹⁹⁷¹ Voy., à cet égard, le paragraphe 29 de l'arrêt : « Dans un premier arrêt de principe (Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, publié au Bulletin), la Cour de cassation autorisa un couple homosexuel pacsé à bénéficier de ce dispositif. Elle jugea que l'article 377 al. 1 du code civil « ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par la suite, la Cour de cassation restreignit les conditions requises pour l'octroi d'une délégation d'autorité parentale (Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, publié au Bulletin). Si les conditions posées restent identiques (il faut que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant), la Cour de cassation exige désormais que les demandereses justifient qu'une telle mesure permettrait d'améliorer les conditions de vie des enfants et qu'elle présente un caractère indispensable. Cette conception restrictive est désormais appliquée par les juges du fond (TGI Paris, 5 novembre 2010).

requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés » (§ 68). S'agissant, d'autre part, du grief lié à l'existence d'une discrimination indirecte par rapport aux couples hétérosexuels non mariés, concubins ou pacsés, qui ont la possibilité de se marier et donc de bénéficier de l'exception prévue à l'article 365 du Code civil, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de différence de traitement dès lors que les hétérosexuels concubins ou pacsés se voyaient opposer, comme les requérantes, le refus de l'adoption simple (§ 69).

Le raisonnement tenu par la Cour dans cette affaire est donc semblable à celui mobilisé par la même formation de jugement dans la décision d'irrecevabilité *Manenc c. France* du 21 septembre 2010. Une nouvelle fois, les couples homosexuels échouent au test de comparabilité avec les couples mariés (absence de discrimination directe), sans que l'argument des requérantes lié à l'impossibilité dans laquelle elles se trouvent de se marier, à la différence des couples hétérosexuels non-mariés, soit accueilli par la Cour (absence de discrimination indirecte) (voy. *supra* n° 691 et s.)¹⁹⁷².

70. Certes, les requérantes allèguent une discrimination indirecte fondée à nouveau sur l'impossibilité de se marier, alors que les couples hétérosexuels peuvent échapper à l'article 365 du code civil par ce biais.

71. Toutefois, à cet égard, la Cour ne peut que se référer au constat déjà effectué précédemment (voir paragraphes 66 à 68).

Dans les paragraphes 66 à 68 auxquels il est ainsi renvoyé, la Cour souligne, d'une part, que la Convention n'impose ni l'ouverture du mariage aux homosexuels, ni un contenu précis pour les statuts alternatifs éventuellement ouverts et, d'autre part, que le mariage, à raison des droits et obligations qu'il induit, se distingue des partenariats et des cohabitations *de facto* (§§ 66-68).

Il est vrai que la Cour a aussi relevé, mais à titre subsidiaire, et de manière particulièrement énigmatique¹⁹⁷³, que « compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil (...), qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation » en faveur de la fille de Madame Dubois (§ 72).

Suivant le juge VILLIGER, auteur de l'unique opinion dissidente, l'arrêt n'appréhendait pas la situation des requérantes de la bonne manière. En effet, il se focalisait sur la situation des adultes, alors que pour lui l'essentiel était de rechercher si la différence de traitement dénoncée pouvait passer pour justifiée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi affirme-t-il « les enfants d'un couple hétérosexuel bénéficient de la responsabilité parentale partagée si le couple est marié ; il en va autrement pour les enfants d'un couple homosexuel, car, dans ce cas, l'adoption est exclue. C'est là que réside pour moi la différence de traitement vue sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 ». Selon lui, « tous les enfants doivent recevoir le même traitement » et il n'y a pas de raison justifiant que « certains enfants, et d'autres non, [soient] privés de ce qui est dans leur intérêt supérieur, à savoir l'autorité parentale partagée ». En tout cas, l'argument tiré de la spécificité du mariage lui paraît insuffisant. Ainsi, affirme-t-il en renvoyant à l'arrêt *Mazurek*, « la position de la société ne devrait même pas représenter le principal point de vue (et encore moins le seul, comme dans le présent arrêt) » et la situation de l'enfant devrait être aussi importante. En somme, « justifier la discrimination vis-à-vis des

¹⁹⁷² Voy. les paragraphes 70 et 71 de l'arrêt. Pour la Cour, « certes, les requérantes allèguent une discrimination indirecte fondée à nouveau sur l'impossibilité de se marier, alors que les couples hétérosexuels peuvent échapper à l'article 365 du code civil par ce biais », mais « à cet égard, la Cour ne peut que se référer au constat déjà effectué précédemment (voir paragraphes 66 à 68) ». Dans les paragraphes 66 à 68 auxquels il est ainsi renvoyé, la Cour souligne, d'une part, que la Convention n'impose ni l'ouverture du mariage aux homosexuels, ni un contenu précis pour les statuts alternatifs éventuellement ouverts et, d'autre part, que le mariage, à raison des droits et obligations qu'il induit, se distingue des partenariats et des cohabitations *de facto* (§§ 66-68).

¹⁹⁷³ Voy. à cet égard : A. GOUTTENORE et F. SUDRE, « La conventionnalité du refus de l'adoption ... », *op. cit.*, p. 963 ; N. HERVIEU, « Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles ... », *op. cit.*

enfants en soulignant que le mariage confère un statut particulier aux adultes qui s'y engagent est à mon avis insuffisant dans cet exercice de mise en balance ».

En renvoyant à la jurisprudence relative au droit au contact du père biologique, il a encore affirmé que : « l'origine du problème en l'espèce semble être l'interdiction générale visant le partage de l'autorité parentale à l'égard des enfants du parent membre d'un couple homosexuel ». Pour lui, « c'est le point faible de toute législation qui régit un ensemble de situations sur la base d'une seule norme. Ces législations générales engendrent immédiatement des problèmes de proportionnalité, en particulier – et j'insiste sur ce point – dans les affaires ayant trait à la vie familiale »¹⁹⁷⁴. Signalant expressément qu'il ne se prononçait ni sur le mariage, ni sur l'adoption, il a conclu que « dans l'intérêt supérieur de l'enfant né dans le cadre d'une relation homosexuelle, je pense que l'intéressé doit recevoir le meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, à savoir l'autorité parentale partagée ».

Le juge COSTA, qui a l'habitude de mobiliser les opinions concordantes pour adresser des « exhortations » ou à tout le moins pour envoyer des « signaux » aux Etats défendeurs (voy. *supra* n° 415), se dit ébranlé par la position de son collègue VILLIGER. Soulignant l'importance revêtue dans la jurisprudence de la Cour par la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, il fait état du souhait d'« exprimer quelques réserves par rapport à [la] solution [retenue par la Cour] et quelques remarques sur la suite qui pourrait être donnée à cette affaire, notamment par l'Etat défendeur » :

[...] En réalité, il faudrait pousser le raisonnement du juge Villiger jusqu'à son terme logique, et écarter l'article 365 du code civil au profit de la Convention. Il est certes tout à fait possible de le faire, comme la Cour l'a fait dans l'affaire Mazurek c. France (no 34406/97, 1er février 2000, CEDH 2000 II). Mais je ne considère pas que, dans une matière comme celle-ci, qui touche à de vrais problèmes de société, il incombe à la Cour de censurer aussi radicalement le législateur (ce que, d'ailleurs, le Conseil Constitutionnel – il est vrai au regard de la Constitution et non de la Convention – n'a pas fait : voir sa décision no 2010-39 QPC du 6 octobre 2010).

En réalité, et ce sera ma dernière remarque, la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux (Schalk et Kopf c. Autriche, no 30141/04, CEDH 2010). Il me semble que la cohérence de la politique jurisprudentielle commande une démarche aussi réservée dans la présente affaire, même si l'économie de l'article 365 du code civil ne me paraît guère convaincante ... Puisse donc le législateur français ne pas se contenter de la non-violation à laquelle nous avons conclu, et décider, si je puis dire, de revoir la question.

Dans son opinion concordante, le juge SPIELMANN a exposé qu'à son avis – et contrairement à ce qu'avait jugé la majorité – la situation des requérantes était bien comparable à celle d'un couple marié en matière d'adoption par le second parent. Toutefois, le traitement différencié qui leur avait été appliqué n'était pas contraire à la Convention dès lors que, dans un contexte où

¹⁹⁷⁴ Il poursuit : « la Cour a été confrontée à ce type de législation générale sur le terrain de l'article 8 de la Convention, notamment dans des affaires dirigées contre l'Allemagne, où, dans certaines circonstances, la loi empêchait tous les pères d'avoir des contacts avec leurs enfants. Dans ces affaires, la Cour a estimé que la législation était rigide au point d'être disproportionnée et que, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, il convenait plutôt que le juge statuât au cas par cas (Zaunegger c. Allemagne, no 22028/04, 3 décembre 2009, Anayo c. Allemagne, no 20578/07, 21 décembre 2010) ».

« aucun consensus ne se dégage au niveau européen¹⁹⁷⁵ », la vie familiale des requérantes et de la petite fille n'était pas empêchée tandis que des solutions existaient en cas de crise¹⁹⁷⁶.

Mais l'obstacle de l'article 365 du code civil reste problématique même s'il ne heurte pas en soi la Convention. Le statut juridique de l'enfant demeure empreint de précarité, ce qui n'est assurément pas dans l'intérêt de l'enfant, comme le démontre de manière particulièrement éloquente le juge Villiger dans son opinion dissidente.

C'est la raison pour laquelle je souscris à l'exhortation du juge Costa selon laquelle le législateur devrait revoir la question en adaptant le texte de l'article 365 du code civil aux réalités sociales contemporaines.

v) *La réception des institutions étrangères*

1104. La diversité des législations relatives à la filiation – à l'intérieur et au-delà du champ d'application territorial de la Convention – implique de délicats questionnements lorsque le lien parental noué à l'étranger ne correspond pas aux exigences spécifiques posées par le droit interne. Les mécanismes du droit international privé régulent alors normalement l'importation des filiations étrangères dans l'ordre juridique national. La Cour a été, à différentes reprises, amenée à évaluer l'attitude d'Etats parties confrontés à des liens noués hors de leurs frontières. A cet égard, l'application « mécanique » des règles de droit positif a à nouveau pu être vigoureusement censurée tandis qu'ont corrélativement célébrées les vertus de la « flexibilité » et de la « progressivité ». On ne manquera par ailleurs pas de relever l'unanimité qui a souvent présidé, à propos de ces questions au sein de la Cour de Strasbourg.

α – Le refus de transformer une kafala en adoption

1105. Dans l'affaire *Harroudj c. France*, qui a donné lieu à un arrêt du 4 octobre 2012, la requérante avait pu recueillir une petite fille prénommée Hind, dans le cadre d'une Kafala suivant une décision rendue le 13 janvier 2004 par le tribunal de Bourmedes en Algérie. Les juridictions algériennes avaient aussi autorisé le changement du nom de l'enfant en Harroudj et l'établissement de l'enfant en France (§§ 7-8). La requérante et la petite fille résidaient ensemble depuis le 1^{er} février 2004 (§ 9). En novembre 2006, la requérante avait sollicité l'adoption plénière de la petite fille en invoquant l'intérêt de l'enfant. Le tribunal de grande instance de Lyon, la Cour d'appel de Lyon et la Cour de cassation avaient tour à tour refusé de faire droit à la demande de la requérante en se fondant sur l'interdiction de l'adoption suivant la loi personnelle de l'enfant (§§ 7-14). Ainsi, l'article 46 du Code algérien de la famille disposait que « l'adoption (Tabanni) est interdite par la chari'a et la loi » tandis que l'article 370-3 du Code civil français prévoyait que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

Pour la requérante, l'impossibilité d'adopter la petite fille constituait une atteinte à sa vie familiale. Elle a souligné que « Hind [était] née en Algérie mais qu'elle [n'avait] aucune attache familiale dans ce pays dans la mesure où ses parents biologiques [demeuraient] inconnus » et qu'« étant arrivée en France à l'âge de trois mois et ayant grandi dans ce pays, la fillette y [avait] également développé toutes ses attaches culturelles, sociales et affectives » (§ 33). En cas de décès l'« absence de filiation ne permettrait pas à Hind de demeurer auprès de M^{me} A., sa mère, qu'elle considère comme sa grand-mère » tandis que par ailleurs « la fillette serait exclue de toute vocation successorale ». Au surplus, l'enfant devait atteindre cinq années de résidence sur le territoire pour solliciter la nationalité française (§ 34). Le gouvernement défendeur arguait

¹⁹⁷⁵ Le juge luxembourgeois relève ainsi que « selon les tiers intervenants (organisations non gouvernementales spécialisées dans ce domaine et dont la compétence est reconnue), en février 2011, l'adoption par le second parent était possible dans dix des quarante-sept Etats parties à la Convention (soit 21,3 % de ces Etats : Belgique, Danemark, Finlande, Allemagne, Islande, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède et Royaume-Uni) ».

¹⁹⁷⁶ Opinion concordante du juge SPIELMANN à laquelle se rallie la juge BERRO-LEFÈVRE.

quant à lui à la fois qu'il n'était nullement fait obstacle au déroulement effectif de la vie familiale existant entre la requérante et l'enfant et en particulier que « l'intéressée s'était vu reconnaître des droits à l'égard de l'enfant lui permettant d'agir au mieux de ses intérêts dans un cadre familial » (§ 35) et que l'interdiction litigieuse n'était pas absolue dès lors que l'enfant pouvait solliciter la nationalité française après cinq années de résidence et pouvait par ailleurs être adopté à sa majorité (§ 38).

Pour la Cour, l'affaire – qui se distinguait, à cet égard, de l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* – ne concernait pas une ingérence dans la vie familiale de la requérante, mais se prêtait plutôt à un examen sous l'angle des obligations positives. En effet, « la requérante ne se [plaignait] pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale mais [soutenait] que le respect de celle-ci [impliquait] une assimilation de la kafala à une adoption plénière et donc à un lien de filiation » (§ 47).

Alors que les données de droit comparé justifiaient l'allocation d'une ample marge d'appréciation à l'Etat (§ 48 renvoyant à §§ 21-22), la Cour a relevé que le rejet par les juridictions internes de la demande en adoption de la requérante traduisait au premier chef le « souci du respect de l'esprit et de l'objectif des Conventions internationales ». Par ailleurs, la *kafala* était reconnue de plein droit par l'Etat français et produisait des effets juridiques comparables à ceux produits par la tutelle. La requérante bénéficiait de l'autorité parentale et Hind portait son nom, tandis que l'absence d'effets successoraux pouvait être palliée par l'établissement d'un testament. Ainsi, la vie familiale effective de la requérante et de l'enfant ne paraissait pas véritablement entravée par la législation litigieuse. Au surplus, la règle de l'article 370-3 du Code civil pouvait être contournée dès lors qu'au terme d'un délai réduit il serait possible à l'enfant d'obtenir la nationalité française et corrélativement d'être adoptée par la requérante. Dans ce contexte, la Cour a souligné que la position du droit français par rapport à la kafala était à la fois flexible et progressive : l'attitude des juridictions françaises « [respectait] le pluralisme culturel et [ménageait] un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante » en sorte que la Convention n'avait pas été violée (§ 51). Au regard de cette conclusion, la Cour n'a pas estimé nécessaire d'examiner séparément le second grief articulé par la requérante suivant lequel le refus de prononcer l'adoption constituait une discrimination fondée sur l'origine nationale.

β – La réception d'une adoption étrangère non-permise en droit interne

- Adoption par une personne seule : *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*

1106. Dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, une femme luxembourgeoise avait adopté une petite fille au Pérou suivant une décision rendue le 6 novembre 1996 par le tribunal de la famille de Huamanga (§ 6). Adoptante et adoptée vivaient au Luxembourg (§ 8). En avril 1997, elles avaient mis en œuvre une procédure d'exequatur de la décision d'adoption prononcée au Pérou afin notamment que l'enfant puisse acquérir la nationalité luxembourgeoise et être autorisée à séjourner définitivement au Luxembourg (§ 9). Les juridictions luxembourgeoises avaient rejeté cette demande dès lors que l'article 370 du Code civil prévoyait que les conditions requises pour l'adoption étaient régies par le droit luxembourgeois tandis que l'article 367 du même code ne permettait pas l'adoption plénière par une personne célibataire (§ 12). Après que la Cour de cassation ait rejeté le pourvoi des requérantes aux termes d'un arrêt du 14 juin 2001, elles avaient mis en œuvre une procédure administrative fondée sur la Convention de la Haye du 29 mai 1993. Elles n'avaient cependant pas non plus obtenu gain de cause dans le cadre de cette seconde procédure, la Cour administrative ayant décidé le 1^{er} juillet 2004 que la Convention considérée n'était pas applicable à la situation des requérantes dès lors qu'au moment de l'adoption de la seconde par la première, le

Luxembourg n'était pas – à la différence du Pérou – partie à celle-ci (§ 39). Finalement, les requérantes avaient opté pour la mise en œuvre d'une adoption simple (§ 40).

A Strasbourg, elles dénonçaient en premier lieu une violation de l'article 6 de la Convention au motif que les juridictions internes n'avaient pas pris en considération leur argumentaire fondé sur l'article 8 de la Convention. La Cour a trouvé là une première violation de la Convention :

97. En l'espèce, la Cour est d'avis que la question de l'incompatibilité de la décision de première instance au regard de l'article 8 de la Convention – en particulier sous l'angle de sa conformité à l'ordre public international – figurait parmi les moyens principaux soulevés par les requérantes, de sorte qu'elle exigeait une réponse spécifique et explicite. Or la Cour d'appel a omis de donner une réponse au moyen selon lequel l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la Convention, l'exequatur à la décision d'adoption péruvienne. La Cour de cassation a, de surcroît, entériné cette solution des juges du fond, et ce en dépit de sa jurisprudence selon laquelle la Convention déploie ses effets directs dans l'ordre juridique luxembourgeois (paragraphe 79 ci-dessus).

Sur le terrain de l'article 8, les requérantes soutenaient que le refus d'accorder l'exequatur constituait une atteinte à leur vie familiale. Après avoir constaté l'existence de liens familiaux *de facto* entre les deux requérantes (§ 117) et rappelé l'obligation des Etats de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 119), la Cour a expressément souligné la différence entre cette affaire et l'affaire *Fretté c. France* (voy. *supra* n° 824) : la première requérante n'avait pas été déboutée d'une demande d'agrément, mais elle s'était vu refuser l'exequatur d'un jugement péruvien prononcé après une procédure rigoureuse et déclaré exécutoire au Pérou (§ 122).

Elle a estimé que le refus des autorités luxembourgeoises constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérantes (§ 123). Cette ingérence était prévue par la loi (§ 125) et poursuivait l'objectif légitime de protéger « la santé et la morale » et « les droits et libertés » de l'enfant (§ 126). Elle a par ailleurs constaté que l'adoption par un célibataire était prévue dans la majorité des 46 pays membres du Conseil de l'Europe (§ 129) et qu'une pratique existait au Luxembourg (puis avait été subitement abandonnée) selon laquelle les adoptions péruviennes étaient reconnues de plein droit (§ 130) :

129. La Cour observe qu'en la matière la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, une étude de la législation des Etats membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des quarante-six pays (paragraphe 70 ci-dessus).

130. En l'espèce, une pratique existait avant les faits litigieux, selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. Ainsi – et le Gouvernement ne le conteste pas, plusieurs femmes célibataires avaient pu transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans en demander l'exequatur. La première requérante entreprit dès lors ses démarches de bonne foi en vue d'une adoption au Pérou. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de la deuxième requérante. Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier de l'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises.

Selon la Cour, la décision des juridictions luxembourgeoises omettait de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Il s'ensuivait que les requérantes subissaient des inconvénients dans leur vie quotidienne et que l'enfant n'avait pas la protection juridique qui lui permettrait d'être intégré complètement dans sa famille (§ 132). Les juridictions luxembourgeoises ne pouvaient raisonnablement passer outre le statut juridique valablement créé à l'étranger et l'avaient cependant fait en faisant primer les règles de conflit de loi sur l'intérêt supérieur de l'enfant (§§ 133) :

134. Le Gouvernement expose que le législateur a érigé des limites à l'adoption plénière, afin que celle-ci – emportant une césure définitive avec la famille d'origine de l'adopté et une rentrée pleine et entière dans la nouvelle famille – ne porte pas préjudice à l'enfant adopté. Dans les circonstances de l'espèce, cet argument

ne saurait convaincre la Cour. En effet, la deuxième requérante ayant été déclarée abandonnée et placée dans un orphelinat au Pérou, c'est justement l'intérêt de l'enfant qui s'opposait au refus de reconnaissance du jugement d'adoption péruvien [...].

135. La Cour arrive à la conclusion qu'en l'espèce les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation. Rappelant par ailleurs que la Convention est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (voir, parmi d'autres, *Johnston et autres*, précité, § 53), elle estime que les motifs invoqués par les autorités nationales – à savoir l'application stricte, conformément aux règles luxembourgeoises de conflits de lois, de l'article 367 du code civil qui réserve l'adoption plénière aux époux – ne sont pas « suffisants » aux fins du paragraphe 2 de l'article 8.

La Cour a également estimé que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés :

155. [...] [Le] refus d'exequatur a pour conséquence que la deuxième requérante subit au quotidien une différence de traitement par rapport à un enfant dont l'adoption plénière étrangère est reconnue au Luxembourg. Force est en effet de constater en l'espèce que, d'une part, les liens de l'enfant sont rompus avec sa famille d'origine, mais que, d'autre part, aucun lien de substitution plein et entier n'existe avec sa mère adoptive. L'intéressée se retrouve dès lors dans un vide juridique, qui n'a d'ailleurs pas été comblé par le fait qu'une adoption simple a été accordée entre-temps (paragraphe 40 ci-dessus).

L'arrêt *Wagner* paraissait mettre en évidence un principe fort lorsqu'il affirmait que les juridictions internes « ne pouvaient raisonnablement passer outre le statut juridique valablement créé à l'étranger et l'avaient cependant fait en faisant primer les règles de conflit de loi sur l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 133). Cependant, la portée de principe de l'arrêt était potentiellement amoindrie par la prise en considération expresse de l'attitude ambiguë de l'Etat relativement aux adoptions concernées et de la corrélatrice bonne foi de la requérante (§ 130). L'arrêt *Mennesson c. France* ne donne en tout cas pas le sentiment que la Cour persiste à ce stade dans l'affirmation ferme de la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur les règles de droit international privé (voy. *supra* n° 1094).

- Adoption par un ecclésiastique : *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*

1107. Dans une affaire *Négrépontis-Giannisis c. Grèce* qui a donné lieu à un arrêt du 3 mai 2011, le requérant était un homme de 45 ans qui avait été adopté aux Etats-Unis par son oncle ecclésiastique alors qu'il était âgé de 20 ans et se plaignait de la non-reconnaissance de cette adoption dans l'ordre juridique grec. A 17 ans, Monsieur Négrépontis-Giannisis était parti étudier aux Etats-Unis où vivait son oncle et un lien filial s'était développé entre eux. Les deux hommes avaient souhaité sceller ce lien dans une adoption qu'ils avaient mise en œuvre en mai 1984 (§§ 6-12). Après son retour en Grèce, en 1985, il était resté en contact permanent avec son père adoptif : il lui rendait visite aux Etats-Unis et celui-ci passait les mois d'été en Grèce. Le père adoptif du requérant était rentré définitivement en Grèce en 1996 et était décédé en 1998 à Athènes (§§ 14-15). Un litige successoral s'était alors noué entre le requérant et les frères et sœurs du défunt, dans le cadre duquel ceux-ci avaient demandé et obtenu que la décision d'adoption américaine soit privée d'autorité de chose jugée en Grèce, dès lors qu'une adoption par un moine était contraire aux principes de l'ordre public grec. Ainsi, suivant la formation plénière de la Cour de cassation grecque :

28. [...] « (...) conformément au 6ème canon apostolique, au 3ème canon du Septième concile œcuménique et au 11ème canon du concile prime-second ainsi qu'aux traditions sacrées, les moines ne peuvent adopter d'enfant, car l'adoption entraîne la prise en charge de tâches temporelles, expressément interdites par le 3ème canon fondamental du 4ème concile œcuménique de Chalcedoine, les canons apostoliques 6, 81 et 83 et le 45ème canon du concile quinisexte. Selon ces canons, ceux qui ont acquis l'état de moine, ainsi que ceux d'entre eux qui appartiennent à un quelconque degré de l'ordre cléricale, sont totalement écartés de toute tâche temporelle, puisque les « moines n'ont pas de lien sur la terre, aspirant à la vie des cieux », ayant abandonné « le monde et ses biens ». (...) Il résulte de ce qui précède que l'interdiction d'adoption pour un moine, fondée sur les canons apostoliques et les traditions sacrées,

concerne également le moine ordonné clerc et consacré évêque. Eu égard au contenu des vœux monastiques, les canons apostoliques et synodaux ainsi que les traditions, qui interdisent aux moines et aux moines ordonnés clercs d'assumer des tâches temporelles, constituent, d'après les conceptions religieuses et morales de la religion de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ, des règles d'ordre public. La reconnaissance donc de la force de chose jugée ou de l'autorité d'un jugement étranger en Grèce, qui admet l'adoption réalisée par un moine ou un évêque, issu de l'ordre monacal, se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du code civil et n'est pas autorisée. »

Les textes des canons apostoliques mentionnés ci-dessus remontent aux 7e et 9e siècles.

Des juges dissidents avaient cependant fait valoir, au soutien de conclusions opposées et en se référant notamment à l'article 8 de la Convention, qu'aucune « disposition de loi explicite » n'empêchait l'adoption par un moine ou un membre du clergé tandis que « l'application d'une *lex causae* étrangère ne pouvait être empêchée que dans des cas exceptionnels » (§ 29).

Devant les juges strasbourgeois, le requérant alléguait que les articles 6, 8 et 14 de la Convention, de même que l'article 1, du premier protocole additionnel à celle-ci avaient été violés. Au titre de l'article 8, il faisait valoir que la privation de ses droits successoraux et le refus de la reconnaissance de son adoption par les tribunaux internes avaient bouleversé sa vie personnelle et sociale telle qu'il l'avait menée durant vingt-quatre années. Par ailleurs, cela revenait, pour lui, à le priver du droit de porter le nom de son père adoptif qui était par ailleurs aussi le nom de ses propres enfants (§ 47). Selon le gouvernement, la relation entre le requérant et son oncle ne présentait pas l'intensité alléguée et Monsieur Négrépontis-Giannisis poursuivait des objectifs essentiellement successoraux (§ 49).

56. La Cour note qu'en l'espèce, elle est en présence d'un acte d'adoption reflétant la volonté des deux adultes, exprimée par écrit par chacun d'eux (paragraphe 10 ci-dessus) et ayant engagé une procédure en toute connaissance de cause. Leurs déclarations devant le juge du tribunal de Wayne ainsi que l'enquête menée par l'assistante sociale, à la demande du juge ont convaincu celui-ci de la réalité du lien qui unissait le requérant à son oncle et de l'opportunité de prononcer une décision les déclarant liés par adoption. La Cour ne voit aucune raison de ne pas admettre la réalité d'une vie familiale entre le requérant et son père adoptif et qui a entraîné des conséquences dans la vie du requérant lui-même et de sa famille. Il n'appartient pas à la Cour d'examiner elle-même si une vraie relation père-fils existait entre le requérant et son oncle, ce que le Gouvernement semble mettre en doute à défaut d'une décision des juridictions grecques sur ce point. Pour les besoins de la présente affaire, il lui suffit de constater que les autorités judiciaires américaines avaient émis un acte d'adoption et cet acte était censé produire des effets dans la vie quotidienne du requérant et de sa famille. De plus, il n'a jamais été remis en cause par l'oncle du requérant.

57. Cet acte d'adoption avait des incidences sur l'état civil du requérant car elle concernait sa situation dans sa famille même, mais aussi dans la société. Les décisions judiciaires litigieuses ont mis en cause une relation que deux personnes adultes et consentantes avaient créée pour régir leur sphère de vie privée et familiale.

Ayant considéré que la décision des autorités grecques de ne pas reconnaître l'adoption réalisée aux U.S.A. constituait une ingérence dans la vie privée et familiale du requérant (§§ 56-60), la Cour a considéré que celle-ci était prévue par la loi (art. 33, 323 et 905 du Code civil grec) (§ 66) et qu'elle poursuivait le but légitime de « protéger l'ordre public et les bonnes mœurs » ce qui avait justifié le renvoi de l'affaire devant la chambre plénière de la Cour de cassation (§ 67). Au plan de la nécessité de la mesure dans une société démocratique, la Cour a attaché une grande importance à la nature des règles qui avaient déterminé la position du juge interne (§ 71). Ainsi, la décision des juridictions internes s'appuyait sur des règles ecclésiastiques héritées des septième et neuvième siècles, alors même que l'adoption du requérant avait été réalisée après l'entrée en vigueur – en 1982 – d'une loi autorisant les moines à se marier et à fonder une famille (§ 72). En outre, devant la Cour de cassation de Grèce, les juges dissidents avaient estimé qu'aucune disposition de la loi grecque ni aucun principe fondamental correspondant à une conviction sociale et religieuse ferme ne s'opposait à l'adoption par un moine (§ 73). Au surplus, les juges de Strasbourg ont souligné que, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*, ils avaient considéré que « les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut

juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale [...], ni refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto et se dispenser d'un examen concret de la situation » (§ 74). La Cour a enfin accordé une grande importance à la circonstance que l'adoption avait existé durant vingt-quatre années et n'avait jamais été mise en cause avant l'ouverture de la succession de l'adoptant (§ 75).

Dans ce contexte, la Cour a considéré que, malgré la large marge d'appréciation à reconnaître aux Etats dans le domaine en litige (§ 69), « les motifs avancés par la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne répondent pas à un besoin social impérieux. Ils ne sont donc pas proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils ont eu pour effet la négation du statut de fils adoptif du requérant ». Elle a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention (§ 76).

En se référant à sa jurisprudence *Pla et Puncernau c. Andorre*, la Cour a également considéré que les articles 8 et 14 combinés de la Convention avaient été violés au titre d'une différence de traitement illégitime fondée sur la nature du lien de filiation (voy. *supra* n° 843). En effet, dès lors qu'au moment de l'adoption (en 1984), le père adoptif du requérant aurait pu, en vertu de la loi de 1982, se marier et concevoir des enfants. Lesdits enfants n'auraient pu en aucun cas être privé des leurs « droits filiaux », alors que le requérant qui avait pourtant été adopté après l'entrée en vigueur de cette loi s'était trouvé privé s'était quant à lui trouvé privé du « droit de vivre dans la société avec l'identité » qui découlait de son adoption.

C. Les conflits entre parents biologiques : la prééminence des choix opérés par la mère

1108. C'est *une chose* de savoir si la protection de l'institution de la filiation peut justifier qu'il soit fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique lorsque les intérêts des protagonistes convergent (voy. *supra* n° 1084 et s.) ; c'en est *une autre* de décider de la solution à privilégier quand ces intérêts s'opposent. Or, dans le registre de la filiation fondée sur les liens biologiques, des conflits très vifs peuvent intervenir entre la mère et le père de l'enfant. De tels conflits surgissent notamment quand la mère entend abandonner l'enfant contre la volonté du père (i) ou lorsqu'elle refuse (ii) ou réclame l'établissement de la filiation paternelle (iii).

La matière est également rendue complexe par le caractère asymétrique des relations considérées : hommes et femmes ne sont pas égaux en termes de filiation, tandis qu'en tout état de cause l'intérêt de l'enfant doit prévaloir sur celui des adultes, étant entendu que cet intérêt peut se prêter à des interprétations variées...

Le principe directeur de résolution de ces questions réside dans l'attribution d'un poids systématiquement supérieur à la volonté de la mère de l'enfant, une telle asymétrie présentant en réalité deux aspects qu'il importe de différencier : (1) il y va, en premier lieu, d'une *préférence directe* pour la mère : alors que la Cour a considéré sobrement, dans de nombreux arrêts, que l'établissement de la filiation paternelle concernait la vie privée du père biologique, elle a affirmé récemment avec beaucoup plus d'emphasis que l'établissement de la filiation paternelle concernait la vie privée de la mère « qui porte seule la responsabilité de l'enfant mineur » en sorte que « la reconnaissance du père naturel, outre ses finalités financières et émotionnelles, peut aussi être importante du point de vue de l'image sociale de la requérante, de l'histoire médicale de sa famille et le réseau de droits et responsabilités tissés entre la mère biologique, le père biologique et l'enfant concerné »¹⁹⁷⁷ ; (2) il y va, en second lieu, d'une *faveur indirecte* pour la mère liée à la prise en considération *in concreto* de l'intérêt de l'enfant.

¹⁹⁷⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Kalacheva c. Russie* du 7 mai 2009, §§ 28-29.

Ainsi, la volonté qu'il soit procédé à une analyse de ce qui est le plus indiqué pour l'enfant *hic et nunc* conduit presque inéluctablement au *statu quo* et donc à la prévalence des choix que pose la mère qui d'une certaine manière « a la main » durant les premiers moments de la vie de l'enfant ; (3) en outre, à défaut d'accord entre les parents sur ce qu'il convient de faire, « le principe suivant lequel la réalité biologique doit prévaloir n'est pas pleinement applicable »¹⁹⁷⁸. Il y a fort à parier que la Cour sera appelée à l'avenir à prendre position dans le débat croissant relatif à « l'éviction des pères » Il nous semble qu'il ne sera pas possible pour la Cour de faire l'économie d'une référence aux développements de sa jurisprudence relative à la neutralisation des stéréotypes de genre dans la prise en charge des enfants à l'échelle (beaucoup plus longue) du temps de l'éducation et de la formation (voy. not. *supra* les arrêts *Andrle* et *Konstantin Markin*). A cet égard, il est permis de s'interroger sur l'éventualité d'une discrimination entre hommes et femmes au plan de l'établissement de la filiation¹⁹⁷⁹.

i) *La volonté de la mère de procéder à l'abandon de l'enfant : de Keegan c. Royaume-Uni à Krisztián Barnabás Tóth c. Serbie*

1109. Dans une célèbre affaire *Keegan c. Irlande* jugée en 1994, la Cour avait considéré que le fait que la législation irlandaise autorisait à placer l'enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père violait l'article 8 de la Convention. Près de vingt années plus tard, la Cour a été saisie d'une affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Serbie* qui présentait des enjeux similaires dans laquelle elle a unanimement considéré que la Convention n'avait pas été violée. Il est certainement intéressant de comparer le raisonnement tenu par la Cour dans les deux affaires. En effet, si l'affaire *Keegan* avait pu légitimement conduire à affirmer que « la vie familiale du couple rayonne au point d'englober automatiquement les enfants de l'union, quand bien même une séparation prématurée du couple aurait donné au lien de filiation lui-même une très faible effectivité à l'égard d'un des parents »¹⁹⁸⁰, il n'est pas certain que pareille assertion soit encore valide après *Krisztián Barnabás Tóth*.

1110. Dans l'affaire *Keegan c. Irlande*, le requérant était un homme qui avait eu un enfant hors mariage avec la femme avec laquelle il vivait. Ils avaient « décidé d'avoir un enfant » mais avaient rompu pendant la grossesse. A la naissance de l'enfant, le requérant s'était rendu à la maternité et avait pu voir sa fille, mais deux semaines plus tard, lorsqu'il s'était présenté chez les parents de la mère, on ne l'avait pas laissé voir l'enfant (§ 6). En réalité, la mère avait pris, déjà pendant la grossesse les mesures nécessaires en vue d'une adoption. Un mois et demi après sa naissance la petite fille avait été placée, en novembre 1988, chez des candidats adoptants (§ 7). Le requérant ne disposait en droit irlandais d'aucun moyen pour intervenir dans le processus d'adoption mis en œuvre à son insu. La seule possibilité qu'il avait pour tenter d'empêcher l'aboutissement de celui-ci était d'engager une procédure pour réclamer la tutelle et la garde, pour pouvoir, s'il les obtenait s'opposer valablement à l'adoption. Le requérant avait mis en œuvre cette option, mais les juges irlandais ont considéré au terme de la procédure en février 1990 que « le bien-être de la fillette [exigeait] qu'elle demeure avec les personnes qui en ont actuellement la garde » (§§ 8 à 14). Une ordonnance d'adoption avait ensuite été prononcée (§ 15)

Dans son arrêt daté du 26 mai 1994, la Cour a expressément affirmé que les liens familiaux de facto noués dans le contexte d'une cohabitation hors mariage constituent une vie familiale protégée et que l'enfant issu de cette relation « s'insère de plein droit dans cette vie familiale dès sa naissance et par le fait-même de celle-ci » et cela « même si à l'époque de sa naissance,

¹⁹⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Rozanski c. Pologne* du 1u 18 mai 2006, § 67.

¹⁹⁷⁹ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, pp. 187-189.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 171-172.

les parents ne vivaient plus ensemble ou si leur relation avait alors pris fin » (§ 44). Or, selon la jurisprudence de la Cour, « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille ». De la même façon, il était établi que « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale même lorsque la relation entre les parents s'est rompue. En outre, l'article 7 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant prévoit que l'enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents. (§ 50).

Dans ce contexte, le problème à apprécier par la Cour résidait dans le fait que « la législation irlandaise autorisait à placer l'enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père » (§ 55). En effet, « un enfant confié à d'autres personnes que ses parents peut nouer avec elles, au fil du temps, de nouveaux liens qu'il pourrait ne pas être dans son intérêt de perturber ou de rompre en revenant sur une décision antérieure »¹⁹⁸¹ et « cet état de choses a non seulement nui au bon développement des liens de M. Keegan avec sa fille, mais a mis en branle un processus risquant de devenir irréversible, désavantageant ainsi sensiblement le requérant dans sa lutte avec les candidats à l'adoption pour la garde de l'enfant ». Or, « le Gouvernement [n'avancait] aucune raison tenant au bien-être de la fille de M. Keegan propre à justifier une dérogation aux principes régissant le respect des liens familiaux. Cela étant, l'ingérence que la Cour a constatée, en prenant en compte l'ensemble des obligations de l'Etat, dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, ne [pouvait] passer pour nécessaire dans une société démocratique ». Il y avait donc eu violation de l'article 8.

1111. Dans l'affaire *Krisztián Barnabás Tóth*, le requérant avait vécu dans le cadre d'un *common law marriage* avec une femme (H.K.) entre janvier 2004 et septembre 2004. Début avril, cette femme avait annoncé qu'elle était enceinte (§§ 5-6). En novembre de la même année, H.K. avait consenti à la reconnaissance prénatale (« *declaration of paternity* ») de l'enfant par un autre homme (P.). L'enfant était née le 4 janvier 2005. Le 13 janvier 2005, la femme de P. avait adopté l'enfant avec le consentement de la mère (§§ 7-9). Quand le requérant avait appris cela, le 20 janvier 2005, il avait réclamé la désignation d'un tuteur *ad hoc* afin qu'il puisse introduire une action tendant à l'établissement de sa paternité. Les autorités serbes avaient cependant refusé, considérant qu'un débat judiciaire sur la paternité n'était pas dans l'intérêt de l'enfant (§ 10). Le requérant avait contesté cette décision devant les tribunaux, mais en mai 2006, la Cour suprême avait définitivement rejeté ses prétentions (§§ 11-13).

Dans son arrêt du 12 février 2013, la Cour a considéré qu'en l'espèce, il ne pouvait être considéré qu'il existait entre le requérant et l'enfant une vie familiale protégée par la Convention. Pour justifier cette appréciation, la Cour a relevé que : (1) la cohabitation avec la mère s'était interrompue avant la naissance ; (2) la mère avait décidé d'abandonner le bébé au moyen d'une adoption peu après la naissance sans rechercher le consentement ou l'opinion du père en sorte qu'il n'apparaissait pas que la mère ait eu l'intention de considérer le requérant comme le père ou de construire une vie familiale l'incluant ; (3) par contre, après avoir eu connaissance de l'adoption, le requérant avait cherché à établir sa paternité (§ 28). La Cour a alors offert au requérant une solution de « repêchage » de son grief par la voie de la garantie conventionnelle de la vie privée (§ 28).

La Cour a considéré que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant était nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 de la Convention. Les autorités nationales jouissaient du pouvoir discrétionnaire de permettre ou pas la remise en question de la paternité de l'enfant. Un tel pouvoir discrétionnaire n'est pas en soi incompatible avec les

¹⁹⁸¹ Voy. : Cour eur. dr. h., arrêt W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, § 62.

exigences de l'article 8. En l'occurrence, les autorités ont refusé de mettre en œuvre une action relative à la paternité, non pas uniquement parce que P. avait reconnu l'enfant, mais « après une pesée soigneuse de l'intérêt » de celui-ci. La Cour régionale avait accordé du poids à la circonstance qu'en vertu du droit applicable, s'il avait été fait droit à une action en contestation de la paternité de P., l'enfant était exposé au risque d'un « vide de paternité » à défaut pour la mère adoptive de l'enfant de consentir à l'établissement de la paternité du requérant. Elle avait aussi appuyé sa décision sur une visite réalisée dans la famille formée par l'enfant, P. et l'épouse de celui-ci et observé que l'enfant avait développé des liens et était intégré dans une famille qui lui prodiguait les soins et le soutien nécessaires. Le requérant avait en outre participé au processus décisionnel puisqu'il avait comparu en personne pour faire état de sa situation personnelle et de la manière dont il envisageait d'élever l'enfant. La Cour a noté à cet égard, que la Cour régionale n'avait « pas été convaincue par ces éléments ». Elle a aussi relevé la considération suivant laquelle le requérant aurait pu comme P. reconnaître l'enfant avec le consentement de la mère, ce qu'il n'avait pas fait. Au regard de ces éléments, la Cour conclut que les autorités nationales n'avaient pas mis en œuvre leurs obligations de manière « superficielle » (« *perfunctory* ») et n'avaient donc pas outrepassé la marge d'appréciation qui devait leur être reconnue (§§ 36-37).

1112. Difficile *a priori* de voir ce qui distingue cette affaire de l'affaire *Keegan* et difficile de voir ce qui justifie que la Cour statue de manière opposée.

En réalité, force est de constater que le raisonnement de la Cour se révèle insatisfaisant à deux égards au moins : en premier lieu, il est interpellant de voir que la Cour considère la perception subjective de la mère (le fait qu'elle n'a pas l'intention de considérer le requérant comme le père ou de construire une vie familiale l'incluant) comme un élément décisif s'agissant de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale alors même que celle-ci est précisément celle dont l'attitude (l'organisation d'une adoption en deux étapes l'une antérieure à la naissance et l'autre postérieure à celle-ci) induit une ingérence dans la relation considérée ; en second lieu, les commentaires de la Cour relatifs à l'examen soigné auquel se seraient attelées les juridictions nationales ne convainquent pas. En réalité, la Cour procède à une description des conséquences de l'ingérence litigieuse qu'elle utilise ensuite paradoxalement comme soutien de celle-ci.

Il nous semble que, comme l'indique un auteur, la Cour valide là « une conception plutôt archaïque de la famille créée hors mariage »¹⁹⁸². Si l'on peut comprendre que les autorités étatiques aient dans un premier temps prononcé l'adoption, leur attitude subséquente, ne tenant pas compte de l'orchestration de celle-ci par la mère de l'enfant, paraît quelque peu déconcertante au regard surtout de la diligence du père de l'enfant. Ici aussi, il semble que la Cour ait validé une approche suivant laquelle, s'agissant de la prise en charge des enfants par les adultes, possession vaut titre¹⁹⁸³.

ii) *Le refus de la mère de consentir à la reconnaissance par le père : Yousef c. Pays-Bas et Rozanski c. Pologne*

1113. Dans une tragique affaire *Yousef c. Pays-Bas* qui a donné lieu à un arrêt du 5 novembre 2002, était en cause le refus d'une mère néerlandaise (R.) de consentir à la reconnaissance de son enfant (S.) né en janvier 1987 par le père de celui-ci qui était de nationalité égyptienne. Au moment de la naissance, le couple n'avait jamais été marié ni cohabité. Toutefois, en février 1987, le requérant avait été désigné subrogé-tuteur de l'enfant, la mère en étant de plein droit le tuteur légal (§ 10), tandis qu'en août de la même année il avait emménagé avec la mère et

¹⁹⁸² H. FULCHIRON, « Vie privée et familiale », *op. cit.*, p. 882 et s.

¹⁹⁸³ Voy. aussi : I. GALLMEISTER, « Etablissement de la filiale biologique et droit au respect de la vie privée », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Krisztian Barnabas Toth c. Hongrie du 12 février 2013 », *AJ famille*, 2013, p. 184.

l'enfant (§ 11). Cette cohabitation avait duré environ une année, puis le requérant était parti au moyen orient n'échangeant plus que quelques lettres avec R. et S. (§ 12). De retour aux Pays-Bas en 1991, le requérant avait rencontré S. régulièrement et avait réclamé de R. sans l'obtenir son consentement à une reconnaissance (§ 13). Peu après, R. avait contracté une maladie mortelle en sorte que le requérant avait diligenté une procédure en référé afin qu'elle soit contrainte de l'autoriser à reconnaître S. dont il avait été débouté (§ 14). Après le décès de R., S. l'enfant avait été confié à l'un de ses frères, conformément au vœu qu'elle avait formulé par testament. Le requérant avait sollicité, sans succès, d'être désigné comme le père de S. d'abord auprès de l'administration de l'état civil puis devant les juridictions néerlandaises (§§ 18-30).

Le requérant dénonçait la circonstance qu'après le décès de R., alors qu'elle ne pouvait plus s'opposer à la reconnaissance, l'officier de l'état civil de Deventer puis les juridictions internes avaient refusé de procéder à l'établissement de sa filiation. Ayant retenu l'existence d'une vie familiale entre le requérant et S. (§ 51), la Cour a rappelé l'obligation qui pèse en ce cas sur l'Etat de permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 52).

La Cour a considéré qu'en l'espèce les décisions internes avaient empêché la reconnaissance d'un lien familial juridique avec S. alors qu'il n'était pas contesté qu'il en était le père biologique (§ 68). Cependant, l'article 8 n'avait pas été violé pour différentes raisons. En premier lieu, le requérant avait pu maintenir des contacts avec sa fille alloués par les tribunaux néerlandais (§ 69). En second lieu, le non établissement de la filiation ne résultait pas d'un obstacle purement formel, mais d'une appréciation par les juridictions internes de l'intérêt *in concreto* de l'enfant (§§ 71-72). Or, dans ce type d'affaires, les intérêts de l'enfant sont ceux qui doivent prévaloir (§ 73). Dans ce contexte, aucun élément ne permettait de penser que « dans leur mise en balance des intérêts du requérant et de ceux de l'enfant, les juridictions internes n'aient pas suffisamment pris en compte les premiers ou aient statué de manière arbitraire » (§ 74).

1114. Dans une affaire *Rozanski c. Pologne*, qui a donné lieu à un arrêt du 18 mai 2006, le requérant avait conçu un enfant avec une femme et élevé cet enfant, prénommé D., avec elle jusqu'à la rupture conjugale en 1994 (§§ 9-10). La mère avait alors, dans un premier temps, laissé l'enfant avec le requérant, puis l'avait récupéré sans crier gare à l'occasion d'une hospitalisation (§ 11). S'étaient ensuivis différents épisodes de prise en charge de l'enfant par les autorités publiques (§§ 14-16 et 21-22), parallèlement auxquels le requérant avait pris le parti à la fois de solliciter la désignation d'un tuteur et d'interpeller le ministère public afin que soit mise en branle une procédure susceptible d'aboutir à l'établissement de sa paternité (§§ 17-18). Le 5 mai 1995, le ministère public avait refusé de mettre en œuvre une procédure dès lors qu'une demande de désignation d'un tuteur était pendante (§ 18). En juillet 1996, l'enfant avait été reconnu par le nouveau compagnon de sa mère (§ 23). En août 1996, le requérant avait à nouveau demandé qu'un tuteur soit désigné pour représenter l'enfant dans le cadre d'une procédure relative à sa paternité, mais le 15 novembre 1996, la *district court* a refusé dès lors que l'enfant avait désormais un père juridique (§ 25).

Il y a donc deux périodes distinctes à considérer : d'une part, la période antérieure à la reconnaissance par le nouveau compagnon ; d'autre part la période postérieure à celle-ci. Pendant la première période la question posée est celle de la possibilité de reconnaître un enfant sans le consentement de sa mère, pendant la seconde, la question devient celle de la possibilité de contester la paternité reconnue. Nous ne traitons ici que de la première question, la seconde est traitée dans le cadre de l'examen des conflits entre filiation biologique et socio-affective (voy. *infra* n° 1124).

A propos de la question de la reconnaissance sans le consentement de la mère, la Cour a relevé qu'il y avait deux voies procédurales (la désignation d'un tuteur ou l'action du ministère public)

qui étaient mutuellement exclusives (« où à tout le moins considérées telles par les autorités ») dès lors que le parquet avait refusé de procéder au nom du requérant dès lors qu'une demande de désignation d'un tuteur était pendante (§ 72). En tout état de cause, pour les juges de Strasbourg, l'aspect crucial de l'affaire résidait dans la circonstance qu'aucune des deux options n'était susceptible d'être mise en œuvre par le requérant lui-même : les autorités internes disposaient d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard (§ 73). En réalité, la Cour constitutionnelle de Pologne avait elle-même considéré cette situation contraire à la Constitution, aux termes d'un arrêt du 28 avril 2003.

74. In this context the Court also notes the relevance of the case-law of the Constitutional Court of Poland, referred to above (§§ 47 - 52) for the issues examined in the present case. In particular, the latter considered that the necessity of the mother's consent for the recognition of paternity, on the one hand, and the lack of standing before the court to have one's paternity recognised in law on the other resulted in a situation in which, in the absence of such a consent, a biological father would be deprived of any possibility of creating legal ties between himself and his child. It further emphasised that a decision of the authorities to institute proceedings with a view to creating such ties was left entirely to their discretion. All these factors taken together led that Court to the conclusion that relevant provisions were in breach of the putative father's right to respect for his private and family life, guaranteed by the Constitution.

Dès lors que la Cour constitutionnelle polonaise avait elle-même considéré que la nécessité du consentement de la mère conjugée à l'absence de droit d'agir directement en justice conduisait à des situations dans lesquelles le père d'un enfant se trouvait entièrement privé de la possibilité d'établir un lien juridique avec son enfant, on imagine bien que la Cour européenne n'a pas eu de difficulté à conclure à la violation de l'article 8¹⁹⁸⁴.

iii) *Le refus du père de reconnaître l'enfant : Kalacheva c. Russie et Tsvetelin Petkov c. Bulgarie*

1115. Dans l'affaire *Kalacheva c. Russie*, qui a donné lieu à un arrêt du 7 mai 2009, la requérante, Anna Kalacheva, une femme non mariée, avait mis au monde un enfant le 5 septembre 2003 (§ 6). En novembre de la même année, elle avait saisi le tribunal d'Astrakhan d'une action en recherche de paternité à l'encontre de A (§ 7). Le tribunal avait ordonné un test ADN qui avait révélé que A était bien le père biologique de la fille de la requérante (§ 8). Cependant, la défense de A avait allégué et démontré que des manquements procéduraux étaient intervenus dans le cadre du prélèvement (relatifs notamment aux mentions qui doivent figurer sur les enveloppes contenant les échantillons sanguins) (§ 9). Les juges russes avaient considéré que, dès lors qu'il n'était pas exclu que les échantillons analysés par les experts n'avaient pas été ceux prélevés chez les parties tandis que les autres éléments de preuves n'étaient pas suffisants, il n'était pas possible de conclure que A était le père (§ 10). Cette décision avait été confirmée en appel par la Cour régionale d'Astrakhan et la Cour suprême de la Fédération de Russie avait refusé de procéder à un *supervisory review* (§ 12). Pour la requérante, les juridictions internes auraient dû, en raison des manquements procéduraux entachant l'expertise ADN, faire conduire un nouveau test et non la débouter de sa demande. Pour le gouvernement russe, au contraire, il revenait à la requérante de solliciter elle-même cette nouvelle analyse, ce qu'elle n'avait pas fait.

La Cour a relevé, en premier lieu, que cette affaire ne concernait pas – à la différence d'autres affaires dont elle avait eu à connaître – la volonté du père ou de l'enfant d'établir ou de contester le lien de filiation, mais bien le souhait d'une mère d'établir un lien de filiation entre son enfant et son père biologique (§ 28). Elle a affirmé à cet égard, que l'établissement de la

¹⁹⁸⁴ Dans leur opinion dissidente, les juges GARLICKI et STEINER ont regretté qu'une place plus visible n'ait pas été allouée aux réflexions des juges constitutionnels internes. Selon eux, une référence plus appuyée aurait été cohérente avec l'idée de dialogue des juges. Les juges dissidents ont également considéré que le requérant n'avait pas fait preuve de toute la diligence requise et notamment n'avait pas épuisé les voies de recours interne.

filiation paternelle concernait la vie privée de la mère « qui porte seule la responsabilité de l'enfant mineur » en sorte que « la reconnaissance du père naturel, outre ses finalités financières et émotionnelles, peut aussi être importante du point de vue de l'image sociale de la requérante, de l'histoire médicale de sa famille et le réseau de droits et responsabilités tissés entre la mère biologique, le père biologique et l'enfant concerné » (§ 29)¹⁹⁸⁵.

Les juges de Strasbourg ont alors relevé qu'en l'espèce les juridictions internes n'avaient pas appliqué l'article 87 du Code de procédure civile suivant lequel « en cas de doute sur la précision ou la rationalité de conclusions d'expert, le juge peut ordonner une deuxième expertise conduite par d'autres experts », alors même que l'intérêt prééminent de l'enfant appelait en l'espèce une réponse dépourvue d'ambiguïté à la question de savoir si A était son père (§§ 15 et 36). Dans ces conditions, la Russie n'avait pas assumé son obligation positive de balancer adéquatement les intérêts en présence (§ 37).

1116. Dans l'affaire *Tsvetelin Petkov c. Bulgarie*, qui a donné lieu à un arrêt du 15 juillet 2014, la Cour a conclu à la violation de la Convention dans un contexte où la filiation du requérant avait été établie par défaut et sur base de témoignages unilatéraux après qu'il ait été simplement convoqué par voie de presse tandis que lui avait subséquentement été refusée la réouverture des débats (§§ 1-15).

La Cour a considéré que l'affaire concernait le droit au respect de la vie privée du requérant (§ 45) et relevé que le requérant dénonçait essentiellement la circonstance que les autorités auraient dû s'assurer, dans le contexte d'un litige sur la paternité, de déterminer avec certitude la nature de son lien avec l'enfant. Les juges internes auraient pu assumer cette obligation soit en veillant à s'assurer de sa participation à la procédure, soit d'accéder à sa demande de réouverture des débats (§ 50).

La Cour a affirmé que les situations de ce type avaient « des conséquences directes et profondes sur la vie privée du requérant » (§ 53) et insisté sur la circonstance que le test ADN était la méthode adéquate pour solder les litiges relatifs à la paternité ce qui, en l'espèce, correspondait à l'intérêt de toutes les parties concernées (§ 55). Sans décider si les manquements des autorités se situaient plutôt au niveau de la convocation au tribunal ou du refus de rouvrir les débats, le juge de Strasbourg a considéré qu'elles n'avaient – dans l'ensemble – pas assuré une implication suffisante du requérant dans le processus décisionnel qui avait abouti à l'établissement d'un lien de filiation (§ 57).

D. Les conflits entre parents socio-affectifs : *Moretti et Benedetti c. Italie*

1117. Une chose est de savoir si une relation parentale fondée sur l'engagement plutôt que sur le sang peut ou doit se traduire dans un lien juridique quand tous les protagonistes s'accordent sur l'opportunité de nouer un tel lien de droit (voy. *supra* n° 1095 et s.) ; une autre est d'arbitrer les conflits qui peuvent surgir entre différents adultes pouvant les uns et les autres faire valoir un lien affectif avec l'enfant susceptible d'actionner le mécanisme de l'article 8. Or, dans ce domaine, le nombre d'adultes concerné n'est pas *a priori* limité (comme il l'est par contre dans l'ordre de la filiation fondée sur le lien biologique) et les potentialités de conflits s'en trouvent logiquement démultipliées.

Dans l'arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* daté du 27 avril 2010 la Cour a donc examiné la requête déposée par les parents d'accueil d'un enfant qui avaient été privés de la possibilité de l'adopter. Ils avaient accueilli l'enfant en bas âge et avaient introduit une demande d'adoption

¹⁹⁸⁵ Traduction libre.

(§§ 4-7). Toutefois, lorsque l'enfant avait été déclaré adoptable, le tribunal avait désigné une autre famille (§§ 14 et 15). L'enfant avait été éloignée du domicile des requérants à l'intervention de la force publique (§ 16). Les requérants avaient saisi les juridictions italiennes en se plaignant de ce que leur propre demande d'adoption avait été ignorée et de ce que l'enfant avait été confiée à une autre famille en vue de l'adoption (§ 17). Le même jour leur demande d'adoption avait été classée au regard de la désignation d'une autre famille (§ 18). Le tribunal pour enfant de Venise les avait ensuite débouté de leur recours jugeant le choix de la nouvelle famille conforme à l'intérêt de A. (§ 19). La Cour d'appel de Venise avait finalement concédé que l'enfant aurait du avoir été confié aux requérants en vue de l'adoption, mais en décidant au surplus qu'au regard du temps écoulé, il convenait que l'enfant reste dans sa nouvelle famille (§ 22). Subséquemment, l'adoption était devenue définitive (§ 23).

La Cour a relevé que les requérants avaient accueilli l'enfant quand il avait un mois et s'en étaient occupé dix-neuf mois en vivant avec lui des « étapes importantes de sa jeune vie ». Elle a aussi souligné qu'il « existait entre les requérant et l'enfant un lien interpersonnel étroit et [qu'ils] se comportaient à tous égards comme ses parents de sorte que des “liens familiaux” existaient “de facto” entre eux » (§ 50). En somme, la Cour ne « [pouvait] exclure que malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté, le lien entre les requérants et A. relève de la vie familiale » (§ 51). Elle a rappelé qu'il n'existait pas de droit à l'adoption, étant entendu cependant que les Etats ont dans certaines circonstances l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux (§ 61-64).

Suivant la Cour, le problème au cœur du dossier était celui de l'accès à l'adoption : alors que l'enfant avait été placé chez les requérants et avait vécu avec eux de nombreux mois, il avait été subséquemment placé dans une autre famille, choisie pour l'adoption (§ 65). Suivant la Cour, l'on était en l'espèce « en présence d'intérêts difficilement conciliables à savoir ceux de l'enfant et des deux familles en cause » et « dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant (devait) être une considération primordiale » (§ 68).

La Cour a particulièrement insisté sur les exigences procédurales contenues dans l'article 8 et a relevé que la demande d'adoption formulée par les parents d'accueil avait été rejetée sans motivation et après que l'enfant ait été déclaré adoptable et confié à une autre famille (§§ 69-70). A ses yeux, la décision rendue en appel n'était pas de nature à réparer la « défaillance » du premier juge dès lors que le passage du temps et l'attachement progressif de l'enfant à sa nouvelle famille avait pérennisé la rupture avec les requérants (§ 70). La Cour a donc conclu qu'en l'espèce, « du fait des carences constatées dans le déroulement de cette procédure, (...) il y a eu une méconnaissance de l'obligation positive d'assurer le respect effectif du droit des requérants à leur vie familiale » (§ 71).

La juge KARAKAS a formulé une opinion dissidente où elle considère que l'article n'est pas applicable à l'espèce en tout cas sous l'angle de la vie familiale. Ainsi, selon elle, « comme les requérants assuraient l'accueil de A. à titre provisoire, cette situation ne pouvait leur donner aucun droit ou avantage aux fins de l'adoption ; dire le contraire reviendrait à admettre que les personnes qui accueillent des enfants à titre provisoire ont éventuellement la priorité en cas d'adoption. Or les juridictions internes doivent évaluer les demandes d'adoption présentées par d'autres familles en donnant la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Enfin, « la protection de l'enfant est bien plus importante que le désir des requérants de l'adopter, d'autant que, d'après le dossier, A. est très bien intégrée dans sa nouvelle famille et qu'il ne serait pas judicieux de procéder à une nouvelle séparation, qui pourrait lui causer un traumatisme (paragraphe 22 de l'arrêt) » et « le simple lien de fait établi entre les requérants et le bébé et le désir qu'avaient les requérants d'adopter celui-ci, n'étaient pas suffisants pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une vie familiale qui mérite la protection de l'article 8 de la Convention ».

E. Les conflits entre filiation biologique et filiation socio-affective : la mise sous pression du caractère exclusif de la filiation

1118. Les choses se compliquent encore quand le conflit se noue entre des adultes tirant respectivement leur légitimité potentielle de la dimension biologique et socio-affective de la filiation. Au contraire des conflits que nous avons examinés jusqu'à présent, la filiation juridique est *a priori* déjà fixée, mais elle est mise en cause tantôt par un parent biologique mettant en œuvre une action sur le mode spécifique de la filiation charnelle pour *anéantir* le lien juridique de son « rival » socio-affectif (i) tantôt par un parent socio-affectif utilisant la voie de la filiation adoptive pour *substituer* un nouveau lien juridique à celui initialement noué entre l'enfant et son « rival » biologique (ii). Encore faut-il bien préciser que la nature volatile des liens socio-affectifs implique que (peuvent) se confronte(r) en réalité : d'une part, un lien biologique enrichi – dans une mesure plus ou moins importante – d'une coloration socio-affective ; d'autre part, un lien purement socio-affectif dont l'intensité est évidemment elle aussi foncièrement variable et évolutive ...

La question fondamentale est donc ici celle résolution des situations de concurrence entre les *deux fondements* possibles de la filiation. Or, les efforts déployés pour résoudre cette question doivent prendre acte de ce que la hiérarchie qui pouvait exister autrefois entre le fondement biologique et le fondement volontaire semble désormais estompée. Les deux causalités seraient ainsi virtuellement « à égalité ». La jurisprudence de la Cour met au cœur de la filiation sa source socio-affective et sa fonction pragmatique : contraire à la réalité biologique, la filiation établie par présomption ou par reconnaissance peut être fermement protégée par le droit interne ; à l'inverse, la Cour semble progressivement assouplir les conditions dans lesquelles une filiation juridique correspondant au lien biologique, mais pas ou plus à la réalité socio-affective peut être écartée. Inéluctablement, cette logique conduit à entériner le *statu quo* dans les situations où le titre légal correspond au lien socio-affectif et est entrepris par le parent biologique et à suspendre à l'avis de l'enfant l'issue de celles où au contraire le titre légal correspond à la réalité biologique et est mis en cause par un parent socio-affectif. Une autre question fondamentale est celle de savoir s'il n'existe pas d'autres voies que celle de la filiation pour donner corps aux revendications. Peut-on faire une place au père biologique, en marge de la filiation établie par présomption ou reconnaissance ? Peut-on faire une place au père social, en marge du lien biologique ?

En termes de principe, on peut relever que : (1) celui qui est initialement investi du lien juridique de filiation est *a priori* en position de force ; (2) mais l'élément qui sera *in fine* déterminant réside semble-t-il dans les liens familiaux effectifs existant avec l'enfant ou à tout le moins dans la volonté persistante d'établir et/ou de maintenir de tels liens ; (3) encore faut-il préciser que la *place singulière du mariage* dans le système conventionnel se matérialise ici dans une grande réticence de la Cour à mettre en cause le caractère irréfragable de la présomption de paternité fondée sur l'union matrimoniale ; (4) *Hors du mariage*, l'exigence de vérification de l'intérêt de l'enfant reprend le dessus, avec une différence mineure suivant que la mère vit avec celui qui a reconnu l'enfant ou qu'elle a accepté la reconnaissance dans le cadre d'un processus d'abandon ; (5) à cet égard, on ne peut regretter, ici comme ailleurs, que la Cour se montre parfois insensible à l'impuissance – ici *de facto* – dans laquelle se trouvent certains titulaires de droits à établir des relations avec leur enfant. Il y a là une *forme d'empire du fait* corrélatif à la focalisation sur l'intérêt *hic et nunc* de l'enfant qui ne correspond pas nécessairement à son intérêt de longue portée quand son géniteur a aussi manifesté avec constance un intérêt pour lui dès sa naissance ; (6) En réalité, il apparaît, nous semble-t-il qu'aux yeux du juge européen, l'essentiel est que l'enfant puisse bénéficier de la filiation qu'il vit subjectivement comme telle, les hiérarchies abstraites entre fondements de la filiation de même que les intérêts particuliers des adultes qui l'entourent étant indiscutablement relégués au

second rang. Les arbitrages se jouent ici sur les nuances entre impossibilité absolue de modifier la filiation juridique et disponibilité complète du lien de filiation.

- i) *Le titre légal correspond au lien socio-affectif et est entrepris par le parent biologique : contestation de paternité et de reconnaissance*

1119. Le pivot est ici encore parfaitement identifiable, la filiation établie dans le mariage (i) résiste mieux aux assauts du parent biologique que celle établie en dehors de l'institution matrimoniale (ii). Or, comme l'a souligné, déjà en 2002, le Professeur MURAT, « à l'époque où une grande précarité affectait les relations hors mariage, elle pouvait s'expliquer ; depuis que la famille naturelle est reconnue comme une famille à part entière, les divergences au sujet des conditions et des délais des actions en contestation n'ont plus de base sérieuse »¹⁹⁸⁶. Cela étant, au titre de l'interprétation consensuelle de la Convention, la Cour continue d'accorder à la filiation dans le mariage un statut plus solide, correspondant aux solutions plébiscitées au niveau étatique. Il faut évoquer d'emblée un facteur de complexité supplémentaire : au sein des velléités du père biologique de contester la paternité légale, la Cour peine parfois à distinguer clairement le droit de connaître sa descendance, celui d'avoir des contacts avec l'enfant et celui d'établir un lien juridique de filiation.

α – La contestation de la paternité présumée

1120. Suivant la Cour, en matière d'établissement et de renversement de la filiation paternelle, « les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46). En outre, le juge de Strasbourg constate « l'absence d'approche commune dans la législation de vingt-quatre pays signataires de la Convention quant au point de savoir si le père biologique doit être autorisé à contester la filiation paternelle présomptive de ses enfants naturels » (§ 47)¹⁹⁸⁷. On peut à cet égard distinguer la situation dans laquelle la mère épouse après conception de l'enfant un autre homme que le père biologique et celle où l'enfant est conçu pendant le mariage avec un autre homme que le mari. Au détour de confusions étonnantes entre connaissance des origines, établissement de relations personnelles et établissement de la filiation, la Cour confirme, une fois encore, la suprématie conventionnelle de l'institution matrimoniale en prenant prétexte de la possibilité laissée à l'enfant de chercher plus tard, s'il le souhaite, à établir la paternité de son père biologique.

- La présomption au profit du nouveau mari : *Nylund c. Finlande*

1121. La mère d'un enfant conçu hors mariage peut-elle légitimement en épousant un autre homme faire définitivement obstacle à toute velléité du père biologique de l'enfant d'en endosser la paternité juridique ?

Dans l'affaire *Nylund c. Finlande*, qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité datée du 26 juin 1999, le requérant avait entretenu une relation conjugale avec une femme entre octobre 1987 et juin 1988. En mai 1988, il était apparu que cette femme était enceinte. Dès le mois de

¹⁹⁸⁶ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, pp. 191.

¹⁹⁸⁷ « 47. La législation interne de huit des vingt-quatre pays permet au père biologique de contester la présomption de paternité du mari (voir paragraphe 24 ci-dessus), tandis que dans dix autres pays le père biologique ne dispose pas de ce droit procédural (voir paragraphe 25 ci-dessus). Dans quatre des vingt-quatre pays en cause, le législateur a opté pour restreindre ce droit du père biologique seulement dans des cas où la réalité sociale ne correspondrait pas à la filiation légalement établie (voir paragraphe 24 ci-dessus). Dans deux autres pays, ce sont les autorités publiques qui peuvent intervenir sur la demande du père biologique et éventuellement contester la filiation paternelle de ses enfants naturels (voir paragraphe 24 in fine ci-dessus) ».

juillet 1988, elle avait épousé un autre homme. L'enfant, J., était né en janvier 1989 et le requérant prétendait être son père. Le 28 septembre 1989, le tribunal d'arrondissement d'Espoo avait décidé que le requérant ne pouvait reconnaître la paternité de J. dès lors que l'enfant était né pendant le mariage, que la présomption de paternité trouvait à s'appliquer et que la mère contestait la paternité du requérant. En juin 1991, le requérant avait mis en œuvre une action en justice tendant à déterminer s'il était ou pas le père biologique de J. Le 10 mars 1992, le tribunal avait décidé que le requérant n'avait pas le droit de faire établir s'il était ou pas le père. Le tribunal avait à cet égard retenu les motifs suivants : la « loi donnait aux tribunaux la possibilité de déclarer simplement qu'un homme et un enfant étaient en vérité étroitement liés par le sang, sans pour cela établir entre eux un lien juridique de filiation » mais « en vertu de la loi sur la paternité, un homme qui prétendait être père n'avait pas le droit d'agir en justice pour faire établir la filiation paternelle d'un enfant né dans les liens du mariage ». Dans ce contexte et « eu égard aux articles 8 et 12 de la Convention et à l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention, ainsi qu'à l'article 7 de la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant [...] le requérant n'avait pas le droit de faire établir judiciairement s'il était ou non le père de J. ». En décembre 1992, la Cour d'appel d'Helsinki avait confirmé la décision en se fondant toutefois sur des motifs différents : « le requérant avait seulement demandé à ce que l'on déterminât s'il était le père de l'enfant née pendant le mariage de T. et R. La paternité biologique, en tant que fait distinct de la filiation, ne créait en soi ni droit ni obligation pour l'homme ou l'enfant. En outre, l'établissement d'un tel fait sans le consentement des parents de l'enfant perturberait les relations dans la famille de celle-ci. Dans l'intérêt de l'enfant, il était inutile d'établir une paternité biologique distincte de la filiation ».

Le requérant dénonçait une atteinte aux articles 6 et 8 et 14 de la Convention. Selon lui, la loi finlandaise sur la filiation permettait à la mère de « kidnapper juridiquement » l'enfant ce qui n'était pas acceptable dès lors que « des considérations légitimes telles que l'égalité des sexes et la protection de la relation entre l'enfant et ses parents biologiques [...], [l'emportaient] sur la nécessité de défendre l'institution sociale de la famille ». Le grief du requérant comportait deux aspects : d'un côté, il se plaignait du « droit absolu de la mère de décider qui est le père de l'enfant » ; de l'autre, il évoquait le « droit de l'enfant de connaître son véritable père ». La Cour avait d'ailleurs pu affirmer que l'action du requérant concernait « le droit de faire établir la simple paternité biologique » mais pouvait aussi « se comprendre comme une demande visant à contester la paternité du mari et à faire établir la sienne ».

Sous l'angle de l'article 8, le requérant dénonçait le fait que l'unité familiale constituée de lui-même et de la mère alors enceinte [n'avait] bénéficié d'aucune protection ».

La Cour a, *en premier lieu*, estimé que la relation entre le requérant et l'enfant ne constituait pas une vie familiale. Ainsi, « le requérant et la mère vivaient ensemble et étaient fiancés lorsque cette dernière est tombée enceinte ». Cependant, « la mère [avait] refusé que le requérant crée des liens avec l'enfant » et « [niait] que le requérant soit le père ». Il est intéressant de relever que c'est uniquement l'attitude de la mère qui justifie en l'espèce la disqualification de la vie familiale : c'est ce qu'elle fait (refuser la création de liens) et ce qu'elle dit (que le requérant n'est pas le père) qui implique l'inapplicabilité de ce volet de l'article 8 de la Convention. *Par contre*, la demande du requérant relevait de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention. A cet égard, la Cour a souligné que son action « [avait] pour but l'homologation d'un fait biologique allégué plutôt que l'établissement de relations juridiques ».

Dans ce contexte, elle a souligné que l'espèce se distinguait de l'affaire *Kroon et autres* (voy. *supra* n° 1091). Ainsi, dans *Kroon*, la présomption de paternité « contrecarrait les désirs des intéressés » tandis que dans *Nylund* elle « allait [...] dans le sens des souhaits du couple marié pendant le mariage duquel l'enfant est née ». En outre, l'action du requérant n'était en mesure de créer aucun droit ou obligation, mais pouvait par contre entraîner des perturbations dans les

relations familiales. Il se justifiait dès lors que « les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique ». La Cour a encore constaté qu'« en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité » en précisant toutefois que « cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle conclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même ».

Le requérant faisait également valoir que les articles 8 et 14 combinés de la Convention avaient été violés au titre du droit de la mère de l'enfant de l'empêcher d'établir sa paternité. La Cour ne lui a pas non plus donné raison sur ce terrain spécifique. Ainsi, d'une part, pour la période postérieure au mariage, la Cour a relevé que « le mariage continue d'être caractérisé par un ensemble de droits et d'obligations qui le différencient de façon marquée de la situation d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble » en sorte que « le requérant et la mère de l'enfant n'étaient pas dans une situation analogue au sens de l'article 14 ». D'autre part, pour la période antérieure au mariage de la mère, la Cour a relevé que dans la mesure où on pouvait « considérer que [le requérant et la mère de l'enfant étaient dans une situation analogue] à l'époque de leur vie commune, [...] le point de vue des juridictions nationales [poursuivait] le but légitime de garantir ou de réconcilier les droits de l'enfant et de sa famille, et que les moyens employés à cette fin ne sont pas disproportionnés ».

Il est difficile de tirer des enseignements de principe de cette décision *Nylund* dans laquelle les deux volets de la revendication – portant à la fois sur la connaissance du fait biologique et sur sa reconnaissance en droit – sont tantôt considérés dans l'unité de l'intention du requérant, tantôt désolidarisés d'une manière qui peut sembler arbitraire : le droit du requérant d'établir la réalité de son lien biologique à l'enfant lui est dénié au motif que la mise au jour de cette vérité génétique n'est pas en mesure d'avoir des conséquences en termes de droits et obligations. En d'autres termes, on rejette un aspect de la demande du requérant (celui portant sur le fait biologique) en s'appuyant sur la règle de droit qui fait l'objet du second versant de sa critique (celui portant sur la possibilité pour la mère de choisir le père juridique). Il semble qu'il y ait là une circularité critiquable et une justification qui *in fine* ne procure guère d'orientation dans les arbitrages à opérer dans les cas similaires. Seul l'argument tiré de la possibilité pour l'enfant d'agir ultérieurement semble constituer un véritable motif à l'appui de la décision de la Cour, mais ce motif paraît bien théorique au regard de la consolidation de fait inévitablement associée à l'écoulement du temps.

- La présomption au profit du mari : *Chavdarov c. Bulgarie*

1122. On peut alors se demander si, en définitive, la Cour n'accepte pas purement et simplement que la filiation établie par application du principe *pater is est quem nuptiae demonstrant* soit protégée de manière absolue contre la menace représentée par le père biologique. A défaut d'affaire concernant directement la contestation par le père biologique d'une paternité présumée correspondant à un lien socio-affectif, nous nous permettons de renvoyer ici à l'exposé de l'affaire *Chavdarov* (voy. *supra* n° 1092). Dans celle-ci, le requérant était un père biologique qui élevait seul les trois enfants concernés. Pourtant, la Cour n'avait pas jugé inacceptable qu'il ne puisse pas contester la paternité en le renvoyant à des alternatives (adoption et placement) et en soulignant la possibilité des enfants d'agir eux-mêmes ultérieurement. Au regard de la décision atteinte dans cette affaire, il semble que l'on peut considérer qu'*a fortiori* l'invincibilité de la présomption de paternité du mari serait jugée parfaitement acceptable lorsqu'elle est corroborée par un lien affectif.

1123. La jurisprudence de la Cour en matière de filiation reconnue paraît quant à elle provisoirement consolidée. Ayant relevé l'émergence d'une certaine tendance européenne à permettre la contestation de la paternité reconnue¹⁹⁸⁸, les juges européens refusent les situations dans lesquelles il n'est pas possible d'arbitrer *in concreto* l'intérêt de l'enfant, mais admettent que les juridictions nationales rejettent toute velléité de contestation lorsqu'il existe un lien socio-affectif entre l'enfant et son parent légal. Au terme de cette analyse des décisions rendues en matière de contestation de reconnaissance, on ne peut que souligner le caractère relativement formel de la distinction opérée entre la vérification *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et le rejet absolu de la possibilité de contester la paternité reconnue. Non sans cohérence, la Cour fait montre d'une certaine inclination à favoriser l'intégration de l'enfant dans la famille recomposée par le parent avec lequel il vit principalement au détriment le cas échéant des droits du parent moins présent dont la relation avec l'enfant s'est progressivement délitée.

- Le simple renvoi à la reconnaissance : *Rozanski c. Pologne*

1124. Nous avons déjà évoqué ci-avant l'affaire *Rozanski c. Pologne* (voy. *supra* n° 1114) dans laquelle un père s'était trouvé dans l'impossibilité de reconnaître son enfant biologique à défaut pour la mère d'y consentir. Comme on l'a vu, la circonstance que cet homme n'avait directement accès à aucune procédure lui permettant de demander l'établissement de sa filiation emportait violation de la Convention. En l'occurrence, l'enfant avait finalement été reconnu – en juillet 1996 – par le nouveau compagnon de sa mère et nous nous intéressons maintenant, non plus à l'impossibilité pour le père de reconnaître l'enfant, mais bien à l'impossibilité subséquente dans laquelle il s'était trouvé de contester la paternité établie à l'égard du nouveau compagnon.

Postérieurement à la reconnaissance, le requérant avait en effet à nouveau demandé la désignation d'un tuteur susceptible d'agir afin d'établir sa filiation, mais les juridictions internes avaient refusé de procéder à cette désignation dès lors que l'enfant avait désormais un père juridique (§§ 25-28). Sans plus de succès, le requérant avait aussi actionné l'autre possibilité offerte par le droit polonais en demandant au ministère public de mettre en œuvre une procédure relative à la paternité (§§ 26-27). Dans ce contexte, il dénonçait au juge européen des droits de l'homme, l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé, après juillet 1996, de contester la paternité du nouveau compagnon de la mère (§§ 58-59).

Ayant rappelé, sur le plan des principes, en renvoyant aux arrêts *Kroon et autres* et *Keegan*, que l'article 8 de la Convention exige des Etats qu'ils prennent les mesures nécessaires pour permettre dès la naissance ou dès que possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (§ 65), la Cour a considéré que cette disposition avait été violée.

A ses yeux, « la circonstance que les autorités disposaient d'un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y avait lieu d'instituer une procédure tendant à contester la paternité établie par la reconnaissance n'est pas en soi critiquable ». En effet, cette option traduit la volonté de « sauvegarder le meilleur intérêt de l'enfant dont la paternité a déjà été reconnue et aussi de mettre en balance l'intérêt de l'enfant et celui du père biologique supposé » (§ 75)¹⁹⁸⁹. Cependant, le droit national ne contenait aucune ligne de conduite quant à la manière dont cette prérogative confiée aux autorités compétentes devait être mise en œuvre, ce qui n'était pas

¹⁹⁸⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, §§ 69-70.

¹⁹⁸⁹ Traduction libre.

acceptable, même s'il se conçoit que, dans le contexte d'un tel pouvoir discrétionnaire, l'on ne peut exiger les mêmes garanties procédurales que dans une procédure judiciaire (§ 76).

Dans ce contexte déjà problématique, tant le ministère public que les juridictions avaient écarté la demande du requérant par simple référence à la reconnaissance à laquelle avait procédé le nouveau compagnon de la mère avec le consentement de celle-ci, sans que soient nullement prises en considérations les circonstances factuelles de l'affaire et sans que soient mis en balance l'intérêt du requérant en tant que père biologique supposé et ceux de la famille constituée ensuite de la reconnaissance litigieuse. Il s'ensuivait que les droits du requérant n'avaient pas été dûment pris en considération (§§ 77-78).

- Le constat de l'existence d'un lien socio-affectif : *Ahrens c. Allemagne*

1125. Dans l'affaire *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, le requérant était un homme qui avait eu une relation avec une femme, Madame P., entre Pâques et septembre 2003. En février 2004, cette femme avait commencé une relation avec un autre homme et en septembre 2004 elle s'était installée avec celui-ci. Cependant, en octobre et novembre 2004, le requérant et Madame P. avaient eu des contacts intimes. En décembre 2004 Madame P. avait informé le requérant de ce qu'elle était enceinte. En juin de la même année, son nouveau compagnon avait reconnu, avec son consentement, l'enfant à naître.

En octobre 2005, le requérant avait lancé une action en contestation de la paternité du nouveau compagnon de Madame P. en arguant de ce qu'il avait eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant durant la période légale de conception. Une première expertise avait démontré que Monsieur M., le nouveau compagnon de Madame P., n'était pas le père de l'enfant. Une seconde expertise avait démontré que la probabilité pour que le requérant soit le père de l'enfant était de 99,99 %. Le juge avait alors rendu une décision anéantissant la paternité de Monsieur M. et établissant celle du requérant. Suivant le tribunal, il n'y avait pas de relation sociale et familiale suffisante (exigence d'une durée de deux ans) entre Monsieur M. et l'enfant pour empêcher le requérant de contester la paternité. Cette décision avait cependant été réformée par la Cour d'appel de Berlin qui avait considéré qu'il existait entre l'enfant et le compagnon de sa mère une relation sociale et familiale faisant obstacle à la contestation.

De manière intéressante, le requérant faisait valoir – sur pied de l'article 8 et en citant les arrêts *Rozanski c. Pologne* et *Zaunegger c. Allemagne* – que « les intérêts concurrents doivent être mis en balance dans chaque cas individuel ». Il faisait également valoir que, contrairement à ce qui est requis pour les affaires qui concernent l'état civil, les juridictions allemandes n'avaient pas traité l'affaire avec une diligence suffisante en sorte que c'était en réalité l'écoulement du temps qui avait déterminé l'issue de la procédure. Aux yeux du gouvernement allemand, la décision prise par la Cour d'appel de Berlin n'avait pas constitué une interférence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et poursuivait, en tout état de cause, l'objectif légitime de protéger les droits et libertés de l'enfant et de ses parents légaux. Cette interférence était aussi nécessaire dans une société démocratique. Le législateur avait ménagé un équilibre adéquat entre les intérêts conflictuels considérés. La solution retenue, suivant laquelle il y avait lieu de privilégier les liens familiaux légaux s'ils correspondaient à une relation parentale effective, insufflait de la sécurité juridique dans le droit de la filiation et évitait à l'enfant le stress induit par une vérification dans chaque cas individuel de son intérêt (§§ 49-50). Plus spécifiquement, il était adéquat de mettre à charge du père biologique la preuve de l'absence de relation sociale et familiale entre le père légal et l'enfant (not. par l'absence de cohabitation) (§ 51)¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁹⁰ Il est intéressant de relever que les parents légaux de l'enfant sont intervenus dans la procédure au titre de partie tierce.

Ayant relevé qu'elle n'était en l'espèce pas convaincue de l'existence d'une vie familiale, mais que, par contre, l'établissement et la contestation de la paternité concernaient la vie privée (§§ 58-60), la Cour a considéré que la décision prise par les juridictions nationales poursuivait l'objectif légitime de protéger l'unité familiale constituée par P, M et l'enfant (§ 62). A cet égard, la Cour a souligné – en se référant notamment à *Sommerfeld* (voy. *supra* n° 756) – que l'intérêt de l'enfant revêtait une importance primordiale dans de telles affaires et pouvait prévaloir sur les intérêts des parents (§ 63). S'agissant de la marge de manœuvre à concéder à l'Allemagne, la Cour a relevé qu'il existait parmi les Etats parties « une certaine tendance » à permettre au père biologique de contester la paternité légale dans des circonstances semblable à celle de l'espèce. Pour autant, cette tendance ne correspondait pas à un consensus établi susceptible de réduire de manière décisive la latitude à reconnaître à l'Etat défendeur. En outre, la marge d'appréciation étatique relative au statut légal de l'enfant est plus large que celle relative au droit aux contacts ou à des informations dans la mesure où notamment – comme il avait été souligné dans *Görgülü* et *Anayo* – la question des contacts peut induire la rupture « effective » des relations entre un parent et un jeune enfant (§§ 69-70). Selon la Cour, le requérant avait un intérêt protégé à établir la vérité à propos d'un aspect important de sa vie privée étant « le fait d'être le père [de l'enfant] et sa reconnaissance par le droit » (§ 71) tandis que la décision interne faisait prévaloir la relation familiale existant entre l'enfant et son père légal qui vivait avec sa mère et en assumait la responsabilité parentale au quotidien (§ 72).

L'affaire se distinguait de l'affaire *Anayo c. Allemagne* (voy. *supra* n° 809) : le requérant réclamait la paternité juridique à l'égard de l'enfant qui va beaucoup plus loin que « le simple établissement de la paternité biologique dans le but d'avoir des contacts avec l'enfant concerné et des informations à propos du développement de cet enfant » (§§ 66-67)¹⁹⁹¹. Aux yeux de la Cour, « s'il [pouvait] être déduit de l'arrêt *Anayo* que l'article 8 de la Convention peut être interprété comme imposant aux Etats membres une obligation d'examiner s'il est dans l'intérêt de l'enfant de permettre au père biologique d'établir une relation avec lui [...], cela n'implique pas nécessairement l'obligation conventionnelle de permettre au père biologique de contester la paternité légale » (§ 74)¹⁹⁹². L'affaire se distinguait aussi de l'affaire *Rozanski c. Pologne* : le droit allemand ne prévoyait pas une impossibilité absolue de contester la reconnaissance mais protégeait la paternité reconnue dès lors que comme en l'espèce il existait un lien socio-affectif entre le père légal et l'enfant (§ 74). Dans ce contexte, la Cour a considéré, à l'unanimité, que le refus opposé par les juridictions allemandes à la demande du requérant ne dépassait pas la marge d'appréciation dont bénéficiait l'Allemagne (§ 75).

Il restait à vérifier que le processus décisionnel avait été équitable et avait procuré au requérant une protection adéquate de ses intérêts (§ 76). En premier lieu, la Cour a relevé que les juridictions allemandes avaient veillé à vérifier qu'existait bel et bien une « unité familiale durable » (§ 77) tandis que la durée globale de la procédure – trois ans et sept mois pour trois niveaux de juridiction – n'avait pas été excessive (§§ 79-80).

Le requérant vantait également une violation des articles 14 et 8 combinés s'estimant discriminé par rapport au père légal et à la mère de l'enfant. La Cour ne l'a pas non plus suivi sur ce terrain dès lors que la raison de cette différence de traitement était l'objectif de « protéger l'enfant et sa famille sociale des perturbations externes » en sorte qu'elle n'excédait pas la marge d'appréciation à reconnaître à l'Etat (§ 89).

- La vérification *in concreto* de l'intérêt de l'enfant : Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie

¹⁹⁹¹ Traduction libre.

¹⁹⁹² Traduction libre.

1126. On se souvient que dans *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, le mécanisme de la reconnaissance avait été manifestement instrumentalisé pour réaliser une forme détournée d'abandon de l'enfant (voy. *supra* n° 1111). La Cour y a considéré qu'il y avait eu une interférence dans le droit au respect de la vie privée du requérant (§ 29) et a relevé que le pouvoir discrétionnaire dont étaient investies les autorités internes quant à la mise en œuvre d'une contestation de paternité n'était pas en soi contraire à la Convention (§ 33). En outre, l'affaire devait être distinguée de l'affaire *Rozanski* dès lors que « les autorités nationales avaient refusé de mettre en œuvre une action relative à la paternité pour le compte de Monsieur Tóth, non pas en raison du seul fait que Monsieur P. avait déjà procédé à la reconnaissance de l'enfant, mais après avoir soigneusement pesé l'intérêt de l'enfant » étant entendu qu'en outre le requérant avait été impliqué dans la procédure (§ 33). La Cour a dès lors conclu unanimement à l'absence de violation de la Convention, considérant que contrairement aux autorités polonaises dans l'affaire *Rozanski*, les autorités hongroises n'avaient pas, dans le contexte de cette affaire, mis en œuvre le pouvoir discrétionnaire d'une manière superficielle ou sommaire nonobstant la conclusion à laquelle elles étaient parvenues (§ 36). Nous avons critiqué, plus haut, cette approche qui sous couvert de la recherche du meilleur intérêt de l'enfant implique une prévalence absolue des choix posés par la mère (voy. *supra* n° 1112).

ii) *Le titre légal correspond à la réalité biologique et est mis en cause par un parent socio-affectif : l'exigence d'un désintérêt manifeste ?*

1127. On peut distinguer *trois situations* faisant chacune l'objet d'une ligne jurisprudentielle spécifique : la situation dans laquelle un enfant est adopté par le nouveau compagnon de la mère¹⁹⁹³ (i), celle où l'enfant est mis en adoption par les services sociaux¹⁹⁹⁴ (ii) et celle où un enfant est mis en adoption par la mère¹⁹⁹⁵ (iii). En la matière, la Cour exige que soient démontrées autant l'absence d'effectivité du lien biologique que l'effectivité du lien socio-affectif avec le beau-parent. Il est intéressant de relever que la Cour prend en considération avec constance *l'attitude individuelle du parent biologique s'opposant à l'adoption* : s'il a manifesté peu d'intérêt pour son enfant, la Cour valide l'adoption prononcée par les autorités internes.

α – L'adoption par le beau-parent

1128. A plusieurs reprises, la Cour a notamment eu à connaître de situations où un enfant avait été adopté par le nouveau partenaire de vie de l'un de ses parents et contre le consentement de l'autre parent. Il semblerait que dans sa jurisprudence, la Cour n'ait jamais (?) pris le parti de censurer une décision d'adoption prononcée par le juge interne au profit du parent social de l'enfant. Pourtant, on pourrait se poser la question de savoir si, dans ce cas de figure, l'adoption est nécessairement la technique juridique la plus appropriée pour la reconnaissance, en droit, du lien entre beau-parent et enfant.

- L'inconstance de l'intérêt du parent biologique : *Söderback c. Suède*

1129. Dans l'affaire *Söderback c. Suède* qui a donné lieu à un arrêt du 28 octobre 1998, le requérant avait eu une fille avec une amie. L'enfant était née en septembre 1982 et le requérant – qui avait un problème d'alcool – l'avait rencontrée ponctuellement et avait assisté à son baptême (§§ 6-7). Tant le requérant que la mère de l'enfant s'étaient installés avec une autre personne (§§ 8-9). Des contacts ponctuels avaient continué à intervenir, mais le requérant, en souhaitant davantage, avait demandé l'aide des services sociaux (§§ 10-11). En novembre 1988,

¹⁹⁹³ Cour eur. dr. h., arrêt *Söderback c. Suède* du 3 octobre 1998.

¹⁹⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Johansen c. Norvège* du 27 juin 1996.

¹⁹⁹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994.

le mari de la mère de l'enfant avait sollicité l'autorisation de l'adopter¹⁹⁹⁶, malgré le refus du requérant de consentir à semblable adoption (§ 12). En décembre 1989, le tribunal avait – malgré un avis en sens inverse émis par le conseil social de Nyköping (§ 13)¹⁹⁹⁷ – fait droit à cette demande (§ 14). Cette décision avait été confirmée en degré d'appel (§ 15). La Commission avait, dans son rapport, conclu à la violation de la Convention (§ 19).

La Cour a relevé d'emblée – en renvoyant à *Keegan* (voy. *supra* n° 1110) – que la décision interne constituait une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie familiale (§ 25) et que cet ingérence poursuivait le but légitime de protéger les droits et libertés de l'enfant (§ 26).

Au plan de la nécessité dans une société démocratique, la Cour a conclu, unanimement, à l'absence de violation de la Convention. Elle a retenu, pour parvenir à cette conclusion, deux arguments principaux. En premier lieu, les liens entre le requérant et l'enfant n'étaient pas d'une très grande intensité et s'il apparaissait qu'il avait rencontré des problèmes personnels, il n'empêchait qu'après avoir surmonté ceux-ci il avait attendu plus de deux années (entre 1984 et 1987) avant de demander aux services sociaux de l'aider à pouvoir rencontrer sa fille (§ 32). D'un autre côté, la relation entre l'enfant et son beau-père s'intensifiait. La petite fille avait vécu avec cet homme depuis sa naissance. Il avait participé à son éducation et elle le considérait comme son père en manière telle que « lorsque le tribunal de district [avait autorisé] l'adoption en décembre 1989, il existait des liens familiaux de facto entre le père adoptif et la mère depuis cinq ans et demi, jusqu'à leur mariage en janvier 1989, et entre lui et M. depuis six ans et demi » et que l'adoption avait « consolidé et officialisé » ces liens (§ 33). Au surplus, les deux hommes qui se disputaient la paternité avaient été entendus par le juge interne qui s'était en outre fondé sur une enquête sociale. Dans ce contexte, le juge interne, nécessairement mieux placé que le juge européen pour établir un équilibre entre les intérêts en conflit, n'avait pas outrepassé la marge d'appréciation dont il bénéficiait (§ 34). La Cour accorde donc dans cette affaire un poids non négligeable à la circonstance que dans une certaine mesure le requérant n'avait pas manifesté avec une parfaite constance sa volonté de rester en contact avec sa fille. Cet élément, corrélé à la qualité du processus décisionnel a fait pencher la balance en faveur de la décision atteinte par le juge suédois¹⁹⁹⁸.

- Le désintérêt persistant du parent biologique : *Kuijper c. Pays-Bas et Chepelev c. Russie*

1130. Dans sa décision *Kuijper c. Pays-Bas* du 3 mars 2005, la Cour a à nouveau considéré que les juridictions internes n'avaient pas violé la Convention en accueillant, en 1998, la demande d'adoption d'un enfant, alors âgé de 17 ans, par la nouvelle épouse de son père,

¹⁹⁹⁶ Il était alors âgé de six ans.

¹⁹⁹⁷ Aux termes du paragraphe 13 de l'arrêt, le rapport contenait les remarques suivantes : « Les enquêteurs sont d'avis que [M.], comme tous les enfants, a le droit de connaître ses origines. Il est également important qu'elle en soit informée le plus tôt possible. Dès lors, nous ne partageons pas l'opinion de [K.W.] et [M.W.] selon laquelle il est préférable pour [M.] d'attendre. Au contraire, nous croyons que selon toute probabilité, le fait de dire à [M.] à l'adolescence ou à l'âge adulte que [M.W.] n'est pas son père naturel sera pour elle une expérience traumatisante. Nous estimons également que [M.] a le droit de connaître son père et la famille de celui-ci. Nous ne partageons pas les craintes de [K.W.] et [M.W.] que [M.] s'éloigne de [M.W.], tout en sachant qu'il serait naturel qu'elle réagisse d'une façon ou d'une autre. Toutefois, nous sommes d'avis qu'il pourrait être bénéfique pour [M.] de connaître son père et la famille de celui-ci. L'amour filial qu'elle ressent pour [M.W.] n'en sera pas pour autant altéré et [M.W.] demeurera probablement toujours le père de [M.] sur le plan psychologique. Les enquêteurs considèrent qu'il ne s'agit pas de dire quel est le « meilleur » père, mais qu'il s'agit plutôt du droit de connaître et de rencontrer ses ascendants. Nous ne jugeons donc pas qu'il convienne d'appuyer la demande d'adoption de M. formulée par M.W. »

¹⁹⁹⁸ Pour Pierre MURAT, l'arrêt Söderback constitue un exemple de distorsion où le lien biologique fonde le constat de l'existence d'une vie familiale mais où l'intégration dans la famille est plutôt envisagée dans le foyer de la mère et de son compagnon (P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, pp. 161-208).

malgré le veto opposé par la mère biologique. En l'espèce, celle-ci avait manifesté peu d'intérêt pour sa fille depuis la séparation du couple parental – en 1985 – et avait notamment résidé durant plusieurs années à l'étranger. La jeune fille, qui souffrait d'un problème d'audition avait été éduquée depuis l'âge de quatre ans par son père et sa belle-mère qu'elle considérait comme sa véritable mère. Elle était favorable au projet d'adoption et avait notamment pu s'en expliquer devant la Cour d'appel d'Arnhem¹⁹⁹⁹. Pour les juridictions internes, qui s'appuyaient sur les décisions rendues par la Cour suprême dans des affaires similaires, la mère de l'enfant, en s'opposant à l'adoption projetée, abusait du droit de veto qui lui était reconnu par l'article 1:228 du *Burgerlijk wetboek*. En outre, le 1^{er} avril 1998, quelques jours après la demande d'adoption, était entrée en vigueur une loi insérant expressément dans la disposition considérée la possibilité de prononcer l'adoption sans le consentement d'un des parents.

La requérante considérant que l'ingérence – non contestée – dans sa vie familiale n'était pas prévue par la loi, la Cour a relevé, d'un côté, que depuis 1994 au moins les juridictions internes mettaient en œuvre cette solution qui avait par la suite été coulée dans les termes d'une loi et, de l'autre, qu'« un problème de prévisibilité [pouvait] seulement surgir au sens de la Convention si l'établissement des faits ou du droit [était] manifestement déraisonnable ou arbitraire » dès lors qu'« il découle logiquement du principe suivant lequel les lois sont d'application générale que la formulation des dispositions légales n'est pas toujours précise. La nécessité d'éviter une rigidité excessive et de rester en phase avec des circonstances changeantes impliquent que de nombreuses lois sont inévitablement rédigées dans des termes qui, dans une plus ou moins large mesure, sont vagues »²⁰⁰⁰. En outre, a poursuivi la Cour, la décision critiquée avait pour but de protéger « la santé et la morale » et « les droits et libertés » de l'enfant, de son père et de sa belle-mère.

En rappelant que les autorités nationales avaient le bénéfice de contacts directs avec toutes les personnes concernées et qu'il y avait lieu de reconnaître une importance particulière à l'intérêt de l'enfant, la Cour a considéré – unanimement et en renvoyant à Söderback – que les juridictions néerlandaises n'avaient pas en l'occurrence outrepassé leur marge d'appréciation. Elle a, à cet égard, souligné les éléments suivants : (1) l'enfant était presue majeure au moment de la requête en adoption ; (2) elle soutenait complètement cette initiative ; (3) la requérante avait eu une large possibilité d'exprimer son point de vue ; (4) la décision interne était abondamment motivée et (5) les contacts et relations entre la mère et la fille étaient limités depuis 1986.

1131. Dans un arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007, la Cour a également conclu à la non-violation de l'article 8. En l'occurrence, les autorités russes avaient permis l'adoption par le

¹⁹⁹⁹ Selon l'enfant : « This is a picture of the family to which I belong. That is what it is all about. I consider my stepmother as my mother. I really want the adoption very much. The contact with my biological mother is just not right. Sometimes she wants me and then again not. She did try to do nice things with me but I was always only briefly there. I have never understood why she did not want to see me regularly. When she finally returned to the Netherlands seven years had passed. Then it did not work out anymore. I do not have the feeling that she takes me seriously. I have sought contact with her in 1996. Then she did not want to answer questions which I had. The same thing happened when we spoke over the telephone in 1998 in connection with the filing of the adoption request. The contact that I have with Carmen [X's stepmother] is the most important. I just feel that way. She was already there as from my fourth year. There is a strong bond between us. She has taught me to speak with my hearing disability and has taught me how to ride a bicycle. I do understand why my biological mother disagrees with the adoption request. I have things sorted out much better now. I have also been able to do that because I fight for my interests. At school things are now also better. I realise that the adoption will not change things very much but I want to show that Carmen is my real mother. [Emotionally speaking,] I have taken leave from my biological mother already a long time ago. This adoption is a confirmation of that. I have severed the ties with my biological mother a long time ago. Now I want to express, also in a legal sense, the connection I feel with Carmen. I have no contact any more with my maternal family. I have often tried to have a serious conversation with my biological mother but she just wanted to keep things on a cosy [superficial] level. For the rest, I refer to what I have put in writing ».

²⁰⁰⁰ Traduction libre.

nouveau mari d'une femme de l'enfant que celle-ci retenait d'un précédent mariage. Le père de l'enfant – qui avait déménagé dans une région éloignée de celle où vivait son ex-femme et leur enfant commun – s'était opposé à l'adoption. Requérant à Strasbourg, le père estimait que l'adoption réalisée sans son consentement constituait une violation de son droit au respect de sa vie familiale.

Le gouvernement faisait valoir en particulier que le requérant, en ne prenant pas part à l'éducation de l'enfant et en s'éloignant volontairement d'elle, « avait lui-même créé les conditions » d'une adoption sans son consentement (§ 22)²⁰⁰¹. Le requérant exposait qu'il avait quitté Murmansk pour Uglich suite à une décision prise avec sa femme et que celle-ci devait le rejoindre avec leur fille. Elle avait cependant noué une relation avec un autre homme. Les liens noués avec cet autre homme ne justifiaient pas la rupture du lien entre lui et sa fille (§ 23).

La Cour a relevé que l'adoption considérée constituait une ingérence dans la vie familiale du requérant (§§ 24-25) et que cette ingérence était prévue par la loi russe et poursuivait un objectif légitime – d'ailleurs expressément visé par les dispositions pertinentes – étant la protection de l'intérêt de l'enfant (§ 26). Après avoir souligné, une nouvelle fois, que les juges internes avaient le bénéfice de contacts directs avec les personnes concernées (§ 27), elle a relevé qu'en l'espèce, avant l'adoption, les contacts entre le requérant et son enfant étaient rares dans la mesure où il n'avait plus vécu avec lui depuis qu'il avait atteint l'âge d'un an et dix mois et ne l'avait plus rencontré depuis qu'il avait atteint l'âge de deux ans, soit plus de trois ans avant que l'adoption intervienne (§ 28), tandis que personne ne mettait en question l'existence de liens affectifs entre le nouveau mari de la mère de l'enfant et celui-ci. La Cour a ensuite rappelé que l'existence ou la non-existence d'une vie familiale est essentiellement une question de fait et a dès lors considéré qu'en l'espèce – comme dans l'arrêt *Eski* (voy. *infra* n° 1132) – l'adoption n'avait pas constitué le point de départ du lien familial entre l'adoptant et l'enfant, mais bien consolidé et formalisé un lien préexistant (§ 29). Enfin, elle a relevé que l'enfant vivait dans de bonnes conditions et que les services sociaux avaient estimé l'adoption conforme à l'intérêt de l'enfant (§ 30). Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a estimé que la décision des autorités russes entraînait dans le champ de leur marge d'appréciation et ne pouvait être conçue comme violant l'article 8 de la Convention (§§ 31-32).

- Les violences à l'égard de l'autre parent : *Eski c. Autriche*

1132. Dans ces premières affaires, la Cour a donc conclu à l'unanimité à l'absence de violation de la Convention en prenant argument essentiellement de l'attitude du parent évincé et des souhaits de l'enfant. L'arrêt *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007 met un terme à cette belle unanimité, la Cour concluant finalement à la non-violation de l'article 8. En l'espèce, la demande d'adoption avait été introduite en juillet 2001, alors que l'enfant née en 1993 avait huit ans.

Sur le fond, la Cour a constaté que l'enfant avait neuf ans et demi au moment de l'adoption et avait vécu exclusivement avec sa mère depuis l'âge de deux ans. Le père avait vu son droit de visite supprimé à raison de son agressivité à l'égard de la mère et ne contribuait d'aucune autre manière à l'éducation de l'enfant. Les contacts entre le requérant et sa fille étaient peu fréquents et limités. La petite avait vécu avec son père adoptif – le mari de sa mère – depuis ses six ans en manière telle que l'adoption avait consolidé et officialisé un lien familial préexistant (§§ 38-39). Au plan de la procédure, la Cour a souligné que les juridictions autrichiennes avaient prononcé l'adoption après avoir recueilli et examiné les points de vue de l'enfant, du père adoptif et de la mère. L'enfant avait pu d'ailleurs préciser qu'elle considérait son père adoptif comme son père

²⁰⁰¹ Traduction libre.

et qu'elle était favorable à l'adoption. Un avis positif des services sociaux avait également été émis. Le père avait eu l'occasion de s'exprimer, mais s'était abstenu de le faire (§§ 40 et 41).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour a considéré – par cinq voix contre deux – que les autorités autrichiennes avaient aménagé un équilibre adéquat entre les différents intérêts en jeu²⁰⁰². La Cour se départissait donc de l'unanimité qui avait présidé jusqu'alors aux décisions rendues dans ce type d'affaires (toujours dans le sens, par ailleurs, d'une validation des solutions retenues par les autorités nationales). Quelles sont alors les raisons qui ont conduit les deux juges dissidents – TULKENS et SPIELMANN – à considérer qu'il y avait lieu pour la Cour de censurer la décision des juges autrichiens ? Selon eux, les raisons invoquées par les juridictions internes n'étaient pas pertinentes et suffisantes pour justifier l'ingérence dans les droits du requérant. L'essentiel semble être à leurs yeux que si les contacts entre le requérant et son enfant étaient limités, ce n'était pas par manque d'intérêt. Il s'ensuivait qu'à leur avis, l'affaire *Eski* se distinguait des affaires *Söderback* et *Kuijper* dans lesquelles « le parent concerné avait accepté l'absence de contact avec son enfant durant plusieurs années ». Certes, en l'espèce le père s'était montré agressif et violent et avait interféré dans la relation entre la mère et l'enfant. Pour les juges dissidents, c'est à bon droit que les juges nationaux avaient considéré que le requérant avait agi « en contrariété avec les valeurs de la famille », mais pour eux les événements considérés ne revêtaient pas une gravité suffisante pour rompre le lien entre le requérant et son enfant contre sa volonté. Bien sûr, les juridictions autrichiennes avaient considéré que l'adoption était dans l'intérêt de l'enfant, mais il y avait lieu, pour mettre en œuvre une solution allant aussi loin, de respecter une procédure méticuleuse après avoir essayé d'autres options (§ 4).

β – L'adoption de l'enfant placé

1133. Lorsque la Cour se penche sur une décision interne prononçant l'adoption d'un enfant sans le consentement de son/ses parent(s), il lui revient de déterminer si, dans le contexte de l'affaire, il était nécessaire de « remplacer la mesure de placement par une mesure plus radicale de suppression des droits parentaux et d'adoption par les parents d'accueil »²⁰⁰³. Quoi qu'il en soit, les arrêts rendus en la matière confirment le critère du désintérêt parental comme condition d'acceptabilité de l'adoption et l'exigence de prise en considération du désir de l'enfant. Dans tous les cas, la Cour vérifie que l'Etat a assumé son obligation positive de préserver le lien familial et de favoriser son développement tout en étant extrêmement attentive à la possibilité de maintenir des contacts au-delà même de l'adoption (*Aune*, § 78 et *Zhou*, § 60).

- L'adoption sans le consentement du/des parent(s) : *Aune c. Norvège* et *Zhou c. Italie*

1134. Dans son arrêt *Aune c. Norvège* du 28 octobre 2010, la Cour a considéré compatible avec la Convention la situation d'une femme qui avait été privée de ses droits parentaux et dont l'enfant avait pu être adopté sans son consentement par les parents d'accueil chez qui il avait été placé. La Cour a considéré que la mesure avait une base légale et poursuivait un but légitime de protection de l'enfant. Elle a relevé que la décision des autorités norvégiennes s'inscrivait dans le prolongement d'une longue série de mesures de protection de la jeunesse : l'enfant avait été placé en famille d'accueil à l'âge de six mois d'abord en urgence puis à titre permanent au regard des problèmes de drogues et de soupçons de mauvais traitements graves (§ 65).

La Cour a rappelé sa jurisprudence suivant laquelle le lien entre parent et enfant ne peut être rompu que dans des circonstances exceptionnelles et au regard de l'intérêt de l'enfant (§ 66). A

²⁰⁰² Voy. cependant l'opinion dissidente des juges TULKENS et SPIELMANN.

²⁰⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Aune c. Norvège* du 28 octobre 2010, § 66.

cet égard, la Cour a relevé que les parents d'accueil avaient élevé l'enfant comme le leur et que l'enfant leur était attaché (§§ 67 et 69). Par ailleurs, les relations entre la requérante et l'enfant avaient été très limitées, tandis que ses problèmes de drogues n'étaient pas de nature à mettre en doute les conclusions de l'expert et des juridictions internes suivant lesquelles la requérante restait incapable de prendre en charge l'enfant (§§ 68 et 70). Il a également été relevé que l'expertise judiciaire avait établi que l'enfant était fragile et avait particulièrement besoin de stabilité et notamment d'être certain qu'il pourrait demeurer auprès de ses parents d'accueil (§ 70). Enfin, l'adoption par les parents d'accueil correspondait au désir de l'enfant (§ 72). Dans ce contexte, la Cour a conclu à l'existence de circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier la mesure litigieuse (§ 73). Demeurait le problème particulier du droit au contact de la requérante qui avait pris fin avec l'adoption (§ 74). La Cour a observé qu'avant et après la mesure litigieuse les parents d'accueil avaient fait montre de bonne volonté pour maintenir un lien entre l'enfant et sa mère en manière telle que, dans les faits, la requérante n'avait pas perdu tout contact avec l'enfant qui n'avait dès lors pas été « coupé de ses racines » (§ 78). Suivant la Cour, au regard de l'ensemble de ces éléments il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 de la Convention (§§ 79-80).

1135. Dans l'arrêt *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2014, la Cour a par contre unanimement conclu à la violation de la Convention. En l'occurrence, la requérante était une ressortissante chinoise qui était arrivée en Italie avec son compagnon en 2000. Elle avait déjà deux filles élevées en chine par les grands-parents. Lorsqu'elle était tombée enceinte une troisième fois, son compagnon l'avait quittée. Elle n'avait pas consulté durant la grossesse et avait fini par être hospitalisée en raison d'une pyélonéphrite. En accouchant, elle avait eu une ischémie. Dans ce contexte, les services sociaux avaient pris en charge la mère et l'enfant et les avaient placés dans une maison mère-enfant (§§ 5-6). La requérante avait ultérieurement trouvé un travail à Padoue qui ne lui permettait pas de s'occuper de l'enfant en journée. Avec l'accord des services sociaux, celui-ci avait été placé en journée auprès de parents d'accueil qui cependant avaient refusé après trois mois de poursuivre sur cette voie. La requérante avait alors elle-même pris un arrangement avec des voisins qui s'occupaient de l'enfant la journée (§§ 7-8). Les services sociaux, en désaccord avec le choix du couple (il s'agissait de gens âgés et soupçonnés d'avoir payé la requérante pour prendre en charge l'enfant) avaient saisi le procureur qui avait derechef sollicité du tribunal la mise en œuvre d'une procédure d'adoptabilité (§§ 9-10). En 2007, l'enfant avait été placé (§§ 11-12). En 2010, les tribunaux avaient déclaré l'enfant adoptable et ordonné l'interruption des rencontres avec la requérante (§ 19). Ils n'avaient pas entendu admettre le principe d'une adoption simple (non prévue par la loi, mais exceptionnellement mise en œuvre par la jurisprudence) pourtant sollicité par le curateur de l'enfant (§ 21).

Au plan des principes, la Cour a rappelé la prévalence de l'intérêt de l'enfant et l'exigence de circonstances graves pour justifier des mesures tendant à briser le lien parental. Ainsi, de telles mesures sont réservées aux « cas où les parents se sont montrés particulièrement indignes [...], ou lorsqu'elles sont justifiées par une exigence primordiale touchant l'intérêt supérieur de l'enfant » (§§ 45-46). Dans ce contexte, la Cour a découvert plusieurs motifs d'insatisfaction qui emportaient violation de l'article 8 de la Convention.

En premier lieu, même si l'Etat jouissait d'une large marge de manœuvre quant aux motifs justifiant une mesure d'adoption, il fallait tout de même une évaluation soigneuse de l'impact de celle-ci sur chacun et un examen de possibilités alternatives. Or, en l'espèce, il n'y avait ni violence, ni abus, ni même déficit affectif (contrairement à la situation de l'affaire *Aune*). Certes, a admis la Cour, une expertise avait indiqué que la requérante était incapable d'exercer son rôle. Néanmoins, dès lors que son comportement n'était pas négatif pour l'enfant, les autorités auraient dû mettre en œuvre « des mesures concrètes pour permettre à l'enfant de vivre avec sa mère, avant de la placer et d'ouvrir une procédure d'adoptabilité ». En effet, « le rôle des autorités de protection sociale est précisément celui d'aider les personnes en difficulté »,

tandis que « dans le cas de personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière ». En somme, les autorités avaient négligé l'objectif primordial de maintenir le lien qui aurait pu être atteinte au moyen d'une « assistance sociale ciblée » (§ 55-59).

En second lieu, la piste de l'adoption simple, susceptible de maintenir le lien avec la famille biologique, n'avait pas été exploitée alors qu'elle avait déjà pu être mise en œuvre dans certains cas (§§ 54 et 60).

- La validité du consentement à l'adoption : V.S. c. Allemagne

1136. Dans une affaire *V.S. c. Allemagne*, la Cour a rendu le 22 mai 2007 une décision d'irrecevabilité dans une affaire où une mineure qui avait consenti à l'adoption de son enfant 10 mois après la naissance de celui-ci prétendait que son consentement était vicié et souhaitait en obtenir l'annulation. La Cour a validé la décision des autorités internes de ne pas accéder à sa demande en soulignant que la demande de la requérante avait été bel et bien examinée mais que cet examen avait abouti à la conclusion qu'elle avait valablement consenti. Les juges de Strasbourg ont observé à cet égard que : (1) le consentement avait été donné par écrit et devant notaire ; (2) la mère et la sœur de la requérante l'avaient assistée dans le processus ; (3) enfin, la requérante avait consenti à l'adoption « ni sous l'impression de l'accouchement même ni pendant les premières semaines ayant suivi la naissance, mais bien au delà du délai minimal de réflexion imposé par la loi en accord avec des instruments internationaux en matière d'adoption ».

γ – L'adoption de l'enfant accouché sous x

1137. Comme on le sait, seuls l'Italie et la France connaissent l'accouchement sous x. Dans le contexte de ces situations toujours difficile, il arrive que la mère revienne sur son souhait initial de ne pas être désignée comme la mère juridique de l'enfant. Les modalités suivant lesquelles une telle rétractation peut avoir lieu sont délicates à définir dès lors « l'on se trouve, dans ce type d'affaire, en présence d'intérêts difficilement conciliables, ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant et ceux de la famille d'adoption ». A propos de la question de la rétractation de la mère de l'enfant, comme à propos de celle de l'accès aux origines (voy. *supra* n° 638), la Cour relève que l'intérêt général n'est pas absent et que l'intérêt de l'enfant doit, en tout état de cause, primer²⁰⁰⁴. Les affaires considérées touchent à la renonciation aux droits, puisque d'une certaine manière, il s'agit de s'interroger sur les conditions notamment informationnelles et procédurales dans lesquelles une mère peut valablement faire abandon de son droit d'établir sa filiation juridique à l'égard de son enfant (voy. *supra* n° 1086 et s.).

- La déclaration d'adoptabilité précoce en droit italien : Todorova c. Italie

1138. La Cour a pu conclure à la violation de la Convention dans un arrêt *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009. En l'occurrence, une ressortissante bulgare avait mis au monde des jumeaux à l'hôpital de Bari le 7 octobre 2005. Elle ne les avait pas reconnu et avait demandé le secret de la naissance. L'assistante sociale avait fait savoir que la requérante souhaitait du temps pour réfléchir à une éventuelle reconnaissance et désirait être reçue par le tribunal pour enfants. Elle acceptait le placement provisoire des enfants, à condition de pouvoir les voir (§§ 6-10). Cependant, quelques jours après la naissance, le tribunal avait fait procéder au placement en excluant toute visite et le 2 novembre 2005, il avait – à la demande du parquet – déclaré les

²⁰⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Kearns c. France du 10 janvier 2008, § 79 ; Cour eur. dr. h., arrêt Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, § 77. Dans les deux cas, il est renvoyé à Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003, § 45.

jumeaux adoptables. La requérante avait sollicité la suspension de la procédure tendant à la déclaration d'adoptabilité mais, le même jour, le parquet avait renoncé au délai d'opposition à une telle déclaration en sorte que le tribunal avait écarté la demande de la requérante au titre de son irrecevabilité, la déclaration étant devenue définitive (§§ 12-20). La requérante avait alors prétendu procéder à la reconnaissance de l'enfant et l'officier de l'état civil s'était enquis auprès du tribunal de l'attitude à prendre. En avril 2006, celui-ci avait répondu que la reconnaissance d'un enfant déclaré adoptable et placé en vue de son adoption était inefficace (§§ 21-24).

Au regard de l'intérêt porté à l'enfant par sa mère, et cela dès la naissance, la Cour a conclu à l'existence en l'espèce d'une vie familiale protégée par l'article 8 (§§ 53-55). Dans le contexte d'un « équilibre subtil » à établir entre les intérêts des enfants et ceux de leur mère, il y avait lieu d'accorder une « importance particulière » aux obligations procédurales (§§ 77-78). Elle a relevé à cet égard que les autorités internes avaient œuvré de bonne foi à la protection de l'enfant, mais que pour autant, il n'apparaissait pas que « la nécessité d'une procédure rapide, qui va généralement de pair avec les affaires mettant en jeu les intérêts d'un enfant, exigeait une mesure aussi radicale que la déclaration d'adoptabilité 27 jours après la naissance, sans entendre la requérante ». En effet, « nul doute qu'il était préférable de statuer au plus tôt sur l'avenir des deux enfants, mais la Cour estime néanmoins que le fait de déclarer les enfants adoptables à la suite d'une procédure dans laquelle la mère n'a jamais été entendue, alors qu'elle l'avait demandé car elle avait commencé à douter de son choix d'abandonner les enfants, constituait une mesure ne tenant guère compte des faits de l'espèce » (§§ 80-81).

- Le délai de deux mois en droit français : *Kearns c. France*

1139. Dans un arrêt *Kearns c. France* du 10 janvier 2008²⁰⁰⁵, la Cour a statué sur la requête d'une femme irlandaise qui, ayant accouché dans l'anonymat en France, se plaignait de ce qu'il ne lui avait pas été possible de retirer son consentement à l'adoption à raison de l'écoulement du délai de deux mois prévu par la loi française.

S'agissant en premier lieu du délai de rétractation, la Cour a tout d'abord constaté qu'il n'y avait pas de consensus entre les Etats membres en la matière (§ 77). Elle a souligné que la brièveté du délai français avait pour but de permettre à l'enfant de bénéficier rapidement de relations affectives stables au sein d'une nouvelle famille et de s'inscrire dans une filiation (§ 78). Elle s'est référée à sa jurisprudence *Odièvre* pour rappeler que la question met en jeu des intérêts difficilement conciliables (ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant et ceux de la famille d'adoption, l'intérêt général n'étant pas non plus absent) parmi lesquels celui de l'enfant doit le cas échéant primer (§ 79) (voy. *supra* n° 638). Elle a finalement estimé que le délai considéré était de nature à permettre l'intégration rapide de l'enfant dans sa famille adoptive préconisée par les spécialistes tout en permettant à la mère de réfléchir et le cas échéant de remettre en cause son choix d'abandon de l'enfant (§§ 80 et 81). Elle n'a donc pas relevé de violation de l'article 8 à cet égard.

S'agissant en second lieu de l'information procurée à la requérante, la Cour a constaté notamment que la requérante : (1) s'était présentée à l'hôpital accompagnée d'un avocat (§ 86) ; (2) avait bénéficié de longs entretiens avec les services sociaux en présence de membres du

²⁰⁰⁵ V. BONNET, « L'accouchement sous x et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Odièvre c. la France* du 13 février 2003), *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 405-421 ; C. D'URSO, « L'accouchement sous X en France (arrêt *Odièvre* du 13 février 2003), in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2003. Présentation, commentaire et débats* (dir. P. TAVERNIER), Cahier du CREDHO, n°10/2004, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 73-80 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 540-542 ; S. MICHAUX, « L'accouchement sous x au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 321-346 ; D. VAN GRUNDEBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht*, op. cit., pp. 397-399.

personnel de l'hôpital parlant anglais et faisant office de traducteurs (§ 87) ; (3) s'était vu remettre des documents précisant expressément les délais et un modèle de lettre de rétractation (§§ 88-90). Au regard de ces éléments, les juges de Strasbourg ont estimé que la requérante qui s'était rendue en France pour bénéficier de la possibilité d'accoucher anonymement, inexistante en droit irlandais (§ 86), avait bénéficié d'une information suffisante (§ 91). Il n'y avait donc pas non plus de violation de l'article 8 de la Convention à cet égard²⁰⁰⁶.

F. La volonté de l'enfant d'établir sa filiation : la prééminence de l'intérêt de l'enfant

1140. Hypothèse inverse de la concurrence des filiations biologiques et affectives, la recherche de paternité mise en œuvre par l'enfant pose la question d'éventuelles limites qui peuvent ou doivent être posées à son droit à l'établissement du lien justifiée par des intérêts concurrents. L'indétermination de la filiation est présentée par la juge européen comme une situation inconfortable qui appelle un règlement rapide. Quoi qu'il en soit, selon la Cour, la détermination des liens légaux ou biologiques entre un enfant né hors mariage et son père biologique relève à tout le moins de la vie privée²⁰⁰⁷ et se prête à un contrôle sous l'angle des obligations positives²⁰⁰⁸. La Cour se montre évidemment particulièrement protectrice des intérêts de l'enfant : ni l'intégrité physique du père recherché (i), ni les délais censés protéger la paix des familles ne sont en mesure de faire absolument obstacle à sa volonté de connaître son ascendant (ii). Si l'intensité du droit de faire établir un lien de filiation semble ne pas diminuer avec l'âge, elle s'atténue par contre lorsqu'elle concerne un rapport de grand-paternité plutôt que de paternité (iii). Le contentieux de la recherche de paternité est complexifié par la

²⁰⁰⁶ Dans un arrêt *Zambotto Perrin c. France*, prononcé le 26 septembre 2013, la Cour a conclu, à l'unanimité, que l'Etat n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait le prononcé de son adoption plénière malgré le refus de consentement de la mère et que le droit au respect de la vie familiale de cette dernière n'avait pas été méconnu. Dans cette affaire, la requérante avait donné naissance à un enfant hors mariage et sollicité, dans un premier temps, le bénéfice du secret de la naissance. L'enfant avait dès lors été admis comme pupille de l'Etat à titre provisoire et confié à l'Aide sociale à l'enfance. Deux mois après avoir accouché, la requérante était revenue sur sa décision et avait reconnu sa fille. Souffrant de troubles psychologiques importants, elle avait ensuite été hospitalisée à de multiples reprises et placée sous curatelle. En raison du désintérêt de la requérante pour sa fille, les juridictions internes avaient prononcé une déclaration d'abandon, conformément à l'article 350 du Code civil français, et avaient autorisé, un an après, l'adoption plénière de l'enfant. La requérante se plaignait devant la Cour de ce que ces décisions emportaient violation de son droit au respect de sa vie familiale. Les éléments de fait relatifs à l'absence de manifestation d'intérêt de la requérante pour sa fille ont joué un rôle déterminant dans cette affaire. La Cour relève que le lien familial qui s'était noué entre la requérante et sa fille pouvait être qualifié de « ténu » (§ 97) et que la requérante « n'avait pas investi le lien de filiation de manière significative » (§ 101). La Cour relève ainsi que « [l]es seules manifestations d'intérêt pour l'enfant ont consisté, d'après les pièces fournies à la Cour, en une reconnaissance du lien de filiation le 15 novembre 2002, une visite à l'enfant le 28 janvier 2003, l'envoi d'une carte accompagnée d'un colis d'anniversaire le 16 septembre 2004, et la déclaration d'appel formée le 22 octobre 2008 ». S'agissant de la nature de la relation parent-enfant, la Cour rapproche les faits de l'espèce de ceux dont elle avait eu connaissance dans l'affaire *Söderbäck*, sous réserve de ce que dans cette dernière affaire, les visites du père avaient été plus nombreuses, et leur relative rareté étaient autant dues aux restrictions portées par la mère qu'aux difficultés personnelles du requérant (§ 98). La Cour constate par ailleurs que l'Etat a suffisamment rempli son obligation de favoriser le développement du lien familial. À cet égard, elle souligne « qu'il n'est pas allégué que les autorités internes auraient, d'une quelconque manière, fait obstacle aux rencontres entre la requérante et G. Au contraire, il est constant que les visites sollicitées par la mère ont été rendues possibles, soit par le service de l'Aide sociale à l'enfance [...] soit par le juge des enfants [...] ». Ces éléments conduisent la Cour à considérer, à l'unanimité, qu'aucune violation du droit de la requérante à une vie familiale n'avait été commise en l'espèce. Pour la Cour, compte tenu du comportement de la mère et de la quasi absence de manifestations d'intérêt pour sa fille, d'une part, les autorités locales avaient pu estimer qu'il était déraisonnable, du point de vue de l'intérêt de la mineure, de maintenir plus longtemps la situation d'abandon et de prise en charge provisoire, d'autre part, l'Etat n'avait pas d'avantage outrepassé sa marge d'appréciation en autorisant l'adoption plénière (§ 110), considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant était de voir sa situation personnelle stabilisée et sécurisée par l'établissement d'un lien légalement reconnu avec sa famille nourricière, étant observé que l'enfant était alors âgé de trois ans et demi et qu'elle n'avait vu qu'une seule fois sa mère naturelle (§ 108).

²⁰⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Backlund c. Finlande*, § 37 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Grönmark c. Finlande*, § 39.

²⁰⁰⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Röman c. Finlande* du 29 janvier 2013, § 46.

confusion qui peut exister entre la *connaissance des origines* et l'établissement d'un lien de parenté. Dans certains cas, cette confusion peut conduire à une surpondération l'intérêt à l'établissement de la filiation juridique (qui bénéficie indirectement d'une certaine manière du poids conféré au droit de connaître ses origines)²⁰⁰⁹. La jurisprudence plus récente paraît faire davantage la part des choses et met en exergue les *motifs économiques* qui peuvent sous-tendre la recherche de paternité de l'enfant vieillissant.

i) *La problématique des expertises ADN*

1141. S'il n'est pas douteux que lorsqu'un enfant en bas âge recherche à l'intervention de sa mère l'établissement d'un lien de paternité juridique à l'égard de son géniteur, l'intérêt supérieur de l'enfant peut jouer à plein tandis que la volonté d'établir la vérité factuelle et le lien de droit se conjuguent dans l'action intentée, il semble qu'une approche différenciée pourrait se justifier lorsque l'enfant est depuis longtemps un adulte, connaît déjà ses origines biologiques et cherche seulement à obtenir leur consécration juridique pour des raisons au moins partiellement successorales.

α – La recherche de paternité diligentée par/pour un enfant en bas âge : *Mikulic c. Croatie*

1142. Dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, la requérante était une petite fille née hors mariage le 25 novembre 1996. La requérante et sa mère avaient dès le 30 janvier 1997 lancé une procédure civile tendant à l'établissement de la paternité d'un certain H.P. (§ 8). Après diverses péripéties procédurales (§§ 9-15), le tribunal municipal de Zagreb avait, le 18 mars 1999, ordonné un test ADN auquel toutefois H.P. ne s'était pas rendu (§ 16). Au total, six rendez-vous avait été fixés pour la tenue du test considérés et le père recherché ne s'y était jamais présenté (§ 22). Le tribunal municipal avait rendu un jugement établissant sa paternité en considérant que son refus de se présenter pour le test ADN venait à l'appui de cette conclusion (§ 25). Le tribunal de comté avait cependant infirmé cette décision en considérant que l'on ne pouvait établir la paternité en se basant essentiellement sur le refus du père recherché de se soumettre au test ADN et ordonné que soient entendus des témoins (§ 26). Le 19 novembre 2001, le tribunal municipal avait rendu un nouveau jugement établissant la paternité en se fondant sur le refus de se prêter au test et le témoignage de la mère de l'enfant (§ 30).

La Cour a en premier lieu décelé une violation de l'article 6, non sans avoir rappelé qu'« une diligence spéciale s'impose en matière d'état et de capacité des personnes » et souligné qu'« eu égard à l'enjeu de cette affaire pour la requérante, à savoir son droit de voir établir ou réfuter la paternité du défendeur et donc de mettre un terme à son incertitude quant à l'identité de son géniteur, [...] l'article 6 § 1 faisait obligation aux autorités internes compétentes d'agir avec une diligence particulière afin de garantir un déroulement rapide de la procédure (§ 44). En l'espèce, la procédure de première instance avait duré quatre années, l'ensemble du retard étant imputable au défendeur. A cet égard, la Cour a rappelé « qu'il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir, dans un délai raisonnable, une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil » (§ 45).

Sur le terrain de l'article 8, la Cour a relevé que les faits de la cause concernaient la vie privée de la requérante qui « en quête de la vérité biologique » cherchait à « déterminer ses liens juridiques avec H.P. » (§ 55). Elle a considéré que l'article 8 de la Convention avait été violé, à

²⁰⁰⁹ Cela conduit à poser la question d'une procédure « exclusivement informationnelles » qui permettrait de connaître ses origines biologiques mais n'aurait pas de conséquences au plan de la filiation juridique (R.J. BLAUWHOFF, « Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins : has "to know or not to know" ever been the question? », *Utrecht Law Review*, 2008, p. 116).

défaut pour la Croatie d'avoir assumé l'obligation positive mise à sa charge par cette disposition (§ 59). La Cour a particulièrement souligné que « le droit interne ne [prévoyait] aucune mesure qui permettrait d'obliger H.P. à obtempérer » et qu'« il [n'existait] aucune disposition régissant directement les conséquences d'une telle résistance » (§ 61). Certes, suivant la loi croate, « les juridictions se prononcent en matière civile en exerçant leur pouvoir discrétionnaire, après avoir apprécié individuellement et globalement les moyens de preuve présentés. Ainsi, les tribunaux peuvent fort bien prendre leur décision en tenant compte de ce qu'une partie a empêché l'établissement de certains faits » (§ 61). Cependant, « une disposition procédurale de caractère général qui confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des preuves n'est pas en soi un moyen suffisant et adéquat pour établir la paternité dans l'hypothèse où le père présumé fait fi d'une décision judiciaire lui enjoignant de passer des tests ADN » (§§ 62-63). Même en ayant égard à la diversité des solutions retenues par les Etats parties face à un tel refus (§ 64), les juridictions internes avaient échoué à mettre en œuvre un équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence (§ 65). En somme, l'inefficacité des tribunaux avait inacceptablement maintenu la requérante dans « un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle » (§ 66) (voy. *supra* n° 1073). Pour les juges européens, qui se sont référés à l'arrêt *Gaskin* (voy. *supra* n° 633), « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité » (§§ 64).

β – La recherche de paternité diligentée par un « vieil » enfant : Pascaud c. France

1143. Dans l'affaire *Pascaud c. France* qui a donné lieu à un arrêt du 16 juin 2011, un homme né hors mariage en 1960 avait été reconnu par l'homme avec lequel sa mère s'était subséquemment mariée : C.P. Dès qu'il avait été « en âge de comprendre » il avait été informé par son entourage de ce que cet homme n'était pas son père et de ce que son véritable père était un certain W.A (§§ 7-9). C.P. ne s'était pas comporté comme un père avec le requérant et avait divorcé de sa mère en 1981 (§§ 9-10). En 2000, alors qu'il était âgé de 40 ans et rencontrait W.A. depuis de longues années mais dans la plus grande discrétion (§ 11), il avait mis une action en œuvre afin de voir anéantie sa filiation avec le mari de sa mère et subséquemment établie sa filiation à l'égard de celui qu'il tenait pour son véritable père (§ 17). Le tribunal de grande instance de Libourne avait ordonné une expertise qui avait révélé qu'il y avait une probabilité de 99,999 % pour que le requérant soit bien le fils de W.A. (§§ 22-23). Quelques semaines avant de consentir à l'examen génétique, W.A. avait d'ailleurs manifesté sa volonté de reconnaître le requérant (§ 21). Peu après l'examen, il avait été placé sous curatelle renforcée (§ 24). En 1998, W.A. qui était viticulteur à Saint-Emilion avait procédé par acte notarié à la donation de la nue-propriété de son exploitation à cette commune. Auparavant, il avait par ailleurs institué la commune de Saint-Emilion légataire universel de sa succession (§§ 14-15). W.A. était décédé le 7 mars 2002. Après son décès, les juridictions françaises – le tribunal de Libourne, la Cour d'appel de Bordeaux puis la Cour de cassation – avaient accueilli la demande du requérant d'anéantir son lien de filiation avec C.P., mais considéré, au regard notamment de la mesure de curatelle prise ultérieurement à son égard et après analyse graphologique, que W.A. n'avait pas valablement consenti à l'examen génétique et n'avait par ailleurs pas reconnu le requérant. L'expertise et la reconnaissance avaient ainsi toutes deux été considérées nulles. Le requérant se trouvait donc malgré l'existence d'une preuve biologique objective empêché d'établir sa filiation à l'égard de son géniteur (§§ 29-33).

Suivant la Cour, il fallait examiner l'affaire sous l'angle des obligations positives mises à charge de la France (§ 56) et rechercher si « un juste équilibre [avait] été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents, à savoir, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à ne pas être soumis à des tests ADN et l'intérêt général à la

protection de la sécurité juridique » (§ 60). En particulier, « si les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle », il reste qu'il est nécessaire « de protéger les tiers, ce qui peut exclure la possibilité de contraindre ceux-ci à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN » (§§ 61-62).

Mais en l'espèce, suivant la Cour, les juridictions françaises n'avaient absolument pas tenu compte dans leur décision du droit du requérant à connaître ses origines et de les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire (§ 65). Les juridictions internes s'étaient essentiellement préoccupées de la situation de faiblesse du père présumé et n'avaient à aucun moment pris en considération le droit du requérant à connaître son ascendance et à voir établie sa véritable filiation (§ 63) alors même que « la protection des intérêts du père présumé ne saurait constituer à elle seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention (§ 64). La Cour a aussi attaché de l'importance à la circonstance qu'ensuite de la décision litigieuse, il ne disposait plus d'« aucun moyen pour établir sa paternité biologique » (§ 67). La Cour a conclu qu'elle avait « des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement de W.A., alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant (mutatis mutandis, Grönmark, précité, § 56) et que cela était « d'autant moins admissible que, à son décès, W.A. n'avait plus aucune famille connue » (§ 68)²⁰¹⁰.

ii) *Les délais de l'action en recherche de paternité*

1144. La mise en œuvre d'une action en recherche de paternité peut troubler la vie familiale du père recherché et de sa famille. L'ingérence pourra à cet égard être considérée d'autant plus importante qu'un temps long s'est écoulé entre la naissance de l'enfant et la mise en œuvre de l'action litigieuse. Dans un contexte caractérisé par une grande disparité des solutions nationales²⁰¹¹, la Cour n'accepte cependant pas qu'une limite temporelle inflexible viennent faire obstacle à l'action de l'enfant, notamment lorsque celui-ci n'a eu connaissance que tardivement de l'identité de son père biologique. Il s'agit alors essentiellement, d'une part, de déterminer « le moment précis où un requérant vient à connaître la réalité biologique » (avant ou après l'expiration du délai de prescription) et, d'autre part, d'examiner s'il existe « des moyens judiciaires disponibles dans le cas où la procédure en cause est prescrite, telles des voies de recours internes effectives permettant la réouverture du délai ou des exceptions à l'application d'un délai dans le cas où une personne prend connaissance de la réalité biologique après expiration de ce délai »²⁰¹². *In fine*, la jurisprudence de la Cour paraît cristalliser deux éléments essentiels concourant à la conventionnalité des règles du droit interne : (1) la souplesse du délai ; (2) la possibilité d'établir la filiation quand l'enfant dispose – d'une façon ou d'une autre – de la preuve scientifique de sa filiation.

α – Le refus de l'établissement de la filiation juridique *et* de la vérification de la réalité biologique : *Phinikaridou c. Chypre* et *Konstantinidis c. Grèce*

1145. Deux arrêts rendus respectivement à l'égard de la Grèce et de Chypre rendent compte de l'exigence que l'enfant vieillissant puisse connaître sa filiation biologique et établir sa filiation

²⁰¹⁰ Voy. aussi : J. HAUSER, « Le droit à l'expertise génétique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *RTDciv*, 2011, pp. 526-527.

²⁰¹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007, § 58.

²⁰¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Konstantinidis c. Grèce* du 3 avril 2014, § 49.

juridique, même en cas de dépassement du délai, pour autant que ledit dépassement ne découle pas de sa propre inertie.

1146. La Cour exige une application flexible des délais pour agir en recherche de paternité afin qu'un enfant normalement prudent et diligent puisse établir sa filiation, lorsqu'il s'est trouvé empêché d'agir dans le délai légal. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 8 dans son arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007 relatif à une requérante qui, née en 1945, avait été placée dès sa plus tendre enfance et avait appris seulement en 1997 de sa mère mourante, l'identité de son père. Elle avait alors lancé, en 1999, une procédure en recherche de paternité contre cet homme.

Cependant, au titre des articles 22, § 3, et 25, § 1, de la Loi sur les enfants, l'action de la requérante était prescrite. Au terme de cette loi de 1991, l'action en recherche de paternité pouvait être mise en œuvre durant trois années à partir de la majorité ou, à titre transitoire, à compter de son entrée en vigueur. La requérante aurait donc du agir, au plus tard, en 1994.

A la demande de Madame Phinikaridou, le tribunal de la famille de Nicosie avait saisi la Cour suprême chypriote d'une question préjudicielle relative à la constitutionnalité des dispositions litigieuses. Dans son arrêt de novembre 2001, la Cour suprême avait conclu en défaveur de la requérante après avoir notamment souligné que « l'Etat considère que l'institution de la famille a une valeur qui va de soi ; il la protège aussi dans la loi primant toutes les autres, la Constitution » et que « reconnaître un droit à déposer pareille demande sans fixer de délai pour ce faire pourrait donc avoir pour conséquence, d'une part, de créer une famille pour l'enfant mais, d'autre part, de provoquer l'éclatement d'une autre famille, celle du père supposé. C'est pourquoi le principe de proportionnalité doit jouer le rôle déterminant. Son application juste et mesurée commande que l'exercice du droit en question soit prescrit une fois que s'est écoulé un délai raisonnable depuis la naissance de l'enfant » (§ 14)²⁰¹³.

Ayant relevé que l'affaire concernait la vie privée de la requérante, ce qu'au reste les deux parties admettaient (§ 45), la Cour a affirmé qu'elle avait précédemment admis qu'un délai pour agir en recherche de paternité se justifiait « par le souci de garantir la sécurité juridique et un caractère définitif aux relations familiales » (§ 51) et que « la fixation d'un délai de prescription n'est pas en soi incompatible avec la Convention » (§ 52).

La Cour a ensuite mis en évidence le conflit de droit qu'il revenait aux autorités étatiques d'arbitrer : « d'un côté, il y a le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive de la notion de vie privée » et « d'un autre côté [...] on ne saurait nier l'intérêt d'un père présumé à être à l'abri de plaintes tardives se rapportant à des faits qui remontent à de nombreuses années ». Enfin, « outre les intérêts concurrents qui viennent d'être évoqués peuvent entrer en jeu d'autres intérêts, par exemple ceux de tiers, pour l'essentiel la famille du père présumé » (§ 53). Les juges européens ont souligné que, pour décider si un équilibre adéquat avait été mis en œuvre entre ces intérêts concurrents, il y avait notamment lieu de prendre en considération, d'une part, le moment où sont réunies « les circonstances justifiant une demande en recherche de paternité » et, d'autre part, l'existence d'« un autre moyen de redressement » lorsque le délai est expiré au moment où une personne prend connaissance de « la réalité biologique » (§ 54).

²⁰¹³ Cinq juges dissidents avaient cependant considéré, en se référant à l'arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas*, que la législation litigieuse méconnaissait le droit au respect de la vie privée et le principe de non-discrimination (§ 16). En particulier, ils estimaient que « la fixation d'un délai de prescription pour l'exercice du droit à l'établissement de la paternité, sans considération et indépendamment de la connaissance des faits qui la constituent, restreint le droit au point de l'éteindre » (§ 21).

La Cour a renvoyé à son arrêt *Kroon* (voy. *supra* n° 1091) et à sa jurisprudence relative à la contestation de paternité (voy. *infra* n° 1152 et s.) pour réaffirmer que « des délais de prescription rigides ou d'autres obstacles mis à des actions en désaveu de paternité qui s'appliquent bien que le père présumé ait eu connaissance de circonstances jetant le doute sur sa paternité, sans souffrir aucune exception, méconnaissent l'article 8 de la Convention » (§ 56). Elle a alors relevé qu'il n'existait pas d'approche uniforme à propos du délai pour agir en recherche de paternité, même si un nombre important d'Etat ne prévoyait tout simplement pas de délai pour cette action²⁰¹⁴.

Dans ce contexte, le caractère absolu du délai était difficilement acceptable dans un contexte où la procédure considérée « était la seule voie qui s'offrait à la requérante pour pouvoir établir s'il était ou non son père biologique » et qu'elle s'était trouvée « privée de la possibilité de faire établir par la voie judiciaire sa filiation paternelle » (§ 62). Il faut selon les juges européens distinguer les affaires où le requérant n'a pas pu connaître les faits et celles où il les connaissait ou aurait dû les connaître. En outre, même si l'affaire se distinguait de l'affaire *Kroon* où les souhaits de tous les intéressés convergeaient, il n'en restait pas moins que le lien familial considéré avait été déterminé par « une présomption irréfragable revêtant la forme d'un délai de prescription sans prise en compte des faits matériels et de la réalité sociale qui ont présidé aux situations dont il s'agit » (§ 63). Pour la Cour, cela traduisait une prévalence de l'intérêt général et du père présumé et de sa famille sur celui de la requérante qui ne satisfaisait pas à l'exigence de proportionnalité contenue dans l'article 8 de la Convention.

1147. L'application souple du délai ne doit par contre pas nécessairement profiter à l'enfant quand le caractère tardif de sa demande n'est imputable qu'à son propre dilettantisme. Ainsi les juges européens ont-ils pu valider dans l'arrêt *Konstantinidis c. Grèce* du 3 avril 2014, le jeu de la prescription de droit interne. Le requérant était né en 1981 et avait agi en recherche de paternité en 2003 (donc à l'âge de 22 ans environ). Or, la loi grecque prévoyait au bénéfice de l'enfant un délai de 19 ans soit un an de plus que la majorité. Ce délai, prévu par l'article 1483 du Code civil, pouvait être suspendu, en vertu de l'article 255 du même code, lorsque le titulaire du droit d'agir avait été empêché de le faire en raison d'un événement de force majeure ou en avait été dissuadé de manière dolosive (la jurisprudence admettant l'ignorance des faits permettant l'introduction de l'action comme un cas de force majeure) (§ 10). En l'espèce, le requérant avait appris de sa mère mourante l'identité de son père biologique en 2001, mais il n'avait agi que deux ans plus tard (§§ 10-17)

On relèvera deux aspects du raisonnement européen qui présentent une originalité par rapport à la jurisprudence antérieure : premièrement, la Cour a insisté sur le fait que « l'établissement d'une filiation peut avoir des répercussions considérables non seulement sur la vie privée et familiale des proches parents de l'intéressé et des tiers, mais aussi sur leur situation patrimoniale » et que dès lors « le législateur [avait] tout intérêt à réglementer les questions liées à la filiation, dont celles relatives à la recherche de paternité » (§ 52) ; deuxièmement, les juges

²⁰¹⁴ Voy. les §§ 58 et 59 : « 58. Une étude comparée de la législation des Etats contractants sur l'institution d'actions en recherche de paternité fait apparaître qu'il n'existe pas d'approche uniforme en la matière. Contrairement à ce qu'ils font pour les procédures en reconnaissance ou en désaveu de paternité engagées par des pères (Shofman, précité, § 37), un nombre important d'Etats n'instituent pas de délai de prescription pour les actions en recherche de paternité engagées par des enfants. On constate en effet une tendance à protéger davantage le droit de l'enfant à voir établir sa filiation paternelle. 59. Dans les Etats fixant un délai de prescription pour ces actions, la durée de ce délai varie sensiblement, allant de un à trente ans. De plus, bien qu'ils appliquent des modes de computation différents, ces Etats font pour la plupart courir le délai pertinent à partir soit de la majorité de l'enfant, soit de sa naissance, soit du prononcé d'un jugement définitif démentant la paternité bien que l'enfant ait eu connaissance des faits se rapportant à sa filiation paternelle, et ce sans exception. Seuls quelques ordres juridiques semblent avoir mis en place des solutions pour le cas où les circonstances pertinentes deviennent connues seulement après que le délai a expiré ; c'est ainsi que certains prévoient la possibilité d'intenter une action une fois le délai expiré si un obstacle matériel ou moral en a empêché l'introduction dans ce délai ou s'il existait de bonnes raisons à ce retard ».

de Strasbourg ont souligné que les dispositions litigieuses « [réglementaient] de manière globale la question de l'établissement de la paternité », le législateur ayant « fixé ces délais non sans avoir pris en compte l'enjeu pour chacune des personnes concernées par ce processus ainsi que la nature de leurs droits et obligations et non sans avoir pondéré les conséquences qu'une telle action pourrait avoir sur la vie privée et familiale de ces personnes, telle que celle-ci a pu se cristalliser après le passage d'un certain laps de temps » (§ 53).

Si ces deux aspects sont intéressants, en ce qu'ils rendent compte de l'émergence des préoccupations patrimoniales dans le contentieux strasbourgeois de la filiation et du souci renouvelé de la Cour de prendre en considération l'inscription des règles de droit de la famille dans une réglementation globale à appréhender comme telle, c'est pour une raison plus classique que la Cour a conclu à l'acceptabilité conventionnelle de la situation : le système prévu en la matière par le droit grec n'était pas inflexible : outre un délai de 19 ans, il prévoyait une exception à l'application du délai en cas de force majeure. Dans ce contexte, le requérant avait encore attendu deux années avant d'agir lorsqu'il avait connu la vérité et n'avait pas invoqué la force majeure pour demander la prolongation du délai. Selon la Cour, « l'intérêt vital pour le requérant de découvrir la vérité sur son ascendance, et donc sur un aspect important de son identité personnelle, ne le dispensait pas de se conformer aux conditions prévues par le droit interne en la matière et de faire preuve de diligence afin que les juridictions internes pussent procéder à une juste appréciation des intérêts concurrents en présence, indépendamment des contraintes juridiques liées à l'existence du délai litigieux » (§ 61).

Pour les deux juges dissidents, la Cour aurait dû conclure à la violation de la Convention, dès lors notamment que « le droit de chacun de connaître son identité biologique garanti par l'article 8 de la Convention confère à l'enfant un droit imprescriptible à faire établir son identité biologique par des tests génétiques » et que « le requérant souhaitait simplement établir ses liens biologiques avec son père et ne formulait aucune autre revendication d'ordre financier ou juridique. Le déni absolu de ce droit ne ménage pas un juste équilibre entre les droits et intérêts concurrents », or « le simple établissement du lien biologique devrait être autorisé sans limitation de durée, à titre de remède subsidiaire, lorsque l'action en recherche de paternité est prescrite ».

Cette opinion séparée marque une nouvelle fois l'ambivalence qui peut prévaloir en matière de recherche de paternité au titre de la confusion pertinente entre la possibilité de connaître le *fait* des origines et celle d'établir un lien de *droit* entre un enfant et un adulte. Alors que la majorité a pris en considération l'ensemble des implications de l'action diligentée par le requérant, les juges minoritaires centrent leur analyse sur la connaissance des origines. Faut-il souscrire à la proposition qu'ils font d'imaginer que l'enfant devrait toujours pouvoir accéder à la connaissance du *fait biologique*, même s'il peut être acceptable parfois de l'empêcher d'établir sa *filiation juridique* (voy. aussi *supra* n° 634 et s.) ?

β – Le refus de l'établissement de la filiation juridique *mais pas* de la vérification de la réalité biologique : Grönmark c. Finlande et Backlund c. Finlande

1148. Dans deux arrêts – *Grönmark c. Finlande* et *Backlund c. Finlande* – rendus le 6 juillet 2010, la Cour a été amenée à évaluer l'acceptabilité conventionnelle des dispositions – substantielles et transitoires – agréant le *Paternity Act* finlandais de 1976. Ainsi, les enfants nés avant l'entrée en vigueur de ce texte avaient cinq ans à compter de celle-ci pour introduire s'ils le souhaitaient une action en recherche de paternité. Par ailleurs, aucune demande ne pouvait être examinée après la mort du père recherché. La Cour a examiné les affaires sous l'angle des obligations positives incombant aux Etats au titre du droit à la vie privée et réitéré les principes dégagés dans *Phinikaridou* : une limite temporelle n'est pas en soi inacceptable,

tout dépend de sa nature et/ou de la manière dont elle est mise en œuvre (voy. *supra* n° 1146)²⁰¹⁵. Elle a d'ailleurs expressément renvoyé à l'examen de droit comparé conduit dans cette affaire et à la conclusion qu'il n'existait pas d'approche européenne uniforme en la matière²⁰¹⁶.

La Cour a considéré la Convention violée, non seulement dans l'affaire Grönmark où la requérante avait été effectivement dans l'impossibilité d'agir, mais aussi dans l'affaire Backlund alors que le requérant s'était trouvé pendant plusieurs années en position d'agir. Il est vrai cependant que, dans les deux affaires, les juridictions finlandaises avaient ordonné un test ADN dans le cadre de la procédure avant de débouter le requérant, en manière telle que la cohérence de l'attitude des autorités pouvait sembler douteuse.

Maarit Grönmark était pour sa part née en 1969. Son père biologique, R.J., avait été condamné à lui servir une pension alimentaire jusqu'à ses 17 ans (§ 6). Aux termes de la loi finlandaise, il lui revenait d'agir avant le 1^{er} octobre 1981 (cinq ans après l'entrée en vigueur du *Paternity Act*). Elle s'était rendue compte seulement à la mort de R.J., en 1999, de ce qu'aucun lien juridique de filiation n'avait été établi entre elle et lui, chacun ayant considéré – à tort – qu'un tel lien résultait d'un jugement ordonnant une intervention alimentaire. Elle avait alors introduit son action en octobre 2000 (§ 10). Le tribunal d'Orimattila avait ordonné un test ADN qui avait confirmé que R.J. était le père biologique de la requérante. Toutefois, la demande de Madame Grönmark avait été rejetée par le juge finlandais qui, ayant considéré que le décès ne faisait plus obstacle à l'action à raison des progrès techniques intervenus depuis les années 1970, a néanmoins relevé que le délai de cinq ans prenant cours à la date de l'entrée en vigueur de la loi avait été outrepassé (§ 11). La Cour d'appel de Kouvolaa avait confirmé cette décision quoique le *referendary* ait indiqué qu'au regard de la spécificité du cas l'établissement de la filiation n'aurait pas été contraire à l'esprit de la loi (§§ 13-14). La Cour suprême a également retenu cette approche. Selon elle, il était notamment important qu'un homme puisse connaître l'identité de ses héritiers pour pouvoir disposer de ses biens par testament et il y avait aussi des conséquences pour les parents du défunt en raison des droits successoraux des enfants. Ces éléments justifiaient la limite temporelle posée à la possibilité de rechercher la paternité (§ 16).

La Cour a considéré la Convention violée, le principal problème étant la nature absolue de la limite temporelle plutôt que le *dies a quo* en soi. *In casu*, la requérante avait été privée de la possibilité d'agir en recherche de paternité même si au regard de son âge, elle avait été privée de toute opportunité réaliste d'agir devant les tribunaux durant la période où elle pouvait légalement le faire (§ 55).

Sven Backlund était né hors mariage en 1937. Son entourage avait toujours considéré qu'un certain N.S. était son père (§ 6). Monsieur Backlund avait introduit son action en 2002. Le tribunal de Korsholm avait ordonné un test ADN qui avait confirmé que N.S. était son père biologique. Ce même tribunal avait ensuite débouté le requérant au titre du dépassement du délai pour agir (§§ 9-10). La Cour d'appel de Vasa avait confirmé cette décision. N.S. était mort pendant la procédure d'appel et la Cour suprême avait refusé au requérant de recourir devant elle (§ 15).

De manière singulière, alors que la Cour avait affirmé dans *Phinikaridou* qu'il fallait faire une différence entre les affaires où le requérant n'avait pas eu la possibilité de connaître en temps utile la vérité biologique et celle où il avait été en mesure d'y accéder, la Cour a pris le parti de considérer inacceptable le délai légal alors même qu'en l'espèce Monsieur Backlund avait disposé de toutes les informations utiles pour agir durant la période transitoire de cinq années

²⁰¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Backlund c. Finlande* du 6 juillet 2010, §§ 43-44.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, §§ 50-51.

s'ouvrant à l'entrée en vigueur de la loi. A nouveau cependant, la Cour a stigmatisé la circonstance que la limite temporelle inflexible ne souffrait aucune exception, même au regard de la nouvelle preuve dont disposait le requérant. Ainsi, alors qu'il pouvait se prévaloir d'un test génétique établissant le lien biologique, il ne pouvait obtenir la confirmation juridique de ce fait. En renvoyant à Paulik, la Cour s'est étonnée de ce que – dans ce contexte – les autorités nationales aient permis à la réalité juridique de contredire la réalité biologique (§ 53).

1149. Deux années plus tard, la Cour a rendu un troisième arrêt relatif aux dispositions transitoires de la loi finlandaise sur la filiation dans l'affaire *Röman c. Finlande* qui a donné lieu à un arrêt du 29 janvier 2013. La requérante était née hors mariage en 1954. Elle avait d'abord porté le nom de sa mère. Celle-ci s'était ensuite mariée avec un autre homme que le père de la requérante. La requérante avait, par la suite, porté le nom du mari de sa mère et ignorait que cet homme n'était pas son père (§§ 5-7). Un beau jour, elle avait commencé à se poser la question de ses origines biologiques. Elle avait alors consulté les registres de l'Eglise (qui a été jusqu'en 1993 le seul registre de la population) et découvert que le mari de sa mère n'y était mentionné que comme son beau-père tandis que l'identité de son père biologique était renseignée. En 2003, elle avait alors introduit une action contre cet homme (§§ 9-11). Le tribunal de Vantaa l'avait déboutée dès lors que le délai de cinq années était écoulé au moment de la demande et souligné qu'elle avait été adulte et en mesure d'établir la vérité – contenue dans les registres de l'Eglise – durant cette période (§§ 11-12). La Cour d'appel d'Helsinki avait confirmé cette décision (§§ 14-15) et la Cour suprême avait refusé son recours (§16). En 2007, un test ADN privé avait été mis en œuvre qui avait établi la paternité biologique de l'homme dont la requérante avait recherché la paternité (§ 18).

La Cour s'est expressément référée aux principes qui avaient pu être dégagés dans les affaires *Phinikaridou*, *Grönmark et Backlund*. En l'occurrence, l'absence de « possibilité réaliste » pour la requérante de rechercher la paternité de son auteur tenait à la circonstance que durant la période où la loi lui permettait d'agir (entre 1976 et 1981), elle n'avait aucune raison de suspecter la réalité de ses origines. L'intérêt de cette affaire *Röman* réside en particulier dans la prise en considération par la Cour des évolutions de la position de la Cour suprême finlandaise. Ainsi, dans son arrêt KKO 2012 :11, la Cour suprême avait-elle infléchi sa position relative aux dispositions transitoires litigieuses²⁰¹⁷. La Cour a conclu par six voix contre une à la violation de la Convention (§ 61), sans estimer utile d'examiner l'affaire aussi sous l'angle des articles 14 et 8 combinés (§ 65)²⁰¹⁸.

iii) La « grand-paternité » : *Menendez Garcia c. Espagne*

1150. Dans une affaire *Menendez Garcia c. Espagne* soldée par une décision d'irrecevabilité du 5 mai 2009, la requérante était une femme espagnole qui avait saisi en 2000 le tribunal d'Oviedo d'une demande tendant à ce que son père décédé soit reconnu comme « le fils naturel » d'un certain V.T.A. lui aussi décédé. Elle produisait divers documents supposés établir l'existence d'un lien socio-affectif entre les deux hommes et demandait que soient mise en œuvre une expertise ADN. La famille de V.T.A. s'opposait à cette demande et en septembre 2001 le tribunal avait débouté la requérante au motif que la requérante n'avait pas capacité à

²⁰¹⁷ Ainsi, « The Court notes, however, that the Supreme Court has recently changed its previous line of case-law and considered that the application of the five-year time-limit could lead to an apparent contradiction with the Constitution in cases in which legal or factual reasons have prevented the institution of paternity proceedings within the time-limit. Therefore, in that case, the time-limit was left inapplicable on the strength of Article 106 of the Constitution (see KKO 2012:11) » (§ 59).

²⁰¹⁸ Selon le juge dissident, la requérante ne pouvait pas prétendre qu'elle ignorait que son beau-père n'était pas son père. Elle avait des doutes depuis son adolescence. Elle était âgée de 22 ans au moment de l'entrée en vigueur du Paternity Act et la vérité était accessible sur les registres de l'Eglise qu'elle avait d'ailleurs finalement consultés.

agir pour établir un lien de filiation entre son père et son grand-père supposé. Ainsi, aux termes de l'article 118 du Code civil en vigueur aux moments des décès du père et du grand-père recherché « l'action en réclamation appartient au fils pendant toute sa vie et sera transmise aux héritiers s'il décède mineur ou en état de démence. Dans ces [derniers] cas, les héritiers disposeront de cinq ans pour introduire l'action ». Cette décision avait été confirmée par l'*Audiencia provincial* puis, sur pourvoi en cassation, par le Tribunal suprême espagnol et, sur recours d'*amparo*, par le Tribunal constitutionnel.

Suivant la requérante, l'impossibilité pour elle d'établir son rapport de « grand-paternité » constituait une violation de l'article 8 de la Convention. Considérant que cette situation relevait effectivement du champ de la vie privée, la Cour a toutefois signalé que « l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants ». En effet, selon elle, « alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté ».

La Cour a décidé sur base de deux arguments essentiels. D'un côté, « tant le père de la requérante que V.T.A. étaient décédés au moment où celle-ci introduisit sa demande » et « aucun des deux intéressés n'avait fait preuve de leur vivant d'une quelconque intention d'entamer des actions ». Dès lors, la Cour « s'interroge sur leur réelle volonté d'effectuer ces démarches » et considère que « la requérante ne peut prendre la place de son père ni être certaine du désir de celui-ci de faire reconnaître V.T.A. comme son géniteur biologique ». D'un autre côté, « bien que la Cour ne doute pas de l'importance de connaître l'identité de son grand-père, elle ne peut cependant lui accorder le même impact dans la vie privée que celui du droit à connaître son père, qui en l'espèce n'est pas en cause » en sorte que « lors de la mise en balance des différents intérêts en jeu [...], celui de la requérante doit s'incliner face à la protection des droits de la famille de V.T.A. et de la sécurité juridique ».

§ 2. Le droit de rompre un lien de filiation

1151. Dès l'arrêt *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, la Cour a considéré l'article 8 applicable – au titre cependant de la vie privée et non de la vie familiale – à la question de la contestation d'un lien de filiation paternel découlant de la présomption de paternité du mari de la mère. Par contre, une décision d'irrecevabilité *Gotia c. Roumanie* de 2010 a souligné que « la Convention ne garantit pas à une personne qui a adopté un enfant le droit de mettre fin à cette adoption, ni le droit d'interrompre un lien juridique de filiation ainsi créé » (§ 30).

A. La contestation de la paternité

1152. La Cour a pu à plusieurs reprises juger qu'il doit être possible de contester un lien de filiation lorsqu'il ne correspond à aucune réalité biologique ou sociologique pour autant qu'aucun intérêt légitime ne s'oppose à la suppression du lien considéré. Ainsi, ont notamment été jugées contraires au prescrit conventionnel les situations dans lesquelles le seul écoulement du temps induisait une impossibilité absolue de solliciter la suppression du lien. Par contre, quand les autorités nationales décident après un examen concret d'une situation de refuser la possibilité de contester sa paternité à un homme au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le prescrit conventionnel n'est pas contrarié. Dans tous les cas, la Cour considère qu'après l'expiration du délai pour contester la paternité, un plus grand poids doit être reconnu à l'intérêt de l'enfant qu'à celui du père présumé à contester sa paternité (*Yildirim*). Cependant, la

protection de cet intérêt diminue avec l'âge et la Cour a jugé que l'intérêt d'une enfant devenue adulte de bénéficier de la « réalité sociale » d'être la fille du requérant ne primait pas le droit de celui-ci d'avoir au moins la possibilité de contester sa paternité (*Mizzi c. Malte*).

A l'analyse de la jurisprudence, il apparaît que le critère décisif ne réside nullement dans le mode d'établissement de la filiation ou dans l'attitude du requérant, mais bien plutôt dans la volonté de l'enfant (généralement) devenu adulte. Plus précisément, la Cour fonde généralement sa décision sur l'existence d'une preuve objective de la non-paternité, une telle preuve participant le plus souvent d'une expertise génétique extrajudiciaire. Ainsi, le consentement de l'enfant à la conduite du test considéré passe pour l'indice de ce qu'il a manifesté à au moins une occasion la volonté de faire la lumière sur ses liens biologiques avec son père légal.

De manière quelque peu surprenante, la Cour considère que cette volonté ponctuellement exprimée de connaître la vérité biologique justifie que la paternité puisse être contestée, même si, par-delà, l'enfant devenu adulte réaffirme, jusque dans le prétoire strasbourgeois, comme dans l'affaire *Mizzi c. Malte*, sa volonté que soit maintenu le lien de filiation. On peut se demander s'il n'y a pas encore ici une confusion entre accès à la vérité biologique et amendement de la filiation, voire un rabattement du juridique sur le biologique, peu compatible avec la complexification du droit de la filiation et le caractère intrinsèquement dual de ses fondements et de ses fonctions.

Au surplus, parallèlement à cette insistance sur le fait biologique, la jurisprudence pertinente met en exergue l'omniprésence des motifs socio-économiques dans les positionnements tant des pères qui cherchent à contester leur paternité que dans ceux des enfants (éventuellement devenus adultes) qui en postulent le maintien. S'il y a lieu que l'organisation de la filiation juridique soit cohérente en soi, il apparaît donc qu'elle soit aussi s'inscrire dans l'ensemble plus vaste que constitue le droit de la famille : le droit des aliments et celui des successions entretient des liens intimes avec la filiation juridique.

i) *Le renversement de la présomption de paternité*

α – Les délais

1153. L'arrêt *Rasmussen c. Danemark* rendu le 28 novembre 1984 concernait d'ores et déjà le refus par les autorités internes au père présumé de la possibilité de mettre en cause un lien de filiation au-delà d'un terme d'un an prenant cours à la naissance de l'enfant. Il est intéressant de relever qu'en l'espèce le requérant avait souhaité articuler son action sur le fondement exclusif de l'exigence de non-discrimination contenue dans l'article 14 de la Convention. En l'occurrence, la Cour a considéré que la circonstance que le père présumé était le seul titulaire de l'action en contestation à devoir respecter un délai pour l'introduction de sa demande n'était pas contraire au prescrit de cette disposition.

1154. Dans la décision *Yildirim c. Autriche* du 19 octobre 1999, c'était la protection de la vie privée telle qu'elle est prescrite par l'article 8 qui était invoquée par le requérant dans des circonstances proches. La Cour a considéré manifestement mal fondée la requête d'un père présumé dénonçant le refus du ministère public d'agir pour rompre son lien de paternité après qu'il ait laissé s'écouler le délai d'une année durant lequel il bénéficiait de la possibilité de mettre lui-même en œuvre une procédure de contestation (le délai prenant cours au moment de la prise de connaissance de la contradiction entre la présomption et la vérité biologique).

Le requérant s'avait dès avant la naissance qu'il n'était pas le père et l'enfant était âgé de plus d'un an au moment où il avait souhaité contester sa paternité (alors qu'il était par ailleurs en

procédure de divorce avec la mère). Le délai étant dépassé, il avait alors sollicité l'intervention du ministère public qui avait refusé d'agir. En effet, d'une part, le requérant aurait pu à veiller à se faire conseiller et, d'autre part, la mise en œuvre d'une action pouvait ne pas être conforme à l'intérêt de l'enfant qui aurait perdu ses droits alimentaire tandis que l'identité de son père biologique demeurerait incertaine.

La Cour a affirmé – en renvoyant à *Nylund* (voy. *supra* n° 1121) – que la sécurité juridique et la sécurité des relations familiales justifiaient le recours à une présomption fondée sur le mariage. En outre, l'affaire se distinguait de l'affaire *Kroon* (voy. *supra* n° 1091) où les intérêts des personnes concernées convergeaient. Selon le juge strasbourgeois, après l'expiration du délai pour agir alloué au père légal, un poids plus important devait être alloué à l'intérêt de l'enfant qu'à l'intérêt du père de contester sa paternité. Dans ce contexte, la requête était manifestement mal fondée : après l'écoulement du délai, le requérant avait eu la possibilité de demander au ministère public d'agir et celui-ci avait entendu et discuté les arguments du requérant, avant de décider conformément à ce qui semblait être l'intérêt de l'enfant.

1155. Il faut attendre l'arrêt *Shofman c. Russie* pour qu'une première condamnation intervienne relativement aux délais fixés pour l'action en contestation de paternité du mari. Ainsi, dans cet arrêt du 24 novembre 2005, la Cour a été amenée à examiner la conformité au prescrit conventionnel des limites temporelles fixées à la possibilité pour un père présumé de contester sa paternité. Dans l'espèce considérée, le requérant avait été enregistré par application de la présomption de paternité comme le père juridique de l'enfant mis au monde par son épouse. L'année suivante, elle lui avait fait part de son intention de divorcer, tandis que des proches du requérant lui affirmaient qu'il n'était pas en réalité le père de l'enfant (§§ 8-12). Il avait alors introduit une action en contestation de sa paternité laquelle avait cependant échoué – alors que des tests génétiques réalisés en juin 1999 et en juin 2000 démontraient la non-paternité – sur les dispositions du Code civil russe de 1969 applicables à l'espèce qui ne permettaient au père présumé d'introduire une telle action que durant l'année de la connaissance de ce qu'il avait été désigné comme le père de l'enfant dans les registres de l'état civil (§§ 13-16).

La Cour a procédé à un examen de droit comparé au terme duquel il est tout d'abord apparu qu'il n'y avait parmi les Etats membres de standard ni quant à la durée du délai, ni quant à son point de départ. Le délai est généralement de l'ordre de six mois à deux ans. Dans certains pays, il court dès la naissance de l'enfant, dans d'autres à partir du moment où le père sait ou devrait savoir qu'il a été enregistré comme tel, dans d'autres encore à partir du moment où le père prend connaissance de circonstances qui rendent douteuse sa paternité biologique (§§ 37 et 38). Par ailleurs, les Etats membres ont pu régler différemment les situations dans lesquelles les conditions de la contestation de paternité sont remplies après l'expiration du délai. Certains pays prévoient ainsi la possibilité d'obtenir une autorisation à agir, d'autres réservent au ministère public la possibilité d'initier la procédure, d'autres enfin ne prévoient aucune solution en pareille hypothèse (§ 42).

En l'espèce, la Cour a constaté qu'il n'existait en droit russe aucune solution pour les maris qui, tels le requérant, ne prennent connaissance de la réalité biologique que plus d'un an après l'enregistrement de la naissance. La limite temporelle fixée par le Code civil russe était inflexible et ne connaissait aucune exception (§ 43). La Cour a rappelé sa jurisprudence *Kroon* (§ 44) et constaté à la fois que le requérant avait agi dès qu'il avait eu connaissance du caractère douteux de sa paternité et que les juridictions internes avaient reconnu qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant (§ 41) pour finir par considérer que le caractère inflexible et absolu du délai pour agir ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique et que le fait

que le requérant ait été empêché de contester sa paternité constituait une violation de l'article 8 de la Convention (§§ 45 et 46)²⁰¹⁹.

1156. Dans une affaire *Mizzi c. Malte* qui a donné lieu à un arrêt du 12 janvier 2006, le requérant avait même été désigné comme père juridique de l'enfant mis au monde par son épouse par application de la présomption de paternité. Le couple s'était séparé quelques mois après la naissance de l'enfant et avait divorcé quelques années plus tard. Le requérant avait d'emblée douté de sa paternité et pris ses distances avec l'enfant. Cependant, le droit maltais applicable ne lui permettait pas d'agir en contestation. En 1990 ou en 1993, suivant les versions respectives du requérant et de l'enfant, un test ADN volontaire avait eu lieu. Le requérant prétendait qu'il avait démontré l'absence de lien biologique et sa fille exposait qu'elle n'avait jamais eu connaissance des résultats. Une évolution législative de 1993 avait ouvert cette possibilité, avec un délai de six mois à partir de la naissance, évidemment révolu pour ce qui concernait le requérant. Il avait dès lors cherché, mais sans succès, à être autorisé, malgré les dispositions du Code civil maltais, à agir en contestation de sa paternité en se référant notamment à la jurisprudence Kroon de la Cour.

Celle-ci a tout d'abord renouvelé son examen de droit comparé relativement aux situations dans lesquelles les conditions de la contestation de paternité sont remplies après l'expiration du délai (§ 110). Elle a ensuite relevé qu'en l'espèce la seule voie praticable pour le requérant résidait dans un recours constitutionnel aux termes duquel il aurait pu être autorisé à agir malgré l'expiration du délai légal et que le requérant, ayant mis en œuvre un tel recours, en avait été débouté (§ 111). Dès lors, la Cour n'a pas aperçu en quoi la société dans son ensemble aurait bénéficié de la situation, ni comment l'intérêt de l'enfant (devenu adulte) de bénéficier de la « réalité sociale » d'être la fille du requérant aurait été de nature à primer le droit du requérant d'avoir au moins la possibilité de contester sa paternité (§ 112). Elle a dès lors constaté, se référant ici encore à sa jurisprudence Kroon (§ 113), que l'article 8 de la Convention avait été violé (§ 115)²⁰²⁰.

1157. Comme il résulte de la décision *M.D. c. Bulgarie* du 15 novembre 2011, le raisonnement adopté par la Cour dans *Shofman* et *Mizzi* n'est pas transposable à une espèce où le requérant ne dispose pas d'ores et déjà de preuves scientifiques objectives excluant la paternité biologique. En l'espèce, la Cour a conclu à l'irrecevabilité de la demande dans la mesure où le requérant se basait uniquement « sur le fait que son épouse avait fait une interruption volontaire de grossesse, sur des rumeurs d'une liaison intime entre celle-ci et un tiers et sur les aveux de cet homme qui prétend être le père biologique de T. » (§§ 41-42). En outre, la Cour avait préalablement relevé que le requérant avait laissé s'écouler une très longue période avant d'agir en justice (treize ans après la naissance et dix ans après le divorce) en sorte qu'il était éventuellement douteux que le délai de six mois prévu par l'article 35 de la Convention avait été respecté (§§ 35-36).

β – La preuve

1158. Dans un arrêt *Tavli c. Turquie* du 9 novembre 2006, la Cour a été confrontée à une situation plus complexe. Le requérant avait, ici aussi, par effet de la présomption de paternité, été enregistré comme le père juridique de l'enfant mis au monde par son épouse. Doutant de sa

²⁰¹⁹ Voy. aussi l'opinion concordante du juge LORENZEN.

²⁰²⁰ La Cour a également relevé qu'en l'espèce l'impossibilité pour le requérant, du jour de la naissance de l'enfant jusqu'au moment où elle a statué, d'agir en contestation de sa paternité avait porté atteinte à l'essence de son droit d'accéder à un tribunal (§ 89) en manière telle que l'article 6, § 1^{er}, de la Convention avait été violé ; de même la Cour a relevé une violation de l'article 14 combiné aux articles 6, § 1^{er}, et 8 de la Convention à raison de la différence de traitement dépourvue de justification objective et raisonnable entre le requérant et « les autres parties intéressées » (l'enfant, sa mère et le père biologique) (§§ 129-136).

paternité, dans la mesure où il était alors en fonction dans un pays étranger, il avait d'emblée diligenté une action en contestation de paternité. Un test sanguin avait été réalisé et avait conclu à la probable paternité du requérant en manière telle qu'il avait été débouté de son action. Quinze ans plus tard, un test ADN avait cependant été réalisé démontrant que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant. Il avait alors saisi nouvellement les juridictions turques, mais la réouverture de la procédure lui avait été refusée au motif que le progrès scientifique ne constituait pas la preuve nouvelle d'un élément ayant existé au moment de la première procédure et inaccessible pour cause de force majeure.

La Cour s'est référée à ses arrêts *Shofman* et *Mizzi* et a pointé que l'espèce dont elle était saisie était différente, dans la mesure où le requérant avait ici d'emblée douté de sa paternité et agi en contestation dans le délai légal, mais n'avait pas pu prouver sa non-paternité (§ 32). Quand les tests ADN s'étaient répandus, il avait fait réaliser un test qui rendait compte de ce qu'il n'était pas le père, mais les juridictions nationales avaient rejeté sa demande que l'affaire soit rejugée (§ 33). La Cour s'est une nouvelle fois référée à sa jurisprudence *Kroon* et a précisé qu'elle n'apercevait pas, en l'espèce, en quoi la société dans son ensemble aurait bénéficié de la situation ou comment l'intérêt de l'enfant (qui s'était prêté au test ADN et avait aussi intérêt à connaître la véritable identité de son géniteur) aurait été protégé par l'impossibilité de rejuger (§ 34). Elle a rappelé qu'il revient aux juridictions nationales d'interpréter la législation existante à la lumière du progrès scientifique et de ses répercussions sociales et a finalement considéré que le fait que le requérant ait été privé de la possibilité de contester sa paternité parce que le progrès scientifique n'était pas considéré comme un motif permettant de rejuger une cause n'était pas proportionné au but légitime poursuivi (§ 36) pour conclure à la violation de l'article 8 de la Convention.

1159. Dans un arrêt *Iyilik c. Turquie* du 6 décembre 2011, la Cour a conclu à la violation de la Convention dans une situation similaire. Ici aussi, le requérant avait d'emblée douté de sa paternité, mais avait été débouté de sa demande en désaveu dès lors que le rapport d'expertise établi par l'université d'Ankara en 1968 concluait que « le père biologique de [l'enfant] pouvait être aussi bien le requérant que toute autre personne du même groupe sanguin que lui » (§§ 7-8). En 2002, le requérant avait introduit une demande de réouverture de la procédure en arguant des progrès de la science et de la vie dissolue menée par la mère de l'enfant au moment de sa conception. Au surplus, il faisait valoir qu'il rédigeait son testament et ne souhaitait pas qu'hérite de ses biens sa fille putative avec laquelle il n'avait jamais eu aucune relation et dont il n'était pas sûr d'être le père biologique (§§ 9-10). Comme dans l'affaire *Tavli*, il lui avait été répondu par les juridictions turques que les progrès techniques ne constituaient pas un cas de force majeure susceptible de justifier la réouverture d'une procédure (§ 11).

L'espèce était donc en tout point similaire à l'affaire *Tavli*, à un détail près : dans celle-ci, le requérant et sa fille putative s'étaient volontairement prêtés à un test ADN lorsque ceux-ci étaient apparus. Ce n'était pas le cas ici. En effet, « le requérant n'est pas en possession d'une preuve biologique attestant qu'il n'est pas le père de Y. Par son action en justice, il a cherché d'abord à obtenir une preuve de la réalité de ses relations biologiques avec Y en obligeant celle-ci à se soumettre à un test ADN, et ensuite seulement à mettre éventuellement en adéquation la réalité juridique avec la réalité biologique ». Selon la Cour, alors que dans d'autres affaires (telles que *Mizzi*, *Paulik*, *Shofman* et *Tavli*), les intérêts des requérants et des enfants étaient convergents, en l'espèce, au regard du refus de l'enfant de se soumettre à un test, les intérêts en cause étaient contradictoires (§ 32). Pour la Cour, « la nécessité de protéger les tiers peut exclure de possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit » *a fortiori* quand « le tiers en question est un enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date » (§ 33). En somme, « l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité [...], combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences

patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation » (§ 35).

A juste titre selon nous, les juges PINTO DE ALBUQUERQUE et KELLER se sont écartés de la majorité. A leurs yeux, « la prévalence de la réalité biologique sur les fictions légales est un principe bien établi dans la jurisprudence de [la] Cour » et « ce principe de droit ne doit pas être restreint par l'exigence d'un accord de toutes les personnes concernées, y compris de celles qui doivent subir un test ADN ». A défaut, en effet, la plupart des actions en établissement ou en désaveu de la paternité seraient vouées à l'échec en raison des désirs souvent diamétralement opposés des protagonistes (§ 2). En l'espèce trois raisons plaident pour une décision favorable au requérant : (1) la constance de sa conviction et sa diligence ; (2) l'obsolescence des motifs qui avaient présidé au débouté initial du requérant et l'indifférence des autorités aux spécificités de la cause au titre d'une prévalence absolue et automatique de la sécurité juridique ; (3) le caractère totalement virtuel de la relation entre le requérant et sa fille. Dans ce contexte, ont-ils répété la préférence absolue et automatique pour la présomption légale de paternité avait emporté une violation de la Convention (§§ 3-6).

ii) La contestation de la paternité établie par le biais d'une action en recherche de paternité

1160. Selon la Cour, la situation d'un homme dont la paternité a été établie par jugement « est peut-être différente à certains égards de celle des pères putatifs dont la paternité est présumée légalement mais n'a pas été déterminée judiciairement » mais « l'existence de différences entre plusieurs individus n'empêche pas leurs situations et leurs intérêts respectifs d'être suffisamment comparables »²⁰²¹.

1161. Dans un arrêt *Paulik c. Slovaquie* du 10 octobre 2006, la Cour a été amenée à envisager les mêmes questions, avec la différence notable qu'en l'espèce la paternité n'avait pas été établie par la voie d'une présomption de paternité, mais bien ensuite d'une procédure en recherche de paternité diligentée par la mère de l'enfant à l'endroit du requérant. L'action avait été déclarée fondée dans la mesure où il avait été prouvé que la mère et le requérant avaient entretenu des relations charnelles durant la période légale de conception. Quand l'enfant s'était fait délivrer sa première carte d'identité, elle avait découvert l'identité de son père légal et certain lien avait pu se créer. Cependant, à la suite d'une dispute, un test ADN avait été réalisé et avait établi que le requérant n'était en réalité pas le père biologique de l'enfant. Il s'était alors tourné vers les autorités nationales, mais il lui avait été signalé que l'affaire était chose jugée et qu'il n'existait aucune possibilité de mettre en question la paternité judiciairement établie.

La Cour a constaté, d'une part, que le requérant sollicitait la révision de la décision judiciaire qui avait établi sa paternité à la lumière de nouvelles preuves biologiques dont il n'avait pas connaissance dans le cadre de la procédure initiale (§ 45) et, d'autre part, que l'enfant, devenu adulte, avait déclaré ne pas s'opposer à l'anéantissement du lien de filiation, ayant par ailleurs construit sa propre famille et ne dépendant en aucune mesure du requérant (§ 46). Elle a dès lors, estimé, conformément à sa jurisprudence *Kroon*, que l'absence d'une procédure permettant de rendre la situation juridique conforme à la réalité factuelle contrariait le vœu des personnes concernées et ne bénéficiait à personne (§ 46) en manière telle qu'une balance adéquate n'avait pas été réalisée entre les intérêts en présence et que l'article 8 avait été violé (§ 47).

²⁰²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Paulik c. Slovaquie* du 10 octobre 2006, § 54 et Cour eur. dr. h., arrêt *Ostace c. Roumanie* du 25 février 2014, § 51.

Le requérant estimait au surplus avoir été victime d'une violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention à raison d'une discrimination entre les hommes dont la paternité a été établie judiciairement et, d'une part, ceux dont la paternité a été établie par d'autres voies et, d'autre part, les mères. La Cour a constaté qu'au plan de la contestation de paternité le requérant et les autres personnes intéressées étaient dans des situations analogues et que le système slovaque leur appliquait cependant un traitement différent dans la mesure où à la différence des autres parties, le requérant ne bénéficiait d'aucune procédure permettant de mettre en cause le lien de filiation judiciairement établi (§ 54). La Cour a admis qu'a priori, l'intérêt légitime qu'il y a à assurer la sécurité juridique peut justifier une différence de traitement entre les personnes qui souhaitent contester une paternité juridique selon que la paternité a été simplement présumée ou a été établie par une décision judiciaire définitive. Elle a cependant estimé qu'en l'espèce la poursuite de cet intérêt avait pour conséquence qu'alors que le requérant n'avait aucun moyen de mettre en cause sa paternité, d'autres parties dans une situation analogue le pouvaient. Le cadre législatif national ne permettait par ailleurs aucunement de prendre en considération les circonstances spécifiques de l'affaire. La Cour en a conclu que la différence de traitement n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi et que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés également (§§ 58-59).

1162. La Cour a pu confirmer cette jurisprudence dans une affaire *Ostace c. Roumanie* soldée par un arrêt du 25 février 2014. En l'espèce, un homme dont la filiation avait été établie dans les années 80 dans le cadre d'une action en recherche de paternité avait obtenu en juillet 2003 ensuite d'un test ADN extrajudiciaire la preuve de ce qu'il n'était pas le père. Cet élément cependant ne pouvait en droit interne justifier la révision de la décision au titre de l'article 322 du Code de procédure civile.

Ici aussi, tous les intéressés paraissaient « favorables à l'établissement de la vérité biologique » (§ 45) tandis que le requérant possédait déjà un « rapport d'expertise biologique réalisé avec l'accord de [l'enfant] donné alors qu'il était devenu majeur » (§ 47).

Enfin, la Cour a pris en considération l'évolution du droit roumain vers une réglementation plus souple en matière de filiation. Ainsi la Cour a constaté que « la décision rendue en l'espèce par la juridiction nationale n'est pas conforme à l'évolution du droit roumain dans le domaine de la filiation, apportée notamment par le nouveau code civil » laquelle « se montre favorable à la prévalence de la réalité biologique sur les fictions légales, en renonçant, par exemple, aux délais de prescription inflexibles ». En particulier, « le nouveau code civil prévoit que, pour renverser la présomption de paternité d'un enfant né dans le cadre du mariage, le délai de prescription de l'action en contestation de paternité est calculé, pour le père présumé, à partir de la date à laquelle ce dernier a appris qu'il était présumé être le père de l'enfant ou à partir d'une date postérieure à la première, à laquelle il a appris que cette présomption ne correspondait pas à la réalité » (§ 50). L'intérêt spécifique de cet arrêt réside alors peut-être dans cette ultime référence au sens de l'évolution du droit interne susceptible d'avoir un impact sur l'appréciation de l'équilibre aménagé.

1163. Il en va différemment, a considéré la Cour dans une décision *I.L.V. c. Roumanie* du 24 août 2010, lorsque le requérant n'a pas été en mesure d'obtenir amiablement la preuve biologique de sa non paternité. En l'espèce, le requérant, dont la paternité avait été établie par un juge sur base de deux témoignages et d'une expertise l'incluant dans la catégorie d'hommes susceptibles d'être le père, avait réclamé, sans succès, des juridictions internes que la mère et l'enfant soient contraints de se prêter à un test ADN. Sur la base de la preuve qu'il escomptait obtenir, il se proposait d'agir en révision de la décision établissant sa paternité. La Cour a validé l'attitude des juridictions internes en soulignant que l'action litigieuse « visait une étape préalable, à savoir l'obtention d'une preuve afin de connaître la réalité biologique » et que « cet élément a une importance décisive dans la mise en balance des intérêts en cause ». En effet, si

dans différentes autres affaires tranchées au bénéfice du requérant, les intérêts de ceux-ci et des enfants étaient convergents, en l'espèce, « étant donné le refus de l'enfant de se soumettre au test, les intérêts en cause apparaissent contradictoires » (§ 40). En outre, la Cour a donné du poids à la circonstance que l'enfant était mineure lors de la demande considérée (§ 43) et considéré acceptable de donner « plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux que peut avoir le requérant à vérifier un fait biologique » (§ 46).

iii) La paternité d'autrui : T.C. et H.V. c. Turquie

1164. Dans un arrêt *T.C. et H.C. c. Turquie* du 26 juillet 2011, la Cour a été amenée à statuer sur la requête déposée par une femme dont la filiation paternelle avait été anéantie, après le décès de son père, suite à une action diligentée par ses grands-parents paternels. Les grands-parents étaient manifestement mus par des motifs d'ordre successoral. En outre, le test ADN qui avait été effectué sur la dépouille du père défunt avait été conduit dans des conditions peu satisfaisantes, tandis que la seconde expertise réclamée par la requérante n'avait pas été mise en œuvre (§§ 73-74). Les juridictions internes avaient admis l'action des grands-parents, alors que le droit national ne leur donnait a priori pas qualité pour agir, en mettant en œuvre une interprétation audacieuse et imprévisible des dispositions pertinentes (§ 70).

Dans ce contexte, la Cour a considéré la Convention violée. Le lien de filiation de la requérante avait été supprimé après le décès de son père (qui n'avait jamais quant à lui manifesté un quelconque désir de remettre en cause sa paternité), alors que ses grands-parents étaient a priori sans droit d'agir et que la qualité de l'expertise mise en œuvre posait question. La Cour a admis qu'un poids pouvait être accordé à la protection des intérêts des grands-parents, héritiers potentiels du défunt, mais que ce but légitime n'était pas de nature à justifier la double ingérence litigieuse dans le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante (§§ 81-82).

B. L'annulation de l'adoption

1165. La Commission avait pu être saisie de certaines requêtes dénonçant l'annulation d'une adoption qui s'étaient heurtées à des motifs d'irrecevabilités liés tantôt au non épuisement des voies de recours internes²⁰²², tantôt au caractère tardif du dépôt de la requête²⁰²³. La Cour s'est quant à elle – récemment – trouvée confrontée à la problématique de l'annulation d'adoption, tantôt parce qu'une telle annulation avait été concédée à la demande d'un des adoptants et contre le gré de l'autre, tantôt parce que cette annulation avait été refusée.

Dans le cadre de cette problématique neuve, la Cour a notamment souligné qu'en matière d'adoption, l'importance à conférer à l'intérêt de l'enfant se trouvait accrue, dès lors que, conformément à la formulé héritée de l'arrêt *Fretté* (voy. *supra* n° 824), elle consiste non pas à donner un enfant à une famille, mais à donner une famille à un enfant. En conséquence, la Convention ne garantit pas à une personne qui a adopté un enfant le droit de mettre fin à cette adoption, ni le droit d'interrompre un lien juridique de filiation ainsi créé (*Kurochkin c. Ukraine* et *Gotia c. Roumanie*). Dans cette matière, comme dans toutes celles qui touchent à l'enfant, la Cour semble mettre l'accent particulièrement sur la volonté de l'enfant.

1166. L'affaire *Kurochkin c. Ukraine*, qui a donné lieu à un arrêt du 20 mai 2010, a confronté la Cour à l'annulation d'une adoption décidée par les juridictions ukrainiennes. Des époux ukrainiens avaient ainsi adopté un enfant de onze ans et s'étaient séparés peu de temps après.

²⁰²² Comm. eur. dr. h., déc. P. et R. c. Espagne du 15 mai 1986.

²⁰²³ Comm. eur. dr. h., déc. G.Y. c. Turquie du 7 décembre 1994.

Dans ce contexte, la mère, dont les relations avec l'enfant étaient très mauvaises, avait sollicité et obtenu l'annulation de l'adoption contre la volonté de son ex-conjoint et de l'enfant. Les juridictions ukrainiennes avaient notamment relevé que le requérant manquait d'autorité sur l'enfant et n'était pas apparu capable de l'élever, en se basant sur les bulletins scolaire et les témoignages des voisins et en se référant à une situation dans laquelle l'enfant adopté avait violenté sa mère adoptive sans que le requérant intervienne efficacement (§ 55). Eu égard à ce dernier élément, les tribunaux internes avaient aussi considéré que l'annulation de l'adoption constituait une sanction du comportement irrespectueux de l'enfant (§ 56). Suivant le père adoptif, requérant devant la Cour, l'annulation de l'adoption constituait une ingérence illégitime dans son droit au respect de la vie privée.

La Cour a tout d'abord relevé qu'il n'était pas contesté que l'annulation de l'adoption constituait une ingérence dans la vie familiale du requérant (§ 38) et que la circonstance qu'il avait été subséquemment désigné tuteur de l'enfant ne lui avait pas fait perdre sa qualité de victime (§ 39). La Cour a rapidement admis que l'ingérence litigieuse était prévue par la loi et poursuivait un but légitime (§ 44-49). Elle a ensuite rappelé que lorsqu'un lien familial a été établi l'Etat doit agir d'une manière qui permette à ce lien de se développer mais aussi que l'Etat jouit d'une large marge de manœuvre pour apprécier la nécessité du placement d'un enfant (§§ 52-53). Suivant la Cour, l'argument des juridictions ukrainiennes suivant lequel l'annulation se comprenait aussi comme une sanction à l'égard de l'enfant ne saurait passer pour pertinent (§ 56). Par ailleurs, le processus au terme duquel l'annulation avait été décidée n'avait pas soigneusement soupesé les conséquences de la mesure sur l'enfant ni envisagé d'autres options moins extrêmes, tandis que l'entière charge de la preuve avait pesé sur le requérant (§ 57). En outre, après l'annulation, l'enfant avait continué à vivre avec le requérant qui avait ensuite été désigné tuteur ce qui n'était pas de nature à accréditer l'idée suivant laquelle le requérant était incapable de prendre en charge l'enfant (§ 58). Dans ce contexte, la Cour a décidé, à l'unanimité, que l'article 8 de la Convention avait été violé (§ 59).

1167. A l'inverse, dans une affaire *Gotia c. Roumanie* qui a donné lieu à une décision sur la recevabilité du 5 octobre 2010, la Cour a été amenée à se pencher sur la requête d'une femme qui reprochait à sa fille adoptive d'avoir un mauvais comportement, et en particulier d'avoir attenté à sa vie et de ne pas l'avoir aidée lorsqu'elle avait été malade. Pour ces différentes raisons, elle souhaitait obtenir la révocation de l'adoption, ce que ne lui permettait pas le droit roumain. Suivant la requérante, l'impossibilité d'obtenir la révocation de l'adoption « aux fins de sa protection personnelle vis-à-vis d'un comportement ingrat » constituait une violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour a notamment rappelé que « l'importance de privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa jurisprudence, l'adoption consiste à “donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille” » (§ 29). La Cour s'est référée à son arrêt *Kurochkin*, et en particulier à la conclusion suivant laquelle la circonstance qu'une annulation de l'adoption interviendrait comme sanction du comportement ingrat de l'adopté ne peut être admise comme pertinente et suffisante. Dès lors, suivant les juges strasbourgeois, « la Convention ne garantit pas à une personne qui a adopté un enfant le droit de mettre fin à cette adoption, ni le droit d'interrompre un lien juridique de filiation ainsi créé » (§ 30). Suivant la Cour, l'applicabilité de l'article 8 en l'espèce était incertaine. Si l'article 8 était applicable, a-t-elle toutefois observé, l'absence de consensus européen et la marge de manœuvre ample à reconnaître aux Etats signataires, conjuguées à la teneur de la Convention européenne en matière d'adoption, permettaient de conclure que le refus opposé à la requérante par les autorités roumaine n'avait pas violé le prescrit conventionnel.

Synthèse de la sous-section 2

1168. L'institution de la filiation juridique ne se trouve pas investie aux yeux des juges européens du même poids symbolique que le mariage. Alors que ce dernier jouit *a priori* encore d'une place à part dans le système conventionnel, la filiation est soumise au régime de droit commun de l'article 8 (dont certains juges ont dans un premier temps souhaité l'exclure). Sans doute cette asymétrie aurait-elle pu être comblée prétorieusement : l'institution de la filiation aurait ainsi à tout le moins pu être expressément associée au noyau dur de la vie familiale, voire même, comme le suggéraient les requérantes de l'affaire *Marckx*, à la notion de dignité humaine. Les questions liées à l'accès à la filiation mettent en jeu la tension entre égalité et identité, celles liées à la dissolution du lien posent des questions sur le rapport liberté / solidarité.

Le droit d'établir un lien de filiation

1169. La Cour hésite entre deux formules qui ne nous paraissent pas tout à fait équivalentes : d'un côté elle exige que soit rendue possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (*Marckx*) ; de l'autre elle réclame la possibilité que soient établis des liens familiaux complets (*Kroon*)²⁰²⁴. Or, il est clair que l'enfant peut être intégré à sa famille sans que nécessairement des liens de filiations soient établis et la Cour elle-même paraît osciller entre la consécration de deux droits : un droit à l'intégration dans sa famille et un droit à l'établissement de la filiation : si le premier peut se contenter d'accommodements et de statuts alternatifs/intermédiaire, le second implique l'accès à l'institution en tant que telle. Une subtilité supplémentaire à affronter vient de la nécessité de gérer deux modes possibles d'établissement de la filiation dont les conséquences matérielles sont identiques, mais dont la portée symbolique diffère²⁰²⁵. C'est au demeurant à propos de la filiation que l'on observe – nous semble-t-il – le plus grand écart au sein de la jurisprudence de la Cour à propos de la valeur de l'institution. Il y aurait lieu que la Cour décide si la filiation est, à ses yeux, un simple « package » ou un « moyen » de conquérir des droits (voy. *Chavdarov*²⁰²⁶ pour la filiation dite « charnelle » ou *X. et autres*²⁰²⁷ pour la filiation adoptive) ou peut au contraire prétendre au titre d'« institution » avec ce que cela peut impliquer de pérennité et ou d'indisponibilité.

1/ La première question qui se pose est celle de savoir quand, malgré la convergence des souhaits individuels, l'Etat peut exclure l'établissement du lien de filiation réclamé. A titre facultatif, se pose la question de la différence entre les deux ordres de filiation : la filiation charnelle et la filiation adoptive. Lorsque tous les protagonistes s'entendent sur le meilleur intérêt de l'enfant, l'établissement de la filiation paraît de plus en plus s'imposer aux autorités quelles que puissent être les préférences sociales en la matière²⁰²⁸. On relèvera cependant, d'une

²⁰²⁴ Voy. P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 176.

²⁰²⁵ A cet égard, des arrêts comme *Chavdarov* ou *Boeckel* posent directement la question des distorsions par rapport au modèle initial dans le cadre duquel la filiation charnelle correspondait à une filiation par le sang, tandis que la filiation adoptive correspondait à la filiation par la promesse ou l'engagement. Dans *Chavdarov*, la filiation adoptive est considérée comme une alternative sérieuse à l'établissement de la filiation charnelle. Dans *Boeckel*, il n'est pas non plus considéré nécessaire que les requérantes puissent emprunter la voie de la filiation charnelle.

²⁰²⁶ Le « but même de la contestation de la filiation paternelle présomptive par le père biologique » était « d'établir des relations personnelles et familiales avec les enfants » (§ 51).

²⁰²⁷ Contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci (§ 145)

²⁰²⁸ D'un côté, les contraintes liées au caractère naturel (*Marckx*) ou adultérin (*Kroon* et *Johnston*) ou contraire à l'ordre public international (*Mennesson*) de la filiation biologique à instituer ont été évacuées par la Cour, sous réserve d'un singulier arrêt *Chavdarov* (dont la teneur s'explique sûrement par les alternatives spécifiquement ouvertes en l'espèce au candidat malheureux à la paternité) ; de l'autre, la Cour a poussé très loin la dissolution des

part, que la spécificité du mariage est encore en mesure d'enrayer cette fluidité exigée par la Cour (*Chavdarov*).

2/ La seconde question est celle des conflits entre adultes qui se nouent relativement à l'établissement du lien de filiation dans un contexte où les titulaires potentiels d'un droit à l'établissement d'un tel lien sont désormais nombreux. En principe, les conflits entre adultes ne doivent pas se régler par l'opération d'une fin de non-recevoir absolue (*Rozanski*) ou par un pouvoir de veto conféré à l'un des adultes concernés (*Keegan, Kuijper*). La fluidité qui caractérise aujourd'hui la filiation telle que la conçoit la Cour de Strasbourg n'est tout de même pas comparable à celle qu'elle exige à propos de la prise en charge matérielle de l'enfant. Ainsi, dans un contexte *a priori* caractérisé par l'exigence d'égalité, la Cour tolère toute de même – dans les situations de conflit – une certaine prépondérance, dans différents contextes, des choix opérés par la mère. Il y a une inégalité foncière de ses titulaires de droits : enfant > mère > père : souvent, la mère de l'enfant jouira d'une position privilégiée *en fait* qui lui permettra dans de nombreux cas de désigner elle-même celui qui sera *en droit* le père de l'enfant (*Odièvre, Kalacheva, Kautzor, Ahrens, Krisztián*). On retrouve en quelque sorte ici la figure du *beatus possidens* (voy. *supra* n° 782) la mère jouit indéniablement d'une position privilégiée par rapport au père.

3/ Enfin, la volonté de l'enfant d'établir sa filiation semble ne pouvoir rencontrer aucun obstacle légitime, sous la réserve importante, de la tolérance manifestée par la Cour à l'égard de l'accouchement sous x et de ses dérivés.

Le droit de ne pas établir de lien de filiation (ou de le dissoudre)

1170. Alors que certains déploient des efforts considérables pour obtenir l'établissement d'un lien de filiation, d'autres réclament le droit de ne pas être pris dans semblable lien ou le droit de le dénouer s'il a déjà été noué mais ne correspond pas à une relation familiale effective.

1/ Si la jurisprudence de la Cour condamne les situations dans lesquelles le père d'un enfant peut se soustraire à l'établissement de la filiation, elle tolère que la mère puisse quant à elle éviter – dans les rares pays qui connaissent des formules d'accouchement sous x – l'établissement de sa filiation.

2/ Quant à la destruction du lien de filiation, la Cour formule dans une jurisprudence nettement moins abondante une exigence de souplesse au titre de laquelle il convient qu'un homme convaincu de n'être pas le père de son enfant légal ait au moins la possibilité de contester sa filiation (*Shofman, Mizzi, Paulik, Tavli*). Toutefois, avec constance, la Cour admet le refus des autorités de permettre la dissolution du lien de filiation si l'enfant n'a jamais manifesté la volonté de le dénouer ou, à tout le moins, consenti à ce que le lien biologique soit vérifié. L'affaire *Mizzi c. Malte* est à cet égard éloquent : la Cour a estimé que l'impossibilité absolue de rompre le lien de filiation ne se justifiait pas au regard de la Convention, dès lors que l'enfant avait accepté qu'il soit procédé au test ADN, cela même si par la suite la jeune femme avait manifesté la volonté que perdure le lien de filiation juridique. Sous la forme d'une opinion séparée jointe à l'arrêt *Iyilik c. Turquie*, l'on entrevoit cependant la possibilité – souhaitable – que la volonté de l'enfant de maintenir un lien juridique puisse ne pas prévaloir dans tous les cas lorsqu'un doute existe sur le lien biologique et qu'aucun lien affectif n'existe. La Cour s'est finalement montrée très peu encline à accepter ou à imposer la rupture d'un lien de filiation

normes en matière de filiation fondée sur un lien socio-affectif en imposant l'ouverture de l'adoption au partenaire non-marié (*Emonet*) ou au partenaire de même sexe (*X. et autres*) ou bien contraire à l'ordre public international (*Wagner, J.M.W.L. et Mennesson*), avec cette fois-ci pour contrepoint un embarrassant arrêt *Gas et Dubois* (dont la teneur s'explique par les difficultés de la Cour à surmonter la corrélation entre orientation sexuelle et statut conjugal).

adoptive au titre du mauvais comportement de l'adopté (*Kurochkin* et *Gotia*). Elle a même formellement affirmé que « l'importance de privilégier les intérêts de l'enfant par rapport à ceux des parents est accrue dans le cas d'une relation fondée sur l'adoption, car, ainsi qu'elle l'a déjà affirmé dans sa jurisprudence, l'adoption consiste à “donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille” » (*Gotia*, § 29).

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

1171. Le contentieux des institutions familiales renvoie *in fine* à la question du rôle à jouer par l'Etat dans la définition de l'identité des individus : quelle est sa *légitimité* pour « instituer » les individus et les relations familiales et, le cas échéant, quelles sont les *modalités* suivant lesquelles il doit procéder à pareille institution ?

1172. Nous revenons pour conclure ce chapitre aux positionnements de Claude LÉVI-STRAUSS que nous avons exposés lors de son intriduction. Il nous semble possible d'affirmer qu'il existe un consensus sur la *valeur intrinsèque des institutions* mais qu'à ce stade, des divergences fortes apparaissent au sein des sociétés postmodernes sur ce qui doit fonder lesdites institutions : schématiquement, certains considèrent que d'une manière ou d'une autre les institutions cardinales du droit de la personne et de la famille doivent continuer à correspondre à la « réalité biologique » alors que d'autres estiment que seul est important à cet égard ce qu'on pourrait appeler l'« investissement humain ». Entre ces deux pôles, s'épanouissent évidemment une multitude de postures intermédiaires : mais il n'est en tout cas plus possible d'évoquer à propos des institutions familiales une quelconque unanimité sur ce qu'elles sont et ce à quoi elles devraient correspondre²⁰²⁹.

On trouve une approche comparable chez le philosophe Jean-Philippe PIERRON pour qui « une double tentation guette le droit de la famille ». Ainsi, « soit on exalte le collectif contre l'individuel dans une *abstraction systématique et formaliste* d'où serait banni le droit des personnes » et la question se pose de savoir si la cohérence « dit tout » de la vie du droit. Ou bien « on développe une *apologie naïve et rêveuse* pour laquelle le droit de la famille ne devrait être construit que sur le modèle de l'amour » et le constat s'impose de l'ignorance candide de la conflictualité et de la sociabilité qui caractérisent la famille.

Le droit devrait alors jouer en « position médiane », le rôle d'un « tiers instituant » qui empêche « l'individu de céder à la tentation de croire s'être auto-engendré » et rend compte de ce qu'« il y a un monde dans lequel je me raconte et qui me devance »²⁰³⁰.

I/ LA RÉSISTANCE AMBIGÜE DU SYMBOLISME FAMILIAL

1173. Ainsi que le souligne à juste titre Béatrice BELDA, « la jurisprudence européenne récente ne fait qu'exprimer dans le domaine de l'élaboration normative le paradoxe des sociétés contemporaines : d'un côté, l'individu cherche à conquérir de nouveaux droits subjectifs, à s'affranchir des contraintes juridiques et en parallèle, il recherche désespérément l'approbation par la société de ses choix via une reconnaissance juridique »²⁰³¹. A cet égard, la Cour de Strasbourg a déjà imposé des mouvements importants du cadre institutionnel en condamnant la conception strictement biologique du sexe qui faisait obstacle à la reconnaissance civile du transsexualisme (*Goodwin*) et en censurant la règle de l'attribution automatique à l'épouse du

²⁰²⁹ Il faut cependant bien prendre acte de l'attitude parfois ambiguë de la Cour quant à la valeur des institutions juridiques. Ainsi, dans l'affaire *Mennesson*, la Cour a-t-elle pu constater, en renvoyant à *Chavdarov*, que « [les requérants] ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, mutatis mutandis, *Chavdarov c. Bulgarie*, no 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010) ».

²⁰³⁰ J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité ... », *op. cit.*, p. 206.

²⁰³¹ B. BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », *op. cit.*, p. 269.

nom de son mari (*Unal Tekeli*) et aux enfants du nom de leur père (*Cusan et Fazzo*). Il n'empêche que la Cour accepte que les Etats tracent au plan des institutions des limites entre le permis et l'interdit, et cela au nom de différents motifs.

1/ S'agissant de l'accès aux statuts, la Cour admet semble-t-il que le tracé des contours des institutions familiales corresponde à la volonté de protéger les traditions et/ou la morale. Dans *Schalk et Kopf*, il a ainsi été jugé que le maintien du principe de l'hétérosexualité du mariage malgré l'inclusion des couples homosexuels dans le champ d'application de l'article 12 était lié à des « connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (*Schalk et Kopf*, § 62). Dans l'affaire *Hamalainen*, la Cour alloue une marge de manœuvre au regard notamment « de questions morales et éthiques délicates » posées par la question de la persistance du mariage d'une personne transsexuelle (§ 75). Dans *Chavdarov c. Bulgarie*, la Cour a affirmé, en matière de filiation (charnelle), que « les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux » (§ 46). Par contre, la Cour a jugé dans l'arrêt *X. et autres c. Autriche*, que l'opposition à l'adoption au sein d'un couple homosexuel ne « [faisait] que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels » (§ 143).

2/ La Cour admet aussi la volonté que les institutions familiales soient caractérisées par une certaine pérennité qui justifie notamment les obstacles posés à la modification du prénom ou du nom et les limites fixées aux actions relatives à la filiation. Dans l'affaire *De Ram*, la Cour a notamment relevé que « la différence de traitement dont les requérants avaient fait l'objet était raisonnablement et objectivement justifiée par la nécessité d'assurer la transition dans le temps de l'évolution des règles de dévolution du nom de famille, et par la légitimité du choix de tenir compte du respect dû aux principes de sécurité juridique et d'immutabilité du nom » (§ 26).

1174. L'impossibilité d'accéder à une institution peut se négocier à Strasbourg contre un certain nombre de concessions.

1/ En premier lieu, les dommages collatéraux induits par le maintien du symbolisme familial doivent-ils être atténués par la vérification de ce qu'au plan « matériel » la vie privée ou familiale n'est pas démesurément (ou n'est pas du tout troublée). Ainsi, dans l'affaire *Rees*, la Cour avait-elle considéré que « le Royaume-Uni [s'était] efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait » (§ 42). Dans l'affaire *De Ram*, la Cour a souligné que les requérantes «[avaient] utilisé leur nom d'usage tout au long de leur scolarité [...] et qu'elles [n'alléguaient] pas être dans l'impossibilité de pouvoir continuer à le faire » (§ 26). Dans l'affaire *Hamalainen*, c'est la possibilité de bénéficier d'une formule alternative procurant le même contenu juridique en termes de droits et obligations substantiels qui rend proportionnée l'impossibilité de maintenir le mariage par-delà le changement de sexe (§§ 83-85). Dans *Johnston et autres*, la Cour a refusé le droit au divorce, mais affirmé que « la protection de la vie privée ou familiale peut parfois exiger des moyens permettant de relever les époux du devoir de cohabitation » (§ 57).

2/ En second lieu, les restrictions imposées aux droits individuels peuvent se résoudre par des tractations dans le temps. L'affaire *Harroudj c. France* est à cet égard un exemple intéressant dès lors que la Cour y a pris en considération la circonstance « qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre » (§ 51). L'arrêt *Chavdarov* est un exemple plus classique où la Cour a pris en considération notamment le fait que « le nouveau code de la famille prévoit la possibilité pour eux de contester, s'ils le désirent, la présomption de

paternité du mari de leur mère » (§ 55). Ainsi, la Cour admet-elle mieux une restriction lorsque, pour le requérant, tout espoir n'est pas perdu d'obtenir un jour le statut espéré...

3/ Outre ces « demi-mesures » et autres « lots de consolation » qui permettent d'atteindre une forme de concordance pratique entre les revendications individuelles et la rigidité légitime du cadre institutionnel, il faut relever que la Cour impose aux Etats une obligation générale de vigilance. Ainsi en a-t-il été un temps dans la jurisprudence relative au transsexualisme, la Cour ayant précisé dans *Rees*, comme dans *Sheffield et Horsham*, que la question devait donner lieu à un « examen permanent » (*Cossey*, § 42 et *Sheffield et Horsham*, § 60). Une autre invitation à la vigilance des Etats réside dans les messages adressés tant par la « fragmentation » du vote strasbourgeois (*Hamalainen*) que par les éventuelles « invitations » explicites formulées par des juges concordants (*Gas et Dubois*).

1175. Par-delà ces diverses tractations, la Cour n'hésite par contre pas à censurer les attitudes étatiques entachées d'incohérence, telle celle du Royaume-Uni dans l'affaire *B. et L.* ou celle du Luxembourg dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* C'est aussi l'incohérence du droit interne qui est censurée par le juge européen lorsqu'il condamne la Grèce pour avoir refusé de reconnaître une adoption réalisée à l'étranger par un ecclésiastique sur base de règles ecclésiastiques héritées des septième et neuvième siècles, alors même que l'adoption du requérant avait été réalisée après l'entrée en vigueur d'une loi permettant aux moines de se marier et de fonder une famille (*Négrépontis-Gianisis*).

Parfois, le principe de cohérence est utilisé d'une manière plus active par le juge de Strasbourg qui s'en sert, en quelque sorte, pour passer du fait au droit. Dans *X. et autres c. Autriche*, il est considéré qu'il n'est pas « cohérent » pour l'Etat défendeur d'« [admettre] qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel » tout en [prévoyant] explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères » (§ 144). Cette technique, qui vient tout droit de l'affaire *Goodwin* (voy. § 78) et qui a été rappelée dans *Hamalainen* (§ 66), renverse un peu la logique de la concordance pratique, puisqu'en manifestant des gestes d'ouverture, l'Etat s'expose au « danger » d'être contraint d'aller en quelque sorte plus loin que ce qu'il avait imaginé...

II/ L'EXIGENCE D'UNE CERTAINE FLUIDITÉ INTRA-INSTITUTIONNELLE

1176. A l'intérieur du cadre ainsi tracé, la Cour réclame une certaine fluidité et exige dans la plupart des cas une prise en considération *in concreto* des intérêts en présence.

1/ L'évolution considérée implique au premier chef l'imposition d'une certaine fluidité à l'intérieur même du cadre institutionnel tracé par l'Etat. Ainsi, la Cour condamne-t-elle par exemple l'impossibilité de se marier « simplement en raison de son statut » de prisonnier (*Frasik*) et a-t-elle affirmé qu'une impossibilité absolue de divorcer liée au refus de l'époux non-fautif pourrait être contraire à l'article 8 (*Ivanov et Petrova*). De même, la Cour sanctionne-t-elle *a priori*, en matière de filiation l'impossibilité absolue d'établir (*Johnston et Kroon*) ou de contester (*Shofman et Paulik*) un lien de filiation.

2/ L'exigence d'effectivité implique l'existence de cadres procéduraux clairs permettant à l'individu de mettre en œuvre les droits qui lui sont reconnus ou de faire trancher les litiges impliquant des droits concurrents. Ainsi la Cour sanctionne-t-elle les situations dans lesquelles les autorités jouissent d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont les modalités de mise en œuvre sont obscures et génèrent un risque d'arbitraire. Cela apparaît par exemple en matière de changement de nom (*Güzel Erdagoz*) et de filiation (*Rozanski*). La Cour sanctionne aussi les cadres procéduraux insuffisamment performants et qui laissent l'individu dans une situation

« d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle » (*Mikulic*) et impose aux autorités une obligation de diligence spéciale à raison de l'importance des enjeux (*Laino, Berkova, Mikulic*).

3/ Le principe de prévalence de l'intérêt de l'enfant commande que les affaires qui le concernent soient tranchés dans son intérêt. A cet égard, cependant, la jurisprudence de la Cour laisse parfois un sentiment de malaise. En particulier, dans les situations de procréations naturelles où un conflit existe entre la mère et le père (soit que la mère ne souhaite pas prendre en charge l'enfant, soit qu'elle souhaite établir la filiation de l'enfant à l'égard d'un autre homme), la première se trouve dans tous les cas en mesure de « créer » une relation effective avec un tiers (un adoptant ou son propre compagnon) en sorte que le second verra sa demande écartée non pas en raison d'une impossibilité abstraite de chercher à établir sa filiation, mais au titre d'une évaluation qui pour avoir lieu *in concreto* n'en n'est pas moins *jouée d'avance* par les choix posés par la mère (voy. *Krisztián et Yousef*).

III/ UN « LIBÉRALISME PRUDENT »

1177. Nous avons souligné au début de ce chapitre qu'aux yeux de LÉVI-STRAUSS l'anthropologue était en mesure – en matière de sexe, de mariage et de parenté – de formuler à l'attention des juristes un conseil de « prudence » ou de « libéralisme et prudence ».

Dans un contexte où le droit de la famille a « besoin de cohérence et de stabilité pour être autre chose qu'une collection de cas particuliers et pouvoir assurer sa fonction symbolique »²⁰³², les institutions sont certes adaptables aux nouvelles réalités, mais leurs facultés d'absorption de celles-ci n'en sont pas moins toujours temporairement limitées.

Nous considérons dès lors que l'imposition de standards strasbourgeois relatifs aux institutions familiales ne peut emprunter, à la différence de ceux ressortissant à la portée opératoire et pragmatique du droit de la personne et de la famille, une « voie rapide ».

Ce n'est pas à dire cependant que la Cour devrait s'interdire toute intervention relative aux cadres institutionnels du droit de la personne et de la famille. Cela revient simplement à affirmer que semblable intervention ne devrait intervenir que de manière très raisonnée et mesurée.

1/ Il convient, en premier lieu, que la Cour avance de manière cohérente et en exposant clairement les soutènements de ses décisions. L'approche qui découle de la conjonction des arrêts *Gas et Dubois* et *X. et autres* rend compte d'une méconnaissance par la Cour de deux impératifs que nous avons identifiés comme les contrepoints nécessaires de l'énorme pouvoir que les Etats parties lui ont confié et qu'ils continuent de lui reconnaître : l'exigence de cohérence et l'exigence de motivation. Or non seulement, la Cour qui s'attache par principe en premier lieu à l'effectivité des droits a choisi deux solutions totalement opposées dans deux affaires presque identiques (incohérence) mais en outre la Cour a pris – dans *X. et autres* – le parti d'imposer l'abandon du caractère bisexué de la filiation en refusant ostensiblement de s'interroger sur ce que pouvait être le poids culturel et/ou traditionnel de la volonté de l'Etat de maintenir à cet égard la symbolique de la complémentarité des sexes (absence de motivation).

2/ Il convient, en second lieu, à nos yeux, que la Cour reste à distance raisonnable du consensus européen : ni trop au devant, ni trop en deça (avec une marge de retenue et de dynamisme). La démarche suivie en matière de transsexualisme peut assurément servir d'étalon : une revendication individuelle peut durant un temps être valablement rencontrée par les Etats sous la

²⁰³² P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 208.

forme de mesures pragmatiques tendant à optimiser la situation des intéressés sans remettre en cause d'emblée l'essence du système ou la nature de l'institution. Le dialogue se noue alors à la Cour et au sein des Etats, de même qu'entre la première et les seconds (les « exhortations » et, demain, les questions préjudicielles). Nous retiendrons que l'approche par la Cour du changement de sexe civil se tient à mi-chemin de deux écueils que nous avons voulu rejeter, à savoir d'une part l'empressement à substituer un jugement de valeur européen aux conceptions internes et d'autre part l'acceptation indéfinie d'une position isolée contraire à la perception commune spontanément plébiscitée par les Etats européens.

Le sort fait à la filiation juridique par l'arrêt *X. et autres c. Autriche* nous paraît à l'inverse constituer à cet égard un édifiant contre-exemple et méconnaître, d'une certaine façon, la valeur symbolique des institutions. La doctrine de la position isolée telle qu'elle est mise en œuvre par exemple dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande* ne nous paraît pas non plus judicieuse. En réalité, ce type d'arrêts met la Cour en porte-à-faux par rapport à la dette de cohérence qui constitue l'évidente contrepartie du pouvoir que les Etats parties lui ont confié.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1178. L'analyse que nous avons conduite de la jurisprudence de la Cour rend compte de ce que la Cour a le plus généralement tendance à adopter pour elle-même et à imposer aux Etats parties une conception du droit non plus comme référence substantielle générale, mais comme ressource procédurale flexible, négociable et modulable. Ce faisant, elle contribue à l'accentuation d'un mouvement plus ample qui affecte les conceptions portant sur le rôle et le mode de production du droit. Ce mouvement a pu être synthétisé par Jacques COMMAILLE à l'occasion de sa participation aux XXIèmes journées d'étude Jean Dabin organisées à l'Université catholique de Louvain. Il y a exposé que la « seconde modernité » ou la « postmodernité » est marquée à la fois par une évolution du regard scientifique sur le droit et par une mutation de la régulation politique et de la régulation juridique.

Une *évolution du regard scientifique* sur le droit, d'un côté, au sens où le droit se concevrait de moins en moins comme « un corps de règles impératives et autonomes, porteuses de vérités universelles et intangibles » et de plus en plus comme « des ressources susceptibles de faire l'objet d'appropriations diversifiées » par différents acteurs. Ainsi la « vision » du droit tendrait-elle à « s'éloigner d'une vision "juridiste", marquée par l'idée de fixité des règles générales, de hiérarchie des normes, d'une conception pyramidale des pouvoirs et des règles » pour favoriser plutôt « une vision, disons de sciences sociales, où la norme juridique n'existe plus en soi mais en interaction avec les jeux d'acteurs » qui l'appliquent ou qui sont censés s'y soumettre. Il y aurait là le signe d'un passage d'un droit érigé « *top down* » à une démarche de construction « *bottom up* » ou encore d'une approche « *law in books* » à une approche « *law in action* »²⁰³³.

Une *mutation de la régulation politique et de la régulation juridique*, de l'autre côté, dans la mesure où l'Etat n'exerce plus une autorité sans partage mais anime les interactions des acteurs sociaux dans une dynamique polycentrique, et où corrélativement la norme juridique n'est plus une « norme de référence » mais une « norme à contenu variable ». L'action publique est alors dans semblable contexte non seulement « fragmentée, complexe ... et flexible » mais également procéduralisée, au sens où les institutions sont « moins porteuses de valeurs substantielles que garantes de la régularité de procédures, qu'actrices dans des processus négociés, plus ouverts », les préoccupations se déplaçant vers les « conditions et les formes » ou « les modalités » suivant lesquelles les mesures sont appliquées²⁰³⁴.

Le constat posé par le sociologue français correspond bien à celui qui s'observe dans la jurisprudence de la Cour : les références substantielles générales et abstraites sont écartées au bénéfice d'une approche procédurale où le droit se construit dans l'action ou par le bas. Selon Jacques COMMAILLE, ce mouvement, considéré dans le champ plus particulier du droit de la famille, « pose en fait la question d'un retour nécessaire sur les conditions dans lesquelles peuvent désormais se définir dans notre société les règles et les valeurs qui les inspirent concernant les formes d'organisation de la vie privée en rapport avec le "Bien commun" »²⁰³⁵?

²⁰³³ J. COMMAILLE, « La flexibilité comme indicateur d'un nouveau régime de régulation juridico-politique », in *La flexibilité des sanctions* (dir. D. KAMINSKY), Actes de la XXIème journée d'étude juridique Jean Dabin, coll. de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, pp. 19-23.

²⁰³⁴ *Ibid.*, pp. 23-26.

²⁰³⁵ S'il faut « renoncer à l'idée d'une "Raison" à laquelle se référerait "naturellement" le "Législateur" », alors « comment prendre en compte l'exigence démocratique et définir les conditions d'un débat autour des enjeux suscités par une reconsidération des rapports entre l'organisation, le fonctionnement de la vie privée et l'intérêt général de la société toute entière » (J. COMMAILLE, « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ Famille*, 2006, p. 403).

Le principal enjeu qui transparaît dès lors lorsqu'on examine le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme se résume peu ou prou à une interrogation fondamentale sur la *fonction* et le *mode de production* du droit. Il nous est apparu à cet égard que la tendance globale à l'œuvre dans le corpus jurisprudentiel européen est celle d'une logique de l'espèce particulière articulée à des garanties procédurales. Nous avons aussi voulu montrer que pareille logique ne pouvait constituer l'unique référence tant pour la fonction de juger strasbourgeoise que pour les solutions imposées aux ordres juridiques nationaux.

1. LE RÔLE ET LE MODE DE PRODUCTION DU DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE

1179. A la faveur du constant élargissement du champ d'application des dispositions de la Convention et en particulier de l'article 8 de celle-ci – doté d'indéniables capacités d'absorption de garanties préexistantes et d'expansion à des garanties nouvelles – la dynamique des droits s'applique dorénavant dans l'intégralité de ce qu'on estime habituellement être le domaine du droit de la personne et de la famille. Des questions qui ont pu ou auraient pu autrefois être considérées totalement étrangères au champ d'application de la Convention sont entrées dans le domaine de négociation ouvert par celle-ci. Il y va en soi d'une révolution tant il est vrai que la pénétration de semblable dynamique dans le droit interne de la personne et de la famille implique une inversion de logique dès lors que ce droit avait principalement été modulé, dans les Etats-nations ayant surgi à partir du XIX^{ème} siècle sur les exigences de l'intérêt général ou de l'ordre public. En ce sens, il y a bien une réévaluation de ce droit au prisme des droits de l'homme, laquelle peut déboucher (ou non) sur une reconstruction de celui-ci. Ainsi, l'impact du droit européen des droits de l'homme sur le droit de la famille est-il perçu négativement par certains auteurs « qui ont le sentiment de voir leurs principes juridiques les mieux établis remis en cause parfois brutalement par des exigences de la Cour de Strasbourg qui leur paraissent difficiles à comprendre et à prévoir »²⁰³⁶.

1180. Au final, la confrontation du droit de la personne et de la famille au droit de la Convention donne plutôt l'impression d'un jeu de miroir où ce qui se joue pour l'un et l'autre n'est rien d'autre que la sempiternelle question des fondements de la norme de droit et de son mode de production. Les hésitations du juge européen des droits de l'homme sur les objectifs et méthodes qui doivent animer sa jurisprudence correspondent en tous points aux divergences qui peuvent exister dans l'ordre juridique interne entre différentes conceptions des « fonctions » et des « méthodes » de création des règles du droit de la personne et de la famille. Il s'agit bien là d'un « requiem pour les systèmes » suivant une expression heureuse de Paul MARTENS²⁰³⁷.

1181. Comme Jean HAUSER a pu le souligner, en matière de droit de la famille, d'un côté, « le rôle même du droit est en cause et personne ne paraît d'accord sur ce préalable » et, de l'autre, « la fabrique du droit familial paraît étrangement détraquée »²⁰³⁸. Pour lui « l'énorme question » qui se pose aujourd'hui est à la fois celle de la société que l'on veut construire à travers la personne et la famille et celle des moyens juridiques à mettre en œuvre pour autant que l'on souhaite encore recourir au droit²⁰³⁹. Les réponses à procurer à ces questions sont

²⁰³⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Conclusions », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 389.

²⁰³⁷ P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu...*, op. cit., p. 145.

²⁰³⁸ J. HAUSER, « Rapport de synthèse », op. cit., p. 253.

²⁰³⁹ *Ibid.*, p. 260.

éminemment discutées. D'un côté, certains, à l'instar du professeur Yves-Henri Leleu, préconisent un droit de la personne et de la famille « accompagnateur » construit au départ d'une méthodologie « *bottom up* ». D'autres, à l'instar du professeur Pierre MURAT, plaident pour le maintien d'une fonction « structurante » du droit de la personne et de la famille construit au départ d'une méthodologie de type inductif. Il est particulièrement éloquent que l'approche retenue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme soit désignée tantôt comme la *voie à suivre*²⁰⁴⁰ tantôt comme la *dérive à éviter*²⁰⁴¹. Il est rassurant que d'un côté comme de l'autre on n'imagine pas que le modèle privilégié puisse à lui seul constituer le droit de la personne et de la famille. N'est-ce pas le signe que la seule piste praticable est, en définitive, celle d'une hybridation – assortie de compromis mutuels – des deux fonctions « opératoire » et « symbolique » du droit de la personne et de la famille et des deux modèles « inductif » et « déductif » qui président à sa constitution ?

1.1. La tentation d'un droit exclusivement casuistico-procédural

1182. Dans une contribution de 2005, le professeur LELEU a affirmé que le temps était venu de « renverser fondamentalement les perspectives en ce qui concerne, d'une part, la définition des objectifs sociétaux du droit des personnes et des familles et, d'autre part, la méthode de création de ses normes ». Sur le plan des objectifs, dit-il, le droit devrait accompagner les personnes et les familles en demande de règles dans les domaines où l'absence de normes nuit au respect des droits fondamentaux, tandis qu'au plan de la méthode il lui faudrait se centrer sur cet objectif d'accompagnement en abandonnant le discours sur les valeurs et les jugements de valeur. En effet, les phénomènes sociaux qui posent question se déploient dans des zones de non-droit ou bien affrontent les interdictions parce qu'ils correspondent à la recherche ou à la construction par l'individu de son « bonheur » et « mieux vaut donc encourager ou encadrer cette quête individuelle plutôt que tenter vainement de l'orienter au nom d'un idéal non partagé par tous »²⁰⁴².

1.1.1. La fonction accompagnatrice du droit de la personne et de la famille

1183. En introduction de son *Précis de droit des personnes et des familles*, le professeur Yves-Henri LELEU affirme ainsi qu'à ses yeux :

Le droit de la personne et de la famille n'a pas pour fonction de guider les comportements individuels et d'orienter les réseaux familiaux vers des modèles en nombre restreint, surtout en mode sanctionnateur comme jadis, par un déni de droit à toutes les « modalités imparfaites de la vie familiale ».

L'auteur remarque l'extension du champ de la délibération politique, la volonté de maîtrise – de son corps et de sa vie – de l'individu et l'émergence de familles atypiques contraintes de rester temporairement dans les marges du droit (comme le couple homosexuel ou la « famille horizontale multicomposée »). Selon lui, « le besoin de réglementation en ces matières doit être rencontré parce que le droit, s'il n'assure pas le bonheur individuel, peut y contribuer par l'ouverture ou la création de statuts ou d'institutions à la demande de ceux qui n'en sont pas encore dotés et qui, à tort ou à raison, sont convaincus d'atteindre grâce à cela un meilleur

²⁰⁴⁰ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 30-31.

²⁰⁴¹ M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 241.

²⁰⁴² Y.-H. LELEU, « Pour une révision des objectifs et de la méthode de création des normes en droit des personnes et des familles », in *Over Erven. Liber amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, p. 273 et s.

épanouissement dans le cadre qu'ils ont choisi, cadre qui doit être respecté tant qu'il n'empiète pas sur les droits d'autrui »²⁰⁴³.

Ainsi Yves-Henri LELEU est-il convaincu que le droit ne peut ni ne doit structurer les psychismes, protéger l'ordre symbolique ou garantir des invariants anthropologiques, mais doit au contraire « exercer sa fonction normative en mode opératoire et réactif, remplir une fonction “accompagnatrice” consistant à mettre en place les moyens de satisfaire les besoins de normes ou de statut engendrés par le vécu des personnes et des familles, même si ces besoins ne concernent qu'un nombre limité de cas, pourvu qu'ils mettent en jeu des droits fondamentaux »²⁰⁴⁴. L'échec du « droit structurant » serait patent tant par son incapacité à contenir effectivement les velléités des individus de poser librement leurs choix comportementaux et relationnels que par la faiblesse des argumentations qui le soutiennent, puisant à des sources a-juridiques sans véritablement renvoyer à des travaux contemporains relatifs aux questions sous examen. Ainsi, les discours « catastrophistes » seraient-ils contredits par la circonstance que pas plus que l'admission de l'euthanasie n'a écarté la Belgique des autres sociétés démocratiques, l'avènement du mariage homosexuel n'a modifié la perception du mariage²⁰⁴⁵.

1.1.2. La méthode « bottom up » en droit de la personne et de la famille

1184. De manière particulièrement claire, le professeur LELEU plaide pour un droit de la personne et de la famille construit au départ d'une méthodologie de type « *bottom up* ». Littéralement : du bas vers le haut. Ainsi, « des besoins humains naissent le besoin de droit, et ces besoins sont constatés notamment par l'analyse de la jurisprudence ». Un tel droit construit sur un modèle « bottom up » pourrait tout de même « proposer des vecteurs ou des renforts de cohésion sociale (ex. : couple réglementé, double filiation, hébergement égalitaire, reconnaissance de structures familiales horizontales) », mais sa mission première serait assurément de « procéder à des conciliations non hiérarchisantes d'intérêts individuels » à l'instar de ... la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, le législateur serait-il invité « à préférer, dans la mesure du possible, aux règles emportant des obligations ou des interdictions abstraites, des règles donnant aux autorités saisies de cas individuels – principalement les juges – les structures et les moyens de pondérer les intérêts individuels en présence ». *In fine*, « les obligations et interdictions légales demeureront possibles, mais à la marge, celle de l'incontestablement prescrit ou prohibé » étant entendu que « la définition de celui-ci appartient au seul législateur démocratique » et que l'argument de « l'insécurité juridique prédite à un droit des familles plus judiciaire [...] ne résiste pas à l'objection que la diversité des familles et des choix individuels justifie une certaine plasticité des normes »²⁰⁴⁶.

1.2. La nécessité d'un droit général, abstrait et substantiel

1.2.1. La fonction structurante du droit de la personne et de la famille

1185. Le professeur Jean-Louis RENCHON défend une autre approche. Ainsi explique-t-il que *l'individualisme* est, à ses yeux, « une idéologie sociale qui promeut et privilégie le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses droits et ses intérêts personnels par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison de considérations générales ou

²⁰⁴³ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 22-24.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, pp. 25-26.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, pp. 26-29.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, pp. 30-31.

collectives ». Dans cette perspective, l'individualisme est un des effets du *libéralisme* et un aspect important de la démocratie, mais ne peut cependant prétendre la constituer à lui seul²⁰⁴⁷. Ainsi :

Le libéralisme a été et reste bien sûr une extraordinaire avancée de la pensée humaine car il est fondé sur l'idée que chaque homme, si lui en donne et laisse la liberté, peut trouver dans l'exercice de cette liberté le levier lui permettant de développer son génie particulier, ses inclinations personnelle et ses talents singuliers, non seulement à son bénéfice mais aussi au bénéfice de tous. Il n'y a pas d'expérience en effet qu'un système social qui en est venu à proscrire la liberté de chacun au prétexte que celle-ci devrait être asservie à la réalisation d'un objectif collectif produisait du mieux-être pour tous [...].

Mais, inversement, il n'y a pas d'expérience non plus que le libéralisme produise spontanément le mieux-être pour tous, car ceux qui sont les plus doués à exercer leur liberté, à développer leurs talents, à imposer la satisfaction de leur choix et intérêts personnels finissent presque nécessairement, en raison de la position de force qu'ils acquièrent, par restreindre voir oblitérer la capacité des autres d'exercer leur liberté, de développer leurs talents, d'imposer la satisfaction de leurs intérêts personnels [...].

1186. Pour Pierre MURAT, le libéralisme postule qu'on ne pourrait sacrifier le bonheur individuel au titre de la prévention d'un danger seulement possible ou même probable pour la société et la famille deviendrait alors un « instrument » plutôt qu'une « institution » dans le contexte d'une « philosophie du bonheur qui a traversé la société des années 1960 ». Mais ce libéralisme familial fait précisément l'objet de critiques au titre notamment d'un certain « darwinisme juridique » préjudiciable aux plus vulnérables et d'une surévaluation de la « capacité qu'aurait l'individu de se créer ses propres normes familiales »²⁰⁴⁸.

1187. De même Jean HAUSER relève-t-il que « le couple et la famille n'ont plus rien à voir avec l'organisation de la société mais son simplement des instruments d'affirmation individuelle dans celle-ci ». Selon lui, la réflexion contemporaine semble notamment avoir rompu le lien qui existait habituellement entre le droit des personnes et le droit du patrimoine. Pourtant, souligne-t-il, « les solutions que l'on prendra sur les personnes auront des conséquences incommensurables sur les biens et donc sur l'économie » et « il y a quelque chose d'irresponsable à l'ignorer comme si le droit de la famille était un gigantesque « sexo-land » sans aucune conséquence sur les autres volets de la société ». Il prend à cet égard l'exemple de la procréation post-mortem et de l'accès aux origines et des conséquences qu'ils peuvent avoir sur le droit des successions. Autre exemple, « le balai des faux-semblants, voire des hypocrisies, est bien illustré par les discussions sur le statut des concubinages de tous ordres ». Certes, poursuit-il, « la consécration symbolique répond à un refoulement ancien qui accorde sans doute trop d'importance au droit dans cette fonction symbolique », « mais surtout, les revendications financières ne sont pas si subalternes et le droit fiscal ou celui de la sécurité sociale sont souvent sollicités »²⁰⁴⁹.

1188. Ces trois analyses mettent en exergue un mouvement suivant lequel le droit de la personne et de la famille revêt une portée de plus en plus « instrumentale » au détriment des fonctions « symbolique ». Elles mettent aussi – et peut-être surtout – en lumière les limites d'un tel mouvement de libéralisation qui résident dans une surévaluation de la capacité de l'individu à se « créer ses propres normes » et dans une négation de la dimension socio-économique des relations familiales.

²⁰⁴⁷ J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, pp. 210-211.

²⁰⁴⁸ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, pp. 241-243.

²⁰⁴⁹ J. HAUSER, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 254.

1.2.2. La méthode axiomatique en droit de la personne et de la famille

1189. Le professeur Pierre MURAT s'est interrogé dans une contribution à un colloque à propos de l'impact de l'individualisme et du libéralisme sur l'élaboration des lois en matière familiale²⁰⁵⁰.

A propos de l'individualisme, il souligne que si son influence s'exerce de manière évidente sur le *contenu* des normes de droit de la famille, elle concerne encore plus profondément la *méthode juridique*. Ainsi :

[...] L'individualisme a sans doute une autre influence sur le droit : celle qui s'oppose à l'universalisme. Cette facette n'atteint pas que le droit substantiel, que le seul choix du contenu des normes : elle touche profondément la manière de faire du droit, au rôle de la loi dans la régulation familiale. Le postulat pourrait alors être que l'individualisme porte en germe la destruction de l'universalisme de la loi hérité de la philosophie législative révolutionnaire. En forçant quelque peu le trait, on peut penser que toute catégorisation juridique devient impossible ou extrêmement difficile.

La philosophie individualiste mettrait donc directement à l'épreuve la possibilité pour le droit de travailler par catégories. En effet, toute catégorisation est toujours susceptible de prêter le flanc à une critique fondée sur l'exigence de non-discrimination. A cet égard, le « découpage idéal » qui ne serait pas susceptible de contestation est purement et simplement un « mythe » puisque découper, trancher, catégoriser implique une visée, un « choix de départ » et une « hiérarchie entre différents buts ». L'auteur illustre cette affirmation par les exemples des conditions relatives à l'adoption ou à la gestation pour autrui et conclut qu'« il devient de plus en plus difficile de poser des conditions générales dans la loi, de dégager des critères universels et des modèles institutionnels »²⁰⁵¹.

Le risque est alors de « sombrer dans la casuistique » dès lors que « l'absence de lignes directrices claires oblige à raisonner sur chaque cas ». La science du droit pourrait ainsi connaître, dans les pays de droit écrit, une « rupture méthodologique » correspondant à la remise en cause du modèle axiomatique de production du droit caractérisé par l'énonciation de règles générales et abstraites. Au système « déductif » qui résout les cas particuliers au départ desdits axiomes se substituerait une approche « inductive » construisant le droit au départ des espèces particulières. S'ensuit un « éclatement du droit en règles qui se heurtent, se contrarient, sans indiquer une quelconque hiérarchie » et pareil phénomène « oblige à traiter les choses au cas par cas en repartant des faits », à l'instar de la Cour de Strasbourg. Il faut alors s'interroger :

Appauvrissement, régression de la science juridique ou, au contraire, voies nouvelles pour redéfinir de nouveaux équilibres et de nouveaux axiomes, après l'éviction des anciens ? Il faudra bien se prononcer. Personnellement, dans un premier temps, j'ai penché en faveur de l'élaboration de nouveaux équilibres et de nouveaux équilibres sur le contenu de la norme ; aujourd'hui je me demande s'il ne s'agit pas plus profondément d'une remise en cause de la méthode du droit écrit et de son approche universaliste. Plus simplement : c'est peut-être les deux à la fois.

A propos du libéralisme, Pierre MURAT indique qu'il impacte le droit de la famille à la fois par le *désengagement du droit* et par la *concurrence des normes de droit*.

En conclusion, le professeur MURAT expose que :

La rencontre du courant individualiste-libéral et de la législation familiale confronte à la question : quelle loi veut-on pour la régulation familiale de demain ? Un droit du modèle ? La vertu cardinale est alors dans la fonction symbolique qui structure une société et les rapports humains. Mais pour ne pas devenir carcéral, ce modèle doit aujourd'hui être extrêmement tolérant. Ou bien un droit de la régulation *a posteriori* ? La

²⁰⁵⁰ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », *op. cit.*, p. 237.

²⁰⁵¹ *Ibid.*, pp 238-239.

force est alors dans la liberté ; ce modèle est en adéquation avec une société « liquide » ; mais pour fonctionner correctement il suppose une maturité des individus et une bonne dose de responsabilité morale. Bazar ou cathédrale ? a-t-on suggéré de manière plus imagée !

Le droit interne de la personne et de la famille se trouverait dès lors osciller entre l'option d'un « droit du modèle » et celle d'un « droit de la régulation *a posteriori* ».

1190. Selon Jean HAUSER, « s'accrédite ainsi lentement l'idée que la loi est faite pour des cas particuliers, de préférence médiatiques, et que tout fait divers doit donner lieu à une loi. La maladie qui frappe le droit civil de la famille et le droit pénal est susceptible de contaminer le reste du droit avec, à la clé, la décadence de la loi et sa marginalisation ». A propos du droit européen, il affirme que « la jurisprudence internationale, et plus particulièrement celle de la Cour européenne des droits de l'homme, est en train lentement mais sûrement d'être atteinte des mêmes maux que la jurisprudence interne. Lenteur, coût, instabilité, imprévisibilité, etc ». Pire, « la méthode même de formation du droit européen, une juridiction qui n'est pas adossée à un Etat, rend la construction particulièrement déséquilibrée » et « on atteint ici les limites de la méthode de construction [en sorte] qu'après un demi-siècle de fonctionnement, il serait souhaitable d'en tirer les conséquences et d'affirmer haut et fort ce qu'on entend par "famille européenne" plutôt que de rester à la traîne de cas individuels dont les conséquences sont de plus en plus obscures »²⁰⁵². Dans une autre contribution, le professeur HAUSER affirme qu'en droit européen des personnes et de la famille, la préférence pour les formules souples laissant un large pouvoir d'appréciation ne se justifie plus seulement par la nécessité d'adapter le droit aux faits, mais par l'absence d'accord sur l'abstrait. On aurait ainsi, « le secret espoir que de l'adaptation (qui n'en serait plus une) naîtraient des abstractions suffisantes pour constituer un système »²⁰⁵³. Ainsi :

Dans le domaine du droit des personnes et de la famille, largement mais pas exclusivement aux mains de la Cour européenne des droits de l'homme, l'appréciation *in concreto* était, il est vrai, à peu près inévitable. Si, par ailleurs, le droit communautaire pouvait s'offrir, en matière économique, une construction plus abstraite basée sur un credo plus ou moins commun qu'était le libéralisme ou le néolibéralisme, rien d'équivalent n'existait dans le statut personnel. Les clivages historiques, religieux, philosophiques ne permettaient guère la construction de modèles communs de l'*homo civilis*, et il n'est pas sans importance de noter que les réformes en ce domaine sont restées très largement nationales sans qu'on cherche vraiment un rapprochement.

C'est donc, affirme-t-il « par le moyen d'une jurisprudence très concrète, parfois repliée sur une simple exigence procédurale, que la construction d'un droit commun des personnes et de la famille s'est opérée ». Ainsi, la forme est-elle sœur de la liberté et se développe l'idée que le résultat importe peu ou à tout le moins que tous les résultats sont possibles, pour autant que le processus qui y conduit soit irréprochable au regard de la Convention. Cette approche existe déjà en droit interne, l'intérêt de l'enfant constituant l'exemple typique d'un « standard ouvert » dont le seul impact essentiel a été – selon Jean HAUSER – de « moraliser les procédures familiales : progrès du contradictoire, révision systématique des décisions, développement des expertise contradictoires, audition autant que possible des enfants eux-mêmes, etc. ». De la même manière, c'est essentiellement « l'interdiction précise de toute appréciation *in abstracto* et l'obligation d'une appréciation *in concreto* qui nourrit la jurisprudence européenne des droits de l'homme : point d'affirmation générale, mais des affirmations concrètes qui peuvent donc aboutir à des solutions très diverses et, en fait, se résument à des garanties procédurales ». La limite de cette approche explique-t-il s'incarne dans les contradictions qu'elle génère inmanquablement comme en atteste la mise côte à côte des arrêts *Salgueiro da Silva Mouta* et *Fretté* : ceux-ci contiennent des solutions différentes alors même qu'il s'agissait dans chaque cas « de juger d'une capacité à exercer la fonction concrète et vécue » de parent, *ab initio* ou à

²⁰⁵² J. HAUSER, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, pp. 259-260.

²⁰⁵³ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret ... », *op. cit.*, p. 106.

travers un droit de visite ou d'hébergement ultérieur ». En conclusion, estime-t-il, « les inconvénients de la construction du droit européen pourraient retentir sur l'ensemble du système »²⁰⁵⁴.

L'abstraction a mauvaise presse. Elle n'est pas inexistante en *common law*, même si sa mobilisation, peut-être excessive, dans la tradition romano-germanique peut donner, par effet de contraste, l'impression contraire. Il serait dans tous les cas « fort dangereux de se priver des définitions, notions et concepts sous prétexte de faire du "terrain" ». D'un côté, la mobilisation exponentielle de l'article 6 de la Convention traduit l'absence de « certitude de fond » et illustre le risque d'une « pensée européenne qui se limiterait aux procédures sans finalités communes ». D'autre part, le repli du droit de la Convention européenne sur la dimension procédurale induit le risque d'une « individualisation excessive de la branche du droit considérée, réduisant l'ambition européenne légitime d'un droit des personnes et de la famille à un simple droit psychanalytique au service de chaque individu pris isolément ». En somme :

Il faudra bien que tôt ou tard l'Europe, de Strasbourg, de Luxembourg ou de Bruxelles, nous dise en droit des personnes et de la famille si cette dernière se résume à une addition d'égoïsmes personnels, de droits à ... dont la seule sanction procédurales n'est que l'aveu de leur absence d'ambition fondamentale. On ne pourra pas encore longtemps confondre, sans prendre position, engagement juridique de couple (mariage ou non) et couple sans aucun engagement sous l'étiquette commode, mais assez vide de signification, de « vie familiale », on ne pourra pas tarder à décider exactement quelle est la finalité de l'adoption, procédé juridique sans condition pour créer des liens « quasi » familiaux et qui s'apparente à un simple contrat, ou institution finalisée visant à créer, par une fiction, l'équivalent d'une fiction biologique, on ne pourra plus éternellement avancer dans l'égalité absolue des enfants sans s'interroger sur la discrimination dont sont victimes, après l'arrêt *Mazurek*, les ... enfants légitimes à la filiation établie *ab initio* et chargés de parents vieillissants, par rapport aux enfants adultérins à la filiation « successorale », parfois établie au décès de leur auteur envers lequel ils n'auront donc rempli aucun devoir : l'égalité n'est pas une politique suffisante pour répondre aux défis de la démographie moderne.

La construction « à l'envers » du droit européen des personnes et de la famille a eu ses mérites et a notamment déconstruit de vieilles règles maintenues par des législateurs paresseux. Il n'empêche, cette méthode aurait « fait son temps ». Notre matière « a ceci de particulier qu'elle ne peut se passer d'un souffle idéologique parce que la famille n'est pas le commerce ou l'entreprise et qu'elle traduit la façon de fabriquer de futurs citoyens »²⁰⁵⁵.

1191. De même Marie LAMARCHE observe-t-elle que « si chaque intérêt individuel, dans son acception subjective, peut être mis en avant, l'éventualité de conflits d'intérêts s'en trouve exacerbée, le risque étant alors de résumer le rôle du droit de la famille à la résolution *a posteriori* de ces conflits d'intérêts, ce qui lui fait perdre évidemment une grande part de sa prévisibilité ». La question des intérêts « innoverait » la construction juridique familiale, étant entendu que « le degré d'objectivisme de l'intérêt [constitue] le critère de mesure de sa fonctionnalité » au sens où « l'intérêt individuel, des époux, de la famille ou encore des tiers à la famille, fonde en effet à la fois le contenu et l'application de la règle de droit (qu'il s'agisse de prendre en considération les intérêts dans l'élaboration de la règle de droit ou de protéger des intérêts dans la mise en œuvre du droit ». Selon elle, une certaine dose d'objectivisme dans la définition des intérêts est requise pour garantir l'équilibre des intérêts, tandis qu'une conception subjective des intérêts contribue à la fragilisation de la famille²⁰⁵⁶.

Ainsi Marie LAMARCHE expose-t-elle que le droit de la famille est caractérisé par une certaine « prédétermination des intérêts individuels ». Les actes juridiques en matière familiale (mariage, reconnaissance, adoption, testament) sont-ils soumis à un régime dérogatoire au terme duquel

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 111-113.

²⁰⁵⁵ *Idem.*

²⁰⁵⁶ M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) ... », *op. cit.*, p. 229.

l'individu ne fait *a priori* qu'adhérer à leurs effets légaux, même si une prise en compte du pluralisme des intérêts individuels s'exprime par la liberté de choisir ou pas un statut, d'aménager ce statut ou de sortir du statut considéré. Au sein de cette pluralité, « toutes les “options” n'ont pas la même valeur et l'on incite toujours les personnes à certains choix plutôt qu'à d'autres » et « certaines “options” prévalent par rapport à d'autres. Le régime matrimonial légal, le divorce par consentement mutuel ou encore la succession *ab intestat* semblent ainsi correspondre à une présomption de satisfaction des intérêts, ce que les statistiques semblent corroborer »²⁰⁵⁷.

Il convient alors de se méfier des situations dans lesquelles l'intérêt subjectif se présente « à titre totalement autonome et indépendamment d'une intégration dans une règle de droit spécifique, le critère de solution en matière familiale ». L'exemple paradigmatique est à cet égard le critère de m'intérêt de l'enfant, notamment lorsque cet intérêt subjectif emporte l'écartement d'une règle de droit de la filiation ou bien l'écartement de l'ordre public international. Dans ces cas, considère-t-elle, « il ne s'agit plus en effet pour le juge de trancher en application d'une norme, en tenant compte des intérêts en présence ou de la gravité des faits par rapport à ces intérêts » dès lors que « l'intérêt [...] devient un prisme qui permet de juridiciser n'importe quelle situation de fait, par nature instable, et éventuellement conduit à la création d'un véritable droit subjectif ». Or, le droit de la famille doit, à son estime, maintenir une conception objectivée des intérêts à peine de perdre sa vocation à construire des relations familiales pérennes. A cet égard, précise-t-elle encore, « l'exemple que nous donne, par certains de ses aspects, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se résume parfois à la résolution ponctuelle de conflits d'intérêts, ne constitue pas forcément un modèle très séduisant »²⁰⁵⁸.

1192. Ces différentes analyses – qui se rejoignent – montrent bien que la méthode axiomatique est en perte de vitesse en droit de la personne et de la famille et que ce mouvement est général, qu'il soit instillé par les coups de boutoir du législateur interne, d'une part, ou de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part. Les trois analyses ont aussi en commun de souligner, à juste titre, que la méthode « *bottom up* » ne peut pas à elle seule prétendre fonder la normativité familiale : même dans un cadre largement libéralisé, il convient que le droit de la personne et de la famille puisse concilier la fluidification inhérente à l'exigence libérale, tout en ne renonçant pas à affirmer certains « modèles » (sans doute « extrêmement tolérants ») ou en d'autres termes « une conception objectivée » de certains intérêts ».

2. D'UNE DYNAMIQUE DÉSTRUCTURANTE À UN DYNAMISME DAVANTAGE STRUCTURÉ

1193. Il apparaît ainsi que le droit interne de la personne et de la famille est traversé à l'instar de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par un mouvement qui affecte autant les fonctions du droit que ses modes de production. L'objet précis de cette thèse était, dans ce contexte, de mettre en évidence le caractère parfois déstructuré de l'intervention de la Cour européenne dans les droits internes des Etats parties et de proposer, ensuite, quelques pistes qui pourraient contribuer à rendre son dynamisme davantage structuré.

1194. Nous annonçons, en introduction de cette étude notre projet de mettre en œuvre dans la **première partie** une méthodologie analytique tendant à faire apparaître les éléments constitutifs de la démarche de la Cour de Strasbourg afin de les rassembler dans un « schéma général ». Or, en même temps que l'on essaie de tracer des frontières et de présenter de manière structurée le

²⁰⁵⁷ M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) ... », *op. cit.*, pp. 230-232.

²⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 241.

système européenne de protection des droits de l'homme, on prend inexorablement conscience de la difficulté de l'entreprise tant il est vrai que les concepts et les techniques se chevauchent, se combinent et se superposent. S'impose alors l'image du mécanisme de contrôle institué par la Convention comme organisme plutôt que comme mécanique, comme être vivant plutôt que comme processus ou procédé technique.

Il est apparu que les concepts, principes et méthodes étaient caractérisés en premier lieu par la porosité des frontières qui les séparent et par de perpétuelles interactions auxquelles ils prennent part. Les droits garantis comme les intérêts capables d'y justifier des restrictions se présentent comme des objets juridiques complexes, au moins tridimensionnels et qui ont en outre une fâcheuse tendance à se confondre. D'abord, nous avons montré comment l'interprétation des droits garantis se comprend comme un déploiement en surface et en profondeur donnant lieu à une topographie accidentée (**chapitre 1^{er}**). Ensuite, nous avons montré comment l'interprétation des motifs de restriction aux droits procède d'une reconfiguration des finalités et des méthodes de l'Etat qui s'apparente à une mise en scène hasardeuse (**chapitre 2**).

Fort de ces premiers constats, nous avons pu chercher à mettre en évidence les quatre paramètres présidant à la rencontre des droits de l'individu et de l'action de l'Etat dans le système de protection strasbourgeois (**chapitre 3**). Surtout, le mécanisme de leur confrontation apparaît perclus de tensions dialectiques qui concernent autant ses opérateurs principaux que le modèle de justice auquel il souscrirait. Ce sont ces tensions qui gisent au cœur du mécanisme strasbourgeois qui font de la jurisprudence de la CEDH une dynamique déstructurante des droits nationaux auxquels elle s'applique.

1195. Nous avons par ailleurs annoncé la mobilisation, dans la **deuxième partie**, d'une *méthode inductive* en cherchant dans une multitude de cas particuliers (les arrêts rendus par la Cour) les indices de règles de plus longue portée (des principes de fonctionnement). Le juge international des droits de l'homme n'a pas la même légitimité ni les mêmes outils pour prendre part au débat sur le contenu de la vie privée et familiale, le début et la fin de la vie ou les l'institution de la personne et de la famille : il s'agit là de trois ordres de questionnement distincts. Nous avons vu, en premier lieu, que le contentieux relatif au contenu de la vie personnelle et familiale était un domaine où le droit remplit une fonction principalement opératoire et/ou pragmatique et où son intervention revêt une dimension essentiellement matérielle (**chapitre 1^{er}**). En deuxième lieu, le contentieux relatif au début et à la fin de la vie voit le droit jouer un rôle plus chargé de symbolique et même éventuellement d'une portée métaphysique. Nous avons cherché à mettre en évidence que la conception de DWORKIN qui présente la valeur de la vie comme une valeur complexe non susceptible d'interprétation univoque est une conception féconde pour l'appréhension des difficultés rencontrées (**chapitre 2**). En troisième lieu, nous avons montré que l'institution par le droit des personnes et des relations entre elles correspondait également à une fonction symbolique du droit dont l'intervention prend même éventuellement une dimension anthropologique elle-même en relation avec des enjeux psychanalytiques. Ici, c'est chez LEVI-STRAUSS que nous sommes allés rechercher un positionnement médian, articulant le respect pour les institutions humaines et la conscience de leur relativité spatio-temporelle (**chapitre 3**).

Encore faut-il immédiatement préciser que – pas davantage que les ingrédients et les paramètres du contrôle européen – les distinctions qui ont été proposées ne sont totalement imperméables : ici aussi, nous avons essayé de le montrer, les superpositions et les imbrications sont omniprésentes. Les trois domaines ainsi délimités comprennent des zones d'intersection tandis que chacune des fonctions que nous avons pu indiquer pour ces différentes zones débordent évidemment celles-ci. Il n'empêche que pareille différenciation trouve un incontestable soutien dans les rapports de proximité entretenus par l'article 8 avec l'article 2 dans le contentieux de l'existence et avec l'article 12 dans le contentieux des institutions. Il s'agit-là en effet de deux

dispositions conventionnelles extrêmement singulières, qui ont beaucoup plus en commun que le laisserait *a priori* penser leur positionnement respectivement comme premier et dernier droit substantiel garanti par le texte de la Convention.

1196. L'articulation du mécanisme de protection mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme à trois domaines du droit de la personne et de la famille est une tâche particulièrement ardue. Cela ne saurait surprendre dans un contexte où le mécanisme de contrôle est, comme nous venons de l'indiquer, perclus de tensions dialectiques et où l'objet de son contrôle est lui-même caractérisé par une intrinsèque complexité. Néanmoins, cette étude avait pour objet de montrer que se présente à la Cour l'enjeu d'un dynamisme structuré dans le domaine du droit de la personne et de la famille. Si par sa vocation et son mode de fonctionnement, la Cour n'est pas naturellement conduite à offrir une intervention structurée et cohérente, il n'est pas foncièrement impossible qu'elle parvienne à gérer plus efficacement son intervention dans le droit de la personne et de la famille.

1/ Sur le plan de la proportionnalité, la jurisprudence de la Cour reflète l'incertitude sur les modèles comportementaux et familiaux, sur les arbitrages tenant à la valeur de la vie humaine et sur la nature des institutions du droit de la personne et de la famille.

La Cour prend assurément comme point de départ de ses raisonnements des droits dont le champ d'application matériel est en extension constante en manière telle qu'on ne sait plus vraiment ce que signifie exactement le fait d'avoir un droit. Mais d'emblée, elle admet que ces droits soient restreints par différents ordres d'objectifs étatiques dont la légitimité et le poids sont eux-mêmes éminemment variables.

Dans le contentieux de la vie et de la mort, la Cour hésite entre les conceptions objectives et subjectives de la vie humaine ce qui implique une très grande variabilité du poids accordé aux droits individuels. Ainsi, tout en affirmant le caractère (quasi) absolu du droit à la vie, la Cour admet que la volonté de prolonger sa vie en prenant le risque de se soumettre à un traitement expérimental puisse s'incliner face à des impératifs concurrents (*Hristozov*). En sens inverse, alors que le droit à la mort n'est affirmé qu'en creux, la Cour admet que le refus de soins puisse aller jusqu'à la renonciation à un traitement capable de sauver la vie (*Témoins de Jehovah de Moscou*). Quant aux droits symétriques de procréer et de ne pas procréer, l'arrêt *Evans* montre suffisamment que la Cour ne sait trop lequel devrait éventuellement primer l'autre, dès lors qu'en l'occurrence, la solution mise en œuvre par le Royaume-Uni est jugée acceptable alors qu'il est précisé dans le même temps qu'une autre solution peut-être plus équilibrée aurait pu être aménagée. Au plan des intérêts étatiques susceptibles d'être opposés aux revendications des individus, on observe une distorsion entre la relative discrétion des motifs moraux dans le contentieux de la fin de vie, essentiellement focalisé sur les risques courus par la personne elle-même et dans le contentieux de la procréation où la référence à la morale et/ou à la dignité est très présente.

Dans le contentieux des institutions aussi on observe des fluctuations pondérales considérables. D'un côté, la Cour hésite perpétuellement sur la valeur propre de la reconnaissance spécifiquement procurée par l'accès à une institution, ce qui se traduit notamment par l'affirmation récente de l'équivalence essentielle procurée en termes de vie familiale par le mariage et le partenariat enregistré (*Hamalainen*) et par l'incertitude de la portée exacte du droit à l'intégration de l'enfant dans sa famille (*Chavdarov*). De l'autre côté, la Cour pondère très variablement les motifs qui peuvent pousser l'Etat à « protéger » certaines institutions face aux revendications individuelles. Ainsi, certains arrêts strasbourgeois admettent-ils expressément que des connotations traditionnelles (*Schalk et Kopf*) ou des considérations morales (*Hamalainen et Chavdarov*) puissent présider aux options étatiques, tandis que ces mêmes motifs sont disqualifiés par la grande chambre dans *X. et autres c. Autriche*.

Le point de départ de la démarche strasbourgeoise de « pesée » des droits et intérêts en présence est donc indéniablement caractérisé d'emblée par la profonde incertitude du poids des objets à comparer. Il nous apparaît qu'une des pistes de solutions pour la Cour pourrait être d'exposer plus ouvertement son adhésion à une conception complexe du droit à la vie et des institutions (semblable à celles proposées respectivement par Ronald DWORKIN et Claude LEVI-STRAUSS) en en mettant en évidence le caractère dialectique. Il est que cela ne solutionnerait pas *ipso facto* la difficulté de la pesée, mais permettrait d'éviter l'impression d'« oscillation » entre positions opposées qui se dégage parfois de la jurisprudence de la Cour. Il s'agirait non pas de solutionner miraculeusement les problèmes de pesée, mais à tout le moins de placer les objets juridiques en conflit sur un même plan ou sur une même perspective.

2/ En termes de subsidiarité, le rôle d'un juge européen des droits de l'homme consiste assurément dans l'articulation des différences dans le temps et dans l'espace.

A cet égard, nous avons fait apparaître dans le contentieux de la vie et de la mort une prévalence généralisée de la retenue juridictionnelle qui, à notre avis, est contestable. S'il est *a priori* louable que le juge européen ne prétende pas « édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres » (Vo), il nous paraît inadéquat que les questions bioéthiques soient de la sorte systématiquement délaissées à la discrétion des autorités étatiques. En effet, l'on ne voit pas en quoi il se justifierait que l'impact du consensus européen à propos des questions considérées devrait être systématiquement relativisé par égard à leur dimension morale.

Si l'on prend les exemples emblématiques de la fécondation *in vitro* avec donneur et de l'avortement pour des raisons de santé, sur lesquelles se dégagent actuellement des consensus européens assez fermes ou indiscutables, rien ne paraissait s'opposer à ce que la Cour entérine de manière claire et ferme un droit individuel à l'accès à ces techniques. On pourra dire que l'attitude de *self-restraint* adoptée dans ces affaires *S.H. et autres c. Autriche* et *A., B. et C. c. Irlande* traduisait des difficultés d'ordre politique à imposer à, ces Etats en particulier, les techniques considérées. Nous relativiserons l'argument en soulignant que dans l'une et l'autre affaire, la Cour a pris en considération, non pas seulement la disponibilité desdits procédés à l'étranger, mais surtout la circonstance que les droits internes des Etats concernés acceptaient et même organisaient – via des dispositions respectivement constitutionnelles et civiles – la mise en œuvre de ces options. Dans ces conditions, on voit mal comment l'Etat peut raisonnablement prétendre qu'un procédé dont il admet et aménage la mise en œuvre à l'étranger pourrait prétendre que ses valeurs fondamentales seraient atteintes, si l'ouverture du procédé au sein de ses propres frontières lui était imposée. On pourrait même trouver là un champ d'action particulièrement approprié pour le principe de cohérence que la Cour a fait jouer à propos d'autres questions.

En ce qui concerne les institutions, force est de constater que l'usage de la subsidiarité est moins univoque. Si la jurisprudence relative au transsexualisme nous paraît traduire une application adéquate de cet opérateur, certains de ses usages récents paraissent moins convaincants et induisent une ambiguïté, sinon de véritables hiatus, dans la construction jurisprudentielle strasbourgeoise. Dans *Chavdarov*, la Cour se base sur un échantillonnage de vingt-quatre pays pour conclure à l'absence de consensus européen et admettre l'impossibilité absolue pour le père de contester la présomption de paternité (§ 24). Dans *X. et autres* au contraire, la majorité procède à une manipulation assez hasardeuse du périmètre de la question posée pour imposer à l'Autriche la possibilité d'établir un double lien de filiation monosexué (§ 149). *In fine*, la Cour refuse au requérant bulgare une option que l'arrêt *Kroon* paraissait en outre d'ores et déjà avoir ouverte, tandis qu'elle alloue au couple autrichien une possibilité largement inconnue des droits nationaux qu'elle avait refusé peu de temps auparavant aux requérantes françaises de *Gas et Dubois*. Nous souscrivons par contre à l'inclusion du mariage dans le champ d'opération de la

dynamique consensuelle opérée par l'arrêt *Schalk et Kopf*. Il n'y a pas de raison que la seule institution du mariage demeure perpétuellement isolée de l'évolution de la jurisprudence. Semblable rencontre de l'approche consensuelle et de l'institution matrimoniale est d'ailleurs d'autant plus probable que la grande chambre a inclus, aux termes de son arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* la question du mariage dans le champ d'action – nécessairement plus fluide – de l'article 8 de la Convention.

Ce n'est pas à dire cependant que la Cour devrait s'empresse d'imposer à tous les Etats parties à la Convention l'ouverture du mariage homosexuel. Cela revient à constater simplement qu'il est sain que le mariage puisse être appréhendé suivant les techniques qui prévalent dans les autres pans du contentieux. Dans tous les cas, le positionnement singulier du mariage dans la Convention (quoi qu'ébrêché par *Fernandez Martinez*) justifiera assurément une réserve ou une prudence particulière de la Cour qui ne devrait cependant pas aller à nos yeux jusqu'à l'acceptation d'une position indéfiniment isolée, mais qui devra nécessairement être supérieure à celle – insuffisante – manifestée dans *X. et autres*.

3/ La troisième question que nous avons examinée est celle des rapports au sein des ordres juridiques - l'ordre juridique européen, comme les ordres juridiques internes – entre règles générales et abstraites et standards permettant une appréciation au cas par cas. Il faut à cet égard distinguer, d'une part, la propension de la Cour à juger « petit » en disant ni plus ni moins que ce qui est nécessaire à la résolution du cas qui se présente à elle et, d'autre part, la tendance corrélatrice du juge européen à suggérer ou à imposer cette même manière d'agir aux autorités étatiques, même si notre conviction est que le droit jurisprudentiel de la CEDH comme le droit interne qu'il contrôle à l'aune de la Convention doit chercher à perpétuellement doser l'abstrait et le concret sans prévalence absolue d'une méthodologie sur l'autre.

a) Ainsi, la Cour ne peut assumer le rôle « constitutionnel » dont elle se trouve investie qu'en « cristallisant » progressivement et provisoirement dans un « ordre public européen » des solutions substantielles générales et abstraites valables pour tous les Etats parties.

Si la Cour s'astreint à une grande rigueur dans ses analyses sur les droits et intérêts en conflit et s'attache à ne pas précéder trop violemment les équilibres et tendances qui se dégagent à l'échelon étatique comme elle le fait parfois, alors rien ne l'empêche à nos yeux de prononcer des arrêts revêtus d'une portée générale et abstraite significative destinée à avoir un impact direct sur le droit interne des Etats parties. Telle est l'attitude que la Cour avait adoptée dans des affaires comme *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *Marckx c. Belgique* ou *Goodwin c. Royaume-Uni*. Dans ce dernier arrêt en particulier, la prise de position claire et ferme de la Cour nous paraît d'autant plus légitime qu'elle avait expressément veillé, dans un certain nombre d'arrêts antérieurs, à attirer l'attention sur la situation éminemment problématique des personnes transsexuelles. Il nous semble que l'arrêt *Schalk et Kopf* – qui met précisément en œuvre ce type d'avertissements – pourrait augurer de l'affirmation prochaine d'un véritable droit substantiel des couples de mêmes sexe à l'accès à une formule de partenariat enregistré. Une telle affirmation, soutenue par un consensus européen de plus en plus prononcé, devrait s'incarner dans une affirmation dépourvue d'ambiguïté et destinée à induire des évolutions effectives dans le droit des Etats parties.

b) D'un autre côté, les ordres juridiques internes doivent pouvoir eux-aussi mobiliser des règles de principe offrant aux usagers du droit un minimum de sécurité juridique et des garanties contre l'arbitraire.

Certes, la grande chambre a pu réaffirmer, dans son arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, que « la certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive » alors que « le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de

situation » en manière telle que « beaucoup de lois se [servent], par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique » (§ 41). Il n'empêche que la formation solennelle de la Cour a également pu affirmer dans *Evans c. Royaume-Uni* que « la décision du législateur d'opter pour une règle [...] qui avait pour double objectif de favoriser la sécurité juridique et de préserver la confiance que le droit devait inspirer à l'opinion dans un domaine sensible – s'appuyait sur des considérations d'ordre public impérieuses » (§ 60) et que dans l'affaire *Van der Heijden*, elle a souligné que le législateur national avait pu procéder de manière « claire et pragmatique » (suivant l'expression de la Cour suprême néerlandaise) en « définissant les catégories de personnes » bénéficiaires de l'avantage dont avait été privée la requérante.

Par-delà les opinions que l'on peut avoir quant à l'issue réservée à ces deux derniers cas, ils rendent bien compte de ce que la Cour admet qu'au sein des ordres juridiques internes doivent s'articuler un certain nombre de « règles ouvertes » et de « règles claires ». Dans la jurisprudence de la Cour, on voit bien que l'oscillation entre les deux options est permanente : dans un certain nombre d'arrêts importants c'est sur cette question précise de légistique que se sont affrontées majorité et minorité. Les affaires *S.A.S. c. France*, *Van der Heijden c. Pays-Bas*, *Evans c. Royaume-Uni* et *Hamalainen c. Finlande* sont à cet égard particulièrement symptomatiques. Chacune de ces espèces constitue une illustration de la tension entre sécurité juridique et équité : faut-il faire prévaloir la volonté que la règle s'applique à tous de la même manière, ou bien privilégier une justice du cas particulier permettant de donner à chaque espèce sa solution spécifique ?

La jurisprudence relative à l'enlèvement international d'enfant et à l'exécution des décisions sur la garde constitue assurément une autre illustration topique. On y a en effet parfois le sentiment que l'insistance sur la prise en considération du seul intérêt *hic et nunc* de l'enfant peut avoir des effets iniques lorsqu'elle autorise la pérennisation par le droit de situations de fait injustement créées, parfois en méconnaissance même de principes prévus par une convention internationale (*Neulinger et Shuruk*) ou en contravention avec une décision de justice exécutoire (*Nuutinen*). Dans ces situations, la jurisprudence de la Cour fait assurément réfléchir sur l'adéquation de l'exclusion de toute « objectivation » ou de toute « abstraction » de l'intérêt de l'enfant.

4/ Le quatrième paramètre du contrôle européen que nous avons examiné concerne l'articulation des modèles de justice substantiel et procédural. Le principe n'a guère changé depuis l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* : le soin apporté à la confection d'une solution juridique n'est pas, en soi, le gage absolu de sa conformité à la Convention (§ 59). Il n'empêche que, comme a pu le souligner la juge TULKENS marge de l'arrêt *Animal Defenders* en renvoyant à un ensemble d'arrêts strasbourgeois, « la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire réalisé au niveau national revêt aussi de l'importance, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente » (§ 6).

Il y a donc dans le rapport du fond à la forme une dialectique potentiellement féconde. Principalement, la promotion de l'approche procédurale invite les autorités nationales à se saisir des dispositions de la Convention et à réfléchir elles-mêmes, tant au plan législatif que dans le cadre des décisions de l'administration et des juges, sur les exigences du respect des droits fondamentaux et les limitations qui peuvent éventuellement y être apportées. En procédant de la sorte, elles amènent, naturellement, le juge européen à desserrer l'étreinte de son contrôle sur les solutions atteintes, dès lors que celles-ci ont déjà été passées, au plan interne, au crible des exigences de la Convention. Semblable mécanisme a pu être observé notamment dans l'affaire *Stübing* où la Cour de Strasbourg a donné du poids à la méticulosité de l'examen du cas par la Cour constitutionnelle allemande et a fini par conclure à l'absence de violation de la Convention.

Dans l'affaire *Koch* au contraire, la Cour a sanctionné, sur le terrain de l'article 8, le refus de la Cour constitutionnelle allemande d'examiner les griefs formulés par le requérant en soulignant expressément qu'« il est fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que les systèmes nationaux eux-mêmes permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité » (§ 69). Comme on l'a relevé, la Cour a décidé, dès lors qu'une telle violation de la portée procédurale de l'article 8 avait été relevée, de se dispenser de l'examen substantiel des griefs présentés (§ 71). On peut y voir une démission de la Cour de son office substantiel, mais on peut considérer aussi, dans une perspective plus optimiste, que la Cour entend pouvoir bénéficier des réflexions qui ont lieu au plan interne avant de se livrer à sa propre analyse du test de proportionnalité.

3. UN DIALOGUE FÉCOND SUR LE DROIT DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE ?

1197. Les difficultés contemporaines rencontrées par le droit de la personne et de la famille liées au bouleversement des certitudes qui pouvaient autrefois exister quant à ses finalités et à ses méthodes, ne peuvent se régler ni par une adhésion inconditionnelle aux postulats libéraux de la relativité absolue des valeurs et de la construction des normes « par le bas », ni par l'hypothétique réaffirmation de valeurs collectives relayées par des normes générales et abstraites. La postmodernité est plus complexe que cela et suppose la mise en perspective de la tension entre les deux approches dans une dynamique ou un mouvement historique construisant l'avenir sur la base des ressources du passé.

1198. Le philosophe Jean-Philippe PIERRON l'a bien mis en évidence tant à propos de la famille que de la vie humaine, d'une façon qui n'est pas sans rappeler les perspectives offertes par les pensées respectives de Claude LÉVI-STRAUSS et de Ronald DWORKIN.

D'une part, l'articulation entre droits de l'homme et droit de la famille exacerbe non seulement la tension entre objectif et subjectif, mais aussi la tension entre « l'universel appel des droits de l'homme qui ne connaissent ni le temps ni l'espace » et « l'historique du droit de la famille comme tradition toujours référée à un contexte temporel et spatial singularisant ». A son estime, le droit de la famille par sa position spécifique, « au point d'articulation de l'universel et de l'historique », peut contribuer à la construction d'une « subjectivité de haut rang » en confrontant sur un mode dialogique l'individu moderne désaffilié et les traditions de longue date²⁰⁵⁹.

D'autre part, la rencontre des droits de l'homme et de la bioéthique suppose d'emprunter des voies intermédiaires entre « le relativisme du droit pour les vivants et le dogmatisme du droit à la Vie, entre vie produit contingent du hasard et Vie porteuse d'un dessein théologique ». Le droit à la vie est « une disposition essentiellement floue » qui renvoie en conséquence « à une dialectique de l'universel et de l'historique, du texte et du contexte ». Dans ce cadre, « le piège [...] consiste à présenter comme un dilemme – soit le particulier concret du vivant, soit l'universel abstrait de la Vie – ce qui relève d'une relation dialectique attentive à l'histoire des peuples et des cultures »²⁰⁶⁰.

²⁰⁵⁹ J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité ... », *op. cit.*, p. 197.

²⁰⁶⁰ J.-P. PIERRON, « Le droit à la vie ... », *op. cit.*, pp. 85-88.

Dans un tel contexte, il faut, selon le philosophe, œuvrer sans désespérer au dépassement de « l'opposition souvent caricaturale et simpliste entre traditionnalistes et progressistes »²⁰⁶¹. Pareil dépassement suppose de « concevoir la tradition, présente dans le droit, sur un mode dynamique, engageant une dynamique vivante entre les générations, entre anciens et nouveaux, entre héritages et aspirations »²⁰⁶². Dans cette perspective, la tension entre individu et tradition correspond à « une dialectique historique dans laquelle, et au cours de laquelle, une communauté historique, mais également un individu apprend à se déchiffrer et se comprendre »²⁰⁶³.

1199. Pareil mouvement – fruit de la dialectique de la tradition et de la modernité – ne peut se concevoir, dans les sociétés démocratiques et pluralistes, qu'articulé à un débat perpétuel sur les valeurs et sur les méthodes du droit. Le principal apport des droits de l'homme au droit de la personne et de la famille réside alors dans l'avènement d'une discussion perpétuelle sur les valeurs et les méthodes ou d'une négociation permanente dans le cadre desquelles se définissent les équilibres toujours précaires qui cristallisent pour un temps une compréhension historique et contextuelle des arbitrages qu'implique la confrontation des droits de l'individu aux exigences du collectif.

Le Professeur Pierre MURAT a pu évoquer cette prégnance du modèle dialogique tant en matière de filiation qu'en matière de procréation assistée. Ainsi explique-t-il, à propos de la jurisprudence de la Cour en matière de filiation, que « le débat, toujours susceptible de ressurgir sous une forme ou sous une autre n'est en quelque sorte jamais clos » et que « cette permanence de la discussion s'accorde fort bien avec les modèles de pensée contemporains »²⁰⁶⁴. De même expose-t-il que les droits de l'homme insufflent dans le droit de la procréation assistée, « une culture de débat permanent » où « l'élasticité des raisonnements en matière de droits fondamentaux, l'invitation à une perpétuelle réévaluation des normes, la comparaison avec d'autres législations [...] entretiennent les revendications permanentes de changement »²⁰⁶⁵.

1200. La Cour européenne des droits de l'homme est assurément appelée à occuper une place centrale dans ce dialogue permanent relatif aux finalités et aux méthodes du droit de la personne et de la famille. Il n'empêche que la discussion ou le débat considéré implique une multitude d'autres acteurs et d'autres instances tant il est vrai que la réflexion envisagée se noue aussi bien au plan national qu'au plan international, dans une multitude d'autres cénacles politiques, judiciaires, associatifs, académiques ...

Notre sentiment, au terme de cette dissertation doctorale, est que plus la Cour s'attachera à respecter les « règles du jeu » de l'interprétation²⁰⁶⁶, c'est-à-dire à maîtriser l'inévitable subjectivité de son office par la mise en œuvre structurée des quatre opérateurs du contrôle de conventionnalité, plus elle pourra faire entendre et accepter la voix qu'elle exprime dans la gigantesque conversation polycentrique qui s'est engagée à propos du droit de la personne et de la famille.

Face à semblable enjeu herméneutique, nous souscrivons – comme nous l'avons signalé – à l'idéal de l'interprétation de la Convention comme un « mouvement dans un cadre » et à la conception suivant laquelle le droit interne de la personne et de la famille est une « structure

²⁰⁶¹ J.-P. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité ... », *op. cit.*, p. 201.

²⁰⁶² *Idem.*

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 204.

²⁰⁶⁴ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *op. cit.*, p. 207.

²⁰⁶⁵ P. MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *L'assistance médicale à la procréation médicalement assistée*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas du 25 novembre 2013, *inédit*.

²⁰⁶⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 526-527.

ouverte » qui suppose la persistance d'un sens « partagé » mais « mobile ». Au terme de ce postulat « dialectique », de cette faveur pour un « libéralisme prudent », il convient de prendre acte de ce que tout est devenu discutable, mais qu'il y a lieu de perpétuellement chercher à reconstruire cela même que l'on se propose de déconstruire ou en d'autres termes de penser l'avenir en se fondant sur les acquis du passé²⁰⁶⁷.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, pp. 513-514.

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES

COMMISSION

Bibi c. Royaume-Uni	636
Di Lazzaro c. Italie.....	471, 472
Janis Khan c. Royaume-Uni.....	638, 641
Jonsson c. Suède	432
M. c. Pays-Bas	460
Ouinas c. France.....	417
Salonen c. Finlande.....	602
Stochlak c. Pologne.....	458
Theodor (Dora) Roetzheim c. Allemagne	597
Wim Hendriks c. Pays-Bas	431, 438
X c. Autriche.....	305
X. c. Royaume-Uni	510

ANCIENNE COUR (CHAMBRE)

A.G. c. Suisse.....	286
Airey c. Irlande	68, 76, 88, 163, 384
Andersson c. Suède.....	426
Ashingdane c. Royaume-Uni	292
Botta c. Italie.....	57
Boughanemi c. France.....	63, 69
Bronda c. Italie.....	422, 430
Brüggemann et Scheuten c. Allemagne	563
Buckley c. Royaume-Uni.....	250, 251, 368, 369
Burghartz c. Suisse.....	601, 606
C.R. c. Royaume-Uni.....	99, 157, 303
Dalia c. France	122
Guillot c. France.....	601, 602
Gül c. Suisse	419
H c. Norvège.....	574
Herczegfalvy c. Autriche	524
Hoffmann c. Autriche	437
Hokkanen c. Finlande	465
Huvig c. France.....	124
Inze c. Autriche.....	478
Johansen c. Norvège	421, 426
Keegan c. Irlande	684
Kokkinakis c. Grèce.....	171
Kroon et autres c. Pays-Bas	656, 658
Laskey, Jaggard et Brown	130, 145, 157
Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni.....	319
L.C.B. c. Royaume-Uni	511, 514
Leander c. Suède.....	346
Lopez-Ostra c. Espagne	70, 305
McMichael c. Royaume-Uni.....	429
McMichael c. Royaume-Uni.....	79, 250
Modinos c. Chypre.....	314
M.S. c. Suède	142
Müller c. Suisse.....	165
Niemietz c. Allemagne.....	51, 52
O'Lone v. Shabazz.....	99
Otto-Preminger-Institut c. Autriche	131
Petrovic c. Autriche.....	487
Powel et Rayner	305
Raninen c. Finlande.....	304
Rasmussen c. Danemark	650, 715, 716

Söderback c. Suède	698
Stjerna c. Finlande.....	614
S.W. c. Royaume-Uni	99, 157, 303
Tyrer c. Royaume-Uni	133, 219, 300
Vermeire c. Belgique	228
Wingrove c. Royaume-Uni	132, 173
Winterwerp c. Pays-Bas	209, 289, 291, 292, 293, 294
W.P. c. Royaume-Uni	573
X et Y c. Pays-Bas	52
X. c. Allemagne	278
X. c. Allemagne	330
X. c. Danemark	562
X. c. R.F.A.....	281
X. et Y. c. Royaume-Uni.....	67
X. et Y. c. Pays-Bas	75, 77, 94, 254, 274
Z. c. Finlande	346

ANCIENNE COUR (PLÉNIÈRE)

Abdulaziz, Cabales et Balkandali.....	98
Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni.....	82, 207, 383
Affaire linguistique belge.....	74, 81, 176
B. c. France	593, 626, 673
B. c. Royaume-Uni.....	421, 427
Bulgakov c. Ukraine	147
Cossey c. Royaume-Uni.....	227, 228, 592, 626
Dudgeon c. Royaume-Uni.....	52, 88, 126, 130, 147, 171, 207, 219, 257, 312, 313
F. c. Suisse	66, 96, 135, 623, 626, 638, 645, 646, 648
Gaskin c. Royaume-Uni	52, 173, 351
Golder c. Royaume-Uni	78, 250
Handyside c. Royaume-Uni	126, 165, 171, 173, 191, 203, 204
James et autres c. Royaume-Uni	120
Johnston c. Irlande	66, 96
Johnston et autres c. Irlande	98, 384, 406, 637, 642, 655
Klass c. Allemagne	118
Klass et autres c. Allemagne	250
Marckx c. Belgique	42, 59, 135, 157, 181, 219, 228, 238, 476, 653
Nielsen c. Danemark	277
Norris c. Irlande	238, 314
Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande.....	128, 564
R. c. Royaume-Uni.....	421
Rees c. Royaume-Uni	66, 96, 227, 591, 626
Sporrong et Lönnroth.....	171
Sunday Times c. Royaume-Uni	117
Van der Mussele c. Belgique	82
W. c. Royaume-Uni	421, 427
Young, James et Webster c. Royaume-Uni.....	171

ANCIENNE COUR (GRANDE CHAMBRE)

Guerra c. Italie	305
McCann c. Royaume-Uni.....	180
McCann et autres c. Royaume-Uni	79
Murray c. Royaume-Uni	346
Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni	103, 594
Sheffield et Horsham Royaume-Uni	627
X., Y. et Z. c. Royaume-Uni	62, 610, 664

NOUVELLE COUR (DÉCISIONS)

Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France	484
Bacuzzi c. Italie.....	644
Bayrakci c. Turquie.....	309
Baytöre c. Turquie.....	122
Bijleveld c. Pays-Bas	610
Boso c. Italie	195
Conka et Ligue des droits de l'homme c. Belgique.....	305
Courten c. Royaume-Uni	397
De Ram et autres c. France	607
Dmitrijevs c. Lettonie	78
E.S. c. France	482
Ferguson et autres c. Royaume-Uni	407
Friend et autres c. Royaume-Uni.....	57
G.M.B. et K.M. c. Suisse	610
Gotia c. Roumanie.....	715, 723
Guichard c. France.....	449
I.L.V. c. Roumanie.....	721
Kikots et Kikota c. Lettonie	310
Köpke c. Allemagne.....	340
Kuharec alias Kuhareca c. Lettonie.....	614
Kuijper c. Pays-Bas.....	699
La Parola c. Italie	308
M.D. c. Bulgarie.....	718
M.R. et L.R. c. Estonie.....	451
M.W. c. Royaume-Uni	397
Manenc c. France	398
Marzari c. Italie	308
Mata Estevez c. Espagne.....	60, 397
Menendez Garcia c. Espagne	714
Mentzen alias Mencena c. Lettonie.....	614
Molka c. Pologne	309
Nekvedavicius c. Allemagne.....	445
Nylund c. Finlande.....	692
Oliari et autres c. Italie	408, 414
Parry c. Royaume-Uni.....	160, 621, 632
Pay c. Royaume-Uni	364, 371
Pentiacova et 48 autres c. Moldova.....	518
Pichon et Sajous c. France	562
R. et F. c. Royaume-Uni.....	632
Schneiter c. Suisse	305
Schüssel c. Autriche.....	338
Shackell c. Royaume-Uni.....	388
Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark	310
Taieb dite Halimi c. France	365, 589, 612
Tarkhova c. Ukraine.....	451
V.S. c. Allemagne	704
Wiater c. Pologne.....	518
Zehnalova et Zehnal c. République tchèque.....	308

NOUVELLE COUR (CHAMBRE)

A. c. Croatie	304
A.A. et autres c. Suède	641
A.D. et O.D. c. Royaume-Uni	427
A.D.T. c. Royaume-Uni	210, 317
A.M.M. c. Roumanie	273
Ahrens c. Allemagne.....	247, 696
Al-Adsani.....	91
Aleksejeva c. Lettonie.....	379
Alekseyev c. Russie	132
Aliiev c. Ukraine	164, 380

Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal	247
Amanalachioai c. Roumanie	247, 466
Anayo.....	69
Anayo c. Allemagne.....	61, 462, 697
Andrle c. République tchèque.....	121, 212, 490
Antonyuk c. Russie	441, 444
Aresti Charalambous c. Chypre	66, 645
Arvelo Aponte c. Pays-Bas	420
Association Rhino et autres c. Suisse.....	196
Assunção Chaves c. Portugal	109
Aune c. Norvège	702
B. c. Belgique.....	453
B. c. Roumanie.....	276, 289
B. c. Roumanie n° 2	275, 284, 429
B. et L. c. Royaume-Uni	166, 172, 221, 624
B.F. et F.B. c. Allemagne.....	429
Backlund c. Finlande.....	712
Bajrami c. Albanie	449
Bensaid c. Royaume-Uni	52
Bergmann c. république tchèque	439
Berisha c. Suisse	61, 420
Berkova c. Slovaquie	283, 287
Berktay c. Turquie.....	307, 517
Bevacqua c. Bulgarie	303, 445
Bigaeva c. Grèce	165, 366
Bogumil c. Portugal	325
Boso c. Italie	53, 574
Boultif c. Suisse	123, 382
Brauer c. Allemagne	479
Budayeva et autres c. Russie.....	516
Bulgakov c. Ukraine	615
Burden et Burden c. Royaume-Uni	84, 402
C. c. Finlande	464
Camp et Bourimi c. Pays-Bas	483
Campagnano c. Italie.....	245, 280
Caroline Von Hannover c. Allemagne	338, 340
Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 3.....	340
Chavdarov c. Bulgarie.....	136, 144, 238, 255, 650, 658, 660
Chepelev c. Russie	700
Chtoukatourov c. Russie	209, 278, 282, 285
Ciorap c. Moldavie.....	523
Costa et Pavan c. Italie	107, 166, 553
Costello-Roberts c. Royaume-Uni	93
Cristescu c. Roumanie.....	108
Cusan et Fazzo c. Italie	136, 236, 608
Daroczy c. Hongrie	616
De la Flor Cabrera c. Espagne.....	340
De Souza Ribeiro c. France.....	123
Di Belmonte c. Italie	72
Di Sarno et autres c. Italie.....	306
Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin	440
Đorđević c. Croatie	337
Dore c. Portugal	457
Draper c. Royaume-Uni	639
Editions Plon c. France	348
Egeland et Hanseid c. Norvège	108
Elli Poluhas Dodsbo c. Suède	331
Emonet et autres c. Suisse.....	109, 474, 641, 663
Engel et autres c. Pays-Bas	119
Eski c. Autriche.....	701
Eweida et autres c. Royaume-Uni	132, 158, 196
Fourchon c. France.....	108, 431
Frasik c. Pologne.....	639
Fretté c. France.....	82, 473, 680

Gardel c. France	348
Garnaga c. Ukraine	613
Gas et Dubois c. France	551, 674
Giszcza c. Pologne	418
Glass c. Royaume-Uni	516, 570
Gnahoré c. France	202, 421, 427
Gobec c. Slovénie	439
Godelli c. Italie.....	106, 355
Golemanova c. Bulgarie.....	611
Grönmark c. Finlande	712
Gross c. Suisse	131
Güzel Erdagöz c. Turquie	611
H.N. c. Pologne.....	456
Haas c. Suisse.....	143, 522, 530
Haase c. Allemagne.....	424, 429
Hagyó c. Hongrie	379, 418
Hajduova c. Slovaquie	105
Hamer c. Royaume-Uni	639
Harroudj c. France.....	137, 678
Havelka et autres c. République tchèque.....	428, 429
Henry Kismoun c. France	613
Hirst c. Royaume-Uni	639
Hode et Abdi c. Royaume-Uni.....	383
Hristozov c. Bulgarie	98, 307
Hristozov et autres c. Bulgarie	518
Hunt c. Ukraine	443
Husseini c. Suède	109
Hutchison Reid c. Royaume-Uni	293
I.B. c. Grèce	367
Ignaccolo-Zenide c. Roumanie	106, 446, 450
Igual Coll c. Espagne	491
Ivanov et Petrova c. Bulgarie	96, 637, 643
Iyilik c. Turquie	719, 725
J.M. c. Royaume-Uni	487
Jäggi c. Suisse	106, 352
Jarenowicz c. Pologne.....	640
Johansson c. Finlande	603
K.A. et A.D. c. Belgique	130, 143, 312, 321
K.T. c. Norvège.....	347
K.U. c. Finlande.....	181, 337, 341
Kalaç c. Turquie.....	119
Kalacheva c. Russie	688
Karadzic c. Croatie.....	456
Karner c. Autriche.....	136, 394, 395, 398
Kautzor c. Allemagne	357
Kearns c. France.....	705
Keenan c. Royaume-Uni	513
Kemal Taskin et autres c. Turquie	615
Khelili c. Suisse	348
Khmel c. Russie	339
Kilinç c. Turquie	514
Kiyutin c. Russie	122
Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark	127
Knecht c. Roumanie.....	554
Koch c. Allemagne.....	80, 87, 90, 102, 162, 230, 253, 255, 522, 528, 534
Konstantinidis c. Grèce.....	711
Kontrovà c. Slovaquie.....	513
Kopf et Liberda	470
Kopf et Liberda c. Autriche	62
Korelc c. Slovénie.....	64
Korosidou c. Grèce	388
Kozak c. Pologne	396
Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie	698
Krisztián Barnabás Tóth c. Serbie.....	684

Kriz c. République tchèque	447
Kruskovic c. Croatie	283, 357
Kucera c. Slovaquie	379
Kurochkin c. Ukraine.....	722
Kutzner c. Allemagne	423
Kyrtatos c. Grèce	306
L. c. Lituanie.....	228, 326, 589
L. et V. c. Autriche.....	317
L.L. c. France.....	349
Lashin c. Russie	282, 283, 288, 294, 638
Leschiutta et Fraccaro c. Belgique	459
Losonci Rose et Rose c. Suisse	603, 606
Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni.....	316
Lyubenova c. bulgarie.....	468
M. et C. c. Roumanie	430
M.C. c. Bulgarie.....	302
M.P. et autres c. Bulgarie.....	303
M.S. c. Croatie	280, 286
Macready c. République tchèque	456
Mallah c. France.....	159, 492
Maumousseau et Washington c. France	450, 458
Mazurek c. France.....	228, 479
Mengesha Kimfe c. Suisse	123
Menesson c. France.....	552, 661
Merger et Cros c. France.....	480
Messina c. Italie n° 2.....	417
Mikulic c. Croatie	53, 124, 305, 352, 707
Monory c. Roumanie et Hongrie.....	451
Moreno Gomez c. Espagne	306
Moretti et Benedetti	469
Moretti et Benedetti c. Italie.....	62, 689
Moser c. Autriche.....	423, 428
Muñoz Dias c. Espagne.....	389
Muñoz Diaz c. Espagne.....	107, 121
Mustafa et Armagan Akin c. Turquie.....	63
N.N. et T.A. c. Belgique.....	70, 350
Négrépontis-Giannisis c. Grèce.....	417, 681
Nevmerzhitsky c. Ukraine.....	524
Nistor c. Roumanie	468
Nuutinen c. Finlande	445, 446
O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni	621, 640
Obst c. Allemagne.....	140, 375
Oleksandr Volkov c. Ukraine.....	367
Opuz c. Turquie	239, 304
Ostace c. Roumanie.....	721
Ozpinar c. Turquie	54, 142, 359
P.B. et J.S. c. Autriche	396
P.M. c. Royaume-Uni	475
P.V. c. Espagne	436
Palau-Martinez c. France	438
Pascaud c. France.....	708
Paulik c. Slovaquie.....	720
Peck c. Royaume-Uni	338
Peck c. Royaume-Uni	338
Perry c. Royaume-Uni.....	339
Phinikaridou c. Chypre	245, 272, 710
Pla et Puncernau c. Andorre.....	83, 485, 683
Pla et Puncerneau c. Andorre	81, 497
Plasse-Bauer c. France	448
Plaza c. Pologne.....	277, 439
Polidario c. Suisse.....	420
Pretty c. Royaume-Uni.....	53, 96, 102, 152, 188, 189, 231, 232, 246, 523, 525
R.M.S. c. Espagne.....	423
R.R. c. Pologne	140, 180, 572

R.R. c. Roumanie n° 1.....	449
R.R. c. Roumanie n°1.....	80
Raban c. Roumanie	453
Raw et autres c. France	458, 459
Reigado Ramos c. Portugal	207
Reklos et Davourlis c. Grèce.....	54, 94, 338, 340
Röman c. Finlande	714
Rozanski c. Pologne.....	687, 696, 697
Runkee et White c. Royaume-Uni.....	399
S.C. c. Royaume-Uni	273
Sabou et Pircalab c. Roumanie.....	171, 279
Saleck Bardi c. Espagne.....	469
Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal	436
Salontaji-Drobnjak c. Serbie.....	281, 287
Sanchez Cardenas c. Norvège.....	346
Santos Couto c. Portugal	318
Saviny c. Ukraine.....	428
Schalk et Kopf c. Autriche.....	60, 136, 219, 408, 630
Schlulmpf c. Suisse.....	328
Schlumpf c. Suisse	109
Schneider	69
Schneider c. Allemagne	80, 463
Schüth c. Allemagne	142, 375
Schwizgebel c. Suisse	472
Selçuk et Asker c. Turquie.....	93
Sen c. Pays-Bas	421
Serghides c. Pologne.....	459
Shofman c. Russie.....	272, 717
Sidabras c. Lituanie.....	81
Sidabras et Džiautas c. Lituanie	366
Siliadin c. France	55
Smith et Grady c. Royaume-Uni	180, 315
Šneersone et Campanella c. Italie	453
Stagno c. Belgique	271
Stanev c. Bulgarie.....	164, 218, 287, 288, 289, 291, 295
Stelian Roșca c. Roumanie.....	343
Sterlet, Kessler et Krenz.....	91
Storck c. Allemagne.....	275
Stübing c. Allemagne.....	130, 145, 189, 224, 240, 253, 322, 374, 416
Succession de Kresten Filtenborg Mortensen	353
Süss c. Allemagne.....	438, 439, 445
Sýkora c. République tchèque.....	282, 286
T.C. et H.C. c. Turquie.....	722
Taskin et autres c. Turquie.....	306
Tavli c. Turquie.....	718
Témoins de Jehovah de Moscou c. Russie.....	523
Témoins de Jehovah de Moscou et autres c. Russie.....	325
Todorova c. Italie	704
Topčić-Rosenberg c. Croatie.....	485
Tourkiki Enosi Xanthi et autres c. Grèce.....	55
Tremblay c. France	324
Tsvetelin Petkov c. Bulgarie	689
Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas	421
Tysiac c. Pologne.....	53, 79, 105, 254, 569
Udeh c. Suisse.....	419
Ulariu c. Roumanie	70
Unal Tekeli c. Turquie	604
Ünal Tekeli c. Turquie	99, 102, 135
V.C. c. Slovaquie	101, 105, 540
V.K. c. Croatie.....	646
Van Kück c. Allemagne	327
Van Volsem c. Belgique	100
Varapnickaite-Mazyliene c. Lituanie	108
Vasquez c. Suisse.....	60, 63, 95

Velcea et Mazare c. Roumanie.....	245, 400, 413
Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche.....	128
VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse.....	76
Vincent c. France.....	83
Vojnity c. Hongrie.....	437
Voleský c. République tchèque.....	447
Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg.....	107, 166, 472, 679
Wallova et Walla c. République tchèque.....	423
Wasmuth c. Allemagne.....	71
Weller c. Hongrie.....	489
Women on Waves et autres c. Portugal.....	211
X et Y c. Croatie.....	94, 280, 282, 285
X. c. Croatie.....	284
X. et Y. c. Croatie.....	180, 279, 284, 286
Yousef c. Pays-Bas.....	686
Z et A c. Royaume-Uni.....	425
Zambotto Perrin c. France.....	180
Zaunegger c. Allemagne.....	248, 696
Zavrel c. République tchèque.....	447
Zhou c. Italie.....	87, 703
Znamenskaya c. Russie.....	660

NOUVELLE COUR (GRANDE CHAMBRE)

A., B. et C. c. Irlande.....	130, 164, 221, 225, 243, 323, 563, 565
A., B. et C. c. Royaume-Uni.....	576
A.,B. et C. c. Irlande.....	107
Aksu c. Turquie.....	343
Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni.....	229
Animal Defenders c. Royaume-Uni.....	204, 239, 246
Axel Springer AG c. Allemagne.....	342, 345
Axel Springer c. Allemagne.....	140, 185
Burden c. Royaume-Uni.....	121, 146, 193, 207, 401, 413
Calvelli et Ciglio c. Italie.....	515
Caroline Von Hannover c. Allemagne (n°2).....	185
Caroline Von Hannover c. Allemagne n° 2.....	108, 339, 345
Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie.....	235, 242
Chapman c. Royaume-Uni.....	70, 83, 105, 367
Chassagnou c. France.....	139
Christine Goodwin c. Royaume-Uni.....	53, 102, 166, 219
Chypre c. Turquie.....	307, 517
Daroczy c. Hongrie.....	55
Demir et Baykara c. Turquie.....	216
Dickson c. Royaume-Uni.....	162, 544, 555
Draon c. France.....	162
E.B. c. France.....	54, 82, 239, 474
Elsholz c. Allemagne.....	433, 443
Evans c. Royaume-Uni.....	53, 67, 97, 157, 173, 187, 192, 208, 231, 557, 561, 562
Fabris c. France.....	98, 124, 181, 228, 230, 242, 481
Fernandez Martinez c. Espagne.....	54, 66, 71, 89, 158, 205, 416, 621, 637
Fernandez-Martinez c. Espagne.....	376, 378
Gillberg c. Suède.....	57
Giuliani et Gaggio c. Italie.....	512
Goodwin c. Royaume-Uni.....	219, 240, 595, 605, 622
Gross c. Suisse.....	531
Hamalainen c. Finlande.....	77, 98, 144, 214, 411, 596, 622, 633, 647
Hatton c. Royaume-Uni.....	120, 252, 306, 559
Hirst c. Royaume-Uni n° 2.....	119
I. c. Royaume-Uni.....	53, 595
Jalloh c. Allemagne.....	304
K. et T. c. Finlande.....	135, 210, 422, 429, 430
Konstantin Markin c. Russie.....	95, 98, 119, 135, 152, 181, 191, 195, 234, 489
Kudla c. Pologne.....	251

Kuric et autres c. Slovénie	270
Kurić et autres c. Slovénie	103
Labita c. Italie	79, 300
Laino c. Italie	645
Lautsi c. Italie	134
Leyla Sahin c. Turquie	71, 164, 240, 255, 335, 360
M.S.S. c. Belgique et Grèce	301
Martinie c. France	230
McCann c. Royaume-Uni	512
Mouvement raëlien suisse c. Suisse	128
Nada c. Suisse	95, 244, 378, 381
Neulinger et Shuruk c. Suisse	420, 452
O’keeffe c. Irlande	301
O’Keeffe c. Irlande	105
Öcalan c. Turquie	511
Odièvre c. France	53, 93, 95, 103, 106, 139, 157, 354, 562
Oneryildiz c. Turquie	515
Osman c. Royaume-Uni	512
S. et Marper c. Royaume-Uni	119, 123
S.A.S. c. France	335, 360, 361
S.H. et autres c. Autriche	86, 88, 112, 130, 145, 161, 173, 220, 225, 227, 546, 551, 554, 571
Sahin c. Allemagne	433, 442
Scozzari et Giunta c. Italie	422
Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine	84
Serife Yigit c. Turquie	137, 389
Slivenko c. Lettonie	63, 118, 138
Söderman c. Suède	94, 181, 338, 341
Sommerfeld c. Allemagne	433, 443
Sorensen et Rasmussen c. Danemark	55
Stanev c. Bulgarie	112, 196, 218, 278, 287, 288, 289, 291, 295
Stec et autres c. Royaume-Uni	82, 121
T. c. Royaume-Uni	272
Tanase c. Moldova	217
Thlimmenos c. Grèce	83
Üner c. Pays-Bas	56, 123, 418
V. c. Royaume-Uni	272
Vallianatos et autres c. Grèce	41, 221, 235, 372, 409
Van der Heijden c. Pays-Bas	89, 110, 118, 119, 148, 210, 227, 390, 411
Vo c. France	161, 541, 567
Von Hannover c. Allemagne n° 2	140
X. c. Lettonie	453, 454, 457
X. et autres c. Autriche	62, 136, 173, 181, 218, 240, 667
Yumak and Sadak c. Turquie	163
Z. et autres c. Royaume-Uni	302

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

- AKANDJI-KOMBE J.-F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Human rights handbook, n° 7, Strasbourg, Ed. Council of Europe, 2007.
- ALEXY R., *A theory of constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- ARENDT H., *La crise de la culture*, Paris, Folio, 1972.
- BARTLETT P., LEWIS O. et THOROLD O., *Mental disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, 1997.
- CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 1, *Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1992.
- CAYLA O. et THOMAS Y., *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2002.
- CHOUDHRY S. et HERRING J., *European human rights and family law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, coll. International Studies in Human Rights, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- DABIN J., *L'Etat ou le politique. Essai de définition*, Paris, Dalloz, 1957.
- DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. 4, *Vers une communauté de valeurs ?*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2011.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, t. 1, *Le relatif et l'universel*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Quadrige, Paris, PUF, 2004.
- DEMBOUR M.-B., *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- DOUZINAS C., *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- DIJON X., *Droit naturel*, t. 1, Paris, PUF, 1998.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DUFOUR D.-R., *L'individu qui vient... après le libéralisme*, Paris, Denoël, 2011.
- DWORKIN R., *Life's Dominion : an argument about abortion and euthanasia*, London, Harper Collins, 1993.
- DWORKIN R., *Justice for hedgehogs*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2011.

- ECCO U., *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992.
- EEKELAAR J., *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- ERGEC R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006.
- FREDMAN S., *Human Rights Transformed*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Ed. de l'ULB, 2001.
- GARAPON A. et ALLARD J., *Les juges dans la mondialisation*, coll. La république des idées, Paris, Seuil, 2005.
- GAUCHET M., *L'avènement de la démocratie*, t. 1, *La révolution moderne*, Bibliothèque des sciences humaines, Paris, Gallimard, 2007.
- GÉRARD P., *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, FUSL, 2007.
- GLENDON M.-A., *State, Law and Family. Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, Amsterdam-New-York-Oxford, North-Holland Publishing, 1977.
- GREER S., *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n°15, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1997.
- GREER S., « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », Dossier sur les droits de l'homme n° 17, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2000.
- HABERMAS J., *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1996,
- HAARSCHER G., *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, ULB, 1993
- HARRIS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P. et BUCKLEY C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- HOLMES S. et SUNSTEIN C. R., *Why Liberty depends on taxes*, New York, W. W. Norton & Co, 1999.
- HUNT L., *Inventing Human Rights. A history*, New York/London, Norton & Company, 2007.
- HUSSON-ROCHCONGAR C., *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 631
- KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, A. Colin, 2009.
- LEGENDRE, *La passion d'être un autre. Etude pour la danse*, Paris, Seuil, 2000.
- LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, 3e éd., coll. Droit et justice, n° 94, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010.
- LÉVI-STRAUSS C., *Nous sommes tous des cannibales*, Paris, Seuil, 2013.
- LÉVI-STRAUSS C., *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Flammarion, 2008.
- MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 1997.

- MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- MARTENS P., *Le droit peut-il se passer de Dieu. Six leçons sur le désenchantement du monde*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007.
- MAURER H., *Droit administratif allemand* (traduction de M. FROMONT), Paris, L.G.D.J., 1995.
- MILLARD E., *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse, Université Jean Moulin - Lyon III, 1994.
- MOUTEL B., *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Université de Limoges, 2006.
- NICKEL J. W., *Making Sense of Human Rights*, Malden, Blackwell Publishing, 2007.
- NOZICK R., *Anarchie, Etat et utopie*, Quadrige, Paris, PUF, 2003.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.
- OST F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.
- OST F., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- PICHERAL C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001.
- RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1991.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RIGAUX F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- RIGAUX F., *La vie privée. Une liberté parmi d'autres ?*, Bruxelles, Larcier, Travaux de la Faculté de droit de Namur, 1992.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.
- SEN A., *The Idea of Justice*, London, Penguin Books, 2010.
- SÉRIAUX A., *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1993.
- STONE SWEET A., *Governing with judges – Constitutional politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005.
- SUPIOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, coll. Points Essais, Paris, Seuil, 2005.
- TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, coll. Ethique et philosophie morale, Paris, PUF, 2007.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998.
- VAN DIJK P. et VAN HOOF G., *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1990.
- VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001.

- VAN GRUNDERBEECK D., *Beginnelsen van personen- en familierecht, een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003.
- VAN GYSEL A.-C., *Précis de droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- VERDUSSEN M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004.
- VERDUSSEN M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrige, Paris, PUF, 1983.
- YOUROW H. C., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Martinus Nijhof, Dordrecht, 1990.

OUVRAGES COLLECTIFS

- BAILLEUX A, CARTUYVELS Y, DUMONT H. et OST F. (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- BRIBOSIA E. et HENNEBEL L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- DELMAS-MARTY M. (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, coll. Les voies du droit, Paris, PUF, 1989.
- DUMONT H., OST F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *La responsabilité face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- HENNETTE-VAUCHEZ S. et SOREL J.-M. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- KAMINSKY D. (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Actes de la XXIème journée d'étude juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- KRYNEN J. et RAIBAUT J. (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse, 2004, pp. 161-170.
- LEVINET M. (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- MATSCHER P., MAHONEY P., PETZOLD H. et WILDHABER L. (dir.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, Cologne, 1988.
- PETTITI L.-E., DECAUX E. et IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999.
- ST JOHN McDONALD R., MATSCHER F. et PETZOLD H. (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002.
- SUDRE F., J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd. Paris, PUF, 2011.
- SUDRE F. et SURREL H., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir.), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008.
- SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014.
- SUDRE F. TEBOUL G. (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Actes des Rencontres internationales organisées les 16, 17 et 18 septembre 2003 à Marseille par l'Observatoire international du droit de la bioéthique et de la médecine, coll. Droit et Justice, n° 57, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2004
- TITIUN P. (dir.), *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011.
- VERDUSSEN M. (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- X., *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

CONTRIBUTIONS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS OU COMPILATIONS

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Le droit à un recours effectif », in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET), 6^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 447 et s.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Le maintien du lien familial des étrangers », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 213 et s.
- AZOUX BACRIE L., « Du consentement à la procréation assistée et de son retrait : une approche contestable (à propos de l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 104 et s.
- BARSAMIAN KAHN K., SPENCER K. et GLASER J., « Online Prejudice and Discrimination: From Dating to Hating », in *The Social Net: Understanding our online behavior* (dir. Y. AMICHAÏ-HAMBURGER), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 201 et s.
- BAUDOUIN M.-E., « Consonances et dissonances dans le discours européen des droits de l'homme dans le discours européen des droits de l'homme. Violationnistes et étatistes : la définition du rôle du juge européen », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?* (dir. S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 65 et s.
- BELDA B., « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 255 et s.
- BERNAHRDT R., « The Convention and Domestic Law », in *The European System for the Protection of Human Rights* (dir. R. ST JOHN McDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 25 et s.
- BONBLED N. et RINGELHEIM J., « La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage à Michel van de Kerchove* (dir. A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 387 et s.
- BORILLO D., « Pour une théorie du droit de la personne et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualités* (dir. N. Gallus), Limal, Anthémis, 2012, p. 4 et s.
- BOSSUYT M., « Article 14 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (dir. L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 477 et s.
- BOUDON R., « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 11 et s.
- CÉRÉ J.-P., « Le droit à une vie familiale pour les détenus », in *Le droit à une vie familiale* (dir. LEMOULAN J.-J. et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, p. 17 et s.
- COMMAILLE J., « La flexibilité comme indicateur d'un nouveau régime de régulation juridico-politique », in *La flexibilité des sanctions* (dir. D. KAMINSKY), Actes de la XXI^{ème} journée d'étude juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 19 et s.
- COSTA J.-P., « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz, coll. Droit et Justice, Bruxelles/Paris, Bruylant/Nemesis, 2004, p. 157 et s.
- DE FONTBRESSIN P., « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 231 et s.
- DE LAMY B., « La légitimité du juge européen des droits de l'homme », in *La légitimité des juges* (dir. J. KRYNEN et J. RAIBAUT), Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse, 2004, p. 161 et s.

- DELMAS-MARTY M., « Introduction », in *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme* (dir. M. DELMAS-MARTY), coll. Les voies du droit, 1989, p. 11 et s.
- DELMAS-MARTY M. et SOULIER G., « Encadrer ou légitimer la raison d'Etat », in *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme* (dir. M. DELMAS-MARTY), coll. Les voies du droit, 1989, p. 18 et s.
- DELMAS-MARTY M., « Les droits de l'homme. Processus d'humanisation réciproque », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 209 et s.
- DE STEXHE G., « Les limites de la simple humanité », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 109 et s.
- DUBOUT E. et TOUZÉ S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnière entre ordre et systèmes juridiques* (dir. E. DUBOUT et S. TOUZÉ), Paris, Pedone, 2009, p. 11 et s.
- DUBOUT E., « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, p. 265 et s.
- D'URSO C., « L'accouchement sous X en France (arrêt Odièvre du 13 février 2003), in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2003. Présentation, commentaire et débats* (dir. P. TAVERNIER), Cahier du CREDHO, n°10/2004, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 73 et s.
- DZEHTSIAROU K. et LUKASHEVICH V., « Informed decision making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 272 et s.
- ENRICH MAS M., « Article 12 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la dir. de L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2e éd., Paris, Economica, 1999, p. 437 et s.
- FOBLETS M.-C., « La régulation des vies de famille(s) sur arrière-fond de société plurielle. Le droit entre libéralisme et individualisme », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 297 et s.
- GALLUS N., « Egaux mais différents, inégaux car différents ? », in *Conjugalités et discriminations* (dir. A.-C. VAN GYSEL), Limal, Anthémis-L.G.D.J., 2012, p. 64 et s.
- GALLUS N., « La séparation du couple », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55 et s.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH W.-J., « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Cologne, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 201 et s.
- GÉMIEUX F., « Le droit à la non-discrimination, un droit fondamental autonome. Etude de la portée du protocole n° 12 à la CEDH », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 83 et s.
- GÉNICOT G., « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement* (dir. G. SCHAMPS et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 155 et s.
- GÉNICOT G., « La maîtrise du début et de la fin de la vie », in *Les droits de la personnalité* (dir. J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 92 et s.
- GLENDON M.-A., « Changes in the Relative Importance of Family Support, Market Work and Social Welfare in Providing Economic Security », in *Famille, Etat et sécurité économique d'existence* (dir. M.-T. MEULDER-KLEIN et J. EEKELAAR), vol. 1, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 6 et s.

- GÖLCÜKLÜ F., « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit à la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 416 et s.
- GONZALEZ G., « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 112 et s.
- GOUTTENORE-CORNUT A., « Le droit d'accès à un tribunal », in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE-CORNUT et M. LEVINET), 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 295 et s.
- GOUTTENORE-CORNUT A., « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, p. 287 et s.
- HAUSER J., « Rapport de synthèse », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 255 et s.
- HAUSER J., « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen du droit européen des personnes et de la famille », in *Etudes en l'honneur de J.-C. Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, p. 106 et s.
- HAUSER J., « Retour sur le temps en droit de la famille », in *Parenté, filiation, origines* (dir. H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 321 et s.
- HAUSER J., « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Etre parent aujourd'hui* (dir. P. JACQUES), coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2010, p. 12 et s.
- HAUSER J., « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 441 et s.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Conclusions générales », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 311 et s.
- HENNETTE VAUCHEZ S., « Le principe de dignité en droit américain », in *La dignité de la personne humaine* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, PUF, 2005, p. 145 et s.
- HERZOG-EVANS M., « Droit civil commun, droit européen et incarcération », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2002, p. 241 et s.
- HOC A. et WILLEMS G., « Le cadrage temporel des litiges devant la Cour européenne des droits de l'homme : réflexions au départ de l'arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011 », in *Le temps et le droit : hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, 2013, p. 283 et s.
- IACUB M., « Leur République et la nôtre. Défense et illustration d'un mariage encore à venir », in *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle* (dir. V. MARTENS), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2004, p. 63 et s.
- IEVEN A., « Privacy rights in conflict: in search of the theoretical framework behind the European court of human rights' balancing of private life against other rights », in *Rights in conflict* (dir. E. BREMS), Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, p. 39 et s.
- JEANNIN L., « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme. La construction prétorienne d'un concept », in *La dignité de la personne humaine* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, PUF, 2005, p. 178 et s.
- JONGEN F., « Le droit à l'honneur », in *Les droits de la personnalité* (dir J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 122 et s.

- KISS A., « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 496 et s.
- KOERING-JOULIN R., « Affaires de mœurs », in *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme* (dir. M. DELMAS-MARTY), coll. Les voies du droit, 1989, p. 122 et s.
- KRIBECHE N., « Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 113 et s.
- LABORDE J.-P., « Le droit à une vie familiale pour le salarié », in *Le droit à une vie familiale* (dir. J.-J. LEMOULAN et M. LUBY), coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2007, p. 49 et s.
- LABRUSSE-RIOU C., « Droits des personnes et de la famille », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC), 2^e éd., Paris, Seuil, 2002, p. 352 et s.
- LAMARCHE M., « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 227 et s.
- LAMBERT P., « Trop de liberté tue la liberté », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 380 et s.
- LAMBERT P., « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 21, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1998, pp 63 et s.
- LAMBERT P., « La violence conjugale et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 47 et s.
- LARRALDE J.-M., « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in *La libre disposition de son corps* (dir. J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 290 et s.
- LARRALDE J.-M., « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et la violence publique meurtrière », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 189 et s.
- LEBRETON G., « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », in *La libre disposition de son corps* (dir. J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 291 et s.
- LEGENDRE P., « L'attaque nazie contre le principe de filiation », in *Filiation*, Fayard, 1995, p. 205 et s.
- LELEU Y.-H., « Du droit au respect de l'intégrité physique à la maîtrise du corps : le droit de la personnalité comme vecteur d'autodétermination », in *Les droits de la personnalité* (dir. J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 23 et s.
- LELEU Y.-H., « Pour une révision des objectifs et de la méthode de création des normes en droit des personnes et des familles », in *Over Erven. Liber amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, p. 273 et s.
- LEUPRECHT P., « La liberté qui opprime et la loi qui affranchit », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang Strasser* (dir. H. HARTIG), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 167.
- LEVINET M., « Le droit au respect de l'image », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 180 et s.
- LEVINET M., « Couple et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 107 et s.

- LEVINET M., « Propos introductifs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1 et s.
- LEVINET M., « Le principe de la libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La libre disposition de son corps* (dir. J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 72-110.
- LEVINET M., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit d'«avoir un enfant» ? Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 138 et s.
- MACHEFERT T., « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in *La libre disposition de son corps* (dir. J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 19 et s.
- MADELAINE C., « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 107 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Le sigisbéisme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 361 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUECHAVY), coll. Droit et Justice, n° 78, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 16 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Conclusions », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE et H. SURREL), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 459 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « La qualité de victime », in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET), 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 798 et s.
- MARTENS P., « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 566 et s.
- MATSCHER F., « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 25 et s.
- MÉCARY C., « Stratégie judiciaire et égalité des droits conjugaux pour les lesbiennes et les gays en France », in *Conjugalités et discriminations* (dir. A.-C. VAN GYSEL), Limal, Anthémis-L.G.D.J., 2012, p. 119 et s.
- MÉCARY C., « Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droit des familles, genre et sexualité* (dir. N. GALLUS), Limal, Anthémis-L.G.D.J., 2012, p. 227 et s.
- MELDEN A.I., « Dignity, Worth and rights », in *The Constitution of Rights : Human dignity and American Values*, (dir. M. J. MEYER & W.A. PARENT), Ithaca, Cornell University Press, 1992, p. 29 et s.
- MEMMI D., « La dignité : une protestation 'somatisée' contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et justice, Paris, PUF, 2005, p. 297 et s.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 308 et s.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et droit de la famille* (dir. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ), Paris, L.G.D.J., 1996, p. 179 et s.

- MILLARD E., « Le droit constitutionnel de la famille », in *Code civil et Constitution* (dir. M. VERPEAUX), Marseille, Economica, 2005, p. 65 et s.
- MORAND C.-A., « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in *De la Constitution. Etudes en l'honneur de J.-A. Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, p. 57 et s.
- MURAT P., « Filiation et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 161 et s.
- MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 237 et s.
- MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 405 et s.
- MUZNY P., « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 427 et s.
- MURAT, « L'AMP, enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *L'assistance médicale à la procréation médicalement assistée*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas du 25 novembre 2013, inédit.
- NERI K., « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 53 et s.
- OST F., « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre », in *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit* (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 237 et s.
- OST F. et VAN DROOGHENBROECK S., « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 2 et s.
- OST F., « Stand up for your rights ! », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 51 et s.
- PAULIAT H. et SAINT JAMES V., « La notion d'effet horizontal », in *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français* (dir. J.-P. MARGUÉNAUD), Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », Limoges, 1999, p. 45 et s., disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr>.
- PETTITI C. et C. BRETON, « La Cour européenne des droits de l'homme et la maîtrise de la vie », in *La maîtrise de la vie* (L. Khaïat et C. Marchal), Paris, Erès, 2012, p. 79 et s.
- PICHERAL C., « L'incertaine détermination des différences de traitement », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE et H. SURREL), Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2008, p. 94 et s.
- PICHERAL C., « La légitimité du juge européen », in *Droit et légitimité* (dir. L. FONTAINE), coll. Droit et justice, n° 96, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 113 et s.
- PIERRON J.-P., « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 204 et s.
- PIERRON J.-P., « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme ? », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 77 et s.
- POUSSON-PETIT J., « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 563 et s.

- PUTMAN E., « Vie privée », in *Dictionnaire des droits de l'homme* (dir. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE), Paris, PUF, 2012, p. 985 et s.
- RAZ J., « Human Rights without Foundations », in *The Philosophy of International Law* (dir. S. BESSON et J. TASIOLAS), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 321 et s.
- RAZ J., « On the Authority and Interpretation of Constitutions : Some Preliminaries », in *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 152 et s.
- REDOR-FICHOT M.-J., « Droits fondamentaux et légitimité », in *Droit et légitimité*, coll. Droit et justice, n° 96, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 86 et s.
- REDOR-FICHOT M.-J., « Rapport de synthèse », in *La libre disposition de son corps*, coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 351 et s.
- RENCHON J.-L., « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 148 et s.
- RENCHON, J.-L. « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (dir. A. WIJFELS), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 269 et .
- RENCHON J.-L., « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *Hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1309.
- RENCHON J.-L., « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité* (dir. H. FULCHIRON), coll. Thèmes & Commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2009, p. 209 et s.
- RIGAUX F., « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, coll. Droit et Justice, 1998, p. 41-62.
- ROMAN D., « Autodétermination personnelle et choix de vie et de mort dans la jurisprudence de la Cour européenne », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), coll. Droit et justice, n° 93, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, p. 253 et s.
- ROZAKIS C. L., « Through the looking glass : an "insider"'s view of the margin of appreciation », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 528 et s.
- RUIZ-FABRI H., « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 371 et s.
- RUSSO C., « Article 8, § 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (dir. L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 305 et s.
- RUFFIEUX G., « La flexibilité des sanctions en droit de la famille », in *La flexibilité des sanctions* (dir. D. KAMINSKY), Actes de la XXIème journée d'étude juridique Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 425 et s.
- SHELTON D., « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 153 et s.
- SOTTIAUX S. et VAN DER SCHYFF G., « Methods of International Human Rights Adjudication : Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, n° 1, winter 2008, p. 115 et s.

- ST-JOHN MACDONALD R., « The margin of appreciation in the jurisprudence of the european court of human rights », in *The European system for the protection of human rights* (dir. R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD), Martinus Nijhof, Dordrecht, 1993, p. 83 et s.
- SPIELMANN D., « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 131 et s.
- STRASSER W., « The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights », in *Protecting Human Rights : The European Dimension, Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Kohl, Heymann, 1988, p. 595 et s.
- SUDRE F., « Rapport introductif : la « construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, p. 12 et s.
- SUDRE F., « L'ordre public européen », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?* (dir. J.-M. REDOR), Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 109 et s.
- SUDRE F., « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* (dir. P. TAVERNIER), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39 et s.
- SUDRE F., « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 597 et s.
- SUDRE F., « Rapport introductif : la « construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée » », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 1 et s.
- F. SUDRE, « Les aléas de la notion de vie privée », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 687 et s.
- SUDRE F., « Le droit à la protection de la vie ou la version *light* du droit à la vie », in *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 277 et s.
- SUDRE F., « Les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 363 et s.
- SUDRE F., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 755 et s.
- SUDRE F., « La théorie des obligations positives », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LEVINET), 6^e éd. Paris, PUF, 2011, p. 23 et s.
- SUDRE F., « L'épuisement des voies de recours internes », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ), 6^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 808 et s.
- SUDRE F., « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 280 et s.
- F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, p. 239 et s.
- SURREL H., « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (dir. M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 61 et s.

- SZYMCAK D., « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses Etats », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 108, Limal, Anthemis, 2014, p. 15 et s.
- TASIOULAS J., « The Moral Reality of Human Rights », in *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor* (dir. T. POGGE), New York, Oxford University Press, 2007, p. 75 et s.
- TIMMER A., « A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights », in *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (dir. M. FINEMAN et A. GREAR), Surrey, Ashgate, 2013, p. 3 et s.
- TIMMER A., « Genderstereotypen en het EHRM », in *Recht en gender in België* (dir. E. BREMS et L. STEVENS), Brugge, Die Keure, 2011, p. 219 et s.
- TMSIT G., « L'invention de la légitimité procédurale », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 635 et s.
- TULKENS F., « Pour une approche dialectique des droits et des responsabilités. Conclusions », in *La responsabilité face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 530 et s.
- TULKENS F., « Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, coll. La pensée juridique, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2002, p. 254 et s.
- TULKENS F. et VAN DROOGHENBROECK S., « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505 et s.
- VAN DROOGHENBROECK S., « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (dir. J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 299 et s.
- VAN DROOGHENBROECK S., « L'horizontalisation des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (dir. H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355 et s.
- VAN DROOGHENBROECK S., « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme », in *L'accélération du temps juridique* (dir. P. GÉRARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, FUSL, 2000, p. 343 et s.
- VASAK K., « Les artisans et les acteurs de la Convention européenne des droits de l'homme d'hier à demain », in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, 50 anni d'esperienza : gli attori e i protagonisti della Convenzione* (dir. C. ZANGHI), Torino, Giapichelli, 2002, p. 11 et s.
- VASAK K., « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL), coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 11 et s.
- VIALA A., « Valeurs et principes », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 971 et s.
- WACHSMANN P., « Le droit au secret de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 139 et s.
- WACHSMANN P., « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 667 et s.
- WILDHABER L., « La grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa* (dir. P. TITIUN), Paris, Dalloz, 2011, p. 701.

- WILLEMS G., « L’appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l’homme », in *Les droits de l’homme : une réalité quotidienne ?*, Limal, Anthémis, 2014, p. 167 et s.
- WINTEMUTE R., « Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners under the European Convention », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law* (dir. M. ANDENAES et R. WINTEMUTE), Oxford/Portland, Hart Publishing, 2001, p. 713 et s.

ARTICLES DE REVUES, NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- ALONI E., « Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage », *Duke J. Gender L. & Pol'y*, 2010-2011, p. 105 et s.
- ALDER J., « The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights », *Public Law*, 2006, p. 697 et s.
- ALEXY R., « On balancing and subsumption. A structural comparison », *Ratio Juris*, 2003, p. 443 et s.
- AVENA-ROBARDET V., « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », note sous Cour eur. D.H., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, *AJ Famille*, 2010, p. 333 et s.
- BAKER K. K., « Marriage and Parenthood as Status and Rights: The Growing, Problematic and Possibly Constitutional Trend to Disaggregate Family Status from Family Rights », *Ohio State Law Journal*, 2010, p. 127 et s.
- BAKER A., « The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the “Ambit” under article 14 ECHR », *The Modern Law Review*, 2006, p. 714 et s.
- BENOÎT-ROHMER F., « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l’homme : premières applications du protocole 14 sur la condition de “préjudice important” », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 23 et s.
- BENOÎT-ROHMER F., « La Cour de Strasbourg et la protection de l’intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (en marge de l’arrêt *Chapman*) », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 999 et s.
- BENOÎT-ROHMER F., « La Cour européenne des droits de l’homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 563 et s.
- BIONDI S., « Access to medical-assisted reproduction and PGD in italian law : a deadly blow to an illiberal statute ? Commentary to the European Court of Human Rights decision *Costa and Pavan v. Italy* », *Medical Law Review*, 2013, p. 474 et s.
- BIRKHOOD A.S., « Poking Holes in L.A.’s New Condom Requirement: Pornography, Barebacking, and Speech », *Washington Law Review*, 2013, p. 1819 et s.
- BLACK I., « Existential suffering and the extent of the right to physician assisted suicide. *Gross v Switzerland* [2013] ECHR 67810/10 », *Medical Law Review*, 2014, p. 109 et s.
- BLAUWHOFF R. J., « Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins: has “to know or not to know” ever been the question? », *Utrecht Law Review*, 2008, p. 116 et s.
- BONNET V., « L’accouchement sous x et la Cour européenne des droits de l’homme (à propos de l’arrêt *Odièvre c. la France* du 13 février 2003), *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 405 et s.
- BOROWSKI M., « On apples and oranges : Comment on Niels Petersen », *German Law Journal*, 2013, p. 1409 et s.
- BOURDIEU P., « Les rites comme actes d’institution », *Actes de la recherche en science sociale*, 1983, n° 43, p. 58 et s.
- BRANDON I., « Les droits fondamentaux des patients psychiatriques et le Conseil de l’Europe », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979 et Cour eur. D.H., arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, *J.J.P.*, 2002, p. 276 et s.
- BRATZA N., « The Relationship between the UK Courts and Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 et s.
- BREMS E. et LAVRYSEN L., « Procedural justice in Human Rights Adjudication: the European Court of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2013, p. 176 et s.

- BROOKS T., « The Problem with Polygamy », *Philosophical Topics*, 2009, p. 109 et s.
- BROUWERS P., « Le placement d'enfants face à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse des arrêts Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000 et Gnahore c. France du 19 septembre 2000 », *Dr. Q.M.*, 2001, liv. 30, p. 3 et s.
- BURGORGUE-LARSEN L. et DUBOUT E., « Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la grande chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 193 et s.
- BYK C., « Les droits procréatifs et le renversement de la dynamique des droits de l'homme », *Revue générale de droit médical*, 2012, p. 331 et s.
- CADORET A., « L'apport des familles homoparentales dans le débat actuel sur la construction de la parenté », *L'Homme*, 2007/3, n° 183, p. 55 et s.
- CAPPUCCIO A. F., « Article 10 and Restrictions on Pornography: Shifting the Rationale from Protection of Morals to Cultural Harm », *Queen Mary Law Journal*, 2012, liv. 2, p. 1 et s.
- CARTY A., « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », *Droit et Société*, 1986, p. 7 et s.
- CAROZZA P., « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights : A Reply », *European Journal of International Law*, 2008, p. 931 et s.
- COGGON J., « Could the right to die with dignity represent a new right to die in English law », *Medical Law Review*, 2006, p. 225 et s.
- COLEMAN P., « eHarmony and Homosexuals: a Match Not Made in Heaven », *Quinnipiac Law Review*, 2012, p. 727 et s.
- COLLIENNE F., « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cass., 10 avril 2003, *Rev. Dr. ULg*, 2004, p. 575 et s.
- COMMAILLE J., « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *A.J. famille*, 2006, p. 401 et s.
- COOK K., « Solidarity as a Basis for Human Rights. Part One: Legal Principle or Mere aspiration? », *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 504 et s.
- CROWE J., « Explaining Natural Rights: Ontological Freedom and the Foundation of Legal Discourse », *NYU Journal of Law & Liberty*, 2009, p. 70 et s.
- CURRAH P., « Expecting Bodies : the pregnant man and transgender exclusion from the Employment Non-discrimination Act », *Women's Studies Quarterly*, 2008, p. 330 et s.
- DANIS-FATÔME A., « Le droit des couples à un "engagement public". Cour eur. dr. h., Gde ch., arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013 », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 737 et s.
- DE BEER D., DE HERT P., GONZALEZ FUSTER G. et GUTWIRTH S., « Nouveaux éclairages de la notion de "donnée personnelle" et application audacieuse dui critère de proportionnalité. Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 159 et s.
- DE BECO G., « Le protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 591 et s.
- DE BECO G., « Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses – l'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, *Obst et Schuth c. Allemagne*, 23 septembre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 375 et s.
- DE LA RASILLA DEL MORAL I., « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation doctrine », *German Law Journal*, 2012, p. 611 et s.

- DE LONDRA F. et DZEHTSIAROU K., « Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B & C v Ireland, Decision of 17 December 2010 », *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 250 et s.
- DELVAX D., « Les obligations des Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en présence d'entraves aux relations entre un parent et son enfant », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 258, p. 46 et s.
- DELVAX D., « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de l'enlèvement international d'enfant », note sous Cour eur. D.H., arrêt Iglesias Gil c. Espagne du 29 avril 2003, *J. dr. jeun.*, 2003, liv. 228, p. 25 et s.
- DELVAX D., « L'intérêt supérieur de l'enfant et son déplacement illicite. A propos d'un arrêt rendu le 6 décembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme », *J. dr. jeun.*, 2006, liv. 253, p. 18 et s.
- DEMARET M., « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. c. France », note sous Cour eur D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, *J.T.*, 2009, p. 145 et s.
- DE SCHUTTER O., « Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », obs. sous Cour eur. dr., arrêt Buckley c. Royaume-Uni du 25 septembre 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, p. 64 et s.
- DE SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 827 et s.
- DE SCHUTTER O., « Waiver of rights and state paternalism under the European Convention on human rights », *Northern Ireland Law Quarterly*, 2000, p. 481 et s.
- DE SCHUTTER O. et WEYEMBERGH A., « La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *J.T.*, 2000, p. 93 et s.
- DE SCHUTTER O., « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Pretty c. le Royaume-Uni du 29 avril 2002 », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 71 et s.
- DE KEZEL E., « EHRM velt principaarrest over verjaringstermijn », *Juristenkrant*, 2009, liv. 199, p. 3
- DE WET E., « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 611 et s.
- DEMBOUR M.-B., « Etrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Ezzouhdi c. France du 13 février 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 963 et s.
- DEMBOUR M.-B., « What Are Human Rights? Four Schools of Thought », *Human Rights Quarterly*, 2010, p. 1 et s.
- DOCQUIR P.-F., « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 921 et s.
- M. DOURIS, « L'adoption, palliatif à la non-contestation de la filiation biologique. Cour européenne des droits de l'homme, 21 décembre 2010, Chavdarov c. Bulgarie », *AJ Famille*, 2011, p. 108 et s.
- DOUZINAS C., « Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us About Human Rights », *Journal of Law and Society*, 2002, p. 379 et s.
- DOUZINAS C., « El fin(al) de los derechos humanos », *Anuario de derechos humanos nueva época*, vol. 7, t. 1, 2006, p. 310 et s.
- DUBOUT E., « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 383 et s.
- DUBOUT E., « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 397 et s.
- DUBUISSON B., « La prescription des actions dérivant du contrat d'assurance devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.L.M.B.*, 2010, p. 687 et s.

- DWORKIN R., « Lord Devlin and the Enforcement of Morals », *The Yale Law Journal*, 1965-1966, p. 986 et s.
- DYER K., « The need to re-evaluate incest in the age of assisted reproductive techniques: Stübing v. Germany », *Family Law*, 2012, p. 1144 et s.
- EDELMAN B., « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, p. 1946 et s.
- EIJKHOLT M., « The Right To Found a Family as a Stillborn Right To Procreate », *Medical Law Review*, 2010, p. 127 et s.
- FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007, p. 1 et s.
- FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUENAUD J.-P. et TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », in *La liberté du consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, Paris, PUF, Coll. Droits - Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 2008, p. 33 et s.
- FINNIS J., « Law, Morality and Sexual Orientation », *Notre Dame Law Review*, 1994, p. 1049 et s.
- FLAUSS J., « Les droits de l'homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *Les Petites Affiches*, 1993, p. 8 et s.
- FEINBERG J., « Autonomy, Sovereignty and Privacy : Moral Ideals in the Constitution ? », *Notre Dame Law Review*, 1983, p. 452 et s.
- FELDBLUM C. R., « The Right To Define one's Own Concept of Existence : What Lawrence Can Mean for Intersex and Transgender People », *Geo. J. Gender & L.*, 2006, p. 115 et s.
- FENNELL P. et KHALIQ U., « Conflicting or complementary obligations? The UN Disability Rights Convention on Human Rights and English law », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 662 et s.
- FIERENS J., « Les évolutions du droit de la famille en Europe au cours du dernier demi-siècle. Le couple ou méditation sur le même et le différent », in *Regards sur la famille, le couple et la sexualité : Un demi-siècle de mutations* (dir. P. SEVRAIS), Paris, L'Harmattan, 2014, p. 9 et s.
- FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156 et s.
- FRUMER P., « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 683 et s.
- FULCHIRON H., « Vie privée et familiale », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, p. 882 et s.
- GALLUS N., « L'avenir de la parenté monosexuée », note sous Mons, 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 4 et s.
- GALLUS N., « Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, liv. 2, p. 51 et s.
- GALLUS N., « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007 et Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007 », *Rev. trim. D.H.*, 2008, p. 879 et s.
- GALLMEISTER I., « Etablissement de la filiale biologique et droit au respect de la vie privée », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Krisztian Barnabas Toth c. Hongrie du 12 février 2013 », *AJ famille*, 2013, p. 184 et s.
- GARAPON A., « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 439 et s.

- GAUCHET M., « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2003/3, p. 258 et s.
- GAUTHIER F., « Du mythe moderne de l'autonomie à l'hétéronomie de la nature. Fondements pour une écologie politique », *Revue du MAUSS*, 2011, p. 385 et s.
- GÉNICOT G., « Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée », note sous Cass., 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 213 et s.
- GEORGIN P., « La liberté de choix du nom de famille des époux », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 57 et s.
- GERARDS J., « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, p. 6 et s.
- GILLESPIE A. A., « Adolescents, Sexting and Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, p. 623 et s.
- GIRARD F., « Obliging Married Women to Change Their Surname is Sex Discrimination », *Suffolk Transnational Law Review*, 2006, p. 245.
- GLENSY R. D., « The Right to Dignity », *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, p. 96 et s.
- GOUTTENOIRE A., « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2004, p. 384 et s.
- GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, *JCP G*, n° 19, 7 mai 2012, 589, p. 961 et s.
- GREER S., « “Balancing” and the European Court of Human Rights : a Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *The Cambridge Law Journal*, 2004, p. 412 et s.
- GREER S., « What's wrong with the European Convention on Human Rights ? », *Human Rights Quarterly*, 2008, p. 680 et s.
- GREER S. et WILDHABER L., « Revisiting the Debate about “constitutionalizing” the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 655 et s.
- GRIGOLO M., « Sexualities and the E.C.H.R.: Introducing the Universal Sexual Legal Subject », *European Journal of International Law*, 2003, p. 1024 et s.
- HALE B., « *Argentoratium Locutum* : Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme ? », *Human Rights Law Review*, 2012, p. 65 et s.
- HART H., « Are There Any Natural Rights ? », *The Philosophical Review*, 1955, p. 175 et s.
- HAUMONT F., « La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme (Cour eur. dr. h., arrêt di Sarno e.a. c. Italie, 10 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 975 et s.
- HAUSER J., « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Informations sociales*, 2006, p. 58 et s.
- HAUSER J., « Le droit à l'expertise génétique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *RTDciv*, 2011, p. 526 et s.
- HENKIN L., « Human Rights and State “Sovereignty” », *GA. J. INT'L & COMP. L.*, vol. 25:31, 1995-1996, p. 31 et s.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'Europe au service des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Politix*, vol. 23, 89/2010, p. 57 et s.

- HERVIEU N., « Premiers regards de la Cour européenne des droits de l'homme sur la vidéosurveillance au travail. Cour européenne des droits de l'homme, décision Köpke c. Allemagne du 5 octobre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 671 et s.
- HODSON L., « A Marriage by Any Other Name ? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, p. 170 et s.
- HOFFMANN F. et RINGELHEIM J., « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *R.I.E.J.*, 2004, p. 4 et s.
- HOHFELD W. N., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, 1913, p. 16 et s.
- INGBER J., « Analyse de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 janvier 2000, affaire Ignaccolo-Zenide c. Roumanie », note sous Cour eur. D.H., arrêt Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 344 et s.
- ISAAK M., « What's in a Name ? Civil Unions and the Constitutional Significance of "Marriage" », *U. PA. J. Const. L.*, 2008, p. 607 et s.
- JACQMAIN J., « Militaires - Congé parental - Interdiction de discrimination », *Chron. D.S.*, 2011, liv. 1, p. 40 et s.
- JOCQUE G., « EVRM beschermt minderjarigen tegen verjaring (inzake verzekeringen) », *Bull. ass.*, 2010, liv. 1, p. 36 et s.
- KAENS L. et MISSON L., « Les Eglises en conflit avec l'adultère de leurs employés », *J.L.M.B.*, 2010, p. 1959 et s.
- S. KIRCHNER, « The Personal Scope of the Right to Life Under Article 2(1) of the European Convention on Human Rights After the Judgment in A., B. and C. v. Ireland », *German Law Journal*, 2012, p. 783 et s.
- KRENC F., « Sadomasochisme, liberté sexuelle et dignité de la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 331 et s.
- KRATOCHVIL J., « The inflation of the margin of appreciation by the European Court of human rights », *Netherlands Quarterly Of Human Rights*, 2011, vol. 29/3, p. 324 et s.
- LAMBERT P., « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 497 et s.
- LAQUER ESTIN A., « Family Law, Pluralism and Human Rights », *Emory International Law Review*, 2011, p. 823 et s.
- LARRALDE J.-M., « La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes. Cour européenne des droits de l'homme (4^{ème} section), Tysiac c. Pologne, 20 mars 2007 », *Rev. trim. dr. h.*, p. 855 et s.
- LARRALDE J.-M., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 35 et s.
- LARRALDE J.-M., « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement : entre avancées prudentes et conservatisme assumé. Cour européenne des droits de l'homme, R.R. c. Pologne, 26 mai 2011 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 620 et s.
- LAUWERS G., « Een geladen uitspraak over de sanctie op overspel », *T.O.R.B.*, 2010-11, p. 165 et s.
- LAVRYSSEN L., « No "significant flaws" in the regulatory framework: E.S. v. Sweden and the lowering of standards in the positive obligations case-law of the European Court of Human Rights », *Human Rights and International Legal Discourse*, 2013, p. 160 et s.
- LE BOT O., « Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 781 et s.

- LENOBLE J., « Law and Undecidability : A New Vision of the Proceduralization of Law », *Cardozo Law Review*, 1996, p. 935 et s.
- LETSAS G., « No Human Right To Adopt ? », *University College London Review of Human Rights*, 2008, p. 142 et s.
- L'HEUREUX-DUBÉ C., « Droit de la famille à l'aube du 20e siècle : la marche vers l'égalité », *R.D.U.S.*, 1997-1998, pp. 3 et s.
- LETSAS G., « The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR », *European Journal of International Law*, 2004, p. 279 et s.
- LEVINET M., « La Convention européenne des droits de l'homme : socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, p. 227 et s.
- LEVINET M., « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt Sheffield et Horsham du 30 juillet 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 646 et s.
- LEVINET M., « La légitimité de la répression par l'État des pratiques sadomasochistes », note sous Cour eur. D.H., arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, p. 738 et s.
- LOENEN T., « Family Law Issues in a Multicultural Setting : Abolishing or Reaffirming Sex as a Legally Relevant Category. A human Rights Approach », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2002, p. 423 et s.
- MACQ V., « Le placement et l'art. 8 Conv. eur. D.H. », note sous Cour eur. D.H., arrêt Johansen c. Norvège du 7 août 1996, *J. dr. jeun.*, 1997, p. 44 et s.
- MANCE J., « Human Rights, Privacy and Public Interest – Who Draws the Line and Where ? », *Liverpool Law Review*, 2009, p. 265
- MANIGLIER P., « La condition symbolique », *Philosophie*, n° 98, été 2008, p. 38 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 2009, p. 19 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « L'accès à des traitements expérimentaux gratuits refusés aux cancéreux en phase terminale (Cour eur. dr. h., *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 novembre 2012 », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 945 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., arrêt Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 999 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTDciv.*, 2010, p. 738 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie. Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch), *Burden et Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 513 et s.
- MARGUÉNAUD J.-P., « L'affaire Kopf et Liberda ou la consolation procédurale de la famille d'accueil (obs. sous Cour eur. dr. h., *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 987 et s.
- MARTENS P., « Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré », note sous Cour eur D.H., arrêt Fretté c. France du 26 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 775 et s.
- MARTENS P., « L'égalité devant l'adoption », note sous Cour eur D.H., arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 548 et s.

- MATHIEU G. et RASSON A.-C., « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 425 et s.
- MAURER B., « De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Botta c. Italie du 24 février 1998, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 600 et s.
- MAURIN C., « Adoption et droit au respect de la vie familiale », *J. dr. jeun.*, 2004, liv. 239, p. 5 et s.
- MCCRUDDEN C., « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights », *The European Journal of International Law*, 2008, pp. 655 et s.
- MCGUINNESS, « Health, human rights and the regulation of reproductive technologies in S.H. and others v. Austria », *Medical Law Review*, 2013, p. 146 et s.
- MCHARG A., « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *The Modern Law Review*, 1999, p. 671 et s.
- MCNAMEE M.J. et EDWARDS S.D., « Transhumanism, medical technology and slippery slopes », *Journal of Medical Ethics*, 2006, p. 513 et s.
- MERINO M., « Protection de l'individu contre les nuisances environnementales ... de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 55 et s.
- MERRIL R., « Comment un Etat libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », *Raisons politiques*, 2011, liv. 4, p. 15 et s.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Egalité et non-discrimination en droit de la famille », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1185 et s.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et société*, 1993, p. 163 et s.
- MICHAUX S., « L'accouchement sous x au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 321 et s.
- MOCK H., « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Aperçu de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1998, p. 241
- MOCK H., « “Selon que vous serez marié ou misérable ...” Eloignement des étrangers délinquants : le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la “double peine” », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Bouloufi c. Suisse du 2 août 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 483 et s.
- MUNOZ-DARDÉ V., « Is the Family to be Abolished Then ? », *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 1999, p. 37 et s.
- MYJER E., « The succes story of the European Court : the times they are a-changing », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, p. 264 et s.
- NOWLIN C., « The Protection of Morals Under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 264 et s.
- O'CONNELL R., « Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR », *Legal Studies : The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2009, p. 211 et s.
- OLINGA A.-D. et PICHERAL C., « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 567 et s.
- OLOKA-ONYANGO J., « Who's watching 'Big Brother'? Globalisation and the protection of cultural rights in present-day Africa », *African Human Rights Law Journal*, 2005, liv. 5, p. 1 et s.

- OLSEN F. E., « The Family and the market: a study of ideology and legal reform », *Harvard Law Review*, 1983, p. 1497 et s.
- O'MAHONY C., « Irreconcilable differences ? Article 8 ECHR and Irish law on non-traditional families », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2012, p. 1 et s.
- PANIER C., « Un droit de visite exigible », note sous Cour eur D.H., arrêt Eriksson c. Suède du 22 juin 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 140 et s.
- PASTRE-BELDA B., « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 251 et s.
- PEDAIN A., « The human rights dimension of the Diane Pretty case », *The Cambridge Law Journal*, 2003, p. 195 et s.
- PERRY M. J., « The morality of human rights : a nonreligious ground ? », *Emory Law Journal*, 2005, p. 97 et s.
- PETERSEN T. S., « What is Legal Moralism », *SATS Northern European Journal of Philosophy*, 2011, p. 80 et s.
- PICHON J., « Does the Unborn Child Have a Right To Life ? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France », *German Law Journal*, 2006, p. 433 et s.
- PINON S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *R.I.E.J.*, 2011/2, p. 69 et s.
- PLOMER A., « A Fœtal Right to Life ? The Case of Vo v. France », *Human Rights Law Review*, 2005, p. 311 et s.
- POPOVIC D., « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Creighton L. Rev.*, 2009, p. 364
- PUPPINCK G., « Joanne Cassar v. Malta : on the Deconstruction of the Right to Marry by the European Court of Human Rights », *Ave Maria International Law Journal*, 2013, p. 116 et s.
- RAULT W., « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », *Revue française de sociologie*, 2007/3, vol. 48, p. 578 et s.
- RENAUD A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, p. 123 et s.
- RENCHON J.-L., « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, p. 439 et s.
- RIETIKER D., « From Prevention To Facilitation ? Suicide in the Jurisprudence of the ECHR in the light of the recent *Haas v. Switzerland* judgment », *Harvard Human Rights Journal*, 2012, vol. 25, p. 97-109.
- RIETIKER D., « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux. Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, Neulinger et Shuruk c. Suisse, 6 juillet 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 377 et s.
- RIGAUX F., « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 307 et s.
- RIGAUX F., « Kelsen et le droit international », *Revue belge de droit international*, 1996, p. 381 et s.
- RIGAUX F., « Vie privée et activités professionnelles. Cour européenne des droits de l'homme, *Ozpinar c. Turquie*, 19 octobre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 415 et s.
- RIGAUX F., « Les effets d'une Union conjugale n'ayant pas satisfait aux conditions de forme de la loi étatique. Cour européenne des droits de l'homme, *Munoz Dias c. Espagne*, 8 décembre 2009; (*Gde Ch.*) *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010 », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 317 et s.

- ROMAN D., « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ? », note sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 295 et s.
- RUET C., « Les droits individuels face au phénomène religieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 507 et s.
- RUFFIEUX G., « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 942 et s.
- SACE J., « Sévices sexuels et prescription civile », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Stubbings c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 793 et s.
- SAROLÉA S., « Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps : principe ou option ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1191 et s.
- SAROLÉA S., « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 11 et s.
- SCHERPE J., « The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights », *The Equal Rights Review*, 2013, p. 83 et s.
- SCHLAG P.J., « Rules and Standards », *UCLA L. Rev.*, 1985, p. 379 et s.
- SCHULTZ J., « Development of Ectogenesis: How Will Artificial Wombs Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo », *Chicago-Kent Law Review*, 2010, p. 877 et s.
- SHEAR KUSHER J., « The Right to Control One's Name », *UCLA Law review*, 2009, p. 313 et s.
- SHESTACK J. J., « The Philosophic Foundations of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 1998, p. 201 et s.
- SMALL J., « Structure and Substance: Developing a Practical and Effective Prohibition on Discrimination under the European Convention on Human Rights », *European Journal of Discrimination and the Law*, 2003, p. 45 et s.
- SOTTIAUX S. et VAN DER SCHYFF G., « Methods of International Human Rights Adjudication : Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, p. 134 et s.
- SOUMY I., « L'effet horizontal de l'article 5, § 1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005 », *Rev. Trim. dr. h.*, 2006, p. 248 et s.
- SPENCER J. R., « Incest and article 8 of the European Convention on Human Rights », *The Cambridge Law Journal*, 2013, p. 5 et s.
- STARK G. N., « State Constitutional Law – Equal protection and fundamental rights – Analogizing same-sex marriage exclusions and anti-miscegenation laws : California offers a model for subjecting same-sex marriage exclusions to strict scrutiny », *Rutgers Law Journal*, 2009, p. 1033 et s.
- SUNSTEIN C. R., « On the expressive function of law », *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, p. 2021 et s.
- SUNSTEIN C. R., « The Right to Marry », *Cardozo Law Review*, 2005, p. 2081 et s.
- SUDRE F., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence-fiction" », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 755 et s.
- SUDRE F., « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique (édition générale)*, 2013, p. 1912 et s.
- TADROS V., « Consent to harm », *Current Legal Problems*, 2011, p. 23 et s.

- THIELBÖRGER P., « Judicial passivism at the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, p. 341 et s.
- THUAN G., « La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l'homme », *J. dr. jeun.*, 2009, liv. 285, p. 3 et s.
- TRECHSEL S., « La durée raisonnable de la détention préventive (art. 5 par. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) », *Revue des droits de l'homme*, 1971, p. 119 et s.
- TRISPOTIS I., « Discrimination and Civil Partnerships : Taking “legal” out of Legal Recognition », *Human Rights Law Review*, 2014, p. 342 et s.
- TUSSEAU G., « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 407 et s.
- TULKENS F., « Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 623 et s.
- TULKENS F., « La Convention européenne et les droits de l'enfant », *J. dr. jeun.*, 2005, liv. 272, pp. 5 et s.
- TULKENS F., « Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale », note sous Cour eur D.H., arrêt Andersson c. suède du 25 février 1992, *J. dr. jeun.*, 1994, liv. 134, p. 43 et s.
- TULKENS F. et DONNAY L., « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, p. 3 et s.
- TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK S. et KRENC F., « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 433 et s.
- VAN BRUSTEM E. et VAN BRUSTEM M., « Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme et la suspension de la prescription », *J.L.M.B.*, 2010, p. 690 et s.
- VAN GRUNDERBEECK D., « L'adoption incompatible avec l'homosexualité sera-t-elle compatible avec les droits de l'homme ? », note sous Cour eur D.H., arrêt Fretté c. France du 26 février 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 718 et s.
- VAN DROOGHENBROECK S., « Leaving things undecided ... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie », *Le Journal du juriste*, 2004, n° 36, p. 11.
- VÁSQUEZ D. et DELAPLACE D., « Public policies from a human rights perspective : a developing field », *Sur International Journal on Human Rights*, 2011, p. 33 et s.
- VERHEYDE M., « Geen vetorecht voor kind tegen beslissingen over ouderlijk gezag », note sous Cour eur D.H., arrêt C. c. Finlande du 9 mai 2006, *T.J.K.*, 2006, p. 330 et s.
- VOGLIOTTI M., « La “rhapsodie” : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2001, n° 46, p. 156 et s.
- WACHSMANN P. et MARIENBURG-WACHSMANN A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », note sous Cour eur. dr. h., arrêts Christine Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1157 et s.
- WARBRICK C., « Coherence and the European Court of Human Rights : the Adjudicative Background to the Soering case », *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 1085 et s.
- WARNOCK C., « Sex Work in New Zealand: The Re-Importation of Moral Majoritarianism in Regulating a Decriminalized Industry », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2012, p. 414 et s.

- WEINSTEIN B., « Reproductive Choices in the Hands of the States : The Right to Abortion under the European Convention on Human Rights in Light of A, B & C v. Ireland », *American University International Law Review*, 2012, p. 392 et s.
- WERMIEL S. J., « Law and Human Dignity : the Judicial Soul of Justice Brennan », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 1998, p. 223 et s.
- WILDHABER L., « A Constitutional Future for the European Court of Human Rights ? », *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 162 et s.
- WILLEMS G., « Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix interprétatifs empreints de *judicial self-restraint* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 509 et s.
- WILLEMS G., « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1025 et s.
- WILLEMS G., « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 65 et s.
- WOLFF R.P., « Robert Nozick's derivation of the minimal state », *Arizona Law Review*, 1977, p. 7 et s.
- WRIGHT W. K., « The Tide in Favour of Equality : Same-Sex Marriage in Canada and England and Wales », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, p. 249 et s.
- X., « Aristotle, Aquinas and Kant on human rights », *Marquette Law Review*, 1972, p. 274 et s.

WORKING PAPERS ET RESSOURCES EN LIGNE

SOURCES INSTITUTIONNELLES

- CEDH, « Seminar on Impact of ECHR in Eastern Europe Strasbourg President's Opening Remarks », 18 February 2013 (<http://www.echr.coe.int>).
- COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *A qui appartient-il de décider ? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, Strasbourg, 20 février 2012 (<https://wcd.coe.int>).

ARTICLES SCIENTIFIQUES

- BREAZEALE D., « Johann Gottlieb Fichte », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014 (<http://plato.stanford.edu>).
- BRUN-WAUTHIER A.-S., « Le nom de famille sous les fourches caudines de la Cour EDH », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013 (<http://www.revuedlf.com/cedh/le-nom-de-famille-sous-les-fourches-caudines-de-la-cour-edh-commentaire/>).
- DE SCHUTTER O. et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », CRIDHO Working Paper Series, 1/2005, (<http://cridho.uclouvain.be/>).
- DE SINGLY F., « Pourquoi nous avons aboli le mariage : une eutopie privée », 2011 (<http://www.laviedesidees.fr/Pourquoi-nous-avons-aboli-le.html>).
- GIES L., « Celebrity Big Brother, Human Rights and Popular Culture », *Entertainment and Sports Law Journal*, 2009 (<http://www.readinglists.bham.ac.uk>).
- GREEN L., « Legal Positivism », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (<http://plato.stanford.edu>).
- GUILLOT A., « John Stuart Mill, héritier et critique de Jérémy Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 2008 (<http://etudes-benthamiennes.revues.org/177>).
- HERVIEU N., « Absence, à l'heure actuelle, d'un droit au mariage et d'un droit à un statut équivalent pour les couples de même sexe », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 juin 2010, (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles à l'heure d'assurer l'égale protection des cellules familiales homoparentales », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 mars 2012, (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « Les prudentes audaces de la jurisprudence européenne face au suicide assisté », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 juillet 2012 (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « Incertitudes européennes sur "le droit à un enfant sain" via un diagnostic génétique préimplantatoire », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 août 2012 (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012 (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « Un long chemin vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 février 2013 (<http://credof.u-paris10.fr>).
- HERVIEU N., « Conditions de légitimité du droit de visite du père biologique (Cour EDH, 5e Sect. 21 décembre 2010, Anayo c. Allemagne) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 décembre 2010 (<http://credof.u-paris10.fr>).

- HERVIEU N., « Refus d'autoriser des contacts entre un père biologique présumé et un enfant, déjà uni au mari de la mère par un lien juridique de filiation », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 17 septembre 2011 (<http://credof.u-paris10.fr>).
- LOHMUS K., « Autonomy and Care: Rethinking the Right to Autonomy under the European Court of Human Rights Jurisprudence », Background paper, February 4th, 2011 (<https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/7798>).
- MILLER Jr F.D., « Aristotle and the natural rights tradition », *Reason Papers*, 1988 (http://www.reasonpapers.com/pdf/13/rp_13_14.pdf).
- MILLNS S., « Death, Dignity and Discrimination : The Case of Pretty v. United Kingdom », *German Law Journal*, 2002 (<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=197>).
- NUSSBAUM M., « Debating Polygamy », The University of Chicago Law School Faculty Blog, 2008 (<http://uchicagolaw.typepad.com/faculty/2008/05/debating-polyga.html>).
- OXFORD PRO BONO PUBLICO, « Submission to the Commission on a Bill of Rights, Reconciling domestic superior courts with the ECHR and the ECtHR : A Comparative Perspective », 24th november 2011, (<http://denning.law.ox.ac.uk>).
- PAKALUK M., « Aristotle on human rights », *Ave Maria Law Review*, 2012 (<http://www.avemarialaw.edu/lr/Content/articles/AMLR.v.10i2.Pakaluk.pdf>).
- B. PERREAU, « Faut-il brûler Legendre ? La fable du péril symbolique et de la police familiale », *Vacarme*, n° 25 (<http://www.vacarme.org/article1640.html>)
- RICOEUR P., « Autonomie et vulnérabilité », (<http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>).
- RONKES AGERBEEK F., « Leyla Sahin v. Turkey: ECHR Grand Chamber Judgment », 11 novembre 2005, (<http://comparativelawblog.blogspot.be>)
- ROZAKIS C., « The Interaction Between the European Court of Human Rights and the Other Courts », World Conference on Constitutional Justice, Cape Town, 22-24 January 2009 (<http://www.venice.coe.int/>)
- SPIELMANN D., « Allowing The Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation : Waiver or Subsidiarity of European Review », CELS Working Paper Series, February 2012 (<http://www.cels.law.cam.ac.uk/>)
- SOKOL D., « What's so wrong with incest? The case of Stübing v Germany », <http://ukhumanrightsblog.com>.
- T. THIENEL, « Gay Marriage and the ECHR » (<http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl>)
- TIMMER A., « Delegitimizing tradition as a "legitimate aim": inspiration for Strasbourg from California », Strasbourg observers, August 11th, 2010 (<http://strasbourgothers.com/>)
- TULKENS F. et VAN DROOGHENBROECK S., « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde dans le cadre de la Troisième Académie Européenne d'été, Grenoble 27 septembre 2002 (cejm.upmf-grenoble.fr)
- TULKENS F., « Les réformes à droit constant », *Actualité et Droit International*, novembre 2002, www.ridi.org/adi.
- VIANGALLI F., « Les droits de l'homme sont-ils vraiment du droit ? L'essence des droits de l'homme : rêve ou réalité ? Du thomisme de Michel Villey au positivisme de H.L.A. Hart », *RDLF*, 2011, chron. N° 18 (www.revuedlf.com).
- VAN DER PLANCKE V. et VAN LEUVEN N., « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », CRIDHO Working Paper 2007/03 (<http://cridho.uclouvain.be/>).

PRESSE

- COCKER D., "EHarmony to offer same-sex dating service", *Los Angeles Times*, 20 novembre 2008, (<http://articles.latimes.com/2008/nov/20/business/fi-eharmony20>).
- M.-A. GLENDON, « For Better or for Worse ? », *The Wall Street Journal*, 25 février 2004.