La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme

par Geoffrey Willems

*Professeur à l'UCLouvain**
Membre du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine

Introduction

Les droits de l'homme promeuvent l'idée que le droit devrait prioritairement créer les conditions d'une société dans laquelle les individus peuvent poursuivre leurs propres aspirations librement et dans des conditions d'égalité. Dans cette mesure, ils constituent le ferment d'une perpétuelle réévaluation et d'une perpétuelle reconstruction du droit (vers plus de liberté et d'égalité) et une *lingua franca* permettant un dialogue accru entre les ordres juridiques (l'horizon commun des droits ou la référence commune des droits).

Ainsi, d'une part, les droits de l'homme, tels qu'ils sont garantis par les constitutions nationales et les traités internationaux, ont-ils désormais un impact direct et profond sur la régulation juridique de la vie privée et des relations familiales. La liberté et l'égalité ont en effet été progressivement consacrées comme les fondements ultimes de l'action législative, des politiques gouvernementales et des décisions judiciaires dans ce domaine du droit. Aux États-Unis et en Europe, cette tendance est clairement illustrée par la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis (ci-après « la Cour suprême ») et la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour européenne ») qui ont l'une et l'autre contribué à repenser et reconstruire le droit de la personne et de la famille à la lumière des droits de l'homme aux cours des dernières décennies. La censure de l'interdiction du mariage interracial par la

* La recherche présentée dans cette contribution a été réalisée en 2017 durant un séjour de recherche à l'American University (AU — Washington D.C.) financé par l'UCLouvain et Fulbright. L'auteur remercie très vivement la Professeure Macarena Saez pour son accueil chaleureux et ses conseils avisés. Une version anglophone et détaillée de cette contribution a été publiée dans le cadre des Working papers du CRIDHO de l'UCLouvain. « Private and Family life through the Lens of Human Rights: A Comparative Analysis of the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Case-Laws », Cridho Working papers series, 2019/4, available at: https://sites.uclouvain.be/cridho/en/publications/working_papers.php.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Cour suprême dans *Loving v. Texas* (1967) [1] et l'affirmation de l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et hors mariage par la Cour européenne dans *Marckx c. Belgique* (1979) [2] constituent probablement à cet égard les exemples les plus significatifs.

Ainsi, d'autre part, les droits de l'homme, puisqu'ils constituent la référence commune des systèmes juridiques des démocraties libérales, offrent-ils un langage commun qui donne lieu à un dialogue global et multipolaire entre producteurs de droit. En effet, les systèmes juridiques nationaux et internationaux ne se conçoivent plus comme des structures pyramidales étanches et hiérarchisées, mais comme un réseau intriqué d'influences croisées et d'inspirations mutuelles. Entre la Cour suprême et la Cour européenne, les prémices d'un tel dialogue existent indéniablement et prennent aussi bien la forme de renvois jurisprudentiels (relativement) réciproques que de rencontres ou d'échanges directs entre juges américains et européens. L'on sait par exemple que la Cour suprême s'est inspirée de la jurisprudence strasbourgeoise [3] pour censurer – dans *Lawrence v. Texas* [4] – l'incrimination pénale des actes homosexuels. L'on sait peut-être moins que la Cour européenne s'est appuyée sur une décision des juges de Washington [5] – *Oliari c. Italie* [6] – pour affirmer le droit des couples de même sexe à un statut juridique, leur offrant une certaine reconnaissance et une certaine protection. En mars 2012, un premier séminaire officiel réunissant des juges de la Cour suprême et de la Cour européenne a été organisé à l'Université Georges Washington.

Le parti est alors pris dans le cadre de cette contribution de considérer qu'il y a un grand intérêt à comparer la façon dont la Cour suprême et la Cour européenne appréhendent les problématiques de droit de la personne et de la famille. Bien sûr, l'on ne peut nier un certain nombre de différences structurelles et, en premier lieu, la circonstance que la Cour suprême est une juridiction nationale instituée par la Constitution américaine de 1787, tandis que la Cour européenne est une juridiction internationale créée par un traité signé et ratifié par quarante-sept États souverains. Il n'en reste pas moins que l'une et l'autre réalisent une fonction similaire consistant à appliquer les libertés abstraites contenues dans une déclaration des droits (respectivement la Constitution américaine et ses amendements et la Convention européenne des droits de l'homme) à des situations et à des contextes concrets avec le pouvoir exorbitant de censurer les choix opérés par les majorités démocratiques.

[1] Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)
[2] Cour eur. D.H. (pl.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979.
[3] Cour eur. D.H. (pl.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.
[4] *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).
[5] *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015).
[6] Cour eur. D.H., arrêt *Oliari e. a. c. Italie* du 21 juillet 2015, § 65.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Similaires par-delà leurs différences, la jurisprudence de la Cour suprême et celle de la Cour européenne se prêtent donc à de fructueuses comparaisons ainsi qu'en témoigne le nombre croissant d'études examinant, à propos de telle ou telle problématique [7], les approches des juges de Washington et de Strasbourg afin d'opérer entre elles des parallèles et rapprochements.

Les développements qui suivent tentent d'apporter une contribution modeste à ce corpus doctrinal en déploiement en proposant une analyse comparée (**III**) des jurisprudences américaine (**I**) et européenne (**II**) relatives à l'avortement, au suicide assisté et au mariage homosexuel.

I. — Le droit de la personne et de la famille à l'épreuve de la constitution américaine

La Cour suprême des États-Unis est composée de neuf juges nommés par le Président et confirmés par le Sénat [8]. Leur mandat n'est pas limité dans le temps et ils siègent ensemble dans toutes les affaires qu'ils décident (discrétionnairement) d'examiner. La Cour est la pierre angulaire de l'ordre judiciaire américain [9] et, dans son arrêt *Marbury v. Madison* [10] du 24 février 1803, elle s'est arrogé le pouvoir de vérifier la conformité des actes législatifs et exécutifs fédéraux et étatiques à la Constitution américaine. Depuis la fin des années 1960, elle a régulièrement mis en œuvre ce pouvoir de « *judicial review* » dans le domaine du droit de la personne et de la famille [11]. Pourtant, la Constitution américaine et ses amendements ne contiennent aucun droit renvoyant spécifiquement à la vie privée et familiale. C'est dès lors sur la base des garanties générales offertes par le XIV^e^ Amendement de la Constitution [12] que la Cour suprême a progressivement déployé sa jurisprudence relative à l'intimité personnelle et aux relations familiales. Il contient une clause de « *due process* » suivant laquelle nul ne peut être privé de sa liberté sans « procédure légale

[7] Voy. par ex. I. Cismas et S. Cammarano, « Who's Rights and Whose Right ? The US Supreme Court vs. the European Court of Human Rights on Corporate Exercise of Religion », 34(1) *Boston University International Law Journal*, 2016, p. 3.

[8] Const. des États-Unis, art. II, sect. 2, clause 2.

[9] Const. des États-Unis, art. III, sect. 1.

[10] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 164 (1803).

[11] Voy. J.A. Barron, « The Constitutionalization of American Family Law : The Case of the Right to Marry », in *Cross Currents : Family Law and Policy in the US and England* (S.N. Katz, J. Eekelaar et M. MacLean eds.), Oxford, OUP, 2000, p. 257.

[12] Cet amendement a été adopté après la fin de la guerre de Sécession (1861-1865) avec une série d'autres « Amendements de Reconstruction » (« *Reconstruction Amendements* »). Sa section 1 dispose notamment que « no State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ».

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

régulière » et une clause d'« *equal protection* » suivant laquelle nul ne peut être privé de « l'égale protection des lois ». Dans des arrêts célèbres, la Cour a jugé que ces dispositions protégeaient à la fois le droit à la vie privée (« *right to privacy* ») (*Griswold v. Connecticut* [13]) et le droit de se marier (« *right to marry* ») (*Loving v. Virginia* [14]). Les développements qui suivent s'attachent à trois arrêts historiques rendus à propos d'aspects cruciaux de la vie personnelle et familiale dont l'analyse fait apparaître une oscillation jurisprudentielle entre libéralisme débridé (**A**) et conservatisme sophistiqué (**B**) aussi bien que la possibilité d'une voie médiane caractérisée par un dynamisme tempéré (**C**).

A. — Le libéralisme débridé de *Roe v. Wade* (1973)

En 1973, dans *Roe v. Wade* [15], la Cour suprême a jugé que l'interdiction de l'avortement prévue par le Code pénal texan violait la Constitution américaine. La décision – adoptée à une majorité de sept voix contre deux – constitue, à ce jour encore, la base du droit à l'avortement aux États-Unis. Charriant une interprétation extensive et libérale du XIV[e] Amendement, un peu fragile sur le plan de la construction juridique, *Roe* est assurément l'un des arrêts les plus célèbres et les plus controversés rendus par les juges de Washington.

Le juge Harry Blackmun, qui a rédigé la décision de la Cour [16], a commencé par rappeler la teneur de la loi texane (qui interdisait l'avortement sauf s'il était mis en œuvre pour « sauver la vie de la mère ») [17] et la situation de la requérante (qui était une « femme célibataire et enceinte » qui ne pouvait bénéficier d'un avortement légal au Texas ni se déplacer dans un autre État à cette fin) [18].

[13] L'affaire *Griswold* portait sur une loi du Connecticut qui empêchait de recourir à une drogue pour éviter la procréation. La Cour a jugé que la Constitution protégeait le droit à la *privacy* et que ce droit incluait le droit pour les époux de recourir à la contraception (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)).

[14] Dans cette affaire, la Cour suprême a affirmé que le droit de se marier était un doit constitutionnel et a jugé contraire à la Constitution l'interdiction du mariage interracial dans l'État de Virginie (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)). Ensuite, dans *Zablocki v. Redhail*, elle a jugé contraire à la Constitution l'obligation pour un père divorcé ayant des obligations alimentaires à l'égard des enfants communs de demander une en justice une autorisation de remariage (*Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978)). De même, dans *Turner v. Safley*, la Cour suprême a jugé que si les responsables d'une prison pouvaient réguler le moment et les circonstances du mariage d'un prisonnier, ils ne pouvaient interdire complètement leur mariage (*Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)).

[15] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[16] Les décisions de la Cour suprême prennent généralement la forme d'une « *majority opinion* » rédigée par l'un des juges ayant voté pour la solution majoritaire. Les autres juges peuvent élaborer des opinions concordantes (« *concurring* ») ou dissidentes (« *dissenting* ») (voy. not. E. E. SLOTNICK, « Who Speaks for the Court ? Majority Opinion Assignment from Taft to Burger », *American Journal of Political Science*, 1979, pp. 60-77).

[17] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 117-120 (1973) (Point I).

[18] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 120-123 (1973) (Point II).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Ensuite, préalablement à toute analyse proprement juridique, il a jugé « désirable » de passer en revue brièvement l'histoire de l'avortement afin d'y découvrir éventuellement des « connaissances » ou des « informations » utiles (« *insights* ») [19]. Cette histoire révélait, a-t-il souligné, que la répression pénale de l'avortement était un phénomène relativement récent : on y recourait, sans scrupules particuliers, dans l'Antiquité grecque et romaine et il n'était pas considéré comme un crime sous la *common law* s'il était mis en œuvre avant les premiers mouvements du fœtus intervenant en règle vers la 16e semaine de grossesse. À partir de la fin du XIXe siècle, cependant, cette distinction avait été abandonnée et, à la fin des années 1950, la plupart des États américains avaient interdit l'avortement sauf en cas de danger pour la vie de la femme enceinte [20].

Ayant ainsi contextualisé la question, Blackmun a rappelé que la Cour avait reconnu l'existence d'un droit constitutionnel à la vie privée touchant notamment à des activités telles que le mariage [21], la contraception [22] ou l'éducation des enfants [23]. À ses yeux, ce droit était « suffisamment large » (« *broad enough* ») pour inclure la décision d'une femme de poursuivre ou d'interrompre sa grossesse [24]. Ainsi que l'a relevé la doctrine américaine, la décision n'offre pas de véritable justification à cette affirmation. Elle ne propose pas de définition de la vie privée, ne s'emploie pas à définir ses limites et n'explique pas pourquoi elle est en cause en l'espèce. Elle se borne, en somme, à « annoncer » (« *it simply announces* ») que ce droit constitutionnel est en mesure de contenir le choix d'avorter [25].

Puisque l'interruption de grossesse était un « droit fondamental » (« *fundamental right* »), il ne pouvait être limité qu'en vertu de « raisons impérieuses » (« *compelling reasons* »). La Cour juge que la « théorie de la vie » (« *theory of life* ») retenue au Texas suivant laquelle la vie commence dès la conception ne peut constituer une telle raison car « l'enfant conçu n'a jamais été reconnu par le droit comme une personne au sens plein et entier du terme ». Par contre, la volonté de protéger la santé des femmes et celle de protéger la vie potentielle constituaient bien des objectifs étatiques « importants et légitimes » (« *important and legitimate* ») susceptible de restreindre le droit d'avorter. À l'aune du

[19] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 129 (1973) (Point V).
[20] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 129-140 (1973) (Point VI).
[21] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
[22] *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).
[23] *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).
[24] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152-156 (1973) (Pt VIII).
[25] J. H. ELY, « The Wages of Crying Wolf : A Comment on Roe v. Wade », *The Yale Law Journal*, 1973, pp. 931-932. Cet auteur souligne que les explications relatives au préjudice subi par la femme contrainte de poursuivre la grossesse et à la détresse occasionnée pour tous les intéressés sont fondées et sérieuses, mais n'ont en tant que telles « rien à voir avec la vie privée » au sens de la Constitution (« *nothing to do with privacy* »).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

standard du « contrôle rigoureux » (« *strict scrutiny* ») appliqué par la Cour, l'arrêt indique précisément la façon dont il convient d'articuler, par « paliers trimestriels » (« *trimester framework* »), le droit à l'avortement et les velléités de protéger la santé et la vie potentielle. Ainsi, la femme doit être entièrement libre de décider durant le premier trimestre ; durant le deuxième trimestre, des mesures raisonnables en vue de protéger la santé des femmes sont permises ; durant le troisième trimestre, l'État peut réguler ou même interdire l'avortement afin de protéger la vie humaine potentielle [26].

Dans un contexte – celui des années 1970 – où la majorité des États américains interdisait l'avortement [27], *Roe v. Wade* a incontestablement fait preuve d'un certain « activisme juridictionnel ». Deux juges dissidents ont d'ailleurs stigmatisé un exercice de « législation judiciaire » (« *judicial legislation* ») [28] et un « usage imprudent et extravagant » du pouvoir de *judicial review* (« *improvident and extravagant exercise* ») : à leurs yeux, la Cour avait illégitimement privé les cinquante États américains de la possibilité de mettre en balance eux-mêmes les droits des femmes et la protection du fœtus [29]. Même la très libérale Ruth Bader Ginsburg, nommée à la Cour en 1993 par Bill Clinton, a pu écrire, en 1985, que *Roe* était « allé trop loin dans les changements imposés » et cela « sans justifier suffisamment son action » [30] : finalement, l'arrêt avait suscité un effet de « *backlash* » en « provoquant le conflit plutôt que de le résoudre » [31].

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a étayé de façon plus élaborée et convaincante le droit constitutionnel à l'avortement et appréhendé de façon plus conciliante les préoccupations des États. Dans *Planned Parenthood v. Casey* [32], elle a ainsi expliqué que le droit à l'avortement avait pu être dégagé dans *Roe* par le biais d'une « extension » de la jurisprudence antérieure dès lors notamment que la question de l'avortement se rapprochait « sur des points critiques » de celle de la contraception. Dans la même décision, elle a abandonné le standard du « contrôle rigoureux » (« *strict scrutiny* ») mis en œuvre dans *Roe* au profit d'un test plus souple admettant les restrictions au droit à l'avortement, y compris durant le premier trimestre, pour autant qu'elles n'impliquent pas, un « fardeau excessif » (« *undue burden* ») pour les femmes enceintes. C'est à l'aune de ce nouvel étalon que sont appréhendées les velléités de certains États américains de

[26] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154-155 (1973).

[27] Au cours des années précédentes, toutefois, environ un tiers des États avaient adopté des législations moins restrictives généralement inspirées par le modèle de Code pénal proposé, en 1962, par l'*American Law Institute* (Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 139 (1973) (Pt VI)).

[28] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 174 (1973) (Rehnquist J, dissenting).

[29] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 222 (1973) (White J, dissenting).

[30] R. B. GINSBURG, « Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade », *N.C. L. Rev.*, 1985, p. 376.

[31] *Ibid.*, p. 381.

[32] *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

limiter l'accès à l'avortement par le biais d'exigences relatives au consentement (« *consent-related requirements* ») ou bien à la santé (« *health-related requirements* »)[33]. Dans le contexte subséquent à la nomination à la Cour de deux juges notoirement conservateurs, une affaire actuellement pendante – *June Medical Services LLC v. Gee* – concerne l'exigence prévue en Louisiane que les médecins pratiquant l'avortement bénéficient d'un « privilège d'admission » dans un hôpital proche. L'éventuel revirement opéré par la Cour sur cette question – tranchée en défaveur du Texas en 2016[34] – constituera un bon indicateur du risque d'un renversement futur de l'acquis constitutionnel représenté par *Roe v. Wade*.

B. — Le conservatisme sophistiqué de *Washington v. Glucksberg* (1997)

En 1997, dans *Washington v. Glucksberg*[35], la Cour a – par contre – considéré que l'interdiction du suicide assisté prévue par le droit de l'État de Washington ne violait pas la Constitution. La décision a été adoptée à l'unanimité des neuf juges de la Cour suprême et constitue, jusqu'à ce jour, le siège constitutionnel de la liberté des États d'autoriser ou non le suicide assisté. Procédant d'une lecture restrictive et conservatrice de la Constitution, fort rigide sur le plan du raisonnement juridique, *Glucksberg* constitue – jusqu'à un certain point – un reflet inversé de *Roe*.

Le *Chief Justice* William Rehnquist, qui a tenu la plume dans cette affaire, a brièvement rappelé la teneur des dispositions litigieuses[36] (suivant lesquelles le fait d'amener ou d'aider une personne à se suicider était pénalement punissable) et la situation des défendeurs (des médecins empêchés d'aider leurs patients en phase terminale à mettre fin à leurs jours)[37]. Comme Blackmun dans *Roe*[38], il s'est intéressé, immédiatement après, à « l'histoire, à la tradition juridique et aux pratiques de la Nation » comme il convenait « dans toutes les affaires de *due process* » au titre du « respect attentif dû aux enseignements de l'histoire »[39]. Or, l'histoire du suicide révélait que, depuis 700 ans, la tradition anglo-américaine réprouvait le suicide et l'assistance au suicide. William Blackstone[40] jugeait sévères les sanctions encourues sous la

[33] *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016).
[34] *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016).
[35] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).
[36] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 706-707 (1997).
[37] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 707-708 (1997).
[38] Voy. *supra*, pt I. A.
[39] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710 (1997).
[40] William Blackstone est un juriste anglais très célèbre qui enseigna à Oxford et y publia entre 1765 et 1770 des *Commentaires sur les lois d'Angleterre* considérés comme la somme définitive sur le droit anglais et qui ont constitué une inspiration importante pour les juristes américains des XVIII^e^ et XIX^e^ siècles (voy. not. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 712 (1997)).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

common law par la famille des suicidés, mais n'en fustigeait pas moins la faveur pour le suicide des philosophes stoïciens (« héroïsme prétendu, mais réelle couardise »). Ces sanctions avaient ensuite été abandonnées, mais les colonies puis les États américains avaient maintenu l'interdiction du suicide assisté. Au moment de l'adoption du XIV[e] amendement, en 1867, la plupart des États le condamnaient et, au XX[e] siècle, l'*American Law Institute* avait réaffirmé la légitimité de cette interdiction au regard du « caractère sacré de la vie » (« *sanctity of life* ») [41].

Ensuite de cette contextualisation historique, Rehnquist a rappelé – lui aussi – qu'aux yeux de la Cour la « liberté » visée par la clause de « *due process* » protégeait différents droits non expressément mentionnés par la Constitution [42]. Pour autant, a-t-il aussitôt précisé, l'extension de la liste de ces droits additionnels ne pouvait être envisagée qu'avec « réserve » (« *reluctance* ») ou « circonspection » (« *utmost care* »). À cet égard, a-t-il ajouté, suivant une « méthode bien établie » (« *established method* ») dans la jurisprudence de la Cour, une prérogative individuelle ne peut être reconnue comme un droit fondamental que si après avoir été « soigneusement identifiée » (« *carefully formulated* ») elle peut être considérée comme « profondément ancrée dans l'histoire et la tradition nationales » (« *deeply rooted in this Nation's history and traditions* »). Or, à la différence du droit de refuser un traitement médical consacré par l'arrêt *Cruzan* en 1990 [43], un hypothétique droit – distinct – d'être aidé à se suicider ne pouvait – quant à lui – se prévaloir de racines profondes dans la tradition juridique anglo-américaine [44].

Puisque le suicide assisté n'était pas une « liberté fondamentale » (« *fundamental liberty* »), son interdiction devait simplement être « rationnellement liée » à un objectif étatique légitime. La Cour a estimé que cette exigence était incontestablement rencontrée en l'espèce puisque l'interdiction litigieuse correspondait – à tous le moins – à quatre préoccupations légitimes de l'État de Washington : la préservation de la vie humaine sans jugement quant à sa qualité ; la protection des groupes vulnérables contre les abus ; la protection de l'intégrité et de l'éthique médicale ; et, enfin, la prévention d'une dérive vers l'euthanasie « volontaire et peut-être même involontaire ». À l'aune du standard de « simple rationalité » (« *rational basis* ») applicable en l'absence de droit fondamental, ces aspirations justifiaient la répression pénale de l'aide au suicide, sans que la Cour doive s'interroger sur leur « force relative » (« *relative strength* ») [45].

[41] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710-719 (1997) (Pt I).
[42] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, X (1997).
[43] *Cruzan v. Director of the Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).
[44] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 719-728 (1997) (Pt II).
[45] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 728-735 (1997) (Pt II).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Dans un contexte – celui des années 1990 – où une écrasante majorité des États américains interdisaient l'aide au suicide [46], *Glucksberg* est indéniablement marqué par une forme de « retenue juridictionnelle ». La Cour a d'ailleurs expressément souligné qu'un « débat sincère et profond » se déployait, à travers la Nation, sur « la moralité, la légalité et la praticabilité » du suicide médicalement assisté et que sa décision permettrait à ce débat de continuer « ainsi qu'il [convenait] dans une société démocratique » [47]. Pour autant, le constitutionnaliste Erwin Chemerinsky, actuellement doyen de la *School of Law* de Berkeley, a pu écrire, en 2008, que *Glucksberg* était « tragiquement erroné » (« *tragically wrong* ») et laissait un très grand nombre d'Américains et leurs familles dans la souffrance alors même que les sondages révélaient une nette faveur de la population pour la dépénalisation du suicide assisté [48].

Dans un autre arrêt prononcé le même jour que *Glucksberg* – *Vacco v. Quill* [49] – la Cour a également validé l'interdiction du suicide assisté prévalant dans l'État de New York. Elle s'y est appuyée sur l'argumentaire de *Glucksberg* en y insistant davantage encore sur la distinction entre le refus de soin (autorisé) et le suicide assisté (prohibé). Elle n'a depuis, à notre connaissance, plus eu à connaître de la question du suicide assisté. Plusieurs États – notamment l'État de Washington [50] – ont adopté des législations qui l'autorisent [51].

C. — Le dynamisme tempéré d'*Obergefell v. Hodges* (2015)

En 2015, dans *Obergefell v. Hodges* [52], les juges de Capitol Hill ont affirmé que le droit de se marier affirmé dans *Loving* [53] exigeait que les tous les États

[46] Seul l'Oregon avait adopté, en 1993, le Death with Dignity Act qui qui avait légalisé le suicide médicalement assisté pour les adultes capables au stade terminal d'une maladie (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 716-719).

[47] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 735 (1997).

[48] E. CHEMERINSKY, "Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong", *Mich. L. Rev.*, 2008, pp. 1515-1516.

[49] *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

[50] Voy. le Death with Dignity Act adopté en 2008 et intégré aux sections 70.245 du Revised Code of Washington (https://app.leg.wa.gov). Le suicide assisté est également autorisé en Californie, dans le Colorado, à Hawaii, dans le Maine, dans le New Jersey et dans le Vermont ainsi que dans le District de Columbia.

[51] Le juge Neil Gorsuch, nommé par Donald Trump en 2017, a publié un article ("The Right to Assisted Suicide and Euthanasia", *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, 2000, p. 599) puis un ouvrage (*The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2006) consacrés au suicide assisté et à l'euthanasie. Il préconise une « approche fondée sur le caractère sacré de la vie » (« *sanctity-of-life position* ») au titre de laquelle le refus de soin comme les soins palliatifs sont acceptables si l'intention n'est pas de mourir ou de faire mourir, tandis que le suicide assisté et l'euthanasie ne sont pas acceptables (N. M. GORSUCH, « The Right to Assisted Suicide and Euthanasia », *op. cit.*, pp. 706, 707 et 710).

[52] *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. (2015).

[53] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (voy. *supra*).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

américains permettent le mariage des couples homosexuels. C'est le juge Anthony Kennedy qui a rédigé l'opinion de la Cour dans cette affaire évidemment paradigmatique et médiatisée. Nommé par Reagan en 1987, Kennedy a durablement joué le rôle de « *swing justice* »[54] : son vote – alternativement « libéral » ou « conservateur » – a souvent joué un rôle décisif dans des affaires importantes où le reste des votes se répartissait égalitairement entre les deux camps. Il n'est peut-être pas étonnant, compte tenu de cette position « médiane » ou « intermédiaire », que son opinion sur le mariage homosexuel puisse se lire – dans une large mesure – comme une tentative de synthèse entre le volontarisme échevelé de *Roe*[55] et la retenue méthodique de *Glucksberg*[56].

Comme dans *Roe* et *Glucksberg*, la Cour a jugé « approprié » (« *appropriate* ») de s'attacher en premier lieu à l'histoire du « sujet » (« *subject* ») qui lui était présenté. Il était « juste » et « nécessaire », a souligné Kennedy, de reconnaître que toutes les références historiques à « la beauté du mariage » (« *the beauty of marriage* ») dans la religion, la philosophie, les arts et la littérature renvoyaient à l'union d'un homme et d'une femme. Dans le même temps, a-t-il précisé, le mariage avait évolué : son histoire était une histoire « de continuité et de changement » (« *of both continuity and change* »). Ainsi, par exemple, la conception du mariage comme un « arrangement entre les parents » ou une « institution dominée par l'homme » avait été abandonnée et – aux yeux de la Cour – ces changements avaient renforcé l'institution du mariage plutôt que de l'affaiblir. Une « dynamique identique » était par ailleurs observable s'agissant des droits des couples gays et lesbiens comme en témoignaient les arrêts de la Cour censurant les dispositions du Code pénal texan qui incriminaient les actes homosexuels[57] et le *Defense of Marriage Act* qui réservait aux époux hétérosexuels les divers avantages associés au mariage par le droit fédéral américain[58] [59].

Pour étendre aux couples de même sexe le bénéfice du doit au mariage, Kennedy a alors revisité les principes applicables à l'identification des droits fondamentaux méritant – en vertu du XIV[e] Amendement – la protection de la Constitution. Cette opération, a-t-il exposé, ne peut être réduite à aucune « formule » (« *formula* ») et suppose que l'on recoure au « jugement raisonné » (« *reasoned judgement* »). Le processus, a-t-il précisé, doit être « guidé et discipliné » par l'histoire et la tradition sans qu'elles puissent en « définir les limites ultimes ». En effet, « le passé seul ne peut décider du présent » dès lors que

[54] K. M. McGave, « Getting Back to Basics : Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States », *Minn. L. Rev.*, 2017, pp. 1247 et s.
[55] Voy. *supra*, pt I. A.
[56] Voy. *supra*, pt I. B.
[57] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
[58] *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013).
[59] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 3-10 (2015) (Pt II).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

c'est la nature même de l'injustice que de ne pas toujours apparaître d'emblée clairement. Appliquant cette approche à la question du mariage, la Cour a alors admis que ses arrêts consacrant le droit au mariage [60] concernaient tous des couples hétérosexuels, mais pour ajouter – aussitôt – qu'ils reposaient sur « des principes constitutionnels de plus large portée » (« *constitutional principles of broader reach* »). Ainsi, le mariage est un aspect essentiel de l'autonomie individuelle ; il est le meilleur soutien de la relation entre deux personnes ; il protège idéalement les enfants et les familles ; et, enfin, il est – ainsi que l'avait déjà relevé Alexis de Tocqueville – une « pierre angulaire de l'ordre social américain ». Pour la Cour, la « force » et la « rationalité » de ces principes étaient indubitablement transposables aux couples de même sexe et – en conséquence – l'exclusion du mariage homosexuel n'était plus acceptable [61].

Ainsi qu'il a pu être relevé par les commentateurs d'*Obergefell* [62], la décision ne donne pas d'indication sur le « standard » à l'aune duquel le droit au mariage des couples de même sexe devrait être mis en balance avec les intérêts invoqués par les États pour justifier le maintien du caractère nécessairement hétérosexuel du mariage. En somme, Kennedy s'est – semble-t-il – émancipé de la référence usuelle à l'un des trois niveaux de vigilance susceptibles d'être mis en œuvre par la Cour : examen rigoureux, contrôle de rationalité ou « vigilance intermédiaire » (« *intermediate scrutiny* »). En lieu et place, il a insisté sur le lien à établir en l'occurrence entre la liberté protégée par la clause de « *due process* » et l'égalité garantie par la clause d'« *equal protection* » [63] pour « renforcer » (« *buttress* ») le droit qu'il venait d'affirmer [64]. On peine au demeurant à trouver dans l'arrêt les passages – relégués en toute fin d'analyse [65] – où la Cour examine brièvement deux arguments présentés par les États – le risque que les hétérosexuels se détournent du mariage et l'atteinte aux convictions de ceux qui adhèrent à une doctrine religieuse – à vrai dire peu convaincants et aussitôt écartés. Ce n'est que sous la plume dissidente du *Chief Justice* Roberts que l'on trouve une référence à la volonté de « préserver l'institution traditionnelle du mariage » qu'il juge quant à lui suffisante pour justifier – à l'aune d'un test de « simple rationalité » – le maintien du caractère hétérosexuel de l'institution [66].

[60] *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (interdiction du mariage interracial), *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978) (procédure d'autorisation impose aux débiteurs alimentaires négligents), *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) (restrictions au mariage des détenus).

[61] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 10-18 (2015) (Pt III).

[62] D. SCHRAUB, « The Siren Song of Strict Scrutiny », *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 2016, p. 863.

[63] Voy. *supra.*

[64] D. SCHRAUB, « The Siren Song of Strict Scrutiny », *op. cit.*, p. 863.

[65] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 26-27 (2015) (Pt IV).

[66] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 24 (2015) (Roberts CJ, dissenting).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Au moment où la Cour a statué, les États restaient « divisés » sur la question du mariage homosexuel même si un nombre significatif d'entre eux avaient pris le parti d'autoriser ces unions par voie législative ou judiciaire [67]. Kennedy a admis qu'il pouvait y avoir une inclination initiale […] à « faire preuve de prudence » (« *proceed with caution* ») et à permettre que le débat législatif, judiciaire et public puisse se poursuivre au niveau étatique. En même temps, a-t-il aussitôt souligné, la question avait déjà donné lieu à des développements considérables qui avaient nourri une « compréhension renforcée » (« *enhanced understanding* ») de la question. En outre, si la démocratie est *a priori* « le processus approprié pour le changement », le but de la Constitution est de « soustraire certains sujets aux vicissitudes de la controverse politique ». Dans l'affaire *Bowers* [68], a-t-il poursuivi, la Cour avait fait preuve d'une grande prudence et d'un grand respect pour le principe démocratique. Elle avait validé les législations étatiques qui punissaient les actes homosexuels et il en avait résulté des souffrances et des humiliations pour les gays et les lesbiennes. C'était une erreur – ainsi que la Cour l'avait reconnu ensuite dans *Lawrence* [69] – et il convenait de ne pas la reconduire dans l'affaire *Obergefell* : les histoires des requérants mettaient en évidence « l'urgence » de la question et la Cour avait « le devoir » de répondre à leur demande [70].

Depuis *Obergefell*, les juges de Washington ont été amenés, à deux reprises, à se prononcer sur des enjeux liés au mariage homosexuel et à préciser – ce faisant – la portée et la force de la protection constitutionnelle accordée aux unions de même sexe. D'une part, dans un arrêt *Pavan v. Smith* du 26 juin 2017, la Cour a jugé que les autorités de l'Arkansas avaient violé la Constitution en refusant d'appliquer la présomption de filiation fondée sur le mariage à un couple de femmes mariées. À ses yeux, en effet, *Obergefell* consacre le droit des homosexuels de se marier en bénéficiant « de la constellation d'avantages » (« *the constellation of benefits* ») associés au mariage [71]. D'autre part, dans un arrêt *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* du 4 juin 2018, la Cour a considéré que les autorités du Colorado avaient violé la Constitution en sanctionnant

[67] Trente-cinq État permettaient le mariage des couples de même sexe. Seuls onze d'entre eux, toutefois, autorisaient le mariage homosexuel à la suite d'une réforme législative ; dans les autres cas, l'autorisation des unions homosexuelles avait procédé de l'intervention d'une juridiction étatique ou fédérale (voy. MARYLAND OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *The State of Marriage Equality in America*, avril 2015, http://www.marylandattorneygeneral.gov cité par la Cour : *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 10 (2015)).

[68] *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).

[69] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003)

[70] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 23-26 (2015) (Pt IV)

[71] *Pavan v. Smith*, 582 U. S. 3 (2017). Voy. S. SANDERS, « Pavan v. Smith : Equality for Gays and Lesbians in Being Married, Not Just in Getting Married », *American Constitution Society Supreme Court Review*, 2016-2017, p. 161.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

un pâtissier qui avait refusé de réaliser un gâteau de mariage pour un couple d'hommes. La portée de cette seconde décision est incertaine car c'est en l'occurrence l'hostilité manifeste de la Commission des droits civils à l'égard des convictions religieuses de l'intéressé qui a conduit la Cour à constater une violation de son droit au libre exercice de sa religion [72]. À l'instar de *Roe v. Wade* et quoique l'opposition qu'il suscite soit assurément moindre, l'arrêt *Obergefell* voit donc émerger dans son sillage différentes questions relatives aux implications du droit au mariage : les réponses qui y sont apportées viennent progressivement éclairer les contours de ce droit constitutionnel nouvellement reconnu aux couples de même sexe.

D. — Synthèse

Le triptyque jurisprudentiel constitué par *Roe*, *Glucksberg* et *Obergefell* offre une vision d'ensemble de la mise en œuvre du pouvoir de *judicial review* en droit de la personne et de la famille. Sans rendre justice à la richesse et à la complexité de la jurisprudence de la Cour, les développements qui précèdent mettent en évidence les *différentes étapes* du processus par lequel les *libertés abstraites* garanties par la Constitution américaine sont appliquées aux *enjeux concrets* de la vie personnelle et familiale contemporaine. Ils rendent compte également, nous semble-t-il, de la façon dont chacune de ces étapes donne lieu à des oscillations méthodologiques étroitement corrélées à des enjeux politiques.

Les trois arrêts analysés soulignent, *en premier lieu*, qu'il y a lieu de nourrir ou d'enrichir à la source de l'histoire et de la tradition l'interprétation de la clause de « *due process* ». Dans *Roe*, c'est sur la tolérance antique de l'avortement, plutôt que sur sa progressive répression en droit anglais puis américain, qu'il est insisté. Dans *Glucksberg*, à l'inverse, c'est le consensus anglo-américain sur la répression du suicide assisté, et non l'approche conciliante retenue par les stoïciens, qui est mise en avant. L'exposé historique mis en œuvre dans *Obergefell* – quant à lui – ne fait pas l'impasse sur l'ancrage historique de la règle suivant laquelle le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme mais souligne dans le même temps les heureuses mutations qui ont déjà affecté l'institution. Récusant les récits tronqués de *Roe* [73] et *Glucksberg* [74] qui profitent de la « malléabilité » du matériau historique pour en faire

[72] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* 584 U.S. (2018). Voy. C. FLANDERS et S. OLIVEIRA, « An Incomplete Masterpiece », *UCLA Law Review*, 2019 (https://www.ucla-lawreview.org).

[73] V. C. ABREU, « The Malleable Use of History in Substantive Due Process Jurisprudence… », *B.C. L. Rev.*, 2002, sp. p. 190.

[74] B. FEINBERG, « The Court Upholds a State Law Prohibiting Physician-Assisted Suicide », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1998, sp. p. 867.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

un « usage sélectif » [75], Kennedy suggère une lecture plus « dynamique » de l'histoire qui met en évidence aussi bien les éléments de continuité que les éléments de rupture (« *of continuity and change* »).

Les trois décisions admettent, *en second lieu*, que la clause de « *due process* » est en mesure d'offrir une protection constitutionnelle à un certain nombre de « droits additionnels ». Dans *Roe*, le droit à l'avortement est consacré sur la base d'une simple affirmation ou d'une simple annonce qui n'est étayée par aucune justification articulée. Dans *Glucksberg*, au contraire, l'absence de droit au suicide assisté résulte d'un test pointilleux qui exige que la prérogative réclamée soit précisément circonscrite et puisse être expressément rattachée à l'histoire et à la tradition nationales. L'approche mise en œuvre dans *Obergefell* – pour sa part – admet que la protection offerte à certains droits puisse être « extrapolée » à de nouvelles prérogatives s'il est possible de mettre en évidence des « principes de large portée » sous-jacents aux premiers et transposables aux secondes. Entre l'ouverture inconsidérée de *Roe* et la rigidité excessive de *Glucksberg* [76], Kennedy propose donc un compromis intéressant [77] et les commentateurs les plus enthousiastes ont alors pu voir dans *Obergefell* rien moins qu'une « renaissance de la liberté » (« *a new birth of freedom* ») [78].

Roe, Glucksberg et *Obergefell* s'emploient, *en troisième lieu*, à évaluer la légitimité des restrictions imposées à la liberté des individus à l'aune de différents « standards » constitutionnels. En présence d'un droit fondamental à l'avortement, *Roe* applique le standard le plus strict et admet que la possibilité d'interrompre la grossesse soit limitée au regard de « raisons impérieuses ». À défaut de droit fondamental au suicide assisté, *Glucksberg* met en œuvre le standard le plus faible et accepte l'interdiction absolue du suicide assisté qui est « rationnellement liée » à des objectifs légitimes. On se souviendra que, dans *Casey* [79], un autre « test » avait été mobilisé qui évaluait la légitimité des restrictions à l'aune du caractère « proportionné » du poids qu'elles faisaient peser sur les individus. Entre le contrôle très sévère de *Roe* et la déférence totale de *Glucksberg*, *Casey* empruntait donc la voie médiane d'une « vigilance intermédiaire ». L'absence de référence à l'un de ces trois « niveaux de contrôle » dans *Obergefell* contribue à la confusion qui entourerait la détermination du standard applicable et la teneur des exigences qui en découlent et certains observateurs envisagent alors l'abandon du système « à trois vitesses »

[75] V. C. Abreu, « The Malleable Use of History… », *op. cit.*, sp. p. 190.

[76] K. Watson, « When Substantive Due Process Meets Equal Protection… « *op. cit.*, pp. 270-273.

[77] Ce compromis synthétise et clarifie des pistes déjà proposées dans d'autres arrêts récents

[78] K. Yoshino, « A New Birth of Freedom ? Obergefell v. Hodges », *Harv. L. Rev.*, 2015, p. 170.

[79] Voy. *supra*, pt. I. A.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

au profit d'un « outil analytique unique » (« *single analytical tool* ») uniformément applicable [80].

La Cour suprême appréhende, *en quatrième lieu*, dans *Roe*, *Glucksberg* et *Obergefell*, la question de sa légitimité à imposer depuis *Capitol Hill* sa vision de la vie privée et familiale aux autorités et aux citoyens des cinquante États américains. Dans *Roe*, l'opinion délivrée par Blackmun ne prend pas en considération les choix démocratiquement posés par la majorité des États et cet « activisme » a suscité un effet de « *backlash* » dont les conséquences perdurent aujourd'hui dans une société américaine qui reste profondément clivée sur la question de l'avortement. Dans *Glucksberg*, l'opinion de Rehnquist attache, à l'opposé, beaucoup d'importance au respect du débat démocratique sur la fin de vie qui se déploie dans les États américains et cette « retenue » a pu être critiquée par la plus éminente doctrine juridique dès lors qu'elle méconnaîtrait les souffrances endurées par de nombreux Américains et leurs familles. Ici encore, *Obergefell* tente de trouver une forme de compromis acceptable : l'on y souligne que les réformes législatives sont, en démocratie, le véhicule ordinaire du changement, mais que c'est précisément aussi un aspect de la démocratie que de soustraire certains aspects cruciaux aux majorités politiques. Rappelant que dans *Bowers* [81], la Cour avait, par excès de prudence, commis l'erreur de valider des législations étatiques gravement attentatoires aux droits des homosexuels, Kennedy y prend finalement le parti d'une décision « engagée » qui impose à une dizaine d'États américains la solution déjà plébiscitée par une majorité significative d'entre eux.

Indéniablement, la trilogie *Roe-Glucksberg-Obergefell* (1973-2015) est révélatrice des mouvements et des tensions qui traversent la jurisprudence de la Cour suprême. Elle met nettement en évidence l'écueil d'une interprétation constitutionnelle méthodologiquement fragile entièrement dominée par une volonté politique libérale (*Roe*) et celui – symétrique – d'une lecture de la Constitution intellectuellement rigide totalement inféodée à des aspirations politiques conservatrices (*Glucksberg*) [82]. Par-delà ses indéniables imperfections, *Obergefell* a le mérite d'explorer des zones intermédiaires où des balises ou des repères flexibles encadrent l'indéniable inspiration politique qui meut l'œuvre jurisprudentielle de la plus haute juridiction américaine. Les choix opérés ou suggérés par Kennedy (dynamisme historique, extension par extrapolation, recherche de proportionnalité et engagement démocratique) apparaissent alors comme les clés d'une fructueuse rencontre de l'objectivité juridique et de

[80] D. L. Beschle, « No More Tiers ? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases », *Pace Law Review*, 2018, not. p. 385.

[81] *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).

[82] Sur la dimension « politique » de la jurisprudence de la Cour suprême, on consultera avec profit R. Posner, « Foreword : A Political Court », *Harv. L. Rev.*, 2005, pp. 31 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

la subjectivité politique et invitent à concevoir – à la suite de Kenji Yoshino – l'interprétation constitutionnelle non pas (seulement) comme une science, mais (également) comme une forme d'art [83].

II. — Le droit de la personne et de la famille à l'épreuve de la Convention européenne

La Cour européenne est composée de quarante-sept juges (un par État membre) [84] élus par l'Assemblée parlementaire sur base d'une liste établie par l'État [85]. Leur mandat est de neuf ans (il ne peut être ni prolongé ni renouvelé) [86] et ils siègent le plus souvent en chambre de sept juges tandis que les affaires les plus importantes sont examinées par une grande chambre de dix-sept juges [87]. La Cour est chargée de veiller au respect des droits fondamentaux dans le Conseil de l'Europe [88] et l'article 46 de la CEDH oblige les États membres à se conformer à ses arrêts. Depuis la fin des années 1970, elle a pu rendre un nombre très important de décisions relatives au droit de la personne et de la famille. L'article 8 de la Convention protège expressément le droit au respect de la vie privée et familiale tandis que l'article 12 consacre le droit de se marier et de fonder une famille. Ces dispositions font l'objet d'une interprétation « évolutive » ou « constructive » au titre de laquelle le domaine de la vie privée (*Niemietz c. Allemagne* [89]) et de la vie familiale (*Marckx c. Belgique* [90]) protégées s'est progressivement élargi. Semblablement, la notion de « mariage » initialement comprise comme l'union procréative d'un homme et d'une femme a progressivement été interprétée de façon plus inclusive (*Goodwin c. Royaume-Uni* [91]) [92]. Les développements ci-dessous examinent les arrêts rendus par la Cour européenne à propos de l'avortement, du

[83] K. Yoshino, « A New Birth of Freedom ?… », *op. cit.*, p. 179.
[84] Conv. eur. dr. h., art. 20.
[85] Conv. eur. dr. h., art. 22.
[86] Conv. eur. dr. h., art. 23.
[87] Conv. eur. dr. h., art. 29.
[88] Conv. eur. dr. h., art. 1 et 19.
[89] Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992. Voy. aussi : F. Sudre, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-34.
[90] Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979. Voy. aussi : F. Sudre, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. Sudre (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, 2002, p. 11.
[91] Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.
[92] Voy. not. G. Willems, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Ann. Dr. Louvain*, 2016, pp. 3-46.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

suicide assisté et du mariage homosexuel. Aux oscillations spectaculaires de la jurisprudence américaine [93], répond ici – nous semble-t-il – une forme de constance dans la recherche du compromis, de la mesure et de l'équilibre (**C**) qui donne lieu à une jurisprudence souvent empreinte d'une prudence légitime (**B**) mais parfois entachée d'une retenue critiquable (**A**).

A. — La retenue critiquable d'*A., B. et C. c. Irlande* (2010)

En 2010, dans *A., B. et C. c. Irlande*, la Cour a jugé que l'interdiction de l'avortement prévue (alors) par la Constitution irlandaise ne violait pas l'article 8 de la Convention européenne [94]. Si l'ancienne Commission avait pu, dès 1976, accepter que le droit allemand ne permette l'avortement qu'en présence d'une « situation de détresse » [95], la nouvelle Cour, instituée en 1998, n'avait – quant à elle – été jusqu'alors amenée à se prononcer que sur les obstacles à la mise en œuvre des avortements autorisés (*Tysiac c. Pologne*) [96] et sur la nature de la sanction des avortements accidentels (*Vo c. France*) [97]. Certains ont alors pu penser, lorsque l'affaire a été soumise à la Cour en 2005, que les juges européens avaient là l'occasion de rendre un jugement qui constituerait l'équivalent européen de *Roe v. Wade* et consacrerait un droit fondamental européen à l'avortement [98]. Cependant, dans son arrêt du 16 décembre 2010, la Cour européenne siégeant en grande chambre a expressément renoncé – par onze voix contre six – à consacrer un tel droit.

La Cour européenne commence systématiquement par rappeler les circonstances de l'espèce et la teneur du droit interne. C'est ensuite vers le droit européen et international [99] qu'elle a l'habitude de se tourner pour achever de contextualiser l'affaire [100] préalablement à l'analyse juridique proprement dite [101]. Elle a relevé, en l'occurrence, que ni les traités européens, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE) ne pouvaient être interprétés comme affectant l'interdiction de l'avortement [102]. Par contre, a-t-elle également pointé, une Résolution 1607(2008) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de

[93] Voy. *supra*, pt. I et sp. pt. I.D.
[94] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010.
[95] Com. eur. D.H., rapport *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* du 12 juillet 1977.
[96] Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007.
[97] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004.
[98] S. K. CALT, « A., B. & C. V. Ireland : Europe's Roe v. Wade ? », *Lewis & Cark Law Review*, 2010, p. 1189.
[99] M. FOROWICZ, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2010.
[100] Ces différents éléments sont regroupés sous le titre « En fait ».
[101] Le début de cette analyse est formellement marqué par le titre « En droit ».
[102] Le gouvernement irlandais avait obtenu des garanties en ce sens des chefs d'État ou de gouvernement des 27 pays membres de l'Union (§§ 101-103).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

l'Europe (APCE) faisait valoir que « l'avortement ne doit pas être interdit dans les délais de gestation raisonnables » [103]. Dans le même sens, la Cour a pointé que deux comités onusiens [104] avaient expressément fait état de leur préoccupation à propos des restrictions à l'avortement prévalant en Irlande (§§ 107-111).

Forte de ces éléments de droit européen et international, la Cour s'est employée à vérifier l'applicabilité de l'article 8 de la Convention [105]. Elle a rappelé – en renvoyant à son arrêt *Pretty* [106] – que la notion de vie privée est une « notion large » englobant notamment le droit à l'« autonomie personnelle » et au « développement personnel » (§ 212). Elle a ensuite souligné que – suivant sa jurisprudence précitée [107] – « l'interruption de grossesse touchait au domaine de la vie privée de la femme enceinte ». Toutefois, a-t-elle aussitôt ajouté, l'interruption de grossesse ne relève pas « exclusivement de la vie privée de la future mère » car « la vie privée d'une femme enceinte [devient] étroitement associée au fœtus qui se développe ». En conséquence, le droit de la femme enceinte doit se mesurer « à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître » (§ 213). Ces explications peuvent être jugées ambiguës car elles indiquent, d'une part, que la vie privée de la femme enceinte est « associée » au fœtus et présentent, d'autre part, la vie privée d'une telle femme comme « concurrente » des droits et libertés de l'enfant à naître [108]. La Cour en tire d'ailleurs la conclusion elle-même ambiguë que l'article 8 « ne saurait s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement » mais que son interdiction « relève du droit au respect de la vie privée » (§ 214). On peut assurément regretter, avec d'autres commentateurs, que la perception suivant laquelle la grossesse de la femme enceinte ne relève pas « entièrement » de sa vie privée conduise ici à une affirmation « équivoque » ou « en demi-teinte » de ses droits procréatifs [109].

---

[103] La résolution fait valoir, à cet égard, qu'« interdire l'avortement n'aboutit pas à réduire le nombre d'avortements : cela mène surtout à des avortements clandestins, plus traumatisants, et contribue à l'augmentation de la mortalité maternelle et/ou au développement du "tourisme de l'avortement" » (§§ 107-108).

[104] Le Comité pour l'élimination de la discrimination envers les femmes (CEDAW) (A/60/38(SUPP)) et le Comité des droits de l'homme (CCPR/C/IRL/CO/3).

[105] Les requérantes invoquaient aussi les articles 2 et 3 de la Convention.

[106] Voy. *infra*, pt. II. B.

[107] Voy. Com. eur. D.H., rapport *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* du 12 juillet 1977, sp. ; Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004.

[108] Cette deuxième approche qui consiste à reconnaître un droit plein et entier à la femme enceinte tout en acceptant le principe de sa limitation par des intérêts concurrents semble plus conforme aux usages strasbourgeois.

[109] C. Cosentino, « Safe and Legal Abortion : An Emerging Human Right ? », *HRLR*, 2015, p. 19 ; E. Wicks, « A, B, C v Ireland : Abortion Law under the European Convention on Human Rights », *HRLR*, 2011, p. 560.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Selon la Cour, quoi qu'il en soit, l'interdiction d'interrompre la grossesse sauf en cas de danger pour la vie de la femme enceinte constituait une ingérence dans la vie privée acceptable uniquement si, prévue par la loi, elle poursuivait un but légitime par des moyens proportionnés (§ 216) [110]. Elle a relevé, à cet égard, que les restrictions litigieuses correspondaient à « des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie » dès lors que le peuple irlandais avait exprimé sa volonté de protéger la vie de l'enfant à naître par référendum en 1983 [111] et qu'il n'était pas démontré que ses perceptions avaient notablement évolué depuis [112] (§ 226). Il s'ensuivait qu'aux yeux de la Cour, la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constituait – en Irlande – un aspect du but légitime de protection de la morale (§ 227). En outre, dès lors que la Constitution prévoyait expressément la possibilité de se rendre à l'étranger pour « se faire avorter », l'interdiction litigieuse ménageait – selon la Cour – un « juste équilibre » entre les droits des femmes et ceux invoqués au nom des enfants à naître (§ 241). Relayant les critiques des juges dissidents, des commentateurs ont opportunément stigmatisé l'« extrême prévalence » reconnue ici à la morale et « l'hypocrisie » de l'idée suivant laquelle les droits sont moins violemment atteints lorsqu'ils peuvent être exercés à l'étranger [113].

La validation par la Cour de l'« équilibre » irlandais tient largement au choix expressément posé par la Cour de reconnaître aux États une « large marge d'appréciation » en matière d'avortement. Cette marge d'appréciation qui détermine, dans le système de la CEDH, le caractère plus ou moins appuyé ou relâché du contrôle opéré par la Cour dépend non seulement de la nature des intérêts en cause [114], mais aussi et peut-être surtout de l'existence ou de l'absence d'un consensus européen. En l'espèce, la Cour admet sans difficulté qu'« une majorité substantielle des États membres » permet l'avortement pour des motifs plus large que l'Irlande (§ 235). Pour autant, elle juge que cet indéniable consensus n'est pas de nature à « réduire de manière décisive » la marge de manœuvre de l'État défendeur (§ 236). Pour justifier cette étonnante assertion, la Cour rappelle qu'elle a – dans sa jurisprudence – constamment souligné qu'à défaut de consensus européen sur le début de la vie, le point de départ du droit à la vie et la protection de l'enfant à naître relevaient de la marge d'appréciation étatique [115]. Une liberté d'appréciation similaire devrait

[110] Conformément aux exigences de l'article 8, § 2, de la Convention.

[111] Ce référendum avait présidé à l'adoption de l'article 40.33 de la Constitution (§ 224).

[112] La Cour n'a pas jugé convaincants les « sondages d'opinion limités » produits en ce sens par les requérantes (§ 226).

[113] C. COSENTINO, « Safe and Legal Abortion : An Emerging Human Right ? », *op. cit.*, p. 13.

[114] La Cour précise, à cet égard, que lorsqu'un aspect important de l'existence ou de l'identité est en jeu, la marge est « de façon générale restreinte », tandis que – par contre – les questions morales ou éthiques délicates justifient une « marge d'appréciation plus ample » (§ 232).

[115] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, §§ 75-80.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

dès lors – selon elle – « nécessairement » prévaloir en matière d'avortement nonobstant la nette tendance existant à son propos parmi les États européens (§ 237).

C'est probablement ce choix d'« écarter » un consensus européen avéré « à l'encontre de la jurisprudence de principe de la Cour » [116] qui a valu à l'arrêt *A., B. et C.* les critiques les plus nourries. Singulièrement, on a pu juger que la Cour s'était, dans cette affaire, abstenue de jouer le « rôle d'harmonisation » qui lui incombe en vertu de la Convention [117]. La jurisprudence subséquente confirme et accentue – quoi qu'il en soit – l'obligation des États de s'assurer de l'effectivité de l'accès à l'avortement lorsque celui-ci est autorisé par la loi [118]. Le régime irlandais dénoncé dans *A., B. et C.* a quant à lui pu être soumis – en 2015 – au Comité des droits de l'homme des Nations unies qui a considéré, dans ses constatations *Mellet c. Irlande*, que l'impossibilité d'avorter en présence d'une malformation fœtale mortelle violait plusieurs dispositions du Pacte relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) [119]. Finalement, l'Irlande a fait le choix – en 2018 – d'abroger l'article 40.33 de la Constitution et de permettre l'avortement jusqu'à la douzième semaine.

B. — La prudence légitime de *Pretty c. Royaume-Uni* (2002)

En 2002, dans *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé que l'interdiction du suicide assisté prévue par le droit anglais ne violait pas l'article 8 de la Convention [120]. Rendu par une chambre de sept juges unanime quelques années après l'arrêt *Glucksberg* [121] de la Cour suprême, il aboutit à des conclusions identiques par le biais d'un raisonnement différent [122].

Après avoir longuement exposé les circonstances de l'espèce et le droit et la pratique internes pertinents, la Cour n'a pointé – très brièvement – qu'un

[116] F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit & Justice, vol. 108, Bruxelles/Limal, Nemesis/Anthemis, 2014, sp. p. 247.

[117] Opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi, § 5.

[118] Cour eur. D.H., arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011(procrastination des médecins et des institutions médicales) et Cour eur. D.H., arrêt *P. et S. c. Pologne* du 30 octobre 2012 (informations confuses et contradictoires et pressions exercées sur la requérante).

[119] G. WILLEMS et L. COHEN, « Regards croisés de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations unies sur le droit à l'avortement (CDH, const. Millet c. Irlande du 31 mars 2016) », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 557-583.

[120] Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

[121] Voy. *supra*, pt. I.B.

[122] Pour autant, alors que *Goodwin* consacre pleinement le droit à la reconnaissance de la nouvelle identité des transsexuels opérés, Pretty refuse quant à lui d'affirmer un droit européen au suicide assisté.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

unique instrument européen susceptible d'enrichir ou d'affiner son appréhension de la question du suicide assisté. Elle a ainsi relevé que la recommandation 1418(1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) invitait les États membres « à respecter et à protéger la dignité des malades incurables et des mourants à tous égards ». Aux yeux de l'APCE, cela implique notamment de « [maintenir] l'interdiction absolue de mettre intentionnellement fin à la vie des malades incurables et des mourants » dès lors que le désir de mourir qu'ils exprimeraient ne peut ni « constituer un fondement juridique à leur mort de la main d'un tiers » ni « servir de justification légale à l'exécution d'actions destinées à entraîner la mort » (§ 24).

Ayant ainsi mis en exergue les lignes de conduites non contraignantes suggérées par le Conseil de l'Europe, la Cour s'est attelée à l'examen de l'applicabilité de l'article 8 [123]. Elle a rappelé, à cet égard, qu'il s'agissait d'une « notion large » qui n'était pas « susceptible d'une définition exhaustive » avant d'affirmer qu'elle incluait un droit au « développement personnel » et à l'« autonomie personnelle » (§ 61) [124]. Ainsi compris, le droit à la vie privée pouvait même inclure – selon elle – « la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse » (§ 62). Sa jurisprudence et le droit interne consacraient d'ailleurs le droit de refuser un traitement médical y compris lorsque ce refus peut conduire à une issue fatale. À ses yeux, même s'il ne s'agissait pas – en l'espèce – de soins médicaux, les choix posés à propos de la fin de l'existence faisaient partie de l'acte de vivre et « la requérante [avait] le droit de demander que cela aussi soit respecté » (§§ 63-64). Ainsi que l'a relevé Olivier de Schutter [125], la Cour de Strasbourg a opéré, de la sorte, la « transmutation » à laquelle la Cour suprême des USA s'était refusée dans *Glucksberg* [126] : la protection conventionnelle du droit de refuser des soins est – en quelque sorte – étendue au droit d'« exercer son choix d'éviter […] une fin indigne et pénible ». Encore l'applicabilité de l'article 8 n'est-elle – à nouveau – affirmée que de manière très précautionneuse, puisque la Cour a conclu qu'elle « ne [pouvait] exclure » que l'interdiction litigieuse représente une atteinte à la vie privée (§ 67).

[123] La requérante invoquait aussi les articles 2 et 3 de la Convention.

[124] 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 le droit des personnes transsexuelles de voir leur nouvelle identité civilement reconnue et de se marier conformément à celle-ci. Parfois regroupées sous la bannière de l'« épanouissement personnel » (voy. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009). Elles jouent depuis lors un rôle considérable – sinon réellement structurant – dans la jurisprudence relative à la vie privée (voy. *supra*, pt. II. B.).

[125] 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. 88.

[126] Voy. *supra*, pt. I.B.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Il appartenait alors à la Cour de vérifier que l'interdiction du suicide assisté poursuit de façon proportionnée un ou plusieurs objectifs légitimes au sens de l'article 8, § 2, de la Convention (§ 68). Nul ne contestant que cette interdiction tendait à « préserver la vie » et donc à « protéger les droits d'autrui », elle s'est focalisée sur la question de la proportionnalité (§ 69). La requérante dénonçait en particulier, la nature « générale » et « inflexible » de la règle litigieuse qui s'appliquait indifféremment à tous les individus même si – comme elle – ils n'étaient pas « vulnérables » et n'avaient dès lors pas besoin d'être protégés (§§ 72-73). La Cour lui a opposé que si la situation des personnes en phase terminale était évidemment « variable » d'un cas à l'autre, « beaucoup de ces personnes » étaient effectivement vulnérables et que, dès lors, c'était la « vulnérabilité de la catégorie » qui constituait la « *ratio legis* » de l'interdiction litigieuse (§ 74). Ainsi, au regard des risques manifestes d'abus, nonobstant les éventuels garde-fous et procédures que l'on mettrait en place, le caractère absolu de l'interdiction n'était pas disproportionné. C'était d'autant plus vrai, a conclu la Cour, que la loi était appliquée avec « une certaine souplesse » et que les « homicides par compassion » donnaient lieu à des peines clémentes (§§ 74-76).

L'approbation par la Cour de la mise en balance opérée par les autorités britanniques n'est ici que faiblement ou modérément tributaire de la « marge d'appréciation » consentie par la Cour à l'État. Ainsi la Cour s'est-elle bornée à relever, sur ce point, que contrairement à ce qui était allégué par la requérante, il n'y avait pas lieu, en l'occurrence, d'appliquer aux choix étatiques la même « marge étroite » que dans les affaires portant sur « le domaine intime de la vie sexuelle ». À ses yeux, en effet, la question du suicide assisté « ne [pouvait] être considérée comme étant de même nature ou appelant le même raisonnement » (§ 71). Au demeurant, la Cour ne prend pas expressément en considération la circonstance que seuls les Pays-Bas, à l'époque, ont déjà légalisé l'euthanasie. Dans des arrêts ultérieurs, le choix de la grande majorité des États membres de « donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin » justifiera l'allocation d'une marge de manœuvre étatique « considérable » [127]. Si le mécanisme de la marge d'appréciation nationale, qui préside en règle à l'équilibre entre interventionnisme européen et souveraineté nationale, n'a donc formellement joué qu'un rôle mineur dans l'arrêt *Pretty*, il n'en reste pas moins – suivant le Professeur de Schutter – que « [sa] logique […] est de renvoyer à la responsabilité du législateur national dans un domaine particulièrement peu propice à l'émergence d'un consensus européen » [128].

[127] Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 55.

[128] O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme… », *op. cit.*, p. 105.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Si certains aspects de son argumentaire peuvent être jugés moins convaincants, l'arrêt *Pretty* est assurément doté d'une « riche motivation » [129] qui lui vaut en règle la faveur des commentateurs. En particulier, on peut considérer que, tout en engageant une « innovation capitale » dans l'interprétation de l'article 8, il fait preuve d'une prudence louable et offre un cadre convenable pour le débat démocratique [130]. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a pu valider les conditions encadrant, en Suisse, le recours au suicide assisté [131] et le système présidant, en France, à la décision d'interrompre l'alimentation et l'hydratation des patients inconscients [132]. Dans l'arrêt *Koch c. Allemagne*, elle a pu – par contre – condamner au titre des exigences procédurales découlant de la Convention le refus de la Cour constitutionnelle allemande d'examiner la question du suicide assisté [133]. Une affaire actuellement pendante – *Mortier c. Belgique* – porte, finalement, sur l'insuffisance alléguée des mesures tendant à protéger la vie dans le cadre de la réglementation belge de l'euthanasie.

C. — Le compromis stratégique de *Schalk et Kopf c. Autriche* (2010)

En 2010, dans *Schalk et Kopf c. Autriche* [134], la Cour a refusé de consacrer le droit des couples homosexuel au mariage. Dix ans auparavant, dans *Goodwin* [135], elle avait fait preuve d'une certaine audace en affirmant que le droit de se marier et de fonder une famille n'impliquait pas qu'il fallait être en mesure de fonder une famille pour bénéficier du droit de se marier et que l'article 12 de la Convention garantissait aux personnes transsexuelles le droit de se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe. Dans *Schalk et Kopf*, rendu quelques années avant *Obergefell* [136], elle n'a – par contre – pas souhaité pousser plus avant la redéfinition européenne de l'institution du mariage.

Conformément à ses habitudes, la Cour de Strasbourg s'est prioritairement attelée, après avoir synthétisé les circonstances de l'espèce et l'état du droit autrichien, à un état des lieux du droit européen appelé à jouer – en l'espèce – un rôle déterminant. Les juges ont ainsi attaché une attention particulière à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée en décembre 2000 et entrée en vigueur en décembre 2009 qui consacrait – en son

[129] *Ibid.*, p. 111.
[130] *Ibid.*, pp. 75 et 111.
[131] Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011.
[132] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Lambert c. France* du 5 juin 2015.
[133] Cour eur. D.H., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012.
[134] Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.
[135] Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.
[136] Voy. *supra*, pt. I. C.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

article 9 [137] – le droit au mariage sans mentionner « l'homme et la femme » comme le faisait l'article 12 [138] de la CEDH. L'arrêt *Schalk et Kopf* reproduit ainsi de longs extraits du commentaire relatif à la Charte qui soulignent que l'article 9 a « une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments internationaux » et « que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage ». Pour autant, est-il aussitôt précisé, « cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage » (§§ 24-25) [139].

Ces développements relatifs à la Charte ont nourri ou enrichi l'interprétation, par la Cour, de l'article 12 de la Convention dont elle a expressément proposé une lecture actualisée ou rénovée. Elle a refusé l'argument des requérants suivant lequel la référence opérée dans cette disposition à « l'homme et à la femme » n'excluait pas qu'« un homme ne puisse épouser qu'une femme et *vice versa* ». En effet, a-t-elle observé, cette formulation distinguait le droit de se marier des autres droits garantis par la Convention correspondait manifestement à un choix délibéré de ses auteurs. En outre, au moment de son adoption, en 1950, le mariage « était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre personnes de sexe différent ». L'interprétation textuelle et contextuelle de l'article 12 excluait donc *a priori* qu'il soit jugé applicable aux couples homosexuels (§ 55). Messieurs Schalk et Kopf faisaient toutefois aussi valoir que la Convention était un « instrument vivant » qui devait faire l'objet – à ce titre – d'une interprétation « évolutive et constructive » (§ 57). Les juges européens ont alors expressément puisé dans la formulation plus « moderne » ou « libérale » [140] de l'article 9 de la Charte l'inspiration d'une lecture plus ouverte de l'article 12 de la CEDH suivant laquelle le droit de se marier ne doit plus « en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé ». Il s'ensuivait, a conclu la Cour, en employant – ici encore – une formulation particulièrement précautionneuse, qu'on « on ne [pouvait] dire que l'article 12 ne [s'appliquait] pas au grief des requérants » (§ 61).

Cette compréhension élargie du droit de se marier garanti par la CEDH impliquait *a priori* un examen attentif des raisons avancées par l'Autriche pour justifier le refus du mariage homosexuel. On ne peut à cet égard qu'être déçu par les assertions extrêmement sommaires proposées par la Cour suivant

[137] Voy. not. à ce sujet G. WILLEMS, « Article 9 – Le droit de se marier et le droit de fonder une famille », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 233.

[138] Suivant cet article « 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 ».

[139] La Cour a aussi épinglé les directives 2003/86 et 2004/38 relatives au regroupement familial. Voy. à ce sujet G. WILLEMS, « Article 9… », *op. cit.*, pp. 245 et s.

[140] G. WILLEMS, « Article 9… », *op. cit.*, p. 236.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

lesquelles « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (§ 62). Aucune précision n'est apportée quant à la nature et à la teneur précise de ces « connotations » qui semblent toutefois suffisantes – aux yeux du juge européen – pour justifier le maintien du principe de l'hétérosexualité du mariage. Ainsi que l'a souligné Loveday Hodson, « si le mariage n'est plus nécessairement une institution réservée aux couples de même sexe, comme la Cour l'a reconnu, alors l'exclusion d'un groupe particulier réclamait une explication » [141]. L'arrêt *Schalk et Kopf*, il faut bien le reconnaître, néglige de s'atteler à cette explication, ce qui est éminemment regrettable. On relèvera encore que le principe d'égalité également invoqué par les requérants est sommairement « désamorcé » par la Cour, au motif que le droit au mariage refusé sous l'angle de l'article 12 ne pourrait – dès lors que la Convention « forme un tout » – être consacré sous l'angle de l'article 14 (§ 101). La Cour ne précise pas, enfin, si la disponibilité – depuis 2010 – d'un partenariat enregistré réservé aux couples de même sexe a influencé – d'une manière ou d'une autre – l'appréciation de la proportionnalité du régime autrichien [142].

S'il n'est pas expressément fait mention de la « marge d'appréciation » à reconnaître à l'Autriche, l'appréhension par l'arrêt *Schalk et Kopf* de la question du mariage homosexuel est indubitablement empreinte de subsidiarité. La Cour a ainsi affirmé qu'elle « ne [devait] pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales » (§ 62). Or, a-t-elle poursuivi, si « l'institution du mariage [avait] été profondément bouleversée par l'évolution de la société », il n'existait pas de « consensus européen » sur le mariage homosexuel dès lors que seuls six États sur quarante-sept l'autorisaient (§ 58). La Cour a admis que, dans son arrêt *Goodwin*, elle avait affirmé le droit des personnes transsexuelles de se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe alors même que cette question ne faisait – elle non plus – l'objet d'un consensus européen. À ses yeux, cependant, l'arrêt *Goodwin* pouvait se prévaloir de « convergences » internationales absentes en l'espèce, tandis que son objet était – dans le même temps – « plus limité » que celui de l'affaire *Schalk et Kopf* (§ 59).

Modérément progressiste, l'arrêt *Schalk et Kopf* est donc convaincant sur certains points et décevant à d'autres égards. Dans son sillage, s'est progressivement développée une jurisprudence foisonnante relative aux couples

[141] L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name ? Schalk and Kopf v Austria », *HRLR*, 2011, p. 173.

[142] Les requérants dénonçaient également l'introduction tardive et le caractère insuffisant du partenariat enregistré autrichien. La Cour a cependant jugé ces griefs non fondés dès lors que les États doivent bénéficier d'une certaine marge d'appréciation tant pour le « rythme d'adoption des réformes » (§ 105) que pour « décider de la nature exacte du statut conféré » (§ 108).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

homosexuels qui – à nos yeux – consolide progressivement les termes d'un « compromis stratégique » déjà sous-jacent dans l'arrêt autrichien. Toujours privés de droit européen au mariage [143], les couples de même sexe se sont ainsi progressivement vu reconnaître le droit à une forme alternative d'union civile [144] et – jusqu'à un certain point – celui de bénéficier en dehors du mariage des avantages qui y sont associés [145]. Il est intéressant de relever, à cet égard, sans que l'on puisse évidemment approfondir ici cet aspect, que dans ce déploiement progressif des droits « non-matrimoniaux » des couples de même sexe, la Cour de justice de l'Union européenne a pu jouer ses dernières années un rôle considérable qui vient opportunément compléter les efforts de la Cour européenne des droits de l'homme [146].

D. — Synthèse

Les arrêts *A., B. et C.*, *Pretty* et *Schalk et Kopf* offrent un aperçu significatif de la façon dont le contrôle de conventionalité est mis en œuvre par la Cour en droit de la personne et de la famille.

Si elles ne rendent que très imparfaitement compte de l'ampleur et de la sophistication de la jurisprudence strasbourgeoise, les brèves explications présentées ci-avant mettent en évidence les *opérations successives* qui président à l'application des *garanties abstraites* formulées par les articles 8 et 12 de la Convention aux *problématiques concrètes* qui émaillent la vie personnelle et familiale contemporaine. Ils témoignent aussi, à nos yeux, de la manière dont chacune de ces opérations est marquée par des options méthodologiques correspondant – comme aux États-Unis [147] – à des enjeux politiques.

Les trois décisions rendent compte, *en premier lieu*, de la volonté de la Cour d'interpréter la Convention à la lumière du droit européen et international « *hard* » ou « *soft* » [148]. Dans *A., B. et C.*, les instruments pointés en exergue du raisonnement juridique sont ensuite escamotés dans l'analyse subséquente probablement parce qu'ils suggèrent une issue différente de celle retenue par

[143] Voy. en part. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014 ; Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016.

[144] Voy. en part. Cour eur. D.H., arrêt *Olliari e. a. c. Italie* du 21 juillet 2015.

[145] Voy. en part. Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016.

[146] Voy. en part. C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, aff. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823 et C.J.U.E. (GC), 5 juin 2018, arrêt *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

[147] Voy. *supra*, pt. I. D.

[148] Voy. not. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.*, pp. 433 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

la Cour. Dans *Pretty*, au contraire, la recommandation européenne présentée en amont de la décision est ultérieurement convoquée dès lors qu'elle soutient les options interprétatives du juge européen [149]. C'est, en tout état de cause, dans *Schalk et Kopf* que le droit international est mobilisé de la manière la plus décisive puisque l'approche ambivalente de la Charte des droits fondamentaux – qui n'exclut ni n'impose le mariage homosexuel – y constitue le principal levier d'une relecture modérément progressiste de l'article 12 de la Convention. Le triptyque *A., B. et C.-Pretty-Schalk et Kopf* met alors en lumière, au fond, la possibilité d'« usages instrumentaux » du droit européen et international aussi bien que la potentialité d'une utilisation plus fine et nuancée rendant justice aux « tensions » qui traversent des sources non-conventionnelles vouées – à l'instar de la Convention – à la conciliation de valeurs en conflit.

Les trois arrêts examinés soulignent, *en second lieu*, que le droit au respect de la vie privée et le droit au mariage se prêtent à une interprétation « constructive » ou « évolutive ». Dans *A., B. et C.*, l'inclusion de l'interruption de la grossesse dans le domaine de la vie privée procède d'une démarche « ambiguë » dans le cadre de laquelle le droit reconnu aux femmes est – d'une certaine façon – privé de toute portée autonome puisqu'il est d'emblée présenté comme associé aux intérêts pourtant concurrents de l'enfant à naître. Dans *Pretty*, l'extension de la vie privée au choix d'éviter une fin indigne et pénible nous semble découler d'un raisonnement plus « articulé » dans le cadre duquel le droit reconnu aux malades incurables est – en quelque sorte – obtenu par dérivation à partir du droit préexistant au refus de soin. Le processus de rénovation du droit au mariage à l'œuvre dans *Schalk Kopf* n'est à nos yeux ni entaché « d'ambiguïté » ni particulièrement « articulé » : une simple référence à la Charte des droits fondamentaux sert de levier pour l'extension du domaine du droit de se marier, la Cour choisissant au demeurant – comme dans *A., B. et C.* et *Pretty* – de formuler le nouveau droit garanti de la façon la plus équivoque ou la plus hésitante qui soit : « l'on ne saurait dire que le droit ne s'applique pas ».

A., B. et C., *Pretty* et *Schalk et Kopf* témoignent, *en troisième lieu*, des efforts de la Cour pour « mettre en balance » les droits reconnus aux individus et les intérêts poursuivis par l'État. Dans *A., B. et C.*, l'examen de proportionnalité se dissout dans la priorité trop rapidement accordée aux « valeurs morales profondes » invoquées par le gouvernement : la Cour s'attache certes à décrire leur teneur et à vérifier leur ancrage dans la population, mais elle n'offre aucune analyse approfondie des « coûts et bénéfices » occasionnés par l'interdiction litigieuse. Dans *Pretty*, le test de proportionnalité donne lieu à une pondération plus mesurée du but de « préservation de la vie » et

[149] Voy. § 40.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

de « protection des droits d'autrui » invoqué par les autorités : si les implications morales de la question du suicide assisté ne lui échappent évidemment pas [150], la Cour s'attelle à une discussion appuyée des « avantages et inconvénients » liés à l'interdit du suicide assisté qui soupèse notamment la possibilité de sa levée moyennant des garde-fous et procédure protectrices. L'on peut juger que *Schalk et Kopf* est – parmi les trois arrêts – celui qui met en œuvre de la façon la plus « superficielle » ou « expéditive » la pesée des intérêts en présence : la simple invocation de « connotations sociales et culturelles profondément enracinées » justifie l'atteinte aux droits individuels sans que ces connotations ou leur enracinement soient le moins du monde détaillés ou étayés et sans qu'aucune comparaison soit effectuée entre le « préjudice » subi par les couples de même sexe et les « profits » retirés par la société dans son ensemble et/ou les autres (groupes d') individus. Plus ou moins satisfaisante, la mise en balance des droits et intérêts concurrents est au demeurant complétée – dans *A., B. et C.* et *Pretty* – par d'étonnantes considérations suivant lesquelles l'évitement de la loi par un déplacement international ou sa non-application par les autorités de poursuite constitueraient des tempéraments adéquats à la rigueur des choix législatifs opérés. À ces compromis justement critiqués, l'on préférera celui implicitement à l'œuvre dans *Schalk et Kopf* [151].

La Cour européenne appréhende, *en quatrième lieu*, dans *A., B. et C.*, *Pretty* et *Schalk et Kopf* la question du respect dû à la souveraineté des États dans le système « subsidiaire » institué par la Convention. *A., B. et C.* fait assurément preuve d'une passivité critiquable – et peut-être coupable – en refusant de se saisir d'un consensus européen consolidé pour imposer un droit européen à l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être. *Pretty* fait montre pour sa part d'une circonspection compréhensible – et probablement louable – en tenant implicitement compte d'un dissensus européen avéré pour laisser aux États la responsabilité d'édicter un éventuel droit de choisir le moment et les modalités de la fin de sa vie [152]. *Schalk et Kopf* s'inscrit dans un contexte moins univoque caractérisé par l'évolution rapide et significative des droits conjugaux des homosexuels dans les États membres du Conseil de l'Europe (de même qu'en Amérique du Nord et du Sud). Au regard d'une telle situation « intermédiaire » ou « transitionnelle », la Cour a pris le parti de la retenue en soulignant – comme elle le fait souvent – qu'il ne lui appartient pas de « substituer » ses appréciations à celles des autorités nationales. On a déjà souligné que dans l'affaire *Goodwin*, la Cour avait à l'inverse pris le parti

[150] Voy. § 62.
[151] Voy. *supra*, pt. II. C.
[152] Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 55.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

d'un certain « activisme » [153] en s'autorisant à exiger de tous les États européens qu'ils permettent le mariage des personnes transgenres quitte à prendre de « petites libertés » avec le consensus européen [154]. Prenant certainement en compte un climat politique différent de celui qui prévalait au moment de l'affaire *Goodwin*, marqué par la défiance affichée de certains États à l'égard du système européen de protection des droits de l'homme et la réaffirmation du principe de subsidiarité [155], la Cour a jugé que les conditions n'étaient pas (encore [156]) réunies pour l'affirmation strasbourgeoise d'un droit européen au mariage homosexuel.

Embrassant une période plus réduite que notre échantillon de droit constitutionnel américain [157], la trilogie *A., B. et C.-Pretty-Schalk et Kopf* (2002-2010) suffit à mettre en lumière certains traits saillants de la jurisprudence européenne. Elle fait clairement apparaître l'enjeu d'une interprétation de la CEDH méthodologiquement solide et politiquement mesurée (*Pretty*) et – par contraste – l'écueil d'une lecture de la Convention intellectuellement biaisée et politiquement démissionnaire (*A., B. et C.)* [158]. Ni aussi convaincant que *Pretty* ni aussi catastrophique que *A., B. et C.*, *Schalk et Kopf* nous semble tirer – au final – son épingle du jeu. La principale qualité de l'arrêt réside dans l'approche « dynamique » du droit de l'Union européenne qu'il met en œuvre : pour le surplus, sa méthodologie peut être jugée flottante ou elliptique à certains égards, de même que l'on peut être déçu du choix – éminemment politique – de faire progresser la cause des couples de même sexe à « petits pas » [159] plutôt qu'à « grandes enjambées ». On concédera, sur ce dernier point, que le climat européen est, depuis un temps, moins propice aux audaces strasbourgeoises et que le risque de « *backlash* » était considérable. Quoi qu'il en

[153] D. Popovic, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Creighton L. Rev.*, 2009, pp. 361 et s.

[154] A. Gouttenoire, « Les règles communes relatives à la famille », *in Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme…* », *op. cit*., pp. 198-200.

[155] F. Sudre, « Le recadrage de l'office du juge européen », *op. cit.*, p. 240.

[156] Confirmant – comme nous l'avons vu – l'absence de droit au mariage homosexuel, la Cour n'en délivre pas moins de ténus signes d'ouverture en soulignant « *l'évolution graduelle* des États en la matière » (Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016, sp. §§ 31 et 37-39) ou bien en affirmant que « les États sont *encore* libres […] de limiter l'accès au mariage aux couples de sexes différents » (Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, § 192) (nous soulignons). En ce sens : J.-Y. Carlier, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux : l'exemple de la reconnaissance des mariages des personnes de même sexe dans l'arrêt Coman (obs. sous C.J.U.E., (gde ch.), arrêt *Coman*, 5 juin 2018) », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, p. 220.

[157] Voy. *supra*, pt. I.

[158] Sur la dimension « politique » de la jurisprudence strasbourgeoise, on consultera avec profit E. Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 383 et s.

[159] E. Bribosia et I. Rorive, « L'arrêt Coman : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *J.D.E.*, 2018, p. 345.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

soit, en agrégeant les qualités de *Pretty* aux meilleurs aspects de *Schalk et Kopf*, l'on obtient – peut-être – les clés d'une approche strasbourgeoise équilibrée (dynamisme internationaliste, extension par dérivation, pondération soigneuse et responsabilité démocratique) susceptible de présider à l'articulation harmonieuse de l'objectivité juridique et de la subjectivité politique.

III. — Réflexions comparatistes

L'examen parallèle des décisions rendues par la Cour suprême des États-Unis et la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'avortement, du suicide assisté et du mariage homosexuel rend compte de ce que le juge américain et le juge européen répondent l'un et l'autre (assez) systématiquement et méthodiquement à *quatre questions* lorsqu'ils appliquent aux *problématiques concrètes* de la vie privée et familiale contemporaine les *droits abstraits* protégés par l'instrument au respect duquel ils doivent veiller.

Ainsi, à Washington comme à Strasbourg : on s'inquiète, tout d'abord, des sources auxquelles puiser des connaissances ou des informations susceptibles *d'enrichir ou de nourrir* l'interprétation des droits (**A**) ; on s'attache, ensuite, à déterminer si le droit individuel réclamé peut effectivement *être inclus* dans le champ d'application d'un droit protégé (**B**) ; on s'attelle, alors, à *mettre en balance* ce droit éventuellement reconnu avec les intérêts concurrents vantés par les autorités au soutien des mesures qui le limitent (**C**) ; on évalue, enfin, *l'opportunité et/ou la légitimité* d'une intervention judiciaire dérogatoire au processus démocratique ordinaire (**D**).

Il n'est pas étonnant, au fond, que l'on puisse observer ces quatre étapes aussi bien dans la jurisprudence de la Cour suprême que dans celle de la Cour européenne, tant il est vrai que – par-delà des *différences structurelles* que nous ne prétendons pas minorer [160] – les deux juridictions accomplissent une *fonction similaire* qui consiste à évaluer la conformité aux droits fondamentaux d'options prises par des législateurs démocratiquement élus [161].

[160] Voy. pour un inventaire de ces différences G. Willems, « Private and Family life through the Lens of Human Rights: A Comparative Analysis of the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights Case-Laws », *op. cit.*, pp. 6-10.

[161] *Ibid.*, pp. 11-17. Il est au demeurant probable que les quatre étapes ici pointées puissent être mises en évidence – sous une forme ou sous une autre – dans les décisions rendues par la plupart des autres juges qui veillent – à quelque niveau que ce soit – au respect des droits de l'homme. De même, il est certainement possible de mettre en évidence d'autres aspects ou d'autres facettes du processus décisionnel que l'on retrouverait de façon systématique ou généralisée dans la jurisprudence de tels juges.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Les développements qui suivent tendent alors à *comparer* la façon dont les juges américains et européens appréhendent respectivement les quatre facettes ou les quatre aspects des processus décisionnels qui conduisent à la validation ou à la censure des options prises en droit de la personne et de la famille par les États américains et par les États du Conseil de l'Europe. Dans le sillage des développements qui précèdent, la comparaison tend particulièrement à mettre en évidence les « *meilleures pratiques* » interprétatives ou, en d'autres termes, celles qui seraient le mieux à même de présider à la *synthèse fructueuse* de la *rationalité scientifique* et de l'*intention politique* qui caractérisent – l'une et l'autre [162] – l'interprétation juridictionnelle des droits fondamentaux.

A. — La contextualisation de l'interprétation : donner vie au texte

Il est, *en premier lieu*, frappant de constater que la Cour suprême et la Cour européenne ont l'habitude, en prélude à leurs examens de constitutionnalité ou de conventionalité proprement dits, non seulement d'exposer la situation des individus concernés et la teneur des règles de droit prétendument attentatoires à leur liberté, mais également de « puiser » à des « sources externes » [163] des « informations » (« *insights* » [164]) susceptibles d'« éclairer » l'interprétation et dès lors d'orienter ou même de déterminer l'issue du litige.

Sur *Capitol Hill*, c'est à un détour par *l'histoire* – antique, anglaise et américaine – que le juge constitutionnel procède pour nourrir ou enrichir sa compréhension de la question examinée. Au Palais des droits de l'homme, c'est à une revue de *droit international* – européen, extra-européen ou onusien [165] – que le juge de la Convention recourt pour contextualiser son analyse de la problématique étudiée. Indéniablement, les deux procédés sont empreints d'une commune volonté d'« élargir la perspective » ou de « changer d'échelle » pour éclairer d'un jour nouveau le conflit entre droits individuels et raison d'État que le juge est chargé d'arbitrer. Ils sont au demeurant en mesure de produire des effets similaires puisque les droits revendiqués ou les restrictions imposées dans les contextes américain ou européen contemporains pourront être « consolidés » ou « relativisés »

[162] E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle… », *op. cit.*, pp. 383 et s. ; R. POSNER, « Foreword : A Political Court », *op. cit.*, pp. 32 et s.

[163] F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne… », *op. cit.*, p. 434.

[164] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 129 (1973).

[165] F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne… », *op. cit.*, p. 435.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

selon qu'ils trouvent ou non un « ancrage » dans l'histoire ou un « écho » en droit international.

Certainement féconde, l'opération n'est pas sans risque puisque – en raison de leur malléabilité – les matériaux historiques et internationaux se prêtent à des usages « instrumentaux » ou « stratégiques » : l'on peut ainsi considérer que *Roe* et *Glucksberg* offrent des visions plus ou moins « tronquées » de l'évolution historique [166] ; l'on peut aussi constater que si *Pretty* convoque utilement le matériau international placé en exergue, *A., B. et C.* escamote par contre manifestement des sources dont la teneur est en dissonance avec l'orientation que prendra l'arrêt [167]. À cet égard, les approches retenues par *Obergefell* et *Schalk et Kopf* paraissent comparables et approuvables : si la lecture des références historiques et internationales y est indéniablement empreinte d'une forme de « volontarisme », elle renonce à l'univocité et admet corrélativement les « mouvements » qui traversent l'histoire et les « tensions » que recèle le droit international.

La constance et la transparence dans l'identification, la présentation et l'utilisation des références historiques ou internationales constituent probablement la meilleure « entrée en matière » possible pour le juge des droits de l'homme et le gage d'une opportune « canalisation » par la méthode des intentions qui infusent nécessairement dans le processus d'application des droits [168].

B. — La délimitation des droits : étayer la construction

Il est, *en deuxième lieu*, édifiant de constater que le juge américain et le juge européen rappellent tous deux constamment que les droits garantis ne sont susceptibles ni d'une « définition exhaustive » [169], ni d'une « clarification complète » [170]. De part et d'autre de l'Atlantique, l'admission de nouvelles prérogatives au bénéfice de la protection constitutionnelle ou conventionnelle

[166] Voy. *supra*, pt. I.A. et I.B. et V. C. Abreu, « The Malleable Use of History… », *op. cit.*, sp. p. 190 et B. Feinberg, « The Court Upholds a State Law Prohibiting Physician-Assisted Suicide », *op. cit.*, p. 867.

[167] Voy. *supra*, pt. II. À et II. B.

[168] L'on ne prendra pas position ici sur les explications présidant à l'inclination américaine à l'introspection historique et à la faveur européenne pour l'ouverture internationale, même si elles sont – évidemment et jusqu'à un certain point – le reflet de « l'insularité » qui caractérise parfois le droit américain (voy. not. F. R. van der Mensbrugghe, « "Exceptionnalisme" du droit américain : l'insularité de la Cour suprême des États-Unis », *Rev. Dr. ULg,* 2007, pp. 307 et s. et M. Minow, « The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States », *Harv. Int'l L.J. Online*, 2010, sp. 3 et s.) et du « cosmopolitisme » avéré de la Cour européenne (F. Tulkens, S. van Drooghenbroeck et F. Krenc, « Le soft law et la Cour européenne… », *op. cit.*, p. 488).

[169] Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 61.

[170] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 722 (1997).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

et – corrélativement – la délimitation toujours provisoire du champ d'application du droit à la vie privée ou au mariage procède donc d'une « construction » [171] pour laquelle il n'existe aucune « formule » [172] en manière telle qu'il faut recourir au « jugement raisonné » (« *reasoned judgement* » [173]).

La jurisprudence de la Cour suprême se réfère – fut-ce pour s'en départir [174] – à une « méthode » [175] impliquant de vérifier que la prérogative réclamée définie de manière précise (« *careful description* ») peut se prévaloir d'un enracinement profond dans l'histoire et la tradition nationales (« *deeply rooted* »). La jurisprudence de la Cour européenne ne renvoie pas expressément à telle ou telle méthodologie qui présiderait à l'élucidation provisoire de la portée de la vie privée et familiale ou du droit au mariage et l'on a pu juger qu'en la matière elle « sacrifiait la rigueur à l'efficacité » [176]. Il n'en reste pas moins que l'une et l'autre cours semblent chercher – sans y parvenir réellement ou pleinement – à structurer le processus d'extension des droits.

Parfois, comme dans *Roe* et – dans une moindre mesure [177] – dans *Schalk et Kopf*, un nouveau droit est simplement « affirmé » ou « annoncé » sans véritable justification. D'autres fois, le raisonnement présidant à son énonciation est « ambigu » et engendre un droit d'emblée bancal peu susceptible de s'imposer dans le cadre subséquent de la balance des intérêts (*A., B. et C.*). D'autres fois encore, la démarche mise en œuvre est à ce point « rigide » qu'elle exclut presque automatiquement toute potentialité d'un quelconque développement des droits (*Glucksberg*). Finalement, c'est la technique de l'« extrapolation » [178] ou de la « transmutation » [179] mobilisée dans *Obergefell* [180] et dans *Pretty* qui semble la plus convaincante : l'extension du domaine protégé est justifiée s'il est possible d'identifier à partir d'un droit déjà consacré des principes de « plus large portée » (« *broader reach* » [181]) situés à « un

[171] Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, § 57.
[172] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 10 (2015).
[173] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 10 (2015).
[174] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 10 et 18 (2015).
[175] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 720-721 (1997).
[176] F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 35.
[177] Voy. *supra*, pt. II. C.
[178] Voy. K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom ?… », *op. cit.*, pp. 156 et s. et L. H. TRIBE et M. C. DORF, « Levels of Generality in the Definition of Rights », *U. Chi. L. Rev.*, 1990, p. 1059.
[179] O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme… », *op. cit.*, p. 88.
[180] Voy. aussi la façon dont après *Roe*, la Cour suprême a cherché à renforcer – en particulier dans *Casey* – les soutènements d'un droit à l'avortement simplement affirmé ou annoncé en 1973 (*supra*, pt. I. A.).
[181] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 12 (2015).

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

niveau supérieur d'abstraction » (« *higher level of abstraction* » [182]) et susceptibles de s'appliquer avec la même pertinence et la même force à la nouvelle prérogative réclamée.

Dans leurs meilleurs moments, la jurisprudence et la jurisprudence européenne mobilisent donc des démarches très similaires où la subjectivité des juges est canalisée par l'objectivité de la méthode en manière telle que c'est une forme de « mouvement dans un cadre » [183] qui préside au déploiement progressif des droits [184]. Une telle approche devrait *a priori* pouvoir conduire à des prises de position nettes quant à l'existence ou à l'inexistence d'un droit : à cet égard, l'on peut avoir, dans le principe, une nette préférence pour la tendance américaine à affirmer clairement que la Constitution garantit ou ne garantit pas tel droit par rapport à la tendance européenne à n'utiliser que des formulations hésitantes truffées de doubles négations.

C. — La pondération des intérêts : domestiquer l'incommensurabilité

Il est, *en troisième lieu*, intéressant d'observer que, dans le système américain comme dans le système européen, les droits ne sont pas « absolus » et peuvent être « contrebalancés » [185] par des intérêts étatiques « importants » [186] ou faire l'objet de « restrictions » au regard de « but légitime[s] » poursuivi[s] par les autorités [187]. La Cour suprême et la Cour européenne doivent donc – l'une et l'autre – s'employer à déterminer les « poids relatifs » (« *relative weights* » [188]) des droits et intérêts en présence afin d'évaluer si les autorités étatiques ont aménagé entre eux un « juste équilibre » [189].

---

[182] Voy. K. Yoshino, « A New Birth of Freedom ?… », *op. cit.*, pp. 156 et s. et L. H. Tribe et M. C. Dorf, « Levels of Generality in the Definition of Rights », *op. cit.*, p. 1068.

[183] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 412.

[184] Encore conviendra-t-on, cependant, que la question est complexifiée par la circonstance que le juge américain opère un contrôle minimal même à l'égard de libertés qu'il considère non fondamentales, alors que le juge européen ne conduit parfois qu'un contrôle marginal à l'égard de prérogatives relevant bel et bien d'un droit garanti. Il apparaît donc que la protection de la Constitution américaine « déborde » le champ (plus resserré) des droits expressément jugés fondamentaux mais se trouve, au-delà de ces limites, largement atténuée. À l'inverse, la protection de la Convention européenne est « circonscrite » par le champ d'application (plus étendu) des droits conventionnels mais est sujette, à l'intérieur de ces limites, à des variations significatives. Il peut alors y avoir peu voire pas de différences concrètes entre le traitement, dans le système américain, d'une prérogative à laquelle la qualité de droit fondamental est refusée (*Glucksberg*) et celui, dans le système européen, d'une prérogative à laquelle cette qualité est reconnue (*A., B. et C.*).

[185] *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 853 (1992).

[186] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973).

[187] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 227.

[188] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973).

[189] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 241.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

La Cour suprême mobilise un « système à plusieurs vitesses » [190] qui articule différents « standards » censés calibrer la balance des intérêts d'une façon favorable tantôt aux droits individuels (« *strict scrutiny* ») tantôt aux intérêts des États (« *rational basis* ») ou bien plaçant les uns et les autres sur un pied d'égalité (« *intermediate scrutiny* »), mais la référence à ces standards n'est pas constante et leurs implications exactes sont incertaines [191]. La Cour européenne met en œuvre un « contrôle de proportionnalité » qui ne renvoie pas à des « tests » formellement identifiés et laisse *a priori* plus ouverte la pesée des intérêts mais dissémine dans sa jurisprudence des indications plus ou moins explicites relatives au poids « élevé » ou « moindre » de tel ou tel droit ou intérêt [192]. Ainsi, les deux juridictions s'emploient-elles à évaluer – dans un cadre plus ou moins calibré ou ouvert – le poids relatif d'intérêts individuels et étatiques concurrents.

L'on observe à cet égard dans les décisions examinées un assez net contraste s'agissant de l'ampleur et de la profondeur des analyses. *Roe* et *Glucksberg* mettent *a priori* en œuvre des standards déterminant largement l'issue de la pesée, mais procèdent néanmoins à un examen sérieux des intérêts étatiques opposés au droit à l'avortement et au droit au suicide assisté. *Obergefell* ne repose sur aucun standard explicite et examine non seulement les éléments qui pèsent en faveur du droit au mariage homosexuel mais également – fut-ce pour les écarter promptement – les arguments présentés au soutien de son interdiction. Par contre, ni *A., B. et C.* ni *Schalk et Kop* ne procède à un véritable exercice de pondération : la « morale » et les « traditions » y bénéficient d'une prévalence absolue ou immédiate sans que ces intérêts – au demeurant très abstraits [193] et controversés [194] – soient aucunement mis en balance avec les souffrances des femmes empêchées d'avorter et des homosexuels privés d'accès au mariage. Parmi les arrêts européens examinés, seul *Pretty* nous semble – en somme – s'atteler à une véritable analyse de proportionnalité soupesant soigneusement le « coût » et les « bénéfices » individuels et collectifs de la législation britannique.

[190] D. L. BESCHLE, « No More Tiers ? Proportionality as an Alternative… », *op. cit.*, pp. 384 et s.

[191] Certains exposent à cet égard que le système multi-niveaux de la Cour suprême pourrait être opportunément abandonné au profit d'une démarche plus classiquement proportionnaliste (D. L. BESCHLE, « No More Tiers ? Proportionality as an Alternative… », *op. cit.*, pp. 384 et s.)

[192] L'attribution d'un poids important à tel ou tel droit ou intérêt est alors étroitement liée à la détermination du caractère large ou étroit de la marge de manœuvre étatique (si un droit est « lourd » la marge se réduit ; si un intérêt étatique est « lourd » elle s'élargit) (Voy. not. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 232).

[193] Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. e. a. c. Autriche* du 19 février 2013, § 139.

[194] Voy. G. WILLEMS, « Private and family life vs. morals and traditions in the case-law of the ECHR », in K. BOELE-WOELKI et N. DETHLOFF (dir.), *Family Law and Culture in Europe : Developments, Challenges and Opportunities*, *European Family Law Series*, vol. 35, Cambridge, Anvers, Portland, Intersentia, 2014, pp. 305-322.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

C'est la démarche observable dans *Obergefell* et *Pretty* qui nous paraît contribuer le mieux à l'idéal d'une interprétation des droits fondamentaux dans le cadre de laquelle la dimension nécessairement politique de l'office du juge est encadrée par la démarche de nature scientifique à laquelle il s'astreint pour mettre en balance les objets *a priori* « incommensurables » [195] que constituent les droits et les intérêts concurrents. La difficulté d'une telle pesée justifie bien évidemment la tentation légitime de ne pas faire triompher unilatéralement l'un des intérêts en présence aux dépens de l'autre ou des autres et de chercher, plutôt, les termes d'un honnête compromis [196]. À cet égard, quelles qu'aient pu être les critiques formulées à l'endroit du « cadre trimestriel » proposé par *Roe* ou les déceptions occasionnées par la politique des « petits pas » inaugurée par *Schalk et Kop*, l'une et l'autre solutions nous paraissent infiniment plus dignes d'approbations que les accommodements spécieux préconisés dans *A., B. et C.* et *Pretty*.

D. — L'évaluation de sa légitimité : respecter la souveraineté [197]

Il est, *en quatrième lieu*, remarquable de constater que les juges de Washington et les juges de Strasbourg rappellent, les uns et les autres, constamment que la démocratie est « le processus approprié pour le changement » (« *the appropriate process for change* » [198]). Il leur revient, dès lors, de ne pas « substituer » [199] trop rapidement ou brutalement leurs opinions aux options prises par les autorités étatiques ou nationales. Celles-ci sont en effet « mieux placées » [200] pour arbitrer les conflits entre droits et intérêts et c'est à elles qu'« incombe au premier chef » [201] cette « responsabilité » [202] compte tenu, en particulier, de ce que « les goûts, les préférences culturelles et les conditions concrètes peuvent être variables au niveau étatique aux États-Unis et parmi les pays qui ont signé la Convention européenne des droits de l'homme » [203].

---

[195] 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, p. 236.

[196] S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in de J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité,* Actes du X[e] colloque de l'association Famille & Droit, Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, n° 1, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 322).

[197] Pour une réflexion sur la pertinence du concept de souveraineté étatique en droit constitutionnel américain et une comparaison de la souveraineté des États américains et de la souveraineté des États Nations, voy. T. ZICK, « Are the Sates Sovereign ? », *Wash. U. L. Rev*., 2005, sp. p. 233.

[198] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 24 (2015).

[199] Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, § 62.

[200] Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 223.

[201] Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002

[202] O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme… », *op. cit.*, p. 105.

[203] S.G. CALABRESI et L.D. BICKFORD, « Federalism and Subsidiarity : Perspectives from U.S. Constitutional Law », *Nomos*, 2014, p. 77.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Dans la jurisprudence de la Cour suprême, un principe de « *judicial restraint* » aux contours relativement indéterminés [204] constitue la contrepartie du pouvoir de *judicial review* et empêche que la clause de *due process* soit utilisée pour imposer aux États américains « les préférences politiques des membres de la Cour » [205]. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, la doctrine de la marge nationale d'appréciation fait dépendre l'intensité du contrôle européen de la nature des intérêts en jeu et de l'existence ou de l'absence d'un consensus européen et « marque *a priori* le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire » [206]. À l'aide de ces outils plus ou moins élaborés et structurés, la Cour suprême et la Cour européenne s'attellent à déterminer – dans chaque affaire – s'il est légitime et opportun qu'elles interviennent pour exprimer ou imposer une compréhension commune des exigences découlant des droits protégés ou s'il vaut mieux laisser se déployer à un échelon plus « local » des « débats sincères et profonds » [207] sur lesdites exigences.

L'échantillon jurisprudentiel ici examiné rend compte, à cet égard, de ce que cet aspect du processus décisionnel expose les juges des droits de l'homme aux mêmes risques : celui, en premier lieu, de verser dans « l'activisme » en imposant trop tôt et trop fort une vision encore largement minoritaire dans les États américains ou Européens (*Roe*) ; celui, en second lieu, de se rendre coupable de « passivisme » en renonçant à cristalliser une conception américaine ou européenne des droits qui est déjà plébiscitée par une (très) large majorité des États (*A., B. et C.*). Il s'agit donc de chercher constamment la voie intermédiaire entre interventionnisme intempestif et laxisme coupable. Relativement aisée dans les affaires où un consensus net pointe dans un sens ou dans l'autre (*Glucksberg* et *Pretty*), la détermination de la meilleure attitude est évidemment beaucoup plus complexe lorsque les questions examinées donnent lieu – dans les ordres juridiques contrôlés – à des évolutions rapides et significatives : l'on peut alors hésiter, fort légitimement, à mettre en œuvre un « activisme *soft* » qui « force en douceur » l'aboutissement d'un mouvement déjà franc (*Obergefell*) ou qui s'ébauche (*Schalk et Kopf*) en prenant « de petites libertés » [208] avec une approche rigoureusement consensuelle (*Goodwin*). Si l'on peut avoir l'impression qu'il est toujours plus prudent – dans le doute – de prendre le parti du « *restraint* » ou de la « retenue », les explications de Kennedy dans *Obergefell* mettent

[204] Certains exposent à cet égard que la Cour suprême pourrait opportunément embrasser la doctrine européenne de la marge d'appréciation et font valoir que certaines décisions – comme *Arizona Christian School Tuition Org. v. Winn* – s'engageraient déjà dans cette voie (S.G. CALABRESI et L.D. BICKFORD, « Federalism and Subsidiarity », *op. cit.*, pp. 76-78).

[205] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997).

[206] F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique (édition générale*), 2013, p. 1917.

[207] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 735 (1997).

[208] A. GOUTTENOIRE, « Les règles communes relatives à la famille », *op. cit*., pp. 198-200.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

spectaculairement en évidence que l'abstention peut être lourde de conséquences (*Bowers*).

Il s'agit de ne pas perdre de vue, au fond, que c'est aussi un aspect de la démocratie que « de soustraire certains sujets aux vicissitudes des controverses politiques et de les mettre hors de portée des majorités et des officiels »[209]. En effet, « les droits fondamentaux ne peuvent être soumis à un vote ; ils ne dépendent pas du résultat des élections »[210]. On conclura, ici aussi, sans plus surprendre le lecteur, que l'examen comparé des jurisprudences américaine et européenne fait apparaître – en filigrane – l'enjeu d'une subsidiarité maîtrisée où des points de repère méthodologiques flexibles – tels que le consensus – canalisent sans les étouffer les velléités libérales et conservatrices qui s'expriment dans les instances juridictionnelles de protection des droits humains.

Conclusion

La Cour suprême et la Cour européenne sont régulièrement (ré)invitées à appliquer les *garanties abstraites* de la Constitution américaine et de la Convention européenne aux *problématiques concrètes* qui émaillent la vie personnelle et familiale contemporaine. Pour accomplir cette « *tâche herculéenne* », les juges de Washington et de Strasbourg mettent en œuvre des processus décisionnels analogues articulant *quatre étapes* ou *quatre opérations* : il leur revient ainsi de *contextualiser* l'interprétation, de *délimiter* les droits, de *pondérer* les intérêts en présence et – enfin – d'*évaluer* leur propre légitimité.

Pour chacun de ces aspects du processus décisionnel, les juges américains et les juges européens ont progressivement dégagé des *balises méthodologiques* plus ou moins formalisées ou conceptualisées qui viennent encadrer la *dimension politique* que revêt nécessairement l'office de juges investis du pouvoir exorbitant de censurer les choix résultant du processus démocratique ordinaire. Les décisions prises sur *Capitol Hill* et au Palais des droits de l'homme procèdent ainsi idéalement d'une *synthèse féconde* de la *rationalité juridique* et de la *volonté politique* où la première canalise la seconde sans la nier ou l'asphyxier.

Les décisions de la Cour suprême et de la Cour européenne n'atteignent pas systématiquement cet objectif ambitieux et nous avons pu, dans cette contribution, critiquer les errements de *Roe*, *Glucksberg* et *A., B.* et *C.* et saluer – au contraire – les qualités d'*Obergefell*, de *Pretty* et – dans une moindre mesure – de *Schalk et Kopf*. Relayant et synthétisant des observations

[209] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 24 (2015).
[210] *Ibid*.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

formulées par d'autres auteurs, ces critiques et ces louanges rendent compte de ce que les juges américains comme les juges européens rendent *tantôt de « grands » et tantôt de « petits » voire de « mauvais arrêts »* [211] et que la « valeur » d'une décision n'est *pas tributaire de la prévalence* qu'elle reconnaît ou non aux droits individuels sur les intérêts de l'État.

Plus fondamentalement, ces appréciations négatives ou positives formulées relativement aux arrêts examinés ont fait progressivement apparaître – pour chacun des quatre aspects du processus décisionnel – les principaux « écueils » à éviter et les « bonnes pratiques » à cultiver aussi bien par le juge américain que par le juge européen. Il ne nous semble pas inutile, au terme de cette contribution, de les reprendre ici de façon synthétique :

(1) Les sources externes jugées pertinentes pour la *contextualisation de l'interprétation* ne doivent être ni escamotées ni instrumentalisées ; elles devraient être mobilisées d'une façon constante et transparente qui n'en élude pas le caractère éventuellement complexe, dialectique ou dynamique.

(2) L'*extension du champ d'application* des droits garantis ne peut procéder de simples annonces ou de simples affirmations ni être soumise à des exigences insurmontables ; elle devrait découler d'une dérivation explicite des nouveaux droits à partir des anciens par « extrapolation » ou par « transmutation ».

(3) La *balance des intérêts* ne peut en règle être calibrée d'une façon qui fait prévaloir absolument les droits de l'individu ou les buts poursuivis par l'État ; elle devrait s'apparenter à une véritable pesée comparant explicitement les « coûts » imposés à l'individu et les « bénéfices » escomptés par l'État.

(4) S'agissant enfin de l'*évaluation de sa propre légitimité* le juge ne devrait ni imposer une solution (encore) largement minoritaire ni renoncer à cristalliser un standard (déjà) unanimement plébiscité ; dans les situations intermédiaires, un « activisme soft » peut être justifié au regard de la nature des intérêts en cause ou de tendances mises en évidence par les sources externes prises en considération.

Intéressant sur le plan doctrinal, l'examen parallèle puis comparé des arrêts de la Cour suprême et de ceux de la Cour européenne conduit aussi à considérer que, confrontés au même défi méthodologique et exposés au risque corrélatif de l'arbitraire, les juges européens et américains auraient probablement beaucoup à gagner dans la mise en œuvre d'échanges plus soutenus entre leurs deux cours qui pourraient prendre la forme d'emprunts mutuels ou (à tout le moins) de références mutuelles. Les arguments les mieux articulés et les raisonnements les plus fins paraissent ainsi largement « transposables »

[211] Voy. P. MALAURIE, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 21 août 2006, n° 166.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

ou « transplantables » d'un système à l'autre : ils sont en mesure de s'épanouir aussi bien sous les fresques néoclassiques de la Cour suprême que sous les coupoles postmodernes de la Cour de Strasbourg [212]. Minimalement, les références croisées entre la jurisprudence américaine et la jurisprudence européenne sont en mesure d'offrir aux uns et aux autres – dans une mesure variable et peut-être asymétrique – un supplément de légitimité lorsqu'ils s'apprêtent à prendre une décision sur une question déjà jugée de l'autre côté de l'Atlantique.

L'ébauche de tels échanges existe, ainsi qu'on l'a souligné dès l'introduction de cette contribution, depuis longtemps déjà. Des frémissements strasbourgeois [213] autour de l'arrêt *Obergefell* donnent à penser que le juge européen est d'ores et déjà relativement enclin à une accentuation du dialogue transatlantique. Il est plus difficile d'apercevoir, du côté de Washington, des échos à l'arrêt *Lawrence* dans lequel l'arrêt *Dudgeon* de la Cour européenne était présenté comme un indicateur des conceptions et tendances à l'œuvre « dans notre civilisation occidentale » (« *our Western civilization* ») [214]. Les dernières nominations à la Cour n'accréditent pas *a priori* l'idée d'un renforcement significatif et rapide de son cosmopolitisme. Qu'il nous soit permis d'espérer, toutefois, que des échanges plus nourris puissent bientôt intervenir entre Washington et Strasbourg dans le contexte favorable d'une intensification globale du dialogue entre juges [215].

[212] E. Bribosia, I. Rorive et L. Van den Eynde, « Same-Sex Marriage : Building an Argument Before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *Berkeley J. Int'l L.*, 2014, p. 1.

[213] Cour eur. D.H., arrêt *Oliari e. a. c. Italie* du 21 juillet 2015, § 65 ; Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi e. a. c. Italie* du 14 décembre 2017, § 115 ; Cour eur. D.H., arrêt *Babiarz c. Pologne* du 10 janvier 2017, opinion dissidente du juge Sajó, § 20.

[214] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 12 (2003).

[215] Voy. not. Cour int. dr. h., opinión consultativa OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la Republica de Costa Rica.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques