

Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018)

Marie-Pascale ALLARD

Assistante à l'UCLouvain et à l'UNamur

Pauline TAPIERO

Aspirante F.R.S.-FNRS

et

Geoffrey WILLEMS

Professeur à l'UCLouvain

Table des matières

INTRODUCTION	12
I. DROIT DE LA PERSONNE	13
A. <i>Le début et la fin de la vie</i>	13
1. Le début de la vie: l'affectation d'embryons à la recherche scientifique	13
2. La fin de la vie: l'arrêt des soins prodigués à une personne en état végétatif	15
B. <i>L'état de la personne</i>	18
1. Le sexe	18
2. Le nom et le prénom	21
3. La nationalité	22
C. <i>La capacité</i>	23
1. La minorité	23
2. L'incapacité juridique des majeurs	26

<i>D. L'intégrité physique et l'autonomie personnelle</i>	29
1. L'intégrité physique	29
<i>a) Les mauvais traitements</i>	29
i) Les mauvais traitements infligés aux enfants dans les établissements scolaires.....	29
ii) Les mauvais traitements infligés aux femmes enceintes dans les établissements pénitentiaires.....	30
<i>b) Le viol</i>	31
<i>c) Les violences domestiques</i>	34
<i>d) Les violences dans le pays d'origine</i>	39
i) Les violences familiales	39
ii) Les mutilations génitales féminines.....	40
<i>e) L'exploitation sexuelle</i>	45
<i>f) La santé</i>	46
i) La qualité des soins.....	46
ii) Le handicap	50
iii) L'indemnisation de l'invalidité.....	52
<i>g) Le prélèvement d'organes et de tissus et l'intégrité de la dépouille</i>	56
2. L'autonomie personnelle: le choix des modalités de son accouchement.....	57
<i>E. L'intégrité morale et le développement personnel</i>	60
1. L'intégrité morale.....	60
<i>a) La protection des données personnelles</i>	60
i) La collecte des données personnelles par les autorités étatiques	60
(a) L'interception des communications et les écoutes secrètes.....	60
(b) Les mesures de géolocalisation.....	64
ii) La collecte des données personnelles par des employeurs: la surveillance de l'utilisation des ordinateurs des employés	65
iii) Le secret professionnel des avocats	66
<i>b) Le droit à la protection de l'image</i>	69
i) Les atteintes étatiques au droit à l'image	70
ii) La protection de l'image contre les tiers: le droit à l'image des personnalités	70
iii) La protection de l'image contre les tiers: le droit à l'image des personnes privées.....	72

c) <i>Le droit à la réputation</i>	72
i) La protection de la réputation des personnalités publiques	73
ii) La protection de la réputation des personnes privées....	75
2. Le droit au développement de l'identité sociale	76
a) <i>Le choix de l'apparence: le port de vêtements religieux dans l'espace public</i>	76
b) <i>Le choix du mode de vie : le mode de vie tsigane et le droit à l'identité ethnique</i>	78
i) Le droit à l'identité ethnique: les insultes et menaces verbales.....	78
ii) Le choix du mode de vie tsigane et les expulsions forcées	78
II. DROIT DE LA FAMILLE	80
A. <i>Le couple</i>	80
1. Le mariage des mineurs.....	80
2. Le divorce	81
3. La reconnaissance et la protection du couple homosexuel	84
a) <i>Le droit de se marier</i>	84
b) <i>Le droit au partenariat enregistré</i>	86
c) <i>La reconnaissance du mariage homosexuel célébré à l'étranger</i>	88
d) <i>Le droit au regroupement familial</i>	90
e) <i>Le droit à la pension de survie</i>	93
4. Le droit des couples hétérosexuels à un partenariat enregistré	95
B. <i>L'enfant</i>	97
1. Procréation médicalement assistée	97
a) <i>Gestation pour autrui internationale</i>	97
b) <i>Accès des couples de femmes à la PMA</i>	101
2. Filiation	101
a) <i>La contestation de la paternité par les parents juridiques</i>	101
i) La contestation de la paternité présumée ou reconnue..	101
ii) La contestation de la paternité établie judiciairement ...	104
b) <i>La contestation de la paternité par le père biologique</i>	105
c) <i>Adoption</i>	108
i) Annulation de l'adoption pour des motifs patrimoniaux.....	108
ii) Adoption organisée sur internet avant la naissance	110
3. Garde, visites et contacts.....	111

<i>a) Attribution de la garde</i>	112
i) Droit de garde et égalité des sexes.....	113
ii) Droit de garde d'une mère célibataire.....	114
iii) Volonté de l'enfant.....	115
<i>b) Droit aux contacts</i>	116
i) Droit aux contacts d'un père handicapé.....	116
ii) Droit aux contacts et aliénation parentale.....	118
iii) Droit aux contacts de l'ex-père juridique.....	121
<i>c) Inexécution du droit de garde ou du droit aux contacts</i>	123
i) Inexécution du droit de garde.....	123
ii) Inexécution du droit aux contacts.....	125
4. Homoparentalité.....	126
5. Enlèvement international.....	128
6. Protection de l'enfance.....	132
<i>C. Les successions</i>	135
<i>D. Les relations familiales des étrangers</i>	138
1. Regroupement familial.....	138
2. Expulsion et interdiction de territoire.....	140
3. Asile.....	141
<i>E. Les relations familiales des détenus</i>	141
CONCLUSION.....	142

Introduction

1. Ce sont désormais treize années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la personne et de la famille qui se trouvent chroniquées dans les pages de la *Revue trimestrielle de droit familial*.

Les trois précédentes chroniques⁽¹⁾ couvraient la période 2005-2014 et témoignaient d'ores et déjà de la formidable richesse de la contribution

⁽¹⁾ G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie», *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 447 et s.; G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Deuxième partie», *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 799 et s.; G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 9 et s.; G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

strasbourgeoise à la réévaluation permanente des règles de droit de la personne et de la famille. Cette nouvelle édition — corédigée, pour la première fois, par trois auteurs — rend compte de ce que le mouvement ne s'est nullement infléchi durant la période 2015-2018 ici passée en revue. À nouveau, ce sont des dizaines d'arrêts européens qui passent le statut juridique de la personne (I) et le droit des relations familiales (II) au crible des exigences des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne et cristallisent progressivement un *corpus* européen de droits personnels et familiaux.

Certains d'entre eux feront date et occuperont, dans l'histoire jurisprudentielle européenne, une place comparable à celle de *leading cases* tels que *Marckx c. Belgique*, *Pretty c. Royaume-Uni* ou bien *Goodwin c. Royaume-Uni* et il sera expressément insisté sur l'importance de leurs enseignements. D'autres font écho à des principes précédemment affirmés qu'ils viennent consolider, enrichir et/ou nuancer. D'autres enfin semblent affaiblir ou brouiller les acquis de la jurisprudence antérieure ou bien renoncer à les enrichir et à les développer : l'on se permettra éventuellement à leur endroit des propos respectueusement critiques.

On ne répètera pas ici les principes essentiels qui président à la délimitation du champ d'application des dispositions de la Convention et à la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité : ils ont été exposés dans les précédentes chroniques⁽²⁾ et dans d'autres publications⁽³⁾. Le lecteur nous permettra alors de l'y renvoyer.

I. — Droit de la personne

A. — *Le début et la fin de la vie*

1. *Le début de la vie : l'affectation d'embryons à la recherche scientifique*

2. L'on se souvient que dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*⁽⁴⁾ la Cour a précédemment estimé qu'un État pouvait exiger le consentement des deux partenaires ayant participé génétiquement à la constitution d'embryons cryoconservés afin de pouvoir procéder à leur implantation, et ce malgré la séparation conjugale. Dans la période recensée, la juridiction strasbour-

en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 701 et s.

⁽²⁾ Voy. les chroniques 2005-2008 et 2009-2011.

⁽³⁾ 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.

⁽⁴⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007.

geoise a une nouvelle fois eu l'occasion de se prononcer sur le sort à réserver à de tels embryons cryoconservés. Elle a été cette fois confrontée à la question de savoir si le droit de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* afin d'en faire don à la recherche scientifique pouvait être protégé par l'article 8 de la Convention garantissant un droit au respect de la vie privée⁽⁵⁾.

C'est ainsi que dans l'importante affaire *Parrillo c. Italie*⁽⁶⁾, la grande chambre a jugé le 27 août 2015 que l'impossibilité de faire don d'embryons surnuméraires à un programme de recherche ne portait pas atteinte à l'article 8 de la Convention.

La requérante et son compagnon avaient eu recours aux techniques de procréation médicalement assistée dès 2002. Cinq embryons en étaient issus, mais Monsieur est décédé dans un attentat en Irak, où il réalisait un reportage de guerre, avant qu'une implantation ne puisse être réalisée. La requérante avait dès lors abandonné son projet parental et souhaitait faire don de ces embryons, cryoconservés, à la recherche scientifique. Sa demande avait cependant été tenue en échec en raison de la législation pénale italienne interdisant la recherche scientifique sur les embryons (§§ 12 à 16).

La Cour a tout d'abord estimé que le droit de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* afin d'en faire don à la recherche scientifique pouvait relever du champ d'application du droit au respect de la vie privée (§ 149), au motif que « la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touchait un aspect intime de sa vie personnelle, relevant à ce titre de son droit à l'autodétermination » (§ 159). La Cour a fondé sa réflexion sur le lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus, réceptacles du patrimoine génétique de la personne et composantes de l'identité biologique de la requérante (§ 158).

La juridiction strasbourgeoise a cependant estimé qu'une ample marge d'appréciation devait être accordée à l'Italie en raison de l'absence de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la question « délicate, d'ordre moral et éthique » (§ 176) du don d'embryons non destinés à l'implantation, qui ne se situe en outre pas au cœur des notions d'existence et d'identité de la personne (§§ 174 et 175). À l'aune d'une telle marge d'appréciation, la Cour a alors considéré que l'interdiction contestée

⁽⁵⁾ G. WILLEMS, « Droits de l'homme et procréation médicalement assistée : la Cour de Strasbourg face aux évolutions biomédicales et aux mutations de la filiation », in *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui* (dir. N. GALLUS et N. MASSAGER), Limal, Anthemis, 2017, pp. 26 et s.

⁽⁶⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Parrillo c. Italie* du 27 août 2015.

avait pu paraître nécessaire aux yeux de l'État pour veiller à la protection de la morale et des droits et libertés *d'autrui* dans une société démocratique (§ 167)⁽⁷⁾. Si elle a admis dès lors que la mesure litigieuse pouvait poursuivre un objectif de «protection de la potentialité de vie dont l'embryon est porteur» (§ 167), la Cour a immédiatement précisé qu'elle n'entendait pas se prononcer sur le point de savoir si le mot «autrui» englobait l'embryon humain (§ 167) et a évité de cette façon d'entrer dans l'épineux débat sur le début de la vie, entérinant sa jurisprudence antérieure⁽⁸⁾.

Le juge Sajó s'est vigoureusement départi de cette approche pour considérer qu'il y avait en l'espèce une violation de l'article 8. À ses yeux, en effet, «la loi [italienne] ignorait l'intérêt à prévenir la souffrance humaine réelle par la recherche scientifique au nom de la protection d'une *potentialité* de vie, qui, de plus, ne [pourrait] jamais se matérialiser dans les circonstances de l'espèce». En outre, le juge hongrois n'a pas compris «pourquoi on [attachait] une importance prépondérante à une potentialité de vie alors que le droit italien [autorisait] bien l'avortement d'un fœtus viable [...]». Il a dès lors conclu que les explications avancées par l'État défendeur étaient «non seulement incohérentes, mais tout simplement — irrationnelles» et ne pouvaient «représenter une justification suffisante pour la proportionnalité de la mesure» (§ 19).

2. La fin de la vie : l'arrêt des soins prodigués à une personne en état végétatif

3. Depuis l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* rendu au début du siècle⁽⁹⁾, la Cour déploie progressivement sa jurisprudence dans le domaine de la fin de vie en accordant une large place à l'autonomie de la volonté, sans toutefois aller jusqu'à reconnaître un droit à mourir au sein de l'article 2 de la Convention⁽¹⁰⁾. Après s'être penchée sur la question de l'incrimination

⁽⁷⁾ Nous soulignons.

⁽⁸⁾ A.-C. CAIRE, «Persistance des incertitudes sur le statut de l'embryon», *Rev. trim. dr. h.*, 2016/107, p. 737. Dans la lignée des arrêts : Cour eur. D.H., déc. *Boso c. Italie* du 5 septembre 2002 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *A. B. C. c. Irlande* du 16 décembre 2010.

⁽⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

⁽¹⁰⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 39 ; Cour eur. D.H., arrêt *Glass c. Royaume-Uni* du 9 mars 2004 ; Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, §§ 53 à 56 ; Cour eur. D.H., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gross c. Suisse* du 30 septembre 2014 et G. GÉNICOT, «Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire *Vincent Lambert*», *J.T.*, 2016/2, n° 6630, p. 17 et J.-M. LARRALDE, «La Cour de Strasbourg face à "l'obstination déraisonnable" des traitements dispensés aux personnes en état végétatif chronique», *Rev. trim. dr. h.*, 2015, n° 104, pp. 1105 et s.

pénale et de l'impossibilité de recourir à une forme de suicide assisté⁽¹¹⁾ — notamment sous l'angle du droit à obtenir une substance euthanasiante⁽¹²⁾, et après avoir observé quelles étaient les obligations procédurales devant être mises en œuvre par les États de manière à garantir qu'une décision de mettre fin à ses jours corresponde à la libre volonté d'un individu⁽¹³⁾, la très médiatique affaire *Lambert c. France*⁽¹⁴⁾ lui a permis une nouvelle fois d'approfondir cette jurisprudence, en abordant la question inédite de l'arrêt des traitements d'une personne en état d'inconscience.

Le 5 juin 2015, la grande chambre a ainsi estimé que la procédure prévue par le droit interne ayant conduit à l'autorisation d'interrompre l'alimentation et l'hydratation artificielles d'une personne se trouvant dans un état végétatif irréversible ne violait pas le droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention. L'arrêt de la Cour est fortement ancré dans la spécificité de la réglementation française et témoigne d'une grande prudence face à un contexte extrêmement sensible⁽¹⁵⁾.

Vincent Lambert avait été victime d'un accident de la route en 2008 qui l'avait rendu tétraplégique et entièrement dépendant. Il souffrait depuis lors de lésions cérébrales irréversibles et se trouvait plongé dans un état végétatif chronique sans possibilité d'amélioration. Il n'avait laissé aucune directive anticipée relative à ses choix de fin de vie ni désigné de personne de confiance. Saisi de cette situation, le Conseil d'État français avait jugé, le 24 juin 2014, que si la décision prise quelques mois plus tôt par le médecin en charge de Vincent Lambert de mettre fin à son alimentation et à son hydratation artificielles était mise en œuvre, elle ne pourrait pas être tenue pour illégale. Les requérants — ses parents, un demi-frère et une de ses sœurs —, s'opposant au reste des membres de la famille et notamment à son épouse, soutenaient quant à eux à Strasbourg que la décision de mettre fin à ses soins s'inscrivait en contradiction avec les obligations positives contenues au sein de l'article 2 de la Convention, qui obligent les États à prendre

⁽¹¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 et Cour eur. D.H., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012.

⁽¹²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Koch c. Allemagne* du 19 juillet 2012; Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gross c. Suisse* du 30 septembre 2014.

⁽¹³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gross c. Suisse* du 30 septembre 2014.

⁽¹⁴⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Lambert et autres c. France* du 5 juin 2015.

⁽¹⁵⁾ G. GÉNICOT, «Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire *Vincent Lambert*», *op. cit.*, pp. 17 à 18 et 25 et J.-M. LARRALDE, «La Cour de Strasbourg face à "l'obstination déraisonnable" des traitements dispensés aux personnes en état végétatif chronique», *op. cit.*, p. 1098.

les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (§§ 117, 124 et 140)⁽¹⁶⁾.

Confrontée à «une question médicale, juridique et éthique de la plus grande sensibilité» (§§ 144 et 181), au sujet de laquelle il n'existe pas de consensus entre les États membres, la Cour a estimé qu'une large marge d'appréciation devait être laissée à l'État français, tant quant à «la possibilité de permettre ou non l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle» (§ 148). Se retranchant derrière le principe de subsidiarité (§ 181)⁽¹⁷⁾, la juridiction strasbourgeoise s'est limitée à un examen procédural de l'affaire et a estimé que le cadre législatif interne tel que prévu en droit français et tel qu'interprété par le Conseil d'État — la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite «*loi Léonetti*» — était suffisamment clair. Elle a en outre considéré que le processus décisionnel ayant conduit à la décision d'arrêt des soins avait été mené de façon assez méticuleuse pour se conformer aux exigences posées par l'article 2 (§§ 150 et s.). Enfin, en ce qui concerne le contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'État, la Cour a jugé que l'affaire «avait pu faire l'objet d'un examen approfondi [...]», en soulignant l'importance de l'expertise médicale qui avait été préalablement menée (§§ 181 et 174).

La Cour a expressément souligné la place centrale à accorder à la volonté du patient — supposée ou exprimée — et au respect de l'autonomie personnelle dans les procédures mises en place par les États pour mettre fin aux traitements qui maintiennent en vie⁽¹⁸⁾. Elle a noté, à cet égard, le fait que Vincent Lambert avait, semblait-il, mentionné à plusieurs reprises avant son accident qu'il ne souhaitait pas être maintenu artificiellement en vie dans un état de grande dépendance, si cela devait un jour lui arriver (§§ 176 et 178)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ F. SUDRE, «Le droit au respect de la vie», in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), Paris, PUF, 2017, pp. 121 et s.

⁽¹⁷⁾ G. GÉNICOT, «Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire *Vincent Lambert*», *op. cit.*, p. 23.

⁽¹⁸⁾ G. GÉNICOT, «Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire *Vincent Lambert*», *op. cit.*, p. 18 et J.-M. LARRALDE, «La Cour de Strasbourg face à "l'obstination déraisonnable" des traitements dispensés aux personnes en état végétatif chronique», *op. cit.*, p. 1098.

⁽¹⁹⁾ Le 24 avril 2019, des membres de la famille de Vincent Lambert ont saisi à nouveau la Cour européenne des droits de l'homme afin que celle-ci demande à l'État français de suspendre l'exécution de la décision des autorités nationales d'autoriser l'arrêt des soins de Vincent Lambert et de prononcer une interdiction de sortie du territoire (en vertu de l'article 39 de la Convention, permettant à la Cour de prendre des mesures provisoires). Le

Dans une opinion dissidente particulièrement virulente, certains juges ont au contraire estimé que « la conclusion [à laquelle est arrivée la Cour] équivaut à un pas en arrière dans le degré de protection que la Convention et la Cour [avaient] jusqu'ici offert aux personnes vulnérables » (§ 1). Ils ont en effet jugé que la Cour avait accordé un trop grand crédit, *a posteriori*, à la volonté présumée de Vincent Lambert quant à l'arrêt de ses traitements, et que, loin d'être une certitude absolue, cette interprétation des conversations informelles tenues par la personne inconsciente des années auparavant risquait de mener à de graves abus ayant « pour résultat de précipiter un décès qui ne serait pas survenu autrement dans un avenir prévisible » (§ 9).

B. — *L'état de la personne*

1. *Le sexe*

4. Dans les précédentes chroniques⁽²⁰⁾, l'on avait déjà recensé plusieurs décisions de la Cour européenne portant sur la reconnaissance légale de l'identité sexuelle de personnes transgenres ayant subi une opération de conversion sexuelle⁽²¹⁾. Depuis quelques années, toutefois, les arrêts portés devant la Cour en matière d'identité de genre soulèvent de nouvelles problématiques, se centrant désormais notamment davantage sur les conditions d'accès aux opérations de conversion sexuelle⁽²²⁾ ou encore sur la reconnaissance légale de l'identité sexuelle de personnes transgenres qui n'ont pas subi d'opération ou de traitement de changement de sexe.

5. L'affaire *Y.Y. c. Turquie*, ayant fait l'objet d'un arrêt du 10 mars 2015, concernait l'épineuse question de la nécessaire subordination de

30 avril 2019, la Cour a rejeté cette demande de mesures provisoires. Vincent Lambert est décédé le 11 juillet 2019, quelques jours après l'arrêt des traitements le maintenant en vie. De nombreuses procédures judiciaires avaient été introduites dans l'intervalle, les requérants ayant également saisi le Comité international des droits des personnes handicapées.

⁽²⁰⁾ Voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/2, pp. 447-704 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/1, pp. 9-128 ; G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/4, pp. 701-758.

⁽²¹⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006 et arrêt *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014.

⁽²²⁾ Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007 et arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, commentés dans G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, p. 19.

l'opération de changement de sexe d'un individu à la démonstration de son incapacité de procréer. Le requérant — personne transgenre inscrite sur les registres d'état civil comme étant de sexe féminin — s'était vu débouté par les autorités turques de sa demande d'autorisation judiciaire de recourir à une opération de réassignation sexuelle (préalable indispensable pour toute demande de changement de sexe civil), au motif qu'il n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer. Aux termes de l'article 40 du Code civil turc, toute modification du sexe d'une personne sur les registres de l'état civil ne pouvait en effet se faire que moyennant la constatation de la réalisation d'une opération de changement de sexe, dont l'autorisation judiciaire préalable était, elle-même, conditionnée par la majorité, le célibat, le diagnostic transsexuel, ainsi que — et surtout — par l'incapacité de la personne à procréer. Devant la Cour de Strasbourg, le requérant invoquait une atteinte au droit au respect de sa vie privée (art. 8). Il dénonçait le refus opéré par les autorités nationales de prendre acte de « la contradiction entre sa perception de lui-même comme homme et sa constitution physiologique [...] établie par des rapports médicaux », sur la base du seul fondement de sa capacité à procréer (§ 44). La Cour a alors souligné, en particulier, les incohérences de la législation turque, qui place les personnes transgenres dans un « cercle vicieux » en posant l'exigence de stérilité comme condition — alors qu'il s'agit généralement d'une conséquence — de l'opération de changement de sexe. Pour la Cour, le respect dû à l'intégrité physique du requérant devait s'opposer à ce qu'il doive se soumettre à une stérilisation préalable à l'opération de réaffectation sexuelle (§ 119). Par conséquent, elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁽²³⁾.

Comme l'ont souligné les juges Lemmens et Kūris dans leur opinion concordante en marge de cet arrêt, il était donc désormais admis que la stérilité ne pouvait plus conditionner l'accès au traitement chirurgical de réassignation sexuelle. En revanche, la question de la légitimité de la condition de stérilité et/ou de réassignation sexuelle comme préalable au changement de sexe civil, quant à elle, demeurait⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ L'arrêt de la Cour a fait l'objet de deux opinions séparées. Dans la première opinion concordante, les juges français et islandais regrettaient que la Cour n'ait pas abordé plus en profondeur la question de savoir si, en l'espèce, l'ingérence tendait à un but légitime permettant de justifier une stérilité définitive et, le cas échéant, si l'exigence de stérilité définitive en tant que telle est compatible avec l'article 8 de la Convention. Pour les deux juges, « dans le cas où la stérilisation serait la seule possibilité de garantir l'autorisation d'une opération de changement de sexe, on peut parler de stérilisation forcée *de facto* » (§ 26). Dans la seconde opinion concordante, les juges belge et lituanien entendaient, quant à eux, préciser que « le présent arrêt ne saurait être interprété comme excluant définitivement l'exigence de l'incapacité définitive de procréer du contexte de la conversion sexuelle » (§ 4).

⁽²⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie* du 10 mars 2015, opinion concordante des juges Lemmens et Kūris.

6. Cette question semble néanmoins avoir été tranchée depuis la condamnation de la France par l'arrêt *A.P. Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017. Dans cette affaire, trois personnes transgenres — qui s'étaient heurtées au refus des juridictions françaises de leur demande de changement de sexe et de prénom sur les registres de l'état civil — avaient saisi la Cour européenne des droits de l'homme sur pied de l'article 8 de la Convention, alléguant que le fait de conditionner la modification de leur sexe juridique à la réalisation d'une opération entraînant une forte probabilité de stérilité contrevenait à leur droit au respect de leur identité sexuelle, et plus largement, de leur vie privée.

La Cour a accepté, au titre du « principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, [de] la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, [de] l'exigence de sécurité juridique » (§ 132), les conditions posées par l'État français de subir un examen médical (non-violation de l'article 8 dans le chef du premier requérant) et d'établir la réalité du syndrome transsexuel (non-violation de l'article 8 dans le chef du deuxième requérant). Elle a considéré, en revanche, que l'obligation d'établir le caractère irréversible de la transformation de l'apparence constituait une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour a, en effet, estimé que « le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant qu'elles ne souhaitent pas subir revient à conditionner le plein exercice du droit au respect de la vie privée à la renonciation au plein exercice du droit au respect de l'intégrité physique » (§ 131). Le juge européen a donc ainsi confirmé le rejet de l'exigence de stérilité du contexte de la conversion sexuelle.

Il y a lieu de noter que cette décision de la Cour, bien que fondamentale, ne revêt — en ce qui concerne la France — qu'une portée « essentiellement symbolique »⁽²⁵⁾, puisque le Code civil français avait déjà été amendé en novembre 2016 par l'ajout de deux nouveaux articles, stipulant que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » (art. 61-6, al. 3, C. civ.). La nouvelle législation française va donc même au-delà des exigences européennes posées par l'arrêt qui la condamne, puisqu'elle « abandonne la dimension médicale du transsexualisme » alors que la Cour de Strasbourg lui reconnaissait la possibilité de continuer « d'exiger que soit démontrée la réalité du syndrome transsexuel »⁽²⁶⁾. À l'appui de cette conclusion, la Cour a entendu souligner, en particulier, que

⁽²⁵⁾ H. FULCHIRON, « Chroniques — Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2017/5, p. 458.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, p. 458.

l'exigence de diagnostic existait dans la grande majorité des États membres autorisant le changement de sexe civil, que le transsexualisme figurait toujours dans la classification internationale des maladies de l'OMS⁽²⁷⁾, que, contrairement à l'exigence de recourir à une opération de conversion, l'exigence de diagnostic ne portait pas directement atteinte à l'intégrité physique de la personne et enfin, qu'elle visait à «préserver les intérêts des personnes concernées», en ce qu'elle tendait «à faire en sorte qu'elles ne s'engagent pas erronément dans un processus de changement légal de leur identité» (§§ 139-141). La Cour européenne des droits de l'homme ne semble donc pas trouver problématique — à ce stade — que les personnes désireuses de changer juridiquement de sexe doivent accepter de se voir considérer comme atteintes d'une pathologie mentale pour se voir reconnaître un droit à l'identité sexuée⁽²⁸⁾.

2. *Le nom et le prénom*

7. Toujours en matière de transsexualisme, la Cour a également récemment été amenée, dans son arrêt *S.V. c. Italie* du 11 octobre 2018, à déterminer si le refus des autorités italiennes d'autoriser le changement de prénom d'une personne transsexuelle au cours du processus de transition sexuelle et avant l'aboutissement de l'opération de conversion avait constitué une violation de son droit au respect de sa vie privée (art. 8). En l'espèce, la requérante avait été autorisée, par le tribunal civil de Rome, à recourir à une opération de conversion sexuelle mais s'était vu refuser, pendant plus de deux ans, la modification juridique de son prénom, au motif que son parcours de transition ne s'était pas encore conclu par cette opération. Pour la Cour, ce refus était «basé sur des arguments purement formels ne prenant nullement en compte la situation concrète de l'intéressée» (§ 70). Elle y voyait «une rigidité du processus judiciaire de reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transsexuelles», ayant placé la requérante — dont l'apparence physique et l'identité sociale était déjà féminine depuis longtemps — «pendant une période déraisonnable dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété» (§ 72). La Cour a dès lors conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 8 de la Convention.

⁽²⁷⁾ Le nouveau projet de classification internationale des maladies (CIM) publié en juin 2018 par l'OMS a désormais retiré le «transsexualisme» de la liste des maladies mentales pour introduire celui d'«incongruence de genre» dans le chapitre dédié à la santé sexuelle, voy. <https://www.who.int/classifications/icd/en/>.

⁽²⁸⁾ H. FULCHIRON, «Chroniques — Vie privée et familiale», *op. cit.*, p. 458.

3. *La nationalité*

8. Si la Cour a pu reconnaître l'importance des éléments que sont le sexe, le nom⁽²⁹⁾ ou le prénom pour l'identité d'un individu et statuer en conséquence (voy. *supra*), il n'en est pas de même pour la nationalité, qui semble rester un élément davantage soumis à la discrétion nationale. Dans plusieurs affaires concernant le droit d'acquérir une nationalité⁽³⁰⁾, la Cour avait pourtant reconnu que, bien que ce droit ne soit pas garanti, comme tel, par la Convention ou ses Protocoles, il n'était pas exclu qu'un refus arbitraire de nationalité puisse entraîner une violation de l'article 8, en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé. Dans l'affaire *Ramadan c. Malte*, ayant donné lieu à un arrêt du 21 juin 2016, la Cour a, par ailleurs, pour la première fois, reconnu que la perte d'une nationalité acquise par la naissance ou d'une autre manière était susceptible d'avoir le même effet — voire un effet plus important — sur la vie privée et familiale d'une personne que le refus de lui reconnaître le droit d'acquérir cette nationalité et qu'une déchéance arbitraire de nationalité pouvait donc, dans certaines conditions, conduire à une violation de l'article 8 de la Convention (§ 85).

En l'espèce, le requérant — d'origine égyptienne — avait acquis, en 1993, la nationalité maltaise par mariage avec une ressortissante maltaise (avec laquelle il eut un premier enfant); mariage qui fut toutefois annulé cinq ans plus tard. Le requérant s'était alors remarié à Malte avec une ressortissante russe, avec laquelle il eut deux autres enfants. En 2007, le requérant fut déchu de sa nationalité maltaise, au motif de l'annulation de son premier mariage, considéré comme frauduleux. Devant la Cour, le requérant invoquait une atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale, en ce que cette déchéance de nationalité était susceptible de le séparer de sa famille, de l'éloigner de l'endroit où il s'était établi depuis plus de vingt ans et de faire de lui un apatride, puisqu'il avait dû renoncer à sa nationalité égyptienne pour devenir maltais.

Pour la Cour, la décision de déchéance de nationalité ne pouvait toutefois passer pour arbitraire en l'espèce. Elle a en effet estimé que la situation litigieuse était le fruit du comportement frauduleux du requérant, si bien que les conséquences alléguées étaient, dans une large mesure, «imputables à ses propres choix et actes» (§ 89). En outre, elle a constaté que le requérant n'avait effectué aucune démarche pour régulariser son séjour à Malte depuis l'annulation de son mariage. Une demande de permis de travail et

⁽²⁹⁾ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004.

⁽³⁰⁾ Voy. Cour eur. D.H., décision *Karashev c. Finlande* du 12 janvier 1999 et arrêt *Genovese c. Malte* du 11 octobre 2011.

de séjour sur place aurait pourtant, à terme, pu lui permettre de demander la nationalité maltaise. Quant à sa qualité d'apatride, la Cour a considéré que le requérant n'avait pas apporté la preuve suffisante de sa renonciation à la nationalité égyptienne et de l'impossibilité de la recouvrer. Elle a rappelé⁽³¹⁾ que «le fait qu'un ressortissant étranger ait renoncé à la nationalité d'un État n'implique pas en principe qu'un autre État soit dans l'obligation de régulariser son séjour sur son territoire» (§ 92). Elle a donc conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention⁽³²⁾.

C. — *La capacité*

1. *La minorité*

9. Durant la période recensée, la Cour a consolidé sa jurisprudence relative à la protection des mineurs en matière pénale⁽³³⁾, en rendant un arrêt de principe en la matière, concluant au caractère injustifié d'une détention de trente jours infligée à un garçon de douze ans atteint de troubles mentaux et neurocomportementaux, à l'issue d'une procédure inéquitable.

À l'origine de cet arrêt *Blokhin c. Russie* du 23 mars 2016, Ivan Blokhin — ressortissant russe né en 1992, placé sous la tutelle de son grand-père depuis la déchéance d'autorité parentale de ses parents et souffrant d'un trouble d'hyperactivité avec déficit de l'attention et d'une énurésie — avait été arrêté et conduit, en 2005, dans un commissariat afin d'être interrogé sur les faits d'extorsion dont il avait été accusé par son voisin âgé de neuf ans. Il avait ensuite été poussé à signer des aveux, qu'il avait rétractés dès l'arrivée de son grand-père au commissariat. Bien que ne pouvant être poursuivi du chef de cette infraction en raison de sa minorité pénale (il était

⁽³¹⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Dragan et autres c. Allemagne* du 7 octobre 2004.

⁽³²⁾ L'arrêt de la Cour a fait l'objet d'une opinion dissidente du juge slovène Zupančič, qui a regretté que la majorité n'ait pas reconnu que la décision (qu'il considère «injuste et disproportionnée») de déchéance de nationalité maltaise du requérant — et le statut d'apatride qui en résulte — constituait une violation du droit du requérant à une vie familiale mais aussi de son droit à une nationalité, découlant de son droit à la vie privée (art. 8). Il a invité les autorités maltaises à réformer «de toute urgence [...] [leur] procédure de déchéance de nationalité afin de consacrer ouvertement le principe élémentaire de l'interdiction de l'apatridie et de mettre en place les garanties procédurales nécessaires» (§ 25).

⁽³³⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêts *V. c. Royaume-Uni* et *T. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, dans lesquels la Cour a considéré que, bien que l'imputation d'une responsabilité pénale à un mineur n'emportait pas nécessairement violation de la Convention, le mineur suspecté d'avoir commis une infraction pénale ne pouvait pas être traité de la même manière qu'un suspect majeur, quelle que soit la gravité de l'infraction en cause. La Cour a ainsi affirmé qu'il était «essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci» (§ 84).

alors âgé de 12 ans), il avait été condamné par un tribunal de district à un internement de trente jours dans un centre de détention provisoire pour mineurs délinquants en vue de prévenir une éventuelle récidive et de veiller à sa «rééducation comportementale». Devant la Cour, le requérant alléguait que sa détention était contraire à l'article 5, § 1^{er} et que la procédure dont il avait fait l'objet avait manqué d'équité, en violation de l'article 6, §§ 1 et 3, de la Convention. Il soutenait également que les conditions d'internement dans le centre de détention avaient été inhumaines (accès aux toilettes restreint, cloisonnement dans un vaste local vide, sorties à l'air libre rares, punitions collectives, mauvaises conditions d'éducation, etc.) et qu'il n'avait pas bénéficié des soins médicaux conformes à son état de santé (hospitalisation de trois semaines dès sa sortie), en violation de l'article 3 de la Convention.

La grande chambre a considéré qu'en égard au jeune âge du requérant et à sa vulnérabilité particulière, le fait de ne pas lui avoir dispensé les soins médicaux requis avait emporté violation de l'article 3 de la Convention. Se fondant essentiellement sur les normes (*hard* et *soft law*) européennes et internationales en la matière⁽³⁴⁾, elle s'est, pour la première fois, attelée à établir des règles spécifiques pour la protection de la santé des détenus mineurs⁽³⁵⁾. Elle a ainsi, d'une part, considéré que la santé des mineurs privés de liberté devait être protégée «dans le respect des normes médicales reconnues applicables à l'ensemble des mineurs dans la collectivité» (§ 138). Concrètement, cela veut dire que, contrairement aux adultes privés de liberté, les mineurs peuvent prétendre au même niveau de soin que celui garanti en dehors du lieu de détention. D'autre part, la Cour a considéré que, sur le plan procédural, toute privation de liberté d'un mineur devait être précédée «d'un examen médical visant à déterminer s'il peut ou non être placé dans un centre de détention pour mineurs délinquants» (§ 138). Sur le terrain de l'article 5, la Cour de Strasbourg a estimé que l'internement du requérant dans le centre de détention n'était pas justifié au regard

⁽³⁴⁾ Voy. notamment la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989, les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté de 1990, l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs («Règles de Beijing») de 1985 ainsi que des Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures de 2008 et des Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants de 2010.

⁽³⁵⁾ Pour Françoise Tulkens, il s'agit d'une illustration particulièrement éloquente «de la manière dont la Cour européenne n'hésite plus désormais à utiliser le "soft law" comme source d'inspiration». Elle précise que «ce phénomène de "métissage juridique" s'est développé considérablement ces dernières années dans la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008 qui constitue le *leading case* en la matière», voy. F. TULKENS, «Les mineurs privés de liberté : des avancées significatives», *J.L.M.B.*, 2016/26, p. 1213.

du § 1^{er}, d) — qui prévoit la « détention régulière d'un mineur décidée pour son éducation surveillée » — car la mesure ordonnée ne poursuivait manifestement pas de but éducatif⁽³⁶⁾. Elle a ainsi rappelé⁽³⁷⁾ que l'une des conditions de l'application de cette disposition était que le placement ait lieu dans « un établissement adapté disposant de ressources répondant aux objectifs pédagogiques requis et aux impératifs de sécurité » (§ 167) et souligné que le fait que des cours soient dispensés dans le centre de détention ne permettait pas de prouver la finalité éducative du placement⁽³⁸⁾. Elle a estimé que « la pratique consistant à dispenser à tous les mineurs privés de liberté placés sous la responsabilité de l'État [...] un enseignement conforme au programme scolaire ordinaire devrait constituer la norme pour éviter des lacunes dans leur éducation » (§ 170) (nous soulignons).

Mais l'un des points forts de cet arrêt repose aussi et surtout sur l'application des garanties procédurales de l'article 6 de la Convention à la procédure qui a abouti à l'internement du requérant dans un centre de détention provisoire pour mineurs délinquants. La Cour a invoqué « la nécessité de s'attacher à la réalité par-delà les apparences »⁽³⁹⁾, considérant que, bien que le requérant n'eut pas fait l'objet de poursuites pénales, l'objet de l'infraction ainsi que la nature et la sévérité de la sanction prononcée entraînaient l'applicabilité du volet pénal de l'article 6 (§ 174). Invoquant l'intimidation et la vulnérabilité qu'avait dû ressentir le requérant lors de son interrogatoire, particulièrement en raison de l'absence d'assistance d'un avocat⁽⁴⁰⁾ et du refus du droit d'interroger les deux témoins à charge⁽⁴¹⁾, la Cour a considéré que les droits de la défense du requérant avaient été violés (art. 6, §§ 1 et 3). Elle a souligné la nécessité de mettre en place « des garanties procédurales adéquates [...] pour protéger l'intérêt supérieur et le bien-être des enfants, surtout lorsque leur liberté est en jeu », précisant que « la situation des enfants handicapés peut appeler des garanties supplémentaires destinées à leur assurer une protection suffisante » (§ 219). Pour l'ancienne vice-présidente de la Cour, Françoise Tulkens, en insistant sur le fait qu'« un enfant ne peut en aucun cas être privé de garanties procédurales

⁽³⁶⁾ Voy. *a contrario* Cour eur. D.H., arrêt *D.L. c. Bulgarie* du 19 mai 2016, dans lequel la Cour a estimé que la mesure de placement de la requérante, âgée de 13 ans, dans un centre éducatif relevait d'un objectif pédagogique.

⁽³⁷⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Bouamar c. Belgique* du 29 février 1988, § 50.

⁽³⁸⁾ P. DUCOULOMBIER, « Cinq ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 2018/3, p. 854.

⁽³⁹⁾ F. TULKENS, « Les mineurs privés de liberté : des avancées significatives », *op. cit.*, p. 1215.

⁽⁴⁰⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, § 60.

⁽⁴¹⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, § 147.

importantes au seul motif qu'en droit interne, la procédure pouvant aboutir à une privation de liberté se veut protectrice des intérêts des mineurs délinquants plutôt que répressive» (§ 218), l'arrêt de la Cour «traduit l'évolution substantielle qui, ces dernières années, a marqué la justice pénale des mineurs qui s'est orientée du modèle protectionnel vers le modèle de justice. De l'intérêt au droit»⁽⁴²⁾.

2. *L'incapacité juridique des majeurs*

10. Durant la période sous examen, la Cour a également eu l'occasion de confirmer et d'affiner sa jurisprudence — déjà bien établie⁽⁴³⁾ — relative à l'incapacité juridique des majeurs. Dans une affaire *A.N. c. Lituanie*, soldée par un arrêt du 31 mai 2016, la Cour a sanctionné les autorités lituaniennes pour le défaut de prise en considération du caractère et de l'ampleur des troubles mentaux du requérant lors du retrait de sa capacité juridique et de l'impossibilité qui lui a été opposée de la recouvrer.

Souffrant de troubles psychiatriques depuis plusieurs années, le requérant, né en 1971, avait fait, en 2006, l'objet d'une demande de déclaration d'incapacité introduite par sa mère. L'expertise psychiatrique ordonnée dans le cadre de la procédure qui s'ensuivit avait abouti à la conclusion que le requérant souffrait de schizophrénie et ne pouvait plus se prendre en charge. Le rapport médical établi par le psychiatre estimait également que le requérant ne pouvait pas prendre part à une procédure judiciaire, être interrogé ou se voir signifier des documents judiciaires. Le requérant avait alors été déclaré incapable et placé sous la tutelle de sa mère par le tribunal lors d'une audience publique à laquelle il n'avait pas assisté. Le requérant fut, par la suite, hospitalisé sous la contrainte. Après sa libération en 2008, il demanda, sans succès, à faire appel des décisions de déclaration d'incapacité et de placement sous tutelle, qui ne lui avaient jamais été signifiées. Devant la Cour de Strasbourg, le requérant alléguait une violation de son droit à un procès équitable (art. 6, § 1^{er}) et de son droit au respect de sa vie privée (art. 8) pour avoir été déclaré incapable sans qu'il ait participé ou ait

⁽⁴²⁾ F. TULKENS, «Les mineurs privés de liberté: des avancées significatives», *op. cit.*, p. 1216.

⁽⁴³⁾ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Choukatourov c. Russie* du 27 mars 2008, présenté par G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008)», *op. cit.*, pp. 476-480; Cour eur. D.H., arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012 et arrêt *Lashin c. Russie* du 22 janvier 2013, présentés par G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *op. cit.*, pp. 703-706.

été informé de la procédure et pour ne pas avoir eu la possibilité, du fait de son incapacité, de demander par lui-même la restauration de sa capacité.

Se prononçant sur le respect de l'article 6, § 1^{er}, la Cour a commencé par rappeler — comme elle l'avait jugé dans plusieurs affaires relatives à l'internement psychiatrique sous contrainte⁽⁴⁴⁾ — qu'une personne souffrant d'aliénation mentale devait avoir l'occasion d'être entendue en personne ou par l'intermédiaire d'une représentation, en particulier lorsque l'issue de la procédure emporte des conséquences pour son autonomie personnelle, comme en l'espèce (§ 95). Relevant, d'une part, qu'en dépit de ses antécédents psychiatriques, le requérant était relativement indépendant, et, d'autre part, que le tribunal s'était prononcé sur la seule base d'un rapport psychiatrique établi selon les dires de la mère de celui-ci et dont l'auteur n'avait pas été interrogé, la Cour a considéré que la présence du requérant à l'audience était nécessaire (§ 96). Par conséquent, elle a jugé que le cadre réglementaire relatif à la privation de la capacité juridique n'avait pas fourni les garanties nécessaires et que le requérant n'avait pas disposé d'une possibilité claire, concrète et effective d'accéder à un tribunal concernant la procédure de déclaration d'incapacité (et en particulier concernant sa demande de rétablissement de sa capacité) et a dès lors conclu à la violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (§ 105).

Se penchant sur le grief soulevé sur pied de l'article 8 de la Convention, la Cour, ayant égard au processus décisionnel et au raisonnement sous-tendant les décisions internes, a considéré que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée⁽⁴⁵⁾ n'avait pas été proportionnée au but légitime poursuivi (§ 128). Selon elle, l'existence d'un trouble mental, aussi grave soit-il, ne saurait suffire, en elle-même, à justifier une déclaration d'incapacité totale. À l'instar des décisions relatives à la privation de liberté, une déclaration d'incapacité totale nécessite un trouble « d'une nature ou d'un degré » justifiant une telle mesure (§ 123). Une mesure de protection, lorsqu'elle est nécessaire, doit ainsi être proportionnée au degré de capacité de la personne concernée et adaptée aux besoins de cette

⁽⁴⁴⁾ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979; Cour eur. D.H., arrêt *Chtoukatourov c. Russie* du 27 mars 2008; Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Croatie* du 3 novembre 2011; Cour eur. D.H., arrêt *M.S. c. Croatie* du 25 avril 2013.

⁽⁴⁵⁾ Selon la Cour, « une mesure telle que la privation de la capacité juridique constitue une grave ingérence dans la vie privée de cette personne » (traduction libre), voy. Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Croatie* du 3 novembre 2011, § 102. Contrairement à d'autres instruments régionaux ou internationaux de protection des droits de l'homme (voy. par ex., les articles 6 de la DUDH, 16 du PIDCP, 12 de la CRPD, 3 de la CADH et 5 de la Charte africaine), la CEDH ne contient aucune disposition protégeant le droit à la capacité juridique. Cela n'a pas empêché la Cour européenne de le déduire du champ d'application de l'article 8 de la Convention, garantissant le droit à la vie privée.

dernière. Or, le cadre législatif lituanien en vigueur à l'époque⁽⁴⁶⁾ permettait uniquement d'opérer une distinction entre la capacité totale et l'incapacité totale d'une personne (§ 124). Enfin, l'impossibilité opposée au requérant de demander lui-même au tribunal la levée de son incapacité juridique était également, aux yeux de la Cour, contraire aux garanties découlant du droit au respect de la vie privée. La Cour a, dès lors, aussi conclu à la violation de l'article 8 de la Convention (§ 128).

L'arrêt *A.N. c. Lituanie* s'inscrit indubitablement dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour relative à l'incapacité juridique des majeurs⁽⁴⁷⁾. À l'instar d'autres récents arrêts, tels que l'arrêt *Ivinovic c. Croatie*⁽⁴⁸⁾, il constitue «une contribution précieuse à l'articulation des droits procéduraux, qui jouent un rôle important dans la garantie de l'intégrité, de la liberté et de la vie privée des personnes souffrant d'un handicap»⁽⁴⁹⁾. Pour autant, ainsi que l'ont fait remarquer certains auteurs⁽⁵⁰⁾, la Cour ne fait pas encore sienne à ce stade l'approche plus radicale du Comité des droits des personnes handicapées suivant laquelle il conviendrait de ne plus fonder les restrictions à la capacité juridique sur une évaluation de la capacité mentale et d'abandonner, en tout état de cause, les régimes de représentation au profit des seuls régimes dits d'assistance⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Une loi de 2016 est désormais venue introduire la notion d'«incapacité partielle» dans la législation lituanienne.

⁽⁴⁷⁾ Cette jurisprudence comprend notamment la condamnation de la privation de liberté des personnes jugées incapables (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Shtukaturov c. Russie* du 27 mars 2008), la sanction des conditions inhumaines de leur institutionnalisation (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012), la proclamation de leur droit à un accès effectif à la justice pour demander la restauration de leur capacité juridique (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Kędzior v. Poland* du 12 octobre 2012), ou encore la reconnaissance du handicap comme motif de discrimination protégé par l'article 14 de la CEDH (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009).

⁽⁴⁸⁾ Dans cet arrêt, la Cour a qualifié la privation de capacité légale de mesure de dernier ressort, limitant son application aux rares situations où il n'y a aucune autre mesure moins intrusive, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Ivinović c. Croatie* du 18 septembre 2014, § 44; V. DAVID, «*Ivinović v. Croatia: legal capacity and the (missing) call for supportive decision-making*», 23 octobre 2014, <https://strasbourgobservers.com>.

⁽⁴⁹⁾ Traduction libre de V. DAVID., *op. cit.*

⁽⁵⁰⁾ V. DAVID., *op. cit.*

⁽⁵¹⁾ Voy. à ce sujet G. WILLEMS, «Handicap et capacité juridique», in *Les grands arrêts en matière de handicap* (dir. I. HACHEZ et J. VRIELINK), 2020, à paraître.

D. — *L'intégrité physique et l'autonomie personnelle*

1. *L'intégrité physique*

a) *Les mauvais traitements*

i) Les mauvais traitements infligés aux enfants dans les établissements scolaires

11. Dans son arrêt *V.K. c. Russie* du 7 mars 2017, la Cour a reconnu la responsabilité directe de l'État russe vis-à-vis de mauvais traitements infligés à un garçon de quatre ans par des enseignantes de son école maternelle publique. Le jeune garçon s'était en effet plaint devant les autorités nationales des maltraitements qu'il avait subies et qui avaient résulté en d'importants troubles neurologiques. En substance, il se plaignait de ce que les enseignantes lui avaient infligé un traitement ophtalmique par la force, sans prescription médicale ou consentement parental, l'avaient enfermé aux toilettes dans l'obscurité en lui disant que des rats allaient le dévorer, l'avaient contraint à se tenir longuement debout en sous-vêtements dans le couloir de l'école et l'avaient bâillonné avec un ruban adhésif. En dépit de la confirmation de ces incidents par une professeure assistante et certains parents d'autres élèves, il avait toutefois fallu attendre plus de deux ans avant l'ouverture d'une enquête pénale, qui fut finalement abandonnée en raison de la prescription des faits reprochés et faute de preuves.

Devant la Cour de Strasbourg, V.K. invoquait, d'une part, une violation de son droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants (art. 3) et, d'autre part, une violation de son droit à une enquête effective (art. 13). Eu égard au très jeune âge du requérant à l'époque des faits, au recours à la force physique déployée, au type de punitions subies pendant une certaine période, à la position d'autorité et de contrôle des enseignantes, à l'humiliation et l'avilissement causés par ces punitions, ainsi qu'aux conséquences durables qu'elles ont eues pour lui (troubles neurologiques post-traumatiques), la Cour a considéré que les traitements infligés — dont le récit était détaillé et cohérent — étaient suffisamment graves pour mériter d'être qualifiés d'inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention. Par ailleurs, puisque les traitements avaient été infligés alors que l'enfant se trouvait sous la garde exclusive d'une école maternelle publique, l'État portait la responsabilité directe de ces traitements infligés par les enseignantes à V.K., en violation de l'article 3. Quant à l'effectivité des poursuites, la Cour a estimé que le délai de presque trois ans qui s'était écoulé avant l'ouverture d'une enquête pénale sur les allégations de mauvais traitements formulées par le requérant avait emporté la violation de

l'article 3 sur le plan procédural. Il n'y avait, dès lors, pas lieu d'examiner le grief sous l'angle de l'article 13.

La Cour a donc ici confirmé l'enseignement de son important arrêt *O'Keefe c. Irlande* du 28 janvier 2014, dans lequel elle avait «rappelé les obligations positives qui pèsent sur l'État en termes de protection contre les mauvais traitements (§ 144) et souligné que ces obligations prennent un relief particulier dans le contexte de l'enseignement primaire car les jeunes enfants sont particulièrement vulnérables et se trouvent sous le contrôle des autorités scolaires (§ 145)»⁽⁵²⁾.

ii) Les mauvais traitements infligés aux femmes enceintes dans les établissements pénitentiaires

12. La problématique des mauvais traitements en détention a été largement étudiée par la Cour européenne des droits de l'homme depuis de nombreuses années⁽⁵³⁾. Durant la période recensée, la Cour a toutefois pu, pour la première fois, se prononcer, dans un arrêt *Korneykova et Korneykov c. Ukraine* du 24 mars 2016, sur les mauvais traitements infligés à une femme ayant donné naissance alors qu'elle était en détention provisoire. Enceinte de cinq mois, M^{me} Korneykova avait été arrêtée et placée en détention provisoire pour des faits de vols. Elle avait alors donné naissance à un garçon dans une maternité, où elle alléguait avoir été constamment entravée, alors même qu'elle était gardée par trois agents de sécurité. Elle soutenait également que les conditions de détention dont elle et son fils avaient fait l'objet n'étaient pas adaptées à une femme enceinte ou à une jeune mère et son nouveau-né, se plaignant notamment de l'humidité, de la froideur et du mauvais éclairage de la cellule, de l'absence d'eau courante et de l'insuffisance de nourriture et de promenades en plein air. En outre, elle alléguait que son fils n'avait pas disposé de soins médicaux adéquats. Enfin, elle se plaignait d'avoir été placée dans une cage en métal lors de chacune de ses comparutions devant le tribunal, qu'elle fut enceinte ou mère allaitante.

Alors que les autorités ukrainiennes avaient rapidement clôturé l'enquête pénale faute de preuves, la Cour européenne a conclu, à l'unanimité, à quatre violations de la Convention. Selon la Cour, au vu des circonstances (aucun risque de comportement violent ou de tentative d'évasion), «le fait d'attacher une femme pendant la phase des contractions et immé-

⁽⁵²⁾ Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *op. cit.*, pp. 706-707.

⁽⁵³⁾ Voy. notamment, Cour eur. D.H., arrêt *Peers c. Grèce* du 19 avril 2001, arrêt *Modârca c. Moldova* du 10 mai 2007 et arrêt *Tali c. Estonie* du 13 février 2014.

diatement après son accouchement s'analyse en un traitement inhumain et dégradant» (§ 115), en violation de l'article 3 de la Convention. La Cour a rappelé que des mesures telles que «le menottage ou la mise sous entraves d'une personne malade ou affaiblie d'une autre façon sont disproportionnées aux impératifs de sécurité et impliquent une humiliation injustifiable, qu'elle soit intentionnelle ou non»⁽⁵⁴⁾ (§ 111). Par ailleurs, elle a considéré que «l'effet cumulé de la malnutrition d'une mère allaitante, de conditions sanitaires et hygiéniques inadéquates pour la mère et son bébé, et de l'insuffisance des promenades en plein air» avait dû être «d'une intensité propre à engendrer une souffrance physique et une angoisse s'analysant en un traitement inhumain et dégradant pour la mère et l'enfant» (§ 147), conduisant à une violation supplémentaire de l'article 3. Quant aux soins médicaux dispensés au nouveau-né, le fait que ce dernier n'ait pas bénéficié d'un suivi pédiatrique pendant près de trois mois après sa naissance suffisait à la Cour pour conclure à une troisième violation de l'article 3. Enfin, la Cour a rappelé que «l'enfermement d'une personne dans une cage en métal pendant son procès constituait en soi un affront à la dignité humaine»⁽⁵⁵⁾ (§ 164) et a donc conclu à une quatrième violation de l'article 3 de la Convention.

b) *Le viol*

13. Durant la période recensée, la Cour a, malheureusement, — à nouveau⁽⁵⁶⁾ — dû rendre plusieurs arrêts en matière de violences sexuelles, et notamment, en matière de viols sur mineurs⁽⁵⁷⁾. Cette jurisprudence a permis de pointer, en particulier, l'«inconventionnalité» de l'obligation qui incombe aux victimes présumées d'apporter la preuve d'absence de consentement ou de résistance à l'acte sexuel (généralement via des traces de violence physique sur leurs corps), ainsi que l'«inconventionnalité» du défaut (voire du refus) de prise en considération des circonstances de l'espèce et de la vulnérabilité particulière des victimes⁽⁵⁸⁾. La Cour de Strasbourg attache,

⁽⁵⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Okhrimenko c. Ukraine* du 15 octobre 2009, § 98 et *Salakhov et Islyamova c. Ukraine* du 14 mars 2013, §§ 155-156.

⁽⁵⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Svinarenko et Slyadnev c. Russie* du 17 juillet 2014.

⁽⁵⁶⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêts *C. A. S. et C. S. c. Roumanie* du 20 mars 2012 et arrêt *I. G. c. République de Moldova* du 15 mai 2012, présentés par G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *op. cit.*, p. 706.

⁽⁵⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *M. G. C. c. Roumanie* du 15 mars 2016; Cour eur. D.H., arrêt *I. C. c. Roumanie* du 24 mai 2016 et Cour eur. D.H., arrêt *G. U. c. Turquie* du 18 octobre 2016.

⁽⁵⁸⁾ La Cour a, par exemple, sanctionné le refus de tenir compte des conclusions d'un examen psychiatrique et du fait que la jeunesse et la vulnérabilité de la requérante avaient contribué à l'attitude qu'elle avait adoptée vis-à-vis de ces abus (arrêt *M. G. C. c. Roumanie*); le refus de «tenir compte du jeune âge de la victime, de son léger handicap mental et de ce que le viol allégué, auquel trois hommes étaient mêlés, s'était déroulé la nuit dans le froid de

en effet, une importance particulière à la prise en considération de la vulnérabilité de la victime dans le traitement judiciaire d'actes prohibés par l'article 3 de la Convention. Le fait que l'agression sexuelle soit pratiquée sur une victime mineure ou vulnérable au moment des faits fait assurément peser sur l'État des obligations positives supplémentaires. La prise en compte de la vulnérabilité de la victime ne se limite pas au stade de l'appréciation des faits ou de la détermination de la sanction pénale; elle doit exister à tous les stades de la procédure pénale⁽⁵⁹⁾. Les obligations des États en matière de violences sexuelles ne se limitent, par ailleurs, pas à créer un cadre juridique ou à engager des poursuites judiciaires pour sanctionner les coupables, elles impliquent également que cela se fasse de manière rapide, impartiale et efficace⁽⁶⁰⁾.

14. L'ineffectivité des poursuites pénales en matière de violences sexuelles a servi de motif à de nombreuses condamnations européennes ces

l'hiver — des facteurs qui accentuaient tous la vulnérabilité de la victime» (§ 56) (arrêt *I.C. c. Roumanie*); ainsi que le refus de prendre en considération «la vulnérabilité particulière de l'intéressée et les facteurs psychologiques propres aux viols de mineurs commis en milieu familial» (§ 72) (arrêt *G.U. c. Turquie*).

⁽⁵⁹⁾ Aux termes d'un arrêt *Y. c. Slovénie* du 28 mai 2015, la Cour a ainsi condamné la Slovénie pour le défaut de protection de l'intégrité personnelle de la victime dans le cadre de la procédure pénale qu'elle avait diligentée pour viol. Devant la Cour, la requérante dénonçait la durée excessive et le caractère traumatisant de cette procédure, qu'elle avait engagée contre un ami de la famille, qu'elle accusait de l'avoir agressée sexuellement de manière répétée lorsqu'elle était âgée de quatorze ans. En effet, il s'était écoulé plus de quatre ans entre le dépôt de la plainte et l'enclenchement de la procédure pénale et deux ans supplémentaires jusqu'au prononcé du jugement de première instance, aboutissant — après douze audiences — à l'acquittement de l'agresseur présumé de tous les chefs de la poursuite. Quant à la procédure en elle-même, la requérante alléguait avoir été traumatisée par les contre-interrogatoires (longs, menaçants, dégradants et insultants), conduits par l'accusé lui-même, auxquels elle avait été soumise lors de deux audiences sur l'affaire. Jugeant que l'écoulement de sept ans entre le dépôt de la plainte et le prononcé du jugement avait affecté l'enquête d'un retard déraisonnable qui ne saurait se concilier avec les exigences de diligence, la Cour de Strasbourg a conclu à la violation des obligations procédurales des autorités slovènes au titre de l'article 3 de la Convention. Concernant le caractère traumatisant de la procédure, la Cour a jugé que les autorités nationales avaient failli à protéger l'intégrité personnelle de la requérante pendant la procédure pénale, en violation de l'article 8 de la Convention. Elle a considéré que, «dès lors que le prévenu et la requérante se connaissaient déjà et compte tenu du caractère intime du sujet en cause et du jeune âge de la requérante», «l'affaire revêtait une sensibilité particulière dont les autorités auraient dû tenir compte dans leur conduite de la procédure pénale» (§ 114). Enfin, la Cour a estimé que bien qu'il soit établi que la défense doit se voir reconnaître une certaine latitude pour contester la crédibilité de la plaignante, il ne saurait être admis que le contre-interrogatoire soit utilisé comme «un moyen d'intimider ou d'humilier les témoins» (§ 108).

⁽⁶⁰⁾ <https://www.womenslinkworldwide.org/en/gender-justice-observatory/court-rulings-database/s-z-v-bulgaria>.

dernières années (violations des articles 3, 6, 13 et/ou 46 de la Convention)⁽⁶¹⁾. L'une d'elles concernait la Belgique et a sanctionné le fait que les autorités nationales n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour établir les circonstances de viols et d'attentat à la pudeur allégués par la requérante. À l'origine de l'arrêt *B.V. c. Belgique* du 2 mai 2017, M^{me} B.V. affirmait avoir été victime de deux viols et d'un attentat à la pudeur commis, entre 1996 et 1998, par un collègue de travail. Après s'être confiée à ses supérieurs hiérarchiques — qui contactèrent la Cellule de Protection contre le Harcèlement Sexuel au Travail —, la requérante décida de porter plainte à la police, le 25 septembre 1998, munie d'une attestation médicale et du nom complet d'un témoin. Après deux auditions, l'affaire fut classée sans suite. M^{me} B.V. n'eut toutefois connaissance du classement sans suite de sa plainte que par hasard, le 30 avril 2001. Elle demanda alors à ce que le dossier contre X soit rouvert et que ce dernier soit interrogé. Le 14 février 2002, M^{me} B.V. porta plainte avec constitution de partie civile. Il fallut toutefois attendre juin 2004 pour que la police procède aux premiers devoirs d'enquête. En septembre 2004, la requérante saisit la chambre des accusations de la cour d'appel de Bruxelles, qui dessaisit le juge d'instruction «au motif que son instruction retardait “de manière inacceptable” et qu'il se limitait à réitérer ses apostilles auxquelles aucune suite n'était donnée» (§ 22). La police procéda alors à de nouvelles auditions et une expertise psychiatrique fut réalisée sur X et M^{me} B.V. Le juge d'instruction communiqua le dossier au parquet, lequel dressa, le 2 octobre 2006, un réquisitoire de non-lieu pour défaut de charges suffisantes. Par une ordonnance du 17 janvier 2008, la chambre du conseil constata à son tour l'absence de charges suffisantes et prononça un non-lieu à l'égard de X, qui fut confirmé par un arrêt du 28 février 2008 de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles. Le pourvoi interjeté par M^{me} B.V. devant la Cour de cassation

⁽⁶¹⁾ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *S.M. c. Russie* du 22 octobre 2015 (violation du volet procédural de l'article 3 pour l'ineffectivité de l'enquête relative au viol répété d'une mineure par un fonctionnaire communal qui lui avait promis de l'engager comme assistante personnelle); Cour eur. D.H., arrêts *M.A. et N.D. c. Slovénie* du 15 janvier 2015 (violation du volet procédural de l'article 3 pour le manquement à l'obligation de mettre en œuvre un système de poursuites et de traduction en justice effectif à l'encontre des violeurs présumés, en ce que l'instruction criminelle avait duré, respectivement, 26 et 9 ans); Cour eur. D.H., arrêt *S. Z. c. Bulgarie* du 3 mars 2015: la Cour a condamné la Bulgarie pour les nombreuses déficiences (délais excessifs, manque d'investigation, absence de poursuites contre certains agresseurs) dans l'investigation concernant le faux emprisonnement, l'agression, le viol et le trafic d'être humain dont a été victime la requérante. Elle a conclu à la violation des articles 3 et 46 de la Convention, considérant que les déficiences récurrentes de la Bulgarie (45 jugements rendus pour ineffectivité des poursuites) sont révélatrices de «l'existence d'un problème systémique», auquel la Bulgarie doit répondre par des mesures générales pour prévenir d'éventuelles violations similaires de la Convention (§ 58).

fut rejeté par un arrêt du 18 juin 2008, au motif que l'arrêt critiqué était régulièrement motivé.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante se plaignait, d'une part, du défaut d'enquête complète et exhaustive et de l'absence d'accès à un recours effectif pour se plaindre de viols et attentat à la pudeur qu'elle alléguait avoir subis (art. 3 et 13) et, d'autre part, du dépassement du délai raisonnable (art. 6, § 1^{er}). Selon la Cour, l'on pouvait valablement considérer que les allégations — défendables — de la requérante faisaient naître, en vertu de l'article 3, une obligation positive, dans le chef des autorités belges, de mener une enquête effective⁽⁶²⁾, c'est-à-dire, «d'user, dans les meilleurs délais, de toutes les possibilités qui s'offraient à elles pour faire la lumière sur les faits et, le cas échéant, établir les circonstances des viols et attentats à la pudeur allégués, et ce dès le dépôt de plainte de la requérante» (§§ 62-63). Or, la Cour a constaté que la plainte de M^{me} B.V. n'avait fait l'objet d'aucune suite adéquate et que l'ensemble des mesures d'investigation ordonnées dans le cadre de l'instruction postérieurement à la constitution de partie civile de la requérante avaient été réalisées tardivement et sans qu'un plan d'enquête cohérent tendant à la recherche de la vérité ne puisse s'en dégager (§ 67). Dans ces conditions, l'enquête ne pouvait être considérée comme «sérieuse et approfondie» (§ 68). La Cour a donc conclu, à l'unanimité, à la violation du volet procédural de l'article 3 et a considéré qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la violation des autres dispositions de la Convention.

c) *Les violences domestiques*

15. La Cour européenne des droits de l'homme a récemment eu plusieurs occasions de confirmer sa jurisprudence *Opuz*⁽⁶³⁾, qui avait incontestablement marqué un tournant dans la jurisprudence européenne relative

⁽⁶²⁾ L'effectivité de l'enquête s'apprécie notamment en tenant compte de l'adéquation des mesures d'investigation ainsi que de la promptitude et du caractère approfondi de l'enquête. Il est attendu des autorités d'enquête de prendre toutes les mesures nécessaires pour apprécier la crédibilité des accusations et éclaircir les circonstances de la cause en respectant les exigences de célérité et de diligence raisonnables (§§ 64-66).

⁽⁶³⁾ Dans l'arrêt *Opuz*, la Cour avait conclu, pour la première fois dans une affaire de violence domestique, à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec les articles 2 et 3. Elle avait, en effet, observé que la violence domestique affectait principalement les femmes et que la passivité généralisée et discriminatoire dont les autorités turques faisaient preuve à cet égard créait un climat propice à cette violence. Elle avait considéré que les violences infligées à la requérante et à sa mère devaient être appréhendées comme fondées sur le sexe et constituaient donc une forme de discrimination à l'égard des femmes. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, présenté par G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)», *op. cit.*, pp. 32-33.

aux violences domestiques, en ce qu'elle consacrait l'appréhension des violences domestiques dont les femmes sont trop souvent victimes (et l'attitude des autorités) comme une discrimination spécifique à leur égard⁽⁶⁴⁾.

Dans un important arrêt *Talpis c. Italie* du 2 mars 2017, la Cour a sanctionné les autorités italiennes pour le défaut de protection de la vie et de l'intégrité physique d'une mère de famille et de son fils en raison de leur inertie après le dépôt de plainte pour violences conjugales. En 2012, M^{me} Talpis s'était plaint auprès des forces de l'ordre de violences perpétrées

⁽⁶⁴⁾ Si cette jurisprudence a pu faire l'objet de quelques hésitations (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Civek c. Turquie* du 23 février 2016), il semble que la mobilisation de l'article 14 dans le contexte des violences conjugales soit désormais largement acceptée (voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Croatie* du 14 octobre 2010, arrêt *Eremia et autres c. République de Moldova* du 28 mai 2013, arrêt *M.G. c. Turquie* du 22 mars 2016, arrêt *Halime Kılıç c. Turquie* du 28 juin 2016, arrêt *Talpis c. Italie* du 2 mars 2017, arrêt *Balsan c. Roumanie* du 23 mai 2017). Dans l'arrêt *Civek*, la Cour a conclu à la violation, par les autorités turques, de l'article 2 de la Convention pour leur manquement à l'obligation de protection de la vie de la mère des requérants tuée par leur père. Elle a relevé que bien que les autorités turques eussent été informées de la menace « réelle et sérieuse » contre la vie de celle-ci, elles « n'[avaient] pas pris les mesures auxquelles elles pouvaient raisonnablement avoir recours pour prévenir la matérialisation d'un risque certain et imminent pour la vie de Selma Civek » (§ 65). Néanmoins, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la violation de l'article 14 de la Convention, refusant, de ce fait, le systématisme du constat de l'existence d'une discrimination à l'égard des femmes dans le traitement des plaintes de violences conjugales en Turquie. Un mois plus tard, toutefois, dans un arrêt *M.G. c. Turquie* du 22 mars 2016, la Cour a repris son raisonnement tenu dans l'affaire *Opuz* pour conclure à la violation des articles 3 et 14 de la Convention, en raison de la passivité des autorités turques au regard des violences conjugales subies par la requérante durant son mariage et des menaces dont elle fut victime après son divorce. En dépit d'un rapport de l'institut médico-légal décrivant les blessures subies par M^{me} M.G. et d'une attestation du service psychiatrique de la faculté de médecine de l'Université d'Istanbul faisant état d'un trouble dépressif et d'un stress post-traumatique dans son chef, la requérante avait dû attendre plus de cinq ans et six mois avant que son époux ne fasse l'objet de poursuites. Entretemps, elle avait également saisi le tribunal de la famille d'une action en divorce et de plusieurs demandes de mesures de protection pour elle et ses enfants, qui se conclurent par le placement des enfants sous la protection des services sociaux. Un rapport d'enquête sociale établi par la fondation où M^{me} M.G. avait séjourné avec ses enfants, précisait également que celle-ci vivait continuellement sous la menace de son ex-époux et que, huit ans après le dépôt de sa plainte, sa sécurité restait compromise. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante se plaignait du défaut de prévention par les autorités turques des violences dont elle a été victime (art. 3), de la violation de son droit à vivre paisiblement et en sécurité avec ses enfants (art. 8 et 5), de la durée excessive et de l'inefficacité de la procédure pénale toujours pendante (art. 6 et 13), du défaut de protection contre les violences très graves qu'elle a subies (art. 1 et 3) et, enfin, de la discrimination permanente et systématique concernant les violences faites aux femmes (art. 14). La Cour, se prononçant uniquement sous l'angle des articles 3, 6 et 14 de la Convention, avait conclu à la violation de ces trois dispositions; F. VAN LEEUWEN, « Just another murder or gender-based violence? A commentary on Civek versus Turkey », *Strasbourg Observers*, 3 mars 2016, <https://strasbourgobservers.com>; F. VAN LEEUWEN, « Back on track! Court acknowledges gendered nature of domestic violence in M.G. v. Turkey », *Strasbourg Observers*, 14 avril 2016, <https://strasbourgobservers.com>.

(coups, agression au couteau, viol collectif, etc.) par son époux alcoolique sur elle et sa fille. Bien que constatant les blessures et verbalisant l'époux de la requérante pour port d'armes prohibé, les gendarmes n'avaient rien fait de plus qu'inviter M^{me} Talpis à rentrer chez elle. Trouvant d'abord refuge dans sa cave, M^{me} Talpis fut ensuite hébergée quelques temps par une association de protection des femmes victimes de violences, séjourna dans la rue, fut hébergée par une amie et réussit finalement à louer un appartement. En raison des menaces que son mari continuait à exercer sur elle, elle décida de porter plainte pour lésions corporelles, maltraitance et menaces, demandant aux autorités de prendre des mesures d'urgence afin de la protéger, ainsi que ses enfants. Entendue par la police pour la première fois quelques mois plus tard, elle modifia cependant ses déclarations en les atténuant, ce qui conduisit au classement de l'affaire pour maltraitance familiale. Le mari de la requérante fut toutefois condamné à payer une amende de 2.000 EUR au titre de lésions corporelles. En 2013, M^{me} Talpis fit de nouveau appel aux forces de l'ordre à la suite d'un incident avec son mari. En état d'ivresse, celui-ci fut transporté à l'hôpital d'où il sortit quelques heures plus tard, pour être finalement verbalisé dans la rue en raison de son ébriété. Il se rendit ensuite au domicile familial armé d'un couteau, poignarda son fils qui s'était interposé entre lui et sa femme, puis porta plusieurs coups de couteau à la poitrine de M^{me} Talpis qui tentait de s'échapper. En 2015, il fut condamné à la réclusion à perpétuité.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante invoquait la violation des articles 2, 3, 8 et 14 de la Convention. Considérant que les autorités italiennes, par leur passivité à l'égard de la plainte de la requérante, «avaient privé la plainte en question de toute efficacité, créant un contexte d'impunité favorable à la répétition des actes de violence» ayant conduit à la tentative de meurtre de la requérante et au meurtre de son fils (§ 117), la Cour a conclu au manquement de protection de la vie des intéressés, en violation de l'article 2 de la Convention. Le manquement des autorités italiennes à leur obligation de protéger la requérante contre les actes de violences conjugales — suffisamment graves pour être qualifiés de mauvais traitements — a aussi, selon la Cour, emporté violation de l'article 3. Enfin, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 2 et 3, considérant que la requérante avait été victime d'une discrimination, en tant que femme, en raison de l'inertie des autorités italiennes qui, en sous-estimant les violences litigieuses, les avaient en substance cautionnées (§ 145)⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ L'arrêt a fait l'objet de deux opinions partiellement dissidentes des juges Spano et Eicke. Le dernier se rattache à la majorité pour le constat de violation des articles 2 et 3 mais s'en détache pour ce qui est de l'article 14, considérant que la Cour n'apporte pas suffisam-

Par ces récents arrêts⁽⁶⁶⁾, la Cour entend incontestablement se conformer aux principes développés par le Conseil de l'Europe dans sa Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul en 2011. La Convention d'Istanbul — qui entend lutter contre les violences à l'égard des femmes en mettant en œuvre une approche dite des « quatre P », comprenant des mesures de prévention, de protection, de poursuites et la mise en œuvre de politiques intégrées — présente les deux intérêts majeurs de considérer la problématique de la violence à l'égard des femmes, en elle-même, d'une part, comme une violation des droits fondamentaux⁽⁶⁷⁾ et, d'autre part, comme une

ment d'éléments pour justifier sa décision de s'écarter de sa jurisprudence *Rumor c. Italie* du 27 mai 2014, dans laquelle elle avait considéré que le cadre législatif italien en matière de violences domestiques n'était pas défaillant. Quant au juge Spano, celui-ci refuse le constat de violation des articles 2 et 14 de la Convention, considérant que le critère de réalité et d'immédiateté de la menace de l'arrêt *Osman* (Cour eur. D.H., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998) n'était pas rempli en l'espèce, de sorte que la responsabilité de l'État ne pouvait être retenue. En outre, selon lui, « les défaillances dénoncées [ont] pour origine non pas une intention discriminatoire des autorités mais plutôt une simple passivité » (§ 21). Pour une critique de ces opinions dissidentes, voy. F. VAN LEEUWEN, « The 'limits of human rights law': dissenting androcentric voices in *Talpis v. Italy* », *Strasbourg Observers*, 30 mai 2017, <https://strasbourgobservers.com>. Pour une analyse des éléments qui conduisent au constat d'une violation de l'article 14 de la Convention en matière de violences conjugales, voy. L. PERONI, « *Talpis v. Italy*: Elements to Show An Article 14 Violation in Domestic Violence Cases », *Strasbourg Observers*, 19 avril 2017, <https://strasbourgobservers.com>.

⁽⁶⁶⁾ La même conclusion a été atteinte dans l'arrêt *Bălșan c. Roumanie* du 23 mai 2017, où la Cour a pu conclure à la violation des articles 3 et 14 de la Convention, jugeant que les autorités roumaines n'avaient pas suffisamment protégé la requérante contre les violences de son époux, fondées sur le sexe de celle-ci, faisant naître chez elle un sentiment d'impuissance et d'aviilissement. La Cour a, en particulier, relevé que les autorités roumaines ne pouvaient qu'avoir parfaitement connaissance des nombreuses violences perpétrées par le mari de la requérante, puisque l'intéressée avait demandé l'aide de la police et des tribunaux à de très nombreuses reprises. En outre, la Cour avait constaté que les autorités n'avaient pas appliqué les dispositions pertinentes de la législation roumaine relative à la violence domestique, bien que la requérante en eût fait parfaitement usage. La Cour a également sanctionné le fait que les autorités roumaines avaient considéré que la requérante avait provoqué les actes de violences conjugales dont elle avait fait l'objet et que ces actes n'étaient pas suffisamment graves pour relever du droit pénal, ce qui avait conduit à l'acquittement du mari de la requérante. Le défaut d'adoption de mesures concrètes ainsi que l'absence de réponse aux mesures de protection demandées par la requérante avaient privé la législation roumaine de tout effet utile et contrevenaient aux exigences internationales en matière de violences faites aux femmes. La Cour a ainsi considéré que la passivité des autorités roumaines reflétait une attitude discriminatoire à l'égard de la requérante en tant que femme et démontrait un manque d'engagement de la Roumanie en matière de lutte générale contre la violence domestique (§ 88).

⁽⁶⁷⁾ En se positionnant de la sorte, la Convention d'Istanbul refuse de faire de la violence à l'égard des femmes une problématique privée (et traitée comme telle par certains acteurs du système judiciaire) et la place directement au sein du droit international des droits fondamentaux, l'inscrivant dans un langage commun qui comprend des valeurs universelles et possède un système juridique largement partagé (A. EDWARDS, *Violence against Women*

discrimination fondée sur le genre⁽⁶⁸⁾. Le fait d'appréhender la protection contre la violence faite aux femmes comme un droit fondamental permet de ne plus traiter ces violences de manière neutre, notamment à travers le spectre de protection offert par la Convention européenne des droits de l'homme⁽⁶⁹⁾ — ce qui occultait leurs particularités et leur caractère discriminatoire et empêchait de « donner une réponse cohérente à ce phénomène complexe aux multiples manifestations [...] [ou d'] assurer une protection effective, efficace et concrète des droits des victimes »⁽⁷⁰⁾. En outre, le fait de considérer que « toutes les formes de violence contre les femmes [...] s'inscrivent dans le contexte d'une discrimination *de jure* et *de facto* à l'égard des femmes et de la condition d'infériorité réservée à la femme dans la société »⁽⁷¹⁾ permet de mobiliser les instruments de lutte contre la discrimination et de favoriser une protection catégorielle des femmes, notamment par le biais d'obligations positives renforcées imposées aux autorités pour les protéger⁽⁷²⁾. Ces deux éléments font ainsi de la Convention d'Istanbul, « le premier instrument international juridiquement contraignant qui fait preuve d'une conception sexospécifique (*gendered understanding*) de la violence à l'égard des femmes »⁽⁷³⁾ et l'on ne peut que se réjouir de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour dans le sens « d'une jurisprudence

under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2011, p. xii, cité par E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 113, 2018, p. 33).

⁽⁶⁸⁾ Voy. E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *op. cit.*, pp. 42-43.

⁽⁶⁹⁾ Avant l'adoption de la Convention d'Istanbul, la Cour européenne analysait principalement les cas de violence à l'égard des femmes sur le pied des articles 2, 3 et 8 de la Convention. Le prisme de l'article 8 — souvent utilisé par la Cour (voy. par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* du 28 octobre 2003, arrêt *Bevacqua c. Bulgarie* du 12 juin 2008, arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003 et arrêt *Y. c. Slovénie* du 28 août 2015) — a cependant été considéré comme hautement problématique, en ce qu'il « place directement le débat dans le cadre de la vie privée (et familiale), reléguant la violence en elle-même et le caractère discriminatoire au second plan » (E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *op. cit.*, p. 41).

⁽⁷⁰⁾ E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *op. cit.*, p. 40.

⁽⁷¹⁾ Résolution 2003/45 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

⁽⁷²⁾ B. PASTRE-BELDA, « La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 110, 2017, p. 279 ; E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *op. cit.*, p. 44.

⁽⁷³⁾ E. D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse ? », *op. cit.*, p. 44.

pleinement consciente de la Convention d'Istanbul et s'appuyant (de plus en plus) sur celle-ci»⁽⁷⁴⁾.

d) *Les violences dans le pays d'origine*

i) *Les violences familiales*

16. Si la Cour apparaît intransigeante sur la question de la protection des personnes contre les violences domestiques dont elles peuvent faire l'objet, elle le semble moins dès lors que cette violence est utilisée comme motif d'accès au territoire européen. L'arrêt *R.H. c. Suède* du 10 septembre 2015, qui concernait l'expulsion d'une jeune somalienne vers Mogadiscio, en est un parfait exemple. En l'espèce, la requérante s'était vu déboutée de sa demande d'asile déposée en 2011 en Suède, où elle séjournait illégalement depuis quatre ans. Elle affirmait avoir fui la Somalie après avoir été mariée de force à un homme plus âgé et battue par ses oncles lorsqu'ils avaient découvert sa relation avec son petit ami. Ce dernier ainsi que ses parents étant décédés depuis, elle soutenait qu'en cas de renvoi vers la Somalie, elle serait contrainte de retourner auprès de cet homme et courrait le risque d'être tuée par ses oncles — qui avaient entre-temps rejoint un groupe terroriste djihadiste, avaient converti son frère et tué sa sœur. Ne disposant plus d'un réseau de soutien masculin en Somalie, elle s'exposerait, par ailleurs, à toutes sortes d'agressions sexuelles et à l'exclusion sociale. L'Office des migrations suédois avait cependant rejeté sa demande pour manque de crédibilité, invoquant notamment le long séjour illégal de la requérante sur le territoire et l'introduction de demandes d'asile similaires en Italie et au Pays-Bas.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 43; voy. par exemple, Cour eur. D.H., arrêt *Rohlema c. République tchèque* du 27 janvier 2015, arrêt *Y. c. Slovénie* du 28 août 2015, arrêt *Civek c. Turquie* du 23 février 2016, arrêt *M.G. c. Turquie* du 22 mars 2016 et arrêt *Halime Kilic c. Turquie* du 28 juin 2016. Dans l'arrêt *Balsan c. Turquie*, la Cour consacre deux sections entières à la CEDEF et à la Convention d'Istanbul; voy. *contra* le récent arrêt *Kurt c. Autriche* du 4 juillet 2019, dans lequel la Cour conclut que les autorités autrichiennes n'ont pas manqué à leurs obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention à l'égard d'une situation de violences domestiques s'étant amplifiée au fil du temps et ayant résulté dans le meurtre du fils de la requérante par son mari violent. Par son silence à l'égard du contexte de violence domestique et de la vulnérabilité particulière des victimes dans le cas d'espèce, l'arrêt de la Cour inquiète et dénote de la jurisprudence récente de la Cour qui insistait pourtant particulièrement sur l'importance du contexte de violence domestique dans l'appréciation de l'immédiateté du risque. Pour Zane Ratniece, «Kurt risks questioning the progress made in the Court's case-law and creating uncertainty as regards the standards to be followed in dealing with the widespread and complex phenomenon of domestic violence, requiring active State involvement» (Z. RATNIECE, «A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: *Kurt v. Austria*», *Strasbourg Observers*, 13 août 2019, <https://strasbourgobservers.com>).

Dans son arrêt de 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a commencé par rappeler que la situation générale d'un point de vue de la sécurité demeurerait préoccupante et précaire dans la capitale somalienne et l'était d'autant plus pour une jeune fille vivant à l'étranger depuis près de dix ans et ayant quitté la Somalie à l'âge de dix-sept ans (§ 69). La Cour a précisé que la situation des femmes est particulièrement difficile en Somalie: souvent soumises à des «violences sexuelles et fondées sur le sexe graves et généralisées», elles constituent un groupe particulièrement menacé (§ 70). Dans ce contexte, il était suffisamment établi qu'une femme célibataire retournant à Mogadiscio sans disposer de la protection d'un réseau masculin serait exposée à un risque réel de vivre dans des conditions constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 (§ 70). Toutefois, la Cour — relevant des incohérences significatives dans les déclarations de la requérante — a considéré qu'en l'espèce, rien ne permettait de conclure que la requérante retournerait à Mogadiscio en qualité de femme seule et a estimé que celle-ci disposerait, au contraire, tant d'un soutien familial que d'un réseau masculin de protection (§ 73). Elle a donc conclu à l'absence de violation de l'article 3 en cas d'expulsion de la jeune femme vers sa ville natale (§ 74)⁽⁷⁵⁾.

ii) Les mutilations génitales féminines

17. Le très critiqué arrêt *Sow c. Belgique* du 19 janvier 2016 est un autre exemple du double standard mis en œuvre par la Cour en matière de violence à l'égard des femmes. Ressortissante guinéenne, née en 1987, la requérante a grandi dans un climat progressiste et opposé à l'excision⁽⁷⁶⁾. À la suite du décès de son père en 2008, cependant, sa mère est contrainte

⁽⁷⁵⁾ Cette décision a été contestée par les juges slovène et maltais Zupancic et De Gaetano, dans leur opinion dissidente commune. Ces derniers regrettent qu'une fois encore, les autorités nationales et la Cour aient atteint la même conclusion «en examinant au microscope des divergences et incohérences mineures dans la déposition de la requérante — dont la plupart ont une explication raisonnable — tout en minimisant la situation générale dans le pays de retour, telle qu'elle ressort de plusieurs rapports internationaux». Sur la base des éléments dont ils disposent, les deux juges considèrent qu'il existe un véritable risque que la requérante fasse l'objet de traitements inhumains et dégradants — voire pire — à son retour en Somalie. Quelle que famille qu'elle puisse encore avoir à Mogadiscio, ils (en particulier les membres masculins) seront également, sinon plus, hostiles encore» (Traduction libre de l'opinion dissidente des juges Zupancic et De Gaetano, sous Cour eur. D.H., arrêt *R.H. c. Suède* du 10 septembre 2015).

⁽⁷⁶⁾ Le taux de prévalence des mutilations génitales féminines en Guinée est de 96% (avoisinant les 100% au sein de l'ethnie peuhle). Voy. le rapport statistique de 2012, publié en 2013 par l'UNICEF, l'OMS, l'USAID, l'UNFPA et la Banque mondiale, Rapport DHS, «Enquête démographique et de santé et à indicateurs multiples (EDS-MICS 2012)», disponible à l'adresse <https://dhsprogram.com/pubs/pdf/FR280/FR280.pdf>.

d'épouser son beau-frère, qui interdit aux quatre filles d'aller à l'école et exige que ces dernières soient excisées. Alors que l'une des sœurs de la requérante décède des suites de l'hémorragie causée par la mutilation, la requérante — qui s'est débattue — ne fait l'objet que d'une excision partielle. En 2011, la requérante est mariée de force avec le fils aîné de son oncle, qui la bat et la viole régulièrement. Menacée par son oncle de réexcision si elle venait à quitter son mari, elle décide de fuir vers la Belgique⁽⁷⁷⁾, où elle dépose plusieurs demandes d'asile, toutes refusées pour manque de crédibilité et dépôt tardif d'éléments de preuve⁽⁷⁸⁾.

La requérante alléguait que son renvoi vers la Guinée l'exposerait à un risque de nouvelles violences de genre et de réexcision, en violation de l'article 3 de la Convention. Selon la Cour, si «il n'est pas contesté qu'exposer un adulte, contre sa volonté, ou un enfant à une MGF serait constitutif d'un mauvais traitement contraire à l'article 3 de la Convention» et si «il n'est pas davantage contesté que les filles et femmes guinéennes ont traditionnellement été soumises à des MGF et que, dans une très large mesure, elles continuent de l'être» (§ 62), la question cruciale était «de savoir s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la requérante courrait un risque réel de subir une réexcision si elle était rapatriée en Guinée» (§ 62). À cet égard, la Cour a rappelé que les autorités nationales sont, en principe, les mieux placées pour apprécier la crédibilité des requérants. En l'espèce, elle a considéré qu'il n'y avait pas «de raison de ne pas suivre les conclusions tirées par les instances d'asile belges» (§ 65). Eu égard à son âge (28 ans), son éducation progressiste, son opposition à la pratique et au fait que sa mère n'ait pas elle-même été excisée, la Cour a conclu, à l'unanimité, que «la requérante ne peut pas être considérée comme une jeune femme particulièrement vulnérable» (§ 68) et n'a, dès lors, «pas démontré qu'elle courrait un risque réel d'être réexcisée en cas de renvoi vers la Guinée» (§ 69). Il n'y a donc pas eu de violation de la Convention⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Lors de sa fuite, la requérante affirme avoir également été victime de violences sexuelles, de séquestration et de prostitution forcée. Craignant de croiser son passeur, elle n'ose pas sortir de son centre d'accueil. Souffrant d'isolement et de dépression, elle est, au bout de plusieurs mois, dirigée vers un service de suivi psychologique.

⁽⁷⁸⁾ Lors de la troisième demande de protection, figurait notamment au dossier, des attestations d'un psychiatre et d'un médecin qui faisaient état de symptômes d'un stress post-traumatique dans le chef de la requérante (panique, état d'hypervigilance, peurs irraisonnées dans certains lieux, céphalées, douleurs rétro-oculaires, troubles du sommeil avec *flash-back*, angoisses et réveils nocturnes).

⁽⁷⁹⁾ Le même constat d'absence de violation de l'article 3 a été tenu dans l'arrêt *R. B. A. B. et autres c. Pays-Bas* du 7 juin 2016, dans lequel une famille invoquait un risque d'excision des filles du couple en cas de renvoi vers le Soudan.

Sans surprise, cet arrêt a été intensément critiqué par la doctrine, qui a dénoncé «le peu d'attention accordée par la Cour aux victimes de mutilations génitales féminines»⁽⁸⁰⁾. La Cour ne semble pas prendre toute la mesure de la réalité des risques de réexcisions — qui ont pourtant déjà fondé l'octroi de protections internationales par les autorités d'asile belges⁽⁸¹⁾ — ainsi que du contexte discriminatoire plus large envers les femmes dans lequel celles-ci s'inscrivent⁽⁸²⁾.

L'on ne peut que s'étonner du crédit donné par la Cour européenne des droits de l'homme au raisonnement tenu par les autorités belges, qui avaient conclu au manque de crédibilité du récit de la requérante sur la base d'informations tirées de rapports des autorités belges, dont la valeur scientifique avait été remise en cause et les informations contredites par plusieurs rapports internationaux⁽⁸³⁾. D'aucuns ont soutenu que «l'examen du risque de violation de l'article 3, dont le caractère est absolu, aurait mérité une autre justification qu'une simple motivation par référence»⁽⁸⁴⁾; d'autant plus qu'il y avait bien, en l'espèce, *des raisons de ne pas suivre les conclusions tirées par les instances d'asile belges*. Dans le cadre d'une procédure aussi grave qu'une demande de protection contre le risque de traitements inhumains et dégradants, la crédibilité de la demandeuse aurait dû être établie en ayant égard à tous les éléments de preuve présentés. L'importance de

⁽⁸⁰⁾ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROEK, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *J. T.*, 2016, p. 758; voy. également D. ROMAN, «Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines», *Recueil Dalloz*, 2016, n° 21, pp. 1215 et s. et C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *Rev. trim. dr. h.*, n° 114, 2018, pp. 453-465.

⁽⁸¹⁾ Voy. par exemple, C.C.E., arrêt n° 93 493, 13 décembre 2012; C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 456.

⁽⁸²⁾ C. CHEVALIER, «Étude de jurisprudence relative à l'évaluation des demandes d'asile fondées sur des violences de genre au regard des documents médicaux et psychologiques», *Intact*, p. 16, disponible à l'adresse www.intactassociation.org/images/analyses/Study-Charlotte.pdf.

⁽⁸³⁾ Voy. notamment la Note d'orientation de l'UNHCR de mai 2009 sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines, <http://www.refworld.org/docid/4d70cff82.html> et CEDAW, «Committee's Concluding Observations on Guinea», CAT/C/GIN/CO/1 (20 juin 2014), § 17; C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 458.

⁽⁸⁴⁾ C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 458.

porter une attention appropriée aux attestations des médecins et des psychologues dans le traitement des victimes de violences a déjà été soulignée à plusieurs reprises⁽⁸⁵⁾; la Cour ayant elle-même considéré que le dépôt de documents médicaux circonstanciés pouvait venir appuyer un récit dont la crédibilité était en partie défaillante et servir de preuve objective d'un risque de persécution⁽⁸⁶⁾. En outre, le constat médical de mutilations génitales féminines déjà réalisées constitue une preuve de persécutions passées qui devrait donner lieu à l'application du principe du renversement de la charge de la preuve ou, à tout le moins, à une souplesse dans l'évaluation de la preuve, et le bénéfice du doute⁽⁸⁷⁾. Par ailleurs, la Cour a également déjà insisté sur l'importance de «prendre en considération la vulnérabilité spécifique du requérant, inhérente à sa qualité de demandeur d'asile, du fait de son parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'il peut avoir vécues en amont»⁽⁸⁸⁾. Les victimes de mutilations génitales féminines peuvent certainement, dans leur grande majorité, être considérées comme des candidates réfugiées particulièrement vulnérables, notamment en raison des taux de prévalence de la pratique, de ses conséquences médicales, psychologiques et sociales, du contexte général dans lequel elle s'insère et de son caractère traumatisant, qui rend difficile toute verbalisation⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ Voy. UNHCR, «Note du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés relative à l'évaluation des demandes d'asile introduites par des femmes», 14 décembre 2012, <http://www.refworld.org/docid/50dc23802.html>; M. TISSIER-RAFFIN, «La force probante des certificats médicaux dans l'appréciation du risque de l'article 3 de la CEDH», in Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF, 23 octobre 2013, p. 3, cité par C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 462.

⁽⁸⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *R.C. c. Suède* du 9 mars 2010; arrêt *MO. M c. France* du 18 avril 2013; arrêt *I. c. Suède* du 5 septembre 2013; arrêt *R.J. c. France* du 19 septembre 2013; arrêt *A.F. c. France* du 15 janvier 2015; dans l'arrêt *R. J. c. France*, la Cour a affirmé que la présentation d'un certificat médical «constitue une pièce particulièrement importante du dossier. En effet, la nature, la gravité et le caractère récent des blessures constituent une profonde présomption de traitement contraire à l'article 3 de la Convention» (§§ 38-43). Dans l'arrêt *I. c. Suède*, la Cour a estimé que l'existence d'un certificat médical attestait objectivement de la probabilité de faits de torture, corroborait également une partie du récit jugé crédible et comblait les lacunes et les incertitudes.

⁽⁸⁷⁾ Voy. C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 463.

⁽⁸⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 31 janvier 2011, § 232.

⁽⁸⁹⁾ Voy. C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, pp. 459-460; voy. E. BREMS, «'Strong women don't need asylum' (the European Court on FGM)», *Strasbourg Observer*, 19 août 2010, <https://strasbourgobservers.com>.

Enfin, comme le soulignent Frédéric Krenc et Sébastien Van Drooghenbroeck, «il est à tout le moins étonnant et, pour tout dire, regrettable que confrontée, dans cette affaire *Sow*, à une problématique aussi grave touchant directement à l'intégrité et à la dignité de la femme, la Cour n'ait [cette fois] eu aucunement égard aux dispositions pertinentes de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes»⁽⁹⁰⁾. La Convention d'Istanbul offre pourtant «un cadre international inégalé pour lutter contre les violences à l'égard des femmes, et notamment contre les mutilations génitales féminines»⁽⁹¹⁾. L'efficacité de cet instrument fondamental dépend cependant de sa mise en œuvre — et celle-ci passe certainement par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁹²⁾.

En tout état de cause, l'arrêt *Sow* étonne et ne cesse de susciter la critique. Pour Céline Verbrouck, l'arrêt appelle incontestablement une «clarification de principe», qui permettrait de justifier ou d'enrayer un «incompréhensible» revirement de jurisprudence qui contraste, tant avec la position antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme qu'avec celle du Comité contre la torture (CAT), qui s'était prononcé, le 9 novembre 2015, sur une affaire très similaire⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 758.

⁽⁹¹⁾ C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 463; la Convention précise que les mutilations génitales, visées spécifiquement à l'article 38, constituent «une violation grave des droits humains des femmes et des filles». En son article 60, elle renvoie directement à la Convention de Genève, imposant aux États de prendre toutes les mesures nécessaires et sensibles au genre pour répondre aux demandes d'asiles des victimes de ce type de violences et érige, en son article 61, le principe de non-refoulement.

⁽⁹²⁾ C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, p. 464.

⁽⁹³⁾ C.A.T., communication n° 613/2014, *F.B. contre Pays-Bas*, 9 novembre 2015: l'affaire concernait une jeune femme guinéenne d'ethnie peuhle, victime d'une excision partielle à l'adolescence et qui, craignant une réexcision, avait introduit trois procédures d'asile successives, toutes refusées pour manque de crédibilité. Le Comité contre la torture a, quant à lui, jugé que les contradictions et le manque de crédibilité de la demandeuse de protection internationale ne remettaient pas en cause la prévalence des MGF, l'absence de protection étatique contre la pratique et le difficile accès aux recours judiciaires effectifs pour les victimes. Il a reproché aux autorités néerlandaises d'être restées en défaut d'évaluer la demande de protection d'une femme, à la lumière de son vécu, de sa condition de femme seule dans la société guinéenne, de son angoisse sévère face au retour en Guinée et de l'incapacité des autorités guinéennes à la protéger et a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en cas de retour en Guinée, rappelant que les MGF causent des dommages corporels permanents, et des douleurs psychologiques qui peuvent perdurer toute leur vie

e) *L'exploitation sexuelle*

18. La Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune disposition condamnant explicitement la traite des êtres humains. Toutefois, dans l'arrêt de principe *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, la Cour avait jugé qu'«eu égard à l'obligation qui est la sienne d'interpréter la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles», il pouvait être considéré que la traite des êtres humains relève, en elle-même, purement et simplement de la portée de l'article 4, condamnant l'esclavage, la servitude et le travail forcé (§ 282)⁽⁹⁴⁾. Selon la Cour, il ne pouvait, par ailleurs, y avoir «aucun doute quant au fait que la traite porte atteinte à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de ses victimes et qu'elle ne peut être considérée comme compatible avec une société démocratique ni avec les valeurs consacrées dans la Convention»⁽⁹⁵⁾ (§ 282). La Cour avait alors souligné une partie des obligations positives qui pèsent sur les États en matière de traite, en sanctionnant les autorités chypriotes, d'une part, pour l'absence de (i) *dispositif légal et administratif adapté* à la lutte contre le trafic né du régime en vigueur des visas d'artistes et, d'autre part, pour l'absence de (ii) *mesures concrètes visant à protéger* la fille du requérant de ce trafic, alors que les circonstances pouvaient faire légitimement soupçonner qu'elle pouvait être victime de faits de cette nature. La Cour avait par ailleurs conclu à la violation de l'article 4 dans le chef de la Russie (État d'origine de la fille du requérant) pour le défaut (iii) d'*enquête effective* relative aux circonstances du décès de l'intéressée.

(C. VERBROUCK, «Quand la Cour européenne des droits de l'homme méconnaît les réalités des mutilations génitales féminines et des violences de genre qui y sont liées (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016)», *op. cit.*, pp. 464-465); voy. S. SAROLEA, «Le risque de réexcision en Guinée évalué par le Comité contre la torture», note sous C.A.T., communication n° 613/2014, *F.B. contre Pays-Bas*, 9 novembre 2015, *Newsletter EDEM*, juin 2016.

⁽⁹⁴⁾ Elle avait, en effet, considéré que «du fait même de sa nature et de son but consistant à exploiter autrui, la traite des êtres humains repose sur l'exercice de pouvoirs qui se rattachent au droit de propriété» (§ 281). À cet égard, elle avait relevé que, dans un tel système, les êtres humains sont traités comme des biens commerciaux, sont soumis à un travail forcé — qu'ils exercent souvent pour peu ou pas d'argent, généralement dans l'industrie du sexe, sous une surveillance étroite et une liberté de circulation restreinte —, subissent des actes de violence et des menaces et sont soumis à des conditions de vie et de travail épouvantables (§ 281).

⁽⁹⁵⁾ Cette conclusion a été réitérée un an plus tard dans l'arrêt *Tremblay c. France* à l'égard de la prostitution contrainte, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Tremblay c. France* du 11 septembre 2011 : «C'est [...] avec la plus grande fermeté que la Cour souligne qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte» (§ 25).

19. Dans l'arrêt *L.E. c. Grèce* du 21 janvier 2016, la Cour a eu l'occasion de rappeler que dès lors qu'un État est informé de l'existence d'une traite d'êtres humains, celui-ci « se trouve dans l'obligation de prendre des *mesures concrètes* pour protéger les victimes avérées ou potentielles de traitements contraires à l'article 4 » (§ 66) (nous soulignons). Cette affaire concernait la plainte d'une ressortissante nigérienne contrainte à la prostitution forcée en Grèce de ce qu'en dépit de la reconnaissance de son statut de victime de trafic humain à des fins d'exploitation sexuelle, elle a dû attendre plus de neuf mois entre le moment où elle a informé les autorités grecques de sa situation et la délivrance de ce statut, lui permettant de régulariser son séjour sur le territoire grec. Considérant que cette période de neuf mois « ne saurait être qualifiée de raisonnable » et qu'elle a eu « des conséquences négatives sur la situation personnelle de la requérante » (§ 77), la Cour a soutenu que ce retard « a marqué un défaut substantiel quant aux mesures opérationnelles que les autorités pouvaient prendre pour la protéger » (§ 78). Par ailleurs, en ce qui concerne l'effectivité de l'enquête, la Cour a constaté un certain nombre de « déficiences à l'égard des obligations procédurales pesant sur l'État grec en vertu de l'article 4 de la Convention », de sorte que cette disposition s'en trouvait violée (§ 86). Dans cette affaire, la Cour a également conclu à la violation des articles 6, § 1^{er} et 13, de la Convention, considérant, d'une part, que « la durée de la procédure litigieuse a été excessive » (§ 97) et, d'autre part, que la requérante ne disposait pas de recours grâce auxquels elle aurait pu demander le respect de son droit à une audience dans un délai raisonnable. L'arrêt *L.E. c. Grèce* marque certainement une avancée positive dans la consécration du droit protégé par l'article 4 de la Convention comme un droit fondamental du système européen de protection des droits de l'homme⁽⁹⁶⁾.

f) *La santé*

i) *La qualité des soins*

20. Durant la période recensée, la Cour a dû traiter de plusieurs affaires concernant la qualité des soins prodigués à de jeunes enfants. C'est notamment le cas des arrêts *Asiye Genç c. Turquie* du 27 janvier 2015 et *Aydogdu c. Turquie* du 30 août 2016⁽⁹⁷⁾.

La première affaire concernait le décès, dans une ambulance, d'un nouveau-né prématuré, à la suite d'un refus de prise en charge médicale

⁽⁹⁶⁾ V. STOYANOVA, « *L.E. v. Greece: Human Trafficking and States' Positive Obligations* », *Strasbourg Observers*, 2 février 2016, <https://strasbourgobservers.com>.

⁽⁹⁷⁾ Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Erdoğan Kurt c. Turquie* du 6 juin 2017.

d'urgence par les hôpitaux publics. Devant la Cour, la requérante soutenait que les autorités avaient failli à leur obligation positive de protéger le droit à la vie de son enfant et se plaignait des insuffisances qui avaient entaché l'enquête menée au sujet de sa mort. La Cour a, d'une part, constaté que «l'État n'a pas suffisamment veillé à la bonne organisation et au bon fonctionnement du service public hospitalier, et plus généralement de son système de protection de la santé» (§ 80). Le nouveau-né est décédé en raison de l'absence de traitement, ce qui «s'apparente à un refus de prise en charge médicale de nature à mettre la vie en danger» (§ 82) (nous soulignons). Elle a, d'autre part, estimé que l'absence d'incrimination et de poursuites à l'encontre des responsables dû au refus des autorités administratives — ne serait-ce que pour «vérifier si et dans quelle mesure les manquements établis en l'espèce restaient compatibles avec les impératifs du service public de la santé et la réglementation hospitalière» (§ 84) — avait rendu la réponse du système judiciaire turc inadéquate. La Cour a, dès lors, conclu que les autorités turques avaient manqué à leurs obligations découlant de l'article 2 de la Convention, dans le chef de l'enfant décédé peu après sa naissance⁽⁹⁸⁾.

La seconde affaire concernait le décès d'une nouvelle née prématurée, deux jours après sa naissance. L'hôpital où elle est née ne disposant pas d'unité néonatale, l'enfant avait dû être transférée dans un autre hôpital pour y recevoir des soins vitaux d'urgence, mais faute de place et de matériels disponibles, elle est rapidement décédée. Selon les requérants, le décès de leur fille était imputable à une faute professionnelle du personnel soignant des hôpitaux où elle a été prise en charge. La Cour a jugé que l'enfant avait, en effet, «été victime d'un manque de coordination entre les professionnels de la santé, combiné avec des *dysfonctionnements structurels des services* hospitaliers d'Izmir, et qu'elle a été privée d'accès à des soins d'urgence adéquats au mépris de son droit à la protection de sa vie» (§ 103) (nous soulignons). Elle a, par ailleurs, considéré que la procédure pénale avait été ineffective et que la réponse du système judiciaire turc n'avait pas été respectueuse des garanties inhérentes au droit à la vie. La Cour a donc

⁽⁹⁸⁾ Pour les juges Lemmens, Spano et Kjølbro — qui ont émis une opinion concordante commune — si l'on pouvait, sans réserve, souscrire à l'existence d'une violation de l'article 2 de la Convention pour le manquement des autorités turques à leur obligation positive de protéger la vie, l'on ne pouvait en revanche déduire de cet article l'exigence d'«un certain niveau, un certain degré ou une certaine qualité de traitement et d'équipements dans les hôpitaux publics». Selon eux, «la capacité de fournir un traitement ainsi que le niveau de traitement et la qualité de l'équipement relèvent d'un domaine où les États doivent prendre des décisions difficiles prenant en compte un certain nombre de facteurs, y compris la priorisation des besoins ainsi que la réalité de ressources financières limitées». Enfin, pour les trois juges, rien ne permettait de critiquer la portée de l'enquête menée en l'espèce.

conclu à la violation de l'article 2 de la Convention tant sous son volet matériel que procédural (§ 104)⁽⁹⁹⁾.

21. L'important arrêt *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* du 19 décembre 2017 concernait, quant à lui, le décès du mari de la requérante à l'issue d'une série de problèmes médicaux survenus à la suite d'une opération chirurgicale bénigne. Invoquant l'article 2 de la Convention, la requérante alléguait, d'une part, que le décès de son mari découlait de la négligence et de l'imprudence du personnel médical de l'hôpital où il était hospitalisé, et, d'autre part, que les autorités n'avaient pas élucidé la cause précise de la dégradation de l'état de santé de son mari. Elle se plaignait également de la violation de ses droits découlant des articles 6, § 1^{er} et 13, de la Convention, en raison de la durée et de l'issue de la procédure interne.

Se prononçant exclusivement sous l'angle de l'article 2, la Cour a d'abord commencé par rappeler qu'elle n'était pas disposée à statuer sur la qualité du traitement médical dispensé, celui-ci ayant déjà fait l'objet d'un contrôle au niveau interne concluant à l'absence de faute dans le chef du personnel médical. La Cour a ensuite entendu distinguer le cas d'espèce des cas relatifs à un *refus de soin* ou à un *dysfonctionnement systémique* (voy. *supra* n° 20). Elle a, en effet, d'une part, estimé que «ni une erreur alléguée de diagnostic retardant l'administration du bon traitement ni le caractère supposément tardif d'une intervention médicale particulière ne sauraient en eux-mêmes justifier de mettre la présente espèce sur le même plan que des affaires relatives à un refus de soins» (§ 200). D'autre part, la Cour a considéré que «le manque allégué de coordination entre le service d'ORL et le service des urgences du CHVNG ne [s'analysait] pas en lui-même en un dysfonctionnement des services hospitaliers de nature à engager la responsabilité de l'État sur le terrain de l'article 2» et que rien ne lui permettait «d'aboutir au constat ou à la conclusion qu'il existait une situation de dysfonctionnement structurel ou systémique dans les services de santé en question» (§ 202). Considérant, dès lors, que la présente affaire ne concernait que des allégations de *négligence médicale*, elle a estimé que «les obligations positives matérielles pesant sur le Portugal se [limitaient] à la mise en place d'un cadre réglementaire *adéquat* imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, d'adopter des mesures appropriées pour protéger la vie des patients» (§ 203). Eu égard aux règles et normes portugaises

⁽⁹⁹⁾ La Cour a, par ailleurs, invoqué l'article 46 de la Convention pour inviter la Turquie à prendre des mesures en vue d'imposer des enquêtes administratives/disciplinaires, indépendantes et impartiales, permettant une participation efficace des victimes à l'enquête; d'exiger que les instances et/ou des spécialistes susceptibles d'être chargés des expertises aient des qualifications et compétences en parfaite corrélation avec les particularités de chaque cas; et d'obliger les experts médicolégaux à dûment motiver leurs avis scientifiques (§§ 118-122).

en la matière, le juge européen a estimé que «le cadre réglementaire en vigueur ne [révéla]t aucun manquement de la part de l'État à l'obligation qui lui incombait de protéger le droit à la vie du mari de la requérante» (§ 204) et a donc conclu à l'absence de violation de l'article 2 dans son volet substantiel⁽¹⁰⁰⁾.

En ce qui concerne l'aspect procédural, cependant, la Cour a considéré que la procédure devant l'Inspection générale de la santé présentait un défaut de célérité, en ce qu'elle avait duré plus de sept ans, que la durée (plus de quatre ans) de la procédure menée devant l'Ordre des médecins était déraisonnable, que la procédure pénale n'avait pas été effective, en ce qu'elle n'avait pas été menée promptement (plus de six ans) et ne portait que sur une partie des accusations, que la procédure en indemnisation présentait également un défaut de célérité (plus de neuf ans) et que les allégations — à première vue défendables — de la requérante n'avaient pas été examinées de manière approfondie. Elle a dès lors conclu à la violation de l'article 2, dans son volet procédural, pour le manquement du système national dans son ensemble à apporter une réponse adéquate et suffisamment prompte aux griefs de la requérante (§ 238).

Dans ce dernier arrêt contre le Portugal, la Cour a donc pris soin de limiter les obligations matérielles des États en matière de responsabilité médicale. Il semble désormais que seules deux situations soient susceptibles d'engager la responsabilité de l'État: le refus de soins d'urgence vitaux mettant la vie en danger (qui ne couvre pas les erreurs ou la tardiveté d'un traitement) d'une part, et l'impossibilité d'accéder à ces soins en raison d'un dysfonctionnement systémique ou structurel alors que les autorités avaient, ou auraient dû avoir, connaissance du risque et n'ont pas pris les mesures nécessaires, d'autre part (§§ 191-192)⁽¹⁰¹⁾. Pour Peggy Ducoulombier, en circonscrivant sévèrement les cas dans lesquels la responsabilité de l'État peut être engagée en matière de décès liés à des erreurs médicales, la Cour a marqué sa volonté de ne «pas poursuivre le développement de la responsabilité étatique sur des questions engageant de manière trop importante le

⁽¹⁰⁰⁾ L'arrêt de la Cour a fait l'objet de deux opinions dissidentes particulièrement conséquentes des juges Pinto de Albuquerque et Serghides.

⁽¹⁰¹⁾ P. DUCOULOMBIER, «Cinq ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *C.D.E.*, 2018/3, p. 842; notons que cette deuxième situation n'existe que dès lors qu'elle répond à quatre critères cumulatifs: les actions ou omissions du personnel vont au-delà de la simple erreur ou négligence médicale, le dysfonctionnement est objectivement systémique ou structurel, il existe un lien entre ce dysfonctionnement et le préjudice subi et, enfin, le dysfonctionnement est dû au non-respect par l'État de la mise en place d'un cadre réglementaire effectif protégeant la vie des patients (§§ 194-196).

versant économique et social des droits conventionnels»⁽¹⁰²⁾. À l'instar du juge dissident Pinto de Albuquerque, nombreux sont ceux qui ont dénoncé le fait que «la Cour [n'ait] pas encore pris de mesures concrètes pour faire passer la question des soins de santé du domaine de la rhétorique inutile à celui des droits de l'homme appliqués concrètement»⁽¹⁰³⁾.

ii) Le handicap

22. Si les précédentes chroniques de la jurisprudence européenne des droits de l'homme avaient relevé l'hésitation de la Cour «à mettre le pied sur le terrain de la protection sociale et/ou de la qualité de vie des personnes handicapées»⁽¹⁰⁴⁾, il semble que la période recensée marque une évolution positive, favorable à la reconnaissance et la sanction des discriminations dont les personnes souffrant d'un handicap peuvent faire l'objet. Alors que les requêtes de M. Molka⁽¹⁰⁵⁾ — concernant l'accès des personnes handicapées au bureau de vote — et de M. Bayrakci⁽¹⁰⁶⁾ — concernant l'absence de toilettes pour handicapés sur le lieu de travail — avaient été écartées respectivement pour défaut manifeste de fondement et non-épuisement des voies de recours interne, la Cour a pu conclure à la violation de l'article 14, combiné à l'article 2 du Protocole n° 1 dans deux arrêts rendus en 2016 et 2018 contre la Turquie.

23. Dans l'affaire *Çam c. Turquie*, ayant donné lieu à un arrêt du 23 février 2016, la requérante — dont l'inscription au conservatoire national de musique turc avait été refusée en raison de sa cécité — se plaignait de la violation de son droit à l'instruction et de son droit à l'égalité des chances et à la non-discrimination. Constatant que le refus d'inscription de M^{me} Cam — qui disposait pourtant de toutes les qualités requises pour son admission — avait été motivé par sa seule cécité, la Cour a conclu à la violation de l'article 14, combiné à l'article 2 du Protocole n° 1 (§ 69). En refusant l'inscription de la requérante sans envisager d'aménagements raisonnables destinés à permettre l'accès des personnes en situation d'handicap à l'instruction, les instances nationales ont empêché sans raison objective et raisonnable la requérante de suivre une éducation musicale, et

⁽¹⁰²⁾ P. DUCOULOMBIER, «Cinq ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 841-842.

⁽¹⁰³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* du 19 décembre 2017, § 92 de l'opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque; voy. également P. DUCOULOMBIER, «Cinq ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 841.

⁽¹⁰⁴⁾ G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *op. cit.*, p. 708.

⁽¹⁰⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Molka c. Pologne* du 11 avril 2006.

⁽¹⁰⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Bayrakci c. Turquie* du 5 février 2013.

ce en violation de la Convention (§ 69). L'arrêt *Çam* va donc au-delà de la «simple» interdiction de la discrimination : il affirme que le refus d'aménagements raisonnables est une forme de discrimination au titre de l'article 14 de la Convention⁽¹⁰⁷⁾.

24. Dans l'affaire *Enver Şahin c. Turquie*, ayant donné lieu à un arrêt du 30 janvier 2018, le requérant — un étudiant en mécanique devenu paralégique à la suite d'un grave accident — se plaignait, d'une part, d'avoir dû renoncer à poursuivre ses études en raison du refus de la faculté d'entreprendre des travaux d'aménagements pour qu'il puisse accéder aux bâtiments et, d'autre part, de l'atteinte à son intimité et à son indépendance qu'aurait constituée la solution proposée par le rectorat de désigner une tierce personne pour l'assister en tous temps. La Cour a commencé par rappeler que «la possibilité pour les personnes souffrant d'un handicap de vivre de façon autonome et dans le plein épanouissement du sentiment de dignité et d'estime de soi est d'une importance capitale» et que «la dignité et la liberté de l'homme, y compris forcément la liberté de faire ses propres choix, sont l'essence même de la Convention» (§ 70). Appliquant ces principes au cas d'espèce, elle a estimé que «l'aide d'un accompagnant ne pouvait passer pour raisonnable, sur le terrain de l'article 8», en ce que cette mesure n'a pas été prise «au terme d'une évaluation réelle des besoins de M. Sahin et d'une considération sincère de ses effets potentiels sur sa sécurité, sa dignité et son autonomie» (§§ 71-72). Quant à la réaction judiciaire, la Cour a considéré que le tribunal administratif, validant les considérations budgétaires et des propositions vagues, n'avait pas vérifié «si un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts concurrents de l'intéressé et de la société dans son ensemble» (§ 73) et n'avait pas cherché «à identifier des solutions susceptibles d'y pourvoir» (§ 74). La Cour a donc conclu à la violation de l'article 14, combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1, considérant que «le gouvernement n'a pas démontré que les autorités nationales, dont notamment les instances universitaires et judiciaires, ont réagi avec la diligence requise pour que le requérant puisse continuer à jouir de son droit à l'éducation sur un pied d'égalité avec les autres étudiants et pour que, en conséquence, le juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu ne soit pas rompu» (§ 75)⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Voy. J. DAMAMME, «Disability discrimination because of denial of “reasonable accommodations”: a very positive connection between the ECHR and the UNCRPD in *Çam v. Turkey*», *Strasbourg Observers*, 1^{er} avril 2016, <https://strasbourgobservers.com>.

⁽¹⁰⁸⁾ L'arrêt de la Cour a fait l'objet d'une importante opinion dissidente du juge belge Paul Lemmens, qui a vu, dans cette affaire, davantage une question d'accessibilité que d'aménagements raisonnables, de sorte que le grief aurait, selon lui, dû être examiné sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1 et non pas sous l'angle de l'article 14 de la Convention. Par ailleurs, le grief fondé sur l'article 8 aurait dû, selon lui, être déclaré irrecevable;

iii) L'indemnisation de l'invalidité

25. L'arrêt *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016 concernait une requérante qui se plaignait de l'annulation de la rente d'invalidité de 50 % qu'elle s'était vu octroyer depuis l'arrêt de son activité de vendeuse à temps plein suite à des problèmes de dos. Cette rente avait été annulée après qu'elle ait fait état de sa volonté de travailler à temps partiel suite à la naissance de ses jumeaux, en application de la méthode dite «mixte», qui présupposait que, même si l'intéressée n'avait pas été frappée d'invalidité, elle n'aurait pas travaillé à plein temps après la naissance de ses enfants. La requérante considérait être victime d'une discrimination fondée sur le sexe, en violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

La Cour a commencé par rappeler que «la progression vers l'égalité des sexes est un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement à cet égard» (§ 82). Constatant qu'environ 98 % des cas d'application de la méthode mixte concernaient des femmes et que le Tribunal fédéral suisse avait lui-même admis que cette méthode s'appliquait majoritairement aux femmes ayant réduit leur activité professionnelle après la naissance de leur enfant, la Cour a estimé être en présence d'une «discrimination indirecte» (§ 90). Si la Cour a admis que l'objectif de l'assurance invalidité était de «couvrir le risque de perte, du fait de l'invalidité, de la possibilité d'exercer une activité rémunérée ou des travaux habituels que l'assuré pourrait effectuer s'il était resté en bonne santé», elle a cependant estimé que «cet objectif [devait] être apprécié à la lumière de l'égalité des sexes» (§ 96). La Cour a observé qu'il était vraisemblable «que si M^{me} di Trizio avait travaillé à 100 % ou si elle s'était entièrement consacrée aux tâches ménagères, elle aurait obtenu une rente d'invalidité partielle» (§ 97). Partant, le refus de lui reconnaître le droit à une rente découlait clairement de l'indication de sa volonté d'exercer son activité à temps partiel. Ainsi, selon la Cour, «pour la grande majorité des femmes souhaitant travailler à temps partiel à la suite de la naissance des enfants, la méthode mixte [s'avérait] discriminatoire» (§ 97). Par ailleurs, le fait que le Conseil fédéral suisse ait admis, dans un rapport de 2015, que la méthode mixte puisse conduire à des taux d'invalidité plus bas constituait, pour la Cour, une indication claire «d'une prise de conscience du fait que la méthode mixte ne s'accorde plus avec la poursuite de l'égalité des sexes dans la société contemporaine où les femmes ont le souhait légitime de pouvoir concilier vie familiale et intérêts professionnels» (§ 100). En conclu-

voy. J. DAMAMME, «Disability and University (pragmatic) Activism: the pros and cons of *Enver Şahin v. Turkey*», *Strasbourg Observers*, 9 mars 2018, <https://strasbourgobservers.com>.

sion, la Cour n'était pas convaincue que la différence de traitement subie par M^{me} di Trizio reposait sur une justification raisonnable et a conclu, par quatre voix contre trois, **à la violation de l'article 14**, combiné avec l'article 8 de la Convention⁽¹⁰⁹⁾.

26. En 2017, la Cour s'est à nouveau prononcée sur une décision de réduction du montant d'une indemnité — cette fois — octroyé par les tribunaux à une femme à la suite d'une faute médicale⁽¹¹⁰⁾ et a, à nouveau, reconnu le caractère profondément discriminatoire de cette décision. À l'origine de l'arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* du 25 juillet 2017, une quinquagénaire — souffrant de graves douleurs, d'une perte de sensations au vagin, d'incontinence ainsi que de difficultés à marcher, s'asseoir et à avoir des relations sexuelles, causées par une faute médicale lors d'une intervention gynécologique — se plaignait du caractère discriminatoire de la réduction, opérée par la Cour administrative suprême portugaise, du montant de l'indemnité qui lui avait été accordée pour couvrir son dommage physique et mental et les frais d'une domestique pour l'aider dans ses tâches ménagères. La Cour portugaise avait considéré que les sommes respectives de 80.000 et 16.000 euros étaient excessives et avait, en conséquence, décidé de les réduire à 50.000 et 6.000 euros, en raison, d'une part, du fait que la requérante était déjà âgée de 50 ans et mère de deux enfants à la date de l'opération — un âge où la sexualité n'aurait pas autant d'importance —, et, d'autre part, du fait que la requérante n'aurait vraisemblablement pas besoin d'une domestique à temps plein car, vu l'âge de ses enfants, elle n'avait à s'occuper que de son mari. Devant la Cour européenne, la requérante soutenait, en particulier, que la décision des autorités judiciaires portugaises était discriminatoire en ce qu'elle mécon-

⁽¹⁰⁹⁾ Les juges Keller, Spano et Kjolbro ont formulé une opinion dissidente commune, considérant que « la requérante n'a pas suffisamment montré dans quelle mesure l'application de la méthode mixte affecte à proprement parler l'organisation de sa vie familiale ou privée », de sorte que l'article 8 n'était pas applicable en l'espèce (§ 13).

⁽¹¹⁰⁾ Voy. également l'arrêt *Otgon c. République de Moldavie* du 25 octobre 2016, qui concernait le faible montant d'indemnité octroyé par les tribunaux moldaves à une femme qui avait dû être hospitalisée pendant deux semaines pour dysenterie, après avoir bu de l'eau du robinet contaminée. Constatant la responsabilité des autorités locales dans la contamination de l'eau potable et se fondant sur la gravité des souffrances physiques et psychologiques causées à l'intéressée (ulcère aigu, cholécystite chronique, hypothyroïdisme et un trouble métabolique), le tribunal ne lui avait cependant accordé que l'équivalent de 648 euros (contre les 6.700 euros demandés) et ce montant avait même été réduit à 310 euros devant les juridictions supérieures. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, considérant que, bien que les tribunaux moldaves aient établi la responsabilité du prestataire public local et octroyé une indemnité à la requérante, la somme allouée à ce titre était insuffisante au vu de la gravité du préjudice causé à la santé de celle-ci. Elle a ainsi demandé le versement de 4.000 euros à la requérante pour dommage moral.

naissait l'importance de sa vie sexuelle en tant que femme, en violation des articles 8 et 14 de la Convention.

La Cour de Strasbourg a, à nouveau, commencé par rappeler que «l'égalité des sexes est aujourd'hui un objectif majeur pour les États membres du Conseil de l'Europe», qu'il faudrait donc «de bonnes raisons pour qu'une différence de traitement fondée sur le sexe puisse être acceptée comme étant compatible avec la Convention européenne» et que «les références aux traditions, aux postulats généraux ou aux comportements sociaux dominants ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe»⁽¹¹¹⁾ (§ 46). Elle a constaté que l'âge et le sexe de la requérante avaient été des éléments décisifs dans la décision définitive des juridictions portugaises et que celle-ci avait, par ailleurs, été fondée sur le postulat général que la sexualité n'a pas autant d'importance pour une quinquagenaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune. Pour la Cour, ces considérations étaient révélatrices des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise. La Cour a également relevé le contraste dans l'approche suivie par les juridictions portugaises dans des affaires concernant des fautes médicales sur des patients quinquagénaires de sexe masculin. La Cour suprême de justice avait, en effet, jugé que la difficulté pour ces hommes d'entretenir des relations sexuelles normales avait affecté leur estime d'eux-mêmes et leur avait causé un «choc mental grave/considérable», indépendamment de leur âge et de ce qu'ils eussent ou non des enfants, et leur avait, en conséquence, accordé des indemnisations de 225.000 et 100.000 euros. Au vu de ces considérations, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 de la Convention⁽¹¹²⁾.

Le raisonnement de la Cour dans cette affaire s'écarte de l'approche comparative traditionnellement utilisée pour conclure à une discrimination. Dans leur opinion dissidente, les juges luxembourgeois Ravarani et slovène Bonšjak critiquent l'abandon du raisonnement en trois étapes, qui consiste à (i) identifier deux catégories de personnes qui sont dans des situations comparables ou analogues, (ii) analyser l'existence ou non d'une différence de traitement et (iii) déterminer si cette différence peut être justifiée de manière objective et raisonnable. Pour les juges dissidents, la comparaison avec les deux cas masculins ne suffit pas à établir une différence

⁽¹¹¹⁾ Voy. Cour eur. D.H., *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004 (l'importance attachée au principe de non-discrimination empêche les États d'imposer des traditions découlant du rôle primordial de l'homme et du rôle secondaire de la femme dans la famille pour imposer le port du nom du mari après le mariage).

⁽¹¹²⁾ L'arrêt a fait l'objet de deux opinions concordantes séparées des juges Yudkivska et Motoc et d'une opinion dissidente commune des juges Ravarani et Bošnjak.

de traitement entre deux catégories de personnes. Par ailleurs, selon eux, la majorité aurait dû concentrer son analyse autour de l'«âge» et non pas du «genre» de la requérante, «tout simplement parce que le jugement en cause n'emploie pas un langage pointant dans cette direction; dans ses passages critiqués, le jugement ne parle que d'âge» (§ 37). Cette opinion dissidente a été intensément critiquée par la doctrine⁽¹¹³⁾ ainsi que par deux opinions concordantes séparées des juges ukrainienne Yudkivska et roumaine Motoc. Ces dernières font valoir — à juste titre, selon nous — qu'une discrimination peut également reposer sur l'utilisation d'un stéréotype pour motiver une décision de justice. Dans le cas d'espèce, la Cour administrative supérieure a fait reposer sa décision de réduction d'indemnité sur une vision stéréotypée de la vie familiale et sexuelle d'une femme. Or, «prendre en compte un stéréotype pour fonder sa décision est en soi une discrimination et ce, indépendamment de toute comparaison»⁽¹¹⁴⁾. Bien que subtils, les stéréotypes de genre sont présents dans le langage de la Cour administrative supérieure portugaise. Ils reposent, d'une part, sur l'idée que la vie sexuelle des femmes se limite à sa fonction reproductive et, d'autre part, sur l'idée que le rôle des femmes est de s'occuper de leur mari. Comme le souligne Lourdes Peroni, le caractère subtil des stéréotypes de genre ne devrait toutefois pas empêcher la Cour d'en révéler la substance: «*judging on the basis of stereotypes precludes an actual inquiry into the facts of the case, lead to disregard for individual circumstances, undermine individual access to justice, and ultimately, compromise the fairness and impartiality of the justice system*»⁽¹¹⁵⁾. L'arrêt *Carvalho Pinto* peut se féliciter d'avoir réussi à révéler la discrimination sous-jacente à ce type d'argumentaire⁽¹¹⁶⁾. Tout au plus pouvons-nous lui reprocher de ne pas avoir abordé plus explicitement le caractère intersectionnel de la discrimination en cause. Dans cette affaire, l'âgisme et le sexisme interagissent (l'un ouvertement, l'autre subtilement) pour minimiser l'importance de la vie sexuelle (non reproductive) dans la vie de la requérante et pour circonscrire et réduire la compensation qui lui est due pour le dommage causé par l'erreur médicale⁽¹¹⁷⁾.

(113) L. PERONI, «Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in *Carvalho Pinto v. Portugal*», *Strasbourg Observers*, 28 septembre 2017, <https://strasbourgobservers.com>; L. CARAYON et J. MATTIUSI, «Le prix du genre», *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 mars 2018, disponible à l'adresse: <http://journals.openedition.org/revdh/3787>.

(114) H. FULCHIRON, «Chroniques — Vie privée et familiale», *J.E.D.H.*, 2018/5, p. 470.

(115) L. PERONI, «Age and Gender Discrimination ...», *op. cit.*

(116) Pour Lourdes Peroni, l'arrêt «*unveils gender bias in judicial reasoning by naming the gender stereotypes, by describing their workings in the concrete case and by assessing their influence on the judicial decision. The judgment represents a key step in the Court's anti-stereotyping case law and reinvigorates Article 14 jurisprudence*» (*Ibidem*).

(117) L. PERONI, «Age and Gender Discrimination ...», *op. cit.*

g) *Le prélèvement d'organes et de tissus et l'intégrité de la dépouille*

27. C'est dans son arrêt *Petrova c. Lettonie*⁽¹¹⁸⁾ que la Cour européenne des droits de l'homme a posé les fondements de sa réflexion relative au prélèvement d'organes et de tissus. Se concentrant sur la question du consentement au prélèvement, elle a considéré que la législation lettone en matière de transplantation d'organes n'était pas suffisamment claire et avait abouti à une situation dans laquelle la requérante avait certains droits concernant le prélèvement des organes de son fils mais n'avait pas été informée — et avait encore moins reçu des explications — sur la manière et le moment d'exercer ces droits, en violation de l'article 8 de la Convention. Un an plus tard, la Cour, à nouveau amenée à se prononcer sur la «conventionnalité» de la législation lettone en matière de prélèvement d'organes, a saisi l'occasion d'approfondir sa réflexion et de souligner les principes et les enjeux qui sous-tendent le respect de l'intégrité de la dépouille.

L'arrêt *Elberte c. Lettonie* du 13 janvier 2015 concernait le prélèvement par des experts en médecine légale de tissus sur le corps du défunt mari de la requérante à son insu et sans son consentement. Ces prélèvements avaient été effectués après l'autopsie et envoyés à une société pharmaceutique en Allemagne pour la création de bio-implants, conformément à un accord approuvé par les autorités lettones. La requérante n'eut connaissance de ceux-ci que deux ans plus tard, lorsqu'une enquête pénale fut ouverte sur des allégations relatives à des prélèvements de tissus et d'organes réalisés illégalement sur des cadavres à grande échelle. Après de nombreuses fermetures et réouvertures de l'enquête, les autorités judiciaires lettonnes ont finalement conclu à l'absence d'éléments constitutifs d'une infraction, considérant qu'il n'existait pas dans la loi lettone d'obligation d'informer quiconque de son droit de consentir ou de refuser le prélèvement d'organes ou de tissus. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante invoquait, d'une part, la violation de l'article 8 pour le prélèvement effectué sans son consentement et, d'autre part, la violation de l'article 3 pour les souffrances morales qu'elle allègue avoir subies en ayant été laissée dans l'incertitude relativement au prélèvement de tissus sur le corps de son mari, qui lui aurait été rendu après l'autopsie avec les jambes ligotées.

La Cour a conclu à la violation de ces deux articles. Elle a d'abord à nouveau jugé que la loi litigieuse manquait de clarté et n'offrait pas de garanties juridiques suffisantes contre l'arbitraire (§ 116) : bien qu'elle établissait «le cadre juridique autorisant les parents les plus proches à exprimer leur consentement ou leur opposition au prélèvement de tissus», elle ne défi-

⁽¹¹⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Petrova c. Lettonie* du 24 juin 2014.

nissait « pas clairement l'étendue de l'obligation en découlant ou la marge d'appréciation accordée aux experts ou à d'autres autorités à cet égard », de sorte que cette obligation faisait l'objet d'un désaccord entre les autorités nationales elles-mêmes (§ 113). Dans le cas d'espèce, la Cour a ensuite observé que la requérante s'était trouvée pendant une longue période « dans l'incertitude et en proie à la détresse relativement à l'ampleur, au but et aux modalités des prélèvements d'organes et de tissus pratiqués sur le corps de [son mari] » (§ 139). De manière plus générale, elle a enfin souligné que « dans le domaine particulier de la transplantation d'organes et de tissus, le corps humain devait être traité avec respect, même après le décès » (§ 142). Il en va de la protection de la dignité, de l'identité et de l'intégrité de toute personne, la dignité humaine étant, par ailleurs, une valeur au cœur même de la Convention européenne (§ 142)⁽¹¹⁹⁾.

2. *L'autonomie personnelle : le choix des modalités de son accouchement*

28. En 2010, dans son arrêt *Ternovszky c. Hongrie*⁽¹²⁰⁾, la Cour de Strasbourg avait rendu sa première décision relative aux modalités de l'accouchement à domicile. Considérant que le flou juridique entourant la possibilité pour les professionnels de la santé d'assister une femme lors de son accouchement à domicile avait, en pratique, empêché la requérante d'accoucher comme elle le souhaitait, la Cour avait conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH⁽¹²¹⁾. Mais, en se cantonnant au seul terrain de la prévisibilité de la loi, la Cour avait laissé en suspens la question de savoir « si la liberté d'accoucher à son domicile créait à la charge des États, en plus d'une obligation de réglementation juridique, une obligation positive de fournir l'assistance médicale nécessaire à un accouchement dans ces conditions »⁽¹²²⁾. Les deux récents arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en

⁽¹¹⁹⁾ Dans son opinion concordante, le juge polonais Wojtyczek a toutefois tenu à préciser qu'en tout état de cause, « les droits en matière de transplantation ne sont que partiellement protégés par la Convention », jugeant qu'il n'y a « pas d'arguments assez forts pour considérer que les décisions relatives à la transplantation d'organes sont couvertes par les notions de vie privée ou de vie familiale telles que comprises sur le fondement des règles d'interprétation des traités établies en droit international » (§ 5).

⁽¹²⁰⁾ Coureur, D.H., arrêt *Ternovszky c. Hongrie* du 14 décembre 2010 ; Voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, pp. 43 et s.

⁽¹²¹⁾ La Cour avait considéré que le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention comprenait « le droit de choisir les circonstances dans lesquelles on devient parent » (§ 22).

⁽¹²²⁾ N. HERVIEU, « Liberté d'accoucher à domicile », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 novembre 2017, disponible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/revdh/3583>.

cette matière sont toutefois venus confirmer qu'il n'y avait pas de raisons de voir dans l'arrêt de 2010 une «libéralisation de l'accouchement à domicile en tant que tel»⁽¹²³⁾.

29. Rendu le 15 novembre 2016, le premier arrêt, *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, concernait deux ressortissantes tchèques qui se plaignaient de l'impossibilité de se faire assister par une sage-femme lors de leur accouchement à domicile. La première requérante avait décidé d'accoucher à domicile après avoir vécu une expérience éprouvante lors de son premier accouchement en milieu hospitalier, où elle avait été pressée d'accepter diverses interventions médicales non désirées. Lorsqu'elle avait manifesté son souhait d'accoucher à domicile, on lui avait répondu que la législation tchèque ne prévoyait pas de prise en charge des frais par une assurance maladie publique et que les sages-femmes n'étaient pas autorisées à pratiquer ce type d'accouchement. Elle décida alors d'accoucher seule chez elle. La deuxième requérante avait, quant à elle, réussi à se faire assister par une sage-femme lors de ses deux premiers accouchements à domicile mais ne parvenait pas à se procurer cette assistance pour son troisième accouchement. Elle décida d'accoucher dans une maternité (à 140 km de son domicile) qui avait la réputation de respecter les souhaits des parturientes, ce qui ne fut finalement pas le cas. Devant la Cour de Strasbourg, les requérantes invoquaient une violation de leur droit au respect de leur vie privée.

Si la Cour a rappelé que l'impossibilité de se faire assister par une sage-femme lors d'un accouchement à domicile s'analysait comme une ingérence dans l'exercice du choix par la mère des modalités de son accouchement, choix qui relève de sa vie privée (§ 163), elle a cependant considéré que les autorités nationales disposaient d'une ample marge d'appréciation s'agissant de la réglementation de l'accouchement à domicile, en raison de l'absence de consensus européen sur le sujet et des questions complexes de politique de santé et d'allocation de ressources qu'il soulève (§ 182)⁽¹²⁴⁾. En l'espèce, elle a considéré que la République tchèque avait ménagé un juste équilibre entre, d'un côté, le droit des mères au respect de leur vie privée et, de l'autre, l'intérêt de l'État à protéger la santé et la sécurité de l'enfant

⁽¹²³⁾ Traduction libre de l'opinion concordante des juges Sajo et Tulkens, en marge de l'arrêt *Ternovszky c. Hongrie* du 14 décembre 2010.

⁽¹²⁴⁾ Comme le souligne L.M., «s'il ne "soulève pas en soi des questions morales et éthiques très délicates" (§ 182), [l'accouchement à domicile] touche néanmoins à une question allant au-delà du cas d'espèce, comme en attestent les tierces interventions des gouvernements slovaque et croate. Ces dernières s'expliquent par la nature du domaine en cause puisque la question, pour laquelle il ne se dégage pas de consensus au sein des États membres, touche "à un intérêt général important dans le domaine de la santé publique" (§ 182) ainsi qu'à des considérations générales de politique sociale et économique», voy. H. FULCHIRON (dir.), «Chronique — Vie privée et familiale», *J.E.D.H.*, 2017/5, p. 486.

et de la mère. En effet, bien qu'elle ait concédé que les conditions d'accouchement dans certains hôpitaux tchèques étaient préoccupantes, elle a noté que les risques pour les mères et les nouveaux nés étaient amenuisés en milieu hospitalier et que certaines initiatives avaient été adoptées depuis 2014 en vue d'améliorer la situation dans les maternités locales. Elle a dès lors conclu à l'absence de violation de l'article 8 (§ 191)⁽¹²⁵⁾. Elle a toutefois invité «les autorités tchèques à poursuivre leurs progrès en assurant un suivi constant des dispositions juridiques concernant l'accouchement à domicile, de manière à veiller à ce qu'elles reflètent les avancées médicales et scientifiques tout en respectant pleinement les droits des femmes en matière de santé génésique» (§ 189).

Rendu le 4 octobre 2018, le deuxième arrêt, *Pojatina c. Croatie*, concernait une ressortissante croate qui se plaignait de l'impossibilité de se faire assister par un professionnel lors de l'accouchement à domicile de son quatrième enfant. Elle ajoutait que son choix d'accoucher seule à domicile avait conduit au refus de certains soins postnataux et à des difficultés d'enregistrement de son enfant sur les registres de l'état civil. Dans cet arrêt, la Cour a repris exactement le même raisonnement que dans l'affaire *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, considérant que l'ingérence que représentait l'impossibilité d'accoucher à domicile avec l'assistance d'un professionnel dans l'exercice par la requérante de son droit à la vie privée n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi par l'État, «à savoir encourager les naissances à l'hôpital de manière à protéger la santé et la sécurité des mères et des enfants». Se fondant sur l'absence de consensus européen sur la question et les initiatives prises par le gouvernement croate, elle a conclu à l'absence de violation de l'article 8.

Les arrêts *Dubská et Krejzová* et *Pojatina* viennent donc incontestablement atténuer les principes dégagés dans l'arrêt *Ternovszky*⁽¹²⁶⁾ et confirment qu'aucune obligation positive de fournir l'assistance médicale nécessaire à un accouchement à domicile ne se déduit de l'article 8. Pour

⁽¹²⁵⁾ L'arrêt de la Cour a fait l'objet d'une opinion dissidente des juges Sajó, Karakas, Nicolaou, Lafranke et Keller, qui réfutent la plupart des arguments de la majorité et considèrent que l'interdiction faite aux sages-femmes d'assister les accouchements à domicile «n'était justifiée dans une société démocratique par aucun argument convaincant lié à la santé publique», en violation de l'article 8 de la Convention. Ils considèrent qu'«en ce qui concerne les grossesses “à faible risque”, il est possible et raisonnable d'autoriser les parents à choisir les circonstances de l'accouchement tout en protégeant les intérêts de l'enfant couverts par l'article 2 de la Convention. Cela exige toutefois de l'État qu'il veille à ce que les sages-femmes puissent prêter leur assistance à un accouchement, ou du moins signifie qu'il ne doit pas les en empêcher» (§ 34).

⁽¹²⁶⁾ Voy. le § 12 de l'opinion dissidente commune des juges Sajó, Karakas, Nicolaou, Lafranke et Keller, en marge de Cour eur. D.H., arrêt *Dubská et Krejzová c. République Tchèque* du 15 novembre 2016.

certain, le «repli stratégique»⁽¹²⁷⁾ de la Cour de Strasbourg s'inscrit indubitablement dans un processus de «diplomatie juridique» à l'égard des États, mais aussi dans une volonté de «structuration du droit de la Convention en fixant l'interprétation à suivre sur une question qui divise les juges de la Cour»⁽¹²⁸⁾.

E. — *L'intégrité morale et le développement personnel*

1. *L'intégrité morale*

a) *La protection des données personnelles*

i) La collecte des données personnelles par les autorités étatiques

30. La collecte et le traitement des données à caractère personnel par les autorités étatiques sont susceptibles de constituer une ingérence dans la vie privée d'un individu, protégée par l'article 8 de la Convention⁽¹²⁹⁾.

(a) L'interception des communications et les écoutes secrètes

31. Les mesures étatiques de surveillance secrète et systématique des communications et entretiens téléphoniques⁽¹³⁰⁾ constituent une ingérence dans le droit au respect à la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention⁽¹³¹⁾. Au cours de la période analysée, les affaires *Roman Zakharov c. Russie*⁽¹³²⁾ et *Szabó et Vissy c. Hongrie*⁽¹³³⁾ ont permis à la Cour de dessiner les contours des exigences inhérentes au respect de ce droit dès lors que les autorités étatiques instaurent de telles mesures. Dans ces deux arrêts, la haute juridiction a estimé qu'il y avait violation de l'article 8 de la Convention lorsque des dispositions internes régissant «l'interception des communications de téléphonie mobile ne comportaient pas les garanties

⁽¹²⁷⁾ J.-P. MARGUÉNAUD, «Le moment unique de l'accouchement troublé par le paternalisme médical», *Rev. trim. dr. h.*, n° 111, 2017, p. 641.

⁽¹²⁸⁾ H. FULCHIRON (dir.), «Chronique — Vie privée et familiale», *op. cit.*, p. 487.

⁽¹²⁹⁾ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Khelili c. Suisse* du 18 octobre 2011, § 55.

⁽¹³⁰⁾ Le terme «surveillance de masse» peut être défini comme «visant la récolte stratégique et prospective de données concernant des personnes qui ne sont pas directement soupçonnées d'être liées à la commission d'actes criminels ou d'activités mettant en cause la sécurité nationale, ou de personnes faisant partie d'un cercle restreint autour d'une personne suspecte»; F. DUBUISSON, «La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse», *Rev. trim. dr. h.*, 2016, n° 108, p. 856.

⁽¹³¹⁾ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, § 44 et Cour eur. D.H., arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, § 64 et Cour eur. D.H., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, §§ 41 et 42.

⁽¹³²⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Roman Zakharov c. Russie* du 4 décembre 2015.

⁽¹³³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Szabó et Vissy c. Hongrie* du 12 janvier 2016.

adéquates et effectives tendant à éviter l'arbitraire et les risques d'abus inhérents à tout système de surveillance secrète» (*Roman Zakharov c. Russie* § 302 et *Szabó et Vissy c. Hongrie* §§ 57 et 89).

Ces deux affaires présentent la particularité d'avoir été initiées par des requérants qui n'avaient pas été directement victimes d'une immixtion dans leur droit. Comme elle l'avait précédemment fait dans son arrêt *Klass et autres c. Allemagne*, la Cour a toutefois jugé «qu'un individu pou[vait], sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation en permettant, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a[vait] réellement appliquées»⁽¹³⁴⁾.

Dans le premier arrêt, *Roman Zakharov c. Russie*, rendu par la grande chambre le 4 décembre 2015, le requérant était rédacteur en chef d'une maison d'édition et d'un magazine d'aviation, et présidait par ailleurs une Fondation liée à une ONG défendant les droits et libertés des journalistes. Il alléguait que le système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile tel que prévu par le droit russe n'était pas conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention. La Cour, après avoir examiné minutieusement la législation russe, a pointé plusieurs défaillances du système conduisant à la violation de la vie privée (§§ 243 et s., spéc. les §§ 302 et 303), telles que le manque de clarté et de précision entourant les circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics russes étaient habilités à recourir à ces mesures de surveillance et quelles pouvaient être les personnes visées par de telles mesures (§§ 243 et s.) ou encore le manque de clarté quant aux circonstances permettant la conservation des informations recueillies (§§ 253 et s.).

Dans le second arrêt, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, prononcé dans la foulée du précédent, la Cour a été appelée à mettre en balance la législation hongroise permettant des opérations secrètes de surveillance antiterroriste, adoptée au nom de la protection de la sécurité nationale, avec la gravité de l'ingérence commise dans le droit à la vie privée des citoyens. La procédure avait cette fois-ci été introduite par deux membres d'une association ouvertement critique envers le gouvernement hongrois. Si la Cour a apprécié, dans son raisonnement, toutes les circonstances de la cause telles que «la nature, la portée, la durée des mesures, les raisons invoquées et les autorités compétentes pour les ordonner, les exécuter et les contrôler, ainsi que le type de recours existant à leur encontre»⁽¹³⁵⁾, elle a, à nouveau, estimé que la

⁽¹³⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 34, Cour eur. D.H., arrêt *Szabó et Vissy c. Hongrie* du 12 janvier 2016, §§ 32 à 39 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Roman Zakharov c. Russie* du 4 décembre 2015, §§ 165 et 171 et s.

⁽¹³⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, §§ 42 et 50 et Cour eur. D.H., arrêt *Szabó et Vissy c. Hongrie* du 12 janvier 2016., §§ 57, 72-73.

législation hongroise ne répondait pas au critère de stricte nécessité, garant de la sauvegarde des institutions démocratiques⁽¹³⁶⁾. Elle a notamment pointé le fait que les dispositions en cause n'étaient pas suffisamment détaillées, ne précisant pas avec assez de clarté les catégories de personnes envers lesquelles des mesures de surveillance secrète pouvaient être initiées, ce qui offrait ainsi la voie à une surveillance illimitée d'un trop grand nombre de citoyens (§ 67). Elle a souligné également que la loi n'offrait pas les garanties suffisantes contre les abus et l'arbitraire, désapprouvant l'absence d'autorisation judiciaire préalable avant toute interception d'informations — le seul contrôle existant étant de nature politique — (§ 77), ainsi que l'absence de contrôle judiciaire effectif *a posteriori* (§ 86).

Ces deux arrêts ont dès lors été l'occasion pour la Cour de souligner notamment « qu'en matière d'interception de conversations téléphoniques, l'existence de règles claires et adéquates apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. La loi doit être rédigée avec suffisamment de clarté pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes » (*Roman Zakharov c. Russie* § 229 et *Szabó et Vissy c. Hongrie* § 62). La législation doit, dès lors, définir l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir exécutif qui l'applique avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (*Roman Zakharov c. Russie* § 230). La Cour a ainsi exigé notamment que la loi renferme les garanties minimales suivantes : « la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, la définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute, la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies, les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, et les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements » (*Roman Zakharov c. Russie* § 231 et *Szabó et Vissy c. Hongrie* § 56). Elle a encore tenu à préciser que la législation interne prévoyant des mesures de surveillance secrète devait être entourée de procédures de contrôle et de recours judiciaires effectifs destinés à circonscrire l'ingérence dans le droit à la vie privée des requérants (*Roman Zakharov c. Russie* §§ 232 à 234).

À l'heure où nous rédigeons cette chronique, deux affaires similaires font l'objet d'un renvoi devant la grande chambre. Dans une première affaire *Centrum för Rättvisa c. Suède*⁽¹³⁷⁾, la Cour a conclu à l'unanimité

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Centrum för Rättvisa c. Suède* du 19 juin 2018.

dans un arrêt de chambre, en juin 2018, que la législation suédoise autorisant l'interception massive de signaux électroniques aux fins du renseignement étranger ne violait pas l'article 8 de la Convention⁽¹³⁸⁾. Dans une deuxième affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*⁽¹³⁹⁾, la Cour a jugé, le 13 septembre 2018, que le système britannique d'interception massif et d'obtention des données de communication, en certains aspects, violait l'article 8 de la Convention⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ Cette législation était contestée par une Fondation à but non lucratif dont l'objectif est de défendre les citoyens qui s'estiment victimes d'une violation de leurs droits et libertés, notamment dans des litiges les opposant à l'État. Elle invoquait le risque que ses communications puissent être interceptées et examinées à l'aune du droit suédois, en violation du droit au respect à sa vie privée. La Cour a tout d'abord tenu à préciser que, eu égard aux menaces actuelles liées au terrorisme international et à la criminalité transfrontalière, la Suède devait jouir d'une ample marge d'appréciation dans le choix de la mise en place d'un dispositif d'interception de masse visant à protéger la sécurité nationale (§ 112). Elle a ensuite examiné à l'aune des critères énoncés dans sa jurisprudence antérieure (voy. ci-dessus, Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Roman Zakharov c. Russie* du 4 décembre 2015, § 231 et Cour eur. D.H., arrêt *Szabó et Vissy c. Hongrie* du 12 janvier 2016, § 56), le dispositif de surveillance secrète, et elle a estimé que la structure et le fonctionnement prévu par le droit suédois présentaient des garanties adéquates et suffisantes pour éviter l'arbitraire et les risques d'abus, et ne comportaient pas de défaillances notables. Elle a notamment souligné que, contrairement à ses homologues russe et hongrois, la portée de l'interception et le traitement des données interceptées étaient clairement définis par la loi (§§ 118 et s.), laquelle prévoyait en outre l'intervention d'un organe judiciaire afin d'autoriser toute mesure d'interception des communications (§§ 133 et s.). Enfin des procédures de recours *a posteriori* effectifs sont disponibles et permettent de faire évaluer la légalité du système (§§ 171 et s.). L'affaire a été renvoyée pour examen devant la grande chambre en février 2019.

⁽¹³⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2018.

⁽¹⁴⁰⁾ Les seize requérants qui avaient introduit une plainte devant la Cour étaient des organisations, des militants ou des journalistes œuvrant pour la protection des libertés civiles. Ils ont déposé leur requête après qu'Edward Snowden, un ancien agent contractuel de l'Agence Nationale de Sécurité américaine (ou NSA), eut révélé l'existence de programmes de surveillance et de partage de renseignements utilisés par les services de renseignements des États-Unis et du Royaume-Uni. Ils craignaient qu'en raison de leurs différentes activités, leurs communications électroniques aient pu être interceptées par les services de renseignements britanniques et invoquaient la violation de leur droit au respect de la vie privée. Ils se plaignaient tout particulièrement de l'existence de trois régimes de surveillance permettant (1) l'interception massive de communications, (2) le partage de renseignements avec des États étrangers et enfin (3) l'obtention de données auprès de fournisseurs de services de communication. S'agissant du premier point, la Cour a rappelé qu'une législation instaurant un système d'interception des communications devait satisfaire aux critères définis dans sa jurisprudence (§ 307). Pour autant, cela ne signifie pas que l'utilisation d'un régime d'interception massive emporte en elle-même et par principe violation du droit au respect de la vie privée. Elle a en l'espèce toutefois identifié deux défaillances dans la mise en œuvre de la législation anglaise, à savoir le manque de surveillance quant au choix des « porteurs » internet pour l'interception, le filtrage, la recherche et la sélection des communications interceptées et l'absence de garanties quant à la sélection des communications examinées (§§ 347 et 357). Elle a dès lors conclu, à cinq voix contre deux, à la violation de l'article 8 de la Convention.

(b) Les mesures de géolocalisation

32. La Cour a précédemment souligné que les mesures de géolocalisation par GPS, même si elles constituent une ingérence dans la vie privée, présentent cependant un degré de gravité moindre que d'autres méthodes de surveillance «visuelles ou acoustiques»⁽¹⁴¹⁾.

Dans l'arrêt *Ben Faiza c. France*⁽¹⁴²⁾, la juridiction strasbourgeoise a en outre indiqué qu'une mesure de géolocalisation en temps réel était plus intrusive qu'une mesure permettant de géolocaliser une personne seulement *a posteriori*⁽¹⁴³⁾. Cette affaire concernait l'installation d'un dispositif de géolocalisation en temps réel sur le véhicule du requérant ainsi que la mise en place d'un «bornage» de ses lignes téléphoniques permettant de retracer *a posteriori* ses déplacements, dans le cadre d'une enquête pénale pour trafic de stupéfiants. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne les mesures de géolocalisation par GPS permettant de localiser le requérant en temps réel, estimant que «le droit français, écrit et non écrit, n'indiquait pas (...) avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités» (§ 60), ce qui n'avait pas permis au requérant de bénéficier des garanties suffisantes de protection de son droit (§ 60). Elle a toutefois tenu à souligner que l'État français avait, quelques années plus tard, modifié son dispositif législatif pour renforcer la protection du droit à la vie privée en ce qui concerne le recours par les autorités étatiques aux mesures de géolocalisation par GPS (§ 61). À l'inverse, elle a estimé qu'il n'y avait pas eu de violation du droit à la vie privée du requérant dans l'hypothèse du «bornage» de ses lignes téléphoniques, dès lors que ces mesures, qui poursuivaient un but légitime de défense de l'ordre, de prévention des infractions pénales et de protection de la santé publique (§ 77), «étaient nécessaires pour démanteler un trafic de stupéfiants de grande ampleur (...)» (§ 79), les données obtenues

S'agissant ensuite du partage de renseignements avec des États étrangers, la Cour a indiqué que le droit britannique stipulait avec suffisamment de clarté la procédure à suivre et que la preuve d'aucune lacune importante dans le fonctionnement du régime n'avait pu être rapportée (§§ 419 et s.). Elle a donc conclu à la non-violation de ce pan du droit. Enfin, quant au système d'obtention de données auprès des fournisseurs de services de communication, la Cour a estimé, à six voix contre une, qu'il n'était pas conforme aux exigences du droit européen (§§ 463 et s.), notamment en raison de l'absence de tout contrôle judiciaire préalable, et emportait violation de l'article 8 de la Convention. L'affaire a été renvoyée pour examen devant la grande chambre en février 2019.

⁽¹⁴¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Uzun c. Allemagne* du 2 septembre 2010, § 52 et F. SUDRE, «Le droit au respect de la vie privée et familiale», *op. cit.*, p. 714.

⁽¹⁴²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Ben Faiza c. France* du 8 février 2018.

⁽¹⁴³⁾ F. SUDRE, «Le droit au respect de la vie privée et familiale», *op. cit.*, p. 715.

ayant été utilisées dans le cadre d'une enquête pénale au cours de laquelle le requérant avait bénéficié d'un contrôle effectif de ses droits (§ 79).

ii) La collecte des données personnelles par des employeurs : la surveillance de l'utilisation des ordinateurs des employés

33. L'arrêt *Barbulescu c. Roumanie*⁽¹⁴⁴⁾, prononcé à onze voix contre six par la grande chambre le 5 septembre 2017, a reçu un vif écho en doctrine⁽¹⁴⁵⁾.

Dans cette affaire, la Cour a conclu à la violation du droit au respect de la vie privée du requérant qui s'était vu licencié par son employeur — une société privée — après que ce dernier ait découvert qu'il utilisait sa messagerie électronique professionnelle à des fins privées, et cela grâce à la mise en place d'un système de surveillance de ses communications. Avant toute chose, la Cour s'est posée la question de savoir si l'article 8 de la Convention pouvait s'appliquer au cas d'espèce, sachant que le requérant revendiquait la protection de son droit à la vie privée dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail et que l'employeur avait défendu au requérant de faire usage des ressources professionnelles à des fins personnelles. La Cour a répondu positivement à cette première question, estimant que « les instructions d'un employeur ne peuvent pas réduire à néant la vie privée sociale sur le lieu de travail » et que « le respect de la vie privée et de la confidentialité des communications continue à s'imposer, même si ces dernières peuvent être limitées dans la mesure du nécessaire » (§ 80). Elle a donc jugé que l'article 8 s'appliquait en l'espèce (§ 81), confirmant par la même occasion sa jurisprudence antérieure qui veut que le droit à la vie privée soit également respecté sur le lieu de travail⁽¹⁴⁶⁾. La Cour a ensuite précisé que, bien

⁽¹⁴⁴⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Barbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017.

⁽¹⁴⁵⁾ F. GOSSELIN, « Le licenciement fondé sur les courriels du travailleur. L'arrêt *Barbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017 et son impact pour le secteur privé, mais aussi pour le secteur public », *J. T.*, 2018/7, pp. 126 et s. et C. PETTITI, « Employeurs : the European Court of Human Rights watching you », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 486 et s. Cet arrêt fait suite à un arrêt de chambre dans lequel la Cour avait conclu en sens contraire à ce que fera la grande chambre, estimant qu'il n'y avait pas violation du droit à la vie privée du requérant. Pour un commentaire de ce premier arrêt rendu le 12 janvier 2016, voy. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Big Boss is watching you — Alerte sur le contrôle des activités électroniques du salarié », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, pp. 1037 et s.

⁽¹⁴⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bigaeva c. Grèce* du 28 mai 2009, § 22 et Cour eur. D.H., arrêt *Ozpınar c. Turquie* du 19 octobre 2010, § 45. À cet égard, la Cour a, de la même manière, jugé, dans un arrêt *Antovic et Mirkovic c. Monténégro*, que l'installation d'un système de vidéosurveillance dans les amphithéâtres universitaires où donnent cours deux professeurs consistait en une ingérence dans leur droit à la vie privée, en ce que la notion de « vie privée » incluait également les activités professionnelles des requérants et que ces auditoriums devaient être considérés comme

que le requérant ait été licencié par une société commerciale de droit privé et non pas par une autorité étatique, cette dernière, en validant la décision de licenciement, avait engagé sa responsabilité sous l'angle des obligations positives imposant aux États de garantir le respect de la vie privée dans les relations interindividuelles (§ 110). La Cour a dès lors considéré que les juridictions roumaines, saisies par le requérant dans le cadre d'une procédure en droit du travail, avaient manqué à leurs obligations en ce qu'elles n'avaient pas concrètement recherché «quelles étaient les raisons légitimes de l'employeur ayant justifié la mise en place de la surveillance des communications du requérant» (§ 135). De plus, elles n'avaient pas examiné «la question de savoir si le but poursuivi par l'employeur aurait pu être atteint par des méthodes moins intrusives» (§ 136). Les juridictions nationales n'avaient pas non plus vérifié si le requérant avait pu être préalablement averti de l'étendue et de la nature de la mesure de surveillance opérée par l'entreprise, lui permettant d'accéder au contenu de ses communications (§§ 133 et 140). La Cour a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, les juridictions roumaines n'ayant pas suffisamment protégé le droit au respect de la vie privée du requérant dans le cadre de ses relations de travail.

Rendu quelques mois plus tard, l'arrêt *Libert c. France*⁽¹⁴⁷⁾ a permis à la Cour de préciser les conditions dans lesquelles un employeur — en l'espèce, la SNCF — pouvait ouvrir et contrôler les fichiers contenus sur l'ordinateur professionnel de son employé, en l'absence de ce dernier. Dans cette affaire, la SNCF avait consulté certains fichiers présents sur l'ordinateur professionnel du requérant et, suite à la découverte de plusieurs documents à caractère pornographique, elle avait pris la décision de le licencier. Il invoquait alors à Strasbourg la violation de sa vie privée. La Cour a observé que l'employeur, désirant légitimement s'assurer que ses salariés utilisaient le matériel informatique mis à leur disposition en conformité à leurs obligations contractuelles (§ 46), n'avait ouvert que des fichiers qui n'étaient pas spécifiquement et dument identifiés comme personnels, conformément à ce que prévoit le droit français (§§ 44 et 48). Elle a dès lors conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

iii) Le secret professionnel des avocats

34. La Cour a eu l'opportunité, au cours de la période analysée, de réaffirmer l'importante protection offerte par l'article 8 de la Convention

leur lieu de travail (§§ 40 à 44); Cour eur. D.H., arrêt *Antovic et Mirkovic c. Montenegro* du 28 novembre 2017.

⁽¹⁴⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Libert c. France* du 22 février 2018.

au secret professionnel de l'avocat⁽¹⁴⁸⁾. La correspondance échangée entre un avocat et son client doit ainsi jouir d'une «protection renforcée», que justifie la mission fondamentale confiée aux avocats dans une société démocratique⁽¹⁴⁹⁾. Ainsi, la défense des justiciables nécessite une exigence de confidentialité⁽¹⁵⁰⁾ et la relation de confiance qui se noue entre un avocat et son client requiert que leurs échanges soient couverts d'une protection particulière⁽¹⁵¹⁾.

La Cour a réitéré cette approche, tout d'abord, dans l'arrêt *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*⁽¹⁵²⁾. Dans cette affaire, les requérants alléguaient que la saisie massive et indifférenciée de documents informatiques et de l'intégralité des messageries de certains employés — parmi lesquels de nombreux fichiers étaient protégés par le droit à la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et ses clients —, lors de perquisitions menées au sein de leurs sociétés dans le cadre d'enquêtes pour infractions présumées au droit de la concurrence, avaient entraîné la violation de leur droit à la vie privée. La Cour a considéré qu'à défaut d'avoir pu s'opposer à la saisie de ces documents (§ 78), les requérants auraient à tout le moins dû pouvoir bénéficier, *a posteriori*, d'un recours effectif (§ 78). Or, dans la situation visée, le juge national s'était «contenté d'apprécier la régularité du cadre formel des saisies litigieuses, sans statuer sur leur sort au terme d'un examen précis et d'un contrôle concret de proportionnalité» (§ 79). La Cour a dès lors conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

⁽¹⁴⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *André et autres c. France* du 24 juillet 2008; Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012; O. MICHIELS, «Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique», *Rev. Dr. ULiège*, 2018, pp. 205 et s., F. KRENC, «Les fils du dialogue entre l'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme», *Obs. Bxl.*, 2016, n° 105, pp. 26 et s., M. MORIS, «Le secret professionnel de l'avocat au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. De nouveaux enseignements de la Cour de Strasbourg. Obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*, 1^{er} décembre 2015 et sous Cour eur. D.H., arrêt *Versino-Campichi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016», *Rev. trim. dr. h.*, 2018/113, pp. 182 et s. et T. BONTINCK, «Arrêt 'Versino-Campinchi' : le secret professionnel de l'avocat et la protection renforcée des droits de son client», *J.D.E.*, 2016, pp. 352 et s.

⁽¹⁴⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, §§ 118-119.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France* du 2 avril 2015 et T. BONTINCK et A. GUILLERME, «L'encadrement timide des 'perquisitions concurrentes' par la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2016/105, pp. 261 et s.

Dans le même sens, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Brito Ferrinho Baxiga Villa-Nova c. Portugal*⁽¹⁵³⁾ prononcé quelques mois plus tard, que la consultation par l'administration fiscale des extraits de comptes bancaires de la requérante, avocate portugaise soupçonnée de fraude fiscale, avait violé son droit au secret professionnel et à la protection de la confidentialité des échanges entre un avocat et son client. Cela en raison du fait qu'aucun organisme indépendant, tel que l'Ordre des avocats, n'était intervenu dans la procédure de saisie (§ 57) et que la requérante n'avait pu bénéficier d'aucun contrôle juridictionnel « efficace » pour faire valoir son droit (§ 58)⁽¹⁵⁴⁾.

Reprenant les enseignements de ces deux arrêts, la Cour a également conclu à la violation de l'article 8 dans les affaires *Sommer c. Allemagne*⁽¹⁵⁵⁾ et *Laurent c. France*⁽¹⁵⁶⁾. Ces affaires concernaient respectivement de vastes mesures d'investigation menées sur le compte bancaire professionnel d'un avocat dans le cadre d'une enquête pénale visant l'un de ses clients⁽¹⁵⁷⁾ et l'interception par un policier d'une feuille de papier pliée en deux et remise — dans la salle des pas perdus d'un tribunal — par un avocat à son client⁽¹⁵⁸⁾.

Dans l'arrêt *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*⁽¹⁵⁹⁾, prononcé à l'unanimité le 16 juin 2016, la juridiction strasbourgeoise a toutefois posé certaines limites au droit au secret professionnel. Ainsi, si elle bénéficie d'un statut privilégié, la protection des correspondances échangées entre un avocat et ses clients n'est pas un droit absolu⁽¹⁶⁰⁾. Cette affaire concernait la transcription d'une conversation téléphonique entre une avocate et son client qui avait été placé sur écoute. En tant que président et directeur général de la société Districoupe et président du conseil de surveillance de Buffalo Grill, il faisait en effet l'objet d'une enquête pour, entre autres, tromperie sur la nature, la qualité ou l'origine d'une marchandise dangereuse pour la santé de l'homme et mise en danger d'autrui, suite au décès de plusieurs personnes ayant été intoxiquées après avoir consommé de la viande issue de bovidés atteints d'encéphalopathie spongiforme bovine. Lors de leur conversation, l'avocate avait informé ce client de la teneur d'auditions tenues par d'autres de ses clients, informations pourtant cou-

⁽¹⁵³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Brito Ferrinho Baxiga Villa-Nova c. Portugal* du 1^{er} décembre 2015.

⁽¹⁵⁴⁾ M. MORIS, *op. cit.*, pp. 182 et s. et F. KRENC, « Le secret professionnel et la “vie privée” de l'avocat », *J.T.*, 2016, p. 82.

⁽¹⁵⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Sommer c. Allemagne* du 27 avril 2017.

⁽¹⁵⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Laurent c. France* du 24 mai 2018.

⁽¹⁵⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Laurent c. France* du 24 mai 2018.

⁽¹⁵⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Sommer c. Allemagne* du 27 avril 2017.

⁽¹⁵⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France* du 16 juin 2016.

⁽¹⁶⁰⁾ F. SUDRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *op. cit.*, p. 717 et M. MORIS, *op. cit.*, pp. 179 et 188.

vertes par le secret professionnel. Une procédure disciplinaire avait alors été intentée à l'encontre de la requérante par le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris. Elle invoquait à Strasbourg la violation de l'article 8 de la Convention, estimant que l'interception, la transcription et l'utilisation contre elle des conversations qu'elle avait tenues avec son client violaient le secret professionnel de l'avocat. La Cour a toutefois affirmé que la protection de la confidentialité des échanges entre un avocat et son client n'était pas intangible et que certaines limites pouvaient y être apportées sous la condition expresse que les droits de la défense du client ne soient pas altérés (§§ 77 et 80)⁽¹⁶¹⁾. Ainsi, elle a estimé que «le secret professionnel de l'avocat, qui trouve son fondement dans le respect des droits de la défense du client, ne fai[sait] pas obstacle à la transcription d'un échange entre l'avocat et son client dans le cadre de l'interception régulière de la ligne du second lorsque le contenu de cet échange [était] de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à une infraction, et dans la mesure où cette transcription [n'affectait] pas les droits de la défense du client» (§ 79). La protection du secret professionnel ne peut ainsi aller à l'encontre du respect de la loi par l'avocat⁽¹⁶²⁾.

b) *Le droit à la protection de l'image*

35. La Cour a souligné, depuis déjà de nombreuses années, que «l'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle exprime son originalité et lui permet de se différencier de ses pairs»⁽¹⁶³⁾. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi «l'une des conditions essentielles de son épanouissement personnel»⁽¹⁶⁴⁾ et lui permet à la fois de s'opposer à la diffusion de son image et de refuser la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui⁽¹⁶⁵⁾. S'il peut directement être porté atteinte au droit à l'image par l'État, l'immense majorité des arrêts rendus par la Cour dans ce domaine concerne des captations d'images par des tiers dans le but d'une diffusion.

C'est ainsi que la juridiction strasbourgeoise a dégagé dans sa jurisprudence antérieure une «grille d'analyse» composée de six critères per-

⁽¹⁶¹⁾ M. MORIS, *Ibid.*, pp. 185 et s. et T. BONTINCK, *op. cit.*, p. 352.

⁽¹⁶²⁾ T. BONTINCK, *Ibid.*, p. 352.

⁽¹⁶³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, § 40.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, § 40; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Von Hannover c. Allemagne* n° 2 du 7 février 2012, § 96.

⁽¹⁶⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, § 40 et F. JONGEN et A. STROWEL, «Section 3. Le droit à l'image», in *Droit des médias et de la communication* (dir. F. JONGEN, A. STROWEL et coll. E. CRUYSMANS), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 413 et s.

mettant d'objectiver la mise en balance des intérêts à réaliser entre le respect du droit à la liberté d'expression, d'une part, et la protection du droit à l'image, d'autre part⁽¹⁶⁶⁾. La Cour vérifie ainsi la prise en considération par la juridiction nationale : (1) de la contribution que la publication des photos ou articles de presse peut apporter à un débat d'intérêt général, (2) de la notoriété de la personne visée et de l'objet du reportage, (3) du comportement antérieur de la personne concernée, (4) du contenu, de la forme et des répercussions de la publication, (5) des circonstances de la prise des photos et (6) de la gravité des sanctions imposées⁽¹⁶⁷⁾.

i) Les atteintes étatiques au droit à l'image

36. Dans son arrêt *Bogomolova c. Russie*⁽¹⁶⁸⁾, la Cour a considéré que la publication de la photographie d'un mineur en couverture d'une brochure de sensibilisation à l'adoption des orphelins diffusée par les autorités locales sans l'autorisation de sa mère violait son droit au respect de la vie privée (§§ 52 et 58). Elle a rappelé que le consentement des parents, titulaires de l'autorité parentale, était nécessaire pour pouvoir diffuser l'image d'un mineur⁽¹⁶⁹⁾. Elle a noté que le consentement de la mère du jeune garçon à la publication de la photographie dans le contexte de la campagne publicitaire n'avait pas été recueilli en l'espèce (§ 56) et a en outre souligné le fait que cette publication risquait d'entraîner de fausses impressions tendant à laisser penser que ce mineur avait été abandonné par ses parents (§ 57)⁽¹⁷⁰⁾.

ii) La protection de l'image contre les tiers : le droit à l'image des personnalités

37. Si, à la différence d'une personne « ordinaire »⁽¹⁷¹⁾, une personne politique ou publique voit la sphère de sa vie privée réduite, elle peut toutefois, elle aussi, se prévaloir d'une espérance légitime à ce que sa vie privée soit respectée et protégée⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 719.

⁽¹⁶⁷⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Von Hannover c. Allemagne* n° 2 du 7 février 2012, §§ 108 à 113 et Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, §§ 89 à 95.

⁽¹⁶⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Bogomolova c. Russie* du 20 juin 2017.

⁽¹⁶⁹⁾ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Chapitre 11. Les droits de l'enfant dans l'environnement numérique : à la recherche d'un subtil équilibre entre protection et autonomie », in *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique* (dir. M. NIHOUL et H. JACQUEMIN), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 415.

⁽¹⁷⁰⁾ En ce sens : Cour eur. D.H., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, §§ 40 à 42.

⁽¹⁷¹⁾ F. SUDRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *op. cit.*, p. 718.

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.* et F. JONGEN et A. STROWEL, « Section 3. Le droit à l'image », *op. cit.*, pp. 419 et s.

Dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*⁽¹⁷³⁾, rendu par la grande chambre le 10 novembre 2015, la Cour a cependant estimé que la condamnation prononcée à l'encontre de la directrice de publication et de la société éditrice de *Paris Match*, suite à un article sur «l'enfant secret» d'Albert de Monaco, avait violé l'article 10 de la Convention, protégeant la liberté de la presse. L'article dévoilait l'existence du fils naturel du Prince Albert de Monaco et était illustré de trois photographies où l'on pouvait notamment voir le Prince tenant un enfant dans ses bras. Vérifiant la correcte application par la juridiction nationale des six critères énumérés ci-dessus, la Cour a considéré que la révélation de la paternité du Prince participait au débat d'intérêt général et dépassait le cadre strict de sa vie privée, en raison notamment du caractère héréditaire de la succession au titre de chef de l'État monégasque (§§ 104 à 116). La Cour a dès lors conclu à l'unanimité que les arguments liés à la protection de la vie privée et du droit à l'image du Prince Albert n'étaient pas suffisants pour justifier l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des requérants (§ 153).

Dans l'arrêt *Kahn c. Allemagne*⁽¹⁷⁴⁾, rendu quelques mois plus tard, la Cour a semblablement conclu à la non-violation du droit à l'image des requérants, les enfants d'un célèbre gardien de football allemand, dont des photographies avaient été publiées à de nombreuses reprises dans un magazine de grande audience. En l'espèce, un éditeur allemand avait publié des photographies des enfants dans le cadre d'articles ayant pour thème le divorce de leurs parents et cela en dépit d'une interdiction générale de publier des photographies des requérants et d'une condamnation au versement d'une astreinte. Soulignant le fait que les visages des enfants, qui ne constituaient en outre pas le sujet central des reportages, étaient pixelisés ou non visibles (§ 74), la Cour a estimé que les autorités allemandes n'avaient pas manqué à leurs obligations positives à l'égard des requérants, à qui ils avaient procuré une protection suffisante (§ 76) et que la nature des photos n'exigeait pas la condamnation au paiement d'une compensation financière, dès lors que d'autres mécanismes avaient préalablement été mis en place pour assurer le respect de leur droit à la vie privée (§§ 75 et 76).

⁽¹⁷³⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* du 10 novembre 2015.

⁽¹⁷⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Kahn c. Allemagne* du 17 mars 2016.

iii) La protection de l'image contre les tiers : le droit à l'image des personnes privées

38. Dans l'arrêt *Bremner c. Turquie*⁽¹⁷⁵⁾, la Cour a conclu à l'unanimité, le 13 octobre 2015, que les autorités turques avaient violé l'article 8 de la Convention en permettant la diffusion, dans un reportage télévisé, de l'image non floutée du requérant. Dans cette émission de télévision ayant pour thème le prosélytisme religieux, le requérant avait été présenté comme «un marchand de religion étranger» pratiquant un prosélytisme évangélique et déployant des activités secrètes en Turquie (§§ 10 et 16). La Cour a estimé que les juridictions turques, dans l'examen des six critères énoncés précédemment, n'avaient pas établi un juste équilibre entre les intérêts en balance, en ne procédant notamment pas à une évaluation du degré de contribution au débat d'intérêt général qu'avait pu apporter la diffusion de l'image non pixélisée du requérant dans le reportage, tourné pour partie en caméra cachée (§§ 80 et s.). Si le prosélytisme peut toucher à un sujet d'intérêt général, la Cour a jugé au contraire que, dans le cas d'espèce, aucun motif ne pouvait justifier la diffusion sans floutage de l'image du requérant, qui ne jouissait d'aucune notoriété (§§ 78 et 79).

c) *Le droit à la réputation*

39. Tout comme le droit à l'image, le droit à la réputation, en tant qu'élément de la vie privée, est protégé sous l'angle de l'article 8 de la Convention⁽¹⁷⁶⁾. Encore faut-il que l'atteinte à la réputation atteigne un certain degré de gravité et ait été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée d'un individu⁽¹⁷⁷⁾. En pareil cas, la protection du droit à la réputation apparaît comme un motif potentiel de restriction au droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention.

C'est ainsi que, dans son arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*⁽¹⁷⁸⁾, la Cour a également établi une série de critères permettant d'arbitrer et de mettre en balance ces intérêts en conflit. Sont ainsi à prendre en considération : (1) la contribution des déclarations litigieuses au débat d'intérêt

⁽¹⁷⁵⁾ Cour eur. dr h., arrêt *Bremner c. Turquie* du 13 octobre 2015.

⁽¹⁷⁶⁾ F. SUDRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *op. cit.*, p. 706 et Cour eur. D.H., arrêt *Radio France et autres c. France* du 30 mars 2004, § 31 et Cour eur. D.H., arrêt *Petrina c. Roumanie* du 14 octobre 2008 et Cour eur. D.H., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, § 83.

⁽¹⁷⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, § 83.

⁽¹⁷⁸⁾ Voy. un commentaire de l'arrêt dans G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/4, p. 713.

général, (2) la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage — les limites de la critique admissible étant plus larges dans le cas d'une personne publique que pour un particulier⁽¹⁷⁹⁾ —, (3) le comportement de la personne concernée, (4) le mode d'obtention des informations et leur véracité, (5) le contenu, la forme et les répercussions de la publication et (6) la gravité de la sanction imposée (§§ 89-95).

i) La protection de la réputation des personnalités publiques

40. La période analysée a été l'occasion pour la Cour de se prononcer sur l'arbitrage de ce conflit de droits s'agissant des déclarations faites sur internet et les réseaux sociaux. Dans l'affaire *Egill Einarsson c. Islande*⁽¹⁸⁰⁾, la Cour a ainsi considéré, à cinq voix contre deux, qu'une célébrité avait vu son droit à la protection de la réputation violé après avoir été qualifiée de «sale violeur» sur Instagram.

Après que les charges d'agression sexuelle déposées à son encontre aient été abandonnées pour défaut de preuve, Egill Einarsson, personnalité médiatique islandaise controversée, avait accordé une interview à un magazine au sujet de ces dites accusations. Suite à cette interview, un blogueur avait publié sur le réseau social Instagram une photo retouchée de la célébrité, accompagnée du commentaire «Va te faire foutre, sale violeur». Einarsson avait alors intenté une action en diffamation contre le blogueur devant les juridictions nationales. Ces dernières ont rejeté sa demande, estimant que l'expression litigieuse relevait d'un jugement de valeur, qui avait en outre été exprimé dans le contexte d'un débat public initié par Einarsson lui-même. Il a alors saisi la Cour et invoquait à Strasbourg la violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour a tout d'abord rappelé les critères mis en évidence dans sa jurisprudence antérieure (§ 39) et a au surplus indiqué un «ordre spécifique» dans leur prise en considération⁽¹⁸¹⁾. Il y a ainsi lieu d'examiner, successivement, «la notoriété de la personne visée, le comportement antérieur de la personne concernée, la contribution à un débat d'intérêt général, la forme et les répercussions de la publication incluant le mode d'obtention des informations et leur véracité» (§ 42). À l'aune d'un tel examen, la Cour s'est d'abord ralliée aux observations de la Cour suprême islandaise suivant lesquelles les déclarations litigieuses avaient été formulées quelques jours

⁽¹⁷⁹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Egill Einarsson c. Islande* du 7 novembre 2017, § 44.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁸¹⁾ C. BRANCHERIAU, «Liberté d'expression, protection de la vie privée et usage des réseaux sociaux: ombres et lumières de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — Cour EDH, 7 novembre 2017, *Egill Einarsson c. Islande*, req. n° 24703/15», *Ent. & L.*, 2018/2, p. 146.

après l'abandon des charges pénales graves à l'encontre d'une personnalité publique et pouvaient donc intéresser le débat d'intérêt général. Cela était d'autant plus vrai que le requérant avait pu alimenter le débat public par ses propres interventions médiatiques (§§ 43 et s.). Elle a toutefois souligné ensuite que le nœud de l'affaire était ici de savoir si les déclarations litigieuses (en l'occurrence, « Va te faire foutre, sale violeur ») équivalaient à des allégations de fait — auquel cas leur matérialité devait être prouvée — ou si, au contraire, il s'agissait de jugements de valeur qui n'emportaient pas une telle exigence de preuve (§§ 40 et 47). Contrairement aux juridictions nationales, la Cour a estimé qu'il s'agissait de termes objectifs et factuels, se référant à la description d'une infraction pénale. Or, en raison de l'abandon des poursuites intentées à l'encontre du requérant, les juridictions nationales n'ont pas réussi à établir une base factuelle suffisante permettant de légitimer l'utilisation du terme « violeur » sur les réseaux sociaux (§ 52). La Cour a donc conclu à la violation de l'article 8, affirmant que même si elles ont pu susciter une polémique par leur comportement ou leurs commentaires publics, les personnes publiques n'ont pas à tolérer d'être accusées publiquement d'actes criminels violents sans que de tels propos ne soient corroborés par des faits (§ 52)⁽¹⁸²⁾.

L'approche retenue par la Cour n'a toutefois pas fait l'unanimité parmi les juges. Le juge Lemmens a ainsi considéré que « la question de savoir si l'expression "sale violeur" utilisée était un jugement de valeur ou une allégation de fait [était] un problème important, mais pas décisif »⁽¹⁸³⁾ pour résoudre le conflit de droits qui oppose la protection du droit à la liberté d'expression et du droit à la protection de la réputation. C. Brancheriau constate, quant à elle, à regret, qu'à travers cet arrêt, la Cour s'éloigne de sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle, en présence d'un débat d'intérêt général — qui plus est initié par la célébrité elle-même —, la protection de la liberté d'expression prime sur le droit au respect de la vie privée⁽¹⁸⁴⁾. Cela s'explique, selon elle, par le fait que la Cour tente d'apporter ici une protection renforcée au respect de la vie privée dans le cadre de l'usage d'internet et des réseaux sociaux, dès lors que « le risque de préjudice posé par le contenu et les communications sur internet à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés de l'homme, et en particulier le droit au respect de la vie privée, est certainement plus élevé que celui de la presse » (§ 46)⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸²⁾ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — du 1^{er} juillet au 31 décembre 2017 », *J.T.*, 2018/23, p. 493.

⁽¹⁸³⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Egill Einarsson c. Islande* du 7 novembre 2017, opinion séparée du juge Lemmens, p. 18.

⁽¹⁸⁴⁾ C. BRANCHERIAU, *op. cit.*, p. 147.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibid.*, p. 148.

ii) La protection de la réputation des personnes privées

41. Les anonymes, personnes privées, ont également un droit à voir leur réputation protégée par l'article 8 de la Convention.

Au cours de la période analysée, la Cour a tout d'abord été amenée à évaluer la gravité de l'ingérence commise dans le droit à la réputation d'un ancien chauffeur du KGB découlant de la diffusion dans la presse de certaines informations relatives à ses activités antérieures. Dans son arrêt *Soro c. Estonie*⁽¹⁸⁶⁾, elle a estimé que la publication d'informations sur l'ancien emploi du requérant, bien que poursuivant l'objectif légitime de protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique, avait nui à sa réputation d'une manière disproportionnée. Elle a alors conclu à la violation de l'article 8 de la Convention. Dans une seconde affaire, *Vicent Del Campo c. Espagne*⁽¹⁸⁷⁾, la Cour a statué à l'identique, estimant que l'imputation à un enseignant de faits de harcèlement à l'égard d'une collègue dans une procédure en justice à laquelle il n'avait pas pu prendre part et dont il avait eu connaissance par le biais de la presse locale, constituait une ingérence injustifiée dans son droit à la réputation.

La Cour a, au contraire, considéré dans un troisième arrêt *Fürst-Pfeifer c. Autriche*⁽¹⁸⁸⁾ que les juridictions nationales n'avaient pas commis d'atteinte disproportionnée dans les droits de la requérante. Une psychiatre, qui s'était vue décrite dans un article de journal comme souffrant de problèmes psychologiques et de crises de panique alors qu'elle travaillait comme experte auprès des tribunaux, reprochait aux juridictions autrichiennes de ne pas avoir suffisamment protégé sa réputation contre ces allégations et invoquait à Strasbourg la violation de l'article 8 de la Convention. La Cour, après avoir examiné l'affaire à l'aune des critères énumérés ci-dessus⁽¹⁸⁹⁾, a toutefois estimé que les juridictions autrichiennes avaient ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence, en favorisant la liberté de la presse. Elle a notamment jugé que la mention de doutes quant à la santé mentale des experts judiciaires participait d'un débat d'intérêt général (§ 46). Elle a dès lors conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

⁽¹⁸⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Soro c. Estonie* du 3 septembre 2015.

⁽¹⁸⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Vicent Del Campo c. Espagne* du 6 novembre 2018.

⁽¹⁸⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Fürst-Pfeifer c. Autriche* du 17 mai 2016.

⁽¹⁸⁹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012, §§ 89 à 95.

2. Le droit au développement de l'identité sociale

a) Le choix de l'apparence : le port de vêtements religieux dans l'espace public

42. Depuis son arrêt *S.A.S. c. France*⁽¹⁹⁰⁾, la Cour considère que « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée [...]. Il en va de même du choix des vêtements »⁽¹⁹¹⁾. La question du port du voile intégral s'inscrit donc dans le champ d'application de l'article 8 comme dans celui de l'article 9 qui protège la liberté de religion, la Cour mettant toutefois davantage l'accent sur cette seconde disposition (§ 109). La Cour a confirmé cet enseignement dans l'arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique*⁽¹⁹²⁾ rendu le 11 juillet 2017 (§ 44).

Confirmant l'approche — controversée⁽¹⁹³⁾ — adoptée dans l'arrêt *S.A.S. c. France*, la Cour a admis, cette fois, la conventionnalité de la loi belge interdisant, dans l'espace public, le port de tout vêtement cachant

⁽¹⁹⁰⁾ Voy. not. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/4, pp. 716 et s.

⁽¹⁹¹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, § 107. Si la Cour a déjà pu estimer que le choix d'une coiffure (Cour eur. D.H., déc. *Aurel Popa c. Roumanie* du 18 juin 2013), le port obligatoire d'une salopette en milieu carcéral (Cour eur. D.H., arrêt *Lindström et Mässeli c. Finlande* du 14 janvier 2014) ou l'interdiction de se montrer nu en public (Cour eur. D.H., arrêt *Gough c. Royaume-Uni* du 28 octobre 2014) relevait de l'article 8 de la Convention, la jurisprudence la plus significative de la Cour concerne le port de vêtements religieux lors d'un contrôle de sécurité ou sur des documents d'identité (Cour eur. D.H., déc. *Phull c. France* du 11 janvier 2005 ; Cour eur. D.H., déc. *El Morsi c. France* du 4 mars 2008 ; Cour eur. D.H., déc. *Mann Singh c. France* du 13 novembre 2008), à l'université (Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005) ou à l'école (Cour eur. D.H., déc. *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001 ; Cour eur. D.H., déc. *Kurtulmus c. Turquie* du 24 janvier 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dogru et Kervanci c. France* du 4 décembre 2008), sur son lieu de travail (Cour eur. D.H., arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015), dans l'espace public (Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Arslan et autres c. Turquie* du 23 février 2010 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014 ; Cour eur. D.H., arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017) ou encore dans l'enceinte d'un tribunal (Cour eur. D.H., arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017 ; Cour eur. D.H., arrêt *Lachiri c. Belgique* du 18 septembre 2018).

⁽¹⁹²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017.

⁽¹⁹³⁾ G. GONZALEZ et G. HAARSCHER, « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2015/101, pp. 219 à 233 et N. RENUART, « La liberté d'expression religieuse entre Strasbourg et Bruxelles : morceaux choisis », in *Six figures de la liberté d'expression* (dir. A.-C. RASSON, N. RENUART et H. VUYE), Limal, Anthemis, 2015, pp. 139 et s.

totale ou de manière principale le visage⁽¹⁹⁴⁾. Comme elle l'avait fait trois ans auparavant, la Cour a tout d'abord écarté les arguments tirés de la protection de la sécurité publique et de la promotion de l'égalité entre l'homme et la femme pour ne retenir que le seul motif de préservation des conditions du «vivre ensemble», en tant qu'élément de «protection des droits et libertés d'autrui», à titre d'objectif légitime justifiant la restriction litigieuse (§§ 48-49 et 61). La juridiction strasbourgeoise a en effet considéré que les autorités belges avaient posé un choix de société en interdisant le port du voile intégral dans l'espace public, dès lors qu'une telle mesure pouvait répondre à une «pratique jugée incompatible par le décideur national avec les modalités essentielles d'interaction entre les individus et nécessaires au bon fonctionnement d'une société démocratique» (§ 53).

La Cour souligne que l'interdiction posée par l'État belge de se présenter dans l'espace public le visage couvert d'un *niqab* ou d'une *burqa*⁽¹⁹⁵⁾ présente «indéniablement des risques en termes de promotion de la tolérance au sein de la société» (§ 61) et tend à restreindre le pluralisme (§ 52). Elle affirme aussi «avoir pleinement conscience du fait qu'un État qui, comme la Belgique, s'engage dans un tel processus normatif prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes affectant certaines catégories de personnes [...] et que la prohibition critiquée, si elle n'est pas fondée sur la connotation religieuse de l'habit, pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral» (§ 52). Elle a toutefois jugé que ce choix de société pouvait passer pour nécessaire et proportionné dans une société démocratique (§ 62) au regard de la large marge d'appréciation qui doit être reconnue au décideur national en l'absence de consensus européen en matière d'interdiction généralisée ou non du port du voile intégral dans l'espace public (§ 55). La Cour a donc conclu à la non-violation des articles 8 et 9 de la Convention⁽¹⁹⁶⁾.

(194) Loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, *M.B.*, 13 juillet 2011, et introduisant dans le Code pénal un article 563bis disposant que «seront punis d'une amende de quinze à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables (...)».

(195) La loi du 1^{er} juin 2011 a été en effet surnommée par beaucoup en doctrine «*loi anti-niqab*» ou «*anti-burqa*», tant les travaux préparatoires se sont presque entièrement focalisés sur ce seul vêtement religieux; L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, «Le visage du sujet de droit: la *burqa* entre religion et sécurité», *J.T.*, 2013/13, n° 6515, p. 242.

(196) Cour eur. D.H., arrêt *Dakir c. Belgique* du 11 juillet 2017. La Cour a rendu le même jour un arrêt *Dakir c. Belgique*. Cette affaire concernait l'interdiction du port de toute tenue vestimentaire dissimulant le visage dans l'espace public adoptée en juin 2008 par disposition réglementaire dans la zone de police de Vesdre regroupant les trois communes belges de Pepinster, Dison et Verviers. Même si cette disposition avait été prise avant l'entrée en

b) *Le choix du mode de vie : le mode de vie tsigane et le droit à l'identité ethnique*

43. Alors que la Cour a eu précédemment l'occasion d'affirmer que l'identité tsigane devait être protégée sous l'angle du droit au respect de la vie privée⁽¹⁹⁷⁾ et que les États étaient soumis à une obligation positive de protection du mode de vie tsigane⁽¹⁹⁸⁾, la période analysée a permis à la juridiction strasbourgeoise de statuer sur trois nouvelles affaires dont les faits concernaient la minorité ethnique.

i) Le droit à l'identité ethnique : les insultes et menaces verbales

44. Dans les deux premières affaires *R.B. c. Hongrie*⁽¹⁹⁹⁾ et *Kiraly et Dömötör c. Hongrie*⁽²⁰⁰⁾, des requérants d'origine rom alléguaient avoir été la cible d'insultes et de maltraitements à caractère raciste lors de manifestations «anti-rom». La Cour a condamné la Hongrie pour violation de l'article 8 de la Convention. Confirmant que l'appartenance à une minorité ethnique était protégée sous l'angle du droit au respect de la vie privée (*R.B. c. Hongrie*, § 78), la Cour a estimé que les autorités hongroises avaient manqué à leurs obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention en ne menant pas des enquêtes effectives sur les faits dénoncés (*R.B. c. Hongrie* § 91 et *Kiraly et Dömötör c. Hongrie* §§ 80 et 82). L'intégrité des requérants n'a dès lors pas été suffisamment protégée (*R.B. c. Hongrie* § 91 et *Kiraly et Dömötör c. Hongrie* §§ 80 et 82). La Cour a signalé être préoccupée par ces situations et s'inquiète que celles-ci puissent être perçues par le public comme une légitimation et/ou une tolérance de tels faits par l'État (*Kiraly et Dömötör c. Hongrie* § 80).

ii) Le choix du mode de vie tsigane et les expulsions forcées

45. Le 11 octobre 2016, la Cour a rendu un arrêt *Bagdonavicius et autres c. Russie*⁽²⁰¹⁾ dans lequel elle a constaté que les autorités russes avaient

vigueur de la loi du 1^{er} juin 2011, la juridiction strasbourgeoise a statué à l'identique, reconduisant le raisonnement des arrêts *S.A.S. c. France* et *Belcacemi et Oussar c. Belgique* et concluant à la non-violation des articles 8 et 9 de la Convention.

⁽¹⁹⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, §§ 54 et 60; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, §§ 73 et 74 et Cour eur. D.H., arrêt *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2013, §§ 141 à 143.

⁽¹⁹⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, §§ 76-77; Cour eur. D.H., arrêt *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2003, § 148 et Cour eur. D.H. (GC) arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 96.

⁽¹⁹⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *R.B. c. Hongrie* du 12 avril 2016.

⁽²⁰⁰⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Kiraly et Dömötör c. Hongrie* du 17 janvier 2017.

⁽²⁰¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Bagdonavicius et autres c. Russie* du 11 octobre 2016.

violé l'article 8 de la Convention. Les requérants étaient plusieurs familles d'origine rom habitant un village proche de Kaliningrad qui avaient été expulsés de leurs domiciles, qu'ils occupaient sans titre légal de propriété. Leurs habitations avaient par la suite été démolies (§§ 30 et 40)⁽²⁰²⁾. Ils invoquaient, entre autres, la violation de leur droit à la vie privée et familiale et au domicile.

La Cour a tout d'abord rappelé que «la notion de "domicile" au sens de l'article 8 de la Convention ne se limite pas au domicile légalement occupé ou établi, mais qu'il s'agit d'un concept autonome qui ne dépend pas de sa qualification en droit interne» (§ 88)⁽²⁰³⁾. Elle a par ailleurs rappelé que, selon sa jurisprudence, «la perte d'un logement [est] une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile»⁽²⁰⁴⁾, en manière telle que toute personne risquant d'être la cible d'une mesure d'expulsion et/ou de démolition de son logement devrait pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal (§ 102). Or, elle a considéré que dans le cas des requérants, la démolition de leurs maisons avait été ordonnée sans que les juridictions internes n'aient analysé adéquatement la proportionnalité de l'ingérence, le constat de l'illégalité des constructions ayant suffi à ordonner la démolition (§§ 102 et s.). De plus, elle a jugé que lorsque de telles mesures d'expulsion concernent un groupe particulièrement vulnérable tel que la minorité rom⁽²⁰⁵⁾, les conséquences de l'expulsion doivent être prises en compte et des mesures de relogement doivent avoir été envisagées (§ 104). Or, en l'espèce, aucune mesure de relogement n'avait été mise en place de manière effective par les autorités russes (§ 106). La Cour a donc conclu à la méconnaissance par la Russie de son obligation positive de «permettre aux Roms et aux gens du voyage de suivre leur mode de vie»⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰²⁾ Par un décret adopté en 1956, le Conseil des ministres de l'URSS avait criminalisé le mode de vie nomade et forcé les Roms à se sédentariser. Les autorités avaient décidé des lieux où ces personnes devaient s'installer de manière permanente (§ 9). Plusieurs familles, dont sont membres les requérants, continuèrent à habiter ces villages après la dissolution du régime soviétique, sans légaliser les constructions faites ni acquérir de titre de propriété (§ 11).

⁽²⁰³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, § 54.

⁽²⁰⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2003, § 148 et Cour eur. D.H., arrêt *Yordanova et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2012, § 118.

⁽²⁰⁵⁾ Sur la notion de vulnérabilité, voy. notamment C. RUET, «La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2015/102, pp. 317 et s. et sur la protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme, voy. notamment R. ERGEC, «Titulaires des droits et obligations prévus par la Convention et ses Protocoles», in *Convention européenne des droits de l'homme* (dir. J. VELU et R. ERGEC), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 73 et s.

⁽²⁰⁶⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 96.

II. — Droit de la famille

A. — *Le couple*

1. *Le mariage des mineurs*

46. Dans son arrêt *Z.H. et R.H. c. Suisse* du 8 décembre 2015, la Cour a jugé que le refus des autorités suisses de prendre en considération le mariage d'une mineure dans le cadre de procédures d'asile n'était pas contraire à la Convention.

Les requérants étaient une jeune fille afghane et son cousin afghan également qui s'étaient mariés religieusement en Iran en 2010 alors qu'ils étaient respectivement âgés de 14 et 18 ans. Ils étaient entrés en Suisse via l'Italie à une date non spécifiée et étaient enregistrés comme demandeurs d'asile. Leur demande d'asile avait été rejetée par les autorités suisses car, en vertu du Règlement Dublin, c'était à l'Italie qu'il appartenait de la traiter. Dans le cadre des recours articulés contre cette décision, les autorités avaient initialement refusé de considérer les requérants comme des époux, dès lors que leur mariage religieux était contraire au droit afghan et à l'ordre public suisse et ne pouvait dès lors être reconnu. La première requérante avait été autorisée à rester sur le territoire, mais le second requérant avait été expulsé vers l'Italie et ils n'avaient alors plus pu se rencontrer que de façon intermittente. Lorsque la première requérante avait atteint l'âge de 18 ans, le tribunal de Genève avait finalement reconnu la validité du mariage et les requérants avaient subséquemment obtenu l'asile (§§ 5-21).

La Cour a tout d'abord rappelé que les migrants établis et les demandeurs d'asile n'étaient pas dans la même situation factuelle et légale en manière telle que sa jurisprudence relative aux droits des premiers n'était pas *ipso facto* transposable aux seconds. La question était en l'espèce de savoir si les autorités suisses auraient dû permettre au second requérant de résider en Suisse auprès de la première requérante qu'elles avaient décidé de ne pas expulser afin de leur permettre de poursuivre leur vie familiale (§ 40). Dans les cas qui concernent la vie familiale et l'immigration, l'étendue des obligations des États dépend de plusieurs critères comme le risque effectif de rupture du lien familial, les liens avec l'État partie et les obstacles à une vie familiale dans le pays d'origine (§ 41). Aux yeux de la Cour, ni l'article 8, ni l'article 12 ne peut être interprété comme imposant à un État de reconnaître un mariage — religieux ou non — contracté par une enfant de 14 ans en sorte qu'au moment où R.H. avait été expulsé vers l'Italie, les autorités suisses pouvaient légitimement considérer qu'il n'était pas marié avec Z.H. (§ 44). Les juges européens ont alors exposé que, même si la relation entre les requérants avait pu être considérée comme constituant une vie familiale

au sens de l'article 8, *quod non*⁽²⁰⁷⁾, cette disposition n'avait en l'espèce pas été violée. Ainsi, compte tenu du fait que R.H. était revenu en Suisse trois jours après son expulsion et s'y était maintenu *de facto* jusqu'à ce que sa demande d'asile soit finalement acceptée (§ 45), tandis que Z.H. qui était tolérée en Suisse durant le traitement de sa propre demande n'avait jamais été empêchée de le rejoindre (§ 46), l'équilibre aménagé entre les intérêts des requérants et les nécessités du contrôle de l'immigration était acceptable au regard de la marge d'appréciation à reconnaître à la Suisse⁽²⁰⁸⁾.

2. Le divorce

47. Dans son arrêt *Babiarz c. Pologne* du 10 janvier 2017, la Cour a confirmé — trente ans après *Johnston et autres c. Irlande*⁽²⁰⁹⁾ — que la Convention ne garantit pas le droit au divorce.

Le requérant s'était marié en 1997, mais il avait rencontré une autre femme en 2004 et avait quitté le domicile conjugal. En 2005, il avait eu un enfant avec sa nouvelle compagne. En 2006, il avait introduit une procédure en divorce. Son épouse, toutefois, s'opposait au divorce et — dès lors — le tribunal de Lublin avait refusé de prononcer le divorce. En effet, suivant le Code de la famille polonais, le divorce ne pouvait être prononcé à la demande de l'époux fautif lorsque l'époux innocent s'y opposait, pour autant que son refus ne soit pas « contraire aux principes raisonnables de coexistence sociale ». En l'occurrence, le juge polonais avait considéré que l'échec du mariage résultait exclusivement de l'adultère du requérant et que le refus de son épouse n'était pas malintentionné et traduisait — au contraire — la persistance de ses sentiments pour son mari. En appel, la décision du tribunal de Lublin avait été confirmée (§§ 5-23).

La Cour a rappelé que ni l'article 12, ni l'article 8 de la Convention ne garantissent un droit individuel au divorce⁽²¹⁰⁾. Néanmoins, la Convention

⁽²⁰⁷⁾ Voy. à cet égard l'opinion concordante du juge Nicolaou. À ses yeux, il était important de distinguer la question de la reconnaissance du mariage et celle — différente — de l'existence d'une vie familiale. En tout état de cause, conclut-il néanmoins, il n'était pas indispensable de déterminer s'il existait ou pas en l'occurrence une vie familiale protégée dès lors que dans tous les cas compte tenu de la courte durée et des modalités de la séparation, il n'était pas réaliste d'envisager que l'article 8 ait pu être violé.

⁽²⁰⁸⁾ Voy. aussi S. KONINGS, « No obligation on States to recognize a marriage contracted abroad: the case of *Z.H. and R.H. v. Switzerland* », *Strasbourg Observers*, 11 janvier 2016 (<https://strasbourgobservers.com>).

⁽²⁰⁹⁾ Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, spéc. §§ 54 et 57.

⁽²¹⁰⁾ Les travaux préparatoires de la Convention rendent d'ailleurs compte de ce que ses auteurs ont expressément souhaité exclure un tel droit du champ d'application de la Convention (§ 49).

est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (§ 49). La Cour avait dès lors pu juger — dans *Aresti Charalambous* — que la longueur déraisonnable d'une procédure en divorce pouvait poser problème au regard de l'article 12⁽²¹¹⁾ et — dans *Ivanov et Petrova* — que pourrait poser problème également une situation où le refus du divorce par le conjoint innocent constituerait un obstacle insurmontable à son prononcé alors même que la vie maritale serait irrémédiablement rompue⁽²¹²⁾. Pour la Cour, toutefois, la situation était différente en l'espèce puisque n'était en cause ni la longueur de la procédure, ni un obstacle insurmontable au remariage après divorce (§ 50)⁽²¹³⁾. Elle a relevé que le droit polonais recelait des dispositions substantielles et procédurales «détaillées» relatives au divorce qui pouvaient être considérées comme tendant à «protéger une partie, généralement la plus faible, contre les machinations et la mauvaise foi de l'autre partie»⁽²¹⁴⁾. Il y avait aussi une «ample» jurisprudence interne mettant en œuvre ces dispositions en éclairant, par là même, leur portée (§ 52). En l'occurrence, le juge interne avait examiné les faits en détails et le requérant avait pu exposer sa position et présenter des témoins. La décision de première instance avait, en outre, été réexaminée en appel (§ 53). La Cour s'est déclarée consciente de ce que les liens matrimoniaux étaient irrémédiablement rompus tandis que le requérant avait noué une relation «apparemment stable» avec une nouvelle partenaire avec qui il avait eu une fille. Les principes affirmés dans sa jurisprudence n'en restaient pas moins applicables, car juger autrement aurait signifié qu'«une demande en divorce devrait être accueillie sans égard pour les règles nationales lorsqu'une personne décide simplement de quitter son époux(se) et d'avoir un enfant avec un nouveau partenaire»⁽²¹⁵⁾. En outre, si les familles *de facto* sont protégées par l'article 8, cela ne signifie pas qu'une «reconnaissance légale particulière» doit leur être accordée, et rien n'indiquait — en outre — que «la fiction légale de la poursuite de son mariage» avait empêché le requérant d'établir sa filiation à l'égard de sa fille (§ 54). Il n'avait pas non plus allégué que le refus du divorce était *res judicata* et qu'il lui serait impossible de le réclamer à nouveau plus tard lorsque les circonstances auraient encore évolué (§ 55). En somme, a jugé la Cour, si la Convention ne garantit pas

(211) Cour eur. D.H., arrêt *Aresti Charalambous c. Chypre* du 19 juillet 2007, spéc. § 56.

(212) Cour eur. D.H., arrêt *Ivanov and Petrova c. Bulgarie* du 14 juin 2011, spéc. § 61.

(213) La Cour distingue aussi l'espèce de l'affaire *Johnston* où était en cause l'impossibilité absolue de divorcer en droit irlandais (Cour eur. D.H., arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, spéc. §§ 54 et 57). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 (impossibilité pour une femme mariée de mettre effectivement en œuvre la procédure de séparation de corps prévue par le droit : violation de l'article 8).

(214) Traduction libre.

(215) Traduction libre.

aux individus le droit d'avoir la possibilité de divorcer au regard du droit interne, elle ne peut *a fortiori* être interprétée comme garantissant une issue positive dans les procédures en divorce que les États font le choix d'organiser (§ 56). Il n'y avait donc eu violation ni de l'article 12, ni de l'article 8.

Le juge Sajo, réaffirmant la doctrine de l'instrument vivant, a jugé que la Convention avait en l'espèce été violée. À ses yeux, il fallait convenir qu'il y avait eu en l'occurrence une ingérence dans le droit de ne pas être forcé de vivre en union maritale avec une autre personne qui est aussi bien un aspect du droit à l'autodétermination qu'une précondition de la vie familiale (§ 7). Or, une telle ingérence ne peut être justifiée par un quelconque droit de rester marié contre la volonté de l'autre puisque le droit séculier envisage le mariage comme une union volontaire (§ 10). Elle ne peut pas non plus être justifiée par la volonté de protéger la morale : le gouvernement n'a pas exposé en quoi forcer quelqu'un qui vit depuis onze ans avec un partenaire et élève avec lui un enfant commun à rester marié avec une autre personne protégerait la morale (§ 14). Pour le juge hongrois, «la Convention ne peut être interprétée comme confirmant des fictions *de jure* au détriment d'une situation *de facto* que la Convention et la jurisprudence de la Cour protègent»⁽²¹⁶⁾ (§ 16). Au demeurant, Sajo estime que, trente ans après son arrêt *Johnston*, il serait temps de revisiter l'interprétation de l'article 12 de la Convention compte tenu, notamment, des millions de divorces qui sont intervenus depuis et de ce que l'Irlande a abandonné — il y a dix-neuf ans déjà — la prohibition absolue du divorce qui était en cause dans cette affaire (§ 21). En conclusion, il ne voit «aucune raison pour laquelle l'État devrait être en mesure de forcer des citoyens à vivre dans un partenariat même s'ils ne le souhaitent pas»⁽²¹⁷⁾ (§ 22).

Dans une opinion séparée longue de vingt pages, le juge Pinto de Albuquerque s'est — lui aussi — désolidarisé de la majorité. Sans que l'on puisse rendre ici justice à la richesse de ses explications, l'on soulignera en particulier qu'il a mis en évidence que la majorité s'écartait inopportunément des principes énoncés par la Cour dans *Ivanov et Petrova*. En effet, l'affaire *Babiarz* concernait bien une situation dans laquelle le refus de l'époux innocent constituait un obstacle insurmontable au divorce malgré la rupture irrémédiable de l'union matrimoniale et donc — quoiqu'en dise la majorité — un obstacle insurmontable au remariage. Le précédent bulgare était donc pleinement applicable et la Cour ne pouvait l'ignorer comme elle l'avait fait : il lui appartenait de constater une violation de la Convention⁽²¹⁸⁾ (§§ 18-20). Le juge Pinto a aussi souligné, au terme de son

⁽²¹⁶⁾ Traduction libre.

⁽²¹⁷⁾ Traduction libre.

⁽²¹⁸⁾ Dans *Ivanov et Petrova*, la Cour n'avait pas conclu à la violation de la Convention, car les juridictions internes avaient fondé leur décision sur la circonstance que la désunion

opinion, que le droit civil pouvait prévoir des sanctions sévères — notamment financières et patrimoniales — en cas de non-respect des engagements du mariage, mais que ces sanctions ne pouvaient s'apparenter à un châ-timent moral ou religieux (§ 32). La Convention est un texte «*religion-friendly*», a-t-il précisé, mais ne permet pas pour autant à l'État d'imposer des valeurs religieuses ou morales, même lorsqu'elles sont partagées par la majorité de la population (§ 33)⁽²¹⁹⁾.

3. *La reconnaissance et la protection du couple homosexuel*⁽²²⁰⁾

a) *Le droit de se marier*

48. Dans son arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016, la Cour a maintenu la position adoptée dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010⁽²²¹⁾ suivant laquelle la Convention n'impose pas aux États l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

Les requérants étaient deux hommes formant un couple homosexuel. En 2004, l'officier de l'état civil de Bègles avait accepté de célébrer leur mariage, mais le procureur de la République avait ensuite agi en annulation devant le tribunal de grande instance de Bordeaux. Le mariage avait été annulé, dès lors qu'à l'époque le mariage des couples de même sexe n'était pas autorisé par le droit français. Selon les juridictions françaises, la condition d'hétérosexualité n'était pas contraire à la Convention et la redéfinition éventuelle du mariage nécessitait l'intervention du législateur.

La Cour s'est évidemment référée à *Schalk et Kopf* pour rappeler qu'elle y avait affirmé que l'article 12 s'appliquait aux couples de même sexe, mais que la décision d'ouvrir ou non le mariage aux couples de même sexe continuait d'appartenir aux États en raison notamment de ses «connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de dif-

conjugale n'était pas irrémédiable (voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 54, n° 48).

⁽²¹⁹⁾ Voy. aussi pour une analyse très critique T. HOCHMANN, «Le mariage est une prison (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Babiarz c. Pologne*, 10 janvier 2017)», *Rev. trim. dr. h.*, 2017, p. 1006.

⁽²²⁰⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie* du 20 juin 2017 (interdiction de la promotion de l'homosexualité: discrimination et atteinte à la liberté d'expression).

⁽²²¹⁾ Voy. not. L. HODSON, «A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria», *Human Rights Law Review*, 2011, p. 173; H. LAU, «Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference», in *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR* (dir. E. BREMS), Cambridge, CUP, 2013, pp. 243 et s. et G. WILLEMS, «La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité», *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 65-96.

férent notablement d'une société à une autre» (§ 36). Elle a souligné qu'elle avait pu réitérer cette affirmation dans ses arrêts *Hämäläinen c. Finlande* du 16 juillet 2014⁽²²²⁾ et *Oliari c. Italie* du 21 juillet 2015⁽²²³⁾ malgré «l'évolution graduelle» des États en la matière (§§ 37-38). Selon la Cour, au regard du laps de temps bref écoulé depuis ces deux arrêts, il n'y avait pas lieu de remettre en question ces conclusions et cela d'autant plus que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, il était possible pour les requérants de se marier (§ 39). Il n'y avait donc pas eu en l'espèce de violation des articles 12 et 14 de la Convention (§ 40). Dès lors, en outre, que les couples homosexuels bénéficiaient à l'époque en France d'un mode de reconnaissance juridique incarné par le pacte civil de solidarité, il n'y avait pas eu non plus de violation des articles 8 et 14 combinés (§§ 49-50). Il en allait ainsi malgré les différences existant entre le régime du mariage et celui du PACS car les États disposent d'une marge d'appréciation dans le choix des droits et obligations conférés par les statuts alternatifs au mariage, marge d'appréciation qui n'était pas outrepassée en l'espèce (§ 51).

L'avenir dira si, compte tenu de l'évolution progressive des législations européennes⁽²²⁴⁾ et d'une indéniable tendance internationale⁽²²⁵⁾, la Cour pourra progressivement abandonner le réflexe subsidiariste qui domine sa jurisprudence relative au mariage homosexuel et accentuer la pression sur

⁽²²²⁾ Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 729.

⁽²²³⁾ Voy. *infra* n° 49.

⁽²²⁴⁾ Seize États autorisent aujourd'hui le mariage homosexuel : les Pays-Bas (2002), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Norvège (2009), la Suède (2009), le Portugal (2010), l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France (2013), le Royaume-Uni (2014), le Luxembourg (2015), l'Irlande (2015), l'Allemagne (2017), la Finlande (2017), Malte (2017) et l'Autriche (2019).

⁽²²⁵⁾ On relèvera à cet égard, notamment, que la Cour suprême des États-Unis a consacré — dans son arrêt *Obergefell v. Hodges* du 26 juin 2015 — le droit au mariage homosexuel dans les cinquante États américains et que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé — dans son *Opinion consultiva 24/17* du 24 novembre 2017 — que la Convention américaine des droits de l'homme imposait aux États de permettre le mariage des couples de même sexe. Voy. à cet égard, P. DERMINE, «Les neuf juges et le mariage homosexuel : un bref commentaire de l'arrêt *Obergefell v. Hodges* de la Cour suprême des États-Unis», *R.B.D.C.*, 2015, p. 461 ; C. JENART, «Rechterlijk activisme in keuze tussen vrijheid en gelijkheid? Vergelijkende rechtspraakanalyse van het US Supreme Court en het EHRM over het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht», *C.D.P.K.*, 2017, p. 610 ; G. WILLEMS, «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», *Ann. dr. Louvain*, 2020, à paraître ; G. WILLEMS, «Le droit de la famille réformé par les juges des droits de l'homme : Réflexions sur la diversité des stratégies juridictionnelles et les enjeux du dialogue interjuridictionnel au départ du cas du mariage homosexuel», *Oñati Socio Legal Series*, 2021, à paraître.

les États parties. On relèvera à cet égard que dans un arrêt *Orlandi* relatif à la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés à l'étranger⁽²²⁶⁾, la Cour a considéré que « les États [étaient] encore libres de restreindre l'accès au mariage aux couples de même sexe » (§ 192)⁽²²⁷⁾. Cette formulation n'est évidemment pas passée inaperçue⁽²²⁸⁾ et laisse entrevoir la possibilité d'une évolution de la jurisprudence strasbourgeoise. Une affaire actuellement pendante devant la Cour — *Fedotova et Shipitko c. Russie*⁽²²⁹⁾ — pose en tout cas une nouvelle fois la question du mariage homosexuel au juge européen des droits de l'homme.

b) *Le droit au partenariat enregistré*

49. À défaut de consacrer un droit européen au mariage homosexuel, la Cour a jugé, dans son arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015⁽²³⁰⁾, que l'absence de tout statut conjugal accessible aux couples de même sexe violait le droit au respect de la vie familiale.

Les requérants étaient trois couples d'hommes qui avaient cherché sans succès à entamer les démarches préalables au mariage alors que le mariage homosexuel était interdit en Italie. Le premier des trois couples — formé par Messieurs Oliari et A. — avait conduit la question du mariage des couples de même sexe jusque devant la Cour constitutionnelle qui avait rejeté leur demande. Devant la Cour européenne, ils dénonçaient l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient de s'engager dans les liens du mariage et — au demeurant — de l'absence de tout moyen légal permettant la reconnaissance et la protection de leur relation. La Cour n'a pas souhaité remettre en question les conclusions qu'elle avait atteintes en 2010 relativement au mariage⁽²³¹⁾, mais elle a — par contre — fait considérablement progresser les droits des couples de même sexe s'agissant de l'accès au partenariat enregistré.

Le juge européen a tout d'abord rappelé que les liens unissant les membres d'un couple homosexuel relèvent aussi bien de la vie privée que de la vie familiale protégées par l'article 8 de la Convention (§ 103) et a décidé

⁽²²⁶⁾ Voy. *infra* n° 50.

⁽²²⁷⁾ Traduction libre.

⁽²²⁸⁾ 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.

⁽²²⁹⁾ Requête n° 40792/10.

⁽²³⁰⁾ Voy. aussi A. HAYWARD, « Same-sex registered partnerships — a right to be recognized », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 27 ; C. POPPELWELL-SCEVAK, « Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages », *Strasbourg Observers*, 2 février 2018 (<https://strasbourgobservers.com/>).

⁽²³¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

d'appréhender l'affaire sous l'angle des obligations positives mises à charge des États par cette disposition (§§ 159 et s.).

En renvoyant à *Schalk et Kopf*⁽²³²⁾ et *Vallianatos*⁽²³³⁾, la Cour a réaffirmé que les couples homosexuels avaient — comme les couples hétérosexuels — besoin d'être reconnus et protégés (§ 165). Or, a-t-elle relevé, les couples italiens n'avaient accès ni au mariage ni à aucun autre «cadre spécifique (comme l'union civile ou le partenariat enregistré) leur procurant la reconnaissance de leur statut et leur garantissant certains droits pertinents pour un couple vivant une relation stable et engagée» (§ 167)⁽²³⁴⁾. Un nombre très réduit de communes italiennes permettaient certes une inscription dans le «registre local des unions civiles», mais il s'agissait là d'un enregistrement purement symbolique. De même, les contrats de cohabitation que pouvaient passer les couples homosexuels ne rencontraient pas certains des besoins spécifiques à un couple (en particulier les droits et obligations de soutien mutuel comme les obligations alimentaires et les droits successoraux) et supposaient que les intéressés vivent ensemble (alors que la Cour a jugé dans *Vallianatos* que la vie familiale ne pouvait être — dans le «monde globalisé d'aujourd'hui» — conditionnée par la cohabitation). Ni les registres locaux, ni les contrats de cohabitation ne pouvaient donc être considérés comme apportant aux couples «la protection et la reconnaissance requises» (§ 169). La loi italienne ne prévoyait au demeurant la reconnaissance du partenaire homosexuel que dans un nombre très limité de cas. Il s'ensuivait que, pour espérer pouvoir bénéficier de certains avantages basiques, les couples de même sexe étaient supposés se tourner vers les cours et tribunaux qui statuaient au cas par cas avec ce que cela impliquait d'incertitude (§ 171). Dès lors, il y avait, dans le chef des requérants, un contraste entre la «réalité sociale» d'une vie de couple vécue ouvertement et l'absence de «reconnaissance officielle» (§ 173). Selon la Cour, à défaut d'avoir accès au mariage, les couples homosexuels avaient un «intérêt particulier» à accéder à un autre statut donnant accès à un certain nombre de droits et obligations et doté en outre d'une «valeur intrinsèque» quelle que soit l'ampleur de ses effets (§ 174).

L'Italie restait aux yeux du juge européen en défaut de mettre en évidence l'intérêt commun que protégeait l'absence de statut juridique de couple accessible aux homosexuels. Ainsi, le gouvernement faisait essentiellement valoir qu'il fallait du temps pour qu'un consensus national

⁽²³²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

⁽²³³⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 (mise en place d'un partenariat ouvert aux seuls couples hétérosexuels : violation des articles 14 et 8 combinés).

⁽²³⁴⁾ Traduction libre.

émerge sur la reconnaissance des nouvelles formes de familles. Il invoquait à cet égard les «différentes sensibilités» sur la question et la nécessité de prendre en compte les différents courants (notamment religieux) traversant la société, tout en précisant expressément que l'absence de statut pour les homosexuels ne visait pas à protéger la famille traditionnelle ou la morale. (§ 176). La Cour a admis que le sujet pouvait donner lieu à des questions morales et éthiques sensibles à même de justifier une large discrétion en l'absence de consensus. Cela étant, ces questions sensibles étaient plutôt liées à certains «droits supplémentaires» et pas au «noyau» de la demande des requérants qui exprimaient «un besoin général de reconnaissance légale et de protection fondamentale en tant que couple homosexuel»⁽²³⁵⁾. Il s'agissait là de facettes de l'existence et de l'identité qui tendaient à restreindre la marge de manœuvre italienne (§ 177) à plus forte raison dans un contexte où le mouvement favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels continuait à se déployer rapidement en Italie (§ 178).

La Cour a encore relevé qu'en Italie, tant les juridictions suprêmes (Cour constitutionnelle et Cour de cassation) que la population (par voie de sondages) avaient déjà exprimé leur faveur pour une reconnaissance et une protection des couples homosexuels. La Cour constitutionnelle avait en particulier, dans l'affaire de Messieurs Oliari et A., clairement invité le législateur à agir, mais les propositions législatives n'avaient jamais abouti sans que l'on sache si c'était volontairement ou par manque de détermination (§§ 179-184).

La Cour a donc jugé que l'Italie n'avait pas assumé en l'espèce ses obligations positives en précisant que «pour en juger autrement aujourd'hui, la Cour devrait avoir la volonté de ne pas prendre acte de l'évolution à l'œuvre en Italie et renoncer à appliquer la Convention de manière pratique et effective»⁽²³⁶⁾ (§§ 185-186).

c) *La reconnaissance du mariage homosexuel célébré à l'étranger*

50. Une autre façon pour la Cour de protéger les couples de même sexe sans affirmer frontalement un droit au mariage homosexuel consiste à obliger les États parties à reconnaître les liens matrimoniaux constitués à l'étranger. Dans son arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017⁽²³⁷⁾, la Cour de Strasbourg a ainsi jugé que l'Italie avait violé la Convention

⁽²³⁵⁾ Traduction libre.

⁽²³⁶⁾ Traduction libre.

⁽²³⁷⁾ Voy. aussi C. POPPELWELL-SCEVAK, «Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages», *Strasbourg Observers*, 2 février 2018, <https://strasbourgobservers.com/>.

en ne reconnaissant d'aucune manière les engagements matrimoniaux pris par six couples homosexuels au Canada, aux États-Unis ou aux Pays-Bas. Les requérants avaient cherché, sans succès, à faire enregistrer leur mariage dans différentes communes italiennes. Ils dénonçaient, devant la Cour européenne, une violation des articles 8, 12 et 14 de la Convention.

La Cour a rappelé que les liens conjugaux homosexuels étaient protégés tant au titre de la vie privée que de la vie familiale (§ 143) et qu'en outre la reconnaissance du «statut matrimonial réel» d'une personne relevait de son identité personnelle et sociale et de son «intégrité psychologique» (§ 144). Elle a souligné, en outre, qu'il résultait de sa jurisprudence⁽²³⁸⁾ que le droit de se marier était applicable aux couples homosexuels désireux de se marier et qu'il s'ensuivait que l'article 12 s'appliquait aussi aux couples homosexuels déjà mariés dans un autre ordre juridique (§ 145).

En renvoyant à *Oliari*⁽²³⁹⁾, la Cour a rappelé que les couples de même sexe ont besoin de voir leur relation reconnue et protégée (§ 192). Elle avait pu juger, dans différentes affaires, que l'union civile procure un statut juridique égal ou similaire au mariage à de nombreux égards. À ses yeux, «en principe» et «*prima facie*», un système offrant aux couples de même sexe ce type de solution rencontre les exigences de la Convention. Les requérants admettaient d'ailleurs que l'enregistrement de leur mariage «au moins comme une union civile» aurait suffi à garantir l'intérêt de chacun (§ 194). La Cour a alors relevé que, suite à son arrêt *Oliari*, la loi italienne 76/2016 organisait une union civile et permettait précisément l'enregistrement des mariages étrangers comme unions civiles (§§ 193 et 195). Il lui appartenait donc seulement de décider si l'absence de toute forme d'enregistrement des mariages étrangers et le vide juridique corrélatif antérieurs à la réforme étaient acceptables au regard de la Convention (§ 196).

Sans décider si étaient en cause, en l'espèce, les obligations positives ou négatives de l'Italie (§§ 197-198), la Cour a jugé que l'absence d'union civile ne répondait à aucune considération impérieuse d'ordre public (§ 199) et que le refus d'enregistrer les mariages était justifié par une simple référence à «l'ordre public interne» (§ 199). Ayant rappelé qu'*a priori* l'article 8 ne visait pas l'ordre public comme motif de restriction au droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour a accepté de considérer que la mesure litigieuse tendait à la volonté de prévenir le désordre dont elle avait déjà accepté — dans *Dadouch*⁽²⁴⁰⁾ — qu'elle pouvait justifier les réglementations nationales

⁽²³⁸⁾ Voy. *supra* n° 48.

⁽²³⁹⁾ Voy. *supra* n° 49.

⁽²⁴⁰⁾ Dans cet arrêt *Dadouch c. Malte* du 20 juillet 2010, la Cour a constaté une violation de l'article 8 de la Convention dès lors que les autorités maltaises avaient mis près de deux ans à enregistrer le mariage célébré en Russie d'un ressortissant maltais avec une femme russe.

relatives à l'enregistrement du mariage (§ 200). Malgré le développement rapide d'un mouvement en faveur de la reconnaissance des couples homosexuels en Europe, en Amérique et en Australasie (§ 204), il n'existait pas de consensus parmi les États ne connaissant pas le mariage homosexuel sur la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger (§ 205). La marge d'appréciation était donc en principe large (§ 205), même si la question examinée engageait une facette de l'existence et de l'identité de l'individu (§ 206).

La Cour a souligné qu'un État peut souhaiter prévenir le désordre en empêchant ses nationaux d'avoir recours dans d'autres États à des institutions particulières qui ne sont pas acceptées dans son ordre juridique (§ 207) et que le refus litigieux n'avait pas privé les requérants de droits dont ils disposaient auparavant en Italie, ni mis en cause les droits et obligations liés au mariage dans le pays où ils avaient pu le contracter (§ 208). Il n'en restait pas moins qu'il laissait les intéressés dans un vide juridique et méconnaissait la réalité sociale de leur situation : ils rencontraient des obstacles dans leur vie quotidienne et ne bénéficiaient d'aucune protection sans qu'aucune considération impérieuse d'ordre public ne soit avancée pour le justifier (§ 209). En l'absence de toute forme de protection des couples formés par les requérants, l'État avait donc échoué à ménager un équilibre satisfaisant entre les intérêts en conflit (§ 210) et l'article 8 avait été violé (§ 211). Il n'était alors pas nécessaire de s'interroger sur l'éventuelle violation des articles 14 et 8 ou 12 combinés (§ 212)⁽²⁴¹⁾.

d) *Le droit au regroupement familial*

51. Le juge européen fait également progresser les droits des couples homosexuels qui n'ont pas accès au mariage en exigeant qu'ils puissent bénéficier du droit au regroupement familial au même titre que les couples hétérosexuels.

Ainsi, dans son arrêt *Pajic c. Croatie* du 23 février 2016, la Cour a-t-elle, d'une part, jugé que l'impossibilité pour une femme bosniaque de séjourner légalement auprès de sa partenaire de même sexe résidant en Croatie (alors qu'une telle possibilité était offerte aux partenaires d'un couple hétérosexuel non marié) constituait une discrimination contraire à la Convention.

La relation entre la requérante et sa partenaire constituait une vie familiale protégée par l'article 8 même en l'absence de cohabitation⁽²⁴²⁾, dès lors, en particulier, que cette absence de cohabitation procédait précisé-

⁽²⁴¹⁾ Voy. aussi l'opinion concordante du juge Koskelo et l'opinion dissidente des juges Pejcahl et Wojtyczek.

⁽²⁴²⁾ Voy. aussi, à cet égard, *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 73.

ment de la politique migratoire de l'État défendeur (§ 67). En outre, les intéressées entretenaient une relation stable depuis deux ans au moment de la demande de permis de séjour et les deux femmes avaient l'intention de vivre ensemble et de lancer une entreprise ensemble (§ 66).

La Cour a relevé que la requérante se plaignait de ce que les couples hétérosexuels non mariés pouvaient obtenir un permis de séjour au titre du regroupement familial à la différence des couples homosexuels non mariés auxquels cette possibilité était refusée (§ 70). Pourtant, le droit croate reconnaissait aussi bien les relations hors mariage hétérosexuelles (par le biais du *Family Act*) que les relations hors mariage homosexuelles (par le biais du *Same-sex Unions Act*) et admettait dès lors que ces deux catégories de couples étaient capables de former des relations stables. En tout état de cause, a considéré le juge européen, les deux types de relations pouvaient être comparés s'agissant de la possibilité de bénéficier du regroupement familial (§ 72).

Le droit croate opérait donc entre des catégories d'individus comparables une différenciation fondée sur l'orientation sexuelle (§ 73). Or, si l'article 8 de la Convention n'oblige pas les États à autoriser le regroupement familial sur leur territoire, les mesures de contrôle de l'immigration doivent être compatibles avec l'article 14. En effet, lorsqu'un État va au-delà de ses obligations conventionnelles, il ne se soustrait pas — pour autant — à l'exigence de non-discrimination (§ 80). Rappelant que les différences fondées sur l'orientation sexuelle justifient un contrôle européen étroit y compris dans le domaine de l'immigration où les États bénéficient en règle d'une large marge de manœuvre, la Cour a relevé que l'État défendeur n'avait en l'espèce avancé aucune raison particulièrement solide et convaincante (§§ 82-83). L'impossibilité absolue pour les couples de même sexe de bénéficier du regroupement familial n'était donc pas compatible avec les standards conventionnels dès lors qu'une différenciation basée exclusivement ou principalement sur l'orientation sexuelle constitue — suivant la jurisprudence *Salgueiro Da Silva Mouta*⁽²⁴³⁾ et *E.B.*⁽²⁴⁴⁾ — une discrimination interdite (§ 84).

Dans son arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016, la Cour a jugé, d'autre part, que l'impossibilité pour un homme néo-zélandais de séjourner légalement auprès de son partenaire de même sexe italien en Italie (dès lors que cette possibilité était réservée aux époux, nécessairement hétérosexuels) constituait une discrimination contraire à la Convention.

⁽²⁴³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 (attribution de la garde à l'autre parent en raison de l'orientation sexuelle de la requérante : violation).

⁽²⁴⁴⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008 (refus d'agrément pour l'adoption fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante : violation).

La relation des requérants constituait une vie familiale protégée par la Convention dès lors notamment qu'ils avaient cohabité ensemble en Italie où Monsieur McCall avait initialement pu résider sous couvert d'une carte de séjour temporaire pour étudiant (§§ 57-58). L'obligation qui lui avait subséquemment été faite de quitter l'Italie après le refus de lui octroyer un permis de séjour avait constitué une ingérence dans l'un des éléments essentiels de leur vie familiale (§ 59).

En l'espèce, les requérants n'avaient pas été traités différemment d'un couple hétérosexuel non marié. En effet, le droit italien du regroupement familial ne reconnaissait la qualité de «membre de la famille» qu'aux seuls époux à l'exclusion des concubins (§ 82). La situation des couples homosexuels non mariés n'était cependant pas analogue à celle des couples hétérosexuels non mariés : les premiers à la différence des seconds ne pouvaient se marier et acquérir de la sorte la qualité d'époux conditionnant le bénéfice du regroupement familial (§ 83)⁽²⁴⁵⁾. Dès lors, aux yeux de la Cour, les requérants avaient en l'espèce été traités de la même manière que des personnes se trouvant dans une situation très différente de la leur (§ 85).

Pour justifier le traitement analogue des requérants, le gouvernement défendeur invoquait la marge nationale d'appréciation dont il dispose pour protéger la famille traditionnelle (§ 92). Selon la Cour, toutefois, la protection de la famille traditionnelle ne pouvait constituer, s'agissant de l'octroi d'un permis de séjour pour raisons familiales, une raison particulièrement solide et convaincante susceptible de justifier une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (§ 93). Il s'ensuivait qu'en refusant de la même manière aux couples de fait homosexuels et hétérosexuels le bénéfice du regroupement familial sans tenir compte de la possibilité offerte aux seconds uniquement d'obtenir une reconnaissance légale de leur relation et de remplir de la sorte les conditions requises pour bénéficier d'un permis de séjour pour raisons familiales, l'État défendeur avait soumis les requérants à un traitement discriminatoire prohibé par la Convention (§ 94). Ainsi, l'application à Monsieur McCall d'une interprétation restrictive de la notion de «membre de la famille» n'avait pas dûment tenu compte de la situation des requérants (§ 96) et cela à rebours d'une «tendance signi-

⁽²⁴⁵⁾ La Cour a souligné que «les requérants avaient obtenu le statut de couple non marié en Nouvelle-Zélande [...] et que, une fois installés dans un État reconnaissant le droit au mariage entre personnes de même sexe (les Pays-Bas), ils ont décidé de se marier». Il s'ensuivait que «leur situation ne saurait pas non plus être comparée à celle d'un couple hétérosexuel qui, pour des raisons d'ordre personnel, ne souhaite pas s'engager dans un mariage ou dans une union civile» (§ 84).

ficative» observable au niveau mondial et mise en évidence par les tiers intervenants (§ 97)⁽²⁴⁶⁾.

On peut rapprocher de cet arrêt *Taddeucci*, l'arrêt *Coman c. Inspectoratul Pentru Imigrări* rendu le 5 juin 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne, dans lequel le juge luxembourgeois a jugé que les États doivent considérer, pour l'application du droit européen du regroupement familial, que le terme «époux» inclut les époux homosexuels, même s'ils ne permettent pas le mariage homosexuel. En l'espèce, il y avait lieu pour la Roumanie d'accueillir sur son territoire l'époux américain d'un citoyen roumain dès lors que les deux hommes s'étaient valablement mariés à Bruxelles⁽²⁴⁷⁾.

e) *Le droit à la pension de survie*

52. Dans son arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne* du 14 juin 2016, la Cour a — par contre — jugé que l'impossibilité pour un homme de bénéficiaire d'une pension de survie au titre du décès de son partenaire de même sexe mort avant l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe ne violait pas les dispositions de la Convention.

La Cour a rappelé que les différenciations opérées sur la base du sexe ou de l'orientation sexuelle invitaient à un contrôle européen resserré (§ 81), tandis que les mesures économiques ou sociales de portée générale donnaient lieu — quant à elles — à une large marge de manœuvre étatique (§ 82).

⁽²⁴⁶⁾ Voy. l'opinion concordante des juges Spano et Bianku et l'opinion partiellement dissidente du juge Sicilianos. Suivant ce dernier, «L'approche de la majorité au sujet des situations comparables ne me semble pas compatible avec la jurisprudence de la Cour. Plus particulièrement, je ne souscris pas à la position de la majorité selon laquelle la situation des requérants n'était pas comparable à celle d'un couple hétérosexuel stable non marié. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'aborder la partie de l'arrêt sur la question de savoir s'il existait ou non une justification objective et raisonnable (paragraphes 87 et suivants de l'arrêt). Les deux situations susmentionnées étant comparables, le fait qu'elles ont été traitées de façon identique ne constitue pas une discrimination au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention» (§ 15).

⁽²⁴⁷⁾ 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. Voy. au sujet de cet arrêt E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel», *J.D.E.*, 2018, pp. 344-347; J.-Y. CARLIER, «Vers un ordre public européen des droits fondamentaux ...», *op. cit.*; H. FULCHIRON, «La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé?», *D.*, 2018, pp. 446-450; et G. WILLEMS, «Article 9 — Le droit de se marier et le droit de fonder une famille», in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article* (dir. F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK), 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 245 et s.

Elle a relevé que la loi 13/2005 avait eu pour objet précis de supprimer la différence entre couples de même sexe et couples de sexe différent en ce qui concerne l'accès au mariage. Dans ce contexte, le requérant se plaignait de ce que les juridictions espagnoles avaient refusé de reconnaître à cette loi un effet rétroactif au titre duquel il aurait pu bénéficier d'une pension de survie (dont l'allocation est tributaire de l'existence d'un lien matrimonial) alors qu'il n'était pas marié avec son partenaire décédé (dès lors que le décès était intervenu avant l'adoption de la loi sur le mariage homosexuel). Il faisait valoir que, par contraste, lorsque le législateur espagnol avait autorisé le divorce en 1981 (loi 30/1981), il avait expressément prévu des dispositions transitoires permettant aux couples jusque-là empêchés de se marier par le caractère indissoluble d'une précédente union matrimoniale de bénéficier rétroactivement du droit à la pension de survie. À ses yeux, reconnaître rétroactivement un droit à la pension aux hétérosexuels qui avaient été empêchés de se marier par l'interdiction du divorce et en priver — par contre — les homosexuels qui avaient été empêchés de se marier par l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe constituait une discrimination interdite par l'article 14 de la Convention (§ 83).

La Cour a admis qu'il existait certaines similarités entre les deux situations rapprochées par le requérant dès lors que, dans les deux cas, un obstacle légal avait empêché les intéressés de contracter mariage et de bénéficier des conséquences juridiques attachées à cette institution et l'un des deux partenaires était décédé avant que cet obstacle soit finalement levé par le législateur (§ 86). Cependant, les deux législations avaient été adoptées dans des contextes très différents et la clause de rétroactivité prévue en 1981 tenait notamment à la circonstance que la constitution de droits à la pension par le travail salarié se répartissait inégalement entre les sexes en raison de la sous-représentation des femmes dans le monde du travail. En outre, les deux législations avaient levé des obstacles de nature différente dès lors que l'impossibilité de se marier liée à l'interdiction du divorce frappait seulement certains couples hétérosexuels tandis que l'impossibilité de se marier liée au caractère hétérosexuel du mariage frappait, de façon absolue, tous les couples homosexuels (§ 87). Pour la Cour, au regard de ces différences, les requérants se trouvaient dans une situation fondamentalement différente de celle des couples hétérosexuels de fait qui avaient bénéficié de la clause rétroactive insérée dans la loi 30/1981 (§ 88) et cette conclusion n'était pas énervée par la circonstance qu'en 2007 le législateur espagnol avait aussi décidé d'étendre le droit à la pension aux couples de fait stables (loi 40/2007) (§ 89).

La Cour a finalement rappelé que les États bénéficiaient d'une marge d'appréciation s'agissant du *timing* et des modalités de la protection des couples de même sexe et que, dès lors, il ne pouvait être reproché à l'Es-

pagne de n'avoir pas introduit plus tôt les changements portés par les lois de 2005 et de 2007 (§ 91) avant de conclure que l'article 14 combiné avec l'article 8 et l'article 1P1 n'avait pas été méconnu en l'espèce (§ 92).

Il serait intéressant que la Cour puisse se prononcer dans une affaire similaire où l'État n'aurait pas, entre temps, ouvert le mariage aux couples de même sexe. En pareil cas, en effet, il semblerait logique d'appliquer à la question de la pension la même approche que celle adoptée à propos du regroupement familial. À nos yeux, la Cour devrait aller dans cette direction en se départissant de sa jurisprudence *Manenc*⁽²⁴⁸⁾ et en relayant les options prises par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Hay c. Crédit agricole*⁽²⁴⁹⁾.

4. *Le droit des couples hétérosexuels à un partenariat enregistré*

53. Dans les États qui mettent en place un partenariat enregistré réservé aux couples de même sexe, ce sont parfois les couples hétérosexuels qui se plaignent de ne pouvoir bénéficier — eux aussi — du statut alternatif au mariage. Dans son arrêt *Ratzenböck et Seydl c. Autriche* du 26 octobre 2017, la Cour a toutefois jugé que l'impossibilité pour un couple hétérosexuel d'entrer dans les liens d'un partenariat enregistré plutôt que dans ceux du mariage ne portait pas atteinte aux dispositions de la Convention.

Les requérants formaient un couple hétérosexuel et avaient vainement tenté de souscrire un partenariat enregistré. Le droit autrichien réserve en effet ce statut aux couples de même sexe, privés — quant à eux — d'accès au mariage. Devant les juridictions nationales, ils avaient, sans succès, fait valoir qu'à leurs yeux le partenariat était un statut « plus moderne » et « plus léger » que le mariage qui n'était pas une « option adéquate pour eux ».

La Cour a relevé qu'elle n'avait pas encore eu l'occasion d'envisager, sous l'angle de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle, l'impossibilité pour les couples hétérosexuels

⁽²⁴⁸⁾ Cour eur. D.H., déc. *Manenc c. France* du 21 septembre 2010 (pension de réversion réservée aux époux et mariage réservé aux hétérosexuels : manifestement mal fondé). Voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 59.

⁽²⁴⁹⁾ La Cour de justice y prend le parti — s'agissant des avantages associés au mariage tels que les primes et congés — de censurer les différenciations entre partenaires enregistrés homosexuels et époux hétérosexuels « dès lors que, le mariage étant réservé aux personnes de sexe différent, les travailleurs homosexuels sont dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué » (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. Voy. G. WILLEMS, « Article 9 — Le droit de se marier et le droit de fonder une famille », *op. cit.*, pp. 250 et s.

d'accéder à un statut conjugal alternatif au mariage (§ 38) et souligné qu'à ses yeux, les couples hétérosexuels étaient dans une situation similaire ou comparable à celle des couples de même sexe s'agissant du besoin de reconnaissance et de protection (§ 39). Elle a ensuite souligné que la création du partenariat enregistré «contrebalançait» l'absence de reconnaissance et de protection des couples de même sexe en donnant à ceux-ci la possibilité d'obtenir un statut juridique égal ou similaire au mariage. Il s'ensuivait que les «institutions» du mariage et du partenariat enregistré étaient «essentiellement complémentaires». Dans *Schalk et Kopf*, il avait été relevé qu'il n'existait entre les deux statuts que de légères différences en termes de conséquences matérielles et, depuis, les cadres juridiques du mariage et du partenariat enregistré avaient été encore davantage harmonisés en sorte qu'aucune différence substantielle ne subsistait (§ 40). Selon la Cour, le mariage rencontrait les principaux besoins de reconnaissance des couples hétérosexuels et les requérants ne faisaient pas état de besoins plus spécifiques. Leur opposition au mariage était basée sur leur perception qu'un partenariat enregistré est une institution plus moderne et plus légère, mais ils n'exposaient pas avoir été spécialement affectés par une différence en droit entre ces institutions (§ 41). Au regard de ces éléments, les requérants qui avaient accès au mariage mais pas au partenariat enregistré n'étaient pas dans une situation suffisamment similaire ou comparable à celle des couples de même sexe qui n'avaient pas accès au mariage et avaient donc besoin du partenariat comme «moyen alternatif» de reconnaissance de leur relation. Il s'ensuivait que les articles 14 et 8 de la Convention n'avaient pas été violés (§ 42)⁽²⁵⁰⁾.

⁽²⁵⁰⁾ Deux juges dissidents se sont écartés de la majorité pour considérer que les couples hétérosexuels et homosexuels étaient bien comparables du point de vue de l'accès au partenariat. Aux yeux des juges Tsotsoria et Grozev, les couples de sexe différent et de même sexe sont des «groupes sociaux» et la majorité elle-même admettait qu'ils étaient dans des situations comparables du point de vue de leur besoin de protection de leur relation. Selon eux, le fait qu'il n'y ait pas de droit au mariage pour les couples de même sexe selon la Convention, ne devrait rien changer à cette conclusion. Comme elle l'avait fait dans *Schalk et Kopf*, la Cour devrait donc continuer à affirmer la comparabilité des couples hétérosexuels et homosexuels et s'astreindre à vérifier les justifications qui sont avancées pour les différences opérées entre eux par les autorités nationales.

B. — *L'enfant*1. *Procréation médicalement assistée*a) *Gestation pour autrui internationale*

54. Dans son arrêt de grande chambre *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017⁽²⁵¹⁾, la Cour a considéré — en s'écartant de la solution retenue en formation de chambre⁽²⁵²⁾ — que la décision italienne de retirer à des époux italiens un enfant conçu par GPA en Russie en vue de son placement et de son adoption ne violait pas la Convention.

Donatina Paradiso et Giovanni Campanelli avaient recouru en Russie à une GPA mobilisant le sperme de Monsieur Campanelli et les ovules d'une donneuse anonyme (§ 11). Un enfant était né en février 2011 et Madame Paradiso s'était rendue à Moscou afin de se le faire remettre (§§ 12-15). Les époux Paradiso-Campanelli étaient désignés comme les parents de l'enfant sur le certificat de naissance russe (§ 16). Après le retour de la requérante et de l'enfant, le parquet italien avait initié contre les requérants une procédure pénale au titre notamment d'« usage de faux » et d'« altération de l'état civil » (§ 21) et une procédure civile tendant à l'adoption de l'enfant considéré comme « en état d'abandon » (§ 22). La visite d'assistantes sociales chez les requérants avait mis en évidence que « l'enfant était en parfaite santé » tandis que « son bien-être était manifeste » (§ 25). Par contre, un test ADN ordonné par le tribunal avait établi qu'il n'y avait — en réalité — pas de lien biologique entre Monsieur Campanelli et l'enfant (§ 30). Le tribunal pour enfant avait ordonné son éloignement et son placement en foyer (§§ 34-36) tandis que l'administration de l'état civil avait refusé d'enregistrer son certificat de naissance (§§ 46-48). Il avait finalement été placé dans une famille en vue de son adoption (§ 50).

⁽²⁵¹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017. Voy. aussi F. CHÉNEDÉ, « Petite leçon de “réalisme juridique” : à propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* », *D.*, 2017, pp. 663-666 ; C. FENTON-GLYNN, « International surrogacy before the European Court of Human Rights », *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 546-567 ; H. FULCHIRON (dir.), « Chronique — Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2017/5, pp. 472-479 ; E. IGNOVSKA, « Paradiso and Campanelli v. Italy : Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country », *Strasbourg Observers*, 4 avril 2017 (<https://strasbourgobservers.com>) ; T. KOUTEEVA-VATHELOT, « Non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de prompt éloignement par les autorités de l'enfant né de gestation pour autrui et sans lien biologique avec les parents d'intention », *Rev. crit. DIP*, 2017, pp. 426-430 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui », *RTD Civ.*, 2017, spéc. p. 341-342.

⁽²⁵²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 27 janvier 2015.

La Cour a jugé que les requérants ne pouvaient se prévaloir de la vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention mais pouvaient, par contre, bénéficier de la protection de la vie privée prévue par la même disposition. En effet, a relevé la Cour, malgré la qualité des liens noués entre les requérants et l'enfant, ceux-ci ne reposaient sur aucun lien biologique et n'avaient duré que pendant six mois environ, entre la naissance de l'enfant et son placement dans un foyer, en sorte qu'ils étaient trop ténus pour constituer une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 158). Par contre, les requérants avaient un « véritable projet parental » et l'affaire concernait dès lors leur « droit au respect de leur décision de devenir parents » et leur « développement personnel [...] à travers le rôle de parent qu'ils souhaitent assumer vis-à-vis de l'enfant » qui relèvent du champ d'application du droit au respect de la vie privée⁽²⁵³⁾. En outre, puisque l'affaire concernait aussi le lien biologique entre l'enfant et Monsieur Campanelli, elle engageait aussi son « identité » de même que la « relation » des deux requérants qui relevaient — eux aussi — du domaine de la vie privée protégée par la Convention (§§ 163-164). La grande chambre a dès lors considéré que l'éloignement de l'enfant et sa prise en charge par les services sociaux en vue de son adoption s'analysaient comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérants (§ 167).

Elle a ensuite considéré, comme le gouvernement, que les mesures contestées par les requérants tendaient légitimement non seulement à la défense de l'ordre, mais également à la protection des droits et libertés d'autrui dès lors que les autorités italiennes souhaitaient « réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation — et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière — dans le but de préserver les enfants » (§ 177).

Pour évaluer la marge d'appréciation à reconnaître à l'Italie, l'on a souligné — comme dans *Mennesson*⁽²⁵⁴⁾ — la sensibilité des enjeux éthiques et moraux et l'absence de consensus européen. Toutefois, alors que dans *Mennesson* la marge d'appréciation était diminuée ou limitée par l'impor-

⁽²⁵³⁾ Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, §§ 71-72.

⁽²⁵⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014 (impossibilité d'établir le lien de filiation à l'égard du père biologique : violation). Voy. G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 743.

tance de ce qui était en jeu (la possibilité pour les jumelles d'établir une filiation juridique correspondant à leur filiation biologique), pareil renforcement du contrôle européen ne s'imposait pas ici dès lors que les requérants ne pouvaient se prévaloir du droit à la vie privée de l'enfant qu'ils ne représentaient pas⁽²⁵⁵⁾ tandis qu'il n'existait pas de lien biologique entre le requérant et l'enfant (§§ 194-195).

La Cour a alors relevé que l'État italien cherchait à «protéger les enfants contre des pratiques illicites, dont certaines peuvent être qualifiées de trafic d'êtres humains» (§ 202) et à «[protéger] [l]es femmes et [l]es enfants potentiellement concernés par des pratiques qu'il perçoit comme étant hautement problématiques d'un point de vue éthique» (§ 203). Il s'agissait-là, à ses yeux, d'«intérêts généraux» importants (§ 204). S'agissant des «intérêts privés» à prendre en considération, la Cour a envisagé successivement l'intérêt de l'enfant et celui des requérants. D'un côté, elle a relevé que le raisonnement des juges italiens à propos de l'intérêt de l'enfant n'avait pas été «automatique ou stéréotypé» puisqu'ils s'étaient interrogés sur l'impact qu'aurait la séparation sur l'enfant et avaient abouti à la conclusion qu'il était «souhaitable de le placer chez un couple approprié en vue de l'adoption» tandis que «la séparation ne [lui] causerait pas [...] un préjudice grave ou irréparable» (§ 210). Par contre, a-t-elle poursuivi, les cours et tribunaux italiens n'avaient pas explicitement abordé les effets de la séparation sur la vie privée des requérants, mais cela était acceptable en raison de l'illégalité de leur conduite et de la précarité corrélative du lien avec l'enfant (§ 211). En conclusion, la Cour a souligné que les intérêts généraux en jeu pesaient «lourdement dans la balance» alors qu'il convenait de n'accorder qu'une «moindre importance» au droit au développement personnel des requérants. Quant à l'intérêt de l'enfant, l'on pouvait considérer, dès lors qu'il

⁽²⁵⁵⁾ Selon la Cour les requérants n'avaient pas qualité à agir devant elle pour le compte de l'enfant au regard des liens insuffisamment étroits existant entre eux et lui (§§ 85-86).

ne «subirait pas un préjudice grave ou irréparable», qu'un juste équilibre avait été atteint en l'espèce (§ 215)⁽²⁵⁶⁾ ⁽²⁵⁷⁾ ⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Critiquant la façon dont la majorité de la Cour a appréhendé cette vérification, cinq juges dissidents semblent considérer que les «intérêts généraux» vantés par le gouvernement n'étaient pas pertinents pour apprécier, en l'espèce, la proportionnalité des mesures prises à l'égard de l'enfant. Ainsi, il appartenait au législateur italien de «dire quelle est la politique de l'Italie» en matière de GPA, mais le droit italien «n'a pas d'effets extraterritoriaux». En d'autres termes, la minorité a «du mal à comprendre le point de vue de la majorité selon lequel les motifs du législateur justifiant l'interdiction des conventions de gestation pour autrui sont pertinents s'agissant des mesures prises en vue de dissuader les ressortissants italiens d'avoir recours à l'étranger à des pratiques qui sont interdites en Italie» (§ 11). La minorité récusé aussi la façon dont la majorité de la grande chambre a pris en considération les «intérêts privés» affectés par les mesures prises par les autorités italiennes. S'agissant, d'une part, de l'intérêt de l'enfant, les dissidents font valoir que la décision d'éloignement se fondait «sur des motifs purement juridiques» tandis que «les faits ne sont entrés en jeu que pour apprécier si les conséquences de l'éloignement, une fois décidé, ne seraient pas trop dures pour l'enfant». En somme, considèrent-ils, «à aucun moment les tribunaux ne se sont demandé s'il était dans l'intérêt de l'enfant de rester avec des personnes qui se comportaient comme ses parents». Pour la minorité, il y avait là une «omission grave» au regard de la nécessité de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 12). S'agissant, d'autre part, de l'intérêt des requérants, la minorité a souligné que — comme la majorité l'admettait — les tribunaux italiens n'avaient pas mesuré l'impact de la séparation d'avec l'enfant sur ses parents intentionnels en justifiant ce choix par l'illégalité de leur conduite et la précarité des liens ce qui rendait compte, à ses yeux, de ce que les cours et tribunaux italiens n'avaient pas cherché à ménager un juste équilibre entre l'intérêt des requérants et «tout autre intérêt concurrent, quel qu'il ait pu être celui-ci». Pour la minorité, il y avait là une autre «lacune grave» dans l'attitude des autorités nationales (§ 12). Les cinq juges ont encore relevé que, durant la procédure interne, les requérants avaient été jugés aptes à adopter et des assistantes sociales désignées par le tribunal avaient jugé que leur prise en charge par les requérants était optimale. Or, «ces appréciations positives [n'avaient] pas été contredites par une évaluation sérieuse de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais [avaient] été balayées à la lumière de considérations plus abstraites et générales».

Il y aurait donc eu lieu, selon les juges dissidents, de conclure, en l'espèce, à la violation de l'article 8 de la Convention.

⁽²⁵⁷⁾ Voy. aussi G. WILLEMS, «La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *J.E.D.H.*, 2018/5, pp. 449 et s.

⁽²⁵⁸⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016 et Cour eur. D.H., arrêt *Laborie c. France* du 19 janvier 2017 dans lesquels la Cour confirme sa jurisprudence *Mennesson* en concluant à la violation du droit à la vie privée des enfants dans la mesure où leur filiation ne peut être établie à l'égard de leur père biologique. Voy. aussi l'Avis consultatif rendu par la grande chambre le 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention. Cet avis sera analysé dans le cadre de la prochaine chronique. Nous en livrons déjà ici la conclusion : «le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la «mère légale» mais il «ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant».

b) *Accès des couples de femmes à la PMA*

55. Dans la décision *Charron et Merle-Montet c. France* du 16 janvier 2018, la Cour a jugé que la demande des requérantes qui se plaignaient de l'impossibilité pour un couple de femmes lesbiennes d'avoir accès en France à l'insémination artificielle était irrecevable à défaut d'épuisement des voies de recours internes. Était en cause une décision du 15 décembre 2014 par laquelle le CHU de Toulouse avait rejeté leur demande de PMA. Les requérantes avaient en l'espèce considéré qu'elles pouvaient se plaindre directement à la Cour européenne des droits de l'homme sans mettre en œuvre un recours en annulation devant le juge administratif dès lors que le Conseil constitutionnel avait affirmé, dans une décision du 17 mai 2013, que « ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières ». La Cour européenne a cependant jugé, quant à elle, que « même si les chances de succès étaient éventuellement réduites [...], un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse du 15 décembre 2014 fondé sur les articles 8 et 14 de la Convention n'aurait pas été “de toute évidence voué à l'échec” » (§ 29). Il s'ensuivait que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées et que la requête était — partant — irrecevable⁽²⁵⁹⁾.

2. *Filiation*

a) *La contestation de la paternité par les parents juridiques*

i) La contestation de la paternité présumée ou reconnue

56. Dans deux affaires de contestation de paternité, la Cour a validé le choix des juridictions nationales de faire prévaloir la sécurité juridique et le droit de l'enfant de garder sa filiation sur le droit au respect de la vie privée du père légal. Dans les deux cas, elle a accordé un poids décisif au souhait exprimé par l'enfant et à l'incertitude qui entourait la filiation biologique.

57. Ainsi, d'une part, dans son arrêt *R.L. et autres c. Danemark* du 7 mars 2017, la Cour a jugé que le refus des tribunaux danois de remettre en question la paternité à la demande de la mère et du père légal n'avait pas violé l'article 8 de la Convention. La première requérante était née en Tanzanie et s'était installée au Danemark après avoir épousé le second

⁽²⁵⁹⁾ Voy. J.-P. MARGUÉNAUD, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD Civ.*, 2018, pp. 349 et s.

requérant. Ils s'étaient séparés légalement en 2005 mais avaient cohabité jusqu'en juin 2006. Un enfant (L.) était né en janvier 2004 et un autre (S.) en octobre 2006 : le second requérant avait été automatiquement désigné comme le père du premier en vertu de son mariage avec la mère ; il avait reconnu le second alors même qu'il était séparé de celle-ci et n'avait plus eu de contact sexuel avec elle depuis plus de deux ans. La mère des enfants avait subséquemment avoué qu'elle avait eu depuis 2003 une relation avec un autre homme (E.) qui était le père de S. et probablement aussi de L. et les requérants avaient conjointement demandé que E. soit désigné comme le père juridique des enfants. Les juridictions danoises avaient refusé cette demande en prenant en considération la circonstance que le second requérant avait continué à traiter les enfants comme les siens au moins jusqu'en 2008, tandis qu'il n'était pas certain que si la question de la paternité était «rouverte» la filiation des enfants pourrait être établie à l'égard de E. qui avait — depuis — rompu avec la première requérante et s'opposait à l'établissement de sa paternité (§§ 4-28).

La Cour rappelé que, suivant sa jurisprudence, la volonté d'un père présumé de contester sa filiation concernait sa vie privée et jugé qu'en l'espèce le droit à la vie privée de la mère et des enfants était en jeu également (§ 38). Renonçant à déterminer si étaient en cause les obligations négatives ou positives de l'État, elle a réaffirmé que les délais et autres restrictions encadrant les procédures relatives à la paternité peuvent être justifiés par le désir d'assurer la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant (§ 40). En l'occurrence, cependant, les requérants ne s'étaient pas vu imposer un délai «absolu» ou «inflexible» (comme — par exemple — dans *Shofman*⁽²⁶⁰⁾), mais leur demande avait été rejetée à la suite d'un «examen concret» qui avait conduit à la conclusion que les conditions d'une remise en question de la paternité n'étaient pas remplies (§ 41). Les juridictions danoises, faisant application des sections 24 et 25 du *Children Act*, avaient attaché de l'importance, en particulier, à la circonstance que le second requérant savait depuis le début qu'il n'était pas le père de S. et avait malgré tout reconnu l'enfant. Or, la Cour avait déjà jugé que lorsqu'un homme reconnaît un enfant en étant pleinement conscient de ne pas être le géniteur puis conteste sa paternité au-delà des délais prévus, l'intérêt de l'enfant peut primer sur celui du père légal à contester la paternité qu'il a librement

⁽²⁶⁰⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Shofman c. Russie* du 24 novembre 2005 (délai d'un an à partir de la naissance imposé au mari sans aucune solution dans le cas où la réalité biologique est découverte après son expiration : violation). Voy. dans le même sens Cour eur. D.H., arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006 et, sur ces deux arrêts, G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie», *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 484-486.

endossée (§ 45). Les juges nationaux avaient aussi pris en compte le fait que le second requérant s'était comporté comme le père des enfants jusqu'en 2008 et qu'il n'était pas certain que la filiation de E. pourrait être établie en cas de réexamen de la paternité (§ 46). Les autorités de l'État défendeur avaient donc recherché le meilleur intérêt de l'enfant, même si leur raisonnement à cet égard était peu élaboré ; aux yeux de la Cour, il ne lui revenait pas — en principe — de remettre en cause leurs conclusions (§ 47). Certes, la connaissance de ses origines constitue un intérêt vital au regard de la Convention, mais en l'espèce, tant le juge que les conseils des enfants avaient jugé que la paternité ne devait pas être remise en question (§ 48). En outre, l'affaire se distinguait de l'affaire *Mandet*⁽²⁶¹⁾ dans la mesure où il n'était pas démontré que E. était le père des deux enfants (§ 49). Dans ces conditions, l'article 8 de la Convention n'avait pas été violé.

58. D'autre part, dans son arrêt *Bagniewski c. Pologne* du 31 mai 2018, la Cour a jugé que le rejet par les tribunaux polonais de la demande en désaveu de paternité diligentée par l'ex-mari de la mère n'avait pas violé l'article 8 de la Convention. Le requérant avait nourri des doutes à propos de sa paternité après qu'il ait divorcé de la mère de l'enfant. En 2010, alors que celui-ci était âgé de 10 ans, le requérant lui avait adressé plusieurs messages électroniques dans lesquels il laissait entendre qu'il n'était pas son père. Suite à ces messages, l'enfant avait annoncé au requérant qu'il ne souhaitait pas maintenir de contact avec lui. Le requérant avait alors fait procéder à un test génétique extrajudiciaire en fournissant des échantillons biologiques pour lui et l'enfant dont l'analyse avait démontré l'absence de lien génétique entre eux. Il avait alors demandé au ministère public d'agir en contestation de paternité, puisque le délai de six mois dans lequel il pouvait agir lui-même était écoulé. Sur l'action du procureur, le tribunal de district de Bydgoszcz avait déclaré que le requérant n'était pas le père de l'enfant en se fondant sur le test génétique extrajudiciaire, dès lors que l'enfant avait refusé de se soumettre au test qu'il avait ordonné. En appel, cependant, le tribunal régional avait rejeté l'action du procureur en relevant que le refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN traduisait la crainte d'un avenir incertain et d'une perte d'identité et qu'il avait un fort besoin de la présence paternelle qui lui manquait et espérait un rétablissement de leur relation. Aux yeux du tribunal régional, le test privé ne pouvait être tenu pour une preuve décisive.

La Cour a jugé que l'affaire concernait la vie privée du requérant dès lors qu'il souhaitait « connaître la vérité sur un aspect important de son existence, à savoir s'il était le père de l'enfant né pendant son mariage » (§ 34). Il

⁽²⁶¹⁾ Voy. *infra* n° 60.

s'agissait à ses yeux de mettre en balance les droits de Monsieur Bagniewski avec le droit de l'enfant de garder sa filiation déjà établie et l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique (§ 46). Dans plusieurs affaires, la Cour avait jugé que l'impossibilité de remettre en cause des présomptions légales qui ne correspondaient pas à la réalité biologique était contraire à la Convention. Dans ces affaires, toutefois, précise-t-elle, un test ADN avait été réalisé avec l'accord de l'enfant ou de la mère (§ 47). Tel n'était pas le cas ici : le test avait été réalisé sur la base d'échantillons prélevés par le requérant lui-même en sorte que sa fiabilité était sujette à caution (§ 48). Lorsque l'enfant avait refusé le test ordonné par le tribunal, ni le procureur ni le requérant n'avaient cherché à démontrer autrement que la paternité d'un autre homme était plausible (§ 49). En outre, le requérant avait cohabité avec son épouse durant la période légale de conception et — selon le tribunal régional — il était établi que la mère de l'enfant n'avait pas eu, durant cette même période, de relations intimes hors mariage (§ 50). Aux yeux de la Cour, les juridictions internes avaient veillé à mettre en balance les intérêts divergents en présence (§ 52). Elles pouvaient légitimement exclure la possibilité de contraindre l'enfant à se soumettre au test ADN (§ 54) et faire prévaloir son intérêt sur l'intérêt du requérant à vérifier une donnée biologique (§ 55). L'enfant n'avait manifesté aucun souhait de voir remise en question sa filiation : il bénéficiait de longue date d'un état civil stable et la contestation de sa filiation l'exposait à des conséquences patrimoniales défavorables (§ 56). L'intérêt du requérant n'avait pas été négligé puisque la possibilité lui avait été laissée d'apporter d'autres éléments de preuve, ce qu'il n'avait cependant pas fait (§ 57). Il n'y avait donc pas eu de violation de l'article 8 de la Convention.

ii) La contestation de la paternité établie judiciairement

59. S'agissant de la contestation d'une paternité établie par une décision judiciaire, la Cour a — par contre — confirmé, dans son arrêt *Novotny c. République tchèque* du 7 juin 2018, l'approche qu'elle avait retenue dans ses arrêts *Paulik c. Slovaquie* du 10 octobre 2006 et *I.L.V. c. Roumanie* du 24 août 2010 et jugé que le refus des autorités tchèques de réexaminer la paternité du requérant avait violé l'article 8 de la Convention. La configuration se distinguait, il est vrai, de celle prévalant dans *R.L.* et *Bagniewski* dans la mesure où — ici — les souhaits de tous les intéressés convergeaient.

Au début des années 1970, le requérant avait été désigné par le tribunal de Jihlava comme le père juridique de l'enfant mis au monde par une femme avec laquelle il avait entretenu une relation sexuelle. Le requérant avait toujours nié être le père de l'enfant, mais le tribunal avait fait droit à la recherche de paternité diligentée par la mère sur la base de témoignages et d'un test dit « bio-héréditaire ». Quarante ans plus tard, le requérant

avait demandé au ministère public d'agir devant le tribunal pour contester sa paternité en présentant, à l'appui de sa demande, les résultats d'un test ADN auquel l'enfant (alors âgé de près de 50 ans) et lui s'étaient soumis et rendaient compte de l'absence de lien biologique. Les autorités tchèques avaient cependant rejeté sa demande dès lors que la paternité telle qu'elle avait été judiciairement établie ne pouvait plus — selon les articles 62 et 62a du Code de la famille — être contestée (§§ 5-17).

Le droit au respect de la vie privée était indéniablement applicable et la Cour a admis, au demeurant, que l'impossibilité litigieuse tendait à protéger l'intérêt de l'enfant et d'assurer la sécurité juridique (§§ 43-44). Elle a rappelé que, dans l'affaire *Paulik*, elle avait conclu à la violation de la Convention dans la mesure où le requérant n'avait pas eu la possibilité de remettre en cause sa paternité établie judiciairement à la lumière de nouveaux éléments de preuve biologiques et relevé que la situation de Monsieur Novotny était tout à fait similaire (§ 46). Elle a noté que le nouveau Code civil tchèque tendait à faire prévaloir la «réalité biologique» sur les «fictions juridiques», de même que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui — toutefois — n'avait pas été suivie en l'espèce (§§ 47-48). Au demeurant, la fille du requérant avait plus de 50 ans et ne dépendait pas du requérant sur le plan alimentaire, en sorte que «l'intérêt général à protéger ses droits à ce stade avait perdu beaucoup de son importance». Elle n'avait semblait-il jamais considéré le requérant comme son père, avait accepté de se prêter à un test ADN et ne s'opposait pas à la remise en cause de sa filiation (§ 49). En l'occurrence, l'impossibilité de mettre en concordance le statut juridique et la réalité biologique ne correspondait pas aux vœux des personnes concernées et ne profitait, en somme, à personne: la Convention avait donc été violée (§§ 50-51).

b) *La contestation de la paternité par le père biologique*

60. Dans son arrêt *Mandet c. France* du 14 janvier 2016, la Cour a jugé que la décision des tribunaux français de faire droit à l'action en contestation de reconnaissance du père biologique n'avait pas violé l'article 8 de la Convention.

En l'espèce, la mère de l'enfant (Madame Mandet), l'auteur de la reconnaissance (Monsieur Mandet) et l'enfant vivaient ensemble à Dubaï (§ 6). Monsieur et Madame Mandet (les deux premiers requérants) avaient été mariés une première fois entre 1986 et 1996, période au cours de laquelle ils avaient eu ensemble trois enfants (§§ 7-8). Le troisième requérant (Alexis Mandet) était né quelques mois après leur divorce mais il avait été reconnu environ un an après par Monsieur Mandet (§§ 9-10). Les deux premiers requérants s'étaient ensuite remariés en 2003 (§ 11). Deux ans plus tard un

tiers, Monsieur Glouzman, avait agi en contestation de reconnaissance en vue d'établir sa propre paternité. Il avait démontré qu'il avait entretenu des relations intimes avec la première requérante durant la période légale de conception et qu'ils avaient même vécu ensemble, le troisième requérant étant connu comme leur enfant commun. Il n'y avait donc pas de possession d'état continue et l'intérêt de l'enfant étant de connaître ses origines, le tribunal de Nanterre avait ordonné une expertise génétique (§§ 12-13). Le troisième requérant, qui vivait à Dubaï, ne s'était cependant pas présenté à l'expertise et il n'avait pas non plus rencontré l'administratrice *ad hoc* chargée de représenter ses intérêts dans la procédure et le tribunal avait annulé la reconnaissance et établi la paternité de Monsieur Glouzman qui avait obtenu, en outre, un droit de visite de deux fois quinze jours par an (§ 14). La Cour d'appel de Versailles et la Cour de cassation avaient confirmé cette décision (§§ 15-19).

Il n'était pas contesté que la décision des juridictions françaises constituait une ingérence non seulement dans le droit au respect de la vie familiale mais également dans le droit au respect de la vie privée de l'enfant laquelle protège aussi l'identité sociale de l'individu (§ 44). L'ingérence, prévue par la loi, poursuivait, selon la Cour, un but légitime étant la protection des intérêts du père biologique (§ 50). L'enfant qui était requérant ne pouvait par contre pas — à proprement parler — être considéré comme «autrui» au sens du paragraphe 2 de l'article 8 comme le suggérait le gouvernement français. Il n'en restait pas moins que «l'obligation positive de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale des enfants et autres individus vulnérables que pose l'article 8 de la Convention [...] [pouvait] parfois exiger que les juridictions prennent des mesures que ceux-ci désapprouvent» (§ 49). Selon la Cour, qui s'est beaucoup référée à *Ahrens*⁽²⁶²⁾, la marge d'appréciation de l'État ne pouvait être considérée comme réduite. En effet, d'un côté, la marge est restreinte lorsqu'est en jeu un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité comme en matière de filiation, mais, de l'autre, la marge était plus large «lorsqu'il s'agit de déterminer le statut juridique de l'enfant» que «lorsqu'il s'agit de trancher des questions en rapport avec les droits relatifs au maintien du lien entre un enfant et un parent». Dans *Ahrens*, la Cour avait aussi souligné qu'en l'absence de consensus européen la possibilité pour le père biologique de contester la paternité légale relevait de la marge d'appréciation (§ 52).

⁽²⁶²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012 (impossibilité pour le père biologique de contester la paternité établie par reconnaissance à l'égard d'un autre homme et corrélée à un lien socio-affectif: non-violation). Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/4, pp. 750 et s.

La Cour a rappelé que «chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer» (§ 53). Elle a relevé que les juridictions françaises avaient tenu compte — pour annuler la reconnaissance — du refus des deux premiers requérants de conduire l'enfant à l'expertise et — pour établir la filiation de Monsieur Glouzmann — de la preuve qu'il fournissait d'une relation avec la mère durant la période de conception et même après la naissance de l'enfant (§ 54). Les juridictions internes avaient au demeurant cherché à impliquer l'enfant dans la procédure. Il n'avait pas pu rencontrer son administratrice *ad hoc* car les parents légaux s'étaient établis à Dubaï au début de la procédure et l'enfant n'était plus revenu en France jusqu'à la fin de celle-ci. Compte avait alors été tenu du souhait de l'enfant, exprimé par courrier, de ne pas voir sa filiation modifiée (§ 55). Dans le passage décisif de l'arrêt, la Cour a alors affirmé qu'«il [ressortait] des motifs des décisions des juridictions internes qu'elles [avaient] dûment placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations» et que «ce faisant, sans pour autant condamner la volonté des premiers requérants de préserver la famille constituée après leur remariage, elles [avaient] retenu que, même si le troisième requérant considérait le deuxième requérant comme son père et avait noué des liens affectifs très forts avec lui, son intérêt était avant tout de connaître la vérité sur ses origines» (§ 56). La Cour a précisé que cela ne revenait pas à faire primer l'intérêt de Monsieur Glouzmann sur celui de l'enfant mais bien à constater que ceux-ci se rejoignaient partiellement (§ 57). Elle a aussi souligné que les juges français avaient confié l'exercice de l'autorité parentale à la mère en sorte que la décision n'empêchait pas l'enfant de continuer à vivre au quotidien au sein de la famille constituée autour des premiers requérants comme il le souhaitait (§ 58).

Tout en prenant la mesure de l'ingérence subie par les requérants, la Cour a conclu qu'en considérant que l'intérêt de l'enfant se trouvait «dans l'établissement de sa filiation réelle» plutôt que dans le maintien de sa filiation légale découlant de la reconnaissance, les juridictions de l'État défendeur n'avaient pas outrepassé la marge d'appréciation qui devait leur être reconnue (§ 59)⁽²⁶³⁾.

L'arrêt *Mandet* a pu étonner dès lors que la Cour se montre normalement encline à protéger les liens existants lorsque les vœux des intéressés divergent ainsi qu'il apparaît dans les affaires *R.L.* et *Bagniewski* évoquées ci-dessus, mais aussi dans un arrêt *Krisztián Barnabás Tóth*⁽²⁶⁴⁾ rendu

⁽²⁶³⁾ Voy. à cet égard l'opinion dissidente de la juge Nussberger.

⁽²⁶⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie* du 12 février 2013 (impossibilité pour un père biologique de contester la paternité reconnue: non-violation). Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

en 2013 et qui concernait — comme *Mandet* — un conflit de paternités opposant le père biologique et le père juridique. Au fond, le dénominateur commun à tous ces arrêts tient au fait qu'ils valident — dans les cas où les vœux des intéressés divergent — la solution retenue par l'État : le maintien des liens existants dans *R.L., Bagniewski* et *Krisztián Barnabás Tóth* ; leur remplacement par une paternité nouvelle dans *Mandet*. Le contentieux des conflits relatifs à la paternité reste donc empreint d'une grande subsidiarité, la Cour se montrant très réticente à censurer les options étatiques. Si l'on peut assurément le comprendre, il faut bien admettre — cependant — que l'approche de *Mandet* paraît excessivement abstraite : il n'y pas réellement de pesée qui serait réalisée du poids du lien socio-affectif d'une part et du poids du facteur biologique d'autre part. En lieu et place, la Cour accepte que la France fasse prévaloir, absolument, l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines ce qui ne semble pas réellement cohérent avec l'exigence d'une évaluation circonstanciée qui avait été affirmée dans *Krisztián Barnabás Tóth*⁽²⁶⁵⁾.

c) *Adoption*

i) Annulation de l'adoption pour des motifs patrimoniaux

61. Dans son arrêt *Zaiet c. Roumanie* du 24 mars 2015, la Cour a jugé que l'annulation de l'adoption de la requérante avait violé l'article 8 de la Convention.

La requérante avait été adoptée en 1972 alors qu'elle était âgée de 17 ans. Sa mère adoptive avait également une autre fille adoptive nommée H.M. L'adoptante était décédée en 1986 et, en 2003, ses deux filles adoptives s'étaient vu conjointement attribuer la propriété de 10 hectares de forêt dont leur grand-mère avait été expropriée et qui leur revenait au titre de la succession de leur mère. H.M. avait alors introduit une action en annulation de l'adoption de la requérante en prenant argument de ce que sa mère ne l'avait adoptée qu'en vue de s'assurer un soutien émotionnel et financier pour ses vieux jours, tandis que la requérante n'avait consenti à l'adoption qu'en vue de bénéficier de droits successoraux. La requérante avait exposé

l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 751 et s.

⁽²⁶⁵⁾ Voy. aussi J. HAUSER, «Contestation d'état : l'intérêt de l'enfant et l'arbitraire du juge européen», *RTD Civ.*, 2016, pp. 330-331 ; H. FULCHIRON (dir.), «Chronique — Vie privée et familiale», *J.E.D.H.*, 2016/5, pp. 619-620 et E. MERCKX, «*Mandet v. France : Child's "duty" to know its origins prevails over its wish to remain in the dark*», *Strasbourg Observers*, 4 février 2016 (<https://strasbourgobservers.com>) ; G. WILLEMS, «La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant ...», *op. cit.*, pp. 439 et s.

que son adoption intervenue 32 ans auparavant n'avait jamais été remise en cause jusque-là et que la demande de sa sœur tenait à sa volonté d'hériter seule des 10 hectares de forêt. Le tribunal de Suceava n'en avait pas moins jugé que l'adoption de la requérante avait poursuivi dans son chef et dans celui de l'adoptante des motifs patrimoniaux plutôt que l'objectif prévu par le Code de la famille à savoir offrir une «vie meilleure» à l'adopté et qu'elle devait dès lors être annulée. La décision avait été confirmée en appel (§§ 5-15).

L'annulation de l'adoption de la requérante constituait évidemment une ingérence dans sa vie familiale protégée par l'article 8 (§§ 34-35). La Cour a émis des doutes quant à la légalité de cette ingérence dès lors que le Code de procédure civile réservait à l'adopté majeur le droit d'agir en annulation de son adoption. Certes, la requérante n'avait pas invoqué cette question du *locus standi* en degré d'appel, mais le juge aurait dû la soulever d'office (§§ 39-41). La Cour a également jugé douteux que l'ingérence ait poursuivi en l'occurrence un but légitime, puisque l'annulation ne servait ni l'intérêt de l'adoptante ni celui de l'adoptée : la procédure diligentée par la sœur de la requérante n'avait d'autre fin que de lui permettre d'hériter seule de la terre de leur grand-mère (§ 42). Quels qu'aient pu être ces doutes, la Cour a considéré qu'en tout état de cause l'ingérence ne pouvait pas être tenue pour proportionnée. Elle a rappelé, à cet égard que, lorsqu'un lien familial existe, les autorités doivent en règle œuvrer à son maintien : séparer une famille est une ingérence grave qui doit être fondée sur des raisons pertinentes et suffisantes compte tenu de l'intérêt de l'enfant et de la sécurité juridique (§ 46). Elle a souligné qu'à ses yeux «l'annulation de l'adoption ne peut être envisagée comme une mesure contre l'adopté et ne peut être interprétée comme permettant de le déshériter 18 ans après la mort de l'adoptant»⁽²⁶⁶⁾ (§ 48). Si des éléments subséquents rendent compte de ce que l'adoption a été prononcée sur la base de motifs frauduleux ou erronés, l'intérêt de l'enfant doit rester prééminent dans le cadre du processus tendant à réparer le dommage éventuellement causé au parent adoptif (§ 49). Compte tenu de ces éléments, même à considérer que les États jouiraient d'une large marge d'appréciation s'agissant de l'annulation d'une adoption (§ 45), la Cour a jugé que les arguments des juridictions roumaines étaient en l'espèce trop vagues et ne constituaient pas une justification suffisante pour une mesure aussi radicale que la rupture du lien adoptif (§ 50) : l'article 8 de la Convention avait donc été violé, de même que l'article 1 du Protocole n° 1 qui garantit le droit à la propriété (§§ 59-61).

⁽²⁶⁶⁾ Traduction libre.

ii) Adoption organisée sur internet avant la naissance

62. Dans sa décision *Antkowiak c. Pologne* du 22 mai 2018, la Cour a considéré que la décision de retirer aux requérants l'enfant qu'ils prétendaient adopter au titre d'un accord passé avec sa mère avant sa naissance n'avait pas violé la Convention.

Les requérants étaient un couple marié désirant adopter l'enfant de K.D., une femme qu'ils avaient «trouvée sur internet» et qui avait alors qu'elle était enceinte accepté de leur «donner en adoption» son enfant à naître. Un petit garçon (B.) était né le 7 février 2011 et les requérants avaient quitté la maternité avec lui. Dès le mois de mars 2011, toutefois, K.D. avait introduit une procédure en justice afin de récupérer son enfant, alors même que les requérants s'apprêtaient à lancer la procédure d'adoption. S'était ensuivie une bataille judiciaire entre les requérants et la mère biologique au terme de laquelle le tribunal de Poznan avait décidé en 2016 — alors que l'enfant était âgé de 5 ans — de le réintégrer dans sa famille biologique. Le juge avait constaté que l'enfant était dans une situation émotionnellement adéquate dans le foyer des requérants, mais qu'il aurait dans le futur des questions sur son identité et percevrait sa situation comme négative et différente de celle des autres enfants. Or B. pouvait être accueilli dans sa famille biologique : après sa naissance, sa mère biologique avait eu un autre enfant avec son père biologique : ils s'étaient mariés et élevaient déjà ensemble ce deuxième enfant commun. Dès lors, il y avait lieu de le remettre à ses parents d'origine et de rompre les liens avec les requérants : il était clair que l'enfant avait noué une relation émotionnelle avec eux puisqu'ils avaient pris soin de lui depuis sa naissance mais il n'était pas trop tard pour qu'il soit élevé par ses géniteurs.

Renvoyant à son arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie*⁽²⁶⁷⁾, la Cour a considéré que les liens personnels étroits entre les requérants et l'enfant constituaient une vie familiale au sens de l'article 8 (§ 62). Dès lors, le retour de l'enfant chez ses parents biologiques constituait une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale (§ 63)⁽²⁶⁸⁾. Cette ingérence était prévue par le Code de la famille et poursuivait l'objectif légitime de protéger les droits et libertés de B. (§ 64). Dans la mise en balance des intérêts, les juridictions polonaises avaient considéré l'intérêt de l'enfant

⁽²⁶⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010 (impossibilité pour des parents d'accueil d'adopter l'enfant accueilli : violation) (voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 114).

⁽²⁶⁸⁾ Les requérants n'ont introduit la requête qu'en leur nom personnel : ils ne prétendaient pas faire valoir en outre les droits de l'enfant.

comme la considération primordiale : elles avaient envisagé les différentes options et considéré que la solution adoptée, si elle causerait des souffrances pour B., était la seule façon de stabiliser sa situation dans le long terme et d'éviter d'autres complications émotionnelles dans le futur (§ 67). Les autorités nationales avaient en l'occurrence à faire un choix difficile (§ 70) et avaient analysé soigneusement l'intérêt de B. (§ 68). S'il on pouvait comprendre la détresse émotionnelle causée aux requérants, leurs droits ne pouvaient l'emporter sur ceux de l'enfant : dès lors, les autorités nationales qui bénéficiaient de contacts directs avec les intéressés avaient suffisamment justifié leur décision compte tenu de leur marge d'appréciation (§ 72). Sur le plan procédural, deux niveaux de juridictions étaient intervenus, des experts avaient été entendus et l'ombudsman pour les droits des enfants avait été impliqué (§§ 73-74). La procédure avait été longue, mais les requérants y avaient été constamment et adéquatement impliqués (§ 75). Il n'y avait dès lors pas eu de violation de la Convention.

3. *Garde, visites et contacts*

63. La Cour a connu, durant la période recensée, de nombreuses affaires relatives à la prise en charge des enfants par leurs parents séparés. Les arrêts qu'elle a rendus en la matière rappellent systématiquement les principes directeurs affirmés, au début des années 2000, dans trois célèbres arrêts de grande chambre allemands : *Elsholz*⁽²⁶⁹⁾, *Sommerfeld*⁽²⁷⁰⁾ et *Sahin*⁽²⁷¹⁾. Ainsi, les États jouissent d'une large marge de manœuvre en matière de garde d'enfants⁽²⁷²⁾, mais le contrôle de la Cour est plus resserré s'agissant des « restrictions supplémentaires comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents »⁽²⁷³⁾. Dans la mise en balance

⁽²⁶⁹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000.

⁽²⁷⁰⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Sommerfeld c. Allemagne* du 8 juillet 2003.

⁽²⁷¹⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Sahin c. Allemagne* du 8 juillet 2003.

⁽²⁷²⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, § 49. Voy. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Malinin c. Russie* du 12 décembre 2017 dans lequel la Cour a jugé que le refus des juges russes de modifier le régime de l'hébergement des enfants pour les confier au requérant plutôt qu'à leur mère n'avait pas violé la Convention dès lors notamment qu'il avait été procédé à une évaluation équilibrée et raisonnable des intérêts en présence avec une attention constante pour le meilleur intérêt des enfants et que la procédure avait permis au père de faire valoir les arguments qu'il présentait à l'appui de sa demande (spéc. §§ 71-74). La Cour a également considéré que l'autorisation judiciaire donnée à la mère de voyager avec les enfants en Allemagne pendant plusieurs mois n'avait pas violé la Convention, même si elle avait ensuite souhaité s'y établir. Elle a noté en particulier, à cet égard, que le droit des enfants de voyager l'emportait sur celui du requérant d'entretenir des contacts hebdomadaires avec eux (§ 93).

⁽²⁷³⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, § 49. Voy. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Cincimino c. Italie* du 28 avril 2016 dans lequel la Cour a jugé que

des intérêts en présence, une importance particulière doit être attachée à l'intérêt de l'enfant qui peut, le cas échéant, primer sur celui de ses parents. En outre, l'article 8 fait peser des obligations procédurales sur les autorités étatiques qui impliquent notamment que le parent soit impliqué à un degré suffisant dans le processus décisionnel.

a) *Attribution de la garde*

64. Deux arrêts russes prononcés le même jour dans des affaires relatives à l'attribution de la garde après séparation parentale ont mis en évidence l'enjeu spécifique des rôles de genre dans la prise en charge des enfants. Incidemment, ces deux affaires soulevaient aussi la question de la conventionnalité des systèmes dans lesquels les juges sont tenus d'attribuer la garde à l'un des deux parents et ne peuvent opter pour des formules de garde alternée dont la Cour, néanmoins, ne semble pas vouloir se saisir à ce stade⁽²⁷⁴⁾. Dans un arrêt prononcé à l'encontre de la Croatie, le juge européen a au demeurant souligné l'importance à attacher au souhait de l'enfant capable de discernement s'agissant du parent auprès duquel il souhaite vivre.

les autorités italiennes n'avaient pas pris les mesures propres à permettre le maintien du lien entre une femme souffrant d'un trouble de la personnalité et son enfant. Lorsque l'enfant avait trois ans, la garde avait été confiée au père et les contacts avec la requérante réduits à une rencontre par semaine en présence des services sociaux. Deux ans plus tard, elle avait été déchue de son autorité parentale dès lors que, compte tenu de sa personnalité narcissique, elle n'était pas en mesure d'assurer le développement équilibré de sa fille (§§ 69-70). Elle avait persisté dans ses démarches pour maintenir un contact avec sa fille, mais, en 2012, les tribunaux italiens avaient à nouveau rejeté ses demandes sur la base des souhaits exprimés par l'enfant et sans ordonner de nouvelle expertise (§ 72). Selon la Cour, le refus de faire conduire une nouvelle expertise récente et indépendante alors que le dernier rapport d'expertise avait été établi en 2006 et que la requérante présentait des éléments accréditant une évolution favorable de sa situation n'était pas acceptable au regard de la Convention (§ 73). Voy. par contre Cour eur. D.H., arrêt *Krapivin c. Russie* du 12 juillet 2016 dans lequel la Cour a jugé que le refus du droit de visite opposé par les juridictions russes à un homme qui avait tué la mère de l'enfant âgé de trois ans en sa présence au cours d'un épisode psychiatrique n'avait pas violé la Convention. Cette décision reposait, selon la Cour, sur un processus décisionnel adéquat (§ 74) et des éléments de preuve suffisants (§ 75), même si la grand-mère de l'enfant — auprès de qui il vivait — avait refusé de le présenter aux experts psychologues (§ 75). En outre, la situation avait pu être réévaluée subséquemment compte tenu du fait que l'enfant grandissait et de la circonstance que le requérant avait avec lui des contacts *de facto* par téléphone, par Skype et lors de visites ponctuelles à l'école (§ 77). Les juridictions russes avaient à cette occasion rejeté les demandes de la grand-mère tendant à priver le requérant de son autorité parentale et à empêcher les contacts informels entre le père et l'enfant (§ 77).

⁽²⁷⁴⁾ Voy. *infra* et Cour eur. D.H., arrêt *Leonov c. Russie* du 10 avril 2018, § 71 et *Magomadova c. Russie* du 10 avril 2018, § 62. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Antnoyuk c. Russie* du 1^{er} août 2013, §§ 121-122 et Cour eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne* du 10 janvier 2017 (*infra*, n° 69).

i) Droit de garde et égalité des sexes

65. Dans son arrêt *Leonov c. Russie* du 10 avril 2018, la Cour a jugé que la décision des tribunaux russes de confier un nourrisson à sa mère plutôt qu'à son père n'avait violé ni le droit au respect de la vie familiale ni l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe.

La femme du requérant avait donné naissance à leur enfant (A.) en 2007 et l'avait quitté en 2009 en emmenant A. avec elle. Au printemps 2010, chacun des deux parents avait demandé en justice la garde de l'enfant et le tribunal de Timiryazevskiy avait, avant dire droit, interdit au requérant de contacter l'enfant ou d'aller le chercher à la crèche sans l'autorisation de son ex-épouse. Les débats relatifs à la garde avaient été complexifiés par la circonstance que le requérant avait été agressé par la mère de l'enfant alors qu'il s'approchait d'eux sur une plage publique. En outre, le requérant avait fait appel de la décision avant dire droit et dénoncé la partialité de la juge en faisant valoir qu'il existait un biais défavorable aux pères et que la garde était systématiquement octroyée aux mères. Sur la base d'un rapport d'expert, de l'audition des parents et de témoignages, le tribunal avait confié la garde à la mère en soulignant le jeune âge de l'enfant et le fait qu'il avait grandi jusque-là auprès de sa mère. La demande du requérant semblait prématurée et il lui serait possible de solliciter une révision de l'organisation lorsque A. aurait grandi. Dans l'attente, il bénéficierait d'un droit aux contacts à raison de deux weekends mensuels avec nuitée outre deux semaines en été et deux semaines en hiver.

La Cour a relevé que les décisions relatives à la prise en charge des enfants sont extrêmement difficiles à prendre pour les autorités nationales et pointé qu'en l'espèce les tribunaux n'avaient d'autres choix que d'attribuer la garde à l'un des deux parents puisque la loi russe ne prévoyait pas la possibilité d'une résidence partagée (§ 71). À ses yeux, la décision du juge russe poursuivait l'intérêt de l'enfant et était fondée sur des motifs raisonnables (§ 72). Elle n'était pas convaincue par l'affirmation du requérant suivant laquelle cette décision était fondée sur «la conviction du juge qu'un enfant en bas âge devait toujours être élevé par la mère». Selon elle, en effet, le jugement était fondé sur «une évaluation des circonstances particulières de l'affaire» (§ 73). Dès lors, l'allégation du requérant suivant laquelle l'attitude des autorités russes recelait une discrimination fondée sur le sexe n'était pas fondée. Elle a souligné, à cet égard, que la loi russe ne faisait aucune différence entre le père et la mère s'agissant de l'attribution de la garde et cela quel que soit l'âge de l'enfant et invitait le juge à évaluer les circonstances et les capacités des parents pour prendre la décision la plus conforme à l'intérêt de l'enfant (§ 87). Rien n'indiquait que tel n'avait pas été le cas en l'espèce (§ 88). Il n'y avait donc eu ni violation de l'article 8

pris isolément, ni violation des articles 8 et 14 combinés. Le juge Serghides, toutefois, s'est écarté de la majorité pour considérer que le requérant avait bel et bien été victime d'un biais défavorable aux pères⁽²⁷⁵⁾.

ii) Droit de garde d'une mère célibataire

66. Dans son arrêt *Magomadova c. Russie* du 10 avril 2018, la Cour a jugé que la décision des tribunaux russes de confier la garde d'un enfant de cinq ans à son père plutôt qu'à sa mère violait l'article 8 de la Convention.

L'enfant (I.) était né en novembre 2009 et la requérante et son partenaire s'étaient séparés peu après. Ils s'étaient mis d'accord pour que l'enfant vive avec sa mère tandis que son père, E., lui rendrait visite régulièrement. En octobre 2013, cependant, E. avait emmené I. à Grozny puis refusé que sa mère le voie. La requérante avait alors demandé au tribunal de Leninskiy de lui attribuer la garde de l'enfant. En avril 2014, toutefois, le tribunal avait rejeté à sa demande et attribué la garde à E. quoi qu'il ne l'ait pas expressément demandée. Le jugement avait été confirmé en appel. Il était apparu ultérieurement que le rapport de l'aide à l'enfance sur la base duquel le premier juge avait statué et qui était très favorable à E. était fondé sur des informations incorrectes et incomplètes: son auteur avait été sanctionné. La requérante avait alors formé, sans succès, un pourvoi en cassation. E. était décédé dans un accident de voiture en décembre 2014 et le retour de l'enfant auprès de sa mère avait été ordonné. La grand-mère paternelle de I., cependant, avait disparu avec l'enfant.

La Cour a tout d'abord souligné qu'il ne lui revenait pas de remettre en question le choix des juges russes d'attribuer la garde au père alors qu'il ne l'avait pas expressément sollicitée. La Cour s'en référait aux juridictions

⁽²⁷⁵⁾ Nous jugeons intéressant de reproduire ici partiellement les explications du juge chypriote: «33. *It should be stressed that the reference to the applicant's sex was, if not explicit, at least implicit. By relying on the child's young age as one of the reasons for making a residence order in favour of the mother, the domestic courts assumed that women were able to take better care of small children than men. The influence of the applicant's sex on the assessment of his application for a residence order has therefore been established and, having regard to the foregoing, was a significant factor leading to the decision to grant the residence order in favour of the mother.*

34. *The Court has already found that, while differences may exist between a mother and father in their relationship with their child, as far as the role of taking care of the child during the period corresponding to parental leave — that is, on expiry of the period of maternity leave, which is intended to enable the woman to recover from childbirth and to breastfeed her baby if she so wishes — is concerned, men and women are “similarly placed” (see Konstantin Markin v. Russia, no. 30078/06, § 132, 7 October 2010). This is a fortiori true for the period after the end of the parental leave, as in the present case.*

35. *The applicant (the father) therefore suffered a difference in treatment on account of his sex, as compared to a person in a relevantly similar situation (the mother) ».*

internes pour l'application du droit national, sauf en cas de méconnaissance flagrante ou d'arbitraire. En l'occurrence, elles avaient considéré que l'affaire relevait de la catégorie d'affaires pour lesquelles le Code judiciaire permettait d'aller au-delà des revendications des parties (§ 59). Elle a aussi relevé que la décision litigieuse tendait légitimement à protéger les intérêts de I. et de E. (§ 60). Comme dans *Leonov*, elle a insisté sur la circonstance qu'en droit russe, la résidence alternée n'était pas une option en manière telle que la garde devait être confiée à un des deux parents (§ 62). Il lui appartenait, dans ce contexte, de vérifier que les juridictions internes avaient statué sur un examen en profondeur de la situation familiale avec la volonté de rencontrer au mieux l'intérêt de l'enfant (§ 63). À cet égard, le gouvernement faisait valoir que le choix opéré par le juge russe correspondait à la coutume tchéchène suivant laquelle les enfants de parents séparés sont confiés à leur père; la Cour a refusé d'examiner cet élément puisqu'il n'avait pas été mis en avant durant la procédure interne (§ 65). En réalité, a pointé le juge européen, le juge interne avait accordé un poids décisif à la circonstance que la requérante, qui retenait un enfant d'une précédente union, était une mère célibataire qui travaillait et en avait déduit qu'elle n'était pas en mesure de créer les conditions adéquates pour l'éducation et le développement d'un enfant (§ 66). Les autres éléments pertinents avaient été écartés qu'il s'agisse des conditions de vie ou de la situation économique, du casier judiciaire de E. ou de la séparation de I. et de sa demi-sœur. Aucun expert ou autre spécialiste ne s'était prononcé sur les aptitudes parentales des deux parents (§ 67). L'on avait pris en considération, par contre, un rapport de l'aide à l'enfant dont le contenu était apparu ultérieurement incorrect et incomplet (§ 68). Il apparaissait donc que l'examen de la situation familiale n'avait pas été mené de façon adéquate au regard des standards découlant de l'article 8 qui avait dès lors été violé.

iii) Volonté de l'enfant

67. On relèvera encore que, dans un arrêt *M. et M. c. Croatie* du 3 septembre 2015, la Cour a jugé que l'insuffisante prise en compte de la volonté de l'enfant s'agissant de l'attribution de la garde avait emporté violation de l'article 8 de la Convention. La Cour a souligné, à cet égard, «l'importance pour les individus de pouvoir décider librement de la façon de conduire leur vie privée et familiale» et rappelé que «l'article 8 de la Convention protégeait aussi le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou du point de vue du droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur» (§ 170). Certes, le droit à l'autonomie personnelle «a une portée différente dans le cas des enfants», mais au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant, «un enfant qui est capable de discernement a le droit

d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération» (§§ 171 et 181). En l'espèce, l'enfant (âgée de neuf ans au début de la procédure et de treize ans au moment où la Cour européenne a statué) était traumatisée par le conflit parental, s'était automutiliée et «concevait la vie avec sa mère comme une façon d'échapper à la précarité de sa situation» (§ 183). Cependant, la procédure relative à la demande de la mère (deuxième requérante) de se voir attribuer la garde de sa fille (première requérante) avait déjà duré plus de quatre ans et demi (§ 183) et l'enfant n'avait toujours pas été entendue et n'avait dès lors «pas eu la possibilité d'indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre» (§ 184). La Cour a déclaré souscrire au principe suivant lequel «dans les situations dans lesquelles les deux parents sont aussi aptes l'un que l'autre à s'occuper de l'enfant et où l'enfant est, compte tenu de son âge et de sa maturité, capable de discernement et apte à exprimer ses opinions, il y a lieu de respecter le souhait de l'enfant s'agissant du parent avec lequel il entend vivre» (§ 185). Dès lors, la méconnaissance du souhait exprimé par l'enfant était — en l'espèce — contraire à l'article 8.

b) *Droit aux contacts*

68. Parmi les décisions relatives au droit aux contacts, on épingle ici plus spécifiquement un arrêt polonais nourri à la source de plusieurs instruments internationaux et riche de nombreux enseignements. La Cour y affirme que l'intérêt de l'enfant implique, en règle, qu'il puisse maintenir des contacts avec ses deux parents et cela — autant que possible — sur un pied d'égalité. Elle y souligne aussi les potentialités de la médiation familiale pour désamorcer les conflits parentaux et affirme au demeurant le droit des parents handicapés à des mesures concrètes leur permettant d'exercer leurs droits parentaux. Le juge européen s'est confronté, dans deux autres arrêts — rendus respectivement à l'égard de l'Allemagne et de la Croatie, à la problématique de l'aliénation parentale : les dissensions qui se sont données à voir au sein de la Cour témoignent — à cet égard — de la difficulté de la problématique.

i) *Droit aux contacts d'un père handicapé*

69. Dans son arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne*, la Cour a ainsi jugé que les autorités n'avaient pas mis en œuvre les efforts nécessaires pour permettre le développement des liens familiaux entre un père handicapé et son enfant.

Le requérant était sourd et muet et communiquait en langue des signes. Il s'était marié avec A.N. qui était elle-même malentendante, mais communiquait tant oralement que par signes. Ils avaient eu un enfant (S.N.) en

2006 avant de se séparer en 2007. Dans le jugement de divorce, il avait été indiqué que l'autorité parentale resterait conjointe et que l'enfant résiderait avec sa mère, tandis que le requérant bénéficierait d'un droit de visite quatre fois par mois durant deux heures, au domicile de la mère et en présence de celle-ci. Quelques années plus tard, le requérant avait demandé que son droit au contact soit élargi à deux weekends par mois, du vendredi au dimanche, hors du domicile maternel. Des experts avaient fait état de ce que les liens de l'enfant avec sa mère étaient forts et qu'elle avait une tendance à être surprotectrice, tandis que les liens de S.N. avec le requérant quoique positifs restaient faibles et superficiels en raison notamment des difficultés de communication et du conflit entre les parents. Après avoir entendu, au surplus, l'avis d'un psychologue du centre de consultation familiale, le tribunal avait rejeté la demande du requérant en considérant que l'élargissement des contacts ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant. Le juge polonais avait admis que l'enfant avait grandi, mais il était lui-même malentendant et il avait besoin d'un suivi médical constant et dépendait entièrement de sa mère et de ses grands-parents maternels. Ces éléments justifiaient la présence de la mère lors des contacts et la demande du requérant était donc excessive. La décision avait été confirmée en appel. Subséquemment, l'ex-épouse du requérant avait demandé et obtenu que son autorité parentale soit limitée aux questions liées à l'éducation de S.N., dès lors notamment qu'il avait refusé de signer un document d'identité nécessaire pour l'enfant (§§ 5-46).

La Cour a jugé qu'il s'agissait en l'occurrence de déterminer si les autorités polonaises avaient pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour faciliter les contacts entre le requérant et son fils (§ 80). Elle a souligné que «l'importance de l'intérêt de l'enfant à maintenir et développer ses liens avec sa famille et en particulier avec ses parents». En principe, a-t-elle ajouté, en renvoyant à l'article 9, § 3, de la CIDE, «il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des contacts avec ses deux parents, dans toute la mesure du possible, sur un pied d'égalité» (§ 81). Elle a ensuite examiné successivement la problématique du conflit entre parents et celle du handicap du requérant et de son fils.

S'agissant, en premier lieu, du conflit parental, la Cour a noté que le droit russe prévoyait toute une série d'instruments permettant d'atténuer ce type de conflits et de faciliter le contact avec le parent qui n'exerce pas la garde, mais que — par contre — le Code de la famille ne prévoyait le recours à la médiation dans les affaires familiales. Or, elle avait jugé, dans une affaire similaire⁽²⁷⁶⁾, que la médiation civile «aurait été souhaitable comme moyen de promouvoir la coopération entre les parties». Elle a éga-

⁽²⁷⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Cengiz Kiliç c. Turquie* du 6 décembre 2011.

lement renvoyé à la Recommandation R(98) du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale et fait valoir qu'à ses yeux « la médiation familiale peut être un instrument efficace pour la mise en œuvre des droits protégés par l'article 8 ». Pour autant, ce n'était pas à elle de décider si les instruments existants auraient pu être suffisants ou si d'autres moyens auraient dû être prévus par le biais de réformes (§ 87). En l'occurrence, les autorités nationales n'avaient pas suffisamment examiné la possibilité de recourir aux instruments existants susceptibles de permettre l'élargissement des contacts (§ 88). L'existence du conflit parental n'exempte pas l'État de ses obligations positives découlant de l'article 8 ; au contraire, elle les oblige à prendre des mesures tendant à réconcilier les intérêts en présence en gardant à l'esprit l'intérêt prééminent de l'enfant (§ 89).

S'agissant, en second lieu, du handicap du requérant, la Cour a approuvé l'approche des autorités polonaises suivant laquelle le requérant avait un droit incontestable à des contacts avec son fils indépendamment de son handicap tandis que le problème de communication qui en découlait devait être pris en compte dans l'organisation des contacts (§ 90). La solution des autorités avait été de prévoir que la mère de l'enfant serait présente pendant les visites paternelles en dépit de l'animosité existant entre les parents étant entendu que l'établissement d'un lien réclamait en l'espèce davantage de temps au regard des difficultés de communication (§ 91). Suite à la décision litigieuse, le droit au contact du requérant était resté limité à deux heures par semaine et, selon la Cour, même si sa demande d'élargissement était peut-être trop ambitieuse, il aurait pu être indiqué d'opter pour une extension graduelle : le maintien du même arrangement, en effet, pouvait impliquer avec le temps un risque de rupture du lien (§ 92). À cet égard, le juge européen, en se référant à l'article 23, § 2, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, a considéré que les autorités auraient dû prendre des « mesures particulières » compte tenu de la situation spécifique du requérant et la nature de son handicap (§ 93). Elle a aussi relevé que les tribunaux n'avaient pas sollicité l'avis d'un expert familial avec la problématique des troubles de l'audition et que ceux qui avaient été entendus « s'étaient focalisé sur les obstacles au lieu de réfléchir aux moyens de les surmonter » (§ 94).

Les efforts des autorités nationales avaient donc été insuffisants et l'article 8 de la Convention avait été violé. Compte tenu de cette conclusion, la Cour n'a pas jugé utile d'examiner l'existence d'une discrimination basée sur le handicap du requérant, ce que le juge Sajo a expressément regretté.

ii) Droit aux contacts et aliénation parentale

70. Dans un arrêt *Buchleither c. Allemagne* du 28 avril 2016, la Cour a jugé que la suspension indéfinie du droit aux contacts du requérant à

l'égard de sa fille qui était prise dans un conflit de loyauté en raison des tensions entre ses parents n'avait pas violé la Convention.

Le requérant et sa compagne avaient eu une fille en 2003 et s'étaient séparés peu après la naissance. Depuis la séparation, les parents étaient en conflit quant aux contacts avec l'enfant. En 2004, ils avaient atteint un accord en vertu duquel le requérant exercerait un droit au contact supervisé. En janvier 2010, après des difficultés d'exécution de ce droit au contact et une période de suspension de celui-ci, il avait demandé une extension des contacts. En première instance, le tribunal de la famille avait octroyé au requérant un droit au contact de deux heures par quinzaine, mais la Cour d'appel de Zweibrücken avait fait droit à la demande de la mère de suspendre indéfiniment tout droit au contact. Malgré son jeune âge, l'enfant avait exprimé clairement et fermement son refus de voir son père et sa volonté que ce souhait soit respecté. La Cour d'appel avait relevé que «l'attitude de l'enfant avait été influencée par la loyauté qu'elle ressentait à l'égard de sa mère qui dénigrait constamment son père»⁽²⁷⁷⁾, qu'elle était prise dans un conflit de loyauté et rejetait son père pour conserver au moins l'amour de sa mère.

La Cour a relevé qu'en l'espèce, l'ingérence dans la vie familiale du requérant tendait à protéger l'intérêt de l'enfant dès lors que les opinions d'experts indiquaient que la suspension des contacts était «l'approche la moins dommageable pour le moment» (§ 46). La procédure avait été adéquate dès lors notamment que des experts avaient été sollicités tandis que le requérant avait pu exprimer sa position (§ 47). La décision reposait au demeurant sur des raisons claires : il était nécessaire que la communication entre les parents s'améliore avant que les contacts reprennent et la médiation pouvait à cet égard constituer une solution (§ 48). Elle restait évasive, cependant, sur la durée de la mesure qui n'était pas limitée dans le temps (§ 48). Selon la Cour, une décision de suspension des contacts devrait être réévaluée régulièrement sauf si le processus de réévaluation de la situation est en lui-même de nature à porter préjudice à l'enfant (§ 49). Or, la Cour d'appel n'avait justifié d'aucune façon l'absence de limite temporelle et il n'était pas établi qu'une nouvelle évaluation de la situation serait dommageable pour la fille du requérant (§ 50). Aux yeux de la Cour, les autorités allemandes — quoique manifestement conscientes de la nécessité de protéger le lien père-fille — n'avaient donc pas suffisamment justifié la décision de suspendre indéfiniment les contacts (§ 50). Néanmoins, les juges européens ont relevé que le Code civil et le *Family Matters Act* préoyaient une obligation pour les cours et tribunaux de revoir les situations *ex officio*

⁽²⁷⁷⁾ Traduction libre.

à intervalle raisonnable (§ 52) et permettaient, en outre, au requérant de relancer une nouvelle procédure en vue d'obtenir la révision de la décision (§ 53). Au regard de ces possibilités, la Cour a jugé — mais à une courte majorité⁽²⁷⁸⁾ — que l'Allemagne n'avait pas excédé sa marge d'appréciation et que l'article 8 n'avait pas été violé (§ 54).

71. Dans l'arrêt *K.B. et autres c. Croatie* du 14 mars 2017, la Cour a jugé que les mesures prises par les autorités croates n'avaient pas été suffisantes pour assurer le maintien des liens familiaux entre la requérante et ses deux fils.

La requérante avait eu deux enfants avec un homme nommé I.B. Elle avait quitté la résidence conjugale avec les enfants en raison d'abus psychologiques et verbaux liés selon elle au stress post-traumatique et à l'alcoolisme de leur père. Durant l'été 2009, la requérante avait elle-même été prise en charge dans un hôpital psychiatrique où on avait diagnostiqué un état dépressif et angoissé lié à sa situation familiale. Une décision temporaire avait attribué la garde des enfants à la mère qui résidait à I., mais — en juin 2010 — le père des enfants avait obtenu qu'ils passent l'été auprès de lui à S. Pour des raisons pratiques et psychologiques, la requérante n'avait pas rendu visite aux enfants durant leur séjour chez leur père comme le prévoyait la décision, mais elle avait maintenu des contacts téléphoniques avec eux. À l'issue des vacances toutefois, les garçons — âgés de neuf et cinq ans — ne voulaient plus retourner chez leur mère. Le tribunal de Split avait ordonné le retour des enfants, mais leur père avait obtenu l'annulation du titre d'exécution dès lors qu'en réalité aucune décision définitive n'avait jamais été prise à propos de la garde des enfants. Depuis, malgré différentes procédures, la requérante n'avait plus eu aucun contact significatif avec ses enfants.

La Cour a rappelé que « bien que sa jurisprudence exige que les souhaits de l'enfant soient pris en considération, ces souhaits ne sont pas nécessairement immuables et ses objections auxquelles il faut reconnaître un certain poids ne sont pas nécessairement suffisantes pour l'emporter sur les intérêts des parents et en particulier sur la possibilité pour eux d'avoir des contacts réguliers avec leur enfant »⁽²⁷⁹⁾ (§ 143). Dans le sillage de cette

⁽²⁷⁸⁾ Voy. l'opinion dissidente des juges Ranzoni, Hajiyev et Vehabović. Selon eux, « *the domestic courts should have set — as Family Courts would normally do — a reasonable time limit for reassessing the situation of their own motion. This would, in the present case, have put a certain “pressure” on the mother, in particular, to work towards regular contacts between daughter and father, in the best interests of the child. The expert emphasised that regular contact should be revived and maintained and that contact should be suspended only “at present” due to the daughter’s loyalty conflict with her mother* » (§ 9).

⁽²⁷⁹⁾ Traduction libre.

remarque préliminaire, la Cour a pointé différentes insuffisances dans le traitement de l'affaire par les autorités nationales. Premièrement, la requérante avait fait appel des modalités de séjour des enfants chez leur père durant l'été 2010 mais cet appel n'avait été jugé que près d'un an après que ce séjour ait eu lieu sans, au demeurant, que les arguments de la requérante soient véritablement examinés (§§ 145-146). Deuxièmement, alors qu'un retour des enfants chez leur mère après ce fameux été aurait été adéquat selon les experts, l'ordre émis à cet égard avait été inopérant à défaut de décision définitive sur la garde (§§ 148-149). Troisièmement, il avait ensuite fallu presque cinq ans aux juridictions internes pour demander puis obtenir un rapport d'expert nécessaire pour décider des mesures à prendre face au refus des enfants de voir leur mère (§ 150). Quatrièmement, alors que le besoin d'un suivi psychologique et psychiatrique des enfants était avéré depuis 2009, les tribunaux et services sociaux croates n'avaient pas jugé utile de monitorer, canaliser ou coordonner leur suivi à cet égard (§ 151). En outre, alors que des experts avaient dès mai 2010 suggéré la mise en œuvre d'une mesure d'accompagnement dans l'exercice de l'autorité parentale, une telle mesure n'avait été mise en œuvre que plus d'un an après. La possibilité d'ordonner un traitement régulier, offerte par le droit national, n'avait — quant à elle — pas été mobilisée (§ 152). Au regard de ces différentes lacunes, la Cour a jugé — ici aussi à une courte majorité⁽²⁸⁰⁾ — que la Convention avait été violée.

iii) Droit aux contacts de l'ex-père juridique

72. Dans l'affaire *Nazarenko c. Russie* du 16 juillet 2015, la Cour a jugé que la rupture du lien de filiation du requérant à l'égard de sa fille et le rejet subséquent de sa demande relative à son hébergement avaient violé l'article 8 de la Convention.

⁽²⁸⁰⁾ Voy. l'opinion dissidente des juges Karakaş, Lemmens et Ravarani. Selon eux, « *the social welfare authorities and the courts are not necessarily able to solve all inter-personal problems. In this case, they were confronted with a family drama, involving a great deal of hysteria on the part of the children. Conscious of the fact that the application of coercion in this area must be limited since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the children (see, among other authorities, Nuutinen, cited above, § 128; Ball, cited above, § 48; and Ribić, cited above, § 95), the authorities opted for a "soft" approach, exploring ways to improve the boys' attitude. There is, in our opinion, nothing intrinsically wrong with such an approach. The competent authorities enjoyed a margin of appreciation with regard to the measures to be taken. They were almost constantly searching for solutions. It is true that some delays occurred. However, these delays seem to be at least partly the result of the absence of an obvious solution that would be effective and at the same time acceptable to all concerned. The conduct of the authorities closely resembled a trial-and-error scenario* ».

Le requérant et son ex-épouse étaient enlisés dans des procédures successives relatives à l'hébergement de leur fille A., née en 2007. Le requérant avait fait valoir que A. avait été violentée et abusée par le nouveau partenaire de sa mère. Les tribunaux russes avaient jugé ses allégations non fondées et avaient confié l'hébergement à son ex-femme. Les services sociaux, pourtant, avaient constaté que l'enfant voulait vivre avec son père et que celui-ci était pleinement en mesure de l'accueillir adéquatement. Le requérant avait alors refusé de remettre A. à sa mère qui — en 2012 — avait fini par la kidnapper et n'avait ensuite plus permis de contact entre le père et sa fille. Le requérant avait subséquemment engagé une nouvelle procédure afin de pouvoir héberger A. et son ex-épouse avait — de son côté — introduit une action en contestation de sa paternité. En 2012, le tribunal avait déclaré que le requérant n'était pas le père de A. après qu'un test ADN ait révélé l'absence de lien biologique entre lui et sa fille. La procédure relative à l'hébergement avait été déclarée sans objet, puisque le requérant n'avait plus désormais qualité à agir.

En renvoyant à sa jurisprudence relative aux parents d'accueil⁽²⁸¹⁾, la Cour a jugé que la relation entre le requérant et A. qui avaient longtemps cru qu'ils étaient père et fille constituait une vie familiale protégée par l'article 8 (§§ 58-59). Elle a rappelé que les États avaient l'obligation positive de prendre des mesures tendant à réunir un parent et son enfant lorsqu'ils étaient séparés et que cette obligation valait aussi en cas de litige entre les parents et/ou d'autres membres de la famille de l'enfant⁽²⁸²⁾ (§ 62). En l'espèce, le requérant avait perdu, ensuite de la contestation de sa paternité, tout droit aux contacts avec A. et la Cour s'est déclarée préoccupée par l'inflexibilité des dispositions pertinentes du Code de la famille. Elles prévoyaient ainsi une liste exhaustive de personnes ayant droit à des contacts avec l'enfant, sans prévoir d'«exception permettant de prendre en compte la diversité des situations familiales et le meilleur intérêt de l'enfant»⁽²⁸³⁾ (§§ 64-65). Selon la Cour, l'article 8 peut s'interpréter comme imposant une «obligation d'examiner au cas par cas s'il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des contacts avec la personne, biologiquement apparentée ou non, qui a pris soin de lui durant une période suffisamment longue»⁽²⁸⁴⁾ (§ 66). En l'occurrence, toutefois, aucune raison n'avait été avancée pour justifier la rupture totale des contacts qui résultait automatiquement de la

(281) Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, §§ 49-50 et Cour eur. D.H., arrêt *Kopf et Liberda c. Autriche* du 17 janvier 2012, § 37.

(282) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Manic c. Lituanie* du 13 janvier 2015 (voy. *infra* note 295).

(283) Traduction libre.

(284) Traduction libre.

suppression du lien de filiation. Il n'avait jamais été avancé que les contacts avec le requérant étaient préjudiciables à l'enfant ; au contraire, les services sociaux et les experts avaient mis en évidence un fort attachement mutuel entre A. et Monsieur Nazarenko et souligné la qualité des soins apportés à l'enfant (§ 67). Il s'ensuivait que l'article 8 de la Convention avait été violé.

c) *Inexécution du droit de garde ou du droit aux contacts*

73. S'agissant de l'inexécution des décisions relatives à la garde et/ou aux contacts, la Cour rappelle systématiquement les principes dégagés dans son arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*. Ainsi, d'une part, l'adéquation des mesures étatiques dépend de la diligence de leur mise en œuvre car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles⁽²⁸⁵⁾. D'autre part, si les mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine sensible, le recours à des sanctions ne doit pas être exclu en cas de comportement illégal du parent qui héberge l'enfant⁽²⁸⁶⁾. Durant la période recensée, la Cour a notamment pu souligner que l'exécution des décisions était encore plus « cruciale » lorsque les enfants sont illégalement soustraits au parent qui s'est vu attribuer la garde par le parent non-gardien que lorsqu'il s'agit « simplement » de l'inexécution d'un droit de visite au profit de ce dernier.

i) *Inexécution du droit de garde*

74. Dans l'arrêt *Aneva et autres c. Bulgarie* du 6 avril 2017, la Cour a jugé que la Convention avait été violée dans deux affaires semblables relatives à des mères qui s'étaient vues empêchées d'exercer la garde de leur enfant retenu illégalement par leur père.

Le premier cas était celui de Madame Aneva : après qu'elle ait refusé de reprendre la vie commune, le père de l'enfant avait refusé de lui remettre l'enfant — âgé de trois ans — et avait signalé qu'elle ne pourrait le voir qu'à son appartement. Les juridictions bulgares avaient octroyé la garde de l'enfant à la requérante, mais elle n'avait jamais pu obtenir la mise en œuvre de la décision (§§ 5-26). Le second cas était celui de Madame Kicheva : ici aussi, le père de l'enfant avait refusé, après une visite, de remettre l'enfant — âgé de six ans — à sa mère qui en avait pourtant la garde. Depuis, la requérante n'avait plus vu son enfant qu'à quelques occasions, toujours dans un contexte institutionnel (§§ 27-59).

⁽²⁸⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, § 102.

⁽²⁸⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, § 106.

La Cour a relevé que les requérantes avaient toutes deux pu obtenir un titre exécutoire dès lors qu'elles s'étaient vu confier la garde de leur enfant et que leur ex-conjoint respectif le retenait illégalement. Des huissiers étaient alors intervenus, mais leurs velléités d'organiser la remise de l'enfant avaient échoué sur la mauvaise volonté des pères récalcitrants qui tantôt se présentaient sans l'enfant tantôt ne se présentaient pas du tout (§§ 103-104). Malgré l'obstruction continue de l'autre parent, les huissiers s'étaient limités à planifier des rencontres parfois espacées de plusieurs mois sans qu'aucune explication ne soit avancée pour justifier pareil délai, alors même — a rappelé la Cour — qu'en la matière l'adéquation de la réponse des autorités se mesure à la diligence de sa mise en œuvre (§ 105). La Cour a expressément insisté sur la circonstance qu'en l'occurrence les requérantes avaient la garde de l'enfant et pas simplement un droit de visite à son égard : dès lors que la garde leur avait été confiée sur la base d'une analyse globale de l'intérêt de l'enfant, «la prompte exécution du droit de garde était cruciale»⁽²⁸⁷⁾ (§ 106). Elle a également relevé que les huissiers n'avaient fait qu'un usage très modéré de la faculté qu'ils avaient d'imposer des amendes (§ 107), de même qu'ils n'avaient pas pleinement mobilisé la possibilité qu'ils avaient de recourir à l'assistance des forces de l'ordre (§ 108). En outre, les services sociaux et psychologues impliqués dans les deux affaires avaient mis en évidence un syndrome d'aliénation parentale, mais les autorités n'avaient pas donné suite à ce signalement et — singulièrement — s'étaient abstenues de mettre en place le «suivi professionnel et ciblé» qui était pourtant «vital pour permettre un engagement autonome des enfants dans la situation, indépendamment de l'influence décisive de leur père»⁽²⁸⁸⁾ (§ 109). Les deux requérantes avaient fait constamment montre de compréhension et de flexibilité dans le cadre des procédures intentées pour récupérer leur enfant (§§ 112-113). Par contre, dans chaque cas, l'autre parent faisait preuve d'une absence totale de coopération ce qui ne déchargeait pas, bien au contraire, les autorités étatiques de leurs obligations positives (§ 114).

En somme, malgré l'implication de différentes autorités dans les deux affaires, la nature et la temporalité des mesures n'étaient pas propres à permettre le retour de l'enfant ou même le rétablissement de liens (§ 116). L'absence d'exécution avait «créé et consolidé» une situation dans laquelle le passage du temps avait «effectivement aliéné les requérantes et leurs enfants» (§ 115). Dans ces conditions, même compte tenu de la marge d'appréciation de l'État, la Convention avait été violée⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁷⁾ Traduction libre.

⁽²⁸⁸⁾ Traduction libre.

⁽²⁸⁹⁾ La Cour a par contre conclu à la non-violation de la Convention dans une troisième affaire jointe aux deux premières, mais concernant un père empêché d'exercer son droit

ii) Inexécution du droit aux contacts

Dans l'arrêt *Ribic c. Croatie* du 2 avril 2015, la Cour a semblablement jugé insuffisantes les mesures prises par les autorités nationales pour permettre au requérant de voir son fils né en 1993. L'épouse du requérant l'avait quitté dès après la naissance et avait emmené l'enfant : elle avait d'emblée évité les contacts avec lui et ne lui avait pratiquement jamais laissé voir leur enfant. Une décision définitive n'était intervenue qu'en juillet 2004 et prévoyait un droit au contact limité appelé à être progressivement étendu. Toutefois, malgré deux procédures d'exécution et un processus administratif parallèle conduit devant le centre d'aide sociale, le requérant n'avait vu son fils que trois fois avant sa majorité. La Cour s'est déclarée particulièrement frappée par le fait que le centre d'aide sociale n'avait pas jugé nécessaire d'organiser provisoirement le droit au contact du requérant avant 2003, alors que la procédure civile durait déjà depuis sept ans et que le requérant n'avait vu son enfant qu'une seule fois durant cette période (§ 99). Ce seul fait autorisait la Cour à conclure à la violation de la Convention (§§ 100-101) compte tenu de ce que seules des circonstances exceptionnelles, absentes en l'espèce, sont susceptibles de justifier l'impossibilité pour un parent de voir son enfant plus que quelques fois sur l'entièreté de son enfance (§§ 90-91).

Dans l'arrêt *Manuello et Nevi c. Italie* du 20 janvier 2015, la Cour a également jugé contraire à la Convention l'absence de mise en œuvre du droit au contact entre des grands-parents paternels et leur petite fille née en 1997. Dans un contexte où le père de l'enfant était accusé de violences sexuelles à son égard, la garde avait été confiée aux grands-parents maternels. En 2002, les requérants avaient demandé à bénéficier d'un droit aux contacts avec leur petite fille, mais les rencontres n'avaient été autorisées qu'en 2006 et n'avaient jamais été mises en œuvre. La même année, le tribunal avait suspendu le droit au contact, alors même que le fils des requérants avait été acquitté. La Cour a rappelé que les liens entre grands-parents et petits-enfants relèvent de la vie familiale protégée par l'article 8 (§§ 50 et 53) et a pointé que les juridictions internes avaient tardé trois ans à répondre à la demande des grands-parents puis n'avaient pas veillé à la mise en œuvre des rencontres (§ 55). Finalement, le droit aux contacts avait été suspendu sur la base d'un rapport psychologique suivant lequel l'enfant associait ses

aux contacts. Aux yeux de la Cour, en effet, l'inexécution des décisions résultait — ici — dans une large mesure de l'attitude du requérant qui s'était parfois abstenu durant de longue période de rechercher le contact avec son enfant et avait parfois fait obstacle lui-même au bon déroulement des rencontres en réclamant qu'elles aient lieu à des endroits ou à des moments différents de ceux prévus par le jugement (voy. §§ 118-124).

grands-parents à son père et aux souffrances liées aux prétendus abus et cela alors même que l'intéressé avait été acquitté (§ 57). Dès lors, malgré la grande prudence qui s'impose en cas de suspicion d'abus sexuel, les autorités n'avaient pas déployé les efforts nécessaires pour préserver les liens familiaux (§ 57)⁽²⁹⁰⁾.

4. Homoparentalité

75. Dans deux décisions d'irrecevabilité rendues en 2017 et 2018, la Cour a jugé que les autorités françaises, dans le contexte antérieur à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe en 2013, n'avaient pas méconnu les dispositions de la Convention en refusant à des couples de femmes élevant ensemble des enfants le bénéfice d'un congé de paternité ou d'une délégation partage de l'autorité parentale.

Dans sa décision *Hallier et autres c. France* du 12 décembre 2017, la Cour a jugé que l'impossibilité pour une femme de bénéficier d'un congé

⁽²⁹⁰⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Kuppinger c. Allemagne* du 15 janvier 2015 dans lequel la Cour a jugé que les mesures prises par les autorités nationales face à l'inexécution des décisions relatives au droit au contact d'un père à l'égard de sa fille étaient insuffisantes au regard de l'article 8 de la Convention. Le requérant avait eu un enfant hors mariage en 2003 et, peu de temps après la naissance, la mère de l'enfant lui avait refusé tout contact. Il s'était alors tourné vers les tribunaux allemands qui lui avaient d'abord octroyé des contacts hebdomadaires supervisés puis avaient suspendu ce droit au contact dont l'exécution avait été problématique. En mai 2010, cependant, la Cour d'appel avait ordonné la reprise des contacts en avertissant la mère de l'enfant de ce qu'une nouvelle inexécution l'exposerait à une amende dont le montant pourrait atteindre 25.000 EUR. Les contacts, cependant, n'avaient pas eu lieu et une amende de 300 EUR avait été infligée à la mère. Un tuteur avait été chargé d'assurer la mise en œuvre des contacts, mais le requérant avait demandé son remplacement et le tribunal n'avait pas été en mesure de trouver une autre personne disponible. En 2011, les contacts n'avaient toujours pas repris et les juridictions allemandes avaient alors pris l'initiative d'une nouvelle procédure relative à l'organisation des contacts. Au terme de celle-ci, la Cour d'appel de Francfort avait — par décision du 17 septembre 2014 — suspendu le droit au contact compte tenu de la volonté constamment exprimée par l'enfant (alors âgée de onze ans) de ne plus voir son père (§§ 5-80). Sans disposer d'informations sur la situation financière de la mère de l'enfant, la Cour a pointé que le montant de l'amende était assez bas surtout compte tenu du plafond de 25.000 EUR visé par les dispositions légales pertinentes (§ 105). Les juridictions allemandes avaient justifié leur clémence en indiquant que des exigences considérables avaient pesé sur la mère qui devait non seulement revoir sa position mais en outre faire évoluer le comportement de son fils (§ 105). La Cour n'a pas souscrit à cette perspective dès lors notamment que la mère devait avoir conscience depuis le début des procédures de son obligation générale de permettre au requérant d'avoir des contacts avec l'enfant (§ 106) et a regretté, au surplus, que plus de dix mois se soient écoulés entre la demande du requérant et le paiement de l'amende en raison des attermoissements de la procédure (§ 108). Dans ces conditions l'article 8 avait bel et bien été violé. La Cour n'a pas jugé, par contre, que les autorités avaient démerité dans leurs efforts infructueux pour remplacer le tuteur chargé de superviser l'exécution des contacts (§§ 116-118), ni dans le cadre de la procédure ultérieure qui avait abouti à une nouvelle suspension des contacts (§§ 121-122).

de paternité après que sa partenaire ait mis au monde un enfant ne violait pas la Convention. Les requérantes étaient en couple depuis de nombreuses années et s'étaient pacsées en 2004 ; l'une d'entre elles avait mis au monde un enfant en juin 2004 et l'autre avait donné naissance à un enfant en 2006. Elles faisaient valoir qu'elles étaient reconnues comme un foyer par la Caisse d'allocations familiales, avec les avantages et les inconvénients que cela impliquait (allocations calculées pour un couple ayant deux enfants à charge) et qu'elles devaient dès lors pouvoir bénéficier également du congé de paternité. L'indemnité afférente à ce congé leur avait toutefois été refusée par la Caisse primaire d'assurance-maladie dès lors qu'il n'était pas possible d'accorder cet avantage à une femme. Les juridictions françaises avaient subséquemment validé cette décision. La Cour européenne a jugé que du point de vue de l'avantage recherché, la deuxième requérante était « dans une situation comparable à celle d'un père biologique au sein d'un couple hétérosexuel » mais n'en a pas moins promptement conclu à l'absence de discrimination. À ses yeux, le congé de paternité visait légitimement à « renforcer les pères dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants par un investissement précoce auprès de ceux-ci et à faire évoluer le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes » (§ 31). En outre, la différence de traitement n'était « fondée ni sur le sexe, ni sur l'orientation sexuelle, puisque, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère qui n'est pas le père biologique de l'enfant ne peut davantage bénéficier du congé de paternité » (§ 32).

Dans sa décision *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018, la Cour a jugé que l'impossibilité pour un couple de femmes de mettre en œuvre une délégation d'autorité parentale croisée à l'égard des enfants qu'elles avaient conçu par PMA en Belgique ne violait pas la Convention. Les requérantes étaient en couple depuis de nombreuses années et s'étaient pacsées en 2002 ; chacune d'entre elles avait conçu un enfant par PMA en Belgique et elles élevaient les enfants ensemble. Elles avaient soumis au TGI de Lille une demande d'exercice conjoint de l'autorité parentale sur les enfants par le biais d'une délégation d'autorité parentale croisée. Le tribunal avait fait droit à cette demande, mais la Cour d'appel de Douai avait réformé sa décision ; le pourvoi en cassation des requérantes avait échoué. Pour la Cour d'appel, il n'existait pas en l'occurrence de « circonstances particulières » justifiant la délégation dès lors notamment que les requérantes « ne démontraient pas s'être déjà heurtées à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers le rôle de parent qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement ». Ici également, la Cour de Strasbourg a rapidement conclu au non-fondement de la demande. À ses yeux, en effet, il apparaissait que « les décisions d'octroi ou de refus de délégation d'autorité parentale sont fondées sur les circonstances de fait de chaque affaire, notamment l'état de santé de la mère ou

de l'enfant, les déplacements ou les contraintes professionnelles» (§ 44) et que «tel [était] également le cas en l'espèce» tandis que «l'appréciation faite par la cour d'appel et approuvée par la Cour de cassation selon laquelle les conditions n'étaient pas réunies pour qu'une délégation d'autorité parentale croisée soit accordée aux requérantes ne [révélaient] pas de différence de traitement selon leur orientation sexuelle» (§ 45).

5. *Enlèvement international*

76. Les principes fondamentaux applicables en matière d'enlèvement international ont pu être clarifiés dans l'arrêt *X. c. Lettonie* du 26 novembre 2013⁽²⁹¹⁾. Ainsi, une lecture harmonieuse de la CEDH et de la Convention de La Haye implique que les facteurs susceptibles de justifier une exception au principe du retour immédiat doivent être réellement examinés par les juridictions saisies qui doivent rendre une décision suffisamment élaborée à cet égard pour que la Cour puisse vérifier que la question a été effectivement examinée. Il en découle une obligation procédurale pour les juges qui doivent détailler les raisons spécifiques de leur décision de retour ou de non-retour à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'affaire sans recourir à des raisonnements automatiques et stéréotypés et compte tenu de l'interprétation stricte qu'appellent les exceptions au principe du retour. En outre, en cas de retour vers le lieu de résidence habituelle, le juge doit s'assurer des garanties qui existent dans ce pays et — en cas de risque avéré — mettre en place les mesures concrètes qui sont nécessaires. La Cour rappelle aussi que, dans ce type d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre compte tenu de ce que la Convention de La Haye oblige les États parties à procéder en urgence, tout retard dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande d'explications. De même, dans ce type de cas, les mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables et peuvent être écartées au titre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Durant la période recensée, la Cour s'est montré, à plusieurs reprises, encline à favoriser le maintien de l'enfant dans le pays où il avait été illégalement déplacé, compte tenu — notamment — de l'autonomie des enfants «qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité».

77. Dans l'arrêt *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal* du 5 février 2015, la Cour a considéré que la décision de retour de l'enfant vers Chypre prise par les autorités portugaise violerait la Convention si elle était exécutée.

⁽²⁹¹⁾ Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 733.

La deuxième requérante et son compagnon D. avaient eu ensemble une fille (la première requérante) qui était née à Nelspruit en Afrique du Sud en 2006. L'année suivante, la famille s'était installée à Chypre. En septembre 2009, la deuxième requérante était partie en vacances avec la première au Portugal, puis avait annoncé à D. qu'elle ne rentrerait pas à Chypre. D. avait alors contacté l'autorité centrale chypriote qui avait demandé à son homologue portugaise de veiller au retour de l'enfant. En janvier 2010, le tribunal de Coimbra avait ordonné le retour de l'enfant après avoir constaté que son déplacement était illicite et que les exceptions prévues aux articles 12 et 13 de la Convention de La Haye ne trouvaient pas à s'appliquer. La Cour d'appel avait infirmé cette décision en juin 2010 en jugeant que le retour de l'enfant constituerait pour elle une grande violence psychique compte tenu de son âge, de son intégration au Portugal et de l'absence de contact avec le père durant près de neuf mois. Toutefois, sur le recours du parquet, la Cour de suprême avait infirmé l'arrêt de la Cour d'appel et confirmé la décision de retour du tribunal de Coimbra en considérant qu'aucun risque n'était établi de façon solide.

Ayant rappelé les principes dégagés dans sa jurisprudence, la Cour a relevé que les juridictions internes étaient parvenues — en l'espèce — à des conclusions différentes (§ 45) et a constaté que la motivation de ces décisions divergentes relatives à l'applicabilité des exceptions au principe du retour était particulièrement succincte et reposait sur peu d'éléments de preuve (§ 46). Les tribunaux portugais s'étaient basés sur les déclarations des parties, un témoignage et un rapport des services sociaux portugais (§ 47) et aucun élément du dossier ne permettait de connaître la situation antérieure de l'enfant à Chypre ou d'apprécier la capacité ou l'incapacité du père à prendre soin d'elle (§ 48). Les éléments apportés par la deuxième requérante, à savoir un rapport psychologique attestant du traumatisme que vivrait l'enfant en cas de retour et un mandat d'arrêt émis à l'encontre du père en Afrique du Sud n'avaient pas été pris en considération (§ 50). La procédure complète avait duré au demeurant un an et six mois ce qui était excessif au regard du traitement urgent requis par les affaires d'enlèvement international et — singulièrement — du délai de six semaines prévu par la Convention de La Haye (§§ 51-52). Il apparaissait donc que le processus décisionnel n'avait pas satisfait aux exigences procédurales découlant de l'article 8 et que cette disposition avait dès lors été violée. Deux juges européens se sont cependant désolidarisés de cette conclusion pour juger que la Cour suprême portugaise n'avait pas excédé — en l'espèce — les limites de sa marge d'appréciation⁽²⁹²⁾.

⁽²⁹²⁾ Voy. l'opinion dissidente des juges Steiner et Sicilianos.

78. Dans son arrêt *Royer c. Hongrie* du 6 mars 2018, la Cour a jugé que les décisions de non-retour rendues par les juridictions hongroises à propos d'un enfant déplacé illégalement de la France vers la Hongrie n'avaient pas violé la Convention.

Le requérant, un français, avait rencontré K.B.V., une hongroise, en 2003. En 2009, elle l'avait rejoint en France et, en 2013, leur fils, L., était né. Quelques mois après sa naissance, en janvier 2014, K.B.V. avait quitté la France avec l'enfant pour s'établir en Hongrie. Saisie par le requérant, la Cour d'appel de Chambéry avait considéré le déplacement illégal et confié la garde de l'enfant à son père en prévoyant des contacts supervisés avec la mère. La Cour avait au demeurant délivré un certificat d'exécution de la décision conformément à l'article 39 du Règlement Bruxelles IIbis. Saisies par le requérant, les juridictions hongroises avaient jugé que si K.B.V. avait bien enlevé l'enfant, son retour auprès de son père l'exposerait à un danger dès lors qu'il était encore en très bas âge et serait privé de soins maternels. En outre, le requérant était absent durant la journée et proposait de confier l'enfant à sa sœur. Les juridictions hongroises avaient refusé de reconnaître les décisions françaises confiant la garde au requérant qu'elles jugeaient contraire à l'ordre public hongrois. Après que le requérant ait à son tour enlevé l'enfant et se soit montré violent avec le grand-père maternel de L. et avec K.B.V., elles avaient confié la garde à la mère, le requérant ne bénéficiant que d'un droit à des visites supervisées.

Les juges européens ont relevé que l'article 13 de la Convention de La Haye ne peut être interprété, à la lumière de l'article 8 de la CEDH, comme permettant le non-retour de l'enfant sur la base des inconvénients nécessairement liés à l'expérience du retour, mais concerne uniquement les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter (§ 56). La Hongrie avait en l'occurrence rempli l'obligation procédurale découlant de la jurisprudence de la Cour en rejetant la demande de retour par le biais d'une décision élaborée (§ 57). Les juges hongrois s'étaient basés sur une évaluation psychologique et les explications des parties pour considérer que le retour de l'enfant en France était de nature à causer chez lui un traumatisme psychologique dès lors qu'il était très jeune, n'avait plus de contacts avec son père depuis un certain temps et serait pris en charge par une personne inconnue dans un endroit inconnu dès lors que le requérant ne pouvait s'en occuper la journée (§ 58). Certes, l'article 21 du Règlement Bruxelles IIbis prévoit que les décisions relatives à la garde sont reconnues sans qu'aucune procédure soit nécessaire, mais — en l'espèce — les juridictions hongroises avaient jugé, conformément à l'article 23 dudit règlement, que la décision française attribuant la garde au requérant était contraire à l'ordre public hongrois dès lors que l'intérêt de l'enfant n'y avait été appréhendé que d'une manière « purement formelle » (§ 59). Il apparais-

sait, en somme, que la décision litigieuse n'était pas arbitraire : au contraire, les juridictions hongroises avaient opportunément mobilisé une approche *in concreto* et fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant, en manière telle que l'article 8 n'avait pas été violé.

79. La Cour européenne a également pu valider — dans *M.K. c. Grèce* du 1^{er} février 2018 — l'inexécution par les autorités grecques d'une décision de retour en France dès lors que l'enfant qui était âgé de treize ans s'y opposait fermement. La Cour a pointé — en renvoyant à *M. et M.*⁽²⁹³⁾ — que le droit à l'autonomie personnelle « recouvre dans le cas des adultes le droit de choisir comment conduire sa vie, à condition de ne pas porter une atteinte injustifiable aux droits et libertés d'autrui » mais « a une portée différente dans le cas des enfants ». Ainsi, ces derniers « ne disposent pas d'une autonomie complète mais ils sont néanmoins des sujets de droits ». Dès lors, ils « exercent leur autonomie limitée, qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus ». L'article 12 de la CIDE, a relevé la Cour, précise d'ailleurs qu'« un enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération » (§ 74). La Cour a dès lors jugé que les autorités grecques ne pouvaient se voir reprocher d'avoir renoncé à exécuter la décision définitive ordonnant le retour d'un enfant de treize ans en France alors qu'il avait fait valoir de manière très ferme — devant les services sociaux et les tribunaux — son désir de demeurer en Grèce auprès de son père et de son frère aîné (§§ 83-90). Selon les juges européens, « la volonté exprimée par un enfant ayant un discernement suffisant est un élément clé à prendre en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant ». Ce droit lui est reconnu par la CIDE et par différents instruments européens tels que la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant (§ 91)⁽²⁹⁴⁾. La Convention de La Haye elle-même vise — en son article 13 — l'opposition de l'enfant parmi les critères susceptibles de justifier une décision de non-retour (§ 92). Compte tenu en outre de ce que la décision dont l'exécution était poursuivie n'avait pas, aux yeux de la Cour, tenu compte de la situation familiale dans son ensemble (§ 90), il apparaissait que la Convention n'avait en l'espèce pas été violée⁽²⁹⁵⁾.

⁽²⁹³⁾ Voy. *supra* n° 67.

⁽²⁹⁴⁾ La Cour cite aussi la Recommandation Cm/Rec(2012)2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et l'article 24, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁽²⁹⁵⁾ Les juges européens ont par contre décidé, dans un arrêt *M.A. c. Autriche* du 15 janvier 2015 que l'inexécution de la décision ordonnant le retour de l'enfant en Italie avait emporté une violation de la Convention dès lors notamment que le requérant disposait d'une décision définitive depuis 2009 tandis qu'aucune décision intervenue dans l'affaire n'avait

6. Protection de l'enfance

80. Durant la période examinée, la Cour a confirmé l'obligation des autorités étatiques de prendre des mesures concrètes pour aider les parents en difficulté avant d'envisager une mesure de placement, l'importance des liens avec la famille d'origine nonobstant ceux noués avec la famille d'accueil et la nécessité de respecter les droits parentaux des parents handicapés.

81. Dans son arrêt *Soares de Melo c. Portugal* du 16 février 2016, la Cour a ainsi jugé que la mesure de placement et d'adoption des enfants d'une mère en situation de grande précarité avait emporté violation de l'article 8 de la Convention.

La requérante était la mère de dix enfants qu'elle élevait pratiquement seule. En 2005, la situation de la famille avait été signalée à la *Comissão de proteção de crianças e jovens (CPCJ)* qui avait passé avec Madame Soares de Melo et son conjoint un accord de protection portant notamment sur l'assiduité des enfants à l'école, l'hygiène, le suivi médical et la recherche d'un emploi rémunéré. En 2007, un travailleur social avait constaté que les conditions de vie de la famille restaient très précaires tandis qu'un nouveau signalement était parvenu à la CPCJ s'agissant de l'absentéisme d'un des enfants. Une procédure de protection avait alors été introduite devant le tribunal de la famille de Sintra. Le tribunal avait prévu des mesures de soutien et de nouvelles clauses avaient été insérées dans l'accord de protection : l'une d'entre elles prévoyait l'obligation de la requérante de subir une ligature des trompes. En décembre 2009, un rapport de suivi des services sociaux avait rendu compte au tribunal du non-respect de l'accord. Une travailleuse sociale avait été dépêchée auprès de la requérante pour l'aider dans la prise en charge du foyer, mais en 2010 et 2011 de nouveaux rap-

jamais conclu que le retour était contraire à l'intérêt de l'enfant (§ 133). La Cour a rappelé que les relations futures entre parents et enfants ne peuvent être réglées par le seul passage du temps (§ 134) et souligné que les États devaient s'équiper d'outils adéquats et efficaces pour assumer leurs obligations positives dans le cadre des affaires d'enlèvement international (§ 135) ce qui implique éventuellement de prévoir des procédures spécifiques et structurées pour l'exécution des décisions de retour (§ 136). En l'espèce les voies d'exécution ordinaire s'étaient révélées insuffisantes et la Convention avait dès lors été violée. La Cour a également jugé dans un arrêt *Manic c. Lituanie* du 13 janvier 2015 que l'inexécution du droit au contact du père à l'égard de l'enfant que la mère avait déplacé de Londres en Lituanie avait violé la Convention dès lors notamment que le requérant n'avait pu obtenir des autorités lituaniennes, notamment de l'huissier (§§ 109-110) et de l'avocat commis d'office (§ 114), le soutien approprié dans la mise en œuvre de la décision relative au contact. Les tribunaux de l'État défendeur eux-mêmes, n'avaient pas informé adéquatement le requérant de certains aspects de procédures qui le concernaient directement (§§ 111-113). Le père de l'enfant avait dès lors pu légitimement considérer que ses intérêts avaient été négligés en Lituanie (§ 117) et la Convention avait été violée.

ports des services sociaux avaient fait état du caractère toujours critique de la situation. Sur les réquisitions du parquet, le tribunal de la famille de Lisbonne avait alors ordonné le placement des sept cadets en vue de leur adoption. La décision avait été confirmée en appel, puis par la Cour suprême et le Tribunal constitutionnel (§§ 8-52).

La Cour a rappelé les principes dégagés dans sa jurisprudence et relevé qu'il y avait indéniablement en l'occurrence une ingérence dans la vie familiale tendant à protéger les droits et libertés d'autrui (§§ 95-97). Elle a aussi souligné que dans ses observations finales adressées au Portugal le 31 janvier 2014, le Comité des droits de l'enfant avait fait état de sa préoccupation quant l'absence d'assistance aux familles vivant dans une pauvreté persistante (§ 98). Elle a ensuite exposé que les décisions des juridictions portugaises méconnaissaient les exigences de l'article 8 de la Convention à quatre égards au moins. En premier lieu, la Cour a regretté que les autorités portugaises n'aient pris aucune mesure concrète pour venir en aide à la requérante malgré sa situation particulièrement fragile et son dénuement manifeste. Selon la Cour, «le rôle des autorités de protection sociale est précisément celui d'aider les personnes en difficulté, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales disponibles, aux possibilités d'obtenir un logement social ou aux autres moyens de surmonter leurs difficultés» (§ 106). En lieu et place, les autorités avaient placé les enfants en vue de leur adoption, alors même que les conditions de vie insatisfaisantes et les privations matérielles ne peuvent constituer le seul motif d'une telle décision, en l'absence de violence ou de maltraitance (§ 107) et qu'en l'espèce il apparaissait que les liens d'attachement entre la requérante et les enfants étaient particulièrement forts (§ 108). En deuxième lieu, la Cour a souligné que l'inclusion dans l'accord de protection de l'engagement de la requérante à se soumettre à une stérilisation était particulièrement grave et que les services sociaux auraient dû conseiller des méthodes contraceptives moins intrusives dans une perspective de planning familial. En tout état de cause, le refus de la requérante de se soumettre à la stérilisation avait été pris en compte par les tribunaux portugais alors que le recours à une telle opération ne peut jamais constituer une condition au maintien des droits parentaux (§ 111). Troisièmement, la requérante avait été privée sans raison de tout droit de visite à l'égard de ses enfants qui avaient été placés dans trois institutions différentes alors même qu'en cas de placement les restrictions supplémentaires à la vie familiale ne se justifient que lorsque la famille s'est montrée particulièrement indigne (§ 114). Quatrièmement, la procédure avait été défectueuse dès lors notamment que la requérante n'avait pas été assistée par un avocat alors qu'«eu égard à la complexité et à l'enjeu de la procédure de protection des enfants en danger et des conséquences extrêmement graves et

déliçates que celle-ci [...], des précautions et des diligences supplémentaires auraient dû être prises pour s'assurer non seulement de la compréhension par la requérante de l'enjeu exact de la procédure, mais aussi de sa participation effective à cette dernière» (§ 116). Les mesures prises en l'espèce n'avaient donc pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu.

82. La Cour a semblablement conclu à la violation de la Convention dans son arrêt *Barnea et Caldararu c. Italie* du 22 juin 2017 dans la mesure où ici aussi une petite fille de deux ans avait été placée et déclarée adoptable parce que ses parents ne pouvaient lui offrir des conditions matérielles adéquates. Comme dans *Soares de Melo*, il n'avait jamais été question de quelconques violences ou maltraitements infligés à l'enfant et — au contraire — des liens d'attachement très forts existaient entre les parents et l'enfant. Aucune mesure concrète n'avait été prise pour permettre à l'enfant de vivre avec les requérants (§§ 69-75). Trois ans après le début du placement, une juridiction d'appel avait réformé la décision de placement et d'adoptabilité et organisé le retour de l'enfant auprès de ses parents. Cette décision, toutefois, n'avait pas été exécutée : les rencontres préparatoires n'avaient pas été organisées et le procureur avait obtenu du tribunal la suspension du projet de retour. Le motif principal retenu à cet égard résidait dans les liens étroits noués par l'enfant au sein de sa famille d'accueil. Selon la Cour, cet argument était compréhensible, mais ne constituait pas en l'occurrence des circonstances « tout à fait exceptionnelles » justifiant une rupture du lien familial. Certes, « un changement dans la situation de fait peut justifier de manière exceptionnelle une décision concernant la prise en charge de l'enfant ». Toutefois, « [la Cour] doit s'assurer que les changements essentiels en cause ne sont pas le résultat d'une action ou d'une inaction des autorités de l'État ». En l'espèce, c'est l'inertie des services sociaux dans la mise en place du projet de rapprochement et la prorogation du placement provisoire qui avaient empêché la réunion de la famille, en violation de l'article 8 de la Convention (§§ 78-88).

83. De même, la Cour a jugé, dans son arrêt *Kocherov et Sergeyeva c. Russie* du 29 mars 2016, que le maintien en institution de la fille d'un père souffrant d'un handicap mental léger avait violé la Convention. Le requérant avait lui-même vécu en institution où il avait rencontré et épousé la mère de l'enfant qui était né en 2007. En 2012, âgé de 29 ans il avait pu quitter la maison de soin où il résidait et s'installer dans un appartement. Il avait souhaité alors que sa fille puisse y vivre avec lui, mais à la demande des services sociaux, les juridictions russes avaient restreint son autorité parentale et maintenu l'enfant dans l'institution où elle vivait depuis sa naissance. Aux yeux de la Cour, les éléments sur lesquels les tribunaux s'étaient basés pour prendre cette décision étaient insuffisants. Tout d'abord, les juges russes avaient considéré que l'installation de l'enfant avec le requé-

rant aurait été stressante pour elle sur la base des seules déclarations des représentants de l'institution en ignorant les éléments pertinents présentés par le requérant et sans ordonner une expertise psychologique (§§ 101-104). Ensuite, les juges nationaux avaient considéré que le requérant n'était pas en mesure d'accueillir sa fille sur la base du seul fait qu'il avait lui-même longtemps vécu en institution sans tenir compte des éléments témoignant de son autonomie et de son indépendance avant et après son installation dans son appartement (§§ 105-108). En outre, il avait été demandé du requérant qu'il « prouve que son état mental ne mettait pas l'enfant en danger », mais le rapport d'expert indiquant qu'il était parfaitement à même d'exercer l'autorité parentale avait été ignoré (§§ 109-112). Enfin, il avait été considéré que le fait que la mère de l'enfant soit elle-même frappée d'incapacité constituait un danger, sans qu'un tel danger soit étayé par quelque élément que ce soit (§§ 113-117). La Cour a donc jugé l'ingérence dans la vie familiale injustifiée en l'espèce, s'abstenant par contre d'examiner l'affaire sous l'angle de la discrimination fondée sur le handicap, ce que la juge Keller a expressément regretté.

C. — *Les successions*

84. Dans son arrêt de grande chambre *Molla Sali c. Grèce* du 19 décembre 2018, la Cour a jugé que l'application des règles de la charia à la succession d'un homme musulman avait impliqué dans le chef de son épouse une discrimination dans la jouissance du droit à la propriété garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention.

Le mari de la requérante, décédé en 2008, était membre de la communauté musulmane de Thrace. Il avait établi un testament en vertu duquel il léguait à son épouse la totalité de ses biens incluant des parts dans un appartement, dans des terrains agricoles et dans des magasins. Les deux sœurs du défunt avaient toutefois contesté la validité du testament en faisant valoir que son appartenance à la communauté musulmane de Thrace impliquait que sa succession était soumise à la charia et revendiqué à ce titre trois quarts des biens légués. Elles avaient perdu en première instance et en appel, mais la Cour de cassation grecque leur avait donné gain de cause. Selon la haute juridiction, il découlait du Traité d'Athènes, signé en 1913, que le droit successoral musulman était applicable aux ressortissants grecs de confession musulmane. Or, le testament du *de cuius* était invalide au regard du droit musulman et ne pouvait se voir reconnaître aucun effet juridique. Sur renvoi, la Cour d'appel avait considéré que le testament devait être écarté compte tenu de l'arrêt de la Cour de cassation. Dans un nouveau pourvoi, la requérante avait fait valoir que son mari n'était pas un musulman pratiquant en manière telle qu'il ne fallait pas lui appliquer le droit spécial ou dérogatoire applicable à la communauté musulmane

grecque. Elle affirmait aussi que le droit d'établir un testament comme celui de son mari était reconnu à tous les grecs quelle que soit leur religion et que le statut d'exception ne pouvait être appliqué aux grecs musulmans sans violer leurs droits tirés de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation avait rejeté ces moyens et la requérante avait effectivement été privée des trois quarts de la succession (§§ 8-31).

La Cour a jugé que dès lors qu'elle aurait hérité de toute la succession si son mari n'avait pas été musulman, la requérante pouvait se prévaloir d'un intérêt patrimonial correspondant à un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (§§ 130-132). Elle a aussi considéré que la requérante, en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au Code civil par un testateur musulman se trouvait dans une situation comparable à celle d'un bénéficiaire d'un testament établi conformément au Code civil par un testateur non-musulman et était soumise à un traitement différencié au regard de la religion du testateur (§ 141). Plusieurs organes internationaux s'étaient inquiétés de l'application de la charia aux musulmans grecs en raison des discriminations qui en découlaient, notamment pour les femmes et les enfants, au sein de la communauté musulmane et par rapport aux grecs non-musulmans (§ 154) et la Cour a rappelé que la liberté de religion n'oblige pas les États à « créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers » (§ 155) et que de même l'État ne peut « assumer le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe » (§ 156). Ainsi, l'« aspect négatif du droit de libre identification » garantit le « le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité » (§ 157). Or, à l'époque des faits, la Grèce était le seul État européen à appliquer à certains de ses citoyens la charia contre leur volonté (§ 158). Dans les autres États membres, la charia ne s'applique en général que comme une loi étrangère dans le cadre du droit international privé (§ 159). La Cour a relevé avec satisfaction que la loi abolissant ce régime spécifique d'application obligatoire de la charia était entrée en vigueur en 2018, mais il n'en restait pas moins que la requérante — quant à elle — s'était trouvée, en raison de sa mise en œuvre, dans une situation préjudiciable que ni elle ni son mari n'avait voulue (§§ 160 et 158). Il s'ensuivait qu'elle avait été victime en l'espèce d'une discrimination fondée sur la religion du testateur, contraire à l'article 14 de la CEDH.

85. Dans un arrêt *Wolter et Sarfert c. Allemagne* du 23 mars 2017, la Cour avait au demeurant pu confirmer sa jurisprudence *Fabris*⁽²⁹⁶⁾ et juger que des mesures transitoires privant des enfants nés hors mariage de droits successoraux n'étaient pas compatibles avec la Convention. L'Allemagne avait consacré le principe de l'égalité successorale des enfants indépendamment du statut conjugal de leurs parents en 1970 en opérant toutefois une différenciation entre les enfants nés avant 1949 (qui resteraient privés de droits successoraux) et ceux nés après 1949 (qui pourraient prétendre aux mêmes droits que les enfants nés dans le mariage). La Cour avait jugé cette différenciation problématique dans son arrêt *Brauer c. Allemagne* du 28 mai 2009 et le législateur allemand avait alors prévu que, pour les décès intervenus après la date de cet arrêt, les enfants du défunt nés avant 1949 pourraient eux aussi faire valoir leur droit à la succession. Les deux requérants se plaignaient alors de ce que, dès lors que leurs pères respectifs étaient décédés en 2006 et 2007, ils restaient privés — quant à eux — de droits successoraux. La Cour a souligné qu'il n'était pas en soi discriminatoire de prévoir une date limite pour l'application de nouvelles législations corrigeant les injustices du passé : c'est un moyen adéquat pour assurer la clarté du régime et préserver la sécurité juridique (§ 71). Il fallait tout de même vérifier si l'application stricte de cette limite avait ménagé un équilibre acceptable entre les intérêts en présence en l'espèce compte tenu de l'impératif de l'égalité entre les enfants (§ 72). À cet égard, la Cour a pris en considération trois éléments pour juger que les droits des requérants n'avaient pas été suffisamment pris en considération. D'abord, au moins pour le premier requérant, les autres héritiers connaissaient son existence et savaient que leurs droits successoraux étaient sujets à controverse (§§ 73-74). Ensuite, les requérants avaient agi dans le cadre de la période durant laquelle la dévolution de la succession peut — en vertu du droit allemand — être remise en cause (§ 75). Enfin, ils avaient agi immédiatement après le prononcé de l'arrêt *Brauer* précité en manière telle que l'on ne pouvait retenir contre eux le passage du temps (§ 76). Au regard de ces éléments, il n'était pas acceptable, selon la Cour que les requérants étant nés hors mariage avant 1949 d'un père décédé avec le 28 mai 2009, aient été privés de droits dans la succession (§ 77).

⁽²⁹⁶⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Fabris c. France* du 7 février 2013. Voy. G. WILLEMS, «Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2012-2014)», *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 739.

D. — *Les relations familiales des étrangers*

1. *Regroupement familial*

86. Nous avons déjà vu qu'en février 2016, dans son arrêt *Pajic*, la Cour a pu juger que l'impossibilité pour les couples de même sexe de bénéficier d'un regroupement familial en Croatie emportait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁽²⁹⁷⁾. Dans un arrêt de grande chambre *Biao c. Danemark* du 24 mai 2016, elle a également pu censurer la règle danoise favorisant le regroupement familial des citoyens ayant la nationalité depuis vingt-huit ans au moins en tant qu'elle induisait une discrimination indirectement basée sur l'origine ethnique.

Les requérants étaient un homme danois qui avait acquis la nationalité en 2002 à l'âge de trente-et-un ans et son épouse ghanéenne. Ils s'étaient mariés au Ghana en 2003, s'étaient installés au Danemark l'été de la même année et y avaient eu un fils en 2004. En février 2003, la seconde requérante avait demandé un titre de séjour au titre du regroupement familial, qui lui avait été refusé par l'office de l'immigration. Le ministre compétent avait confirmé cette décision en août 2004. La Cour d'appel et la Cour suprême, subséquentement saisies par les requérants, avaient à leur tour validé les décisions de l'administration. Le refus opposé au projet de regroupement familial tenait à deux règles de droit danois. D'une part, en vertu de la «condition des attaches», le bénéfice du regroupement familial était suspendu, même pour les danois, à la condition que les attaches cumulées des conjoints avec le Danemark soient plus fortes que leurs attaches cumulées avec un autre pays. D'autre part, la «règle des vingt-huit ans» prévoyait une dérogation à la condition des attaches au bénéfice des danois qui jouissaient de la nationalité danoise depuis vingt-huit ans au moins. En l'occurrence, les autorités danoises avaient considéré que les attaches cumulées des requérants étaient aussi fortes avec le Ghana qu'avec le Danemark, tandis que le premier requérant ne pouvait bénéficier de la règle des vingt-huit ans puisqu'il n'avait acquis la nationalité qu'en 2002. Pour les requérants, cette dernière règle instituait une discrimination entre les danois de naissance et ceux qui acquéraient la nationalité ultérieurement et il en résultait une violation de l'article 14 de la Convention.

La Cour a admis que la «règle des vingt-huit ans» avait comme conséquence indirecte de favoriser les Danois «d'origine ethnique danoise» et de désavantager les personnes «d'origine ethnique étrangère» qui acquièrent la nationalité danoise après la naissance (§ 113). Or, a rappelé la Cour, «aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure

⁽²⁹⁷⁾ Voy. *supra* n° 51.

déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne [peut] passer pour justifiée» tandis qu'«une différence de traitement fondée exclusivement sur la nationalité ne [peut] être admise que si elle repose sur des considérations impérieuses ou très fortes» (§ 114). Il appartenait donc à l'État de démontrer qu'il existait en l'espèce de telles considérations, non liées à l'origine ethnique (§ 114). La Cour a rappelé, à cet égard, le principe affirmé dans l'arrêt *Jeunesse*⁽²⁹⁸⁾ suivant lequel «l'étendue de l'obligation pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général» (§ 117). Elle a aussi renvoyé à ses arrêts *Hode et Abdi*⁽²⁹⁹⁾ et *Abdulaziz*⁽³⁰⁰⁾, pour réitérer la légitimité du but de «distinguer une catégorie de citoyens ayant de manière générale des attaches fortes et durables avec le pays» (§ 118). La Cour a toutefois relevé que le moment auquel on peut considérer qu'un citoyen a créé avec le Danemark des liens suffisamment forts pour qu'un regroupement familial avec son conjoint étranger puisse être un succès en termes d'intégration ne peut dépendre exclusivement de la durée depuis laquelle il a la nationalité (§ 125). En l'occurrence, le premier requérant avait vécu au moins neuf ans au Danemark, avait été marié avec une danoise, parlait le danois et s'était montré capable de subvenir à ses besoins et ces éléments étaient pertinents pour apprécier les chances de succès de son projet de regroupement avec la deuxième requérante (§ 125). La Cour a aussi souligné que certains arguments avancés au soutien de la règle litigieuse reflétaient une «perception négative du mode de vie des Danois d'origine ethnique étrangère» que leurs «pratiques matrimoniales» tendraient à «maintenir [...] dans une situation [...] d'isolement et d'inadaptation à la société danoise». À ses yeux, de tels «présupposés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires» ne peuvent justifier une différence de traitement fondée sur les modalités d'acquisition de la nationalité (§ 126)⁽³⁰¹⁾. Dès lors, les juges européens ont considéré que la différence de traitement litigieuse n'était pas fondée sur des facteurs objectifs non liés à l'origine ethnique (§ 127). Ils ont également relevé que la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 «laissait entrevoir une tendance à l'émergence d'une norme européenne» récusant l'application discriminatoire des règles relatives à la nationalité entre les ressortissants dès la naissance et les autres ressortissants (§ 132). En outre, sur vingt-neuf États examinés par la Cour, le Danemark était le seul à établir pour le regroupement familial

(298) Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* du 3 octobre 2014.

(299) Cour eur. D.H., arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012.

(300) Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985.

(301) La Cour étend ici le principe affirmé dans son arrêt *Konstantin Markin* à propos des différences fondées sur le sexe à celles fondées sur le mode d'acquisition de la nationalité.

«une distinction entre ses propres ressortissants selon qu'ils relèvent de telle ou telle catégorie» (§ 133). De telles distinctions sont également absentes en droit de l'Union européenne (§ 134) : la directive 2004/38 et l'arrêt *Metock* de la C.J.U.E. — inapplicable à l'époque des faits — offraient d'ailleurs désormais des chances aux requérants d'obtenir un permis de séjour au Danemark (§ 135). Enfin, plusieurs organes indépendants (§ 136), de même que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (§ 137) s'étaient déclarés préoccupés par la discrimination indirecte résultant de la règle des vingt-huit ans. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il y avait eu en l'espèce — selon douze juges européens sur dix-sept⁽³⁰²⁾ — une violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention⁽³⁰³⁾.

2. *Expulsion et interdiction de territoire*

87. Dans son arrêt *Kolonja c. Grèce* du 19 mai 2016, la Cour a jugé que l'expulsion du requérant vers l'Albanie et l'interdiction à vie de revenir en Grèce avaient violé l'article 8 de la Convention. Elle a rappelé les principes dégagés dans *Üner*⁽³⁰⁴⁾ (§ 48) et jugé, compte tenu du fait que le requérant avait séjourné de très nombreuses années en Grèce où vivaient sa femme et ses enfants de nationalité grecque, tandis qu'il n'avait commis qu'une seule infraction grave en matière de stupéfiants et ne présentait pas une propension à la délinquance, qu'un équilibre adéquat n'avait pas été atteint en l'occurrence entre le respect de la vie familiale et la défense de l'ordre (spéc. § 57). Dans son arrêt *Salija c. Suisse* du 10 janvier 2017, la Cour a par contre jugé que l'expulsion du requérant vers la Macédoine avec sept ans d'interdiction de territoire n'avait pas violé la Convention. Faisant ici aussi application des critères de l'arrêt *Üner* (§ 42), la Cour a souligné la gravité des infractions (détournement de fonds et homicide durant une course de voitures sur la voie publique), les liens du requérant et de sa femme avec la Macédoine et l'âge des enfants qui étaient encore adaptables pour considérer qu'un équilibre acceptable avait — ici — été aménagé entre les intérêts en présence (spéc. § 54).

⁽³⁰²⁾ Voy. l'opinion partiellement dissidente de la juge Jäderblom, l'opinion dissidente commune aux juges Villiger, Mahoney et Kjølbro et l'opinion dissidente de la juge Yudkivska.

⁽³⁰³⁾ Voy. aussi l'arrêt *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni* du 1^{er} avril 2016 dans lequel la Cour déclare manifestement non fondée la requête de cinq Somaliens âgés de treize à vingt-et-un ans qui se plaignaient de n'avoir pu bénéficier d'un regroupement familial auprès de leur mère au Royaume-Uni. Aux yeux de la Cour, les requérants n'étaient plus des jeunes enfants, avaient moins besoin de soins et étaient progressivement en mesure de se débrouiller seuls. Ils avaient grandi ensemble en Somalie et formaient à présent en Ethiopie une famille unie dans laquelle les aînés s'occupaient des cadets. Aucun d'entre eux n'avait jamais été au Royaume-Uni et ils vivaient sans leur mère depuis onze ans.

⁽³⁰⁴⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006.

3. *Asile*

88. Dans son arrêt *N.T.P. et autres c. France* du 24 mai 2018, la Cour a jugé que les conditions d'hébergement d'une famille en attente de l'examen de sa demande d'asile ne constituaient pas des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention. La Cour a admis que le foyer où avaient été accueillis les requérants, une femme congolaise et ses trois enfants, ne pouvait offrir qu'un hébergement de nuit. Elle a cependant relevé que les enfants avaient été scolarisés et que les requérants avaient bénéficié de l'aide de plusieurs O.N.G. et d'un suivi médical financé par les autorités françaises. L'affaire se distinguait donc de *Rahimi c. Grèce*, qui concernait un mineur non accompagné laissé à lui-même à Lesbos⁽³⁰⁵⁾ aussi bien que de *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁽³⁰⁶⁾ qui concernait un demandeur d'asile dont les besoins élémentaires (se nourrir, se laver et se loger) n'avaient pas été rencontrés. En outre, la première requérante et ses enfants n'étaient pas privés de toute perspective puisqu'elle avait été convoquée par la préfecture de Côte d'or en vue du traitement de sa demande d'asile (§§ 45-49).

E. — *Les relations familiales des détenus*

89. Dans le sillage de ses arrêts *Schemkamper*⁽³⁰⁷⁾ et *Giszczak*⁽³⁰⁸⁾ et nonobstant la marge d'appréciation de l'État, la Cour a jugé, dans son arrêt *Kanalas c. Roumanie* du 6 décembre 2016, que le refus de permettre à un détenu de se rendre aux obsèques de sa mère avait violé l'article 8 de la Convention. La Cour a jugé qu'il ne fallait pas attacher une importance primordiale au crime violent pour lequel le requérant avait été condamné (§ 61) et qu'il fallait — par contre — prendre en compte le fait qu'il avait été régulièrement récompensé en raison de son bon comportement (§ 61). Les juges européens ont aussi regretté que la possibilité d'avoir recours à une escorte n'avait pas été envisagée (§ 64).

90. La Cour a aussi jugé, dans son arrêt *Polyakova et autres c. Russie* du 7 mars 2017, que l'incarcération de détenus à des milliers de kilomètres du foyer de leurs proches avait porté atteinte à leur droit à la vie familiale. Cette situation résultait de l'application de deux dispositions du Code russe de l'exécution des peines prévoyant des exceptions à la règle générale suivant laquelle les condamnés sont incarcérés dans la région russe où ils résident où ont été condamnés. La première (art. 78, § 2, du Code) permet-

⁽³⁰⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011.

⁽³⁰⁶⁾ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011.

⁽³⁰⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Schemkamper c. France* du 18 octobre 2005.

⁽³⁰⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Giszczak c. Pologne* du 29 novembre 2011.

tait d'incarcérer le détenu dans une autre région en cas d'impossibilité de les accueillir dans un établissement de ladite région. La seconde (art. 78, § 4, du Code) permettait d'incarcérer dans n'importe quelle région russe certaines catégories de détenus, notamment ceux qui avaient commis des infractions graves comme le terrorisme ou la traite des êtres humains ou ceux qui étaient particulièrement dangereux. La Cour a fait référence aux Règles pénitentiaires européennes établies par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour souligner que les autorités n'ont pas toute latitude pour prévoir des restrictions générales aux droits de visite sans aucune flexibilité permettant d'évaluer leur caractère approprié ou nécessaire dans un cas précis : la marge d'appréciation tend, en la matière, à se réduire progressivement (§ 89). Or, selon la Cour, les deux dispositions litigieuses conféraient aux autorités pénitentiaires un pouvoir discrétionnaire très important de s'écarter de la règle générale garantissant le maintien du prisonnier dans la région où il a son ancrage familial (§ 97). À ses yeux, « pour assurer le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, les États devraient maintenir et promouvoir les contacts des prisonniers avec le monde extérieur » (§ 100). Les dispositions litigieuses n'offraient pas, a-t-elle finalement jugé, « le degré de protection minimal auquel [les détenus] ont droit au regard de la prééminence du droit dans une société démocratique » (§ 117). Les articles du Code de l'exécution des peines ne présentaient, en d'autres termes, pas une qualité suffisante pour que l'on puisse considérer que les ingérences dans la vie familiale des requérants étaient « prévues par la loi » au sens de la Convention (§ 118) qui avait, dès lors, été violée⁽³⁰⁹⁾.

Conclusion

91. Il n'est certainement pas possible, dans le cadre limité de cette chronique, de tirer des conclusions de longue portée quant à l'évolution de la façon dont le juge européen des droits de l'homme appréhende le droit de la personne et de la famille. Nous nous limiterons dès lors ici, à mettre en évidence quelques traits saillants du contentieux passé en revue à l'occasion de cette quatrième chronique.

92. En droit de la personne, les arrêts *Parrillo c. Italie* et *Lambert c. France* et les dissidences très fortes auxquelles ils ont donné lieu témoignent des difficultés de la Cour à appréhender la valeur de la vie humaine lorsqu'elle n'est pas encore advenue ou lorsqu'elle n'est plus que ténue. Au final, les juges européens s'en remettent majoritairement aux choix étatiques, que ceux-ci reflètent une défense absolue de la vie humaine

⁽³⁰⁹⁾ Comp. Cour eur. D.H., déc. *Labaca Larrea c. France* du 7 février 2017 (transfert de la région parisienne vers la maison d'arrêt de Lyon-Corbas : grief manifestement mal fondé).

potentielle s'imposant à tous (*Parrillo*) ou promeuvent une approche relative de la vie sous assistance médicale plus respectueuse des options individuelles (*Lambert*). Sur le plan de l'état civil, l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* s'analyse comme le digne héritier de *Goodwin c. Royaume-Uni* : animé du même dynamisme interprétatif, l'arrêt signe l'assimilation par le juge européen de la différence entre sexe et genre et récuse l'exigence d'une transformation physique comme préalable à l'amendement de l'identité civile. Sur le plan de la capacité juridique, la Cour a confirmé les exigences d'individualisation de la mesure de protection et d'accès direct au juge en vue de la mainlevée de la mesure sans embrasser toutefois — à ce stade — les recommandations plus audacieuses du Comité des droits des personnes handicapées (*A.N. c. Lituanie*).

La Cour a pu, au demeurant, rendre de nombreux arrêts importants s'agissant de l'intégrité physique et morale de la personne, en prise directe avec les enjeux contemporains les plus cruciaux.

Les arrêts *B.V. c. Belgique* et *Talpis c. Italie* manifestent ainsi notamment la volonté de la Cour de Strasbourg de confirmer et d'accentuer les exigences mises à charge des États dans le domaine des violences de genre. On ne peut cependant que regretter sur ce point le cruel double standard mis en œuvre lorsque les violences subies sont invoquées dans le cadre des procédures d'asile (*Sow c. Belgique*) et espérer que la Cour répondra bientôt aux critiques légitimes qui lui ont été adressées à cet égard. Relevons aussi les développements favorables de la jurisprudence relative aux personnes handicapées dont le droit de pouvoir poursuivre des études universitaires ou une formation musicale et aux aménagements nécessaires à cette fin est expressément consacré dans deux arrêts rendus à l'encontre de la Turquie (*Çam c. Turquie* et *Enver Şahin c. Turquie*).

Les arrêts de grande chambre *Roman Zakharov c. Russie* et *Barbulescu c. Roumanie* rendent quant à eux compte de la volonté strasbourgeoise de contribuer à la protection des individus contre des possibilités de surveillance par l'État ou par les employeurs démultipliées par le développement des technologies et le flux incessant de données sur les réseaux informatiques. L'arrêt *Egill Einarsson c. Islande* tend, dans le même esprit, à affirmer les limites de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux — en l'occurrence sur *Instagram* — au regard du droit des individus à la réputation. Relevons encore la confirmation par la Cour de sa jurisprudence controversée (*S.A.S. c. France*) relative aux vêtements cachant totalement ou de manière principale le visage dans un arrêt rendu à l'égard de la Belgique (*Belcacemi et Oussar c. Belgique*) et les interventions favorables à la minorité rom dans trois arrêts européens qui affirment l'obligation de l'État d'enquêter effectivement sur les actes de violence anti-roms (*R.B. c. Hongrie* et *Kiraly*

et *Dömötör c. Hongrie*) et celle de « permettre aux Roms et aux gens du voyage de suivre leur mode de vie » (not. *Bagdonavicius et autres c. Russie*).

93. En droit des relations conjugales, il est indiscutable que la Cour continue d'adhérer à une vision traditionnelle de l'institution matrimoniale. D'une part, à rebours de l'ouverture ébauchée dans *Ivanov et Petrova*, le juge européen réaffirme l'absence de droit au divorce et tolère une situation ubuesque où le mariage artificiellement maintenu est absolument vide de tout lien conjugal effectif (*Babiarz c. Pologne*). D'autre part, dix ans après *Schalk et Kopf*, la Cour n'a pas sensiblement accentué la pression sur les États quant à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe malgré de nettes tendances européennes et internationales (*Chapin et Charpentier c. France*). Il est vrai néanmoins que la Cour a considérablement étoffé, durant la période sous examen, l'éventail des droits reconnus aux couples de même sexe. Ainsi, un trio d'arrêts italiens reconnaît le droit des couples de même sexe d'accéder à une forme organisée d'union conjugale (*Oliari*), de voir reconnu d'une façon ou d'une autre le mariage valablement célébré à l'étranger (*Orlandi*) et de bénéficier du regroupement familial dans les mêmes conditions que les hétérosexuels mariés (*Taddeucci et McCall*). Par contre, les couples hétérosexuels ne peuvent faire valoir leur aspiration à la « modernité » et à la « légèreté » conjugale pour réclamer l'accès à un statut alternatif que le législateur national a réservé aux seuls homosexuels pour pallier l'absence d'accès au mariage (*Ratzenböck c. Autriche*).

94. La jurisprudence relative à la filiation après PMA ou procréation naturelle est marquée par une appréhension parfois très abstraite de l'intérêt de l'enfant au détriment — nous semble-t-il — de son intérêt *in concreto*. Ainsi, dans *Paradiso et Campanelli*, la Cour accepte que l'Italie fasse prévaloir assez mécaniquement la volonté de protéger les enfants en général contre la pratique de la GPA sur l'intérêt spécifique de l'enfant concerné. De même, dans *Mandet c. France*, la Cour admet que la France fasse primer assez mécaniquement l'idée que les enfants en général devraient connaître leurs origines sur l'intérêt *in concreto* d'Alexis Mandet. L'on peut aussi relever, en tout état de cause, que le contentieux de la filiation est empreint — à l'instar du contentieux du mariage? — d'une forte subsidiarité, tant il est vrai que la Cour valide en règle les options étatiques (*R. et L. c. Danemark* et *Bagniewski c. Pologne*), sauf lorsqu'elles heurtent frontalement les vœux de toutes les parties concernées (*Novotny c. République tchèque*), au détriment éventuel de la cohérence de sa jurisprudence. L'on relèvera encore, sur ce terrain de la procréation et de la filiation, que le non-épuisement des voies de recours internes dans l'affaire *Charron et Merle-Montet c. France* a empêché la Cour d'envisager, quant au fond, la question — éminemment délicate — de l'accès des couples de femmes à la procréation assistée.

En matière d'autorité parentale, ce qui frappe est l'insistance accentuée de la Cour sur l'attention à accorder à l'autonomie progressive du mineur (*M. et M. c. Croatie* et *M.K. c. Grèce*). On pointera aussi l'émergence de la problématique de l'aliénation parentale dans la jurisprudence européenne et les dissensions qui se sont fait jour entre juges européens sur les obligations qu'il y a lieu de faire peser sur l'État dans ce type de situations (*Buchleither c. Allemagne* et *K.B. et autres c. Croatie*). Ce sont aussi les questions relatives aux stéréotypes de genre dans la fonction parentale qui se sont présentées à la Cour qui a validé — dans *Leonov c. Russie* — la préférence pour l'hébergement des très jeunes enfants chez leur mère mais censuré — dans *Magomadova c. Russie* — la défaveur pour les mères célibataires professionnellement actives. En tout état de cause, c'est probablement l'arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne* qui s'impose comme le plus riche d'enseignements: pétri de références aux sources internationales, il marque d'abord une faveur expresse pour le maintien et le développement des liens de l'enfant avec ses parents séparés «dans toute la mesure du possible *sur un pied d'égalité*»⁽³¹⁰⁾. Il met au demeurant très clairement en exergue la faveur de la Cour pour la médiation familiale présentée comme «un instrument efficace pour la mise en œuvre des droits protégés par l'article 8». Il souligne enfin que les parents atteints d'un handicap ont droit à «la mise en œuvre de mesures particulières qui prennent dûment en compte leur situation» et leur permettent d'assumer leurs fonctions parentales (voy. aussi *Kocherov et Sergeyeva c. Russie*). On relèvera encore, pour terminer, que la Cour ne s'est pas montrée très encline à soutenir l'idée que les parents homosexuels devraient pouvoir bénéficier, à défaut de reconnaissance de la filiation homoparentale ou monosexuée, de solutions alternatives procédant de la délégation ou du partage de l'autorité parentale (*Bonnaud et Lecoq c. France*).

95. Il ne s'agit là que de quelques traits saillants observables dans le foisonnement des arrêts qui composent l'échantillon jurisprudentiel examiné ci-avant. Ils n'en mettent pas moins en évidence l'apport considérable du juge européen à l'évolution du droit de la personne et de la famille: plus que jamais, les droits de l'homme s'imposent comme le fondement ultime des réformes qui interviennent — en Belgique et dans les autres États européens — s'agissant du statut personnel et des liens familiaux. Les renoncements, les hésitations et — parfois — les incohérences de la jurisprudence européenne témoignent de la difficulté des questions posées et des arbitrages qu'elles impliquent entre droits individuels et objectifs étatiques. Ils rendent compte également de ce que la Cour n'entend pas

⁽³¹⁰⁾ Nous soulignons.

imposer depuis Strasbourg une conception européenne de la personne et de la famille et admet la persistance de singularités nationales dans le respect d'un certain nombre de balises incontournables progressivement cristallisées dans sa jurisprudence.